

Capitolo XII

IL TEMPO DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO

Sezione I

Evoluzione della disciplina interna e normativa comunitaria

Sommario: 305. Evoluzione della disciplina legislativa: dalle origini alla Costituzione. — 306. L'inerzia del legislatore italiano nella seconda metà del secolo XX e l'inconcludente dibattito sulla riforma. — 307. L'iniziativa del Parlamento europeo tendente alla stimolazione della riduzione pattizia dei tempi di lavoro in funzione della lotta alla disoccupazione. Lavorare meno per lavorare tutti? — 308. Parziale inattuazione della direttiva comunitaria n. 104/1993 e sua incidenza indiretta nel nostro ordinamento interno. *Ratio*, contenuti e campo di applicazione della stessa. — 309. La direttiva n. 81/1997 sul lavoro a tempo parziale.

305. *Evoluzione della disciplina legislativa: dalle origini alla Costituzione.* — Nel periodo in cui ha visto la luce il libro quinto del nuovo codice civile (1941-1942), il quadro legislativo in materia di disciplina dell'orario della prestazione lavorativa subordinata era per molti versi incerto.

Il r.d.l. 15 marzo 1923 n. 692 (convertito nella legge 17 aprile 1925 n. 472), che aveva esteso a tutti «gli operai e impiegati delle aziende commerciali di qualunque natura» il limite delle otto ore di lavoro giornaliero o quarantotto settimanali, già sancito dal Trattato di Versailles del 28 giugno 1919, dalla convenzione di Washington (Conv. O.I.L. 29 ottobre 1919 n. 1) e da alcuni importanti contratti collettivi del primo dopoguerra, era stato quasi subito modificato — per non dire snaturato — dal r.d.l. 30 giugno 1926 n. 1096, che autorizzava «fino a nuova disposizione tutte le aziende industriali, commerciali e agricole ... ad aumentare di un'ora l'orario di lavoro dei rispettivi operai e impiegati». Successivamente, negli anni '30, la disciplina dell'orario di lavoro massimo per le «aziende industriali pubbliche e private» era stata interamente riscritta e il limite generale delle otto ore giornaliere era stato formalmente ripristinato in questo settore, con l'emanazione di una legge (16 marzo 1933 n. 527), il cui periodo di *vacatio* non era tuttavia mai giunto a compimento. Pochi anni dopo un altro provvedimento legislativo (r.d.l. 29 maggio 1937 n. 1768) era intervenuto a sua volta ad abrogare la legge del 1933, riducendo il limite massimo della settimana lavorativa normale a quaranta ore, con corrispondente riduzione della retribuzione, per i soli operai del settore industriale. Ma non erano passati tre anni, che l'applicazione di quest'ultimo provvedimento era stata sospesa per ragioni belliche con la legge 16 luglio 1940 n. 1109 (art. 3), la quale disponeva fino a nuovo ordine il ritorno in vigore, per la generalità dei rapporti di lavoro, della disciplina dell'orario originariamente contenuta nel r.d.l. n. 692 del 1923.

In questo tormentato contesto legislativo le disposizioni del quinto libro del nuovo codice civile in materia di orario non intervengono a mettere ordine. Concepite sostanzialmente come norme quadro, quasi di natura costituzionale, esse si limitano a riformulare in termini generici alcuni principi già sanciti dalle leggi speciali e dalle norme corporative, a cui viene fatto espresso rinvio: limitazione della «durata normale» giornaliera e settimanale del lavoro, limitazione del lavoro straordinario, diritto del lavoratore alla relativa maggiorazione retributiva, diritto del lavoratore alle ferie annuali retribuite. Le nuove norme contenute nel codice (artt. 2107-2109) producono tuttavia alcuni rilevanti effetti correttivi o integrativi rispetto alla disciplina contenuta nelle leggi speciali precedenti, in particolare per ciò che riguarda la nozione di «durata normale» del lavoro e l'estensione del campo di applicazione dei relativi limiti, nonché l'estensione agli operai di alcuni diritti precedentemente riservati ai soli impiegati. Per certi aspetti può ravvisarsi un rapporto di parziale anticipazione tra i principi enunciati dal codice civile sul tempo della prestazione di lavoro e quelli che verranno enunciati sei anni dopo sulla stessa materia dalla Costituzione repubblicana (art. 36: v. § 319).

306. *L'inerzia del legislatore italiano nella seconda metà del secolo XX e l'inconcludente dibattito sulla riforma.* — Né il codice né la Costituzione valgono a chiudere la parentesi bellica aperta dalla legge n. 1109/1940, la quale è destinata a rimanere aperta per tutta la seconda metà del secolo.

Nel dopoguerra, dopo un brevissimo periodo nel quale viene richiamata in vita la legge del 1937, ma solo nella parte settentrionale del Paese (1), della necessità di una riforma legislativa della materia dell'orario di lavoro si torna a discutere in Parlamento nel 1954-55, a conclusione del dibattito sulla nuova disciplina del lavoro straordinario per il settore industriale (§ 330) (2). Successivamente, negli anni '60, viene elaborato dal C.N.E.L. un progetto di legge «sull'orario di lavoro e il riposo settimanale dei lavoratori dipendenti»: presentato al Parlamento nel 1967, esso prevede tra l'altro il limite massimo di 45 ore di lavoro settimanali; ma nel frattempo viene già maturando nel movimento

sindacale la rivendicazione delle quaranta ore settimanali con due giorni di riposo, che sarà coronata da successo nei rinnovi contrattuali del 1969-70. Anche in questa occasione si torna a parlare della necessità di una riforma legislativa dell'intera materia e il ministro del lavoro Donat Cattin promuove un'indagine in proposito; ma l'unico esito dell'indagine sul piano dell'iniziativa legislativa del Governo è la presentazione di un disegno di legge per la ratifica ed esecuzione della Convenzione O.I.L. n. 47, concernente la riduzione della durata del lavoro a quaranta ore settimanali, adottata a Ginevra nel 1935 (3). Terminata la sesta legislatura senza che il Parlamento abbia approvato il disegno di legge, questo viene ripresentato dal Governo nella settimana (4), ma non più nelle legislature successive. Nel frattempo si registra anche la presentazione di due progetti di legge di iniziativa parlamentare, che si limitano a prevedere l'abbassamento del limite massimo di orario a 40 ore settimanali (5) e di un terzo progetto più organico, dell'estrema destra, nel quale — con una sorprendente anticipazione delle proposte che un quarto di secolo dopo verranno dall'estrema sinistra — si propone tra l'altro la progressiva riduzione dell'orario settimanale a 36 ore entro il 1974 (6). Ma su nessuno di questi progetti ha mai inizio neppure la discussione in sede referente da parte delle Commissioni parlamentari competenti.

Acquisite — come si è detto — le quaranta ore per via contrattuale collettiva, verso la metà degli anni '70 il dibattito politico-sindacale si sposta dalla questione del limite di durata massima della prestazione lavorativa a quella delle forme di organizzazione del tempo di lavoro diverse dal lavoro stabile a tempo pieno. In particolare, la diffusione incipiente del lavoro a tempo parziale, in un primo tempo osteggiato dall'ala sinistra del movimento sindacale, poi riconosciuto e disciplinato dal legislatore verso la metà degli anni '80 (§ 350), impone una rivalutazione dell'autonomia individuale del lavoratore, il quale si presenta sempre più sovente come portatore di un proprio peculiare programma di vita e di lavoro non riconducibile al modello standard definito dal contratto collettivo e tende a negoziare direttamente con l'imprenditore l'organizzazione del proprio tempo di lavoro in funzione di tale programma (7).

Soltanto nella seconda metà degli anni '90 la necessità di un intervento legislativo sull'orario di lavoro inteso come estensione temporale massima della prestazione lavorativa torna all'ordine del giorno del dibattito politico-sindacale, in conseguenza del vincolo comunitario di attuazione della direttiva n. 104/1993 (§ 308). Scaduto il relativo termine nel novembre 1996, il legislatore italiano interviene sulla materia in modo parziale e tardivo con l'art. 13 della legge n. 196/1997, limitandosi a ridurre il limite dell'«orario legale» a 40 ore settimanali, senza però riformare la disciplina del lavoro straordinario, salvo prevedere che la sua vecchia disciplina continui ad applicarsi soltanto al lavoro eccedente le 48 ore settimanali; questo non basta a conformare esattamente il nostro ordinamento alla direttiva e a evitare la conseguente condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia (8).

Cionondimeno, dalla legge comunitaria del 1997 viene stralciata la delega legislativa per l'attuazione della direttiva n. 104/1993, perché il Governo Prodi assume incautamente l'impegno politico di andare ben oltre quanto disposto dalla direttiva, riducendo il limite dell'orario legale a 35 ore settimanali, nella scia di quanto sta accadendo in Francia, sul controverso presupposto che questo possa contribuire a una redistribuzione delle occasioni di lavoro e quindi giovare alla riduzione del tasso di disoccupazione (9). Le confederazioni sindacali maggiori si oppongono a questo disegno, accordandosi con la Confindustria nel novembre 1997 sui lineamenti di un intervento legislativo con cui la direttiva può essere attuata (10); ma l'accordo viene disatteso (11).

L'anno dopo il Governo Prodi cade e con esso cade ogni velleità di seguire l'esempio francese in materia di orario di lavoro. L'obbligo comunitario resta così inadempito. Un infelice intervento legislativo in materia di lavoro straordinario (d.l. 29 settembre 1998 n. 335, convertito nella legge 27 novembre 1998 n. 409) produce soltanto il risultato di complicare ulteriormente un quadro normativo gravemente disordinato (§ 330).

La delega legislativa al Governo per l'attuazione della direttiva n. 104/1993 viene nuovamente disposta in un primo tempo con la legge comunitaria 29 dicembre 2000 n. 422 (art. 1, c. 1°, all. B); ma il termine di un anno per l'adempimento scade senza che la delega venga esercitata. In un secondo tempo la delega viene rinnovata con l'art. 22 della legge comunitaria 1° marzo 2002 n. 39 (12). Quando questo libro viene licenziato per la stampa (dicembre 2002) i lavori preparatori del Governo per l'esercizio della delega sono ancora in corso.

Nel 2000 la legge sui congedi parentali istituisce alcune misure per fluidificare i mercati interni aziendali del tempo di lavoro, incentivando la flessibilizzazione degli orari nell'interesse dei lavoratori con figli piccoli, naturali o adottivi (l. 8 marzo 2000 n. 53, art. 9, «misure a sostegno della flessibilità del lavoro») (13); delinea inoltre un ambizioso disegno di coordinamento regionale e decentrato dei «tempi delle città», centrato su di una programmazione razionale degli orari degli esercizi commerciali, dei servizi pubblici e degli uffici periferici delle amministrazioni pubbliche e finalizzato anche alla «promozione dell'uso del tempo per fini di solidarietà sociale» mediante l'istituzione di «banche dei tempi» (art. 22), sulla scorta di alcune prime esperienze che nel corso degli anni '90 sono state compiute nelle regioni del Centro-Nord dotate di amministrazioni più efficienti (14).

307. *L'iniziativa del Parlamento europeo tendente alla stimolazione della riduzione pattizia dei tempi di lavoro in funzione della lotta alla disoccupazione. Lavorare meno per lavorare tutti?* — Il 18 settembre 1996 il Parlamento europeo — prendendo spunto dai risultati di una recente ricerca, da cui risulta il prevalere tra i lavoratori europei della preferenza per una riduzione dell'orario di lavoro con corrispondente riduzione della retribuzione (15) e ispirandosi a un progetto elaborato in seno al partito socialista francese e sostenuto dal gruppo parlamentare socialista europeo (16) —

approva a larghissima maggioranza una risoluzione con cui gli Stati membri vengono invitati a promuovere la riduzione degli orari effettivi di lavoro attraverso una manovra fondata sull'incentivazione economica a sostegno della negoziazione collettiva e individuale di regimi di orario ridotto rispetto al regime oggi dominante delle quaranta ore settimanali. La risoluzione, oltre a una serie di altre misure volte alla remunerazione del lavoro straordinario mediante riposi compensativi (punto 8), alla fluidificazione del mercato del tempo di lavoro (punto 10) e alla garanzia di parità di trattamento per i lavoratori a tempo parziale rispetto a quelli a tempo pieno (punto 11), suggerisce in particolare (punto 2) l'incentivazione delle riduzioni di orario mediante la diminuzione di un *ecu* («unità di conto europea» in uso all'epoca, corrispondente all'incirca a un euro di oggi) all'ora dei contributi previdenziali gravanti sulle prime trentadue ore di lavoro settimanali e l'aumento di 4 *ecu* all'ora dei contributi relativi alle ore successive alla trentaduesima. Se attuata, la manovra proposta dalla massima assise comunitaria avrebbe, in sostanza, l'effetto di lasciare invariato il costo del lavoro orario medio nei rapporti di lavoro normali a tempo pieno (quaranta ore settimanali), ma di ridurlo sensibilmente al ridursi della durata settimanale della prestazione e della corrispondente retribuzione. L'idea è quella di evitare riduzioni autoritative del limite massimo di orario e istituire invece un incentivo economico efficace alla scelta di modelli di organizzazione del lavoro che comportino una redistribuzione delle occasioni di lavoro a favore dei disoccupati o che evitino la necessità di riduzioni del personale nelle situazioni di crisi occupazionale.

A proposito di questa e di altre forme di incentivazione della riduzione degli orari di lavoro è stato osservato come esse non risolvano il problema cruciale che sta alla base di tutti i fenomeni di disoccupazione di lunga durata, costituenti la vera piaga sociale da combattere: esse, cioè, non curano in alcun modo il difetto, di cui soffrono i disoccupati permanenti, della formazione professionale adatta alla domanda espressa dalle imprese, dell'informazione necessaria per prendere contatto con tale domanda e della mobilità geografica necessaria per rendere concreta la propria offerta eventualmente corrispondente alle caratteristiche della domanda. Finché questo problema non verrà risolto — sostengono gli oppositori della politica del «lavorare meno per lavorare tutti» (17) — quand'anche si riuscisse a creare spazio per nuovi posti di lavoro attraverso la compressione degli orari, e si riuscisse a farlo senza sottrarre risorse agli investimenti produttivi, i disoccupati permanenti non riuscirebbero a trarne profitto. È pur vero, però, che non ci sono soltanto i disoccupati permanentemente isolati o totalmente emarginati dal mercato: anche misure capaci di ridurre soltanto la quota dei disoccupati di breve periodo sarebbero socialmente apprezzabili; ed esse avrebbero presumibilmente un effetto indiretto di riduzione anche della quota di disoccupati di lungo periodo. Per altro verso, dalle rilevazioni disponibili emerge una aspirazione diffusa dei lavoratori europei a lavorare meno di quanto essi sono costretti a fare, a costo di guadagnare corrispondentemente di meno (18). Così stando le cose, è difficile disconoscere l'utilità di una politica del lavoro dell'autorità pubblica volta a fluidificare il mercato del tempo di lavoro — quale quella raccomandata in un altro documento comunitario (19) —, assecondando con opportuni incentivi un migliore adattamento, sotto l'aspetto temporale, della domanda di lavoro alle aspirazioni di chi il lavoro offre, con un effetto generale di riduzione media degli orari in coerenza con tali aspirazioni.

Nello stesso documento comunitario è peraltro ripetutamente sottolineato il nesso tra riduzione dell'orario e aumento della produttività oraria del lavoro: le esperienze svolte «mostrano che i guadagni di produttività hanno in gran parte controbilanciato la riduzione di orario» (20). Si tratta di un nesso assai stretto, che può fortemente compromettere, fino ad annullare del tutto, gli effetti di redistribuzione dell'occupazione prodotti da una riduzione degli orari imposta per legge (21).

In Italia la raccomandazione del Parlamento europeo viene raccolta con straordinaria prontezza, in sede di concertazione tra Governo e confederazioni sindacali, nell'«accordo per il lavoro» 24 settembre 1996 e poco dopo dal legislatore con l'art. 13 della legge n. 196/1997 (lo stesso col quale viene stabilito in 40 ore l'«orario legale» di lavoro settimanale: § 306): la norma prevede che, «allo scopo di favorire il ricorso a forme di orario ridotto, anche attraverso processi concordati di riduzione dell'orario di lavoro», venga disposta con decreto ministeriale la «riduzione o rimodulazione delle aliquote contributive in funzione dell'entità della riduzione e rimodulazione dell'orario di lavoro determinate contrattualmente ... per fasce di orario, rispettivamente fino a ventiquattro, oltre ventiquattro e fino a trentadue, oltre trentadue e fino a trentasei, oltre trentasei e fino a quaranta ore settimanali» (secondo comma) (22). La norma — rimasta per due anni lettera morta — viene poi ripresa negli artt. 5, c. 4°, e 11, c. 1°, lett. b, del d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 61. In attuazione di quest'ultima norma viene emanato un decreto interministeriale (23), che tuttavia non produce alcun risultato pratico, per la complessità della nuova disciplina contributiva, la limitatezza del suo campo di applicazione e soprattutto l'assenza di iniziative volte a far conoscere a lavoratori, imprenditori e sindacalisti l'incentivo economico previsto per la costituzione di rapporti di lavoro a orario ridotto e le modalità per fruirne: ancora una volta si dimostra come qualsiasi iniziativa di politica attiva del lavoro sia destinata al fallimento se non è accompagnata da una adeguata diffusione dell'informazione in proposito e se i costi di fruizione dei benefici offerti come incentivo a determinati comportamenti (tra i quali in primo luogo i costi della consulenza necessaria per conoscere una legislazione astrusa e in continuo mutamento) superano l'entità dei benefici stessi.

308. *Parziale inattuazione della direttiva comunitaria n. 104/1993 e sua incidenza indiretta nel nostro ordinamento interno. Ratio, contenuti e campo di applicazione della stessa.* — Nel frattempo, la direttiva comunitaria sugli orari di lavoro n. 104/1993 in Italia resta inadempita (§ 306). Secondo la regola generale (§ 16) essa dovrebbe considerarsi

improduttiva di effetti sui rapporti di lavoro nell'ordinamento nazionale interno; senonché, nella perdurante attesa di una riforma legislativa complessiva — per la quale il Governo, alla data di licenziamento per la stampa di questo libro non ha ancora esercitato la delega conferitagli dal Parlamento —, la direttiva costituisce per molti aspetti l'unico riferimento normativo organico al quale l'interprete possa fare riferimento per dare un contenuto concreto e preciso ai principi costituzionali in materia di orario di lavoro e di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore contro i danni derivanti da eccessi di estensione temporale o da inappropriata distribuzione della prestazione nella giornata, nella settimana o nell'anno. Il contenuto della direttiva merita dunque di essere studiato non soltanto come fonte di obblighi dello Stato verso l'Unione, ma anche come fonte indiretta di regole già oggi applicabili ai rapporti di lavoro, per la parte in cui sono più protettive di quelle poste dalla nostra legislazione interna, se non altro perché fissano degli standard minimi di igiene del lavoro che il datore di lavoro non può ignorare senza violare il precetto generale di cui all'art. 2087 c.c. (§ 205).

La direttiva, emanata in attuazione dell'art. 137 (all'epoca dell'emanazione: art. 118/A) del Trattato, che prevede l'emanazione di norme *per la tutela della salute e sicurezza* dei lavoratori, poi integrata dalla direttiva 22 giugno 2000 n. 34 (volta a estenderne l'applicazione ad alcuni settori esclusi) (24) limita esplicitamente il proprio intervento normativo in materia di estensione e collocazione temporale della prestazione lavorativa a quanto il legislatore comunitario ritiene necessario a questo fine ben delimitato, indicando soprattutto nella contrattazione collettiva lo strumento attraverso il quale perseguire le altre possibili finalità della disciplina degli orari, quali la redistribuzione dell'occupazione e l'aumento del tempo libero a disposizione dei lavoratori (artt. 2, 4, 6, 8, 16 e 17) (25).

Coerentemente con questa ragion d'essere esclusiva dell'intervento normativo, la direttiva si astiene dal porre vincoli in materia di «orario normale», come entità distinta dallo «straordinario», limitandosi a stabilire una *durata settimanale complessiva* massima della prestazione lavorativa, pari a 48 ore, e una durata minima dei riposi giornalieri (11 ore), settimanali (24 ore) e annuali (4 settimane): solo questi aspetti del tempo di lavoro sono infatti ritenuti suscettibili di assumere rilievo per la tutela della salute e sicurezza del lavoratore; la disciplina dell'«orario normale» come entità distinta dallo «straordinario» non presenta rilievo a questi fini, bensì soltanto ai fini dell'organizzazione aziendale e della migliore fruibilità del tempo libero da parte dei lavoratori: donde l'astensione su questa materia dell'ordinamento comunitario, che costituisce per i legislatori nazionali una indicazione importante, ancorché non vincolante (stabilisce invece distintamente un «orario normale» di lavoro e un orario massimo per la gente del mare la direttiva 21 giugno 1999 n. 63 (26), con la quale è stato recepito l'accordo sindacale europeo del 30 settembre 1998).

Ancora in coerenza con la finalizzazione esclusiva dell'intervento normativo alla protezione della salute e sicurezza dei lavoratori, la direttiva n. 104/1993 attribuisce carattere di rigidità soltanto alle disposizioni concernenti la durata minima dei riposi giornalieri, settimanali e annuali: la disposizione concernente l'estensione massima della prestazione è invece caratterizzata da una marcatissima flessibilità, essendo il limite delle 48 ore espresso in termini di durata media del lavoro settimanale nell'arco di un quadrimestre (artt. 6 e 16.2), estensibile fino a 6 mesi ad opera della legge e fino a un anno ad opera della contrattazione collettiva (art. 17.4). In quest'ultima disposizione deve dunque leggersi, per un verso, un'indicazione del legislatore comunitario a favore della tecnica normativa che da noi va sotto il nome di «garantismo flessibile», consistente nell'attribuzione all'autonomia collettiva del potere di derogare, entro certi limiti e/o a determinate condizioni, ai vincoli posti dalle norme legislative; per altro verso, deve leggersi in essa un'importante apertura del legislatore comunitario nei confronti della c.d. «annualizzazione dell'orario», sempre più largamente praticata in Europa ad opera della contrattazione collettiva (27).

L'art. 17.1, riprendendo una disposizione già presente nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, consente agli Stati membri di derogare ai vincoli comunitari di carattere generale in tutti i casi in cui «la durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi» (28). Assai più rilevante e innovativa, da questo punto di vista, è la possibilità generale che la direttiva offre al legislatore nazionale (art. 18, lett. b) di istituire il limite complessivo delle quarantotto ore, o un limite più ridotto, con norma meramente dispositiva, quindi derogabile da parte del contratto individuale (29), a condizione che si adottino misure idonee a proteggere la libertà negoziale effettiva del lavoratore in proposito («nessun lavoratore possa subire un danno per il fatto che non è disposto ad accettare» la deroga) e che siano garantite condizioni di piena visibilità delle pattuizioni individuali, mediante la loro registrazione in azienda e accessibilità delle informazioni in proposito. Disposizione, questa, che non deve essere vista soltanto in negativo, come accomodamento «al ribasso» imposto al legislatore comunitario dalla resistenza opposta alle sue velleità regolatorie dalla Gran Bretagna, bensì come apertura dell'ordinamento comunitario alla sperimentazione di una tecnica di tutela — nuova e diversa rispetto a quella fondata sull'imposizione di vincoli inderogabili, ma già in qualche misura conosciuta nel continente (30) — tendente alla valorizzazione dell'autonomia individuale e al sostegno del potere contrattuale effettivo del singolo lavoratore, suscettibile di essere sperimentata utilmente soprattutto nelle fasce medio-alte di professionalità e di reddito. Si osservi come questa tecnica normativa non si ponga necessariamente in alternativa drastica con quella tradizionalmente propria del diritto del lavoro europeo continentale, ben potendo anche coniugarsi e intrecciarsi con essa, nel quadro di una disciplina che ponga gradatamente limiti generali assolutamente inderogabili, limiti derogabili soltanto mediante pattuizione collettiva e limiti derogabili mediante pattuizione individuale assistita da adeguate garanzie di trasparenza, visibilità e controllo sociale e/o amministrativo, ovvero di libertà effettiva del lavoratore (31). Di questa opzione, come era da attendersi, si è largamente avvalsa la Gran Bretagna.

Un altro aspetto saliente, ancorché sovente trascurato dai commentatori, della normativa comunitaria è costituito dall'estensione del suo campo di applicazione, che non pare coincidere con il campo di applicazione tradizionale del

diritto del lavoro, cioè con l'area dei rapporti di lavoro subordinato: l'art. 1, c. 3°, della direttiva sembra farlo coincidere — in linea generale e salve le eccezioni espressamente menzionate — con il campo di applicazione della direttiva-quadro n. 391/1989 per la tutela della sicurezza dei lavoratori, la quale estende la propria applicazione (art. 3) a «qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro», senza menzionare il requisito del vincolo di subordinazione. Così come l'obbligo di sicurezza grava sul datore di lavoro nei confronti di tutti i collaboratori di cui egli si avvalga nell'ambito della propria azienda, indipendentemente dalla loro qualificazione come lavoratori subordinati o autonomi (§ 205), allo stesso modo i vincoli in materia di orario (posti anch'essi, come si è detto, dall'ordinamento comunitario esclusivamente in funzione della tutela della salute e sicurezza delle persone) devono probabilmente considerarsi applicabili in tutti i rapporti aventi per oggetto una *attività* lavorativa a carattere continuativo, inserita nell'organizzazione aziendale del datore, indipendentemente dalla sussistenza o no di quell'assoggettamento pieno a eterodirezione, al quale peraltro soltanto alcuni ma non tutti gli ordinamenti interni degli Stati membri condizionano l'applicazione della legislazione protettiva.

L'attuazione delle due direttive in questione (n. 104/1993 e n. 391/1989) può dunque costituire un primo importante elemento del nuovo «statuto dei lavori» oggi al centro del nostro dibattito politico-sindacale, capace di accomunare in un unico ambito di tutela il lavoro subordinato tradizionale e tutte le altre forme di lavoro *lato sensu* dipendente, caratterizzate da una prestazione continuativa soggetta a un vincolo contrattuale di estensione e collocazione temporale (v. in proposito i §§ 8, 10 e 95-96).

309. *La direttiva n. 81/1997 sul lavoro a tempo parziale.* — Se nella direttiva n. 104/1993 si esprime quasi esplicitamente il ripudio da parte del legislatore europeo della prospettiva della riduzione autoritativa degli orari di lavoro in funzione della lotta contro la disoccupazione, l'ordinamento comunitario resta però impegnato sul terreno della fluidificazione del mercato del tempo di lavoro, in funzione di una migliore corrispondenza fra i singoli orari e le esigenze personali dei lavoratori. Il 6 giugno 1997 le organizzazioni sindacali e imprenditoriali europee stipulano un accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale, che viene recepito nella direttiva comunitaria 15 dicembre 1997 n. 81, tendente per un verso a vietare le differenze di trattamento correlate con l'orario di lavoro, per altro verso a favorire la libertà di scelta dei lavoratori riguardo all'estensione temporale del proprio lavoro, mediante il passaggio in costanza di rapporto dal *part-time* al *full time* e viceversa.

Il divieto di disparità di trattamento è enunciato nell'art. 4, che consente le differenziazioni correlate con l'orario soltanto quando siano giustificate da «ragioni obiettive» (c. 1°), salvo il proporzionamento del trattamento retributivo all'estensione temporale della prestazione lavorativa, secondo la regola del *pro rata temporis* (c. 2°). L'art. 5 fa invece obbligo agli Stati membri e alle parti sociali di individuare e rimuovere gli ostacoli di natura legislativa, amministrativa, o contrattuale collettiva alla scelta del lavoro a tempo parziale (c. 1°); enuncia la tendenziale contrarietà dell'ordinamento comunitario alla possibilità che il rifiuto opposto dal lavoratore a una variazione in aumento o in diminuzione dell'orario di lavoro costituisca motivo valido di licenziamento, salvo che questo corrisponda a una obiettiva «necessità di funzionamento dello stabilimento considerato» (c. 2°); prevede che vengano adottate le misure necessarie affinché i datori di lavoro informino in tempo utile i dipendenti e i loro rappresentanti sulle possibilità di lavoro a tempo ridotto o a tempo pieno che via via si manifestano nell'azienda e prendano debitamente in considerazione le domande di variazione dell'orario in aumento o in diminuzione presentate dai dipendenti.

A questa direttiva l'Italia dà attuazione con il decreto legislativo 25 febbraio 2000 n. 61 (§§ 351-357).

Sezione II

La determinazione contrattuale del tempo della prestazione

Sommario: 310. Autonomia collettiva e autonomia individuale in materia di estensione temporale della prestazione. —

311. Autonomia collettiva e autonomia individuale in materia di collocazione temporale della prestazione. — 312. La pattuizione individuale di una variazione dell'orario in corso di rapporto. Le norme tendenti a fluidificare il mercato endoaziendale del tempo di lavoro. — 313. La questione della «resistenza» del contratto individuale nei confronti della riduzione d'orario, senza compensazione retributiva, convenuta in sede collettiva. — 314. Reversibilità o irreversibilità della riduzione dell'orario disposta mediante contratto di solidarietà (rinvio). — 315. Determinazione dell'orario contrattuale in difetto di una pattuizione esplicita in materia. A) Determinazione della durata della prestazione nell'unità di tempo. — 316. *Segue.* B) Determinazione della collocazione temporale della prestazione. Limiti dello *ius variandi* eventualmente attribuito dal contratto collettivo al datore di lavoro. — 317. I possibili tipi di clausola contrattuale sulla distribuzione dell'orario di lavoro. La pattuizione dell'orario flessibile nell'interesse dell'impresa o nell'interesse del lavoratore (c.d. *flexi-time*).

310. Autonomia collettiva e autonomia individuale in materia di estensione temporale della prestazione. — La libertà di determinare *quanto* e come lavorare è assicurata a tutti gli individui dall'art. 4 Cost., che attribuisce a ogni cittadino il diritto — oltre che il dovere — di lavorare «secondo le proprie possibilità e la propria scelta» (32). È questo il principale fondamento positivo dell'autonomia privata individuale in materia di determinazione del tempo di lavoro, al di sotto dei limiti massimi di orario: il rango costituzionale della norma impone di ridimensionare — in questa materia — il campo di applicazione della regola dell'inderogabilità del contratto collettivo e di rivalutare invece le prerogative negoziali del singolo lavoratore. Ciò non significa, beninteso, ignorare che anche in materia di orari di lavoro non-standard può manifestarsi un interesse dell'associazione sindacale distinto, e talora persino contrapposto, rispetto a quello del singolo lavoratore: in particolare l'interesse dell'associazione sindacale a evitare l'erosione del proprio potere contrattuale determinata dalla negoziazione individuale; lo stesso imprenditore, del resto, può avere interesse a disciplinare gli orari in sede collettiva invece che mediante la contrattazione individuale per evitare i costi organizzativi di un'eccessiva diversificazione dei regimi d'orario praticati in azienda. Ma né all'interesse del sindacato, né a quello dell'imprenditore l'ordinamento offre una tutela prevalente rispetto all'interesse eventualmente contrapposto del singolo lavoratore alla possibilità di negoziazione individuale del proprio tempo di lavoro entro il limite massimo, che è l'unico costituzionalmente tutelato in modo specifico (33).

Non ne consegue che le disposizioni collettive in materia di orario di lavoro al di sotto del limite massimo debbano considerarsi incostituzionali: alla luce dell'art. 4 Cost. esse devono però considerarsi come fonte soltanto di un obbligo per gli imprenditori (a cui il contratto collettivo sia applicabile), per effetto del quale essi sono tenuti nei confronti della controparte sindacale a conformare la propria organizzazione aziendale a determinati vincoli. Esse non producono dunque sul rapporto individuale l'effetto tipico che è proprio delle disposizioni contenute nella parte normativa del contratto collettivo (34): non si sostituiscono alla (né inficiano la piena validità della) clausola difforme contenuta nel contratto individuale (35).

Alla contrattazione collettiva spetta essenzialmente il compito di determinare la «durata normale» della prestazione di lavoro, cioè l'estensione (non superabile mediante pattuizione individuale) del lavoro a tempo pieno, eventualmente anche in riferimento a categorie che la legge escluda dall'applicazione del vincolo di durata massima; nel rispetto del limite stabilito in sede collettiva spetta invece all'autonomia privata individuale la determinazione dell'estensione nell'unità di tempo (giorno, settimana, mese, anno) della prestazione lavorativa concretamente dedotta in contratto (36). Le eventuali disposizioni limitative del lavoro a orario ridotto, contenute nel contratto collettivo, producono il loro effetto soltanto sul piano obbligatorio, nei confronti dell'impresa.

Vedremo come su questa linea si sia collocato anche il legislatore, con la riforma del lavoro a tempo parziale del 2000, abrogando la previsione previgente del «contingentamento» di questa forma di lavoro in sede collettiva (§ 352).

311. Autonomia collettiva e autonomia individuale in materia di collocazione temporale della prestazione. — Un discorso in parte diverso va svolto in riferimento alla collocazione temporale della prestazione, cioè alla distribuzione dell'orario di lavoro nell'arco della giornata e della settimana: mentre infatti in materia di durata deve senz'altro riconoscersi al singolo lavoratore una libertà di scelta costituzionalmente garantita e non suscettibile di compressione ad opera della contrattazione collettiva (se non per quel che riguarda i limiti massimi), in materia di distribuzione dell'orario nell'unità di tempo gli interessi in gioco sono in parte diversi e il problema dei rapporti tra autonomia collettiva e autonomia individuale appare più complesso.

Se è lecito escludere — per i motivi esposti nel paragrafo precedente — che rientri fra le funzioni attribuite dall'ordinamento all'autonomia collettiva quella di sostituire o limitare direttamente l'autonomia individuale nella determinazione della quantità di lavoro dedotta in contratto nel rispetto dei limiti massimi, altrettanto non può dirsi in materia di collocazione temporale della prestazione lavorativa; anche perché su questo terreno non può escludersi una valutazione comparativa di carattere generale su diverse possibili disposizioni contrattuali alla stregua del criterio del *favor* per il lavoratore. Così, ad esempio, può considerarsi in linea generale più favorevole per il lavoratore l'orario diurno rispetto a quello notturno; e parimenti può considerarsi in linea generale più favorevole un orario giornaliero e settimanale fisso rispetto a un orario che preveda la variazione giornaliera o settimanale dei turni di lavoro. Sono questi, pertanto, aspetti della disciplina della collocazione temporale della prestazione lavorativa in riferimento ai quali può trovare applicazione come regola generale quella tradizionale dell'inderogabilità *in peius* del contratto collettivo come limite all'autonomia individuale.

Detto questo, però, il problema non può dirsi ancora compiutamente risolto: anche in materia di collocazione temporale della prestazione possono verificarsi casi in cui la pattuizione individuale prevale sulla clausola collettiva difforme. Si pensi, ad esempio, al caso di un contratto collettivo di settore o aziendale che stabilisca in modo rigido l'orario iniziale e finale del lavoro giornaliero: può forse escludersi la validità di un accordo individuale che nello stesso settore o nella stessa azienda preveda, nell'interesse del lavoratore, un orario diverso, senza sconfinare nel lavoro notturno o festivo? Anche tale sconfinamento, poi, può essere pattuito in circostanze nelle quali il lavoratore ha un interesse particolare in proposito: si pensi al caso del c.d. «contratto *week-end*», che, prevedendo il lavoro soltanto nelle giornate di sabato e domenica, offre ai giovani opportunità di occupazione adatte alle loro esigenze e compatibili con i loro impegni di studio e frequenza dei corsi. Dalla possibilità di variazione della distribuzione dell'orario individuale

giornaliero o settimanale può talora dipendere la possibilità stessa per un lavoratore di occupare o mantenere un posto di lavoro: è questo il motivo per cui, laddove la pattuizione individuale risponda effettivamente a un'esigenza peculiare del lavoratore, essa dovrà considerarsi valida anche quando deroghi a una disposizione collettiva in materia di collocazione temporale della prestazione (37).

312. *La pattuizione individuale di una variazione dell'orario in corso di rapporto. Le norme tendenti a fluidificare il mercato endoaziendale del tempo di lavoro.* — Le prerogative dell'autonomia individuale in materia di determinazione del tempo di lavoro non sono limitate alla fase costitutiva del rapporto, bensì si esprimono anche, durante il suo svolgimento, nella facoltà delle parti di variare consensualmente tanto l'estensione temporale della prestazione entro i limiti massimi, quanto la sua collocazione (salvo quanto si è detto nel paragrafo precedente e quanto si dirà nella quarta sezione di questo capitolo circa la disciplina legislativa dei riposi giornalieri, settimanali e annuali). Le questioni di maggiore interesse sorgono, a questo proposito, in riferimento alle variazioni quantitative della prestazione. Quando le parti abbiano pattuito una variazione in aumento, questa comporta di regola una corrispondente variazione della retribuzione, in ossequio al principio di proporzionalità (§ 240). Tuttavia, nei casi in cui la retribuzione originaria sia nettamente superiore rispetto al livello minimo risultante dalle disposizioni collettive applicabili o comunque utilizzabili come parametro a norma dell'art. 36 Cost. (§ 236), deve considerarsi valida la pattuizione di un aumento dell'orario di lavoro senza aumento corrispondente della retribuzione, nei limiti in cui essa comporti soltanto una riduzione del trattamento di maggior favore rispetto allo standard inderogabile: è infatti pacifica la piena validità degli atti individuali di rinuncia a diritti non derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo (§ 559) (38).

La pattuizione individuale di un aumento dell'orario entro il limite massimo e la pattuizione di una riduzione dell'orario in corso di rapporto sono espressamente previste dall'art. 5 del d.lgs. n. 61/2000, che, in attuazione della direttiva n. 81/1997 (§ 309), mira a fluidificare il «mercato del tempo di lavoro» in seno all'impresa e a favorire la diffusione del lavoro a tempo parziale; i due casi sono però disciplinati in modo differente. La materia è oggetto di trattazione nel § 353. Valgono per gli accordi individuali di riduzione dell'orario in costanza di rapporto le stesse considerazioni già svolte per la riduzione d'orario convenuta fin dall'inizio del rapporto, nel senso della validità della pattuizione anche quando essa contrasti con una clausola collettiva di «contingentamento» dei rapporti di lavoro a tempo parziale (§ 352).

313. *La questione della «resistenza» del contratto individuale nei confronti della riduzione d'orario, senza compensazione retributiva, convenuta in sede collettiva.* — Si è discusso in passato se la pattuizione individuale in materia di estensione temporale della prestazione attribuisce al lavoratore un vero e proprio diritto soggettivo al mantenimento dell'orario così determinato e al corrispondente compenso: alla tesi affermativa di alcuni Autori (39) si contrapponeva la tesi secondo la quale dal contratto individuale non sarebbe derivato in capo al lavoratore un diritto in senso proprio, bensì soltanto una aspettativa di realizzazione del programma originario, suscettibile di essere disattesa in conseguenza delle modifiche della disciplina del rapporto eventualmente disposte dalla contrattazione collettiva (40). Il problema non si pone in riferimento alle riduzioni temporanee dell'orario e della retribuzione dovute a crisi aziendali o di mercato, laddove la legge attribuisca all'imprenditore la facoltà di ricorso alla Cassa integrazione guadagni (§ 369) e il contratto collettivo non faccia altro che regolare l'esercizio di tale facoltà da parte dell'imprenditore, configurandosi così come contratto «di gestione» (§ 71). Il problema non si pone neppure nel caso in cui — come per lo più accade — il rapporto sia direttamente assoggettato alla disciplina collettiva, oppure il contratto individuale determini l'orario *per relationem*, in riferimento all'orario normale previsto dal contratto collettivo. La questione si pone invece nel caso — raro, ma talvolta verificatosi — in cui un taglio o un aumento dell'orario vengano disposti mediante un contratto collettivo stipulato al livello aziendale da associazioni diverse da quelle firmatarie del contratto collettivo nazionale, alle quali un lavoratore non sia iscritto. In un caso di questo genere, essendo impossibile stabilire in astratto quale sia la clausola contrattuale (individuale o collettiva) «di maggior favore» per il lavoratore, tra quella che prevede l'orario maggiore con maggiore retribuzione e quella che prevede l'orario minore con minore retribuzione, la soluzione del contrasto fra contratto aziendale e contratto individuale dipende da come si imposta e si risolve la questione dell'efficacia del contratto collettivo post-corporativo (§ 71): se, pertanto, si aderisce all'orientamento oggi prevalente, nel senso dell'applicabilità del contratto ai non iscritti soltanto in quanto essi vi aderiscano o in qualche modo ne recepiscano la disciplina nel contratto individuale, la conclusione non può che essere negativa (41).

314. *Reversibilità o irreversibilità della riduzione dell'orario disposta mediante contratto di solidarietà (rinvio).* — Un caso di riduzione dell'orario disposta da contratto collettivo è quello del contratto di solidarietà, disciplinato dagli artt. 1 e 2 della legge 19 dicembre 1984 n. 863, che costituisce una fattispecie particolare di intervento della Cassa

integrazione guadagni e come tale sarà oggetto di trattazione a suo luogo (§§ 375-376) per gli aspetti relativi all'integrazione salariale. In quella sede sarà trattata anche la questione se la riduzione d'orario disposta dal c.d.s. di cui all'art. 1, finalizzata a evitare il licenziamento collettivo in una situazione di crisi occupazionale aziendale, debba avere carattere temporaneo o possa anche avere carattere definitivo.

315. Determinazione dell'orario contrattuale in difetto di una pattuizione esplicita in materia. A) Determinazione della durata della prestazione nell'unità di tempo. — L'indicazione precisa della quantità della prestazione lavorativa promessa non costituisce un elemento essenziale del contratto di lavoro subordinato: il requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto (artt. 1346 e 1418 c.c.) deve ritenersi rispettato anche nei casi in cui le parti abbiano pattuito una marcata variabilità della prestazione, vuoi a discrezione del datore di lavoro (§ 355), vuoi a discrezione del prestatore (come accade in certe forme di lavoro a cottimo pieno e in particolare nel lavoro a domicilio: §§ 98-100; o nei contratti caratterizzati dalla clausola di fungibilità tra estensione e intensità dell'attività lavorativa: § 282), a condizione che siano determinati — o determinabili in base a dati obiettivi — il contenuto delle mansioni e l'entità del relativo compenso.

Cio non toglie che, al di fuori dei casi menzionati, l'interpretazione del contratto debba condurre all'individuazione della quantità della prestazione (di regola misurata ed espressa in termini di durata giornaliera, settimanale e/o annuale), dovendosi normalmente presumere una volontà comune delle parti in tal senso ed escludere invece l'attribuzione a una di esse della facoltà di variare a sua discrezione di volta in volta l'estensione dell'attività lavorativa.

Nella maggior parte dei casi il compito dell'interprete è reso estremamente agevole dal rinvio, contenuto nel contratto individuale, alla disciplina della durata normale dettata dal contratto collettivo applicabile, mentre la pattuizione di un orario di lavoro ridotto deve per legge risultare da atto scritto (§ 352). Ma non sempre esiste un contratto collettivo a cui possa farsi riferimento; e anche quando il contratto collettivo applicabile vi sia, può darsi il caso che una riduzione dell'orario sia stata pattuita, ma non in forma scritta (v. ancora § 352).

Quando il contenuto del contratto riguardo all'estensione temporale della prestazione non sia chiaramente verbalizzato, e faccia difetto il rinvio al contratto collettivo, non sono certamente applicabili le disposizioni contenute nell'art. 1183 c.c. in materia di «tempo dell'adempimento»: esse, infatti, si applicano soltanto alle prestazioni a carattere istantaneo, disciplinandone il «tempo» inteso nella sua connotazione ordinale e non (ovviamente) in quella dimensionale (42).

In assenza di una clausola esplicita, la determinazione contrattuale della durata della prestazione in questi casi deve essere desunta dal comportamento delle parti successivo alla stipulazione originaria (43), oppure dalla natura e dall'oggetto della prestazione stessa e dalle caratteristiche dell'organizzazione del lavoro nell'azienda. Così, ad esempio, una collaboratrice domestica assunta a ore con il compito di fare quotidianamente le pulizie in una abitazione deve intendersi impegnata a prestare la propria opera ogni giorno per il tempo necessario allo svolgimento del servizio pattuito; un dirigente assunto senza vincolo né determinazione alcuna di orario per la direzione di uno stabilimento deve intendersi impegnato a prestare la propria opera (entro il limite di ragionevolezza di cui si dirà a suo luogo: § 325) per tutto il tempo necessario al buon andamento dell'unità produttiva affidatagli; e così via.

WVa comunque rilevata la perdurante notevolissima scarsità del contenzioso giudiziario in materia di determinazione contrattuale della durata della prestazione di lavoro: è questo, evidentemente, un terreno sul quale l'intesa tra datore e prestatore è facile da raggiungere e le rare controversie trovano agevole soluzione senza la necessità del ricorso al giudice.

316. Segue. B) Determinazione della collocazione temporale della prestazione. Limiti dello ius variandi eventualmente attribuito dal contratto collettivo al datore di lavoro. — Nel contratto di lavoro subordinato il coordinamento temporale della prestazione lavorativa rispetto al resto dell'organizzazione aziendale assume normalmente rilevanza causale, costituendo un requisito indispensabile per l'utile integrazione della prestazione stessa nel tessuto produttivo (§ 86). Ne consegue che la distribuzione della prestazione nell'arco della giornata e della settimana deve considerarsi, di regola, sempre oggetto di pattuizione specifica, implicita o esplicita, nel contratto corrispondente al tipo legale principale (44), dovendo escludersi anche in questo campo l'applicabilità dell'art. 1183 c.c., che riguarda invece essenzialmente le obbligazioni a esecuzione istantanea (*uno actu*) e, fra queste, particolarmente quelle delle quali non sia determinata legalmente o contrattualmente la collocazione temporale della prestazione (45).

Nel contratto di lavoro subordinato, dunque, tale determinazione contrattuale non può, di regola, mancare: fanno eccezione soltanto le forme, vecchie e nuove, di lavoro decentrato (§§ 98-100), caratterizzate dall'irrelevanza della distribuzione dell'orario nell'economia del rapporto. La pattuizione contenuta nel contratto di lavoro subordinato può consistere nella predeterminazione rigida della collocazione dell'attività lavorativa nell'arco della giornata e della settimana, o nell'attribuzione al datore di lavoro di una facoltà di determinazione e variazione unilaterale della collocazione stessa. Questo è vero anche in riferimento alla figura del c.d. *flexi-time*, cioè dell'orario flessibile a

discrezione del lavoratore (§ 317), nella quale l'elemento del coordinamento temporale della prestazione risulta soltanto attenuato, ma non eliminato: nella maggior parte dei casi, infatti, se il contratto attribuisce al prestatore la facoltà di determinare o variare la collocazione temporale della prestazione del tutto liberamente, verrebbe meno l'elemento causale essenziale dell'integrazione dell'attività lavorativa nell'organizzazione aziendale.

In assenza di una clausola esplicita, vale per la determinazione della collocazione temporale lo stesso discorso proposto in riferimento all'estensione temporale (§ 315): il contenuto della pattuizione può desumersi dal comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto, oppure dalla natura e dall'oggetto della prestazione e dalle caratteristiche dell'organizzazione del lavoro nell'azienda.

Dottrina e giurisprudenza prevalenti sono tradizionalmente e tuttora orientate nel senso dell'attribuzione al datore di lavoro, salva disposizione contrattuale contraria, di uno *ius variandi* unilaterale su questa materia, come corollario del suo potere direttivo (46). A me sembra che questo orientamento non sia condivisibile, poiché il potere direttivo ha per oggetto la determinazione delle modalità di organizzazione ed esecuzione dell'attività lavorativa, dei suoi «tempi interni» (§ 86), ma non nella determinazione dei suoi confini temporali esterni, che deve considerarsi invece — secondo il diritto comune dei contratti — oggetto di codeterminazione pattizia tra le parti. Pertanto, quando il contratto (individuale o — più sovente — collettivo) attribuisca al datore di lavoro un potere di determinazione e variazione dell'orario di lavoro giornaliero, tale potere deve considerarsi come una prerogativa aggiuntiva rispetto al potere direttivo che gli compete invece come effetto essenziale del contratto di lavoro subordinato (47).

Oggi la materia è oggetto di disciplina esplicita soltanto in riferimento al contratto di lavoro a tempo parziale: l'art. 2, 2° c., del d. lgs. 25 febbraio 2000 n. 61, riprendendo e precisando la norma contenuta nell'art. 3 della legge 19 dicembre 1984 n. 863, dispone che in tale contratto sia «contenuta puntuale indicazione ... della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno»; a norma dell'art. 3, 7° c., dello stesso decreto, soltanto i contratti collettivi «hanno la facoltà di prevedere clausole elastiche in ordine alla sola collocazione temporale della prestazione lavorativa» (torneremo più ampiamente su queste disposizioni nei §§ 352 e 355). La giurisprudenza di Cassazione successiva al 1984 ha considerato questa disposizione come norma speciale, non applicabile al rapporto di lavoro a tempo pieno in quanto dettata in considerazione della peculiare esigenza di programmabilità del tempo libero che caratterizza la posizione del lavoratore a tempo parziale (48). Questa affermazione non mi sembra condivisibile, dal momento che gli spazi di tempo libero sono venuti allargandosi notevolmente, nell'ultimo mezzo secolo, anche per il lavoratore a tempo pieno; e non si vede per quale motivo, in assenza di una clausola contrattuale che attribuisca all'imprenditore una facoltà di variazione unilaterale della distribuzione temporale del lavoro, dovrebbe considerarsi protetta soltanto la programmabilità del tempo libero del lavoratore a tempo parziale e non quella del lavoratore a tempo pieno (49).

Gli effetti dell'orientamento giurisprudenziale tuttora prevalente sono comunque opportunamente temperati dai numerosi contratti collettivi che disciplinano la variazione unilaterale dell'orario di lavoro ponendo vincoli sostanziali e procedurali all'esercizio del relativo potere da parte del datore di lavoro.

317. *I possibili tipi di clausola contrattuale sulla distribuzione dell'orario di lavoro. La pattuizione dell'orario flessibile nell'interesse dell'impresa o nell'interesse del lavoratore (c.d. flexi-time).* — L'ipotesi considerata nel paragrafo precedente della mancanza di una clausola contrattuale *esplicita* che disciplini compiutamente la materia della collocazione temporale della prestazione lavorativa è tutt'altro che infrequente: in numerosi settori, infatti, i contratti collettivi non contengono disposizioni esaurienti in proposito; per non dire dei casi in cui manca del tutto un contratto collettivo applicabile al rapporto. In altri settori, invece, il contratto collettivo nazionale prevede che la distribuzione dell'orario (e in particolare l'eventuale organizzazione del lavoro a turni) sia oggetto di contrattazione al livello aziendale o a quello provinciale; deve intendersi in tal caso che gli orari di lavoro giornalieri possano essere modificati, anche senza il consenso del lavoratore, purché sulla base di idoneo accordo sindacale; oppure che essi possano essere modificati unilateralmente dal datore di lavoro, con o senza vincoli di carattere procedurale, quale quello dell'informazione preventiva o della consultazione preventiva con le rappresentanze sindacali, con o senza maggiorazione retributiva per il lavoro a turni. Meno frequente è il caso in cui — come nel settore bancario — il contratto collettivo stabilisce rigidamente la distribuzione dell'orario di lavoro, determinando l'ora di inizio e quella finale del lavoro giornaliero.

Vanno infine menzionate le clausole — inserite in numerosi contratti collettivi nazionali dagli anni '80 in poi — che prevedono la possibilità di una intensificazione del lavoro in determinati periodi dell'anno mediante estensione dell'orario settimanale fino a un limite massimo (solitamente 48 ore settimanali), con corrispondenti riduzioni in altri periodi dell'anno. Tale possibilità è per lo più subordinata alla preventiva contrattazione in sede aziendale, ma è talora riservata invece alla discrezionalità della direzione aziendale, con l'unico onere dell'informazione preventiva in proposito nei confronti delle rappresentanze sindacali. Su questa forma di «orario normale flessibile», espressamente prevista dall'art. 13 della legge n. 196/1997, torneremo nel § 320.

Le clausole testè menzionate devono essere tenute nettamente distinte da quelle — che nell'ultimo ventennio sono

venute diffondendosi notevolmente anche in Italia — tendenti a consentire la flessibilità dell'orario giornaliero in funzione delle variabili esigenze del lavoratore (c.d. *flexi-time*): qui le variazioni della collocazione temporale della prestazione nell'arco della giornata sono determinate non dal datore, o dalle parti consensualmente, ma dal prestatore nel proprio esclusivo interesse. Il *flexi-time* sembra costituire pertanto una rilevante eccezione alla configurazione normale del contratto di lavoro subordinato come contratto caratterizzato dal penetrante coordinamento temporale della prestazione (e dei singoli segmenti da cui essa è composta) rispetto alle esigenze dell'organizzazione produttiva del creditore (§ 86). Ma la portata di questa eccezione non deve essere sopravvalutata: se si esaminano più da vicino le clausole di *flexi-time* nella loro configurazione più frequente, può agevolmente rilevarsi come in realtà esse non escludano il coordinamento temporale della prestazione lavorativa rispetto ai ritmi e alle esigenze dell'attività aziendale, bensì soltanto attenuino la rigidità di tale coordinamento nell'ambito della singola giornata. Sono infatti solitamente previste una o più «fasce orarie» (ad esempio: dalle 10 alle 12 di mattina, dalle 15 alle 17 nel pomeriggio), nelle quali il lavoratore deve comunque essere presente nel posto di lavoro e prestare la propria opera; e i margini di variabilità individuale dell'orario, al di fuori della «fascia» obbligatoria, sono rigorosamente predeterminati (ad esempio: il lavoro non può avere inizio prima delle 8 del mattino e non può terminare oltre le 20 dello stesso giorno). La libertà che in tal modo viene lasciata al prestatore nella distribuzione del suo tempo di lavoro nell'arco della giornata, della settimana o del mese, è dunque, a ben vedere, assai limitata e comunque non tale da alterare sostanzialmente l'elemento — tipico della fattispecie principale del lavoro subordinato — del coordinamento temporale della prestazione rispetto alle esigenze dell'organizzazione produttiva del creditore.

Sezione III

I limiti dell'estensione temporale della prestazione estensione temporale della prestazione“6,2

Sommario: 318. Caratteri generali della disciplina. — 319. Gli artt. 2107 c.c. e 36 Cost. Applicabilità dei limiti di durata massima all'attività lavorativa svolta dallo stesso prestatore nell'ambito di ciascun rapporto. — 320. Durata massima e durata normale della prestazione lavorativa. Distinzione tra durata normale rigida e durata normale elastica. — 321. Il limite dell'orario normale settimanale secondo la l. n. 196/1997, nella perdurante attesa della riforma organica della materia. La questione del limite dell'orario giornaliero. — 322. Le deroghe ammesse. Applicabilità della direttiva comunitaria come norma di chiusura. — 323. La nozione di «lavoro effettivo», ai fini dell'applicazione dei limiti di orario. Questioni inerenti all'obbligo di «reperibilità» e ai «lavori preparatori». — 324. Il «lavoro discontinuo» e la limitazione d'orario ad esso applicabile in virtù del principio generale. — 325. Il lavoro del personale direttivo: significato e limiti della sua esclusione dal vincolo d'orario. — 326. Le categorie per le quali vige una disciplina legislativa speciale dell'orario. — 327. I rapporti di lavoro senza orario. Vecchie e nuove forme di lavoro decentrato. — 328. La nozione di lavoro straordinario. — 329. *Segue*. Il dibattito sulla distinzione tra lavoro straordinario e lavoro supplementare. Orientamenti giurisprudenziali e orientamenti amministrativi negli anni '80 e '90. — 330. *Segue*. Le incertezze legislative degli anni '90. Il compromesso provvisorio del 1998. — 331. I limiti generali del diritto del datore al lavoro straordinario e il requisito dell'«accordo tra le parti». — 332. Il giustificato motivo di rifiuto dello straordinario da parte del lavoratore. — 333. I limiti quantitativi del ricorso al lavoro straordinario e i motivi della loro scarsa effettività. — 334. Il trattamento retributivo del lavoro straordinario.

318. Caratteri generali della disciplina. — Dall'implicazione diretta e intensa della persona del lavoratore nella prestazione discende un limite necessario all'estensione temporale della prestazione stessa: questa non può estendersi al di là delle ragionevoli possibilità di lavoro umano nell'arco della giornata (dove l'esigenza di una limitazione della quantità di lavoro giornaliero esigibile e della fissazione di un periodo di riposo giornaliero minimo), nell'arco della settimana e dell'anno (dove l'esigenza di una limitazione dell'orario settimanale e della fissazione di un periodo di riposo settimanale e annuale minimo) e subisce ulteriori limitazioni in corrispondenza con i molteplici possibili impedimenti personali che sopravvengono nell'arco della vita lavorativa, quali le malattie e gli altri eventi inerenti alla vita familiare o socio-politica in relazione ai quali l'ordinamento assicura alla libertà della persona una protezione prevalente rispetto all'interesse del datore di lavoro alla continuità dell'attività lavorativa (50). Col riferimento alla ragionevole possibilità dell'attività lavorativa non intendo richiamare il concetto tecnico-giuridico della «possibilità» o «impossibilità» della prestazione, cioè della sopravvenienza non imputabile al prestatore, che impedisca oggettivamente la piena attuazione del rapporto obbligatorio. Mi riferisco invece a una limitazione originaria dell'oggetto della prestazione, fondata sui principi dell'ordinamento — cioè sulla valutazione che l'ordinamento dà di quanto può e non può essere preteso dal creditore di lavoro nei confronti del debitore —, il cui motivo non consiste quasi mai in una materiale e assoluta «impossibilità» dell'oggetto della prestazione, bensì in un equo temperamento degli interessi in gioco. Non è materialmente impossibile lo svolgimento dell'attività lavorativa, ad esempio, per 16, 20 o persino 24 ore in una giornata; ma non può non esistere un limite giuridicamente rilevante alla durata della giornata lavorativa normale, anche in assenza di una esplicita disciplina legislativa o contrattuale in

proposito (51). Come vedremo meglio in seguito (§ 381), non è materialmente impossibile, nella maggior parte dei casi, neppure lo svolgimento dell'attività lavorativa da parte del lavoratore malato; ma è nella logica dei rapporti tra gli uomini in una società civile, indipendentemente dall'esistenza di una norma scritta in proposito, che il lavoro non sia dovuto durante il periodo di malattia (52); e questo deve considerarsi pertanto implicito fin dall'inizio in ogni contratto di lavoro (53).

Nel nostro ordinamento la materia dei limiti dell'estensione temporale della prestazione lavorativa è espressamente disciplinata da un insieme di norme costituzionali, legislative ordinarie e regolamentari che, espressione di una cultura industriale in continua evoluzione, hanno progressivamente determinato i confini oltre i quali il tempo di lavoro non può estendersi e i criteri di composizione dei conflitti che di volta in volta sorgono a questo riguardo tra esigenze produttive del creditore ed esigenze personali del prestatore (§ 305). Il quadro risultante da questo insieme di norme delinea una prestazione lavorativa «normale» limitata nella sua durata giornaliera e settimanale, intervallata da riposi giornalieri, settimanali e annuali; ma la relativa disciplina è caratterizzata da una notevolissima elasticità: mentre da un lato vengono largamente tutelate le sopravvenienti esigenze aziendali di estensione o contrazione temporale della prestazione lavorativa, vengono d'altro lato largamente tutelate anche le sopravvenienti esigenze personali del prestatore che comportano una sua astensione dal lavoro.

Nei paragrafi che seguono esaminiamo i limiti posti dall'ordinamento all'estensione (§§ 319-333) e in materia di collocazione (§§ 335-349) della prestazione nella giornata, nella settimana e nell'anno. Costituiscono invece oggetto del capitolo successivo le regole poste dall'ordinamento in materia di sospensione della prestazione nell'interesse del datore o del prestatore.

319. *Gli artt. 2107 c.c. e 36 Cost. Applicabilità dei limiti di durata massima all'attività lavorativa svolta dallo stesso prestatore nell'ambito di ciascun rapporto.* — Fonte della disciplina della durata massima giornaliera e settimanale della prestazione lavorativa subordinata, secondo l'art. 2107 c.c., sono «le leggi speciali o le norme corporative»: dove il riferimento alle «norme corporative» può e deve essere interpretato oggi come rinvio alla contrattazione collettiva post-corporativa (54). La norma del codice sembra ampliare il novero delle fonti di disciplina dell'orario rispetto al secondo comma dell'art. 36 Cost. («la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge»), nel quale manca il riferimento alternativo alla contrattazione collettiva; ma vi sono ottimi motivi per escludere che la norma costituzionale istituisca una riserva di legge assoluta (55), alla quale conseguirebbe un vizio di incostituzionalità dell'art. 2107 c.c., nella parte in cui esso fa rinvio anche alla contrattazione collettiva. La Costituzione stessa, infatti, con l'art. 39 affida prioritariamente all'autonomia collettiva la regolamentazione dei rapporti di lavoro. Il carattere relativo della riserva di legge in esame induce a considerare parimenti legittimo il rinvio da parte della legge ordinaria alla regolamentazione amministrativa, entro limiti prestabiliti. Vi è, anzi, qualche buon motivo per ritenere che il termine «legge» non sia usato nella norma costituzionale in esame in senso tecnico; che cioè essa non istituisca neppure una riserva di legge relativa, dovendo interpretarsi soltanto nel senso di un principio generale di limitazione dell'orario di lavoro, attuabile dall'ordinamento mediante qualsiasi strumento normativo.

L'art. 36 Cost. prevede una limitazione della «giornata lavorativa», che potrebbe essere intesa come insieme dei periodi di lavoro svolti da uno stesso soggetto nell'arco delle 24 ore, anche nell'ambito di rapporti di lavoro diversi. La formulazione dell'art. 2107, invece, fa riferimento «alla prestazione di lavoro» (al singolare), cioè all'oggetto di ciascun contratto di lavoro individuale; vedremo poi a suo luogo (§§ 328-333) come la disciplina del lavoro straordinario, contenuta nell'art. 5 del r.d.l. n. 692/1923, e il relativo apparato sanzionatorio, contenuto nei successivi artt. 8 e 9, non possano applicarsi se non in riferimento al singolo rapporto di lavoro. Deve dunque ravvisarsi una incongruenza non trascurabile — ma difficilmente eliminabile — tra la disciplina limitativa e la finalità indicata dall'art. 36 Cost., cui essa risponde.

320. *Durata massima e durata normale della prestazione lavorativa. Distinzione tra durata normale rigida e durata normale elastica.* — A differenza della disciplina comunitaria (§ 308), la nostra disciplina interna della durata della prestazione lavorativa si articola in due ordini di vincoli distinti: limiti riferiti al cosiddetto «orario normale» della prestazione e limiti riferiti all'orario aggiuntivo, cioè al lavoro straordinario. Tale distinzione, apparentemente semplice e chiara, è invece fondata su di un concetto — quello di «orario (o durata) normale» — il cui contenuto è assai equivoco e incerto: ad esso fanno riferimento implicito l'art. 2107 c.c., esplicito il primo comma dell'art. 2108 c.c., senza però che nessuna delle due norme ne offra una definizione.

Deve innanzitutto escludersi che l'«orario normale» menzionato dal codice possa essere identificato con la durata della prestazione prevista nel contratto di lavoro individuale: verrebbe altrimenti ricompresa in questa nozione tutta l'infinita gamma dei possibili orari pattuiti individualmente, obliterandosi in tal modo la connotazione eminentemente collettiva del concetto. La sua genesi storica induce invece a identificarlo, in via di prima approssimazione, con il concetto di

«orario di lavoro a tempo pieno» previsto per un determinato settore dalla legge o dal contratto collettivo nazionale, in contrapposizione appunto a tutte le possibili diverse forme di determinazione e organizzazione dell'orario di lavoro a tempo ridotto.

Anche così circoscritto, tuttavia, il significato dell'espressione «orario normale» resta impreciso: la stessa espressione può essere utilizzata a fini puramente retributivi, per indicare la soglia oltre la quale il lavoratore ha diritto a una paga maggiorata, oppure può essere utilizzata per indicare l'estensione e il limite della prestazione dovuta dal lavoratore, distinguendola dalle prestazioni aggiuntive che egli può eventualmente rifiutare. In riferimento a questa seconda accezione del concetto, è stata inoltre proposta la distinzione tra il caso in cui l'estensione dell'obbligazione lavorativa è definita in modo rigido, in cui cioè il prestatore ha il diritto di rifiutare eventuali variazioni in aumento del tempo di lavoro, e il caso in cui l'estensione dell'obbligazione lavorativa è definita invece in modo elastico, essendo attribuito all'imprenditore il potere di variare unilateralmente l'estensione temporale della prestazione (56): in quest'ultimo caso può parlarsi, ad esempio, di una *durata normale elastica* entro il limite minimo di 38 e il massimo di 42 ore settimanali.

Diversa dalla fattispecie della durata normale elastica è quella dell'*orario normale elastico*, intendendosi per tale l'orario normale definito in termini di estensione temporale media della prestazione nell'arco di un periodo di tempo determinato: così, ad esempio, alcuni contratti collettivi oggi consentono che l'orario normale subisca delle variazioni, entro il limite massimo di 48 ore settimanali e il limite minimo di 32, ferma restando la necessità che l'orario medio nell'arco dell'anno non superi il limite di 39 (§ 317). Questo modo di definizione in sede collettiva dell'orario normale è esplicitamente previsto dall'art. 13 della legge 24 giugno 1997 n. 1996.

321. *Il limite dell'orario normale settimanale secondo la l. n. 196/1997, nella perdurante attesa della riforma organica della materia. La questione del limite dell'orario giornaliero.* — Si è visto (§ 306) come nel 1997 la velleitaria «fuga in avanti» verso l'obiettivo delle 35 ore abbia distratto il nostro legislatore dall'obbligo di adeguamento dell'ordinamento interno alla direttiva comunitaria n. 104/1993. In funzione di un adempimento parziale e imperfetto, oltre che tardivo, di quell'obbligo, è stato inserito nella legge n. 196/1997 l'art. 13 testé citato, che fissa in 40 ore settimanali l'«orario normale di lavoro», attribuendo all'autonomia collettiva la facoltà di flessibilizzare tale limite di cui si è detto nel paragrafo precedente (57).

Adempimento parziale, perché limitato alla durata della prestazione; e imperfetto, anche in riferimento a questo solo aspetto della disciplina della materia, poiché non viene contestualmente ridotta la quantità massima settimanale di lavoro straordinario, che resta fissata in dodici ore dall'art. 5 del decreto del 1923 (§ 331), col conseguente limite complessivo di (40 + 12 =) 52 ore settimanali, superiore di 4 ore rispetto al limite fissato dalla direttiva (§ 308).

L'inadempimento, poi, tornerà ad aggravarsi con l'ulteriore intervento legislativo del 1998, in conseguenza del quale deve considerarsi come straordinario soltanto il lavoro eccedente il limite di 45 ore settimanali (§ 330).

Prima di questo intervento legislativo, l'art. 1 del r.d.l. n. 692/1923 aveva stabilito l'orario normale di lavoro in 48 ore settimanali o 8 ore giornaliere, sorgendone la questione se tali limiti dovessero considerarsi tra loro concorrenti, oppure alternativi (58). Ora, in seguito all'intervento legislativo del 1997, sorge la diversa questione se questo abbia sostituito soltanto il precedente limite settimanale, o abbia implicitamente abrogato l'intera disposizione, travolgendo anche il limite giornaliero. La giurisprudenza e una parte della dottrina si sono pronunciate nel senso della sopravvivenza del limite giornaliero (59), per lo più argomentando dalla formulazione testuale del secondo comma dell'art. 36 Cost. (ma l'espressione «giornata lavorativa» ben può — e a mio avviso deve — essere qui interpretata nel senso assai più generico di «orario di lavoro»). Non mancano però le voci discordi sul punto, nel senso della alternatività del limite delle 40 ore settimanali rispetto a quello delle 8 ore giornaliere contenuto nell'art. 1 del r.d.l. n. 692/1923, o addirittura — come a me sembra preferibile — dell'abrogazione implicita del limite giornaliero ad opera della legge del 1997 (60). La norma del 1997, nella sua laconicità, nulla dice circa il campo di applicazione della nuova disciplina generale e i rapporti che, per motivi soggettivi o motivi oggettivi attinenti alla loro struttura, ne sono esclusi. Sul punto è intervenuto il ministro del lavoro con la circolare n. 125 del 1997, per chiarire che continuano ad applicarsi, in riferimento alla nuova disciplina, le esclusioni disposte dal r.d.l. n. 692/1923 (§§ 323 e 324).

322. *Le deroghe ammesse. Applicabilità della direttiva comunitaria come norma di chiusura.* — Gli artt. 4, 6 e 11 del decreto n. 692/1923 consentono alcune deroghe al limite generale di orario mediante provvedimento governativo o mediante «accordo tra le parti», per il settore agricolo, per le lavorazioni stagionali o per determinati settori o lavorazioni industriali, in riferimento ai periodi di maggiore intensificazione del lavoro, senza riduzione compensativa dell'orario nei periodi successivi e senza determinazione di un ulteriore limite massimo applicabile. Queste disposizioni dovrebbero considerarsi senz'altro incostituzionali da chi aderisca alla tesi secondo cui il secondo comma dell'art. 36 Cost. istituisce una riserva di legge assoluta in materia di limitazione dell'orario di lavoro; e qualche dubbio in proposito è sorto anche indipendentemente dall'adesione a quella tesi (61). Qualche dubbio di

costituzionalità è stato sollevato in proposito, del resto, anche da chi aderisce all'orientamento dottrinale dominante, secondo cui l'art. 36 Cost. pone una riserva di legge relativa (§ 319). Questi dubbi possono forse oggi essere superati considerandosi direttamente applicabile nel nostro ordinamento interno, in virtù degli artt. 36, 2° c., e 10 Cost., la disciplina della materia contenuta nella direttiva comunitaria n. 104/1993 (§ 308): il limite generale ivi stabilito, delle 48 ore settimanali come media quadrimestrale, può essere assunto come regola generale applicabile in tutti i casi che non siano diversamente disciplinati dalla legge.

323. *La nozione di «lavoro effettivo», ai fini dell'applicazione dei limiti di orario. Questioni inerenti all'obbligo di «reperibilità» e ai «lavori preparatori».* — Lo svolgimento dell'attività lavorativa non è l'unica prestazione a cui il lavoratore subordinato sia tenuto in virtù del contratto: egli è pure vincolato (oltre che ad alcuni obblighi di carattere negativo, quali quelli di non concorrenza e di segreto, dei quali si parlerà nel cap. XIV), anche ad obblighi di preparazione dell'adempimento (§ 285), quale quello di recarsi in un determinato luogo dove la prestazione deve essere svolta (62), oppure quello di «reperibilità», che implica l'impegno a rendersi facilmente rintracciabile per garantire un intervento urgente in caso di emergenza.

Le prestazioni che sono oggetto degli obblighi preparatori testé menzionati non sono soggette ad alcun limite massimo d'orario (63); il che è logico, trattandosi per lo più di prestazioni che non impegnano intensamente la persona. Può nondimeno porsi un problema di costituzionalità — risolvibile in via interpretativa nel senso dell'applicazione di un criterio di ragionevolezza (§ 325) — in riferimento all'assenza di un limite massimo di orario per l'obbligo di reperibilità, data la notevole limitazione della libertà di godimento del tempo libero, che ne deriva a carico del lavoratore.

Soggetto al limite massimo di orario, a norma dell'art. 1 del r.d.l. n. 692/1923, è soltanto il «lavoro effettivo», intendendosi per tale la prestazione lavorativa in senso stretto. Nella nozione di «lavoro effettivo» che qui rileva devono però essere compresi anche i periodi di mera attesa, o nei quali non sia richiesta al lavoratore una attività assorbente, bensì soltanto il tenersi costantemente a disposizione nel luogo di lavoro: restano esclusi soltanto gli intervalli di inattività durante i quali il lavoratore possa allontanarsi liberamente dal luogo di lavoro (64).

Rientrano invece a pieno titolo nel «lavoro effettivo», ai fini dell'applicazione del limite d'orario, i «lavori preparatori e complementari», quali ad esempio quelli di manutenzione degli attrezzi e delle macchine, di apprestamento delle materie prime per la lavorazione vera e propria, di collaudo straordinario o di inventario (65). Ma qualora tali lavori «debbero essere eseguiti al di fuori dell'orario normale delle aziende» sono ammesse per essi «deroghe consensuali» alla disciplina limitativa generale (r.d.l. n. 692/1923, art. 6, di cui già si è detto nel § 322).

324. *Il «lavoro discontinuo» e la limitazione d'orario ad esso applicabile in virtù del principio generale.* —

L'espressione «lavoro effettivo» compare due volte nel r.d.l. n. 692/1923, assumendo rispettivamente due diversi significati: nell'art. 1 essa è usata per indicare i periodi in cui effettivamente si svolge la prestazione lavorativa per distinguerli dagli intervalli di tempo libero che possono interrompere la giornata lavorativa; nell'art. 3, invece, la stessa espressione indica «ogni lavoro che richieda un'applicazione assidua e continuativa», per distinguerlo dalle prestazioni che «richiedono per la loro natura o nella specialità del caso, un lavoro discontinuo o di semplice attesa e custodia» (66). Queste ultime prestazioni sono escluse totalmente dall'applicazione della disciplina limitativa dell'orario.

Questa lettura non è condivisa da una parte della dottrina (67), secondo la quale l'espressione «lavoro effettivo» assume lo stesso significato nell'art. 1 e nell'art. 3 del decreto. Questa tesi comporterebbe logicamente che anche le attività «discontinue» fossero assoggettate al vincolo d'orario, limitatamente ai segmenti temporali di «applicazione assidua» di cui esse si compongono; il che non soltanto porrebbe problemi di applicazione pratica pressoché insolubili, ma contrasterebbe anche con l'evidente intendimento del legislatore, desumibile sia dal tenore letterale dello stesso art. 3, sia dal titolo del r.d. 6 dicembre 1923 n. 2657, emanato in attuazione dell'art. 3 («Tabella indicante le occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia, alle quali non è applicata la limitazione dell'orario sancita dall'art. 1 del r.d.l. 15 marzo 1923 n. 692»).

Il motivo della drastica esclusione del lavoro discontinuo dal campo di applicazione della disciplina limitativa dell'orario è agevolmente individuabile nella scarsa considerazione in cui era tenuta dal legislatore del 1923 l'esigenza della salvaguardia del tempo libero dei lavoratori: il limite d'orario era dettato essenzialmente in funzione della tutela della salute, che indubbiamente era — allora come oggi — implicata assai meno nei lavori discontinui che nei lavori caratterizzati da impegno assiduo e costante (68). Ma i termini della questione sono oggi profondamente diversi rispetto a ottant'anni or sono, sia sul piano socio-culturale, per il rilievo sempre crescente che va assumendo l'interesse dell'individuo a poter disporre di adeguati spazi di tempo fuori dell'azienda, sia sul piano giuridico, per il rilievo di primo piano che a tale interesse è stato attribuito, direttamente e indirettamente, dalla Costituzione. Senza contare che con la riduzione della durata normale del lavoro al di sotto delle 40 ore settimanali, operata dalla contrattazione collettiva, la funzione di garanzia del tempo libero dei lavoratori svolta dal limite d'orario viene assumendo un peso

predominante rispetto a quella di salvaguardia della salute.

La questione è stata affrontata e risolta in sede collettiva in numerosi settori, con l'istituzione di limiti d'orario ragionevoli per gli addetti ai lavori discontinui. Dove la limitazione di fonte collettiva si applica, deve considerarsi come tempo di lavoro a tal fine anche la fase di inattività, in tutti i casi in cui il lavoratore non possa allontanarsi dal posto di lavoro, dovendo tenersi pronto a riprendere l'attività (69).

In mancanza di un limite stabilito dal contratto collettivo, dottrina (70) e giurisprudenza (71) concordano nel ritenere che detto limite debba essere stabilito in sede giudiziale secondo equità, essendo conseguentemente riconosciuto agli addetti ai lavori discontinui il diritto alle maggiorazioni per il lavoro straordinario in riferimento alle ore eccedenti il limite così stabilito (72).

Secondo un orientamento consolidato da tempo, ai lavoratori discontinui spettano anche le maggiorazioni per lavoro notturno o festivo, applicandosi gli stessi criteri in vigore per gli altri lavoratori (73).

325. *Il lavoro del personale direttivo: significato e limiti della sua esclusione dal vincolo d'orario.* — Un problema analogo a quello che si pone in materia di limiti d'orario per il lavoro discontinuo si pone per il lavoro del «personale direttivo», originariamente escluso dall'applicazione della disciplina generale dell'orario, per effetto del secondo comma dell'art. 1 del r.d.l. n. 692/1923 (74). Occorre chiedersi quale sia la ragion d'essere di questa esclusione, sia al fine della corretta individuazione dei confini della categoria esclusa, sia ai fini del necessario vaglio di costituzionalità della disposizione legislativa.

Nuocce alla chiarezza dei termini del problema un equivoco assai diffuso sul significato della cosiddetta esenzione del personale direttivo dal «vincolo d'orario» (75). Il «vincolo d'orario» può essere inteso come predeterminazione della collocazione temporale della prestazione, oppure come predeterminazione contrattuale della sua estensione temporale minima, oppure ancora come predeterminazione legislativa o contrattuale della sua estensione temporale massima. Il fatto che le prerogative di autonomia operativa del dirigente mal si concilino con il «vincolo d'orario» inteso nelle prime due accezioni, e che pertanto il dirigente stesso goda normalmente di una notevole discrezionalità nella gestione del proprio orario di lavoro, non implica affatto necessariamente che la sua prestazione non possa e non debba essere assoggettata a un limite di durata massima, ovvero a un «vincolo d'orario» inteso nella terza accezione.

Una parte della dottrina ha ritenuto in passato di individuare il motivo dell'eccezione alla disciplina generale nel carattere «discontinuo» (76), o comunque «meno usurante» (77), dell'attività svolta dal personale direttivo: tale eccezione non sarebbe, dunque, che una specificazione particolare della disposizione relativa al lavoro discontinuo (§ 324). Senonché appare oggi arduo sostenere che l'attività lavorativa dei dirigenti sia mediamente meno assidua e stressante di quella di qualsiasi impiegato di concetto. Più aderente alla realtà dei fatti appare la tesi che individua la *ratio* dell'esclusione nella maggiore capacità effettiva dei dirigenti di difendere le proprie esigenze di salute, familiari e sociali nei confronti di eventuali pretese eccessive del datore di lavoro circa l'estensione temporale della prestazione (78); ma questo argomento vale soltanto in riferimento ai dirigenti veri e propri (esclusi quelli della fascia inferiore nelle grandi aziende, i c.d. «minidirigenti»: § 183) e non certo in riferimento alla generalità del personale direttivo intermedio. È questo il motivo per cui deve, a mio avviso, concordarsi con quella parte della dottrina che ha considerato eccessiva l'elencazione delle figure del «personale direttivo» contenuta nell'art. 3 del regolamento di attuazione (r.d. n. 1955/1923), in cui trovano posto anche i «capi ufficio» e i «capi reparto», e ha ritenuto pertanto che essa dovesse essere disattesa per non conformità con la norma legislativa (79). La giurisprudenza prevalente è però da sempre orientata nel senso dell'interpretazione estensiva dell'espressione «personale direttivo» (80).

La norma, così interpretata, è stata ritenuta costituzionalmente legittima, salvo il diritto del personale escluso dal limite massimo d'orario a una adeguata maggiorazione della retribuzione in riferimento alla prestazione lavorativa eventualmente eccedente un limite di ragionevole normalità: «un limite quantitativo globale, ancorché non stabilito dalla legge o dal contratto ... sussiste pur sempre, anche per il personale direttivo, anzitutto in rapporto alla necessaria tutela della salute e integrità psico-fisica, garantita dalla Costituzione a tutti i lavoratori ... Talché al giudice è sicuramente consentito di esercitare, nelle singole fattispecie, un controllo sulla ragionevolezza della durata delle prestazioni pretese dall'imprenditore» (81).

Resta comunque sempre salva la possibilità che sia la contrattazione collettiva a stabilire un limite di orario normale anche per il personale direttivo, con conseguente qualificabilità in termini di straordinario del lavoro eccedente tale limite (82).

326. *Le categorie per le quali vige una disciplina legislativa speciale dell'orario.* — Per «gli uffici e i servizi pubblici, anche se gestiti da assuntori privati», i «lavori eseguiti a bordo delle navi» e il lavoro domestico, i commi 2° e 3° dell'art. 1 del r.d.l. n. 692/1923 prevedono che apposite leggi dettino una disciplina speciale.

Per il lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche la materia dei limiti di estensione dell'orario è ora ricondotta nel campo di applicazione della disciplina generale, e quindi anche degli artt. 2107-2109 c.c., dall'art. 2, cc.

2° e 3°, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

Quanto al lavoro nautico, esso è invece sottratto alla disciplina generale dell'orario (83). Per il lavoro marittimo — dovendo intendersi per tale il lavoro dei soli componenti l'equipaggio della nave ed escludersi la c.d. navigazione interna (fluviale o lacustre), per la quale si applica la disciplina generale (84) — la materia dell'orario sarebbe regolata dalla Convenzione O.I.L. n. 109 del 14 maggio 1958, ratificata dall'Italia con la legge 10 aprile 1981 n. 157, se questa non fosse tuttora priva di effetto vincolante per difetto del numero minimo di ratifiche (gli artt. 11-20 della Convenzione disciplinano l'orario normale e quello straordinario separatamente per il personale delle navi adibite al piccolo cabotaggio, per il personale delle navi adibite alla navigazione di lungo corso e per il personale addetto «ai servizi di carattere generale», differenziando altresì i limiti dell'orario normale a seconda che esso si riferisca ai periodi di navigazione o ai periodi in cui la nave è in porto) (85). L'Italia è tuttavia oggi vincolata a dare attuazione alla direttiva europea 21 giugno 1999 n. 63, che ha recepito l'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente del mare stipulato il 30 settembre 1998: la direttiva prevede (clausola 5) un limite massimo di 14 ore di lavoro in ciascun periodo di 24 e di 72 ore su di un periodo di 7 giorni; dispone inoltre che il numero minimo di ore di riposo non può essere inferiore a 10 ore su di un periodo di 24 e a 77 ore su di un periodo di 7 giorni (86).

Quanto ai «servizi pubblici, anche se gestiti da assuntori privati», la disciplina legislativa speciale è stata emanata in un primo tempo, per i servizi di trasporto, con il r.d.l. 19 ottobre 1923 n. 2328, che prevedeva una «durata media normale della giornata di lavoro» non eccedente le otto ore di lavoro effettivo (art. 2); successivamente, la legge 14 febbraio 1958 n. 138 sull'«orario di lavoro del personale degli automezzi pubblici di linea extra-urbani adibiti al trasporto viaggiatori» ha invece richiamato interamente per il personale non viaggiante la disciplina generale contenuta nel r.d.l. n. 692/1923 e nei relativi regolamenti (art. 1), mentre per il personale viaggiante ha previsto una disciplina speciale imperniata sul limite delle «otto ore giornaliere o quarantotto settimanali» di «lavoro effettivo» (artt. 2-6). Tutte queste categorie sono ora comprese nella nozione di «lavoratore mobile», in riferimento alla quale la direttiva comunitaria n. 104/1993, come modificata dalla direttiva n. 34/2000, impone agli Stati membri di disporre garanzie particolari del riposo giornaliero e settimanale (art. 17-*bis*).

Per gli altri settori dei servizi pubblici (elettricità, gas, acquedotti, telecomunicazioni, ecc.) non è stata invece emanata alcuna norma legislativa speciale in materia di orario. In questi settori deve considerarsi applicabile la disciplina generale contenuta nel r.d.l. n. 692/1923, interpretandosi il terzo comma dell'art. 1, in armonia con l'art. 36 Cost. e con l'art. 2107 c.c., nel senso di escluderne soltanto quei servizi pubblici per i quali si sia provveduto «con separate disposizioni».

Per gli addetti ai servizi domestici è intervenuta la legge 2 aprile 1958 n. 339 (art. 8). La norma impone al datore di lavoro soltanto l'obbligo di concedere al collaboratore domestico otto ore consecutive di riposo notturno (intervallo che deve ora ampliarsi a undici ore, in applicazione della direttiva comunitaria: § 308) e «un conveniente riposo durante il giorno» (primo comma), con possibilità di richiesta di prestazioni notturne, a cui deve corrispondere un riposo compensativo diurno (secondo comma).

Discipline speciali dell'orario sono previste inoltre per gli addetti alla produzione e vendita del pane (l. 22 marzo 1908 n. 105), per gli apprendisti (l. 19 gennaio 1955 n. 25, art. 10: § 34), per i lavori in cassoni ad aria compressa (d.P.R. 20 marzo 1956 n. 321, art. 36), per i minatori (l. 23 ottobre 1962 n. 1544, art. 1), per i minori (l. 17 ottobre 1967 n. 977, art. 18), per i massaggiatori e massofisioterapisti ciechi (l. 19 maggio 1971 n. 403, art. 3, c. 1°).

327. I rapporti di lavoro senza orario. Vecchie e nuove forme di lavoro decentrato. — La limitazione dell'orario di lavoro — quale che ne sia la fonte giuridica — può dispiegare la sua efficacia soltanto nei rapporti in cui la prestazione lavorativa sia misurata in termini di tempo, o nei rapporti in cui l'estensione temporale della prestazione stessa sia oggetto di predeterminazione contrattuale rigida: venendo meno contemporaneamente entrambi questi presupposti, il vincolo di durata massima perde ogni significato (87).

Così, ad esempio, ha senso imporre — per legge o per contratto collettivo — un limite d'orario per i rapporti in cui, pur non essendo predeterminata rigidamente l'estensione temporale della prestazione, il lavoratore venga retribuito soltanto in riferimento alla durata della prestazione stessa; oppure per i rapporti in cui, pur essendo il lavoratore retribuito anche (o soltanto) in base al risultato dell'attività lavorativa svolta (come nel caso del lavoro a cottimo), egli sia comunque obbligato a lavorare, a essere presente in azienda, per un determinato lasso di tempo ogni giorno od ogni settimana. Ma non avrebbe alcun senso imporre un limite d'orario massimo in riferimento a rapporti in cui la retribuzione sia determinata in base al risultato e il contratto lasci il lavoratore del tutto libero di lavorare più a lungo e meno intensamente, o più intensamente e meno a lungo (§ 282): è questo il caso del lavoratore che operi in condizioni di isolamento rispetto all'organizzazione aziendale e goda di un ampio margine di discrezionalità nell'organizzazione e determinazione del proprio tempo di lavoro. Più in generale, si può affermare che il limite massimo di orario non può operare in tutti i casi in cui il contratto contenga una clausola di piena fungibilità, a discrezione del lavoratore, tra estensione temporale e intensità della prestazione: è questo un limite per così dire naturale e congenito del campo di applicazione del vincolo di durata massima. Il problema di impedire un sovraccarico di lavoro nocivo per la salute del lavoratore si pone, beninteso, anche in questo caso, ma non può essere risolto con una tecnica di tutela consistente nell'imposizione di limiti massimi di orario.

E' questo il motivo per cui non puo` considerarsi disposizione eccezionale l'eccezione alla disciplina generale dell'orario prevista dall'art. 1, c. 2°, del r.d.l. n. 692/1923 per i «commessi viaggiatori» o rappresentanti di commercio (88): la disciplina dell'orario puo` incontrare il suo limite naturale di applicabilita` anche in altri casi non espressamente indicati dalla legge, come in quello del ricercatore scientifico operante in condizioni di isolamento rispetto all'organizzazione del datore di lavoro, in quello del cosiddetto «personale esterno» delle imprese di assicurazione, nonche` in quello del lavoro a domicilio (89). E` ben vero che l'art. 11 della legge 18 dicembre 1973 n. 877 distingue le ipotesi di lavoro a domicilio a tempo pieno normale e a tempo ridotto; ma il riferimento al tempo pieno e` qui inteso soltanto come riferimento approssimativo all'entita` complessiva dell'impegno lavorativo, ai fini dell'applicabilita` del divieto di concorrenza: cioe` a fini totalmente diversi da quelli propri della disciplina limitativa dell'orario. La rilevanza pratica della questione e` destinata a crescere. Alla forma tradizionale di organizzazione del lavoro nell'impresa, che consiste nel coordinamento spazio-temporale della prestazione lavorativa con il resto dell'organizzazione aziendale, si sostituiscono con frequenza sempre maggiore forme nuove di coordinamento informatico e telematico (il c.d. telelavoro: § 86) che prescindono dalla contiguita` spaziale e dalla coincidenza temporale. Col ridursi dell'esigenza di coordinamento spazio-temporale dell'attivitaa` lavorativa nell'impresa vengono pertanto moltiplicandosi i casi in cui mancano del tutto i presupposti per la misurazione della quantita` della prestazione in termini di estensione temporale: alla vecchia figura del lavoratore a domicilio si aggiungono nuove e sempre piu` numerose figure di lavoratori che, essendo «inseriti» nell'organizzazione aziendale attraverso le nuove forme di collegamento a distanza, operano al di fuori dell'unita` produttiva; e per i quali l'orario di lavoro ha peso scarsissimo o nullo nella determinazione dell'oggetto del rapporto. La quantita` di lavoro, non piu` misurata in termini di tempo, viene misurata in termini di quantita` di informazioni raccolte, elaborate, trasmesse (poiche` questa e` la nuova nozione di lavoro che va affermandosi).

Scrivevo a questo proposito nel 1987, commentando l'art. 2107 c.c.: «La` dove questo accade, il problema della limitazione della quantita` di lavoro resta, per ora, irrisolto: lo sviluppo delle nuove tecnologie informatiche e telematiche sollecita l'elaborazione di nuovi strumenti concettuali e nuove tecniche legislative e contrattuali per la tutela degli interessi individuali e collettivi dei lavoratori; in altre parole: lo sviluppo di una nuova tecnologia giuridica» (90). A quindici anni di distanza, pero`, non mi sembra che si siano fatti apprezzabili passi avanti su questa strada; e i lavori preparatori della riforma in gestazione non preannunciano, per questo aspetto, novita` di rilievo.

328. La nozione di lavoro straordinario. — Sulla scorta dell'art. 2108 c.c. possiamo, in via di prima approssimazione, considerare come lavoro straordinario quello che eccede l'orario normale (§§ 320-321).

Al pari del lavoro ordinario, lo straordinario si configura come attivita` pienamente inserita nel tessuto organizzativo aziendale e soggetta alle direttive del datore di lavoro. Pertanto l'attivitaa` lavorativa svolta oltre l'orario normale all'insaputa del datore di lavoro o del preposto, lungi dal potersi qualificare come lavoro straordinario, non puo` neppure qualificarsi come lavoro subordinato in senso proprio. Il lavoratore in questo caso non puo` dunque pretendere di essere retribuito in riferimento a tale attivita`, bensì dispone soltanto, a norma dell'art. 2041 c.c., dell'azione di arricchimento senza causa (91). Anche in assenza di una richiesta esplicita da parte del datore di lavoro o del preposto, il loro consenso al prolungamento dell'orario di lavoro del singolo prestatore puo` tuttavia desumersi da qualsiasi loro comportamento concludente, compresa l'inerzia quando essi siano a conoscenza dello svolgimento della prestazione aggiuntiva (92).

Il consenso specifico del datore di lavoro al prolungamento dell'orario, ovviamente, non e` necessario quando tra le parti sia stata pattuita la flessibilita` della distribuzione del lavoro nell'interesse del prestatore (c.d. *flexi-time*); in tal caso, pero`, come si e` visto a suo luogo (§ 317), il lavoro prestato nella singola giornata in aggiunta all'orario normale non puo` considerarsi come straordinario, poiche` il prolungamento e` deciso unilateralmente dal prestatore nel proprio interesse, in vista del godimento di una corrispondente riduzione dell'orario in un altro giorno della settimana.

329. Segue. Il dibattito sulla distinzione tra lavoro straordinario e lavoro supplementare. Orientamenti giurisprudenziali e orientamenti amministrativi negli anni '80 e '90. — La nozione del lavoro straordinario come lavoro che eccede l'orario normale, gia` desumibile dall'art. 5 del r.d.l. n. 692/1923 («E` autorizzata ... l'aggiunta alla giornata normale di lavoro ... di un periodo straordinario») e ribadita dall'art. 2108 c.c., non ha fatto sorgere problemi rilevanti fino a quando la durata normale giornaliera e settimanale della prestazione prevista dai contratti collettivi ha coinciso con il limite legale. Il problema ha incominciato a porsi intorno alla meta` degli anni '50 in numerosi settori produttivi, dove la contrattazione collettiva ha incominciato a ridurre gli orari al di sotto del limite legale: si e` lungamente discusso se in questi settori dovesse considerarsi come straordinario soltanto il lavoro eccedente quel limite (ovvero le 8 ore giornaliere o 48 settimanali), oppure anche il lavoro eccedente soltanto l'orario normale contrattuale. Dopo le oscillazioni tra i due contrapposti orientamenti registratesi negli anni '60 e '70, la giurisprudenza si e` sempre piu` decisamente orientata ad attribuire peso decisivo, per l'individuazione dello straordinario, alla determinazione

contrattuale dell'«orario normale» (93).

Consolidatosi nel corso degli anni '80 questo orientamento giurisprudenziale, era dunque al contratto collettivo di settore che avrebbe dovuto farsi riferimento per individuare il lavoro straordinario, ai fini dell'applicazione della sua disciplina legislativa inderogabile (sulla quale torneremo nei paragrafi seguenti). Senonché la contrattazione collettiva ha continuato, in numerosi settori, a prevedere la distinzione fra lavoro supplementare (eccedente l'orario normale ma non il limite legale) e lavoro straordinario (oltre le 48 ore settimanali fino al giugno 1997: § 321); e la prassi prevalentemente seguita dagli ispettorati del lavoro è stata nel senso di rispettare questa distinzione, così determinandosi un attrito rilevante, e per certi aspetti sconcertante, fra prassi amministrativa e orientamento giurisprudenziale dominante.

Vedremo nel paragrafo seguente come questo contrasto venga risolto, in via dichiaratamente provvisoria e compromissoria, con un intervento legislativo del 1998 e come la giurisprudenza successiva paia prenderne atto. Va, del resto, osservato a questo proposito come sia intrinsecamente problematico qualsiasi tentativo di imporre la qualificazione come «straordinario» del lavoro compreso tra il limite legale e un limite contrattuale inferiore, per la difficoltà di distinguere, nella disciplina collettiva della materia, le disposizioni che prevedono un limite di orario normale rigido da quelle che prevedono un orario normale elastico. Abbiamo visto (§ 320), infatti, come accada diffusamente che la contrattazione collettiva, pur prevedendo una riduzione dell'orario-base rispetto al limite legale, preveda contestualmente anche il «normale» svolgimento di lavoro aggiuntivo entro quel limite, con l'intendimento di lasciare libero il datore di lavoro di ricorrervi, senza particolari limitazioni, anche in modo continuativo, laddove la situazione aziendale lo richieda (la «durata normale elastica», appunto). Al fine della qualificazione del lavoro aggiuntivo come straordinario, non può dunque considerarsi decisivo il fatto che il contratto di settore preveda una maggiorazione retributiva: occorre distinguere, in riferimento a ciascuna fattispecie concreta, attraverso una indagine sull'effettiva volontà delle parti stipulanti, i casi in cui con la riduzione del limite di orario rispetto a quello legale si è inteso veramente ridurre l'estensione dell'obbligazione lavorativa nell'arco della giornata o della settimana, dai casi in cui invece tale riduzione non è stata voluta, o comunque si è voluto riconoscere al datore di lavoro il diritto di ottenere, a sua richiesta, la maggiore estensione temporale della prestazione lavorativa, come forma di elasticità della durata normale (94).

330. Segue. *Le incertezze legislative degli anni '90. Il compromesso provvisorio del 1998.* — Nel contesto alquanto confuso testè descritto si inserisce in un primo tempo l'art. 2, della legge 28 dicembre 1995 n. 549 (misure di razionalizzazione della finanza pubblica), a norma del quale, ai fini di una contribuzione speciale che grava sul lavoro straordinario (c. 19°), «si considera lavoro straordinario per tutti i lavoratori, ad eccezione del personale che svolge funzioni direttive: a) quello che eccede le quaranta ore nel caso di regime di orario normale; b) quello che eccede la media di quaranta ore settimanali nel caso di regime di orario plurisettimanale previsto dai contratti collettivi nazionali» (95).

Alla norma del 1995, che costituisce un primo riconoscimento legislativo indiretto del limite delle 40 ore dell'orario di lavoro normale, fa seguito l'intervento diretto del legislatore in tal senso con la legge n. 196/1997 (§ 321), che pare imporre implicitamente la qualificazione come lavoro straordinario di tutto il lavoro eccedente le 40 ore (96). Senonché le proteste di parte imprenditoriale per la compressione, che ne consegue, della possibilità di pattuizione collettiva di un orario normale elastico inducono un anno dopo il legislatore a un ulteriore intervento, «in via transitoria, in attesa della nuova disciplina dell'orario di lavoro». Con questa dichiarazione di provvisorietà si apre il testo del decreto-legge 29 settembre 1998 n. 335, convertito in legge con modificazioni ad opera della legge 27 novembre 1998 n. 409, recante una disciplina della materia eminentemente compromissoria ed estemporanea (97), certo non idonea a costituire punto di riferimento per una ricostruzione sistematica della disciplina della materia.

La nuova norma sostituisce il vecchio art. 5-bis, che era stato inserito nel r.d.l. n. 692/1923 da una legge del 1955 per la disciplina del lavoro straordinario nel settore industriale (98), stabilendo che il limite settimanale oltre il quale la prestazione lavorativa è qualificata come «straordinaria» è ridotto a 45 ore (99). La nuova norma risolve dunque provvisoriamente l'annosa disputa sulla nozione legale di lavoro straordinario, collocandosi in una posizione intermedia fra la giurisprudenza che nell'ultimo ventennio si era orientata nel senso di considerare straordinaria qualsiasi prestazione lavorativa eccedente rispetto all'orario normale previsto dal contratto collettivo, e la prassi amministrativa degli ispettorati del lavoro, rimasta di fatto ferma al vecchio limite delle 48 ore settimanali (§ 329) (100).

La giurisprudenza successiva sembra prendere atto di questa scelta del legislatore: la Cassazione torna ultimamente a considerare «straordinario», ai fini dell'applicazione della disciplina legale inderogabile, soltanto il lavoro eccedente il limite di orario normale fissato dalla legge, lasciando libera la contrattazione collettiva nella regolamentazione del lavoro compreso fra il limite contrattuale e quello legale (101).

331. I limiti generali del diritto del datore al lavoro straordinario e il requisito dell'«accordo tra le parti». — L'art. 5 del r.d.l. n. 692/1923, rimasto nonostante tutto in vigore come regola generale, subordina la legittimità del ricorso al lavoro straordinario al preventivo «accordo tra le parti». Con tale espressione si è certamente inteso indicare gli accordi stipulati in sede sindacale, e in particolare gli accordi stipulati in riferimento a ciascun caso concreto: lo prova il fatto che nel comma 1° dell'art. 4 la stessa espressione è usata sicuramente in questa accezione (102). Sembra dunque indubitabile che il legislatore del 1923 abbia assunto l'accordo collettivo come filtro delle esigenze aziendali, facendo ricorso alla stessa tecnica normativa poi riscoperta mezzo secolo più tardi con lo Statuto dei lavoratori (artt. 4 e 6: §§ 441 e 444) (103) e poi con la c.d. «legislazione dell'emergenza»: quella di attribuire all'autonomia collettiva la funzione di determinare caso per caso, in relazione a specifiche congiunture settoriali o aziendali, il migliore temperamento tra l'interesse dell'impresa e gli interessi individuali o collettivi.

Questa interpretazione dell'espressione «accordo tra le parti», però, ha prevalso in dottrina soltanto in una fase iniziale (104); è poi venuta progressivamente affermandosi, ancorché senza un'argomentazione adeguata, l'interpretazione meno rigorosa, nel senso dell'ammissibilità del lavoro straordinario previsto genericamente nel contratto collettivo nazionale, o anche soltanto in un accordo individuale (105).

In assenza di uno specifico consenso negoziale della controparte (individuale o collettiva) deve comunque escludersi il diritto del datore di lavoro alle prestazioni eccedenti l'orario normale (106).

L'interpretazione prevalente, di cui si è ora detto, ha fatto sorgere un problema ulteriore: se cioè il consenso del singolo lavoratore alla richiesta di lavoro straordinario sia necessario anche in presenza di una clausola collettiva che autorizzi tale richiesta. Fin dai primi anni '60 ha prevalso in proposito la tesi secondo cui tale necessità è esclusa (107), salvo che sia il contratto collettivo stesso a sancire il carattere volontario del lavoro straordinario (108) e salva in ogni caso la legittimità del rifiuto fondato su di un giustificato motivo di natura personale (§ 332), nonché del rifiuto collettivo come forma di sciopero (§ 425).

332. Il giustificato motivo di rifiuto dello straordinario da parte del lavoratore. — La maggior parte dei contratti collettivi, nel prevedere e delimitare la facoltà del datore di lavoro di chiedere al dipendente il lavoro straordinario, prevede anche che il dipendente stesso possa rifiutarsi di aderire a tale richiesta per «giustificato motivo». Questa clausola, a mio avviso, deve considerarsi come espressione di un principio applicabile a tutti i rapporti di lavoro, indipendentemente dalla sua esplicitazione in un contratto collettivo applicabile: se infatti si riconosce — come deve riconoscersi — l'esistenza di una regola generale in base alla quale il lavoratore può sempre rifiutare la prestazione quando essa collida irrimediabilmente con i suoi interessi o doveri primari (109), e tale regola è applicabile in riferimento alla prestazione di lavoro nel suo ordinario svolgimento, a maggior ragione e con maggiore ampiezza essa deve considerarsi applicabile in riferimento alla dilatazione occasionale della prestazione, richiesta dal datore, che collida ad esempio con esigenze di salute o di cura del lavoratore, o con impegni familiari inderogabili (si pensi al caso del lavoratore i cui figli piccoli rimarrebbero soli e abbandonati a se stessi in caso di suo rientro ritardato dal lavoro) (110).

La questione va risolta, in ciascun caso concreto, sulla base di una valutazione comparativa dei contrapposti interessi del datore e del prestatore di lavoro. E può osservarsi in proposito che l'interesse di quest'ultimo, insufficiente in determinate circostanze per giustificare il rifiuto, può invece giustificarlo quando, senza eccessivi costi organizzativi, la stessa richiesta di lavoro straordinario possa essere rivolta ad altri dipendenti che non abbiano motivi apprezzabili per rifiutarlo, o addirittura siano interessati a svolgerlo.

Sta di fatto che, sul piano pratico, la questione non riveste grande importanza, almeno dal punto di vista quantitativo: il mercato aziendale dell'elasticità del tempo di lavoro funziona, per lo più, spontaneamente assai bene, con un tasso di litigiosità molto ridotto (le sentenze edite relative a controversie circa il giustificato motivo di rifiuto dello straordinario da parte del lavoratore sono davvero pochissime), anche perché alla domanda di lavoro straordinario espressa dall'impresa corrisponde solitamente l'interesse convergente di una parte consistente dei lavoratori. Questo spiega anche l'alto tasso di ineffettività dei limiti quantitativi posti dalla legge e dalla contrattazione collettiva al lavoro straordinario, che sono oggetto del paragrafo seguente.

333. I limiti quantitativi del ricorso al lavoro straordinario e i motivi della loro scarsa effettività. — A norma dell'art. 5 del r.d.l. n. 692/1923 il lavoro straordinario non può protrarsi oltre «le due ore al giorno e le dodici ore settimanali, o una durata media equivalente entro un periodo determinato». La possibilità di riferire il limite alla «durata media equivalente» deve intendersi concessa soltanto in relazione al limite settimanale, come è espressamente confermato dai regolamenti di attuazione del decreto (art. 9, 1° c., del r.d. n. 1955/1923, e art. 7, c. 1°, del r.d. n. 1956/1923, che fissano in nove settimane l'estensione massima del periodo entro il quale la media può essere calcolata); l'uso della congiuntiva e tra il limite giornaliero e quello settimanale, nell'art. 5, sta invece a indicare che il lavoro straordinario deve essere sempre contenuto — salvi i casi di forza maggiore, di cui si dirà tra breve — entro le due ore al giorno

(111).

Sia il limite giornaliero, sia quello settimanale possono essere senz'altro superati, anche senza riduzioni compensative in periodi diversi, «nei casi di forza maggiore e in quelli nei quali la cessazione del lavoro ad orario normale costituisce un pericolo e danno alle persone o alla produzione» (art. 7).

L'art. 5 del decreto del 1923 non prevede altri limiti quantitativi in materia di lavoro straordinario, oltre a quelli di cui si è detto: esso parrebbe quindi consentire la determinazione contrattuale di un orario continuativo di $(40 + 12 =) 52$ ore settimanali, con l'unico onere per il datore di lavoro di corrispondere al prestatore la maggiorazione retributiva (di cui si dirà nel § 334) per le dodici ore eccedenti l'orario normale. Altrettanto non può dirsi, però, in riferimento al settore industriale, per il quale — come si è visto (§ 330) — il legislatore è intervenuto nel 1955 con una norma restrittiva, inserita nel testo del decreto del 1923 come art. 5-*bis*, poi sostituita, per effetto della legge n. 409/1998, con una nuova norma che mira a identificare con precisione il limite oltre il quale il lavoro deve considerarsi «straordinario». Quest'ultima norma apporta inoltre le seguenti modifiche alla disciplina della materia, applicabile nel settore industriale:

— la vecchia regola per cui il lavoro straordinario poteva avere soltanto «carattere meramente saltuario» è sostituita da quella per cui esso «deve essere contenuto» (nuovo art. 5-*bis*, 2° c.); si osserva qui una evidente attenuazione del vincolo rispetto alla formulazione precedente della norma;

— la nuova norma introduce un limite massimo annuo di 250 ore di straordinario e un limite trimestrale di 80 (il vecchio art. 5-*bis* non prevedeva invece alcun limite massimo, né annuale né trimestrale o mensile); si discute se i nuovi limiti debbano intendersi come alternativi o cumulativi rispetto ai limiti delle 2 ore giornaliere e delle 12 settimanali, posti dall'art. 5 del r.d.l. n. 692/1923, tuttora in vigore: sembra prevalere la tesi dell'applicabilità cumulativa dei vecchi limiti e dei nuovi;

— a norma del terzo comma, al di fuori dei limiti di cui si è detto, il lavoro straordinario è ammesso anche:

a) in caso di esigenze tecnico-produttive eccezionali e di impossibilità di fronteggiarle con l'assunzione di altri lavoratori (qui la legge sembra porre come prioritaria, quando concretamente possibile, la soluzione consistente nel ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo da parte di agenzie specializzate);

b) in caso di forza maggiore;

c) per lo svolgimento di mostre, fiere o manifestazioni collegate all'attività produttiva, allestimento di prototipi, modelli o simili, previa comunicazione agli uffici amministrativi competenti e alle rappresentanze sindacali aziendali;

d) altri casi previsti da contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative;

— a norma del comma 3-*bis*, nei casi sopra indicati *sub a)* e *b)* l'imprenditore deve informare entro 24 ore le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di esse, le associazioni territoriali di categoria comparativamente più rappresentative.

La vecchia sanzione penale che colpiva il ricorso indebito al lavoro straordinario è ora sostituita (4° c.) con una sanzione amministrativa commisurata al numero dei lavoratori indebitamente adibiti a lavoro straordinario oltre i limiti temporali o al di fuori dei casi sopra indicati; pare corretto interpretare la norma nel senso di individuare un illecito — con conseguente irrogazione della sanzione — per ciascuno sconfinamento rispetto ai limiti o alla casistica indicata dalla legge, indipendentemente dal numero delle ore di lavoro prestate in seguito a ciascuno sconfinamento.

In ogni caso di ricorso al lavoro straordinario l'imprenditore è tenuto, a norma del primo comma, a informarne entro 24 ore la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio, alla quale compete di vigilare sull'osservanza della normativa.

I modi di applicazione delle regole sopra esposte nel caso in cui la contrattazione collettiva disponga forme di flessibilità dei limiti di orario su base annua (cioè variabilità della collocazione dell'orario normale nell'arco dell'anno), come previsto dalla direttiva comunitaria n. 104/93 (§ 308), devono essere stabiliti da un apposito decreto del ministro del lavoro.

La nuova norma, come si è detto, sostituisce il vecchio testo dell'art. 5-*bis*, non modificandone il campo di applicazione, che resta limitato alle sole «imprese industriali»: per l'individuazione del suo campo di applicazione valgono pertanto tutte le disposizioni amministrative che hanno regolato fin qui la materia, fissando a tal fine i criteri di distinzione fra settore industriale e terziario.

334. Il trattamento retributivo del lavoro straordinario. — La maggiorazione retributiva dovuta al prestatore per il lavoro eccedente l'orario ordinario, a norma dell'art. 5 del r.d.l. n. 692/1923 e dell'art. 2108 c.c., risponde essenzialmente a una funzione compensativa in riferimento al sacrificio della normale organizzazione del tempo libero e al maggiore *stress* psico-fisico a cui il lavoratore si sottopone nell'ora di lavoro eccedente il limite normale. Essa non produce, invece, l'effetto di disincentivare l'imprenditore dal ricorso al lavoro straordinario: tale maggiorazione è infatti, per lo più, nettamente inferiore rispetto ai costi differiti che l'imprenditore sopporta per l'ora di lavoro ordinario (ferie retribuite e permessi, accantonamento per mensilità aggiuntive (112) e trattamento di fine rapporto, assenze per malattia o altre cause, ecc.).

L'art. 5 stabilisce la misura minima della maggiorazione nella percentuale del 10 per cento, riferita alla retribuzione

oraria ordinaria o al guadagno effettivo di cottimo realizzato durante l'orario straordinario (113). È questa una misura assai esigua, se si considera che nel 1919 il contratto stipulato per l'industria metalmeccanica aveva previsto una maggiorazione minima del 30 per cento per i manovali e del 40 per cento «per tutte le altre categorie di operai» e che la coeva Convenzione O.I.L. n. 1 prevedeva una maggiorazione minima del 25 per cento (art. 6).

La maggiorazione minima deve calcolarsi sulla retribuzione complessiva, applicandosi qui la regola dell'onnicomprendività (§ 246). È tuttavia da tempo pacificamente ammesso — in esito a una tormentata vicenda giurisprudenziale (114) — che il contratto escluda alcune voci retributive dal novero di quelle computabili, a condizione che la percentuale della maggiorazione sia aumentata in misura tale che ne risulti, nel complesso, un trattamento più favorevole per il lavoratore rispetto al minimo previsto dalla legge.

Nei rapporti di lavoro nei quali lo straordinario viene svolto con una certa continuità ricorre sovente una clausola che prevede il conglobamento — e quindi sostanzialmente una forfettizzazione — del compenso per il lavoro straordinario nella retribuzione ordinaria. Questa clausola è stata ritenuta legittima a condizione che essa contenga la precisa indicazione distinta dell'ammontare del compenso per il lavoro ordinario e di quello per lo straordinario, «in modo da consentire il controllo circa l'effettivo riconoscimento al lavoratore dei diritti inderogabilmente spettantigli per legge e nella misura da questa stabilita» (115).

Dopo l'intervento legislativo del 1998 (§ 330), la maggiorazione retributiva minima prevista dalla legge sembra doversi applicare inderogabilmente soltanto per il lavoro eccedente il limite di orario normale previsto dalla legge (116). La regola inderogabile è comunque sicuramente inapplicabile nel caso in cui, quale che sia il *nomen* attribuito dal contratto al lavoro eccedente l'orario indicato nel contratto stesso come «normale», tale prestazione non abbia un effettivo carattere di «straordinarietà» in senso proprio. Abbiamo visto (§ 320) come l'espressione «orario normale» possa talvolta essere utilizzata per indicare soltanto la soglia oltre la quale il lavoro aggiuntivo può essere «normalmente» richiesto o non richiesto dal datore di lavoro (c.d. «durata normale elastica» della prestazione): in tali casi il contratto collettivo generalmente prevede una maggiorazione retributiva per tale lavoro aggiuntivo («lavoro supplementare»), ma può anche non prevederla, non trattandosi di lavoro straordinario in senso stretto, fino a che non venga superato il limite massimo dell'orario normale previsto dalla legge.

Sezione IV

I vincoli in materia di collocazione temporale della prestazione: riposo giornaliero e settimanale, lavoro notturno e festivo, ferie annuali

Sommario: 335. Il riposo quotidiano e il frazionamento della prestazione giornaliera. — 336. Il lavoro notturno. — 337. La maggiorazione retributiva per il lavoro notturno. — 338. La regola del riposo settimanale e il divieto del lavoro domenicale. — 339. Infungibilità e non sovrapponibilità tra riposo settimanale, giornaliero e annuale. — 340. Le festività infrasettimanali. Ragion d'essere e peculiarità della relativa disciplina. — 341. La retribuzione per le festività non lavorate e per il lavoro festivo. Il lavoro al sabato nella «settimana corta». — 342. Il riposo festivo per gli appartenenti alla religione ebraica e alle Chiese avventiste. — 343. Il diritto al riposo annuale. — 344. Maturazione del diritto alle ferie. — 345. Determinazione e comunicazione del periodo di godimento delle ferie. — 346. Il frazionamento del periodo di godimento delle ferie. Il richiamo in servizio. — 347. Divieto di sovrapposizione delle ferie con il periodo di preavviso e con periodi di sospensione della prestazione per altra causa. L'effetto interruttivo della malattia sopravvenuta. — 348. Retribuzione del periodo feriale. — 349. La violazione delle regole in materia di riposo settimanale o annuale e le sue conseguenze economiche. L'indennità sostitutiva delle ferie.

335. Il riposo quotidiano e il frazionamento della prestazione giornaliera. — Si è visto nel § 308 come uno dei punti sui quali si registra a tutt'oggi (fine 2002) una inadempienza del nostro ordinamento nazionale nei confronti dell'ordinamento comunitario sia quello relativo all'intervallo minimo che deve intercorrere tra la prestazione lavorativa di un giorno e quella del giorno successivo: intervallo minimo che la direttiva n. 104/1993 stabilisce in 11 ore per la generalità dei rapporti di lavoro, ma che la nostra legislazione impone soltanto in riferimento ad alcune categorie di lavoratori e per lo più in misura inferiore rispetto a quella dovuta. In particolare, per i lavoratori domestici l'art. 8 della legge 2 aprile 1958 n. 339 stabilisce un intervallo minimo di 8 ore; intervalli che vanno da 7 a 11 ore sono invece previsti per gli addetti ai servizi pubblici di trasporto in concessione (r.d.l. 19 ottobre 1923 n. 2328, convertito in legge con l. 17 aprile 1925 n. 4723, artt. 14 e ss.), per gli addetti agli autoservizi pubblici extra-urbani (l. 14 febbraio 1958 n. 138, art. 7) e per gli addetti ai trasporti su strada (l. 2 luglio 1975 n. 303). Si è però anche visto (ancora nel § 308) come il principio generale di protezione della sicurezza e igiene del lavoro secondo gli standard generalmente considerati appropriati, posto dall'art. 2087 c.c., possa costituire il passaggio attraverso il quale la normativa comunitaria in materia di orario (dettata, e bene ricordarlo, esclusivamente in funzione della tutela della sicurezza e igiene del lavoro) rifluisce nel nostro ordinamento interno, nonostante la sua mancata recezione esplicita in un apposito provvedimento legislativo. Questo consente di affermare che la regola dell'intervallo minimo di 11 ore tra le prestazioni

giornaliere consecutive e` già` oggi applicabile anche in Italia.

Lo stesso discorso vale per la pausa intermedia nella prestazione giornaliera di durata complessiva superiore a 6 ore, che l'art. 4 della direttiva n. 104/1993 impone come regola generale e che la nostra legislazione prevede ancora soltanto per alcune particolari categorie di lavoratori: oltre a quelle sopra menzionate, anche quelle degli addetti alla coltivazione del riso (r.d. 27 luglio 1934 n. 1265, art. 205, lett. e) e degli addetti a lavori in cassoni ad aria compressa (d.P.R. 20 marzo 1956 n. 321, artt. 36 e 37).

Discorso diverso e distinto da quello relativo al necessario frazionamento della prestazione giornaliera e` quello relativo alle «pause interne» della prestazione lavorativa, previste dall'art. 5, n. 3, del r.d. n. 1955/1923 e solitamente disciplinate da accordi aziendali o regolamenti interni in riferimento a determinate lavorazioni manuali: queste non costituiscono vere e proprie sospensioni della prestazione, bensì` soltanto un alleggerimento del ritmo o intensità` dell'attività` lavorativa nell'ambito di una prestazione che deve considerarsi nondimeno ininterrotta (117).

Della disciplina speciale del riposo giornaliero per il settore della navigazione e in particolare di quella dettata per la gente del mare dalla Convenzione dell'O.I.L. n. 109/1958, ratificata ma non applicabile nel nostro ordinamento, e nella direttiva comunitaria n. 63/1999, si e` detto nel § 326.

336. Il lavoro notturno. — Il nostro ordinamento vieta il lavoro notturno — variamente definito nella sua estensione, caso per caso — soltanto per i fanciulli e gli adolescenti (l. n. 977/1967, artt. 16 e 17), per gli apprendisti (l. n. 25/1955, art. 10), per le lavoratrici madri per il periodo che va dall'accertamento dello stato di gravidanza fino a un anno di età` del bambino (d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151, art. 53, 1° c.) e parzialmente per gli addetti alla «produzione del pane e delle pasticcerie» (l. n. 105/1908, art. 1, marginalmente modificato dall'art. 1 della l. 11 febbraio 1952 n. 63) (118).

L'art. 5 della legge 9 dicembre 1977 n. 903 aveva posto anche un divieto di adibizione al lavoro notturno delle donne, tra le ore 0 e le 6, nelle aziende manifatturiere: divieto derogabile in sede collettiva «in relazione a particolari esigenze della produzione e tenendo conto delle condizioni ambientali del lavoro e dell'organizzazione dei servizi». In seguito ad alcune sentenze della Corte di Giustizia comunitaria che, nel corso degli anni '90, avevano dichiarato l'illegittimità` di un divieto di lavoro notturno rivolto soltanto alla forza-lavoro femminile (119), e a un dibattito circa la sua perdurante vigenza nel nostro ordinamento che dopo qualche incertezza la giurisprudenza aveva risolto in senso negativo (120), il divieto di lavoro notturno contenuto nell'art. 5 della nostra legge del 1977 e` stato abrogato esplicitamente, mediante l'art. 17, c. 1°, della l. 5 febbraio 1999 n. 25 (121), e sostituito da una facoltà` di rifiuto del lavoro notturno per la lavoratrice madre — o, in alternativa, per il padre —, ora prevista dall'art. 53 del d.lgs. n. 151/2002, di cui si dirà` tra breve.

Ampiamente consentito, dunque, il lavoro notturno e` tuttavia oggetto di una disciplina assai articolata, volta a prevenire i disturbi che esso puo` provocare agli organismi che lo sopportano male: poiche` e` ormai acquisito che vi sono persone cui il lavorare di notte causa disturbi neurovegetativi anche gravi e persone che invece non ne soffrono, la legge mira a garantire che, nella misura del ragionevolmente possibile, al lavoro notturno siano adibite, ove necessario, soltanto queste ultime. La disciplina generale della materia e` contenuta nel d.lgs. 26 novembre 1999 n. 532, emanato dal Governo in forza della delega conferitagli con il già` citato art. 17 della legge n. 25/1999, in attuazione delle norme su questa materia contenute nella direttiva n. 104/1993 (§ 308) (122).

Ai fini dell'applicazione della disciplina dettata dal decreto, si intende per lavoro notturno «l'attività` svolta nel corso di un periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l'intervallo fra la mezzanotte e le cinque del mattino» (art. 2, lett. a). Il decreto dispone che per l'adibizione al lavoro notturno venga data «priorità` assoluta» ai lavoratori che ne facciano richiesta, ma pur sempre tenendosi conto delle «esigenze organizzative aziendali» (il che contraddice l'«assolutezza» di questa priorità`). La contrattazione collettiva e` abilitata a prevedere ulteriori «priorità`».

Il ricorso al lavoro notturno deve essere preceduto dalla consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali, o, in mancanza di queste, delle «associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più` rappresentative sul piano nazionale»; la procedura deve concludersi entro sette giorni (art. 8). Deve inoltre esserne informata per iscritto la Direzione provinciale del lavoro (art. 10).

A norma dell'art. 4, 1° c., del decreto, l'orario di lavoro di chi presta normalmente lavoro notturno per almeno 3 ore al giorno non puo` superare le 8 ore nell'arco di 24, «salvo l'individuazione da parte dei contratti collettivi, anche aziendali, che prevedano un orario di lavoro plurisettimanale, di un periodo di riferimento più` ampio sul quale calcolare come media il suddetto limite», non dovendosi comunque tenere conto, per il computo della media, del periodo minimo di riposo settimanale (3° c.). Salva questa possibilità` di flessibilizzazione, il limite delle 8 ore giornaliere qui e` rigido: non possono considerarsi ammesse richieste di lavoro notturno straordinario (123).

A norma dell'art. 5, chi presta normalmente lavoro notturno per almeno 3 ore al giorno deve essere sottoposto, a cura e spese del datore di lavoro, ad accertamenti preventivi volti a verificare l'assenza di controindicazioni, ad accertamenti periodici almeno biennali per controllare il suo stato di salute e a tempestivi accertamenti ulteriori in ogni caso in cui si manifestino dei disturbi; gli accertamenti sono affidati al medico competente di cui all'art. 17 del d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 (§ 215). Qualora da tali accertamenti emerga l'inidoneità` del soggetto al lavoro notturno, l'art. 6 gli garantisce «l'assegnazione ad altre mansioni o altri ruoli diurni».

L'art. 7 attribuisce a chi presta normalmente lavoro notturno per almeno 3 ore al giorno il diritto alla «relativa

maggiorazione retributiva» e a una riduzione dell'orario di lavoro, affidandone la determinazione alla contrattazione collettiva.

Il lavoratore deve essere compiutamente informato dal datore «sui maggiori rischi derivanti dallo svolgimento del lavoro notturno» (art. 9) e devono essere predisposti servizi e mezzi di prevenzione e protezione specifica «adeguati alle caratteristiche del lavoro notturno», salva comunque la loro equivalenza rispetto a quelli previsti per i turni diurni (art. 11).

Il secondo comma del già citato art. 53 del d.lgs. n. 151/2001 stabilisce che non sono obbligati a prestare lavoro notturno: «a) la lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o, in alternativa, il lavoratore padre convivente con la stessa; b) la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni». Hanno parimenti diritto a essere esentati dal lavoro notturno, a norma del terzo comma dello stesso articolo, «la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992 n. 104». La contrattazione collettiva è abilitata dall'art. 3, 2° c., del d.lgs. n. 532/1999, a prevedere ulteriori esenzioni.

337. La maggiorazione retributiva per il lavoro notturno. — A norma del secondo comma dell'art. 2108 c.c., «il lavoro notturno non compreso in regolari turni periodici deve essere ... retribuito con una maggiorazione rispetto al turno diurno». La *ratio* di questa disposizione — oltre che la sua compatibilità, in questa formulazione, con il principio costituzionale della proporzionalità della retribuzione (§ 240) — è quanto meno discutibile: può essere, infatti, assai più gravoso per un lavoratore, sia sul piano psico-fisico, sia su quello delle relazioni familiari e sociali, il turno di lavoro notturno alternato con turni di lavoro diurno, che il turno di lavoro notturno fisso. La norma, formalmente non abrogata, può comunque considerarsi ora assorbita da quella contenuta nell'art. 7 della legge n. 532/1999, che — come si è visto nel paragrafo precedente — attribuisce a chi presta lavoro notturno, continuativamente o a turni, il diritto alla «relativa maggiorazione retributiva», affidandone la determinazione alla contrattazione collettiva (124).

Quanto all'entità minima della maggiorazione, in assenza di disposizioni legislative specifiche appare proponibile l'applicazione in via analogica della disposizione vigente in materia di retribuzione del lavoro straordinario (§ 334) (125). La maggiorazione per il lavoro notturno deve tuttavia essere tenuta nettamente distinta da quella per il lavoro straordinario: mentre infatti quest'ultima è destinata a compensare il progressivo *stress* derivante al prestatore dall'aumento dell'estensione temporale del lavoro, la prima è destinata a compensare il disagio derivante dall'anomala collocazione temporale del lavoro. Ne consegue che quando la stessa ora di lavoro rivesta sia il carattere dell'eccedenza quantitativa rispetto all'orario normale, sia quello della collocazione in orario notturno, il prestatore ha diritto al cumulo delle due maggiorazioni, anche se questo non è previsto espressamente dal contratto.

Il diritto alla maggiorazione per lavoro notturno non dipende dalla circostanza che la detta prestazione sia stata imposta unilateralmente dal datore, piuttosto che concordata con il lavoratore o addirittura da lui richiesta per un proprio interesse personale (126).

338. La regola del riposo settimanale e il divieto del lavoro domenicale. — La regola del riposo settimanale, che ha i suoi principali fondamenti positivi nell'ultimo comma dell'art. 36 Cost. e nel primo dell'art. 2109 c.c., risponde alle stesse esigenze di recupero fisiologico e di salvaguardia degli spazi di vita familiare e sociale del lavoratore, a cui risponde anche la limitazione dell'orario settimanale, della quale si è detto nella sezione precedente; ma mentre quest'ultima limitazione attiene essenzialmente all'estensione temporale della prestazione lavorativa, la regola del riposo settimanale attiene invece essenzialmente alla collocazione temporale della prestazione stessa nell'arco della settimana: essa impone che il lavoro, quale che sia la sua durata settimanale, sia distribuito in modo da lasciare totalmente libera almeno una intera giornata ogni sette.

Volutamente distinta dalla regola del riposo settimanale, ancorché intimamente connessa con essa, è quella del riposo nella giornata di domenica. Questa regola, di derivazione culturale millenaria, è stata introdotta nel nostro ordinamento fin dall'inizio del secolo scorso (l. 19 giugno 1902 n. 242, art. 9, per le donne e i fanciulli; l. 7 luglio 1907 n. 489, art. 3, per la generalità dei lavoratori) in risposta a un'esigenza elementare della vita associata: quella cioè di assicurare anche al prestatore di lavoro subordinato il godimento del necessario riposo settimanale non soltanto come riposo individuale, ma anche come momento di vita familiare, religiosa, sociale, quindi come tempo ordinario di vita che deve poter essere speso insieme al coniuge, ai figli, o ad altre persone con cui il lavoratore stesso intrattenga una relazione associativa o di altro genere. Si parla, a questo proposito, di «tempo libero qualificato».

I fondamenti positivi attuali dell'esenzione dal lavoro domenicale sono numerosi: essa è sancita, per la generalità dei lavoratori, dall'art. 3 della legge 22 febbraio 1934 n. 370, dal comma 1° dell'art. 2109 c.c., dalla Carta sociale europea, art. 2, n. 5 (dove si stabilisce che il riposo settimanale deve coincidere «per quanto possibile con il giorno della settimana riconosciuto come giorno di riposo dalla tradizione o dagli usi del paese o della regione») (127). La norma sostanzialmente identica contenuta originariamente nel secondo comma dell'art. 5 della direttiva comunitaria

n. 104/1993 è stata invece cassata dalla Corte di Giustizia per la sua incongruità rispetto alla finalità esclusiva di tutela della salute e igiene del lavoro, propria della direttiva stessa (128). Con particolare riferimento alle aziende del settore industriale la stessa esenzione trova fondamento nella Convenzione O.I.L. n. 14 del 1921, ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 1924 n. 580; con particolare riferimento al settore terziario nella Convenzione O.I.L. n. 106 del 1957, ratificata dall'Italia con d.P.R. 23 ottobre 1961 n. 1660; per gli addetti ai servizi di trasporto pubblico extraurbano nella l. 14 febbraio 1958 n. 138, art. 8, c. 2°; per i lavoratori domestici nella l. 14 febbraio 1958 n. 339, art. 7; per i panifici e le panetterie nella l. 13 luglio 1966 n. 611.

Nella legge n. 370/1934, l'esenzione dal lavoro domenicale è disposta nella forma del divieto di adibizione del lavoratore al lavoro nella domenica, la cui violazione è sanzionata dall'art. 27 con una sanzione amministrativa (peraltro assai poco applicata). Questo divieto non si applica nelle lavorazioni industriali a ciclo continuo, in quelle stagionali nelle quali l'esigenza del lavoro domenicale sia determinata dalla deteriorabilità delle materie prime o del prodotto e nelle altre «attività per le quali il funzionamento domenicale corrisponda ad esigenze tecniche od a ragioni di pubblica utilità»: dispone in tal senso l'art. 5 della legge, a norma del quale le eccezioni al divieto devono essere tassativamente specificate con decreto ministeriale (129). La stessa deroga al divieto generale è espressamente prevista per il personale viaggiante dei servizi di trasporto pubblico extraurbano dal già citato art. 8, c. 2°, della l. n. 138/1958.

Anche dove il divieto del lavoro domenicale non si applica, resta comunque applicabile la regola del riposo settimanale. Posta dall'art. 1 della legge n. 370/1934 e ribadita dall'art. 36 Cost., dagli anni '60 in poi questa regola è stata costantemente interpretata nel senso del divieto di protrazione del lavoro per più di sei giorni consecutivi (130), salva la possibilità di deroga a tale periodicità in casi eccezionali (131), espressamente prevista dall'art. 16, n. 1, della direttiva comunitaria n. 104/1993. Per i casi particolari in cui «non sia possibile concedere il riposo settimanale per turno di 24 ore per la insostituibilità del personale specializzato», l'art. 3 del d.P.R. 18 aprile 1994 n. 339 dispone che «il datore di lavoro, in accordo con il personale interessato e d'intesa con le organizzazioni sindacali ..., comuni[chi] all'ufficio periferico competente del Ministero la riduzione del riposo a 12 ore consecutive ogni settimana» (1° c.); «qualora l'intesa ... non sia raggiunta, il datore di lavoro presenta domanda di autorizzazione all'ufficio periferico competente del Ministero che, sentite, salvo i casi di urgenza, le organizzazioni sindacali, può autorizzare la riduzione del riposo a 12 ore consecutive ogni settimana» (2° c.).

Delle conseguenze economiche della violazione della regola del riposo settimanale si dirà nel § 349.

Diverso — e assai meno vincolante — è il contenuto della regola del riposo settimanale posta dalla direttiva comunitaria n. 104/1993 (§ 308), a norma della quale ogni lavoratore deve beneficiare, «per ogni periodo di 7 giorni, di un periodo minimo di riposo ininterrotto di 24 ore a cui si sommano le 11 ore di riposo giornaliero» (art. 5): formulazione che consente lo svolgimento non eccezionale di lavoro per più di 6 giorni consecutivi, fino a un massimo di 12, a condizione che sia rispettato il rapporto di uno a sei tra giorni di riposo e giorni lavorativi.

Per il settore dell'impiego alle dipendenze di amministrazioni pubbliche il primo comma dell'art. 22 della legge 23 dicembre 1994 n. 724 stabilisce che «l'orario di servizio nelle amministrazioni pubbliche ... si articola su cinque giorni settimanali, anche nelle ore pomeridiane, in attuazione dei principi generali ... Sono fatte salve in ogni caso le particolari esigenze dei servizi pubblici da erogarsi con carattere di continuità e che richiedono orari continuativi o prestazioni per tutti i giorni della settimana, quelle delle istituzioni scolastiche, nonché quelle derivanti dalla necessità di assicurare comunque la funzionalità delle strutture di altri uffici pubblici con un ampliamento dell'orario di servizio anche nei giorni non lavorativi». L'orario di lavoro e la sua distribuzione restano, beninteso, oggetto di contrattazione collettiva secondo i principi della riforma del 1993 — che riprende, peraltro, e perfeziona un discorso avviato con la legge-quadro sul pubblico impiego 20 marzo 1983 n. 93 (132) — ma «dovranno coordinarsi con il modello “quasi unico” di articolazione dell'orario di servizio» (133). La disposizione citata non è tra quelle abrogate dall'art. 72 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, recante il testo unico delle norme sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: essa dunque deve considerarsi tuttora in vigore.

339. Infungibilità e non sovrapposibilità tra riposo settimanale, giornaliero e annuale. — Il divieto di lavoro per più di 6 giorni consecutivi non significa che la concreta distribuzione dell'orario settimanale sia interamente sottratta all'autonomia privata e al potere da questa eventualmente attribuito in proposito al datore di lavoro (§ 316): la dilatazione della durata del periodo di riposo settimanale prevista dai contratti collettivi, consentendo la piena libertà di determinazione della collocazione temporale della parte di riposo eccedente le 24 ore, ha notevolmente allargato il margine di variabilità e flessibilità della distribuzione dell'orario settimanale. In particolare, nei casi in cui non si applica il divieto del lavoro domenicale (§ 338), la maggior durata del riposo settimanale consente la sperimentazione di una gamma sempre più ampia di modelli di distribuzione dei turni di lavoro e di riposo.

Devono tuttavia essere in ogni caso rispettate le regole della *infungibilità* e della *non sovrapposibilità* tra riposo settimanale e riposo giornaliero o riposo annuale, enunciate dalla Corte costituzionale come direttamente desumibili

dall'art. 36 Cost. (134). In virtù della prima, il periodo di riposo settimanale non può essere sostituito né in tutto né in parte da una dilatazione delle pause quotidiane o delle ferie annuali; la regola della non sovrapposibilità vieta invece l'assorbimento, parziale o totale, tra pausa giornaliera e riposo settimanale: se pertanto il lavoro cessa, ad esempio, alle ore 24 del sabato e la domenica è riservata al riposo, l'attività non può riprendere alle ore 0 del lunedì, con assorbimento della pausa giornaliera nel periodo di riposo settimanale.

La stessa regola della non sovrapposibilità si applica in riferimento al periodo di ferie annuali, nel senso che questo non può essere fatto decorrere se non dalla fine di un periodo di riposo settimanale o festivo (§ 347). Tale regola non è invece applicabile per la soluzione della questione della computabilità nel periodo di ferie dei giorni normalmente destinati al riposo settimanale cadenti all'interno del periodo stesso: questione che non attiene alla disciplina della collocazione temporale della prestazione lavorativa, ma esclusivamente alla disciplina della durata delle ferie, di cui ci occuperemo a suo luogo (§§ 343-344).

340. Le festività infrasettimanali. Ragion d'essere e peculiarità della relativa disciplina. — La qualifica di giorno festivo non è riservata soltanto alle domeniche: la l. 27 maggio 1949 n. 260 indica (artt. 1 e 2) come «giorni festivi, agli effetti dell'osservanza del completo orario festivo e del divieto di compiere determinati atti giuridici» (quali atti, non sono mai riuscito a chiarire) anche altri sedici giorni all'anno, determinati direttamente secondo il calendario gregoriano, o mediante riferimento al calendario liturgico cattolico, in base al quale la data di alcune festività religiose varia da un anno all'altro.

Successivamente cinque festività (Epifania, S. Giuseppe, Ascensione, Corpus Domini, SS. Pietro e Paolo) sono state soppresse dalla l. 5 marzo 1977 n. 54, art. 1, che ha inoltre spostato le feste civili della Repubblica e dell'Unità nazionale in modo da farle cadere sempre di domenica (rispettivamente la prima di giugno e la prima di novembre). Ma questo orientamento legislativo tendente alla riduzione delle festività infrasettimanali è stato ben presto invertito, con il ripristino della ricorrenza festiva dell'Epifania, ad opera del d.P.R. 28 dicembre 1985 n. 792, seguito dal ripristino della festa della Repubblica al 2 giugno, ad opera della l. 20 novembre 2000 n. 336.

Numerosi contratti collettivi aggiungono alle festività previste dalla legge quella del santo patrono della città (135). A norma dell'art. 5 della l. n. 260/1949, come modificato dall'art. 1 della l. 31 marzo 1954 n. 90, e degli artt. 2, 3 e 4 di quest'ultima legge, i lavoratori subordinati hanno diritto alla retribuzione piena per le ricorrenze festive infrasettimanali non lavorate e, in aggiunta a questa, alla retribuzione maggiorata per il lavoro eventualmente prestato in tali ricorrenze (§ 341).

Nel silenzio della legge si è posto, a questo proposito, il quesito se sussista o no un divieto di lavoro nelle festività infrasettimanali. Fino agli anni '80 ha prevalso sia in dottrina, sia in giurisprudenza, l'orientamento — mai peraltro approfonditamente argomentato — secondo il quale il divieto vigente per il lavoro domenicale avrebbe dovuto considerarsi senz'altro applicabile anche in riferimento alle altre festività (136). Senonché la *ratio* dell'istituzione delle festività infrasettimanali non può oggi essere individuata — come poteva esserlo in un passato ormai remoto — nella soddisfazione delle esigenze di recupero delle energie o di salvaguardia dell'integrità psico-fisica del lavoratore; essa risponde invece, a seconda dei casi, all'esigenza di consentire la celebrazione comunitaria o familiare di ricorrenze festive profondamente radicate nella tradizione, non soltanto religiosa, e nel costume (è il caso del Natale, del Capodanno e del Ferragosto); all'esigenza di consentire la celebrazione di alcune festività del calendario liturgico cattolico (è il caso delle altre festività religiose previste dalle leggi vigenti); oppure all'esigenza di solennizzare la celebrazione di ricorrenze cui l'ordinamento riconnette particolari significati e valori civili (è il caso dell'anniversario della Liberazione, della festa del lavoro e della festa della Repubblica). Soltanto in quest'ultimo caso un divieto di lavoro festivo, pur non essendo strettamente necessario, potrebbe però esser giustificato dalla funzione che l'ordinamento attribuisce alla festività; in tutti gli altri casi l'esigenza a cui la festività risponde è invece pienamente soddisfatta quando al lavoratore sia attribuito il diritto di astenersi dal lavoro senza una corrispondente riduzione della retribuzione; e il divieto di lavoro sarebbe eccessivo. Se ne deve concludere — e in questo senso si è orientata la giurisprudenza, pur quantitativamente scarsa, nell'ultimo quindicennio (137) — che, nel silenzio su questo punto delle norme che disciplinano la materia, queste devono essere interpretate come fonte di un diritto di astenersi dal lavoro per ciascun lavoratore, e non come fonte di un divieto di prestare o ricevere lavoro nelle ricorrenze festive infrasettimanali. Se non può applicarsi in via analogica il divieto del lavoro domenicale nelle ricorrenze festive diverse dalla domenica, non è però esclusa l'applicabilità in via analogica delle eccezioni a cui quel divieto soggiace. Poiché la legge riconosce alcuni interessi pubblici o dell'impresa meritevoli di tutela a tal punto da giustificare la deroga al divieto di lavoro domenicale, a maggior ragione i medesimi interessi devono considerarsi tali da giustificare un'eccezione al diritto del prestatore di astenersi dal lavoro nella festività infrasettimanale: pertanto nei casi in cui è consentita l'imposizione del lavoro domenicale — e in particolare nelle lavorazioni a ciclo continuo, nei servizi pubblici che non sopportino interruzioni e nel settore dello spettacolo, che nelle giornate festive ha i suoi momenti di massima attività — deve considerarsi senz'altro consentita anche l'imposizione del lavoro nelle festività infrasettimanali (138). In questi ultimi casi non sono però applicabili in via analogica le norme relative al riposo compensativo, anche perché in riferimento alle festività infrasettimanali la materia del lavoro festivo è espressamente disciplinata dall'art. 5 della l. n. 260/1949, con una disposizione sulla quale torneremo nel paragrafo che segue.

341. *La retribuzione per le festività non lavorate e per il lavoro festivo. Il lavoro al sabato nella «settimana corta».* — A norma dell'art. 5, c. 1°, della l. n. 260/1949, come modificata dalla l. n. 90/1954, i lavoratori *salariati* — cioè retribuiti secondo le ore di lavoro effettivamente prestato (§ 244) —, nonché quelli retribuiti a provvigione, hanno diritto per ogni giorno festivo, escluse le domeniche, alla «normale retribuzione globale di fatto giornaliera compreso ogni elemento accessorio». Nessuna retribuzione aggiuntiva è prevista invece per i lavoratori *stipendiati*, poiché la loro retribuzione, essendo ragguagliata al mese e non al numero delle ore o delle giornate di lavoro prestato, è insensibile alla sospensione del lavoro nelle ricorrenze festive. Qualora però la festività cada in domenica o in un giorno di riposo compensativo di lavoro domenicale, tutti i lavoratori, salariati o stipendiati, hanno diritto alla retribuzione corrispondente alla giornata festiva, in aggiunta alla retribuzione altrimenti spettante (l. n. 90/1954, art. 2, lett. *d* ed *e*): in caso contrario, infatti, la coincidenza del giorno di riposo settimanale normale con il giorno di riposo aggiuntivo determinerebbe un guadagno ingiustificato per il datore di lavoro. L'iniziale esclusione dei lavoratori stipendiati da questo beneficio, desumibile dall'art. 3 della legge n. 90/1954, è stata per lo più disattesa dalla giurisprudenza (139) e dalla dottrina ed è stata comunque corretta, per il settore industriale, dall'accordo interconfederale 3 dicembre 1954, reso efficace *erga omnes* dal d.P.R. 14 luglio 1960 n. 1029.

La diffusione della «settimana corta» ha fatto sorgere la questione se la retribuzione sia dovuta o no, al lavoratore stipendiato, nel caso in cui la festività cada di sabato (o nell'altra giornata non lavorativa diversa dalla domenica): alla tesi secondo cui in tal caso nessuna retribuzione aggiuntiva è dovuta all'impiegato, perché questa è dovuta, a norma di legge, soltanto in caso di coincidenza della festività con la domenica (140), si contrappone la tesi secondo cui la vecchia regola — nata in un periodo in cui la settimana lavorativa era sempre di sei giorni — deve essere adattata alla nuova disciplina contrattuale dell'orario settimanale, ed essere quindi interpretata nel senso del diritto del lavoratore alla maggiorazione dello stipendio corrispondente alla giornata festiva coincidente con il sabato (141). Va detto tuttavia che, pur apparendo quest'ultima soluzione come la più coerente con lo spirito della norma del 1954, la maggior parte dei contratti collettivi nazionali stipulati dopo l'introduzione della settimana corta, dagli anni '70 in poi, sembra ribadire la limitazione del diritto alla maggiorazione dello stipendio al solo caso della coincidenza della ricorrenza festiva con la domenica.

La stessa questione non sorge invece per i lavoratori retribuiti a salario, per i quali il diritto alla retribuzione aggiuntiva corrispondente al giorno festivo coincidente con il sabato (o altro giorno non lavorativo diverso dalla domenica) discende direttamente dall'art. 2, lett. *b*, della legge n. 90/1954 e dall'art. 16 dell'accordo interconfederale 27 ottobre 1946, reso efficace *erga omnes* dal d.P.R. 28 luglio 1960 n. 1070. Qui sorge soltanto il problema (mai definitivamente risolto, ma negletto nell'ultimo quindicennio da dottrina e giurisprudenza) se la retribuzione aggiuntiva debba commisurarsi a un sesto o a un quinto della retribuzione settimanale.

Si è discusso in passato se la retribuzione aggiuntiva sia dovuta anche nel caso in cui il lavoratore abbia rifiutato senza giustificato motivo la prestazione di lavoro legittimamente richiesta dal datore di lavoro nella festività infrasettimanale, prevalendo sul punto in giurisprudenza l'orientamento negativo (142).

A norma del secondo comma dell'art. 5 della legge n. 260/1949, come modificato dalla legge n. 90/1954, «ai lavoratori ... che prestino la loro opera nelle suindicate festività è dovuta, oltre la normale retribuzione globale di fatto giornaliera, compreso ogni elemento accessorio, la retribuzione per le ore di lavoro effettivamente prestate, con la maggiorazione per il lavoro festivo»; lo stesso riferimento alla «maggiorazione per il lavoro festivo» è contenuto nel successivo terzo comma. Si è posta al riguardo la questione se la retribuzione maggiorata sia dovuta anche nel caso in cui al lavoro prestato nella giornata festiva venga fatto corrispondere un riposo compensativo; la Cassazione l'ha risolta in senso positivo, affermando tuttavia che la determinazione della maggiorazione «è riservata in via primaria alle parti collettive, le quali possono prevedere un compenso fisso e conglobato o anche altri trattamenti, quali giorni di ferie aggiuntivi retribuiti»: in tal caso «il giudice deve accertare ... se il sacrificio del lavoro festivo, seguito da riposo compensativo, trovi una specifica ancorché conglobata, forma di [adeguata] remunerazione» (143).

In entrambe le disposizioni il legislatore ha usato, in riferimento alla maggiorazione in questione, l'articolo determinativo «la», cui corrisponde la specificazione «per il lavoro festivo». La maggiorazione sembra così essere considerata come espressione di una regola generale applicabile in tutti i casi di lavoro festivo: compreso il lavoro domenicale, dato il maggiore rilievo culturale e giuridico che deve essere attribuito alla regola del riposo domenicale rispetto a quella del riposo nella ricorrenza festiva infrasettimanale (§ 340). L'estensione della regola della maggiorazione per lavoro festivo al lavoro domenicale trova comunque un solido fondamento nel principio di commisurazione della retribuzione (anche) alla qualità della prestazione (§ 240): è infatti evidente il sacrificio aggiuntivo che tipicamente comporta per il lavoratore la perdita del tempo libero qualificato domenicale. In questo senso, dopo un lungo periodo di incertezza, è venuta consolidandosi dai primi anni '80 la giurisprudenza, la quale precisa tuttavia che il compenso differenziale può anche non essere costituito da una maggiorazione percentuale della

retribuzione e consistere invece in benefici di altro genere, quali ad esempio permessi o riposi retribuiti aggiuntivi, purché atti a compensare adeguatamente il sacrificio dello spostamento del riposo settimanale in giorno diverso dalla domenica (144).

Quando — come è ormai uso generale, tranne che nel settore del commercio, nelle scuole pubbliche e negli uffici giudiziari — l'orario settimanale è distribuito per contratto in cinque giorni, con riposo al sabato oltre che alla domenica, l'attività richiesta dal datore di lavoro nella giornata di sabato dà titolo alla maggiorazione per lavoro straordinario, o, in alternativa, all'attribuzione di altra giornata di riposo: in tal caso senza diritto a compenso ulteriore (145).

342. Il riposo festivo per gli appartenenti alla religione ebraica e alle Chiese avventiste. — Gli artt. 4 e 5 della legge 8 marzo 1989 n. 101 — che dà attuazione all'*Intesa* del 27 febbraio 1987, con la quale lo Stato ha regolato i propri rapporti con l'Unione delle Comunità ebraiche italiane (146) — devono interpretarsi nel senso dell'istituzione di un regime speciale di riposo settimanale e festivo per tutti i lavoratori subordinati che si professino di religione ebraica, dipendenti da privati o dall'amministrazione pubblica, in attuazione concreta di una scelta civile di rispetto del pluralismo religioso e culturale. Per quel che riguarda, in particolare, il riposo settimanale, l'art. 4 riconosce a chiunque si dichiari di religione ebraica il diritto a collocare il godimento nel periodo che «va da mezz'ora prima del tramonto del sole del venerdì a un'ora dopo il tramonto del sabato». L'art. 5 prevede inoltre un elenco di festività religiose ebraiche, per le quali «si applicano le disposizioni relative al riposo sabbatico di cui all'art. 4».

Sorgono in proposito alcuni interrogativi di ordine teorico e pratico, che solleciterebbero un approfondimento e forse anche un ulteriore intervento legislativo razionalizzatore (147), se non fosse che di fatto l'applicazione delle nuove disposizioni non ha dato luogo, per quel che mi consta, ad alcun contenzioso. Dubbi interpretativi sorgono, in particolare, in riferimento alla disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 4 (non raro esempio di norma legislativa scritta in «sindacalese») secondo la quale il diritto al riposo sabbatico, di regola, «è esercitato nel quadro della flessibilità dell'organizzazione del lavoro», ma può essere esercitato anche al di fuori di tale «quadro» (148). Non è chiaro, inoltre, se i 17 giorni festivi previsti dagli artt. 4 e 5 si aggiungono alle festività civili e religiose in cui la generalità dei lavoratori si astiene dal lavoro; d'altra parte, se, come appare logico, essi non sono aggiuntivi ma sostitutivi, non è chiaro se essi debbano essere considerati tutti come giorni di assenza retribuita (così configurandosi un privilegio per i lavoratori di religione ebraica, che godrebbero di un maggior numero di festività retribuite rispetto alla generalità dei lavoratori).

Una disposizione molto simile a quella contenuta nell'art. 4 della legge n. 101/1989 per gli appartenenti alla religione ebraica è contenuta nell'art. 17 della legge 22 novembre 1988 n. 516 per gli appartenenti alle Chiese cristiane avventiste del settimo giorno (149).

343. Il diritto al riposo annuale. — L'art. 36 Cost., c. 3°, e l'art. 2109 c.c. stabiliscono che ogni lavoratore subordinato ha il diritto indisponibile a un periodo annuale di ferie retribuite.

Questa regola incide direttamente soltanto sulla collocazione temporale della prestazione lavorativa nell'arco dell'anno. Tuttavia, essendo stabilito mediante altre disposizioni il limite della durata settimanale della prestazione lavorativa, la disciplina delle ferie annuali produce indirettamente anche l'effetto di una limitazione della durata complessiva della prestazione annuale: il dilatarsi del periodo riservato alle ferie determina una riduzione della prestazione annuale. Tanto che nel dibattito in corso sulla riduzione generale degli orari di lavoro si confrontano le tesi contrapposte di coloro che sostengono l'opportunità di perseguire tale riduzione attraverso l'abbassamento del limite settimanale e di coloro che sostengono invece l'opportunità di perseguirla indirettamente attraverso l'aumento delle ferie annuali.

Quest'ultimo è l'orientamento prevalso ultimamente nella legislazione comunitaria con la direttiva n. 104/1993, che ha imposto una estensione minima di 4 settimane del periodo di riposo annuale per la generalità dei lavoratori: in attesa della legge di recepimento della direttiva, anche questa norma, come quella sul riposo giornaliero (§ 308), deve a mio avviso ritenersi già applicabile nel nostro ordinamento interno come misura di tutela della salute e del benessere psico-fisico del lavoratore corrispondente a uno standard sovranazionale (150).

Devono dunque intendersi superate tutte le norme precedenti, che prevedevano trattamenti minimi meno favorevoli per gli impiegati (r.d.l. 13 novembre 1924 n. 1825, art. 7), per gli agenti delle aziende autoferrotramviarie (art. 22 dell'allegato A al r.d. 8 gennaio 1931 n. 148), per gli apprendisti (art. 14 della l. 19 gennaio 1955 n. 25), per i collaboratori domestici (art. 10 della l. 2 aprile 1958 n. 339), per i minori di età superiore a 16 anni (art. 23 della l. 17 ottobre 1967 n. 977). E lo stesso vale per le clausole contenute nei contratti collettivi che prevedano ancora una durata delle ferie inferiore rispetto allo standard comunitario. Non è superata, invece la disposizione contenuta nell'art. 3, 3° c., della Convenzione O.I.L. n. 146 del 1976, ratificata dall'Italia con la legge 10 aprile 1981 n. 159, che prevede per i lavoratori marittimi almeno 30 giorni di ferie annuali; ma prevale in giurisprudenza — assai discutibilmente — la tesi della natura meramente programmatica di questa disposizione (151).

Sul presupposto che il periodo di ferie annuali sia destinato al recupero delle energie psico-fisiche non soltanto nell'interesse del lavoratore, ma anche del datore di lavoro, in qualche caso si è ritenuto scorretto il comportamento del lavoratore stesso che aveva utilizzato il periodo di ferie per prestare servizio a terzi, così pregiudicando la propria prontezza ad adempiere nei confronti del creditore principale (152).

344. *Maturazione del diritto alle ferie.* — La Corte costituzionale ha abrogato l'inciso del secondo comma dell'art. 2109 c.c., che escludeva il diritto del lavoratore alle ferie prima del decorso di «un anno di ininterrotto servizio» (153). Qualora il rapporto abbia una durata complessiva inferiore all'anno, dunque, il lavoratore ha diritto alle ferie in stretta proporzione con l'anzianità maturata. Il riposo deve, inoltre, essere goduto entro l'anno di maturazione (c.d. principio della «introannualità» delle ferie) (154), salvo che la cessazione del rapporto in corso d'anno renda inevitabile la monetizzazione del riposo non goduto: operazione ora espressamente prevista dal secondo comma dell'art. 7 della direttiva n. 104/1993.

In base alla stessa regola, quando il rapporto cessi prima che siano state godute le ferie per l'ultimo anno o frazione di anno il lavoratore ha diritto a percepire un'indennità sostitutiva proporzionata alle ferie non godute. La contrattazione collettiva può peraltro — secondo l'orientamento giurisprudenziale che prevale — alterare il rapporto di proporzionalità tra lavoro prestato e ferie maturate o indennità sostitutiva (155), a condizione che ciò non configuri una discriminazione ai danni dei lavoratori a termine.

Alcuni notevoli problemi interpretativi sono sorti circa la maturazione del diritto alle ferie durante i periodi di sospensione della prestazione lavorativa. La questione è oggetto di una disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 5 della Convenzione O.I.L. n. 132/1970 (§ 343, nt. 150), in base al quale «alle condizioni che saranno stabilite da parte dell'autorità competente o dall'organismo appropriato in ciascun Paese, le assenze dal lavoro per motivi indipendenti dalla volontà del prestatore interessato, così come le assenze per malattia, infortunio o maternità, devono essere computate nel periodo di servizio» ai fini della maturazione del diritto al riposo annuale (156). Pur costituendo tale disposizione un importante punto di riferimento per l'interprete, essa non può tuttavia essere considerata come fonte di una regolamentazione compiuta della materia: emerge infatti chiaramente dai lavori preparatori della Convenzione (157) che con la norma in esame non si è voluto stabilire una regolamentazione compiuta, bensì soltanto imporre agli Stati aderenti l'obbligo di disciplinare gli effetti delle sospensioni del lavoro sulla maturazione del diritto alle ferie, stabilendo i casi e i limiti nei quali i periodi di sospensione devono essere equiparati a tal fine a quelli di lavoro effettivo (158). La Convenzione lascia dunque, a questo proposito, un largo margine di possibile differenziazione delle discipline adottate nei singoli ordinamenti interni.

Nel nostro ordinamento la legge disciplina espressamente la materia soltanto in riferimento ad alcuni casi di sospensione: ai fini della maturazione delle ferie devono computarsi i periodi di assenza dal lavoro per malattia, infortunio, gravidanza e puerperio, in forza dell'ultimo comma dell'art. 2110 c.c. e dell'art. 22, 3° c., del d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151 (159); l'art. 34, c. 5°, dello stesso decreto esclude invece la maturazione del diritto alle ferie nei periodi di astensione facoltativa del padre o della madre nei primi anni di vita del bambino, ora denominata congedo parentale (§ 404).

Non tutti i possibili quesiti su questa materia sono dunque esplicitamente risolti dalla legge; dalle disposizioni citate può però trarsi una deduzione di carattere generale: non è sufficiente la pura e semplice circostanza che il rapporto di lavoro resti in vita durante il periodo di sospensione, per determinare l'effetto della maturazione del diritto alle ferie (160); laddove si verificano periodi cospicui di sospensione della prestazione non imputabili a impedimenti personali in relazione ai quali sia prevista una tutela privilegiata del lavoratore (quale quella prevista per malattia e maternità), non matura un diritto del lavoratore stesso al riposo annuale retribuito: questo non matura, in particolare, durante i periodi di servizio militare (§ 415) o di aspettativa conseguente alla chiamata del lavoratore a cariche direttive sindacali (161) o a cariche pubbliche elettive (§ 413).

Utili per la maturazione del diritto alle ferie possono invece senz'altro considerarsi tutti i periodi di sospensione della prestazione con obbligo di retribuzione a carico del datore di lavoro: assemblee e permessi sindacali retribuiti (§§ 58-59), permessi per i lavoratori chiamati a funzioni pubbliche presso gli uffici elettorali (§ 414), ecc.; il fatto stesso che essi debbano essere retribuiti dal datore di lavoro mostra infatti come l'ordinamento intenda equiparare a tutti gli effetti tali periodi — nei quali il lavoratore non è certo inattivo — a quelli di svolgimento normale dell'attività lavorativa (162).

Non altrettanto facile e sicura è peraltro la risposta al quesito circa la maturazione del diritto alle ferie nei periodi di sospensione totale della prestazione con intervento della Cassa integrazione guadagni (§ 369) (163). In assenza di disposizioni contrattuali in materia, la risposta al quesito può, a mio avviso, essere differenziata in riferimento alla durata dell'intervento della Cassa: diversa, infatti, è la posizione sostanziale del lavoratore nel caso di sospensioni dal lavoro di breve durata, che non alterano sensibilmente la continuità del suo obbligo di tenersi a disposizione dell'imprenditore, e nel caso di sospensioni di durata maggiore (164). Può forse essere assunto come limite applicabile nella generalità dei casi quello del quindicesimo giorno consecutivo di sospensione, indicato da numerosi contratti collettivi come limite entro il quale la sospensione è irrilevante ai fini della maturazione della tredicesima mensilità. Solo nel caso di cospicue amputazioni della normale estensione della prestazione lavorativa nell'arco dell'anno può

ritenersi che venga meno, in proporzione alla durata della sospensione, la ragion d'essere del riposo annuale retribuito, così come esso viene meno nel caso del congedo parentale o dell'aspettativa per assunzione di cariche pubbliche o sindacali.

Quanto alla questione se il diritto alle ferie maturi durante i periodi di astensione dal lavoro per sciopero (§§ 417-426), sembra prevalere la soluzione negativa, salvi gli effetti delle clausole collettive più favorevoli per i lavoratori (165). Salvo patto contrario, il diritto alle ferie non matura neppure durante i periodi di sospensione consensuale della prestazione lavorativa e della retribuzione. Ne consegue che, nel caso del rapporto di lavoro a tempo parziale nel quale la prestazione si svolge con un'alternanza di periodi di lavoro e periodi di sospensione (*part-time* verticale: § 350), il lavoratore acquista il diritto a un periodo di riposo annuale di durata proporzionale all'entità dei periodi di lavoro effettivo nel corso dell'anno (diversamente, nel caso del *part-time* orizzontale con prestazione svolta lungo tutto l'arco dell'anno, il lavoratore acquista il diritto a un periodo di riposo annuale di durata pari rispetto al lavoratore a tempo pieno, ma con retribuzione proporzionata alla minor quantità di lavoro prestato nell'arco della giornata: cfr. § 348). In coerenza con quanto si è detto or ora circa il maturare del diritto alle ferie nei periodi di sospensione del lavoro, si può affermare con sicurezza che il diritto stesso matura durante il periodo di preavviso lavorato, ma non nel caso in cui il lavoratore venga invece esonerato dalla prestazione (166).

345. Determinazione e comunicazione del periodo di godimento delle ferie. — Come si è visto all'inizio del paragrafo precedente, le ferie devono essere godute entro l'anno di lavoro e non dopo il suo compimento. Non è però stabilito in modo rigido in quale periodo dell'anno esse debbano essere collocate, essendo la determinazione del periodo di godimento riservata, a norma dell'art. 7 del r.d.l. 13 novembre 1924 n. 1825 sull'impiego privato e dell'art. 2109 c.c., alla scelta discrezionale del datore di lavoro (non si applica pertanto, in materia di riposo annuale, la regola relativamente rigida della necessaria collocazione temporale della sospensione della prestazione al termine del periodo lavorativo di riferimento, che si applica invece, come già detto nel § 338, in materia di riposo settimanale).

L'unica differenza tra le due disposizioni legislative testè citate — a parte il diverso campo di applicazione rispettivo — è costituita da un inciso, contenuto soltanto nella seconda: la scelta del periodo di godimento delle ferie deve essere operata dal datore di lavoro «tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro» (167). Al potere di scelta insindacabile, autoritario, attribuito al datore di lavoro dalla legge del 1924, si sostituisce dunque con il codice civile un potere discrezionale (in senso proprio), assoggettato cioè a un controllo di merito, che può essere anche penetrante (168).

Il datore di lavoro non è dunque oggi del tutto libero di decidere il periodo dell'anno in cui più gli fa comodo di sospendere la prestazione lavorativa per ferie, ma deve improntare la propria scelta al criterio del ragionevole contemperamento fra le esigenze obiettive dell'impresa e gli interessi personali e familiari del dipendente (169). La necessità dell'applicazione di questo criterio, espressamente sancita dal codice civile, è stata poi ribadita nell'art. 10 della già citata Convenzione O.I.L. n. 132 del 1970. Disposizioni analoghe sono in vigore pressoché in tutti gli ordinamenti stranieri (170).

La stessa regola sarebbe comunque, anche indipendentemente dalla sua recezione esplicita nella legge ordinaria, agevolmente desumibile dall'art. 36 Cost., che non tende soltanto a limitare quantitativamente la prestazione di lavoro annuale, assicurando un puro e semplice riposo dal lavoro, ma anche ad assicurare al lavoratore la possibilità di svolgere attività ricreative, turistiche, culturali, che richiedono normalmente la disponibilità di un congruo lasso di tempo libero e un'adeguata programmazione, soprattutto quando il lavoratore intenda svolgerle insieme ai propri familiari. La *ratio* della norma sarebbe dunque in larga parte frustrata se fosse lecito al datore di lavoro determinare il periodo delle ferie senza «tener conto» delle esigenze menzionate.

Va anche osservato, tuttavia, come questo dovere di «tener conto» non implichi affatto che le esigenze del lavoratore debbano essere necessariamente soddisfatte per intero; ciò innanzitutto perché la stessa norma da cui quel dovere nasce attribuisce implicitamente rilevanza almeno pari alle esigenze aziendali, imponendo il contemperamento tra le prime e le seconde; inoltre perché nell'esercizio del suo potere il datore di lavoro deve «tener conto» anche dell'interesse di altri lavoratori in tutti i casi in cui l'astensione dal lavoro di uno o più di essi sia oggettivamente legata all'astensione o alla non-astensione di altri.

Non sembra invece emergere ancora, nel nostro ordinamento, un dovere del datore di lavoro di tener conto dell'interesse pubblico a che si eviti la concentrazione delle ferie della stragrande maggioranza dei lavoratori subordinati e autonomi in uno o due mesi estivi (171): nessun cenno in proposito è dato trovare nel capo VII della legge 8 marzo 2000 n. 53 (artt. 22-28), intitolato ai «tempi delle città» (172), anche se viene ivi delineata una funzione di coordinamento razionale dei tempi di lavoro affidata a Regioni e Comuni, nella quale ben potrebbero rientrare anche iniziative volte ad allargare il periodo dell'anno nel corso del quale le ferie vengono godute, per migliorarne le condizioni di godimento ed evitare la paralisi delle città nel periodo stesso.

Il datore di lavoro ben può assoggettare interamente il proprio potere di determinazione del periodo di godimento delle ferie al vincolo della contrattazione con le rappresentanze sindacali aziendali o con i singoli lavoratori interessati (173); disposizioni in questo senso sono contenute in numerosi contratti collettivi nazionali. In tal caso l'intervento negoziale dell'organizzazione sindacale aziendale costituisce un elemento di tutela aggiuntiva, non sostitutiva di quella che

l'ordinamento offre al lavoratore sul piano individuale: il fatto che le scelte gestionali del datore di lavoro, invece che essere decise unilateralmente, siano oggetto di contrattazione sindacale non determina certo una riduzione del peso che all'interesse individuale del lavoratore deve essere attribuito nella determinazione di tali scelte e non altera quindi la loro sindacabilità. Vero è, tuttavia, che la contrattualizzazione della scelta può determinare una presunzione di correttezza del procedimento decisionale, che sarà il lavoratore a dover vincere, dimostrando che in sede di negoziazione collettiva il suo interesse è stato totalmente e irragionevolmente pretermesso.

L'interesse del lavoratore alla programmabilità del godimento del riposo annuale emerge come oggetto di tutela indiretta anche nel terzo comma dell'art. 2109 c.c., che impone al datore di lavoro l'obbligo di comunicare al dipendente preventivamente il periodo destinato alle ferie; la *ratio* della norma consente di escludere con sicurezza che tale obbligo possa dirsi adempiuto quando la comunicazione venga effettuata all'ultimo momento, o comunque non in tempo ragionevolmente utile per la programmazione e l'organizzazione da parte del lavoratore del godimento delle proprie ferie (174). Può forse trovare applicazione analogica, in questa materia, la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 1183 c.c.: ciò consentirebbe al lavoratore di reagire all'eventuale ritardo del datore nell'adempimento dell'obbligo di comunicazione preventiva chiedendo al giudice, anche con procedimento d'urgenza) la determinazione del periodo di godimento delle ferie (175).

È esclusa, salva l'eventuale diversa disposizione contrattuale, l'autodeterminazione unilaterale del periodo di godimento delle ferie da parte del lavoratore, qualificabile come assenza ingiustificata e come tale passibile anche di licenziamento (176). Altrettanto, però, non può dirsi senz'altro nel caso in cui alla richiesta di fruizione delle ferie, tempestivamente presentata dal lavoratore, il datore abbia opposto un rifiuto totalmente immotivato, come tale contrario a buona fede (177).

346. Il frazionamento del periodo di godimento delle ferie. Il richiamo in servizio. — La disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 2109 c.c. ammette la possibilità che il riposo annuale non sia goduto tutto entro un unico periodo, ma indica esplicitamente un netto favore per la soluzione continuativa (il periodo destinato alle ferie dev'essere «possibilmente continuativo») (178). In materia di frazionamento delle ferie dispone anche l'art. 8, c. 1°, della Convenzione O.I.L. n. 132 del 1970, che lo consente a condizione che almeno una delle frazioni sia di durata non inferiore a due settimane lavorative. Disposizioni analoghe sono contenute in numerosi contratti collettivi.

In ogni caso l'eventuale frazionamento del periodo di godimento delle ferie disposto unilateralmente dal datore di lavoro deve essere adeguatamente motivato, data la tendenziale contraddittorietà del frazionamento rispetto alla funzione propria dell'istituto e tenuto conto del favore dell'ordinamento per la continuità (179). È invece sempre valida e insindacabile, secondo l'opinione largamente prevalente, la pattuizione individuale avente per oggetto il godimento di frazioni brevi delle ferie annuali, purché tali frazioni siano singolarmente individuate e non ne risulti pregiudicato il godimento di un congruo periodo continuativo.

Diverso è il discorso che riguarda il «defalcamento» unilaterale dalle ferie, ad opera del datore di lavoro, di permessi concessi nel corso dell'anno o di giornate di assenza ingiustificata del lavoratore: operazione, questa, tanto diffusa quanto sicuramente illegittima (180).

Nella maggior parte dei contratti collettivi è contenuta una clausola che prevede e disciplina il caso di richiamo in servizio del lavoratore in ferie, per gravi e urgenti esigenze aziendali. Pur con qualche riserva in riferimento a qualche caso concreto particolare, ritengo fondati i dubbi sollevati dalla dottrina sulla validità di questa clausola, se intesa come fonte di un potere dell'imprenditore di interrompere unilateralmente — sia pure per gravi motivi — il periodo di astensione dal lavoro per ferie già in corso (181): la precarietà (o non libera programmabilità) del godimento delle ferie che ne deriverebbe è infatti incompatibile con la ragion d'essere del relativo diritto che l'ordinamento riconosce al lavoratore. La menzionata disposizione collettiva può invece essere considerata come valida regolamentazione degli effetti del richiamo in servizio quando ad esso il lavoratore interessato abbia, nel singolo caso, prestato il proprio consenso.

347. Divieto di sovrapposizione delle ferie con il periodo di preavviso e con periodi di sospensione della prestazione per altra causa. L'effetto interruttivo della malattia sopravvenuta. — Il quarto comma dell'art. 2109 c.c. vieta la sovrapposizione del periodo di godimento delle ferie con il periodo di preavviso di licenziamento o di dimissioni. La *ratio* di questo divieto non è perspicua, al punto che sorge qualche dubbio circa la costituzionalità della norma; ma non mi risulta che la Corte costituzionale ne sia mai stata investita. Di fatto il divieto produce, nella maggior parte dei casi, l'effetto della monetizzazione della parte di ferie che finisce col non poter essere goduta in costanza di rapporto. Altri vincoli rigidi, consistenti per lo più nella delimitazione della stagione entro la quale le ferie devono collocarsi, possono essere imposti dal contratto individuale, o, più frequentemente, collettivo.

Un ulteriore e assai rilevante vincolo rigido in questa materia è posto dall'art. 6, c. 1° e 2°, della Convenzione O.I.L. n. 132, che vieta la sovrapposizione del periodo delle ferie con periodi di astensione dal lavoro per altro titolo.

Corollario di questa regola generale deve considerarsi la non computabilità nel periodo di ferie del riposo settimanale che cada immediatamente prima dell'inizio del riposo annuale (§ 339). La stessa norma stabilisce che «i periodi di impedimento al lavoro per malattia o infortunio non possono essere computati nel periodo minimo di ferie annuali retribuite di cui al comma 3° dell'art. 3 della presente Convenzione»; ma il rigore della regola enunciata viene attenuato dalla previsione che la sua concreta applicazione venga specificamente regolata dall'«autorità competente o dall'organismo appropriato» nell'ambito di ciascun ordinamento statale.

Nel nostro ordinamento interno la questione se la malattia sopravvenuta interrompa il periodo destinato alle ferie è stata risolta da una sentenza della Corte costituzionale (182), che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 2109 c.c. nella parte in cui esso non prevede tale effetto interruttivo. Nella motivazione della stessa sentenza si legge che «certamente l'attuazione del principio che si va affermando, della sospensione del periodo feriale per malattia insorta durante lo stesso, ha bisogno in concreto di una disciplina di dettaglio. Vi potrà essere un intervento specifico del legislatore o potrà sopporre il rinvio alla contrattazione collettiva».

Il legislatore a tutt'oggi (dicembre 2002) non è intervenuto a disciplinare la materia; lo hanno fatto numerosi contratti collettivi, talora disponendo che l'effetto interruttivo si produca soltanto quando l'infermità da cui il lavoratore è colpito sia di particolare gravità, oppure comporti ricovero ospedaliero (183). Le restrizioni poste in sede collettiva sono state, in un primo tempo, ritenute illegittime dalla giurisprudenza prevalente (184). Sulla questione nel 1998 sono intervenute le Sezioni Unite, stabilendo che «il principio dell'effetto sospensivo [della malattia sulle ferie] ... non ha valore assoluto, ma tollera eccezioni, per l'individuazione delle quali occorre aver riguardo alla specificità degli stati morbosi denunciati e alla loro incompatibilità con l'essenziale funzione di riposo, recupero delle energie psicofisiche e ricreazione, propria delle ferie» (185). Argomento a sostegno di questo orientamento può ora essere tratto in via analogica dall'art. 5, 3° c., della legge n. 53/2000, che regola il caso della malattia sopravvenuta durante il periodo di aspettativa per motivi di istruzione (§§ 367 e 411). Logica vorrebbe che l'onere della prova circa l'inidoneità della malattia denunciata a impedire il godimento del riposo gravasse sul lavoratore (186); la giurisprudenza più recente sembra però orientata in senso opposto (187).

In numerose sentenze si è ritenuto che l'effetto interruttivo della malattia non si produca sul periodo di ferie aggiuntive rispetto alla previsione collettiva, eventualmente goduto dal lavoratore per effetto di pattuizione individuale (188). Problema diverso da quello dell'effetto interruttivo della malattia sopravvenuta sulle ferie è quello della possibilità per il lavoratore malato di ottenere la sospensione del decorso del termine di compimento, imputando il protrarsi dell'assenza a ferie maturate, il che comporterebbe una deroga — a favore del lavoratore — sia alla regola della determinazione del periodo di godimento da parte del datore, sia a quella della non sovrapposibilità delle ferie alla malattia. La giurisprudenza prevalente in proposito è condivisibilmente orientata nel senso di condizionare il mutamento del titolo dell'assenza a una tempestiva richiesta in tal senso da parte del lavoratore (che presuppone una sua dichiarazione di avvenuta guarigione) e alla compatibilità della sua collocazione in ferie con le esigenze organizzative aziendali (189). Qualche giudice si è spinto ad affermare che al termine del periodo di compimento, avendo il lavoratore maturato un periodo di ferie, il perdurare della sua assenza può imputarsi automaticamente al godimento del riposo annuale, anche senza una sua richiesta in tal senso; prevale però nettamente la tesi opposta (190). Vedremo a suo luogo (§ 390), trattando della malattia del lavoratore, come i principi che governano la materia della malattia consentano di rafforzare e precisare meglio la soluzione adottata dalla giurisprudenza prevalente.

348. *Retribuzione del periodo feriale.* — Sia l'art. 36 Cost., sia l'art. 2109 c.c. prevedono espressamente che il periodo destinato al riposo annuale del lavoratore sia retribuito; non impongono però espressamente che il compenso da corrispondere al lavoratore in riferimento a tale periodo comprenda tutte le voci della retribuzione ordinaria (c.d. onnicomprensività della retribuzione: § 246). Dalla metà degli anni '80 la giurisprudenza si è pertanto orientata nel senso di riconoscere ampia libertà di manovra in proposito all'autonomia collettiva (191) (oltre che all'autonomia individuale, nel rispetto della disciplina collettiva eventualmente applicabile). In alcune sentenze si è affermato però che la retribuzione per il periodo feriale non possa essere ridotta al di sotto del minimo tabellare (o paga-base: § 245) previsto dal contratto collettivo in riferimento ai periodi normali di lavoro (192).

Coerentemente con quanto si è detto a proposito della durata delle ferie (§ 344), nel caso di lavoro a orario ridotto su base giornaliera (*part-time* orizzontale), mentre la durata resta fissata nella misura normale, la retribuzione deve essere proporzionata al minore orario contrattuale; nel caso del lavoro a tempo parziale con alternanza di giornate lavorative piene e giornate in cui il lavoro resta sospeso (*part-time* verticale) è invece la durata del periodo di riposo che si riduce in proporzione al lavoro effettivamente prestato nel corso dell'anno, mentre la retribuzione per tale periodo resta quella prevista per il lavoro a tempo pieno.

349. *La violazione delle regole in materia di riposo settimanale o annuale e le sue conseguenze economiche.* *L'indennità sostitutiva delle ferie.* — L'irrinunciabilità del diritto al riposo settimanale e a quello annuale, come diritto

attinente alla tutela della personalita` del lavoratore (193), e` sancito espressamente dall'art. 36 Cost., che commina la nullita` per qualsiasi patto, sia esso contenuto in un contratto collettivo o individuale, che contenga una rinuncia in futuro a tale diritto.

Caso diverso da quello della pattuizione derogatoria e` quello nel quale, anche senza alcuna rinuncia dichiarata da parte del lavoratore, di fatto il riposo non sia stato goduto a tempo debito o non sia stato goduto del tutto. In questo caso la prestazione lavorativa svolta nel giorno destinato al riposo settimanale (ovvero per piu` di sei giorni consecutivi: § 338) non puo` essere qualificata giuridicamente allo stesso modo di quella svolta in violazione della regola del riposo annuale: mentre infatti nel primo caso il divieto del lavoro nel «settimo giorno» consente di individuare con sicurezza il tempo della prestazione indebita, nel secondo caso invece questo non e` possibile, in assenza di una determinazione — unilaterale, da parte del datore di lavoro, o pattizia — del periodo destinato alle ferie. Nel primo caso, pertanto, la violazione del divieto si concreta in un determinato segmento di attivita` lavorativa, configurabile come prestazione di fatto in violazione di legge *ex art. 2126 c.c., 2° c.* (194); nel secondo caso, invece, la prestazione indebita non e` collocabile con precisione nel tempo e nessun segmento dell'attivita` lavorativa svolta nel corso dell'anno puo` qualificarsi come prestazione di fatto in violazione di legge.

La prestazione di fatto in giorno destinato al riposo settimanale fa sorgere in capo al lavoratore un diritto alla retribuzione *ex art. 2126 c.c.*, con la relativa maggiorazione, nonche' al risarcimento del danno per l'usura psico-fisica conseguente alla perdita del riposo (195); si discute se il danno possa presumersi (196) o debba essere dimostrato dal lavoratore interessato (197). Sul diverso regime della prescrizione nei due casi v. § 570. Quando a essere trasgredita e` invece la regola del riposo annuale, oppure il periodo di ferie retribuite a cui il lavoratore avrebbe avuto diritto non puo` essere goduto a causa della cessazione del rapporto in corso d'anno, il lavoratore stesso ha diritto a un'indennita` sostitutiva, di entita` pari alla retribuzione per le ferie non godute, cui a mio avviso deve attribuirsi natura retributiva: si tratta infatti di una prestazione pecuniaria che il lavoratore riceve in cambio della prestazione lavorativa complessivamente intesa; ma numerose sentenze attribuiscono invece all'indennita` sostitutiva natura risarcitoria (198). Prevale oggi l'orientamento giurisprudenziale nel senso che, quando l'anno di riferimento sia trascorso senza che al lavoratore sia stato consentito di godere delle ferie spettantigli, debba essergli data la scelta tra il godimento tardivo del riposo e l'indennita` sostitutiva (199). Un caso particolare di impedimento oggettivo al godimento delle ferie entro l'anno di riferimento e` quello in cui la prestazione lavorativa sia rimasta sospesa per malattia (o altra causa di sospensione di lunga durata) per tutto il periodo dell'anno in cui le ferie avrebbero potuto collocarsi (200): anche in tal caso, secondo l'orientamento giurisprudenziale di cui si e` testè detto, al rientro in azienda dalla malattia deve essere riconosciuta al lavoratore la scelta tra il godimento tardivo del riposo e l'indennita` sostitutiva.

Laddove la determinazione del periodo di godimento delle ferie sia affidata al lavoratore stesso che e` titolare del relativo diritto — cio` che accade frequentemente nel rapporto di lavoro dirigenziale — il mancato godimento del riposo a lui imputabile non da` luogo al diritto all'indennita` sostitutiva (201). Parimenti non da` luogo al diritto all'indennita` sostitutiva la mancata fruizione delle ferie dovuto a irragionevole rifiuto da parte del lavoratore del periodo di godimento assegnatogli dal datore (202).

Sezione V

Il lavoro a tempo parziale e il lavoro ripartito, o job sharing

Sommario: 350. Il ritardo nella diffusione del lavoro a tempo parziale in Italia. — 351. La nozione di lavoro a tempo parziale. — 352. Il requisito della forma scritta e il contenuto della pattuizione. La questione delle clausole collettive di contingentamento. — 353. La riduzione dell'orario in corso di rapporto e il passaggio dal tempo parziale al tempo pieno. — 354. Il lavoro supplementare. — 355. Le c.d. clausole elastiche. — 356. Divieto di discriminazione e applicazione della disciplina generale del lavoro subordinato al rapporto a tempo parziale. — 357. *Segue.* Applicazione della disciplina del periodo di prova, del preavviso di recesso, del periodo di comporta per malattia, della sospensione disciplinare e di altri istituti legati al decorso del tempo. — 358. Il tempo parziale nell'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. — 359. La contitolarita` solidale dell'obbligazione di lavoro in capo a piu` lavoratori o *job sharing*. — 360. La disciplina del *job sharing* in attesa della riforma. — 361. *Segue.* Applicabilita` al *job sharing* della disciplina del lavoro a tempo parziale. — 362. *Segue.* Problemi relativi alla responsabilita` disciplinare dei lavoratori coobbligati e alla risoluzione del contratto.

350. *Il ritardo nella diffusione del lavoro a tempo parziale in Italia.* — Al riconoscimento legislativo del *part-time* nel nostro ordinamento si e` arrivati soltanto nel 1984, in notevole ritardo rispetto alla maggior parte degli ordinamenti europei (203): ritardo che ha condizionato negativamente la diffusione di questo tipo di rapporto nel nostro tessuto produttivo, contribuendo a mantenere piu` ridotta nel nostro Paese la partecipazione delle donne al mercato del lavoro. Quel ritardo — sia nella diffusione del *part-time*, sia nell'aumento del tasso di lavoro femminile — pesa tuttora sulle

condizioni del nostro mercato del lavoro (204), riflettendosi sul tasso complessivo di occupazione italiano (205). Una delle cause di questo ritardo può certamente essere individuata nella diffidenza — assai marcata fino alla metà degli anni '80 e tuttora non del tutto superata — da parte della sinistra politica e sindacale nei confronti del lavoro a tempo parziale, nel quale si ravvisava il rischio di una emarginazione professionale («ghettizzazione») delle donne e ancor più di una diffusione della negoziazione individuale dei tempi di lavoro, pregiudizievole per il potere negoziale del sindacato (206). Sul terreno giuridico, non si è mai dubitato della legittimità del contratto di lavoro a orario ridotto; ma fino alla riforma del 1984 è rimasta in vigore una normativa previdenziale che penalizzava notevolmente il c.d. *part-time* orizzontale (ovvero con riduzione dell'orario giornaliero), prevedendo un «minimale contributivo» commisurato al numero delle giornate di lavoro, con la conseguente sproporzione del costo dell'assicurazione obbligatoria per il rapporto a tempo ridotto rispetto a quello a tempo pieno (questa normativa previdenziale distorsiva verrà superata con la normativa del 1984, sostanzialmente confermata con il decreto legislativo del 2000). Quanto al c.d. *part-time* verticale — e in particolare alla sospensione della prestazione lavorativa in periodi determinati del mese o dell'anno — vi era negli anni '70 chi ravvisava in questa particolare fattispecie un tentativo fraudolento di eludere la disciplina limitativa del contratto a tempo determinato, dando vita a «una serie di successive assunzioni a termine» (207); e soltanto nei primi anni '80 è venuto consolidandosi un orientamento giurisprudenziale e dottrinale favorevole alla legittimità di questa determinazione contrattuale del tempo di lavoro (208).

351. La nozione di lavoro a tempo parziale. — Nonostante le diffidenze di cui si è detto, dunque, già prima del definitivo riconoscimento legislativo del lavoro a tempo parziale, avvenuto con la legge 19 dicembre 1984 n. 863 (209), giurisprudenza e dottrina giuslavoristiche avevano elaborato una definizione di questa fattispecie, sfrondandola degli elementi privi di rilievo apprezzabile nel nostro ordinamento (volontarietà, non occasionalità ed entità «sensibile» della riduzione d'orario), che invece caratterizzavano la definizione proposta in precedenza dal *Bureau International du Travail* (210). In esito a questo processo di elaborazione teorica, il concetto di «tempo parziale» veniva definito essenzialmente in contrapposizione a quello di «tempo pieno», riconoscendosi appunto come unico elemento distintivo, necessario e sufficiente per l'individuazione della fattispecie, quello della minore durata della prestazione lavorativa nell'unità di tempo rispetto alla durata normale del lavoro prevista dal contratto collettivo (§ 320). Dai risultati dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha saputo trarre profitto il legislatore, che con l'art. 5 della legge n. 863/1984 ha dettato una definizione del lavoro a tempo parziale precisa ed essenziale, esclusivamente imperniata sulla riduzione della durata della prestazione lavorativa nell'arco della giornata, della settimana, del mese o dell'anno, rispetto alla durata normale prevista dai contratti collettivi. La definizione, formulata con parole diverse, rimarrà sostanzialmente invariata nell'art. 1 del d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 61, emanato in attuazione della direttiva comunitaria 15 dicembre 1997 n. 81: per «tempo parziale» si intende «l'orario di lavoro, fissato dal contratto individuale, cui sia tenuto il lavoratore, che risulti comunque inferiore» all'«orario normale fissato dai contratti collettivi applicati». In mancanza di una disciplina collettiva dalla quale possa desumersi l'orario normale di settore, deve pacificamente considerarsi come lavoro a tempo parziale quello la cui durata settimanale sia ridotta rispetto all'orario normale legale (40 ore: § 321), oppure quello che preveda sospensioni periodiche della prestazione nell'arco del mese o dell'anno.

352. Il requisito della forma scritta e il contenuto della pattuizione. La questione delle clausole collettive di contingentamento. — A differenza del contratto di lavoro a tempo pieno, per il quale vige in generale la regola della libertà di forma (§ 197), il contratto di lavoro a tempo parziale deve essere stipulato in forma scritta (artt. 2, 1° c., e 8, 1° c., del d.lgs. n. 61/2000). In riferimento alla disposizione della legge n. 863/1984 che prevedeva la forma scritta della stipulazione si era sviluppato un notevole dibattito circa gli effetti della sua violazione, discutendosi se il requisito di forma fosse posto *ad substantiam*, *ad probationem*, oppure soltanto come requisito di regolarità amministrativa dell'atto; prevalendo in giurisprudenza l'orientamento nel senso della necessità della forma scritta *ad substantiam* (211). Ora l'art. 8, c. 1° del d.lgs. n. 61/2000 stabilisce che «la forma scritta è richiesta a fini di prova» (212); si chiarisce in questo modo che non sussiste un interesse pubblico a escludere la prova fornita con altri mezzi: l'eccezione in proposito può essere sollevata dalla parte che vi abbia interesse, ma non si tratta di inammissibilità rilevabile d'ufficio (213). Nella nuova normativa è questo forse l'elemento più rilevante di apertura a una concezione del *part-time* come modello normale di organizzazione del lavoro nell'impresa (214).

Quando non possa essere data per testimoni, la prova della clausola di riduzione dell'orario — sia essa stata pattuita in forma scritta, orale o per fatti concludenti — può essere data, secondo la regola generale, anche mediante la confessione o il deferimento del giuramento alla controparte (215). Poiché la pattuizione riguarda una prestazione a esecuzione durevole e continuativa (§§ 80 e 86), quando il rapporto abbia già avuto corso per un periodo di tempo apprezzabile la dimostrazione può essere fornita, a mio avviso, anche mediante prova documentale (ad esempio il libro paga e matricola, o i «cartellini orari») del mutuo consenso circa l'orario ridotto, manifestato dal comportamento delle

parti nell'attuazione del rapporto contrattuale.

Nel dissenso tra le parti, la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno, o a tempo parziale, può essere dichiarata dal giudice, su richiesta del lavoratore, soltanto con effetto «dalla data in cui la mancanza della scrittura sia giudizialmente accertata» (ancora art. 8, c. 1°: disposizione, questa, della quale una parte della dottrina ha sostenuto l'incostituzionalità) (216). Prevale l'opinione che questo effetto dell'accertamento giudiziale possa essere conseguito anche mediante il provvedimento cautelare, che anticipa le conseguenze della sentenza (217).

La stessa norma dispone, del tutto pleonasticamente, che «resta fermo il diritto alle retribuzioni dovute per le prestazioni effettivamente rese antecedentemente alla data suddetta» (218).

A norma del secondo comma dell'art. 2, il contratto di lavoro a tempo parziale deve contenere «puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno». Il secondo comma dell'art. 8 chiarisce in proposito — anche qui risolvendo una questione sulla quale si era sviluppato un notevole dibattito in riferimento alla disciplina previgente e accogliendo l'opinione prevalente che in esso si era manifestata (219) — che l'eventuale mancanza o indeterminazione di tali indicazioni «non comporta la nullità del contratto di lavoro a tempo parziale». A norma dello stesso comma, allorché «l'omissione riguardi la sola collocazione temporale dell'orario, il giudice provvede a determinare le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale con riferimento alle previsioni dei contratti collettivi ... o, in mancanza, con valutazione equitativa, tenendo conto in particolare delle responsabilità familiari del lavoratore interessato, della sua necessità di integrazione del reddito derivante dal rapporto a tempo parziale mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro. Per il periodo antecedente la data della pronuncia della sentenza, il lavoratore ha in entrambi i casi diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta, alla corresponsione di un ulteriore emolumento a titolo di risarcimento del danno, da liquidarsi con valutazione equitativa». Mi è difficile comprendere come la disposizione trascritta possa logicamente conciliarsi con il resto del comma in cui essa è inserita e con il comma precedente: se infatti la forma scritta non è richiesta per la validità dell'atto, ciò significa che la pattuizione del tempo parziale è di per sé valida anche in difetto della scrittura; e se il rapporto ha già avuto svolgimento per un periodo apprezzabile, dal comportamento delle parti è agevolmente desumibile la loro volontà non soltanto circa l'estensione temporale della prestazione, ma anche circa la sua distribuzione nell'arco dell'unità di tempo: non si vede dunque né per quale motivo il giudice dovrebbe sostituire tale pattuizione con la propria sentenza, né per quale motivo il lavoratore dovrebbe essere indennizzato in relazione al periodo pregresso di svolgimento del rapporto.

L'art. 5 della legge n. 863/1984, nel quale si esprimeva ancora l'antica diffidenza nei confronti del *part-time* di cui si è detto all'inizio (§ 350) (220), attribuiva alla contrattazione collettiva, anche aziendale, il compito di fissare limiti quantitativi alla possibilità di assunzione di lavoratori a tempo parziale. Nella nuova legge di questa possibilità di limitazione non si trova più traccia. Questo non significa che clausole di contingentamento non possano essere tuttora introdotte dai contratti collettivi, ma il silenzio della legge può intendersi come conferma dell'opinione, espressa peraltro dalla dottrina prevalente già in riferimento alla disciplina previgente, secondo cui tali clausole non appartengono alla parte normativa del contratto collettivo, cioè non disciplinano direttamente i rapporti individuali di lavoro, bensì alla parte obbligatoria: esse cioè impongono soltanto un obbligo ai datori di lavoro nei confronti delle organizzazioni sindacali stipulanti, senza comprimere con limiti inderogabili l'autonomia individuale in questa materia (§ 310).

353. *La riduzione dell'orario in corso di rapporto e il passaggio dal tempo parziale al tempo pieno.* — Mentre la legge del 1984 imponeva che la riduzione di orario in costanza di rapporto fosse convalidata dall'Ufficio del lavoro, previa verifica della libertà e consapevolezza della determinazione del lavoratore, l'art. 5, c. 1°, del d.lgs. n. 61/2000 richiede soltanto, per la validità di tale pattuizione, che il lavoratore sia assistito da un rappresentante sindacale aziendale da lui stesso indicato: la convalida della Direzione provinciale del lavoro è ora necessaria soltanto nel caso di mancanza della rappresentanza sindacale costituita nell'unità produttiva (221).

I commi secondo e terzo dell'art. 5 contengono disposizioni volte a favorire la possibilità per i lavoratori di passare dal tempo pieno al tempo parziale e viceversa; curiosamente, però, e per me inspiegabilmente, le suddette disposizioni sono nettamente differenziate per ciò che riguarda l'obbligo di informazione preventiva al personale circa le nuove assunzioni, che è imposto al datore di lavoro soltanto per il caso di programmata assunzione di lavoratori a tempo parziale (terzo comma) e non per il caso di programmata assunzione a tempo pieno (secondo comma). In quest'ultimo caso, i lavoratori già alle dipendenze dell'azienda con rapporto a tempo parziale in unità produttive site nel raggio di 50 chilometri, se «adibiti alle stesse mansioni o a mansioni equivalenti rispetto a quelle con riguardo alle quali è prevista l'assunzione», hanno un diritto di precedenza per il passaggio al tempo pieno nella posizione lavorativa che si rende disponibile; la norma attribuisce priorità a chi sia passato in precedenza dal tempo pieno al tempo parziale; a parità di ogni altra condizione viene attribuita la precedenza a chi abbia maggiori carichi familiari, nonché, «secondariamente», a chi abbia la maggiore anzianità di servizio, «da calcolarsi comunque senza riproporzionamento in ragione della pregressa ridotta durata della prestazione lavorativa». Nel caso, invece, del lavoratore a tempo pieno che aspira a un posto a tempo parziale, il terzo comma non stabilisce regole di precedenza, limitandosi a imporre al

datore di lavoro, in caso di rifiuto, l'onere di una adeguata motivazione, che implica logicamente la sindacabilità giudiziale del rifiuto stesso (222).

In riferimento al caso del rifiuto ingiustificato da parte del datore di ridurre l'orario al lavoratore che vi abbia diritto, sembra prevalere in giurisprudenza l'orientamento nel senso della illegittimità dell'autoriduzione dell'orario operata unilateralmente dal lavoratore (223). Quanto al caso inverso, del rifiuto da parte del lavoratore della trasformazione del rapporto da tempo parziale a tempo pieno, si è ritenuto che il licenziamento sia legittimo quando il datore di lavoro possa dimostrare l'impossibilità di soddisfare altrimenti l'esigenza aziendale (224); v. però quanto si dirà circa il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel § 516, lett. *d* ed *e*.

Nulla osta a che la trasformazione del rapporto da tempo parziale a tempo pieno o viceversa venga pattuita a termine, con conseguente ripristino automatico, alla scadenza del termine stesso, del regime di orario originario (225).

354. Il lavoro supplementare. — Se il lavoro straordinario è definito come prestazione aggiuntiva rispetto all'orario normale praticato nel settore (§ 328), ne consegue che, per definizione, non può considerarsi come lavoro straordinario la prestazione svolta dal lavoratore a tempo parziale in aggiunta rispetto all'orario ridotto previsto nel suo contratto individuale, ma entro i limiti dell'orario normale, prestazione che viene pertanto indicata come «lavoro supplementare». La legge n. 863/1984 vietava lo svolgimento di lavoro supplementare nel rapporto a tempo parziale, salvo che esso fosse autorizzato da apposita clausola collettiva «con riferimento a specifiche esigenze organizzative». Contro questo divieto si è osservato che l'unica esigenza a cui esso risponde — cioè quella di consentire al lavoratore di programmare l'utilizzazione del proprio tempo libero — avrebbe potuto essere compiutamente soddisfatta mediante una norma che consentisse al lavoratore di svolgere tutto il lavoro supplementare richiestogli dal datore e a lui gradito, ma che gli assicurasse altresì il diritto di rifiutarlo. Il legislatore del 2000 ha inteso ridurre la rigidità della disciplina precedente, ma lo ha fatto confermando l'antica diffidenza nei confronti dell'autonomia individuale e la preferenza per la regolamentazione collettiva e legislativa, col risultato di assoggettare la materia a una disciplina complicata, che pone ancora vincoli di cui non si comprende la ragion d'essere, ma al tempo stesso sacrifica indebitamente l'interesse del lavoratore imponendogli un obbligo di lavoro supplementare che la vecchia legge non gli imponeva (226). La nuova norma, per un verso, attribuisce al datore di lavoro, con il primo comma dell'art. 3, la «facoltà di richiedere lo svolgimento di prestazioni supplementari rispetto a quelle concordate con il lavoratore ai sensi dell'articolo 2», che il datore stesso in precedenza non aveva a titolo originario, potendo allora la facoltà stessa essergli attribuita soltanto dal contratto collettivo. Per altro verso prevede, nel secondo comma, che quella facoltà possa essere limitata dal contratto collettivo, con la fissazione delle «causali obiettive in relazione alle quali si consente» la richiesta del lavoro supplementare, nonché con la fissazione di limiti massimi annui e giornalieri. Infine stabilisce che «in attesa delle discipline contrattuali ... il ricorso al lavoro supplementare è ammesso nella misura massima del 10 per cento della durata dell'orario di lavoro a tempo parziale riferita a periodi non superiori a un mese e da utilizzare nell'arco di più di una settimana» (227). Non riesco a vedere una buona ragione a sostegno di alcuna delle tre norme: non della prima, poiché essa attribuisce al datore di lavoro un potere di ampliamento dell'estensione temporale della prestazione lavorativa, che nel *part-time* non può essere considerato come un *naturale negotii* al pari del rapporto a tempo pieno (sovente questa elasticità contrasta con la rigidità degli impegni della lavoratrice-madre, che è la figura più frequentemente interessata al *part-time*): assai meglio sarebbe stato semmai prevedere che quel potere potesse essere attribuito al datore di lavoro dal contratto individuale e che fosse il contratto stesso a delimitarlo con chiarezza; né, in riferimento alle altre due norme, riesco a vedere una buona ragione per cui debbano essere invece la legge o la contrattazione collettiva a porre limiti di carattere generale al lavoro supplementare, dal momento che le posizioni e gli interessi dei singoli lavoratori al riguardo sono quanto mai diversificate e non suscettibili di riduzione a un modello standard.

Il quarto comma dell'art. 3, dopo aver stabilito che «le ore di lavoro supplementare sono retribuite come ore ordinarie», prosegue con una lunga serie di disposizioni a mio avviso del tutto inutili, volte a riconoscere all'autonomia collettiva la possibilità di disciplinare diversamente la retribuzione del lavoro supplementare: possibilità della quale nessuno ha mai dubitato. Il sesto comma stabilisce invece che «le ore di lavoro supplementare di fatto svolte in misura eccedente quella consentita ai sensi del comma 2», come tali illegittime, «comportano l'applicazione di una maggiorazione del 50 per cento sull'importo della retribuzione oraria globale di fatto per esse dovuta», salvo il più elevato importo della maggiorazione eventualmente previsto dal contratto collettivo applicabile.

Il quinto comma dispone, opportunamente, che sia qualificato come straordinario il lavoro aggiuntivo richiesto dal datore di lavoro rispetto all'orario normale giornaliero o settimanale nel *part-time* verticale.

Il tredicesimo comma pone un divieto generale di «effettuazione di prestazioni lavorative supplementari o straordinarie» nel caso in cui il rapporto sia, oltre che a tempo parziale, anche a tempo determinato, salvo il caso del contratto a termine per sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione del posto, nonché il caso di deroga al divieto disposta dalla contrattazione collettiva. Disposizione, questa, nella quale si esprime con singolare evidenza la perdurante ostilità del legislatore del 2000 nei confronti, al tempo stesso, del lavoro a termine (sul quale invece il disfavore verrà meno l'anno successivo: § 501) e del lavoro a tempo parziale, in riferimento al quale viene qui

— irrazionalmente, a mio avviso — vietato il lavoro supplementare o straordinario che non è vietato nel lavoro a termine a tempo pieno.

Quando il lavoro supplementare assuma carattere continuativo, può configurarsi una modificazione consensuale tacita del contratto, nel senso di un corrispondente aumento stabile dell'orario (228).

355. Le c.d. clausole elastiche. — Nel vigore della legge del 1984 si era sviluppato un dibattito dottrinale notevole, con altrettanto notevoli risonanze nella giurisprudenza, sul punto se potessero considerarsi legittime le clausole del contratto di lavoro a tempo parziale che prevedessero fin dall'inizio del rapporto la variabilità dell'estensione (o della collocazione) temporale della prestazione lavorativa in funzione di determinate esigenze aziendali obbiettive: ad esempio, la clausola del contratto di un cameriere di ristorante che preveda la variabilità del termine finale della prestazione giornaliera in relazione all'afflusso degli avventori; oppure la clausola del contratto di una «maschera» di teatro o cinema che preveda tale variabilità in relazione alla fine dell'ultimo spettacolo. Rispetto al lavoro supplementare, la differenza di questa fattispecie sta nel fatto che qui la variazione della durata della prestazione giornaliera è prevista fin dall'inizio come normale nel rapporto (una sorta di «tempo parziale elastico», analogo alla «durata normale elastica» di cui si è parlato nel § 320).

Sulla scorta dell'esperienza tedesca (229), la dottrina prevalente (230)

e una parte della giurisprudenza ordinaria (231) si erano espresse a favore della compatibilità di queste clausole con la disciplina contenuta nella legge del 1984, quando la variazione del tempo di lavoro fosse ragionevolmente collegata a circostanze obiettive e sottratta al mero arbitrio dell'imprenditore; e anche l'intervento compiuto su questa materia dalla Corte costituzionale del 1992, pur essendo stato letto in un primo tempo, per lo più, come intervento restrittivo, in realtà ha sostanzialmente confermato la legittimità della clausola di variabilità dell'estensione o collocazione temporale della prestazione in relazione a circostanze obbiettive predeterminate (232). Il d.lgs. n. 61/2000 ha inteso recepire, sia pure solo parzialmente, questi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali; ma lo ha fatto, ancora una volta, *oborto collo*, dettando una normativa tutta animata da una marcata diffidenza di fondo nei confronti dell'esercizio dell'autonomia individuale in questa materia: diffidenza che si esprime in un testo legislativo prolisso e di difficile lettura, irto di divieti, di vincoli di varia natura e di complicazioni. Un testo legislativo certo inadatto a favorire il diffondersi delle pattuizioni di questo genere, anche perché esso resta ancorato all'idea secondo cui la negoziazione individuale in questa materia deve essere condizionata alla preventiva predisposizione di una normativa in proposito ad opera della contrattazione collettiva e deve conformarsi al modello standard previsto in quella sede (233).

Il settimo comma dell'art. 3 stabilisce che i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente maggiormente rappresentativi «hanno la facoltà di prevedere clausole elastiche in ordine alla sola collocazione temporale della prestazione lavorativa, determinando le condizioni e le modalità a fronte delle quali il datore di lavoro può variare detta collocazione, rispetto a quella inizialmente concordata col lavoratore». Parebbe dunque vietata la pattuizione della variabilità del termine giornaliero di lavoro del cameriere di ristorante o della «maschera» di teatro o cinema, di cui si è detto sopra: esito, questo, davvero inaccettabile, anche alla luce della citata sentenza della Corte costituzionale del 1992.

Nel quadro della disciplina posta dal contratto collettivo la clausola di variabilità della distribuzione dell'orario di lavoro nell'interesse del datore deve essere pattuita sul piano individuale in forma scritta, all'atto della costituzione del rapporto o in costanza di esso (234); la pattuizione deve recare la data e la menzione della facoltà di recesso del lavoratore, della quale si dirà tra breve, nonché del fatto che il lavoratore è informato della propria libertà di rifiutare la pattuizione stessa (nono comma) (235). In ogni caso, della variazione della distribuzione dell'orario il lavoratore deve essere preavvisato con almeno dieci giorni di anticipo (ottavo comma). Egli ha inoltre diritto a una maggiorazione retributiva, la cui entità deve essere stabilita in sede collettiva (ancora ottavo comma); in difetto di disciplina collettiva, deve ritenersi che l'entità della maggiorazione debba essere stabilita dal giudice secondo equità, in applicazione della regola generale contenuta nell'art. 2099 c.c. (§ 236) e del principio di adeguamento della retribuzione alla qualità della prestazione lavorativa — in questo caso alla sua flessibilità temporale — *ex art. 36 Cost.* (§ 240).

Il decimo comma attribuisce inderogabilmente al lavoratore la facoltà di recesso dalla clausola di variabilità della distribuzione dell'orario, per comprovate esigenze familiari o di salute, oppure per la «necessità di attendere ad altra attività lavorativa subordinata o autonoma»; oppure ancora per esigenze di studio o di formazione professionale, o per esigenze di altro genere, se previste dal contratto collettivo applicabile. Tale facoltà — indicata nel linguaggio corrente come «diritto di ripensamento» — non può essere esercitata prima di cinque mesi dalla data di stipulazione del patto e deve essere preceduta da un preavviso non inferiore a un mese.

A norma del tredicesimo comma, la pattuizione in esame è ammessa soltanto nel rapporto a tempo indeterminato, oppure nel rapporto a termine costituito per la sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto. Valgono in proposito le osservazioni svolte alla fine del paragrafo precedente in riferimento alla norma che, nel *part-time* a tempo determinato, vieta il lavoro supplementare o straordinario.

Anche sulle clausole elastiche, dunque, come sul lavoro supplementare, il decreto del 2000 si caratterizza per una

ispirazione assai discutibile: una marcata sfiducia nella capacità dell'autonomia individuale di adattare il regolamento contrattuale ai «veri» interessi della lavoratrice o del lavoratore coinvolto, interessi che il legislatore intende siano ricondotti a modelli standard definiti da lui stesso o dalla contrattazione collettiva. Il legislatore sembra qui ignorare il fatto che, secondo i dati disponibili, in due terzi dei casi la riduzione dell'orario di lavoro non è subìta ma voluta dalle lavoratrici o lavoratori interessati; e che nel terzo restante dei casi gli interessati desidererebbero lavorare di più (236): ciò che rende davvero assai discutibile il divieto della pattuizione di clausole di variabilità in aumento della prestazione lavorativa, al pari dei limiti posti allo svolgimento di lavoro supplementare, di cui si è detto nel paragrafo precedente.

Resta, per fortuna, il fatto che su questo terreno le pretese regolatorie del legislatore, come quelle della contrattazione collettiva, sono quasi del tutto impotenti a impedire il buon funzionamento del mercato del tempo di lavoro operante — come si è già visto (§ 332) — in ogni azienda: quando, come per lo più accade su questo terreno, gli interessi del datore e quello del prestatore convergono, non c'è norma legislativa, contratto collettivo o ispettore del lavoro che riescano a impedire efficacemente l'accordo tra gli stessi. Lo conferma la scarsità del contenzioso in proposito (237), pur in un contesto caratterizzato dal contrasto fra gli standard legislativi e collettivi inderogabili e la grande varietà degli interessi individuali, sia dal lato della domanda individuale di lavoro flessibile sia dal lato dell'offerta.

356. Divieto di discriminazione e applicazione della disciplina generale del lavoro subordinato al rapporto a tempo parziale. — Il contratto di lavoro a tempo parziale non è un contratto speciale, se per specialità si intende una sua peculiarità causale rispetto alla categoria generale del contratto di lavoro subordinato: la riduzione quantitativa non incide di per sé né sulla qualità della prestazione, né sul sinallagma lavoro-retribuzione. Su questo presupposto, già prima del riconoscimento legislativo del *part-time* ad opera della legge del 1984 la nostra dottrina aveva affermato la «completa applicabilità della disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche al lavoro a tempo parziale» (238), a condizione, ovviamente, che si tenesse conto della necessità di riproporzionamento dei trattamenti retributivi in relazione alla minore quantità del lavoro prestato. Tale riproporzionamento, del resto, non è altro che la naturale conseguenza della natura sinallagmatica del rapporto; esso deve dunque essere operato non in deroga, ma in applicazione della disciplina generale del lavoro subordinato e in particolare del principio di proporzionalità enunciato dall'art. 36 Cost. (§ 240). In altre parole: il problema non è se determinate norme dettate per il rapporto di lavoro ordinario si applichino o no al lavoro a tempo parziale, ma come esse debbano essere interpretate e applicate in questo caso.

Ora lo stesso principio è affermato esplicitamente, in riferimento al lavoro a tempo parziale, dall'art. 4 della già citata direttiva comunitaria 15 dicembre 1997 n. 81, sul presupposto che ogni disparità di trattamento ai danni dei lavoratori a tempo parziale costituisce una discriminazione indiretta ai danni della componente femminile della forza-lavoro, la quale nei ranghi del *part-time* è nettamente sovrarappresentata (239): «Per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive. Dove opportuno, si applica il principio *pro rata temporis*. ... Quando ragioni obiettive lo giustificano, gli Stati membri, dopo aver consultato le parti sociali ... possono, se del caso, subordinare l'accesso a condizioni di impiego particolare a un periodo di anzianità, a una durata del lavoro o a condizioni salariali. I criteri di accesso dei lavoratori a tempo parziale a condizioni di impiego particolari dovrebbero essere riesaminati periodicamente tenendo conto del principio di non-discriminazione». Ed è in attuazione di questa norma comunitaria che l'art. 4 del d.lgs. n. 61/2000, 2° c., esplicita e precisa analiticamente il divieto di discriminazione ai danni dei lavoratori a tempo parziale (lettera *a*) e la regola della proporzionalità dei trattamenti retributivi (lettera *b*), facendo salva la possibilità che i contratti collettivi prevedano «che la corresponsione ai lavoratori a tempo parziale di emolumenti retributivi, in particolare a carattere variabile, sia effettuata in misura più che proporzionale» (240). La stessa regola della parità di trattamento per i lavoratori a tempo parziale è espressamente ribadita dall'art. 60 del d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151 in riferimento alla durata dei congedi per maternità e ai congedi parentali ivi disciplinati. Per quanto attiene alla retribuzione, il principio della sua proporzionalità rispetto alla quantità del lavoro prestato (§ 240) comporta, in assenza di clausole contrattuali di maggior favore per il lavoratore, la riduzione in proporzione al minore orario non soltanto del minimo tabellare (§ 245) e di ogni altro elemento della retribuzione determinato su base mensile o annuale (241), ivi compresi gli scatti di anzianità (242), ma anche di tutti gli elementi della retribuzione aventi cadenza annuale, come le mensilità aggiuntive e i premi annuali (§ 259). Allo stesso modo deve essere risolta, a mio avviso, la questione dell'indennità di mensa (§ 247): quando la materia non sia regolata diversamente dal contratto, al lavoratore deve essere riconosciuto il diritto all'indennità di mensa in misura intera per i soli giorni in cui egli presta lavoro a tempo pieno e in misura proporzionalmente minore per i giorni in cui egli presta lavoro a orario ridotto (243).

Altrettanto non può dirsi dell'indennità di trasferta, che ha soltanto in parte natura retributiva (§ 247): nel caso — peraltro assai improbabile — in cui la prestazione resti a orario ridotto anche durante la trasferta, dovrà essere riproporzionata soltanto la parte dell'indennità avente carattere retributivo e non quella avente carattere di rimborso forfettario delle spese sostenute dal lavoratore nell'interesse del datore di lavoro durante la missione.

Nessun problema sembra invece porsi per la determinazione del trattamento di fine rapporto, neppure nei casi di riduzione o aumento dell'orario in corso di rapporto: il meccanismo di calcolo previsto dall'art. 2120 c.c. (§ 261) determina infatti automaticamente una riduzione del trattamento stesso strettamente proporzionale all'entità e alla durata delle riduzioni d'orario e di retribuzione concordate dal datore e dal prestatore all'inizio e nel corso del rapporto (non però nel caso della riduzione d'orario con intervento della Cassa integrazione, che, sempre a norma dell'art. 2120, non dà luogo a riduzione corrispondente della retribuzione di riferimento per il calcolo del t.f.r.).

357. Segue. Applicazione della disciplina del periodo di prova, del preavviso di recesso, del periodo di comporto per malattia, della sospensione disciplinare e di altri istituti legati al decorso del tempo. — La regola del riproporzionamento non si applica dove manchi un nesso di stretta corrispettività fra il trattamento dovuto al lavoratore e l'estensione temporale della prestazione lavorativa nell'unità di tempo, come nel caso del periodo di prova, del preavviso di recesso, dell'astensione dal lavoro obbligatoria e facoltativa per maternità o paternità, e del periodo di conservazione del posto al lavoratore malato (244). È questo il motivo per cui l'art. 4, 2° c., lett. a, prevede che qui si applichi la stessa disciplina che si applica ai rapporti a tempo pieno, senza alcun riproporzionamento. Poiché questa regola non consente di realizzare una perfetta parità di trattamento sostanziale fra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale c.d. verticale, la norma affida alla contrattazione collettiva il compito di «modulare la durata del periodo di prova e quella del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia» in riferimento a questo tipo di rapporto; la stessa competenza deve, a mio avviso, considerarsi attribuita alla contrattazione collettiva per il preavviso di recesso. In assenza di una disciplina collettiva specifica, non resta dunque che applicare alla lettera la disciplina generale, interpretando ove possibile l'intendimento del legislatore o la volontà delle parti collettive in modo da ridurre al minimo le incongruenze.

Un problema particolare può sorgere per l'*indennità sostitutiva del preavviso* (§ 512) nel rapporto di *part-time* verticale, quando il termine di preavviso sia stabilito (come quasi sempre accade) in giorni o mesi di calendario e il periodo immediatamente successivo al recesso con effetto immediato cada in un lasso di tempo nel quale la prestazione lavorativa sarebbe stata comunque contrattualmente destinata a rimanere sospesa. L'applicazione rigorosa del secondo comma dell'art. 2118 c.c. (che determina l'entità dell'erogazione nell'«importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso») comporta in questo caso l'azzeramento dell'indennità: soluzione, questa, solo apparentemente iniqua, se si tiene conto del fatto che la parte non recedente non avrebbe goduto di alcun vantaggio pratico nel caso in cui il recesso dell'altra parte fosse stato intimato con effetto differito regolarmente al termine di preavviso dovuto.

Quanto al limite di durata massima della *sospensione disciplinare*, stabilito in dieci giorni dall'art. 7, 4° c., St. lav., secondo l'interpretazione prevalente esso deve intendersi riferito a giorni di calendario e non a giorni lavorativi; ne consegue che la sanzione disciplinare può essere proporzionalmente assai più gravosa, per il lavoratore a tempo parziale, nel caso del *part-time* verticale su base mensile o annuale, comportando la perdita massima di nove giornate lavorative piene, rispetto al caso del *part-time* su base giornaliera o settimanale.

Alcuni contratti collettivi prevedono che il lavoratore acquisti il diritto alla *promozione automatica* alla categoria professionale superiore dopo un determinato periodo di lavoro con inquadramento nella categoria inferiore. L'interpretazione di questa clausola in riferimento al caso del lavoro a tempo parziale comporta un difficile accertamento della volontà contrattuale delle parti stipulanti: se può ritenersi che queste abbiano inteso subordinare la promozione all'acquisizione da parte del lavoratore di una specifica capacità professionale attraverso l'esercizio effettivo delle mansioni, pare indubbio che il termine previsto dal contratto debba essere aumentato in proporzione alla riduzione dell'orario; se invece può ritenersi che le parti stipulanti abbiano inteso collegare la promozione alla pura e semplice maturazione dell'anzianità di servizio in azienda, la soluzione deve essere quella opposta.

Identico discorso può essere svolto in riferimento alle clausole contrattuali che collegano al decorso di un determinato periodo di lavoro in azienda l'acquisizione di altri diritti da parte del lavoratore, quali il diritto ad aumenti periodici di retribuzione, ad aumenti del periodo di conservazione del posto per malattia, ad aumenti del periodo di preavviso, ecc.; nella grande maggioranza di questi casi, comunque, la clausola deve essere interpretata nel senso del riferimento alla pura e semplice maturazione dell'anzianità di servizio, e non al numero di ore o di giorni effettivamente spesi nell'esercizio delle mansioni.

358. Il tempo parziale nell'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. — L'art. 10 del d.lgs. n. 61/2000 estende la disciplina generale del *part time* all'impiego alle dipendenze di enti pubblici, con la sola esclusione di alcune norme in materia di trasformazione automatica del rapporto come sanzione per la violazione di oneri formali o procedurali. Resta inoltre fermo quanto previsto dalle disposizioni speciali in materia di riduzione dell'orario in corso di rapporto (oggi fortemente favorita dall'ordinamento, in funzione di riduzione della spesa pubblica) (245). Sono inoltre escluse dal lavoro a tempo parziale alcune categorie, tra le quali in particolare il personale militare, le forze di polizia, i

vigili del fuoco, i dirigenti sanitari e i responsabili di uffici pubblici.

Sulla legittimità costituzionale della cumulabilità fra *part time* alle pubbliche dipendenze ed esercizio di attività libero-professionale si è ultimamente pronunciata la Corte costituzionale (246).

359. *La contitolarità solidale dell'obbligazione di lavoro in capo a più lavoratori o job sharing.* — Dalla fine degli anni '60 negli Stati Uniti d'America è venuta diffondendosi, ancorché in misura assai ridotta rispetto alla contemporanea diffusione del *part-time*, una nuova forma di organizzazione del rapporto di lavoro, consistente nell'assunzione in solido da parte di una pluralità di soggetti (solitamente due) di un'unica obbligazione di lavoro subordinato, corrispondente a un posto di lavoro a tempo pieno, con piena libertà per i soggetti medesimi di distribuirsi tra loro a piacimento l'orario (247). In Europa, per quel che mi consta, il *job sharing* ha preso piede fin dagli anni '70 in Gran Bretagna, dove ha avuto una notevole diffusione (248), ma è stato riconosciuto e disciplinato legislativamente per la prima volta in Germania nel 1985 (249).

È subito evidente la differenza tra questa nuova figura e il c.d. *job splitting*, che consiste nella pura e semplice suddivisione di un posto di lavoro a tempo pieno in due posti di lavoro a tempo parziale: in quest'ultimo caso la suddivisione del posto dà luogo a due obbligazioni lavorative ben distinte e i due relativi rapporti si svolgono in modo totalmente indipendente l'uno dall'altro; nel caso del *job sharing*, invece, entrambi i lavoratori rispondono di un'unica obbligazione avente per oggetto un'attività lavorativa che può essere svolta alternativamente dall'uno o dall'altro, potendo essi ripartirsi tra loro a piacimento, anche secondo modalità di volta in volta differenti, la quantità di lavoro e i rispettivi orari.

Il *job sharing* deve pure essere tenuto ben distinto dalla vecchia figura del «cottimo a squadra», o «cottimo collettivo», che è una forma di interposizione nelle prestazioni di manodopera, vietata dall'art. 2127 c.c. e dalla l. 23 ottobre 1960 n. 1369 (§ 119). Qualche analogia con il *job sharing* presenta invece la figura del *contrat de commandite*, diffuso in passato in Francia, in forza del quale un gruppo di lavoratori sindacalmente organizzati si impegna a fornire una certa quantità di lavoro entro un certo lasso di tempo, restando i lavoratori stessi liberi di distribuirsi tra loro di comune accordo l'attività da svolgere (ma la dottrina francese è discorde sulla legittimità di questo contratto).

Nel nostro ordinamento il *j. s.* è a tutt'oggi ignorato dalla legge: è in discussione in Parlamento un disegno di legge contenente poco più che una menzione di questa nuova figura (250); ma non può considerarsi del tutto innominato: nel 1998 una circolare del ministro del lavoro è intervenuta a fornire chiarimenti sulla praticabilità di questo tipo di contratto pur in assenza di una disciplina legislativa specifica (251). Anche prima dell'emanazione di quella circolare, peraltro, il *j. s.* non poteva dirsi del tutto assente nel tessuto economico del Paese: fino agli anni '70 nel settore del portierato il contratto collettivo prevedeva l'assunzione, da parte del proprietario dell'immobile, di un «sostituto» designato dal portiere titolare, con il compito di sostituire quest'ultimo nei periodi di sua assenza dal servizio (252): titolare e sostituto — generalmente moglie e marito, o viceversa — erano corresponsabili in solido dell'adempimento dell'obbligazione lavorativa, configurandosi così un rapporto trilaterale del tutto simile al moderno *job sharing* (253). Formalmente e sostanzialmente diversa è invece la figura del sostituto del portiere prevista dai contratti collettivi più recenti, nei quali l'obbligazione lavorativa di questo soggetto si configura come obbligazione nettamente distinta da quella del portiere titolare, nonostante che l'estensione e la collocazione temporale dell'attività lavorativa del primo siano individuate in stretta relazione con le sospensioni della prestazione del secondo.

Presenta i caratteri propri del *j. s.* anche il rapporto che si instaura nelle scuole materne e asili nido privati, quando un gruppo di bambini viene affidato a una coppia di insegnanti o puericultrici, libere di ripartirsi tra loro l'orario di lavoro secondo i criteri che preferiscono, ma impegnate a sostituirsi a vicenda nel caso di impedimento di una delle due. Lo stesso può dirsi del rapporto che si instaura fra il titolare di un pubblico esercizio o punto di vendita (bar, distributore di carburante, edicola per la vendita di giornali, ecc.) e una coppia di gestori, non necessariamente subordinati, che si obbligano in solido ad assicurare l'apertura dell'esercizio, la relativa manutenzione e il servizio al pubblico.

Sono comunque assai più numerosi i posti di lavoro che si presterebbero a essere coperti solidalmente da una coppia di lavoratori; e che probabilmente lo sarebbero, se un intervento legislativo offrisse un quadro normativo semplice e chiaro e l'informazione in proposito venisse sufficientemente diffusa. I vantaggi peculiari che questa forma di organizzazione del lavoro offre a tutti i soggetti del contratto sono assai rilevanti: per ciascuno dei prestatori la possibilità di astenersi dal lavoro in qualsiasi momento e per tutto il tempo che gli è necessario, senza necessità di chiedere permessi alla controparte, ma semplicemente accordandosi in proposito con il partner; per il datore di lavoro non soltanto l'azzeramento (o comunque un abbattimento drastico) del rischio di scopertura del posto per malattia o altro impedimento del dipendente, ma anche la possibilità di accordarsi con i *job sharers* per un raddoppio della prestazione, realizzato mediante la loro compresenza in azienda, nei periodi di punta o nei casi di emergenza, senza necessità di assunzioni a termine o del ricorso alle agenzie di fornitura di lavoro temporaneo.

360. *La disciplina del job sharing in attesa della riforma.* — La configurabilità nel nostro ordinamento di una obbligazione di lavoro subordinato solidale *ex parte debitoris* non è contraddetta dal carattere essenzialmente personale della prestazione lavorativa (§ 78): non v'è ragione, infatti, di considerare tale carattere incompatibile con la *complessità soggettiva* dell'obbligazione dal lato passivo (254). Il lavoratore resta personalmente e direttamente responsabile dell'adempimento dell'intera obbligazione, anche se un'identica responsabilità grava sul suo partner e se l'obbligazione stessa può estinguersi per effetto dell'adempimento da parte di quest'ultimo, come è nella natura delle obbligazioni solidali *ex parte debitoris*. Per altro verso, essendo l'obbligazione di lavoro subordinato un'obbligazione illimitatamente divisibile *ratione temporis* (§ 86), nessun ostacolo logico impedisce di ammettere che essa possa essere adempiuta da un lavoratore per una parte e per l'altra dall'altro condebitore solidale.

Non può considerarsi di ostacolo alla configurabilità di un'obbligazione solidale di lavoro subordinato il principio di infungibilità della prestazione personale: tale principio è infatti posto esclusivamente nell'interesse del datore di lavoro, il quale ben può validamente rinunciarvi, come accade appunto nel contratto di *job sharing* (255). Né un ostacolo insormontabile è costituito dalla disciplina attuale delle assicurazioni obbligatorie: se è vero che questa certamente non ammette la configurabilità di un gemellaggio previdenziale tra due o più lavoratori, deve però convenirsi che a un'unica obbligazione solidale di lavoro ben possono corrispondere due distinte obbligazioni retributive, con le rispettive obbligazioni contributive, facenti capo separatamente ciascuna a uno dei due lavoratori. Nulla vieta, d'altra parte, che il contenuto di ciascuna di tali obbligazioni retributive sia determinato in misura forfettaria mensile, in proporzione alla parte dell'attività lavorativa che ognuno dei due partner prevede di svolgere, nonostante che la libertà di distribuzione e variazione dell'orario tra di loro possa determinare aumenti o riduzioni della quantità di lavoro effettivamente svolta dal singolo, rispetto alle previsioni iniziali; oppure *ex post*, a consuntivo, secondo l'opzione indicata nella Circolare ministeriale del 1998 (256).

Se una anomalia del *job sharing* può ravvisarsi, rispetto alle categorie tradizionali del nostro diritto del lavoro, essa consiste a ben vedere nella non corrispondenza tra la prestazione lavorativa effettivamente svolta dal singolo lavoratore e la retribuzione, quando quest'ultima sia determinata forfettariamente in riferimento alle previsioni iniziali circa la distribuzione dell'orario tra i due partner. Se, in attesa della riforma, tale anomalia dovesse considerarsi inammissibile nel nostro ordinamento attuale, l'unica forma legittima di *j. s.* sarebbe quella in cui la retribuzione venisse determinata a fine mese o a fine anno in stretta correlazione con la quantità di lavoro effettivamente svolto da ciascuno dei lavoratori coobbligati (257). Ma può — e deve, a mio avviso — pervenirsi a una conclusione diversa, se si considera meritevole di tutela, a norma dell'art. 1322 c.c., il particolare assetto dei rispettivi interessi perseguito dalle parti con il contratto di *j. s.*, imperniato su di uno stretto rapporto fiduciario tra i due (o più) lavoratori coobbligati: a questo rapporto fiduciario è appunto affidata la funzione di ristabilire quella corrispondenza tra retribuzione e quantità dell'attività lavorativa prestata da ciascun partner, che nel concreto svolgimento del rapporto sia in ipotesi venuta meno. Questa opzione può, certo, agevolare qualche simulazione fraudolenta; ma accade troppo sovente che le innovazioni utili, nel nostro ordinamento del lavoro, vengano paralizzate per paura degli abusi.

361. *Segue. Applicabilità al job sharing della disciplina del lavoro a tempo parziale.* — Che si aderisca alla soluzione testé prospettata, o si preferisca quella più « prudente » indicata nella Circolare ministeriale del 1998, le obbligazioni retributive e contributive gravanti sul datore di lavoro sono in ogni caso del tutto identiche a quelle che su di lui graverebbero in relazione a due rapporti di lavoro a tempo parziale. Analogamente a quanto accade per il *part-time*, è necessario che il contratto sia stipulato in forma scritta e che contenga l'indicazione del programma di ripartizione del tempo di lavoro tra i lavoratori coobbligati, sia per ciò che riguarda la quantità, sia per quanto riguarda la distribuzione nell'arco della giornata, della settimana, del mese o dell'anno, ferma restando la possibilità di variazione di tale ripartizione di volta in volta, a discrezione degli stessi coobbligati (258). La retribuzione può strutturarsi come corrispettivo mensile ridotto, oppure come corrispettivo pieno per i soli mesi durante i quali il lavoratore presta la propria opera, nel caso in cui la divisione del lavoro con il partner sia impostata su base annuale. Va detto infine che la struttura del rapporto non è minimamente incompatibile con forme di retribuzione a incentivo, ben potendo l'elemento retributivo variabile essere commisurato al rendimento complessivo della coppia di lavoratori, ed essere poi corrisposto a ciascuno di essi nella proporzione preventivamente concordata.

Anche per quel che riguarda l'applicazione della disciplina generale dell'estensione e della collocazione temporale della prestazione lavorativa, valgono per il lavoro in coppia le stesse considerazioni già svolte in riferimento al lavoro a tempo parziale (§ 356). Va sottolineato, in particolare, a questo proposito, che i vincoli posti dall'art. 3 del d.lgs. n. 61/2000 in materia di lavoro supplementare e di clausole elastiche (§§ 354 e 355) non sono di ostacolo alla reciproca sostituzione dei lavoratori «gemellati» e alla conseguente marcata elasticità dell'estensione temporale della prestazione svolta da ciascuno di essi, poiché tale elasticità è posta nell'interesse del lavoratore ed è da lui stesso governata, così venendo meno un elemento essenziale sia del lavoro supplementare, sia del lavoro straordinario (§ 328), sia delle clausole elastiche (259).

Assume invece il carattere del lavoro straordinario o del lavoro supplementare (a seconda che l'orario di lavoro effettivamente svolto dal singolo sia o no superiore all'orario normale previsto dal contratto collettivo) la prestazione eventualmente richiesta dal datore di lavoro, a uno o entrambi i lavoratori, in eccedenza rispetto al limite complessivo di

orario originariamente concordato. E lo stesso deve dirsi in riferimento al caso in cui, ammalatosi o colpito da altro impedimento uno dei due *job sharers*, l'altro debba sobbarcarsi, per sostituirlo, del lavoro aggiuntivo rispetto alla distribuzione originariamente concordata: il rischio economico della malattia, nei limiti del comparto, deve infatti restare a carico del datore di lavoro (260).

362. Segue. Problemi relativi alla responsabilità disciplinare dei lavoratori coobbligati e alla risoluzione del contratto. — L'unicità dell'obbligazione lavorativa e la solidarietà passiva dei due lavoratori gemellati non impediscono che di determinati comportamenti contrari ai doveri del lavoratore subordinato risponda sul piano disciplinare soltanto quello dei partner che se ne sia reso colpevole, data l'ovvia distinzione tra responsabilità disciplinare e responsabilità risarcitoria (sulla quale torneremo a suo luogo: § 477): così, ad esempio, l'atto di insubordinazione o di negligenza commesso da uno dei due durante il proprio turno di lavoro può dar luogo soltanto a un provvedimento disciplinare a suo carico. Tutte le mancanze consistenti nella omessa prestazione a tempo debito (ritardi o assenze ingiustificate) sono invece imputabili a entrambi i lavoratori: in tal caso il provvedimento disciplinare deve essere adottato nei confronti di ciascuno dei due (261).

Nel caso in cui, in virtù della distinzione testè proposta, venga adottato nei confronti di uno solo dei lavoratori coobbligati il provvedimento del licenziamento disciplinare, deve ritenersi che l'altro resti obbligato per l'intera prestazione, a questo punto con diritto alla retribuzione piena (sopportando in questo modo la conseguenza della mancanza commessa dal partner). Lo stesso effetto si produce nel caso in cui il rapporto con uno dei due venga a cessazione a causa della sua morte o di un suo impedimento totale e definitivo, o in conseguenza delle sue dimissioni. In quest'ultimo caso non è logicamente necessario il preavviso, quando l'altro partner assicuri la prosecuzione della prestazione a tempo pieno almeno fino al termine del preavviso previsto dal contratto.

Dalla peculiare struttura del rapporto in esame deriva invece, a mio modo di vedere, che il licenziamento non disciplinare, per giustificato motivo oggettivo (§ 516), può essere intimato dal datore di lavoro soltanto ai due partner contemporaneamente, poiché non sembra ammissibile che al datore di lavoro sia consentito in tal caso di trasformare unilateralmente l'oggetto dell'obbligazione di uno dei due lavoratori in una prestazione normale, sia essa a tempo pieno o a tempo parziale, priva dell'elasticità e flessibilità che costituiva carattere essenziale dell'obbligo contrattuale originariamente da lui assunto (262).

(1) Il d.l. 8 febbraio 1946 n. 50, art. 8, ha disposto l'applicazione della disciplina dell'orario contenuta nel r.d.l. n. 1768 del 1937 — con il limite delle 40 ore settimanali (§ 305) — per gli operai e gli impiegati dell'«industria dell'Alta Italia» fino al 30 aprile 1946. Dal 1° maggio dello stesso anno è poi tornata ad applicarsi per la generalità dei rapporti di lavoro in tutta Italia la disciplina contenuta nel decreto del 1923, in applicazione della legge n. 1109/1940.

(2) In quell'occasione la Commissione lavoro della Camera dei Deputati rivolge al ministro del lavoro Vigorelli, che esplicitamente lo accetta, un ordine del giorno nel quale lo si invita a «predisporre la completa revisione» del decreto del 1923 e dei relativi regolamenti. Ma l'impegno assunto dal Governo è destinato a non essere mai onorato.

(3) D.d.l. n. 548/S della sesta legislatura, presentato al Senato il 7 novembre 1972.

(4) D.d.l. n. 528/S, presentato al Senato il 10 febbraio 1977.

(5) Firmatari Pucci e Camba, 6 febbraio 1970 n. 2314/C; Bianco e altri, 26 maggio 1971 n. 3416/C.

(6) Firmatari Roberti, Almirante e altri, 27 luglio 1972 n. 564/C; il progetto di legge è composto di ben 43 articoli.

(7) Cfr. in proposito *Il Seminario internazionale di Goutelas sul tempo di lavoro*, RIDL, 1985, III, pp. 107-130; inoltre gli atti del convegno dell'Aidlass sul tempo di lavoro svoltosi a Genova nell'1986, cit. nella nota 33, e ivi particolarmente la relazione di R. De Luca Tamajo.

(8) C. Giust. 9 marzo 2000, nella causa n. 386/98, *Commissione c. Repubblica italiana*, RIDL, 2000, II, p. 413.

(9) Per qualche indicazione circa la letteratura economica in argomento v. nota 17.

(10) *Avviso comune*, sottoscritto da Confindustria e Cgil, Cisl e Uil il 12 novembre 1997, che prevede come «orario normale» le 40 ore settimanali, con possibilità per la contrattazione collettiva di ridurlo e di prevedere il suo riferimento a una media plurisettimanale, su periodi che possono estendersi fino a un massimo di 12 mesi (c.d. «annualizzazione» dell'orario); il lavoro straordinario non può eccedere le 250 ore annuali e le 80 trimestrali. Si prevede inoltre, in aderenza a quanto disposto dalla direttiva, un riposo minimo giornaliero di 11 ore, un riposo settimanale minimo di 24 ore, non sovrapponibile con quello giornaliero, e 4 settimane di ferie annuali.

(11) Sul contenuto dell'accordo sindacale del dicembre 1997 e sulla «fuga in avanti» dell'Italia dagli obblighi comunitari motivata con l'obiettivo delle «35 ore» rinvio al mio scritto *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea. Direttiva comunitaria e tendenze degli orientamenti nazionali*, RIDL, 1998, I, partic. pp. 164-177.

(12) La delega è estesa anche al recepimento delle nuove direttive 21 giugno 1999 relativa alla gente del mare e 27 novembre 2000 relativa al personale di volo dell'aviazione civile, con vincolo di aderenza ai criteri di attuazione di cui all'«avviso comune» sottoscritto dalle parti sociali il 12 novembre 1997 (sul quale v. nota 10), nonché di «riconoscimento degli effetti dei contratti collettivi vigenti alla data di entrata in vigore del provvedimento di attuazione della direttiva» (secondo comma), con facoltà di «apportare modifiche e integrazioni al decreto legislativo 26 novembre 1999 n. 532, in materia di lavoro notturno, e al decreto-legge 29 settembre 1998 n. 335, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 novembre 1998 n. 409, in materia di lavoro straordinario» (terzo comma). Per un commento «a caldo» in proposito v. F. Basenghi, *La delega per l'attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro*, GLav, 2002, n. 14, p. 14.

(13) V. in proposito il commento di V. Ferrante, in *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, NLCC, 2001, pp. 1319-1330.

(14) V. in proposito il commento di P. Sabbioni, in *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, cit. nella nota prec., pp. 1371-1383.

(15) Ue Commission Directorate General for Economic and Financial Affairs, *Performance of the European Union Labour Market. Results of an ad hoc labour market survey ecc.*, in *European Economy*, 1995, n. 3, p. 17, dove si apprende che dei lavoratori a tempo pieno circa metà (47%), preferirebbe lavorare meno di quanto attualmente lavora, anche a costo di guadagnare corrispondentemente di meno; in generale sono le donne a manifestare la preferenza più marcata per una riduzione della settimana lavorativa: l'orario ideale sarebbe inferiore a quello effettivamente praticato per il 65% di esse, a fronte di una — pur sempre considerevole — percentuale di uomini (35%) che manifestano la stessa aspirazione. Dati analoghi

erano riportati in Comm. Eur., *Eurobarome`tre*, dicembre 1993, n. 40, p. 75. Dalla tabella analitica n. 54 ivi riportata in appendice si trae un sostanziale allineamento del dato italiano circa le preferenze dei lavoratori, rispetto alla media comunitaria.

(16) M. Rocard, *Les moyens d'en sortir*, Paris, Seuil, 1996, e, piu' sinteticamente, M. Rocard, *Progetto di relazione sulla riduzione dell'orario di lavoro*, Parlamento europeo, Commissione per gli affari sociali e l'occupazione, 25 gennaio 1996 (cui corrisponde la *Relazione* poi approvata dalla Commissione, con la annessa proposta di *Risoluzione*, il 18 giugno 1996).

(17) Per i riferimenti essenziali alla letteratura economica sul punto rinvio al mio *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, note al cap. IV, cui *adde* il numero monografico di *EL*, 2000, n. 2, nel quale si segnalano particolarmente, per l'aspetto che qui interessa, gli scritti di P. Piacentini e R. Schiattarella, *La riduzione dell'orario di lavoro: effetti e implicazioni*; N. Cacace, *35 ore: la crociata della Confindustria contro il passato e il futuro*; V. Valli, *L'orario di lavoro e l'occupazione: alcune riflessioni*; A. Bilous, *Creazione di posti di lavoro attraverso la riduzione delle ore lavorative?* (18) V. nota 15.

(19) *Parere* in materia di riduzione e riorganizzazione degli orari di lavoro espresso il 25 ottobre 1995 dal Comitato economico-sociale dell'Unione Europea (su cui v. anche B. Voltattorni, *Riduzione e riorganizzazione dell'orario di lavoro: politiche dell'Unione europea e italiane*, DPL, 1997, pp. 452-460), dove si osserva come «le richieste volontarie di riduzione dell'orario di lavoro da parte dei lavoratori potrebbero compensare una grande parte della domanda di lavoro da parte dei disoccupati» (§ 3.1); il documento si conclude con la raccomandazione di «una gamma piu' flessibile di modelli organizzativi del lavoro nonche' un maggiore controllo individuale del numero di ore lavorate» (§ 4.3.2) e di un «incoraggiamento del dialogo sociale e dei contratti collettivi, ai livelli appropriati, sulla riduzione e organizzazione dell'orario di lavoro» (§ 5.12). (20) Ivi, § 4.1.1.

(21) Il dato piu' impressionante, a questo proposito, e' quello risultante dall'esperienza francese dei primi anni '80, in seguito alla riduzione generalizzata per legge degli orari di lavoro da quaranta a trentanove ore: a fronte di una riduzione pari al 2,5% della durata settimanale del lavoro, con compensazione retributiva corrispondente mediamente al 30% della minor durata del lavoro, nel corso del 1982 si e' registrato un aumento della produttivita' del lavoro nell'unita' di tempo pari al 4,4%, contro l'1,0% dell'anno precedente; il numero complessivo dei posti di lavoro creati o mantenuti — si tratta soprattutto di licenziamenti evitati — per effetto della riduzione d'orario veniva invece stimato dal Governo in 68.000 unita', pari circa allo 0,3% della forza-lavoro (Commissariat Ge'ne'ral du Plan, *Ame'nagement et re'duction du temps de travail*, Paris, 1985, particolarmente pp. 277-281).

(22) V. in proposito F. Basenghi, *La riduzione e la modulazione degli orari di lavoro, ne Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione. Commento alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, a cura di L. Galantino, Milano, 1997, pp. 348-352.

(23) D. intermin. 12 aprile 2000.

(24) La direttiva n. 34/2000 ha introdotto, in particolare, una disciplina speciale del tempo di lavoro per il «lavoratore mobile», intendendosi per tale «qualsiasi lavoratore impiegato quale membro del personale viaggiante o di volo presso un'impresa che effettua servizi di trasporto passeggeri o merci su strada, per via aerea o per via navigabile».

(25) V. in proposito il mio *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea. Direttiva comunitaria e tendenze degli ordinamenti nazionali*, cit. nella nota 11, pp. 153-179 (ivi i riferimenti alla letteratura italiana e straniera in argomento); P. Pelissero, *La problematica dell'orario di lavoro a livello comunitario*, RGL, 2000, I, pp. 961-980. Il 24 giugno 2002 la Commissione Europea ha presentato al Parlamento una proposta di direttiva-testo unico delle norme comunitarie in materia di tempo di lavoro, n. 131/2002, che non modifica il contenuto sostanziale di quelle gia' emanate.

(26) A norma della direttiva, l'«orario normale» e' stabilito in 8 ore al giorno ripartite in sei giorni (4^a clausola dell'accordo recepito), mentre la clausola successiva fissa l'orario massimo in 14 ore nell'arco di una giornata e 72 ore nell'arco di 7 giorni; il riposo minimo deve essere di 10 ore in ogni periodo di 24 e 77 ore in ogni periodo di 7 giorni. Le ferie annuali non possono essere inferiori a due settimane (16^a clausola). La direttiva 13 dicembre 1999 n. 95 e' poi intervenuta a disciplinare i controlli sul rispetto dei suddetti limiti di orario, oltre che delle misure di sicurezza sulle navi.

(27) V. in proposito G. Bosch, S. Lehdorff, *Annual Working Hours in the United Kingdom*, Gene've, 1995; P. Blyton, *The development of annual Working Hours in the United Kingdom*, Gene've, 1995; G. Aznar, J.Y. Boulin, *L'e'volution du temps de travail en Europe*, Gene've, 1996.

(28) Ravvisa in questa disposizione un riconoscimento importante del ruolo dell'autonomia privata da parte della direttiva A. Supiot, *On-the-Job Time: Time for Agreement*, CLLIR, 1996, pp. 195-211.

(29) La deroga richiede il consenso del lavoratore interessato, non essendo sufficiente quello dell'organizzazione sindacale: v. sul punto C. Giust. 3 ottobre 2000 nella causa n. 303/98, *Sindacato de Me'dicos de Asistencia Pu'blica c. Conselleria de Sanidad*, D&L, 2001, p. 355, con nota di A. Guariso, *Definizione di «tempo di lavoro» e consenso del dipendente alla prestazione di lavoro straordinario: due importanti precisazioni della Corte CE*. Per la nostra dottrina v. sul punto A. Allamprese, *Riduzione e flessibilita' dell'orario di lavoro*, DLRI, 2001, pp. 107-109, il quale si fa interprete, in riferimento a questa disposizione della direttiva, della diffidenza tradizionale della nostra cultura giuslavoristica nei confronti dell'autonomia individuale: «L'esperienza potra' dimostrare l'illusorieta' della facolta' di rifiuto attribuita al dipendente» (p. 107).

(30) In numerosi contratti collettivi tedeschi della tornata del 1984 era stata introdotta una clausola che consentiva l'applicazione del limite di orario al livello aziendale come riferito all'orario medio di piu' lavoratori, con la conseguente possibilita' che alcuni lavorassero oltre tale limite. Dal 1990, invece, il limite di orario e' derogabile mediante pattuizione individuale, per una quota non superiore, a seconda dei casi, al 13% o al 18% degli occupati nell'impresa (v. in proposito U. Zachert, *L'orario di lavoro nella Repubblica Federale Tedesca*, QDLRI, 1995, n. 17, pp. 303-312; per una visione d'insieme dell'ordinamento tedesco in materia di orario di lavoro, con particolare riferimento alla sua flessibilita', v. H. T. Danne, *Inquadramento giuridico della flessibilizzazione dell'orario di lavoro*, DL, 1997, I, pp. 253-274).

(31) Una tecnica di tutela di questo genere e' in corso di sperimentazione su larga scala nell'ordinamento giuslavoristico australiano, in attuazione di una legge del 1996: v. in proposito A. Coulthard, *The Individualisation of Australian Labour Law*, CLLIR, 1997, pp. 95-112.

(32) Sul punto v. F. Mancini in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, sub art. 4, pp. 247-259.

(33) V. in proposito R. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, relazione al convegno dell'Aidlass di Genova dell'aprile 1986, ne *Il tempo di lavoro*, Milano, 1987, pp. 22-24. La diffidenza della cultura giuslavoristica tradizionale nei confronti dell'autonomia individuale nella determinazione del tempo di lavoro e' espressa invece, in quello stesso convegno, dalla — pur pregevole — relazione introduttiva di P.G. Alleva, *Il tempo di lavoro (l'azione sindacale)*, nella quale si legge che e' «illusorio e, forse, ideologico pensare ad uno spontaneo e soddisfacente incontro, a livello individuale, delle due esigenze di flessibilita', del datore e del lavoratore», dovendosi invece riconoscere l'«esistenza di un conflitto di cui il sindacato deve assumersi l'onere» (p. 71); «cio' non vuol dire ... che esigenze individuali di flessibilita' non abbiano diritto di cittadinanza nella contrattazione sindacale degli orari, ma sarebbe mistificante, oltre che illusorio, pensare che esse possano trovare qui piena realizzazione, ed immaginare assetti produttivi e organizzativi finalizzati alla creazione di una sorta di «supermarket» dei tempi di lavoro dove ognuno possa fare la spesa che gli necessita e gli conviene» (p. 74).

(34) Sulla distinzione tra parte normativa e parte obbligatoria del contratto collettivo v. § 63.

(35) La dottrina si e' orientata prevalentemente in questo senso gia' in sede di commento della norma sul lavoro a tempo parziale del 1984: v. tra i primi soprattutto M. D'Antona, *Le misure alternative alla Cassa integrazione guadagni*, QL80, n. 4, 1985: «Sanzioni negoziali non se ne possono ragionevolmente applicare. Non l'invalidita' del contratto part-time eccedente o difforme, per l'evidente priorita' dell'interesse del lavoratore a conservare l'occupazione parziale; ne' la conversione in full-time, che la legge non prevede e che sarebbe in intima contraddizione con la volontarieta' del part-time e con la presumibile esistenza di un interesse se non di una necessita' del lavoratore di lavorare a tempo parziale» (p. 52); E. D'Avossa (P. Dui, P.A. Varesi), *Contratti di solidarieta', formazione e part-time*, Milano, 1985, p. 114; A. Rossi, *Ruolo della contrattazione collettiva e spazi dell'autonomia individuale*, GeC, 1986, pp. 23-31, il quale esclude «che il criterio di risoluzione di eventuali conflitti tra istituzioni collettive di diverso livello relative all'assetto generale del part-time ... sia da ricercare in una meccanica trasposizione, in questa materia, del principio del favor o di una astratta gerarchia delle fonti»; A. Maresca, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, RGL, 1987, I, p. 54. In senso parzialmente contrario v. pero' S. Scarponi, *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Milano, 1988, pp. 148-149.

(36) Cfr. Cass. 7 luglio 1999 n. 9134, cit. nella nota 231.

(37) Cfr. in proposito Cass. 23 novembre 1988 n. 6302, mass.: «La possibilità di modifica dell'articolazione dell'orario di lavoro, riservata a contratti collettivi aziendali per previsione del contratto collettivo nazionale ..., è legittimamente attuata anche da accordi fra il datore di lavoro e singoli lavoratori, ove tali intese, raggiunte nell'esercizio dell'autonomia contrattuale individuale ... siano ... stipulate nell'esclusivo interesse dei dipendenti e per soddisfare esigenze dei medesimi». V. anche P. Milano 20 maggio 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 816, con nota di L. Failla, *Per la variazione dell'orario di lavoro non basta l'accordo aziendale*, dove è stato ritenuto legittimo il rifiuto da parte del lavoratore della modifica dell'orario di lavoro contrattata in sede collettiva aziendale, che avrebbe comportato per lui l'inizio della prestazione alle sei del mattino, essendo egli privo di patente e residente in luogo molto distante dall'azienda. Sul punto in dottrina v. M. Buoncristiano, *Il tempo della prestazione ecc.*, in *Tratt. dir. priv.* dir. da P. Rescigno, vol. 15, I, Torino, 1986, p. 529.

(38) Sull'impossibilità di dedurre dal principio di proporzionalità di cui all'art. 36 Cost. una limitazione dell'autonomia individuale in questa materia v. § 240.

(39) In questo senso G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pp. 266-272; G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1984¹, p. 188 (opinione confermata nelle edizioni successive); G. Pera, *I contratti di solidarietà*, *DLRI*, 1984, p. 699; G. Alleva, *Il tempo di lavoro*, cit. nella nota 33, pp. 84-85.

(40) In questo senso soprattutto T. Treu, *La disciplina legale dei contratti di solidarietà: riflessioni generali*, *DL*, 1985, I, pp. 20-22. In giurisprudenza v. P. Napoli 18 ottobre 1979, *RGL*, 1980, II, p. 150, con un ampio commento di B. Caruso, *Accordi aziendali e lavoratori dissenzienti: il sindacato tra crisi aziendali e crisi della rappresentanza*.

(41) V. in questo senso T. Roma 31 gennaio 2000, *D&L*, 2000, p. 761: «È illegittima la riduzione dell'orario di lavoro disposta [dal datore di lavoro] in esecuzione di un accordo aziendale (cui non possa riconoscersi la natura di contratto di solidarietà), in difetto dei previsti requisiti di forma e di sostanza) ove manchi l'accettazione dei singoli lavoratori interessati». Sostanzialmente nello stesso senso T. Roma 15 novembre 1999, *OGL*, 2002, p. 231, con nota di E. Menegatti, *L'efficacia soggettiva degli accordi aziendali di riduzione dell'orario di lavoro*, in riferimento a un caso di riduzione dell'orario settimanale di ben 17 ore.

(42) In senso contrario, ma a mio avviso sulla base di un difetto di distinzione tra la nozione dimensionale e quella ordinale del tempo della prestazione, L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, 1946, p. 829; inoltre V. Cassi, *La durata della prestazione di lavoro*, vol. I, Milano, 1956, p. 3. Nei rapporti di durata a carattere continuativo — come è il rapporto di lavoro subordinato — ha senso parlare soltanto di *termine risolutivo*, non di *termine di adempimento*: v. infatti E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1953, p. 350, nonché la trattazione monografica di E. Saracini, *Il termine e le sue funzioni*, Milano, 1979, partic. pp. 1-124.

(43) Cfr. P. Pistoia 7 maggio 1985, *DL*, 1986, II, p. 99. Sul rigore e i criteri con cui deve essere accertato il comportamento concludente del lavoratore in questa materia v. Cass. 8 luglio 1977 n. 2835, *DL*, 1978, II, p. 222; v. inoltre C. Smuraglia, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, partic. pp. 78-84.

(44) Sui tipi legali di lavoro dipendente diversi da quello maggiore, definito dall'art. 2094, v. §§ 98-113.

(45) Cfr. in proposito il paragrafo precedente e ivi nota 42.

(46) Considera anche «ovvia» derivazione del potere direttivo il potere del datore di determinare l'orario giornaliero della prestazione L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. II, Milano, 1949, pp. 403 e 408-409. Nello stesso senso, ma con maggior cautela, L. Delitala, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1949⁴, pp. 349-351, dove l'A. precisa che «il potere discrezionale del datore di lavoro di mutare l'orario di lavoro cessa quando quella facoltà si muti in arbitrio, quando particolari condizioni del rapporto addimostrino che quel mutamento sia anti giuridico»; e individua poi un limite a tale potere imprenditoriale in «quelli che sono gli usi commerciali in una determinata piazza»; ivi anche alcuni riferimenti alla giurisprudenza del periodo corporativo sulla questione. Per la giurisprudenza, da sempre prevalentemente orientata in senso affermativo circa la sussistenza dello *ius variandi* dell'imprenditore in questa materia, v. la nota 48. In senso contrario v., alle origini, D.R. Peretti Griva, *Il rapporto di impiego privato*, Milano, 1935⁵, pp. 207 e 211; in epoca più recente G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 39 (1995³), p. 206.

(47) Per una più ampia argomentazione a sostegno di questa tesi, fondata anche su due disposizioni contenute nel r.d. 10 settembre 1923 n. 1955 (regolamento di attuazione del r.d.l. n. 692/1923), ma precedente all'emanazione della norma sul lavoro a tempo parziale del 1984, rinvio al mio *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, Milano, 1984, pp. 143-147. Per la giurisprudenza (minoritaria) in questo senso v. T. Milano 18 giugno 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 456, con nota di V.A. Poso, *Guadagna terreno la tesi dell'invariabilità unilaterale della distribuzione dell'orario di lavoro*; P. Parma 1° giugno 1991, *RIDL*, 1992, II, p. 900, con nota di L. Angelini, *Variazione unilaterale della distribuzione dell'orario di lavoro e tutela degli interessi del prestatore*.

(48) V. soprattutto Cass. 21 aprile 1986 n. 2797, *RIDL*, 1986, II, p. 732, con mio commento critico, *Note sul possibile fondamento e i limiti dello ius variandi dell'imprenditore in materia di collocazione temporale della prestazione lavorativa*. Nello stesso senso P. Ceva 15 maggio 1986, ivi; e, in seguito, Cass. 16 aprile 1993 n. 4507, *RIDL*, 1993, II, p. 684, con nota di G. Burragato; T. Roma 13 giugno 2000, *MGL*, 2000, p. 1178, con ampia nota di M. Tatarelli, *La collocazione temporale della prestazione nel rapporto di lavoro a tempo pieno e parziale*.

(49) Cfr. T. Milano 18 giugno 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 456, con nota di V.A. Poso, *Guadagna terreno la tesi dell'invariabilità unilaterale della distribuzione dell'orario di lavoro*, che ha negato la facoltà del datore di lavoro di modificare unilateralmente la collocazione temporale della prestazione di lavoro nell'arco della giornata o della settimana.

(50) Sul collegamento necessario tra implicazione della persona e limiti temporali della prestazione di lavoro v. per tutti C. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, partic. pp. 376-380; in precedenza O. Buccisano, *Le ferie dei lavoratori privati*, *RGL*, 1955, I, pp. 153-154. In proposito v. però U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, pp. 204-209, dove l'A. sostiene l'applicabilità del principio di prevalenza della protezione della persona sull'interesse del creditore alla continuità della prestazione lavorativa nel solo contratto di lavoro, ma non in quello societario, nel quale sarebbe «preclusa ogni rilevanza, per l'interesse pubblico, delle situazioni di bisogno in cui venga eventualmente a trovarsi il socio d'opera a causa di impedimenti che colpiscono la sua persona producendo la diminuzione o la perdita della capacità lavorativa» (p. 209).

(51) Cfr. in proposito già K. Marx nell'ottavo capitolo del *Capitale*, dedicato appunto ai limiti della giornata lavorativa: «che cos'è una giornata lavorativa? In ogni caso è meno di un giorno naturale di vita. Quanto meno? Il capitalista ha la sua opinione su questa *ultima Thule* che è il limite necessario della giornata lavorativa. ... Se l'operaio consuma per se stesso il proprio tempo disponibile, egli deruba il capitalista. ... Ma all'improvviso s'alza la voce dell'operaio: ... l'uso della mia forza lavorativa e il depreamento di essa sono cose del tutto differenti. ... Tu mi paghi la forza-lavoro di un giorno, mentre consumi quella di tre giorni. Questo è contro il nostro contratto e contro la legge dello scambio delle merci. Io esigo quindi una giornata lavorativa di lunghezza normale» (la citazione è tratta dalla trad. di D. Cantimori, Roma, 1964⁵, pp. 267-268).

(52) Cfr. infatti Gaio: «In omnibus operis praecipue observandum est, ut temporis spatia, quae ad curam corporis necessaria sunt, liberto relinquuntur» (*Digesto*, XXXVIII, I, *De op. libert.*, § 22). Può leggersi invece in chiave di impossibilità oggettiva sopravvenuta della prestazione il frammento di Ulpiano (ivi, § 15): «Libertus, qui post indictionem operarum valetudine impeditur, quo minus praestet operas, non tenetur; nec enim potest videri per eum stare, quo minus operas praestet»: è quest'ultima, come vedremo a suo luogo (§ 381), l'impostazione teorica ancor oggi prevalente in materia di sospensione del lavoro per malattia.

(53) Così J. Pothier, *Trattato del contratto di locazione secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, trad. it. Bernardi, vol. I, Milano, 1809, pp. 200-202.

(54) V. in questo senso, M.V. Ballestrero, *Orario di lavoro, Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 622; e, in riferimento alla generalità delle norme del codice civile in cui quell'espressione compare, M. Persiani, *Intervento nella tavola rotonda in RGL*, 1982, I, pp. 554-556: «alla diversità di natura non corrispond[e] affatto una diversità di funzione sociale. Tanto i contratti collettivi corporativi che quelli postcorporativi dettano una disciplina astratta e generale di una serie indeterminata di rapporti individuali di lavoro». Nello stesso senso in giurisprudenza, in riferimento specifico all'art. 2107 c.c.,

Cass. 4 aprile 1984 n. 2183, *RGL*, 1984, II, p. 41 (e particolarmente p. 50 della motivazione).

(55) Su questa nozione v. F. Modugno, *Legge in generale, Enc dir*, XXIII, 1973, partic. pp. 874-883. In riferimento specifico alla materia qui in esame v. R. Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Milano, 1978, p. 87, dove l'A. giunge addirittura — se ben intendo il suo pensiero — a negare che l'art. 36 Cost., c. 2°, possa interpretarsi come fonte di una riserva di legge in materia di orario di lavoro. Nello stesso senso, in precedenza, G. Balzarini, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Padova, 1965, pp. 114-115. Ravvisa invece nella norma in esame una riserva di legge G. D'Eufemia, *L'orario di lavoro e i riposi*, in *Trattato di diritto del lavoro* dir. da U. Borsi e F. Pergolesi, vol. III, *La disciplina organizzativa del lavoro*, Padova, 1959³, p. 204. V. anche T. Treu, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti economici*, t. 1°, Bologna-Roma, 1979, *sub art.* 36, pp. 118-119, dove l'A. osserva come l'istituzione della riserva di legge soltanto in materia di durata massima della giornata lavorativa, e non in materia di riposo settimanale e annuale, sia «il segno di una certa casualità o comunque di scarsa consapevolezza nel valutare i ruoli rispettivi della legge e del contratto collettivo» in materie «che pure rispondono a una logica comune». Sulla questione analoga che si pone in materia di disciplina dello sciopero, in riferimento all'art. 40 Cost., v. § 418 e *ivi partic.* nota 337.

(56) V. in proposito *Il Seminario internazionale di Goutelas sul tempo di lavoro*, cit. nella nota 7, partic. § 3; nonché l'ampia trattazione di M.T. Salimbeni, *Estensione e collocazione temporale del lavoro straordinario nell'ambito di una nuova concezione dell'orario di lavoro*, *DL*, 1988, I, pp. 479-498. In giurisprudenza, Cass. 21 aprile 1993 n. 4676, *mass.*, dove si ammette la possibilità che «il carattere fisso e continuativo della prestazione di lavoro straordinario [faccia] venir meno il carattere straordinario della medesima», quando vi sia «una precisa volontà delle parti volta a includere detto prolungamento della prestazione lavorativa nell'orario normale. L'accertamento rigoroso di tale volontà — che può essere anche tacita ... è riservato al giudice di merito»; nello stesso senso Cass. 8 maggio 1993 n. 5314, *mass.*

(57) V. in proposito F. Basenghi, *La riduzione e la rimodulazione degli orari di lavoro*, cit. nella nota 22, pp. 334-348.

(58) Ho sostenuto, sulla base di argomenti logici e storico-critici, la tesi della alternatività tra quei due limiti: v. *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. II, cit. nella nota 47, pp. 276-282; *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109, Comm Sch*, 1987, pp. 19-24; *ivi tutti i riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza precedenti sul punto*. In questo senso v. anche R. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro*, cit. nella nota 33, § 3.2.a. Successivamente, nello stesso senso si è pronunciato T. Cremona 28 aprile 1995, *RIDL*, 1995, II, p. 860, riformando P. Cremona 3 giugno 1994, che aveva affermato invece il carattere cumulativo dei due limiti. Ma in senso contrario — cioè nel senso dell'autonomia e concorrenza del limite di orario giornaliero rispetto a quello settimanale, v. Cass. 2 agosto 1996 n. 6995, *DPL*, 1997, p. 28; v. inoltre la giurisprudenza citata nella nota seg.

(59) Cass. 4 dicembre 2000 n. 15419, *OGI*, 2001, p. 305, *RGL*, 2001, II, p. 539, con nota critica di A. Allamprese, *I criteri di calcolo del lavoro straordinario nei regimi di orario multiperiodale*, e *RIDL*, 2001, II, p. 483, con nota di F. Bano, *Sul sistema di computo dello straordinario*; Cass. 5 gennaio 2001 n. 89, *RGL*, 2001, II, p. 561, con nota di F. Di Mario, *Lavoro straordinario e attività di turno*, dove si afferma altresì l'inderogabilità del limite giornaliero, anche in sede collettiva; T. Pisa 13 febbraio 2001, *RIDL*, 2002, II, p. 74, con nota di E. Ripepe, *Che fine ha fatto il limite di orario giornaliero di lavoro?* A. Firenze 6 giugno 2002, *FI*, 2002, I, c. 2732. In dottrina, nello stesso senso, R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro. Appendice di aggiornamento* alla quarta ed., 1997, p. 12; D. Garofalo, *Intervento sull'orario di lavoro e incentivi alla riduzione*, *DPL*, 1997, p. 2089; nonché l'ampia trattazione della questione proposta da A. Allamprese, *Riduzione e flessibilità dell'orario di lavoro*, cit. nella nota 29, pp. 113-119.

(60) V. in questo senso F. Basenghi, *La riduzione e la rimodulazione degli orari di lavoro*, cit. nella nota 22, p. 344; M. Miscione, *La rivoluzione prospettata dell'orario di lavoro*, *DPL*, 1998, n. 34, inserto, pp. III-XXVIII e *partic.* IX: «È rimasto in vigore ... il limite giornaliero di 8 ore, ma nel suo vecchio valore effimero ..., alternativo e non cumulativo con l'orario settimanale»; L. Pelaggi, *Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative*, *MGL*, 2000, pp. 6-7 dell'estratto; nonché, con ampia argomentazione, S. Bellomo, *Limiti e flessibilità dell'orario di lavoro giornaliero dopo la legge 24 giugno 1997 n. 196*, *ADL*, 1999, pp. 145-167, il quale conclude (p. 166) sottolineando la necessità, comunque, di un controllo giudiziale di ragionevolezza dell'orario giornaliero, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale in materia di orario di lavoro del personale direttivo (§ 325).

(61) Cfr. P. Rho 28 marzo 1985, *L80*, 1985, p. 1079.

(62) Il tempo trascorso in viaggio in occasione della trasferta non è, di regola, computato come tempo di «lavoro effettivo»; fa però eccezione il caso in cui le particolari modalità della trasferta impediscano una netta distinzione tra tempo di viaggio e tempo di lavoro. Sul punto v. Cass. 10 aprile 2001 n. 5359, *NGL*, 2001, p. 749; in precedenza, nello stesso senso, Cass. 21 novembre 1985 n. 5745, *MGL*, 1986, p. 61; Cass. 7 giugno 1996 n. 5323, *DPL*, 1996, p. 3407: «... a meno che il tempo del viaggio sia connaturato alla prestazione lavorativa: resta comunque salva una diversa previsione della contrattazione collettiva».

(63) Cfr. sul punto, in riferimento alla nozione di tempo di lavoro fatta propria dalla direttiva n. 104/1993, C. Giust. 3 ottobre 2000 nella causa n. 303/98, cit. nella nota 29: «Il servizio di guardia medica con obbligo di presenza fisica sul luogo di lavoro deve essere computato nell'orario di lavoro, mentre il servizio di mera reperibilità non rientra nell'orario di lavoro se non per il tempo in cui comporta l'effettiva prestazione». Sulla non qualificabilità del periodo di «reperibilità» come lavoro straordinario v. anche Cass. 9 settembre 1991 n. 9468, *NGL*, 1992, p. 72 («il servizio di reperibilità svolto nel giorno destinato al riposo settimanale limita soltanto, senza escluderlo del tutto, il godimento del riposo stesso e, quindi, comporta il diritto non a un trattamento economico uguale a quello spettante per l'ipotesi di effettiva prestazione di lavoro in quel medesimo giorno, bensì a un trattamento inferiore, proporzionato alla minore restrizione della libertà del lavoratore»); T. Milano 11 settembre 1991, *OGI*, 1991, p. 628; Cass. 8 maggio 1992 n. 5459, *mass.*; Cass. 19 agosto 1998 n. 8219, *LPO*, 1999, p. 370; inoltre (ma qui in riferimento alla retribuzione dovuta e non alla limitazione dell'orario) v. T. Roma 16 dicembre 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 451. In proposito v. anche § 240 e *ivi nota* 77.

(64) V. ancora il passaggio di C. Giust. 3 ottobre 2000, cit. nella nota prec. Al criterio della libera disponibilità degli intervalli di inattività, ai fini della loro esclusione dal limite d'orario, è chiaramente ispirato anche l'art. 5 del regolamento d'attuazione contenuto nel r.d. n. 1955/1923, che esclude dal concetto di «lavoro effettivo» i «riposi intermedi» purché «prestabiliti ad ore fisse ed indicati nell'orario», nonché le «soste di lavoro di durata non inferiore ai dieci minuti e complessivamente non superiore a due ore ... durante le quali non sia richiesta alcuna prestazione» e il tempo necessario per recarsi al lavoro.

(65) Cfr. l'elencazione contenuta nell'art. 10 del r.d. n. 1955/1923. La norma si applica anche nel settore agricolo, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 8 del r.d. n. 1956.

(66) Cfr. sul punto V. Cassi, *La durata della prestazione di lavoro*, cit. nella nota 42, vol. I, pp. 44-45; aderisce alla tesi del Cassi, con abbondanza di argomentazioni, R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Torino, 1969, pp. 126-138, *partic.* p. 137. In giurisprudenza, sulla nozione di lavoro discontinuo, v. Cass. 12 ottobre 1995 n. 10642, con nota di M. Mariani, dove la Corte ha escluso il carattere discontinuo del lavoro dell'acquiolo dipendente da un consorzio di bonifica.

(67) L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. II, cit. nella nota 46, pp. 377-378; L. Riva Sanseverino, *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale*, *Comm SB*, 1977⁵, p. 407; M.V. Ballestrero, *Orario di lavoro*, cit. nella nota 54, pp. 624-626.

(68) V. in questo senso C. cost. 11 maggio 1971 n. 99, *DL*, 1971, II, p. 360 (in motivazione).

(69) V. in questo senso A. Genova 27 novembre 2000, *LG*, 2001, p. 753, con nota di A. Piovesana, *Prestazioni discontinue e riposi intermedi*.

(70) G. D'Eufemia, *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 55, p. 223; M.V. Ballestrero, *Orario di lavoro*, cit. nella nota 54, p. 626. Punto di riferimento indispensabile per la determinazione secondo equità della durata massima delle occupazioni discontinue, nei settori in cui manchi una disciplina collettiva, è costituito dai contratti collettivi applicabili nei settori analoghi: v. in questo senso T. Treu, in *Commentario della Costituzione*, cit. nella nota 55, p. 136.

(71) C. cost. 22 dicembre 1976 n. 255, *NGL*, 1977, p. 52; Cass. 10 giugno 1982 n. 3493, *mass.*; P. Torino 20 marzo 1985, *RIDL*, 1986, II, p. 531, con nota di A. Padalino, *Orario di lavoro e attività discontinue*.

(72) Cass. 11 febbraio 1980 n. 987, *NGL*, 1980, p. 298 (v. però la sentenza della stessa Corte 11 marzo 1983 n. 1847, *mass.*, secondo la quale nelle occupazioni a carattere discontinuo può configurarsi lavoro straordinario soltanto se un orario normale è stato fissato contrattualmente).

- (73) Così già E. Giambarba, *Orario di lavoro e retribuzione dei lavoratori «discontinui»*, RGL, 1952, II, pp. 193-195; V. Cassi, *La durata ecc.*, vol. I, cit. nella nota 42, p. 60.
- (74) Sulla nozione di «personale direttivo» ai fini della disciplina dell'orario v. recentemente Cass. 10 febbraio 2000 n. 1491, RIDL, 2000, II, p. 680, con nota di M. Marinelli, *Intermedi e orario di lavoro*, dove la Corte ha ritenuto che rientri in quella nozione l'«intermedio» responsabile della manutenzione degli impianti di un «reparto rilevante dell'impresa».
- (75) L'equivoco sembra affiorare anche in C. cost. 7 maggio 1975 n. 101, RGL, 1975, II, in motivazione, partic. p. 340. Nonché, precedentemente, in V. Cassi, *op. cit.* nella nota 42, p. 64.
- (76) Così R. Corrado, *Trattato*, vol. III, cit. nella nota 66, p. 134.
- (77) Così G. D'Eufemia, *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 55, p. 214.
- (78) U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, cit. nella nota 50, pp. 205-206. Una variante più radicale di questa tesi è quella proposta da V. Simi, *La figura giuridica del dirigente d'azienda*, DL, 1958, I, pp. 168-174, partic. p. 170, secondo la quale la posizione intermedia tra capitale e lavoro occupata dai dirigenti vale a escluderli da una parte della disciplina protettiva del lavoro subordinato.
- (79) Cfr. in questo senso, ma con motivazione parzialmente diversa, P. Tosi, *Il dirigente d'azienda*, Milano, 1974, pp. 110-111. Un'interpretazione sostanzialmente riduttiva era proposta anche da D.R. Peretti Griva, *Il rapporto di impiego privato*, cit. nella nota 46, pp. 210-211; e da V. Simi, *op. cit.* nella nota prec., pp. 386-387.
- (80) V. tra le prime Cass. 21 giugno 1954 n. 2123, GCCC, 1954, IV, p. 385, con nota di V. Simi, *Costituzione, interpretazione evolutiva ed esclusione del personale direttivo dal compenso per il lavoro straordinario*; Cass. 16 dicembre 1954 n. 4507, GI, 1955, I, 1, c. 1067, con nota di G. Arda. In seguito, tra le altre, Cass. 15 gennaio 1983 n. 339, mass.; Cass. 11 aprile 1984 n. 2330, mass.; Cass. 29 gennaio 1999 n. 820, cit. nella nota 82.
- (81) C. cost. 7 maggio 1975 n. 101, cit. nella nota 75, in motivazione, p. 341; V. sul punto anche R. Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, cit. nella nota 55, pp. 89-90. L'esclusione del personale direttivo dall'applicazione di qualsiasi limite di orario massimo era stata invece ritenuta senz'altro incostituzionale da P. Cipressi, *In tema di orario di lavoro del personale direttivo*, RDL, 1965, II, pp. 125-126; e, se intendo bene il suo pensiero, da P. Carnevale, *Compenso per lavoro straordinario e dirigenti di azienda*, LPO, 1983, pp. 350-351.
- (82) Cass. 29 gennaio 1999 n. 820, DPL, 1999, p. 1943.
- (83) V. in proposito, in riferimento specifico alla navigazione aerea, Cass. 22 luglio 1993 n. 8151, RIDL, 1994, II, p. 334, con nota di A. Pizzoferrato, *Il lavoro straordinario e i riposi settimanali del personale di volo*: «Stante l'inapplicabilità della vigente normativa di "diritto civile" (artt. 2107 e 2108 c.c. e r.d.l. n. 692/1923) al rapporto di lavoro nautico, in assenza di una norma espressa contenuta nel codice della navigazione e dinanzi a una contrattazione collettiva che stabilisce unicamente il limite massimo mensile dell'orario di lavoro, non può configurarsi un'ipotesi di lavoro straordinario giornaliero, salvo che non si verifichi una trasgressione al principio di ragionevolezza che lo stesso giudice è chiamato a definire con riguardo alla necessità [di protezione] dell'integrità psico-fisica del lavoratore».
- (84) V. in proposito L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. II, cit. nella nota 46, p. 358, nt. 22.
- (85) V. sul punto l'ampia trattazione di L. Menghini, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano, 1996, pp. 440-451; ivi anche una rassegna della contrattazione collettiva sulla materia.
- (86) V. su questa materia T. Genova 27 ottobre 2000 (ADL, 2001, p. 1125, con approfondito commento di M.C. Cataudella, *Orario di lavoro e riposo dei marittimi*, pp. 1085-1097): «In tema di rapporto di lavoro marittimo, sottratto al campo di applicazione della normativa inderogabile in materia di limiti all'orario di lavoro ... rientra nei poteri dell'armatore variare i periodi di fruizione dei riposi tenendo conto delle esigenze della navigazione e della sicurezza; pertanto è legittimo il frazionamento di tali riposi anche quando tale ripartizione non assicuri un periodo minimo di otto ore consecutive di riposo nell'arco di ventiquattro ore».
- (87) Cfr. R. Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, cit. nella nota 55, p. 89: «Si può ritenere a questo riguardo che il precetto costituzionale presuppone l'ipotesi ... delle prestazioni lavorative giornaliere determinate ad ore». Deve tuttavia essere chiaro che la pura e semplice impossibilità di controllo da parte del datore di lavoro sull'orario del dipendente, in assenza della clausola di fungibilità di cui si dirà tra breve, è irrilevante ai fini dell'applicabilità della disciplina legislativa (v. infatti Cass. 22 maggio 1959 n. 1559, DL, 1960, II, p. 104).
- (88) V. però in proposito R. Corrado, *Trattato*, vol. III, cit. nella nota 66, p. 134, secondo il quale la ratio dell'esclusione deve essere invece ravvisata nel carattere discontinuo dell'attività dei rappresentanti di commercio. Sulla nozione di commesso viaggiatore o rappresentante di commercio, ai fini della norma in esame, v. Cass. 3 marzo 1983 n. 1590, GC, 1983, I, p. 3314; Cass. 9 novembre 1998 n. 11261 e n. 11264, RIDL, 1999, II, p. 314, con nota di S. Bartalotta, *Sull'inesistenza di limiti di orario nel rapporto di lavoro dei commessi viaggiatori*, dove la Corte ha peraltro affermato la legittimità dell'eventuale pattuizione collettiva di un limite di orario, nei casi in cui le modalità di svolgimento della prestazione lo rendono concretamente applicabile. L'esclusione dal vincolo di orario massimo deve considerarsi inoperante nei casi — peraltro rari — nei quali l'orario di lavoro del rappresentante di commercio sia contrattualmente determinato e soggetto a controllo da parte dell'imprenditore: cfr. Cass. 18 gennaio 1983 n. 456, mass. Sui criteri di applicazione della disposizione relativa ai commessi viaggiatori in altri casi in cui il lavoratore svolge «funzioni accessorie al commercio» v. Cass. 9 novembre 1998 n. 11261, cit. sopra in questa nota.
- (89) L'esclusione del lavoro a domicilio dal limite di orario era implicitamente ma chiaramente prevista dall'art. 2 della Convenzione O.I.L. n. 1 (§ 305), che definiva il campo di applicazione del limite stesso con l'espressione «dans tous les établissements industriels, publics ou privés, ou dans leurs dépendances». Il Barassi osserva in proposito che l'esclusione può desumersi anche dall'art. 1, 1° c., del r.d.l. n. 692/1923, là dove esso pone il requisito che il lavoro si svolga «sotto il diretto controllo altrui» (*Il diritto del lavoro*, vol. II, cit. nella nota 46, p. 358).
- (90) *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 58, p. 46.
- (91) Cfr. sul punto L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. II, cit. nella nota 46, p. 398; L. Delitala, *Il contratto di lavoro*, cit. nella nota 46, p. 341; V. Cassi, *La durata ecc.*, cit. nella nota 42, pp. 103-104. Per una opinione parzialmente diversa in proposito v. R. Corrado, *Trattato*, vol. III, cit. nella nota 66, p. 158, il quale ritiene applicabile in tal caso l'ultimo comma dell'art. 2037 c.c. («chi ha ricevuto la cosa in buona fede non risponde del perimento ... se non nei limiti del suo arricchimento»), per l'analogia tra la cosa perita e il lavoro che non può essere «restituito» in natura. Alla questione del consenso del datore di lavoro all'effettuazione di lavoro straordinario la dottrina ha dedicato in passato un interesse nettamente superiore rispetto a quello dedicato alla questione del consenso del prestatore, probabilmente anche in conseguenza del più abbondante materiale giurisprudenziale disponibile in argomento: sul quale v. M. Angeleri, R. Melchionna, *Il lavoro straordinario*, MGL, 1962, pp. 161-162.
- (92) V. in questo senso C. Smuraglia, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 43, pp. 104-107. Nello stesso senso in seguito M.V. Ballestrero, *Orario di lavoro*, cit. nella nota 54, p. 628.
- (93) Questo orientamento si è manifestato dapprima con una serie di sentenze di Cassazione nelle quali veniva ammessa la qualificazione come lavoro straordinario di quello eccedente l'orario normale contrattuale, a condizione, però, che la riduzione dell'orario stesso rispetto al limite legale fosse stata pattuita in considerazione del carattere «particolarmente usurante» della prestazione (fra queste v. soprattutto Cass. 24 maggio 1969 n. 1843, FI, 1969, I, c. 2185; Cass. 22 dicembre 1976 n. 4715, FI, 1977, I, c. 1204, e le altre di pari data nn. 4714-4717). In un secondo tempo si è poi giunti all'affermazione secondo cui «il problema va risolto esclusivamente alla stregua dell'interpretazione delle fonti collettive ... non essendo necessario accertare anche il carattere usurante della prestazione lavorativa svolta al di sotto dei limiti legali» (Cass. 10 aprile 1982 n. 2219, GC, 1982, I, p. 2084, con nota adesiva di B. Sconocchia; nello stesso senso, in seguito, v. l'importante *obiter dictum* in Cass. S.U. 13 febbraio 1984 n. 1075, RGL, 1984, II, p. 44; Cass. 1° marzo 1985 n. 1766, MGL, 1985, p. 353. Per gli argomenti a sostegno dell'una e dell'altra tesi e per ulteriori riferimenti rinvio al mio *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 58, pp. 115-120).
- (94) Per alcune significative «aperture» in questo senso, v. Cass. 19 giugno 1985 n. 3690, mass.; Cass. 21 giugno 1985 n. 3746, mass.; Cass. 6 maggio 1986 n. 3048, mass.; e più recentemente Cass. 4 dicembre 2000 n. 15419, cit. nella nota 59, in motivazione.
- (95) Per un commento della norma v. G. Santoro Passarelli e G. Proia, *Il nuovo regime contributivo del lavoro straordinario*, NLCC, 1998, pp. 481-491.

- (96) V. in proposito V. Ferrante, *La nuova legge in tema di lavoro straordinario*, NLCC, 1999, pp. 799-820.
- (97) Parla di «logica compromissoria» e di «ambiguità» della norma anche A. Allamprese, *La nuova disciplina del lavoro straordinario nel settore industriale*, LG, 1998, p. 921
- (98) Per la storia politica, il significato teorico e le conseguenze pratiche della «miniriforma» del lavoro straordinario attuata con la legge 30 ottobre 1955 n. 1079 rinvio a *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 58, pp. 129-132.
- (99) Il testo originario del decreto-legge prevedeva che fosse qualificato come straordinario soltanto il lavoro eccedente le 48 ore settimanali; la riduzione del limite a 45 ore è frutto del compromesso politico raggiunto in proposito in Parlamento, in sede di conversione in legge del decreto.
- (100) Per un commento della legge, oltre ad A. Allamprese, *La nuova disciplina del lavoro straordinario nel settore industriale*, cit. nella nota 97, pp. 921-927, v. E. Massi, *Il lavoro straordinario dopo il d.l. n. 335/1998*, e Le nuove regole per lo straordinario nelle aziende industriali, DPL, 1998, risp. pp. 2683-2685 e 3169-3172.
- (101) Cass. 26 febbraio 2002 n. 2856, LPO, 2002, p. 610. V. anche, ma in riferimento a un caso precedente alla legge del 1998, Cass. 5 gennaio 2001 n. 89, FI, 2001, I, c. 459: «Va escluso il diritto alla corresponsione delle maggiorazioni retributive per lo svolgimento di lavoro straordinario in caso di superamento, relativamente ad alcune settimane, della media multiperiodale previamente definita dalla contrattazione collettiva, nei limiti in cui, nel periodo considerato, non risulti oltrepassato il tetto massimo legale».
- (102) L'identità del significato che l'espressione «accordo tra le parti» assume nelle due norme, legate tra loro da una stretta analogia, è poi espressamente confermata dall'art. 9, c. 2°, del r.d. n. 1955/1923: «gli accordi tra le parti relativi al lavoro straordinario di cui all'art. 5 del Regio decreto-legge sono sottoposti alle stesse norme prescritte per gli accordi circa la ripartizione dell'orario normale in periodi ultrasettimanali»; e quindi, a norma dell'art. 8, comma 3°, dello stesso regolamento: «gli accordi ... sono quelli stipulati tra le associazioni di datori di lavoro e quelle di lavoratori ... Gli accordi stessi devono essere trasmessi al capo del Circolo di ispezione dell'industria e del lavoro ecc.».
- (103) Per la qualificazione dell'accordo collettivo in materia di lavoro straordinario sostanzialmente in termini di contratto di gestione (§ 71) v. Cass. 23 marzo 1989 n. 1484, mass.: «Ove la contrattazione collettiva preveda la prestazione di lavoro straordinario, la relativa esecuzione è espressione non della esistenza di un patto individuale fra prestatore e datore di lavoro, ma dell'esercizio dei poteri discrezionali dell'imprenditore e della corrispondente subordinazione del lavoratore».
- (104) V. in questo senso D.R. Peretti Griva, *Il rapporto di impiego privato*, cit. nella nota 46, p. 213: «cio` che la legge vuole evitare ... è la volontaria adesione del lavoratore a un orario che superi la misura massima permessa»; nello stesso senso F. Pergolesi, *Il contratto individuale di lavoro nella nuova codificazione*, Bologna, 1942, pp. 165-167; L. Delitala, *Il contratto di lavoro*, cit. nella nota 46, p. 337; G. D'Eufemia, *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 55, p. 235.
- (105) V. in questo senso, tra gli altri, L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. II, cit. nella nota 46, pp. 396-397; R. Corrado, *Trattato*, vol. III, cit. nella nota 66, pp. 149-150; G. Mammone, *Brevi note in materia di lavoro straordinario obbligatorio*, RGL, 1977, II, p. 445; M.V. Ballestrero, *Orario di lavoro*, cit. nella nota 54, p. 628. E ultimamente G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 39 (1995³): «la consensualità della deroga ai limiti di durata normale della prestazione di lavoro non è altro che un espediente per mascherare la persistenza del potere direttivo. La legislazione in tema di orario non lo ha soppresso: piuttosto, ne ha monetizzato l'esercizio» (p. 205).
- (106) Nel senso della legittimità del rifiuto opposto dal lavoratore alla richiesta di lavoro straordinario non contrattualmente dovuto da parte dell'impresa, e conseguentemente dell'illegittimità del licenziamento intimato allo stesso lavoratore per pretesa insubordinazione, v. A. Milano 5 marzo 2001, D&L, 2001, p. 492, con nota di C. Schettini, *L'eccezione di inadempimento nel diritto del lavoro* (v. in proposito anche § 277 e ivi nota 3).
- (107) A. Roma 13 luglio 1961, MGL, 1961, p. 249; P. Milano 12 agosto 1980, RGL, 1980, II, p. 1051; Coll. arb. Perugia 28 dicembre 1985, NGL, 1986, p. 166.
- (108) In questo senso è tradizionalmente orientata la contrattazione collettiva nei settori, come quello tessile, caratterizzati da prevalenza della forza-lavoro femminile.
- (109) V. in proposito § 365 e ivi particolarmente nota 15.
- (110) La generale ammissibilità del giustificato motivo di rifiuto del lavoro straordinario è sempre stata riconosciuta dalla dottrina: v. soprattutto L. Riva Sanseverino, *Sul rifiuto di prestazione del lavoro straordinario*, BSPT, 1969, p. 29; Ead., *Diritto del lavoro*, Padova, 1982¹⁴, pp. 248 e 274-275; un accenno in tal senso anche in G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 39, p. 271. Diverso è il caso in cui nella richiesta di lavoro straordinario si esprima un «inaccettabile arbitrio» del datore, che rende radicalmente illegittima la richiesta stessa e legittimo, per converso, il rifiuto opposto dal lavoratore, indipendentemente dalla sussistenza di un giustificato motivo: Cass. 7 aprile 1982 n. 2161, mass., dove si afferma tuttavia che l'onere della prova circa l'arbitrarietà della richiesta incombe al lavoratore.
- (111) Cass. 20 aprile 1983 n. 2729, MGL, 1984, p. 35. Sui problemi interpretativi sorti in riferimento alla disgiuntiva o posta invece nell'art. 1 tra il limite di orario normale giornaliero e quello settimanale, v. § 321 e ivi nota 58.
- (112) Sulla questione se debba tenersi conto o no della retribuzione corrisposta durante l'anno per lavoro straordinario nella determinazione della tredicesima e delle altre eventuali mensilità aggiuntive, v. § 259.
- (113) È questa l'interpretazione più corretta della disposizione — non chiarissima — concernente la retribuzione a cottimo, contenuta nell'art. 5: v. in tal senso soprattutto G. Pera, *Computo della maggiorazione per lavoro straordinario ecc.*, cit. nella nota seg., che contesta le diverse tesi espresse in proposito da una parte della dottrina precedente; inoltre F. Guidotti, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956, pp. 300-301 e ivi nota 28.
- (114) V., nel senso dell'applicabilità della regola dell'onnicomprendività anche in caso di maggiorazione percentuale superiore rispetto a quella stabilita dalla legge, Cass. sez. lav. 10 gennaio 1958 n. 50, RDL, 1958, II, p. 322, con nota parzialmente dissenziente di G. Pera, *Computo della maggiorazione per lavoro straordinario per i cottimisti dell'industria metalmeccanica*; successivamente, nel senso della nullità di qualsiasi deroga alla disposizione legislativa, Cass. S.U. 16 ottobre 1958 n. 3294, RDL, 1958, II, p. 564, con altra nota parzialmente dissenziente di G. Pera, e RGL, 1958, II, p. 539, con nota integralmente dissenziente di U. Natoli. Per la diversa soluzione poi consolidata, indicata nel testo, v. tra le numerose altre Cass. 24 ottobre 1974 n. 3110, FI, 1974, I, c. 3300; Cass. 9 settembre 1985 n. 4665, DPL, 1985, p. 1691.
- (115) Cass. 10 gennaio 1986 n. 94, MGL, 1986, p. 23. In dottrina nello stesso senso R. Corrado, *Trattato*, vol. III, cit. nella nota 66, pp. 154-156; esprime invece perplessità a questo riguardo M.V. Ballestrero, *Orario di lavoro*, cit. nella nota 54, p. 628.
- (116) V. in questo senso Cass. 26 febbraio 2002 n. 2856, cit. nella nota 101; Cass. 6 aprile 2002 n. 4953, FI, 2002, I, c. 2732.
- (117) L'alleggerimento del ritmo dell'attività lavorativa è comunemente indicato e misurato, nella prassi sindacale aziendale, in termini di «saturazione del ciclo»: si intende per saturazione il rapporto tra la durata complessiva delle fasi attive di un ciclo di operazioni, che si ripete nel corso della giornata lavorativa, e la durata complessiva del ciclo stesso. Tale rapporto è sovente oggetto di contrattazione al livello aziendale e talora al livello del singolo reparto.
- (118) Sulla ragion d'essere di quest'ultima norma — cui corrispondono norme di contenuto analogo vigenti in numerosi ordinamenti stranieri, compresa la Gran Bretagna — e sulle questioni di costituzionalità che sono state sollevate e tutte respinte in relazione ad essa, v. il mio *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 58, pp. 145-146.
- (119) Su questa vicenda — e sull'attrito che ne è derivato, proprio in materia di lavoro notturno femminile, tra l'ordinamento comunitario e quello dell'O.I.L. — v. § 12: ivi, nella nota 10, i riferimenti alle sentenze della Corte di Giustizia europea su questa materia. In proposito v. ora G.P. Politakis, *Normes sur le travail de nuit des femmes: le dilemme protection-e'galite'*, RIT, 2001, pp. 467-495: ivi una rassegna delle legislazioni di più di cento ordinamenti nazionali e, in appendice, quattro pagine di bibliografia in argomento.
- (120) V. P. Matera 14 settembre 1994, RIDL, 1995, II, p. 554, con nota di M.T. Carinci, *Spunti sul dilemma del giudice fra norme interne e norme comunitarie (a proposito del divieto di lavoro notturno per le donne)*; Cass. 3 febbraio 1995 n. 1271, DCSI, 1996, p. 350, con nota di F. Capelli, *La*

direttiva sulla parità dei sessi e le lavoratrici notturne; Cass. 20 novembre 1997 n. 11571, *NGL*, 1997, p. 715; Cass. pen. 1° luglio 1999, *FI*, 2000, II, c. 14.

(121) Sulla quale v. M. Giudici, *Lavoro notturno femminile: un punto fermo*, *DPL*, 1999, pp. 699-701.

(122) V. in proposito l'ampio commento di V. Ferrante, *La disciplina del lavoro notturno*, *NLCC*, 2000, pp. 534-555; inoltre A. Allamprese, *La disciplina del lavoro notturno nel d.lgs. 26 novembre 1999 n. 532*, *LG*, 2000, pp. 1014-1019; L. Pelaggi, *Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative*, cit. nella nota 60; R. Cordio, *La disciplina del lavoro notturno*, *DPL*, 2001, pp. 331-334.

(123) A. Allamprese, *op. cit.* nella nota prec., p. 1017.

(124) Allo stesso risultato era pervenuta anche la giurisprudenza precedente, nel vigore del solo art. 2108 c.c.: v. Cass. 7 agosto 1998 n. 7770, *RIDL*, 1999, II, p. 729, con nota di R. Restelli, *I requisiti per la maggiorazione retributiva del lavoro notturno*. V. in proposito anche Cass. 4 ottobre 2001, *MGL*, 2001, p. 1220, con nota di S. Figurati, *Ancora una pronuncia della Cassazione su lavoro notturno e retribuzione globale: la maggiorazione corrisposta a titolo di compenso per lavoro notturno rientra nella nozione di retribuzione normale o ordinaria e va perciò computata nella base di calcolo degli istituti per i quali la legge o il contratto collettivo prevede come base la retribuzione globale di fatto, ferma restando, però, anche la facoltà della contrattazione collettiva di garantire lo stesso risultato retributivo con altri meccanismi di calcolo».*

(125) Sui criteri di determinazione della maggiorazione in un caso di lavoro notturno continuativo v. Cass. 25 febbraio 1995 n. 2211, *RIDL*, 1995, II, p. 864, con nota di G. Bolego, *Qualificazione e trattamento economico del lavoro notturno*.

(126) Cfr. Cass. 3 luglio 1992 n. 8129, *GI*, 1993, I, 1, c. 566.

(127) L'Assemblea costituente scartò deliberatamente la scelta di fondere in un'unica disposizione la regola del riposo settimanale e quella del riposo domenicale, elevando quest'ultima al rango di norma costituzionale, che era stata proposta dagli onn. Meda, Codacci Pisanelli e altri con l'emendamento che recitava: «Lo Stato riconosce e garantisce ai lavoratori il diritto al riposo festivo»: l'emendamento venne ritirato in seguito al parere negativo espresso dal Presidente della terza Sottocommissione Ghidini (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, 1970, pp. 1565-1566).

(128) C. Giust. 12 novembre 1996, nella causa n. 84/1994, a chiusura di una lunga controversia che aveva visto contrapposto il Regno Unito alla Commissione Europea fin dai lavori preparatori della direttiva. La soppressione della norma è stata poi confermata dall'art. 1, n. 3, della direttiva n. 34/2000. V. in proposito L. Barboni, *La Corte di Giustizia e l'orario di lavoro. L'apertura a fonti internazionali eteronome e la reinterpretazione della direttiva n. 93/104*, *DCSI*, 1998, pp. 97-122.

(129) D.m. 22 giugno 1935, modificato e integrato da numerosi decreti successivi.

(130) La giurisprudenza ha preso a consolidarsi in questo senso con Cass. 25 luglio 1964 n. 2040, *RGL*, 1964, II, p. 301; Cass. pen. 14 marzo 1966 n. 840, ivi, 1966, II, p. 727; Cass. S.U. 11 aprile 1969 n. 1163, ivi, 1969, II, p. 252. Per la giurisprudenza più recente v. Cass. 22 luglio 1993 n. 8151, cit. nella nota 83, in riferimento al settore della navigazione aerea; Cass. 11 luglio 1996 n. 6327, cit. nella nota 196, che, oltre a dichiarare la nullità della clausola collettiva contenente la disciplina retributiva del lavoro nel settimo giorno, ha affermato l'incostituzionalità di una ipotetica norma legislativa che facesse altrettanto; Cass. 4 marzo 2000 n. 2455, cit. nella nota 195, in riferimento al settore dell'erogazione di energia elettrica. In dottrina, a sostegno di questo orientamento, v., negli anni '60, A. Becca, *Prime osservazioni sul concetto costituzionale di riposo settimanale*, *RGL*, 1967, II, pp. 637-639; e soprattutto L. Ventura, *Il riposo settimanale: questioni recenti e recentissime di interpretazione e di costituzionalità*, ivi, 1968, I, pp. 43-78. In senso contrario, invece, tra gli altri, L. Riva Sanseverino, *Sul vigente ordinamento in materia di riposo settimanale*, *MGL*, 1966, pp. 163-165.

(131) V. C. cost. 15 dicembre 1967 n. 150 (cui si riferisce la nota di A. Becca cit. nella nota prec.), secondo la quale il principio costituzionale comporta sì il divieto del lavoro nel «settimo giorno» consecutivo, ma soltanto come regime generale, essendo invece costituzionalmente ammissibili regimi speciali differenti, a condizione che essi siano limitati «ai casi di evidente necessità a tutela di altri interessi apprezzabili», che non venga ridotto nel complesso il rapporto di uno a sei tra i giorni di riposo e quelli di lavoro, e che sia comunque salvaguardata la salute del lavoratore tenendosi conto delle caratteristiche specifiche dell'attività lavorativa da lui svolta e di ogni altra circostanza rilevante. La stessa massima è ribadita da C. cost. 23 maggio 1973 n. 65, *RGL*, 1973, II, p. 325. In questo senso è tuttora prevalentemente orientata la giurisprudenza ordinaria: v. ad es. Cass. 23 dicembre 1991 n. 13895, *RIDL*, 1992, II, p. 908, con nota di M. Cavaggioni, *Sulla derogabilità del divieto di lavoro nel settimo giorno*; Cass. 22 luglio 1995 n. 8014, *RIDL*, 1996, II, p. 591, con nota di F. Portera, *Il lavoro nel settimo giorno: condizioni di ammissibilità e criteri di adeguato compenso*; Cass. 27 gennaio 1996 n. 623, mass.; Cass. 23 agosto 1997 n. 7904, *NGL*, 1998, p. 1487, e *RIDL*, 1998, II, p. 102, con nota di F. Bano, *Sul riposo compensativo oltre il settimo giorno lavorativo*; Cass. 6 ottobre 1998 n. 9895, mass.; Cass. 30 agosto 2000 n. 11429, *RIDL*, 2001, II, p. 496, con nota di L. Panaiotti, *In tema di riposo settimanale degli stampatori di giornali quotidiani: si consolida l'ammissibilità del lavoro nel settimo giorno*; Cass. 30 maggio 2001 n. 7359, *MGL*, 2001, p. 815, con nota di M. Lanotte, *Ferie e riposo settimanale non goduti, tra tutela della salute e danno presunto da usura psico-fisica*, secondo la quale è legittimo l'accorpamento dei due riposi settimanali consecutivi previsto dalla legge 14 febbraio 1958 n. 138 per le imprese di trasporto pubblico, ma il lavoro oltre il sesto giorno deve essere retribuito con maggiorazione; Cass. 28 giugno 2001 n. 8820, cit. nella nota 195. Critica questo orientamento della Consulta e della Cassazione, ravvisando in esso un'«operazione di manipolazione semantica», T. Treu, in *Commentario della Costituzione*, cit. nella nota 55, pp. 124-125.

(132) In riferimento alla disciplina posta con la legge-quadro v., in materia di articolazione dell'orario negli uffici, Cass. 2 giugno 1993 n. 6152, *RIDL*, 1994, II, p. 308, con nota di A. Albanese, *La disciplina dell'articolazione dell'orario di lavoro nella p.a. prima e dopo la «privatizzazione» del pubblico impiego*.

(133) Così R. Santucci, *Orari di lavoro e part-time nelle amministrazioni pubbliche*, *LPA*, 2002, p. 491, dove l'A. aggiunge: «La l. n. 724 è un segnale intempestivo rispetto alla riforma del d.lgs. n. 29/1993, ancora non funzionante a pieno regime, per l'assenza della contrattazione collettiva. L'intervento appare affetto da visione centralistica della pubblica amministrazione, in controtendenza rispetto alle scelte del d.lgs. n. 29/1993».

(134) Sulla regola della infungibilità v. C. cost. 30 giugno 1971 n. 146, *MGL*, 1971, p. 237. Sulla regola della non sovrapposibilità v. C. cost. 28 aprile 1976 n. 102, *RGL*, 1976, II, p. 743, con il commento di S. Vacirca, *Sulla «non sovrapposibilità» della pausa giornaliera e del riposo settimanale*; e ultimamente Cass. 14 febbraio 2001 n. 2136, *RIDL*, 2002, II, p. 82, con nota di M. Valenti, *La regola della non sovrapposizione fra riposo settimanale e giornaliero nel lavoro a turni*.

(135) Sulla legittimità e gli effetti di tale previsione v. T. Torino 8 giugno 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 352, con nota di M. Caro, *La disciplina della festività dei SS. Pietro e Paolo nel ccnl dei dipendenti delle Ferrovie dello Stato al vaglio della giurisprudenza*.

(136) V. per tutti R. Corrado, *Trattato*, vol. III, cit. nella nota 66, pp. 202-203; per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali v. il mio *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 58, p. 162.

(137) V. in questo senso Cass. 23 settembre 1986 n. 5712, mass.: «È possibile ... che le parti, di comune intesa, stabiliscano che l'attività produttiva, e quindi la prestazione lavorativa, abbiano normale corso anche nella giornata di festività infrasettimanale ... atteso che il diritto al riposo in tale giornata è rinunciabile da parte del lavoratore, a differenza del diritto al riposo settimanale che non può essere oggetto di rinuncia alcuna»; Cass. 15 settembre 1997 n. 9176, *RIDL*, 1998, II, p. 753, con nota di T. Pileggi, *Rifiuto di lavorare nelle festività infrasettimanali e diritto alla normale retribuzione: «al lavoratore è riconosciuto il diritto soggettivo di astenersi dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali (celebrative di ricorrenze civili o religiose)»; T. Milano 2 maggio 2002, *RIDL*, 2002, II, p. 932, con nota di S. Passerini, *Una questione delicata per il funzionamento dei servizi pubblici nelle festività infrasettimanali*.*

(138) V. ancora Cass. 15 settembre 1997 n. 9176, cit. nella nota prec.: «nel caso in cui, in occasione della festività, sia egualmente richiesta la prestazione lavorativa, il lavoratore che rifiuti la prestazione ... sarà soggetto all'applicazione di sanzioni disciplinare, nei casi eccezionali in cui la prestazione lavorativa deve considerarsi comunque dovuta»; la sentenza aggiunge tuttavia che in tal caso il lavoratore «non potrà subire la decurtazione della retribuzione per i giorni festivi infrasettimanali». In senso contrario v. T. Milano 2 maggio 2002, questa pure cit. nella nota prec., in riferimento a un caso di rifiuto della prestazione festiva da parte dei tecnici di palcoscenico del Teatro alla Scala: il giudice ha qui ritenuto che non

potesse applicarsi in via analogica l'eccezione alla regola del riposo domenicale, di cui all'art. 5 della l. n. 370/1934 (eccezione specificata dal d.m. 22 giugno 1935, tabella III, n. 30, dove si menzionano tra le «attività per le quali è applicabile il riposo settimanale per turno», gli «spettacoli e divertimenti pubblici»); la sentenza è stata però riformata da A. Milano 29 novembre 2002, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2003, II, fasc. 1.

(139) V. tra le prime Cass. 21 gennaio 1982 n. 406, *GC*, 1982, I, p. 1260, con nota di G. Mammine; e tra le più recenti Cass. 25 gennaio 2001 n. 1018, *RIDL*, 2001, II, p. 719, con nota di L. Calafa, *Festività coincidenti con la domenica: natura ed entità dei compensi spettanti ai dipendenti bancari retribuiti in misura fissa* (ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali) e Cass. 8 aprile 2002 n. 4998, *NGL*, 2002, p. 575. Per la giurisprudenza minoritaria in senso contrario v. Cass. 18 aprile 1983 n. 2654, mass.; P. Roma 19 dicembre 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 449, con nota di M. Caro.

(140) T. Milano 18 febbraio 1981, *OGI*, 1981, p. 670; Cass. 17 gennaio 1986 n. 318, mass.

(141) P. Monopoli 19 dicembre 1979, *GI*, 1982, I, 2, c. 75, con nota dissenziente di A. De Feo, *Festività sopresse e retribuzione aggiuntiva*.

(142) Cass. 2 dicembre 1982 n. 6561, mass. In senso favorevole al lavoratore v. invece A. Lecce 23 dicembre 1974, *RGL*, 1975, II, p. 280; inoltre le osservazioni di T. Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, p. 294.

(143) Cass. 25 febbraio 1998 n. 2042, *RIDL*, 1999, II, p. 42, con nota di E. Dall'Ara, *Sul diritto alla maggiorazione retributiva per il lavoro festivo*.

(144) V. soprattutto Cass. 10 novembre 1982 n. 5932, *RIDL*, 1983, II, p. 223, con nota adesiva di R. Agnesi, *Maggiorazione retributiva per lavoro domenicale*; Cass. 30 gennaio 1985 n. 625, *MGL*, 1985, p. 163, con commento dissenziente di Fab. Fabbri, *Brevi note sulla pretesa maggiorazione per lavoro legittimamente prestato nel giorno di domenica*.

(145) Cass. 6 aprile 1999 n. 3322, *RIDL*, 2000, II, p. 55, con nota di M. Palla, *Orario di lavoro dei dipendenti delle ferrovie e retribuita del lavoro svolto nel giorno di riposo compensativo*.

(146) Può leggersi, con il testo della legge di attuazione, in *RIDL*, 1989, III, pp. 244-248.

(147) I decreti ministeriali di attuazione della norma legislativa e del corrispondente art. 3 dell'*Intesa* (dal primo, del 7 aprile 1989, al più recente, del 16 luglio 2001), limitandosi a specificare il calendario delle festività ebraiche, non aiutano a superare le oscurità del testo legislativo.

(148) In sede di applicazione di una norma analoga, contenuta nell'art. 17 della legge n. 516/1988 per gli appartenenti alle Chiese avventiste (v. *infra* in questo paragrafo), nella sentenza della Pretura di Bologna cit. nella nota seg. si legge che «il riferimento ... alla "flessibilità" dell'organizzazione del lavoro" significa la possibilità concreta per l'azienda di adattare l'utilizzazione dei dipendenti e le loro prestazioni alle diverse e mutevoli esigenze del servizio svolto». Ma, a differenza di questa norma, l'art. 4 della legge n. 101/1989 per i lavoratori di religione ebraica stabilisce che «in ogni altro caso le ore lavorative non prestate il sabato sono recuperate la domenica ecc.»: donde deve dedursi che il diritto all'astensione nel giorno di sabato sussiste anche quando la «flessibilità» dell'organizzazione del lavoro non sussiste o non è comunque tale da consentire il recupero in altri giorni. In tal caso non pare davvero realistico ipotizzare che l'azienda abbia interesse ad aprire i battenti la domenica soltanto per consentire il recupero del lavoro non svolto al sabato da una minima parte dei suoi dipendenti.

(149) V. in proposito P. Bologna 9 marzo 1996, *RIDL*, 1996, II, p. 826, con nota di G. Pera, *Complicazioni religiose nel lavoro*.

(150) Prima della direttiva del 1993, lo standard sovranazionale applicabile era costituito dalle tre settimane di ferie annuali retribuite, previste dalla Convenzione O.I.L. n. 132 del 1970, ratificata dall'Italia con la legge 10 aprile 1981 n. 157.

(151) Cass. 14 settembre 1993 n. 9459, *RGL*, 1994, II, p. 623, *RIDL*, 1994, II, p. 372, con nota di M. Mariani, *Sulla distinzione tra norme internazionali self executing e programmatiche*, e *LG*, 1994, p. 333, con nota fortemente critica di A. Lassandari. In precedenza, nello stesso senso, Cass. 24 novembre 1989 n. 5040, mass.; Cass. 11 giugno 1992 n. 7215, *AC*, 1992, p. 1043. In proposito v. anche le osservazioni critiche di L. Menghini, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, cit. nella nota 85, pp. 458-462, dove peraltro si dà conto del pieno adeguamento della disciplina collettiva della materia, dal 1985, alla disposizione contenuta nella Convenzione n. 146.

(152) Cass. 5 dicembre 1990 n. 11657, *RIDL*, 1991, II, p. 828, con nota adesiva di G. Proia, *Doveri preparatori della prestazione ed obbligo positivo di fedeltà*.

(153) C. cost. 7 maggio 1963 n. 66, *RGL*, 1963, II, p. 148; v. anche C. cost. 17 febbraio 1969 n. 16, *RGL*, 1969, II, p. 25. La stessa regola è stata enunciata ultimamente da C. Giust. 26 giugno 2001, nella causa n. 173/99, *The Queen c. Broadcasting ecc.*, *NGL*, 2001, p. 694, *GLav*, 2001, n. 50, p. 37, *LG*, 2001, p. 1141, con nota di L. Testa, *Il problematico contemperamento tra ferie e salute nei contratti a termine*.

(154) V. in proposito soprattutto E. Ghera, *La giurisprudenza sulle ferie dei lavoratori e la funzione extra-legislativa della giurisprudenza costituzionale*, *DL*, 1974, I, partic. pp. 346-353; T. Treu, in *Commentario della Costituzione*, cit. nella nota 55, sub art. 36, pp. 137-145.

(155) Cass. 10 dicembre 2001 n. 15597, *GC*, 2002, I, p. 34; Cass. 2 gennaio 2002 n. 12, *NGL*, 2002, p. 195.

(156) Una disposizione analoga, ma non identica, era contenuta in precedenza nella Raccomandazione O.I.L. n. 98/1954.

(157) 53ª sessione della *Conferenza internazionale del lavoro*, Ginevra, 1969, sesta questione all'ordine del giorno. Oltre alla relazione introduttiva del Bureau International du Travail (*Les conge s paye s*, Ginevra, 1968), v. gli atti ulteriori in B.I.T., *Les conge s paye s. Reponses des gouvernements*, Ginevra, 1969.

(158) V. la relazione introduttiva del B.I.T. cit. nella nota prec., dove si propone che per assicurare la necessaria flessibilità alla nuova convenzione, «si potrebbe, per esempio, esigere dagli Stati membri che la ratificano l'adozione di misure per la regolamentazione di determinate materie specifiche, lasciando loro la facoltà di scegliere essi stessi la natura di tali misure e di precisarne il contenuto» (p. 80; trad. mia). Questo è appunto quanto è stato poi deciso dalla Conferenza in materia di maturazione del diritto alle ferie durante i periodi di sospensione del lavoro.

(159) Cass. 12 novembre 2001 n. 14020, *NGL*, 2002, p. 60, *FI*, 2002, I, c. 411, *GLav*, 2001, n. 48, p. 12, e *RIDL*, 2002, II, p. 557, con ampia nota di I. Senatori, *Concorso tra cause sospensive della prestazione di lavoro: profili giurisprudenziali*.

(160) Così, in passato, già L. Riva Sansaverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973², p. 563; e nello stesso senso T. Treu, in *Commentario della Costituzione*, cit. nella nota 55, pp. 144-145.

(161) Cass. 8 giugno 1999 n. 5661, *RIDL*, 2000, II, p. 463, con nota di G. Zilio Grandi, *Retribuzione spettante al lavoratore in aspettativa sindacale e ferie non godute: il sindacato come «distaccatario»?*

(162) Così già G. D'Eufemia, *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 55, pp. 258-259. V. nello stesso senso la già citata Raccomandazione O.I.L. n. 98/1954, § 7.

(163) V. in proposito, in senso favorevole alla maturazione del diritto alle ferie durante i periodi di sospensione, G. D'Eufemia, *loc. cit.*; M. D'Antona, *Sospensione del lavoro per cause aziendali, mancato godimento delle ferie e diritto all'indennità sostitutiva* (nota a T. Massa 26 novembre 1974), *DL*, 1975, II, pp. 297-305. In senso contrario M. Meucci, *Questioni vecchie e nuove in tema di ferie annuali* (nota a Cass. 12 marzo 1980 n. 1648), *MGL*, 1981, pp. 585-586; e, sia pure in forma dubitativa, M. Cinelli, *Integrazioni salariali e computabilità delle retribuzioni corrispondenti ai periodi di ferie* (nota a P. Pordenone 2 marzo 1981), *GC*, 1981, I, p. 2109. V. anche, su di un caso di intervento della C.i.g. successivo al godimento delle ferie, Cass. 15 febbraio 1989 n. 912, *RIDL*, 1989, II, p. 473, con nota di V.A. Poso, *Sulla maturazione del diritto alle ferie*: «è illegittima la pretesa del datore di lavoro di recuperare i ratei delle ferie godute, corrispondenti a un periodo di sospensione del rapporto di lavoro per intervento della Cassa integrazione guadagni successivo alla chiusura dell'azienda per ferie collettive, ancorché precedente alla fine dell'anno civile».

(164) Si torna così, ma soltanto in riferimento ai casi di sospensione sulla cui computabilità ai fini delle ferie nulla dica la legge, alla regola enunciata dal Barassi (*Il diritto del lavoro*, cit. nella nota 46, vol. II, p. 430), secondo la quale «tra le due interpretazioni opposte, è probabilmente da preferire questa volta un'opinione intermedia. In base alla quale i brevi periodi di sospensione del lavoro non per colpa del lavoratore non influirebbero: e perciò sarebbero utili alla maturazione del diritto alle ferie».

(165) V. in tal senso Cass. 15 febbraio 1985 n. 1315, *NGL*, 1985, p. 629.

(166) Cass. 21 novembre 2001 n. 14646, *NGL*, 2002, p. 198.

(167) V. anche la norma analoga, ma meno incisiva, contenuta nell'art. 22, comma 5º, dell'Allegato A del R.D. 8 gennaio 1931 n. 148, in materia di

ferie del personale addetto a pubblici servizi di trasporto in concessione: «L'azienda accorda i congedi individuali, tenuti presenti i desideri del personale».

(168) Cfr. Cass. 12 giugno 2001 n. 7951, (OGL, 2001, p. 530, NGL, 2001, p. 763): la determinazione del periodo di godimento spetta all'imprenditore, «presupponendo una valutazione comparativa di diverse esigenze»; «al lavoratore compete soltanto la mera facoltà di indicare il periodo entro il quale egli intende fruire del riposo annuale»; nello stesso senso Cass. 24 ottobre 1999 n. 13980, RIDL, 2001, II, p. 504, con nota di L. Calafà, *Ferie forzate e crisi di azienda*. Sulla qualificabilità come mancanza disciplinare del comportamento del lavoratore che si «autoassegna» arbitrariamente un periodo di ferie, escludendosi la possibilità di imputazione dell'assenza a titolo diverso, v. note 176 e 177.

(169) Sul punto, in dottrina, v. soprattutto P. Sandulli, *Ferie dei lavoratori*, Enc dir, vol. XVII, 1968, pp. 186-188. In precedenza, avevano individuato nell'inciso dell'art. 2109 un limite interno al potere di determinazione del periodo di godimento delle ferie anche L. Delitala, *Il contratto di lavoro*, cit. nella nota 46, pp. 376-377; O. Buccisano, *Le ferie dei lavoratori privati*, cit. nella nota 50, pp. 271-272. Nella giurisprudenza più recente sul punto si segnala Cass. 30 agosto 2000 n. 11403, secondo la quale non può considerarsi come esigenza aziendale rilevante, ai fini dell'art. 2109 c.c., idonea a giustificare una anticipazione del godimento delle ferie rispetto al periodo consueto, l'interruzione dell'attività produttiva a causa di un provvedimento amministrativo imputabile alla violazione di norme di interesse pubblico da parte della stessa impresa. Si segnala anche l'interessante sentenza (Cass. 1° ottobre 1997 n. 9607, RIDL, 1998, II, p. 525, con nota di M. Caro, *Incompatibilità tra fruizione delle ferie e terapia termale e risoluzione del conseguente conflitto di interessi*) secondo la quale, per un verso, può essere considerato come esigenza aziendale rilevante, ai fini di cui all'art. 2109 c.c., anche l'interesse dell'imprenditore a far coincidere il periodo delle ferie con quello di sottoposizione del lavoratore a cure idrotermali; per altro verso, «la precedente fissazione del periodo feriale non consuma il potere del datore di lavoro al riguardo, ma lo limita nel senso che, fermo restando l'obbligo di preventiva comunicazione del nuovo periodo fissato, nel conflitto tra l'interesse dell'impresa a far coincidere i due periodi e quello del lavoratore, il quale deduca e dimostri che dallo spostamento del periodo feriale già programmato venga meno la possibilità di fruire delle ferie secondo la finalità loro propria, deve prevalere l'interesse del lavoratore».

(170) V. in proposito Bureau International du Travail, *Les congés payés*, cit. nella nota 157, pp. 62-63.

(171) Cfr. in proposito P. Sandulli, *Ferie dei lavoratori*, cit. nella nota 169, p. 186, nt. 53. Sulla tendenza all'emersione dell'interesse generale al c.d. «scaglionamento delle ferie» v. già vent'anni or sono G. Spyropoulos, *New patterns of working time in industrialised countries: an international overview*, RIDL, 1978, pp. 195-196; E. Mosse', J.L. Lesage, *Changer les vacances. Rapport sur l'aménagement des temps de loisir*, Parigi, 1979; A.M. Chiesi, *Scaglionamento delle ferie e organizzazione sociale del tempo*, QRS, 1981, pp. 82-83; Commissariat Général du Plan, *Aménagement et réduction du temps de travail*, cit. nella nota 21. Più in generale, sulla necessità di una riprogettazione del sistema dei tempi di lavoro, si segnalano tre studi pubblicati in Italia nel 1986: C. Ravaioli, *Tempo da vendere tempo da usare. Lavoro produttivo e lavoro riproduttivo nella società microelettronica*, Milano 1986; P. Jedlowski, *Il tempo dell'esperienza. Studi sul concetto di vita quotidiana*, Milano, 1986; G. Gasparini, *Il tempo e il lavoro*, Milano, 1986; ai quali si aggiunge M. Piazza, A.M. Ponzellini, E. Provenzano, A. Tempia, *Riprogettare il tempo. Manuale per la progettazione degli orari di lavoro*, Milano, 1995.

(172) Sul quale v. i commenti di P. Sabbioni, P.G. Rinaldi, C. Buzzacchi e Mass. Napoli, in *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, cit. nella nota 13, pp. 1371-1416.

(173) Cfr. ancora P. Sandulli, *Ferie dei lavoratori*, cit. nella nota 169, pp. 187-188.

(174) In questo senso v. P. Sandulli, *loc. cit.* nella nota prec. In giurisprudenza v. sul punto Cass. 24 ottobre 2000 n. 13980, cit. nella nota 168.

(175) Cfr. R. Corrado, *Trattato*, vol. III, cit. nella nota 66, p. 188, il quale considera però in questo caso il secondo comma dell'art. 1183 come applicabile direttamente, e non in via analogica, sul presupposto che il datore di lavoro sia debitore delle ferie nei confronti del dipendente; ma è lo stesso Corrado, in altra parte dell'opera, ad affermare — qui condivisibilmente — che «il diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite non è un diritto in senso tecnico, ... ma è una specifica garanzia costituzionale» (p. 123) concernente le modalità di adempimento del debito lavorativo da parte del lavoratore, ovvero una limitazione di quest'ultimo debito.

(176) Cass. 10 gennaio 1994 n. 175, RIDL, 1994, II, p. 710, con nota di A. Pizzoferrato, *Sulla determinazione del periodo di godimento delle ferie*; Cass. 11 dicembre 1996 n. 11028, MGL, 1997, p. 67.

(177) T. Milano 17 gennaio 2002, D&L, 2002, p. 413, con nota di G. Bulgarini d'Elci, *Quale rimedio se il datore di lavoro tenta di impedire la fruizione delle ferie?*

(178) Il favor dell'ordinamento per la continuità del godimento delle ferie annuali non è stato colto subito dalla dottrina: v. infatti G. D'Eufemia, *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 55, pp. 261-262.

(179) Cfr. T. Milano 18 gennaio 1995, RIDL, 1996, II, p. 72, con nota di M. Palla, *Determinazione e frazionamento del periodo feriale: poteri del datore di lavoro e contrattazione collettiva*. In argomento v. anche, in precedenza, M. Meucci, *Questioni vecchie e nuove in tema di ferie annuali*, cit. nella nota 163, p. 582.

(180) V. in questo senso M. Meucci, cit. nella nota 163, p. 582. In giurisprudenza Cass. 31 maggio 1982, GI, 1982, I, 1, c. 61.

(181) P. Sandulli, *Ferie dei lavoratori*, cit. nella nota 169, p. 189.

(182) C. cost. 30 dicembre 1987 n. 616, RIDL, 1998, II, p. 297, con Osservazione dissenziente di G. Pera, su questione sollevata da Cass. 26 giugno 1984 n. 407, RIDL, 1985, II, p. 420, con nota di G. Nicolini, *Malattia e ferie* (alla sentenza n. 616/1987 fa seguito la sentenza in senso conforme, interpretativa di rigetto, 19 giugno 1990 n. 297, OGL, 1990, p. 174). Prima di allora la giurisprudenza ordinaria aveva prevalentemente risolto la questione in senso negativo: rinvio in proposito al mio *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 58, pp. 188-192.

(183) Nello stesso senso v. P. Milano 13 giugno 1989, RIDL, 1990, II, p. 422, con nota di P. Ghinoy, *Sulla malattia idonea a interrompere il decorso delle ferie*; P. Milano 20 giugno 1990, RIDL, 1991, II, p. 397, con nota di V.A. Poso, *I problemi non risolti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 616/1987 su malattia e ferie del lavoratore*; P. Livorno 8 ottobre 1990, RIDL, 1991, II, p. 397, con nota di L. Angelini, *Sulla malattia che sospende le ferie del lavoratore*; T. Milano 13 gennaio 1993, RIDL, 1994, II, p. 186, con nota di M. Caro, *Alcuni aggiornamenti su ferie e malattia*; Cass. 27 luglio 1994 n. 6982, cit. nella nota 186. Sostanzialmente nello stesso senso v. la sentenza delle Sezioni Unite del 1998, cit. nella nota 185.

(184) Nel senso dell'irrelevanza della gravità dell'impedimento, quando l'evento morboso sia qualificabile come «malattia» dal punto di vista medico-legale, v. T. Milano 25 gennaio 1991, RIDL, 1991, II, p. 657, con nota di P. Tullini, *In tema di ferie e malattia*; T. Firenze 6 giugno 1991, RIDL, 1992, II, p. 595; Cass. 5 marzo 1993 n. 2704 e P. Ascoli Piceno 20 aprile 1993, RIDL, 1993, II, p. 807, con nota di T. Bianconcini, *Sulla malattia sopravvenuta durante le ferie «aggiuntive»*; Cass. 27 luglio 1996 n. 6808, RIDL, 1997, II, p. 532, con nota di A. Rosiello, *Ancora sull'interruzione delle ferie per insorgenza di una malattia*. Nel senso della nullità della clausola collettiva che condizioni l'effetto interruttivo a una durata minima della malattia v. Cass. 14 dicembre 2000 n. 15768, LPO, 2001, p. 192, e RIDL, 2001, II, p. 723, con nota di C. Mancini, *Ancora sul concetto di malattia idonea a interrompere il decorso delle ferie*.

(185) Cass. S.U. 23 febbraio 1998 n. 1947, RIDL, 1998, II, p. 743, con nota di P. Tullini, *Sulla sospensione del periodo feriale per malattia del lavoratore: l'intervento delle Sezioni Unite*.

(186) In questo senso v. Cass. 27 luglio 1994 n. 6982, RIDL, 1995, II, p. 870, con nota di M. Pagni, *In materia di malattia impeditiva del godimento delle ferie e di relativo onere probatorio*.

(187) Cass. 14 dicembre 2000 n. 15768, cit. nella nota 184, secondo la quale l'onere della prova in proposito grava sul datore di lavoro.

(188) T. Milano 20 aprile 1991, RIDL, 1992, II, p. 199, con nota di L. Marra, *Nuove puntualizzazioni su ferie e malattia*; Cass. 5 marzo 1993 n. 2704 e P. Ascoli Piceno 20 aprile 1993, cit. nella nota 184.

(189) Cass. 30 marzo 1990 n. 2608, FI, 1991, I, c. 2737, con ampia nota redazionale; Cass. 19 novembre 1998 n. 11691, mass.; Cass. 17 febbraio 2000 n. 1774, NGL, 2000, p. 462; Cass. 8 novembre 2000 n. 14490, NGL, 2001, p. 80; Cass. 5 dicembre 2001 n. 15352, cit. nella nota 200. V. anche nota 171 al § 391.

(190) Per la tesi della conversione automatica del titolo dell'assenza da malattia a ferie, al termine del periodo di comporta, con corrispondente

proroga del termine stesso, v. Cass. 6 giugno 1991 n. 6431, *FI*, 1991, I, c. 2737; nello stesso senso P. Trani 10 giugno 1992, *D&L*, 1993, p. 372, con nota di F. Stolfà, *Malattia e diritto alle ferie: permangono i contrasti*. V. però più recentemente Cass. 4 giugno 1999 n. 5528, *OGL*, 1999, p. 713: «Non sussiste nell'ordinamento un principio generale di convertibilità delle cause di assenza dal lavoro, né è configurabile una regola di automatico prolungamento del periodo di comporto per malattia (anche in assenza di una richiesta del lavoratore) per un tempo corrispondente ai giorni di ferie maturati e non goduti; l'eventuale violazione del diritto al riposo annuale (che comunque non potrebbe essere goduto durante la malattia) può del resto dar luogo solo all'attribuzione di una prestazione pecuniaria sostitutiva, ma non alla prosecuzione del rapporto per un tempo corrispondente alle ferie non godute».

(191) V. soprattutto Cass. 12 e 18 febbraio 1985, nn. 1189 e 1426, *RIDL*, 1985, II, p. 196. Sulla stessa questione in riferimento alla maggiorazione per lavoro straordinario v. § 334.

(192) V. ad es. Cass. 15 ottobre 1985 n. 5061, *NGL*, 1985, p. 746.

(193) V. in questo senso C. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pp. 376-380.

(194) V. per tutti in questo senso R. Corrado, *Trattato*, vol. III, cit. nella nota 66, p. 185.

(195) V. sul punto, anche per i criteri di quantificazione del danno, Cass. 23 agosto 1997 n. 7904, cit. nella nota 131, dove la Corte ha affermato la cumulabilità del compenso per lavoro domenicale con l'indennizzo per il lavoro nel settimo giorno; Cass. 4 marzo 2000 n. 2455, *RIDL*, 2001, II, p. 48, con nota di M. Palla, *Delle conseguenze derivanti dal lavoro prestato nel giorno di riposo settimanale*; nello stesso senso sul punto specifico Cass. 30 agosto 2000 n. 11429, cit. nella nota 131; Cass. 28 giugno 2001 n. 8820, *GLav*, 2001, n. 35, p. 20, e *RIDL*, 2002, II, p. 833, con nota di M. Mariani, *Lavoro prestato oltre il sesto giorno consecutivo e trattamento retributivo*, dove la Corte ha precisato che il compenso aggiuntivo rispetto alla maggiorazione per lavoro domenicale può consistere anche in benefici diversi dall'aumento retributivo; Cass. 3 luglio 2001 n. 9009, *MGL*, 2001, p. 1040, e *RIDL*, 2002, II, p. 834; Cass. 7 marzo 2002 n. 3298, *FI*, 2002, I, c. 2756. V. inoltre le altre sentenze cit. nella nota 144. Dopo Cass. S.U. 22 maggio 1985 n. 3105 (*NGL*, 1985, p. 468), la maggior parte delle sentenze ha ritenuto equa la liquidazione del danno nella misura di una giornata di retribuzione (in aggiunta alla retribuzione ordinaria per il lavoro prestato); non mancano, però, casi in cui il danno è stato liquidato in misura inferiore: ad esempio, esso è stato commisurato a tre ore di retribuzione da T. Milano 9 novembre 1985, *L80*, 1986, p. 235; e la Cassazione ha affermato l'impossibilità di predeterminare in astratto l'entità del danno, dovendo questo essere valutato in riferimento alle circostanze concrete: v. ad es. Cass. 11 febbraio 1991 n. 1386, *RIDL*, 1992, II, p. 189, con nota di M. Mariani, *Sul lavoro domenicale dei portieri e in generale sul risarcimento del danno per mancato riposo settimanale*; Cass. 11 luglio 1996 n. 6327, cit. nella nota seg. Sulla questione dell'imponibilità fiscale dell'indennizzo v. Cass. 21 giugno 2002 n. 9111, *GLav*, 2002, n. 46, p. 81, secondo la quale «l'indennità corrisposta in sede transattiva dal datore di lavoro a titolo di risarcimento del danno per ... le energie psichofisiche ... spese dal lavoratore oltre l'orario massimo di lavoro da lui esigibile non è assoggettata all'imposta sui redditi».

(196) Nel senso che il danno da usura psicofisica deve ritenersi sempre sussistente per presunzione *iuris et de iure* v. Cass. 11 luglio 1996 n. 6327, *RIDL*, 1997, II, p. 113, con nota di L. Nogler, *Sul danno alla salute per soppressione o differimento del riposo settimanale*.

(197) In questo senso recentemente Cass. 3 luglio 2001 n. 9009, cit. nella nota 195, dove la Corte, in riferimento al lavoro nel «settimo giorno», ha ritenuto sempre dovuta al lavoratore la maggiorazione retributiva; ma non sempre il risarcimento del danno alla salute, che invece è dovuto solo se il danno è provato.

(198) V. tra le altre Cass. 12 febbraio 2001 n. 2569, cit. nella nota seg.

(199) Cass. 21 febbraio 2001 n. 2569 (*LG*, 2001, p. 549; *OGL*, 2001, p. 681, con nota di L. Imberti, *Ferie non godute nell'anno di riferimento e diritto al risarcimento in forma specifica*; *LPO*, 2001, p. 643; *RIDL*, 2002, II, p. 87, con nota di L. Lazzaroni, *Garanzie e limiti della fruizione in forma specifica delle ferie non godute nell'anno*): «Il diritto alla fruizione effettiva del periodo feriale — non goduta per fatto imputabile al datore di lavoro nell'anno di riferimento — trova il suo fondamento nell'art. 2058 c.c., dettato per la responsabilità aquiliana ma che, in materia risarcitoria, ha valore di principio generale ... Sicché devono considerarsi nulle le clausole, anche collettive, che a fronte di tale evento prevedono, in via esclusiva, l'indennità sostitutiva»; «ne consegue il diritto del lavoratore, innanzitutto, al risarcimento in forma specifica, ovvero all'effettivo godimento delle ferie anche trascorso il periodo di riferimento, che può tramutarsi in diritto al risarcimento per equivalente (sotto forma di indennità sostitutiva di natura risarcitoria) solo se il datore prova essere eccessivamente onerosa, attesa le difficoltà nell'ambito aziendale, la effettiva fruizione recuperatoria delle ferie non tempestivamente godute». Nella motivazione della sentenza la Corte aggiunge che, nei casi del tipo di quello considerato, la responsabilità del datore è sempre di natura aquiliana e contrattuale al tempo stesso. Nello stesso senso Cass. 24 ottobre 2000 n. 13980, cit. nella nota 168.

(200) Su di un caso di questo genere v. Cass. 5 dicembre 2001 n. 15352 (*RIDL*, 2002, II, p. 557, con nota di I. Senatori, cit. nella nota 159) secondo la quale i periodi di ferie maturati e non goduti a causa dell'assenza del lavoratore per malattia non possono essere detratti in sede di computo del termine di comporto, salvo che sia stato il lavoratore, rientrato in azienda prima della scadenza di tale termine, a chiedere di essere collocato in ferie.

(201) Giurisprudenza consolidata: v. tra le numerose altre Cass. 7 marzo 1996 n. 1793, *D&L*, 1997, p. 353; Cass. 14 maggio 1996 n. 4471, *GC*, 1997, I, p. 169; Cass. 27 agosto 1996 n. 7883, *NGL*, 1996, p. 713.

(202) Cass. 3 agosto 2001 n. 10759, *RIDL*, 2002, II, p. 327, con nota di A. Rosiello, *Imputabilità del mancato godimento delle ferie e risarcimento del danno*.

(203) Sulla disciplina del *part-time* in Europa v. il numero monografico di *DLRI*, 2000, n. 4 (pp. 547-740), con un saggio introduttivo di S. Giubboni e S. Sciarra, nonché quelli di S. Laulom sull'ordinamento francese, M. Fuchs su quello tedesco, A. Lo Faro su quello italiano, T. Wilthagen e M. Helmstrijd su quello dei Paesi Bassi, M. Freedland e C. Kilpatrick su quello inglese, F. Valde's Dal-Re' su quello spagnolo, R. Eklund su quello svedese.

(204) Secondo i dati pubblicati da Eurostat nel 2001, il tasso di occupazione femminile (riferito alla popolazione in età da 15 a 64 anni) in Italia nel 1999 era del 38%, a fronte di una media dei 15 Paesi dell'Unione del 53%, cui contribuivano i tassi del 72% in Danimarca, 65% nel Regno Unito, 61% in Olanda, 60% in Austria, 57% in Germania, 53% in Francia (*La situation sociale dans l'Union Europe'enne*, Lussemburgo, 2001, p. 111). Secondo la stessa fonte il tasso degli occupati a tempo parziale rispetto al totale degli occupati in Italia era nello stesso anno dell'8% (3% degli uomini, 16% delle donne), a fronte di una media nei 15 Paesi dell'Unione del 18% (6% degli uomini, 33% delle donne), cui contribuivano i tassi complessivi del 21% in Danimarca, 25% nel Regno Unito, 39% in Olanda, 17% in Austria, 19% in Germania, 17% in Francia. In proposito v. anche i dati quantitativi riportati da M. Emanuele, M. Marocco, E. Rustichelli, *La riforma del part-time. Il compromesso tra tutela e flessibilità in Italia e in Europa*, Roma, 2001, dove nel secondo capitolo si evidenzia la crescita assai più marcata (18% nell'ultimo biennio) del lavoro a tempo parziale rispetto al lavoro a tempo pieno dal 1993 al 2000: dal 5,5% del totale degli occupati nel 1993 si è passati all'8,4% nel 2000.

(205) Secondo la stessa fonte comunitaria cit. nella nota prec. il tasso di occupazione italiano (sempre riferito alla popolazione in età da 15 a 64 anni) è del 53%, a fronte di una media dei 15 Paesi dell'Unione del 62%, cui contribuiscono i tassi del 76% in Danimarca, 71% nel Regno Unito, 71% in Olanda, 68% in Austria, 65% in Germania, 60% in Francia (*La situation sociale ecc.*, cit., p. 119).

(206) Di questa diffidenza, a lungo condivisa anche dalla dottrina migliore, si trova ancora una traccia ben visibile in P.G. Alleva, *Il tempo di lavoro*, cit. nella nota 33, partic. pp. 68-75, dove in riferimento ad alcune prime esperienze di diffusione del lavoro a tempo parziale nel settore del commercio l'A. parla di questa figura come di uno «strumento di espulsione di mano d'opera» (pp. 68-69); in riferimento alla possibile combinazione tra *part-time* orizzontale e *part-time* verticale (§ 531), lo stesso A. parla di «quel brutale e deterioro strumento di sfruttamento che è il "part-time" misto (o "a canne d'organo")» (p. 73).

(207) P. Milano 30 aprile 1974, 19 dicembre 1977, 22 dicembre 1977, 19 dicembre 1980, inedite ma parzialmente riportate in C. Filadoro, *Il part-time*, cit. nella nota 210 (v. pp. 203-205 dell'edizione del 1983, dove l'A. — giudice del lavoro egli stesso e nello stesso ufficio giudiziario dal quale le dette sentenze erano state emanate — esprimeva adesione a quell'orientamento giurisprudenziale).

(208) V. soprattutto Cass. 11 giugno 1983 n. 4304, *LPO*, 1983, p. 1614; Cass. 18 maggio 1984 n. 3080, *GC*, 1984, I, p. 2458. In dottrina, nello stesso

sensu, G. Branca, *Problemi attuali e prospettive future del lavoro a tempo parziale*, ne *Il rapporto di lavoro a tempo parziale*, cit. nella nota 210, p. 19; M. D'Antona, *Part-time verticale: successive assunzioni a termine e diritto alla precedenza nell'avviamento presso la stessa azienda*, negli atti del convegno di Amalfi dell'ottobre 1983, *Il futuro del contratto a termine*, Milano, 1984, pp. 158-159; L. Menghini, *La disciplina del comporta nel part-time annuo*, RIDL, 1984, II, pp. 166-167; M.J. Vaccaro, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, 1983, pp. 290-291.

(209) Legge di conversione del d.-l. 30 ottobre 1984 n. 726, ultimo di una serie di quattro decreti-legge consecutivi, di contenuto quasi identico per la parte relativa al lavoro a tempo parziale.

(210) Per il testo della definizione proposta dal B.I.T. nel 1963, l'esposizione sintetica del dibattito dottrinale in proposito e tutti i riferimenti bibliografici, rinvio al mio *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. II, Milano, 1985, pp. 368-376. Mi limito qui a segnalare, tra le opere dottrinali in argomento precedenti al 1984, G. Ardu, *Parere legale sul trattamento del lavoro a part-time*, OGL, 1972, pp. 506-512; S. Grasselli, *Il lavoro a tempo parziale*, Padova, 1968; P. Morgera, *Lavoro a tempo parziale: costituzione del rapporto*, DL, 1977, I, pp. 315-336; Ead., *La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale*, ivi, 1981, I, pp. 232-266; F. Borgogelli, *Il lavoro a tempo parziale (con particolare riferimento al lavoro femminile)*, RGL, 1980, I, pp. 379-422; C. Filadoro, *Il part-time*, Milano, 1978; G. Loy, *La disciplina giuridica del rapporto di lavoro a tempo parziale*, RGL, 1980, I, pp. 333-377; nonché infine gli atti del convegno di Palermo del maggio 1981, *Il rapporto di lavoro a tempo parziale*, Milano, 1982.

(211) Per la tesi secondo cui il requisito della forma scritta era posto essenzialmente in funzione degli adempimenti amministrativi a cui la legge del 1984 obbligava il datore di lavoro e non era assistito da sanzione sul piano della validità dell'atto v. invece A. Alesse, *Il lavoro a tempo parziale: considerazioni critico-esegetiche sull'art. 5 della legge 19 dicembre 1984 n. 863*, RIDL, 1988, I, partic. pp. 229-232, e il mio *L'orario di lavoro e i riposi*, cit. nella nota 58, pp. 76-79. Ivi i riferimenti alle opinioni conformi e difformi espresse dalla dottrina in proposito; ulteriori riferimenti alla dottrina degli anni '80 e '90 in G. Bolego, *Il nuovo apparato sanzionatorio*, ne *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di M. Brollo, Milano, 2001, pp. 187-188.

(212) La disposizione precisa, pleonasticamente, che «qualora la scrittura risulti mancante, è ammessa la prova per testimoni nei limiti di cui all'art. 2725 del codice civile» (il quale, mediante richiamo dell'art. 2724, n. 3, ammette la prova per testimoni soltanto «quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova»); questa regola, del resto, vale anche quando il requisito di forma è posto *ad substantiam*.

(213) Per una ampia trattazione in proposito v. R. Voza, *Forma del contratto e trasformazione del rapporto nel part-time*, DLRI, 2001, pp. 563-615; ivi i riferimenti bibliografici in argomento. V. inoltre A. Russo, M. Tiraboschi, *Forma e contenuti del contratto di lavoro a tempo parziale*, ne *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di M. Biagi, Milano, 2000, pp. 47-60.

(214) Cfr. S. Centofanti, *Il nuovo contratto di lavoro a tempo parziale: tipo generale e tipo a collocazione temporale elastica*, LG, 2000: «Riemerga, quindi, con forza, il principio tradizionale, ma non vetusto, del diritto del lavoro, per cui la mancanza di un requisito normativamente previsto (nella specie, la forma scritta *ad probationem* ...) non determina la nullità dell'atto, con le connesse conseguenze negative per il lavoratore» (p. 506).

(215) Cfr. G. Bolego, *op. cit.* nella nota 211, pp. 188-189.

(216) A. Vallebona, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, MGL, 2000, p. 494: «viene violato, così, il fondamentale principio secondo cui la durata del processo non può andare a danno dell'attore che ha ragione». V. in proposito anche S. Centofanti, *Il nuovo contratto di lavoro a tempo parziale*, cit. nella nota 214: «vi è certo una parziale lesione del principio generale dell'effetto retroattivo delle sentenze dichiarative» (p. 507).

(217) V. sul punto R. Voza, *Forma del contratto ecc.*, cit. nella nota 213, p. 583.

(218) V. ancora A. Vallebona, *loc. cit.* nella nota 216, il quale parla a questo proposito di «disorientamento sistematico del legislatore».

(219) V., in riferimento alla disciplina previgente, T. Milano 6 novembre 1999, *D&L*, 2000, p. 151: «La mancata predeterminazione contrattuale della collocazione delle ore di lavoro nella giornata nel contratto di lavoro part-time non determina la nullità del contratto, ma obbliga il datore di lavoro a integrare la retribuzione del lavoratore in relazione alla maggiore disponibilità richiesta allo stesso lavoratore». Sostanzialmente nello stesso senso v. T. Firenze 16 ottobre 2001 (riferita a fattispecie per la maggior parte precedente alla riforma del 2000), *LG*, 2002, p. 348, con nota di S. Caliandro, *La collocazione temporale della prestazione di lavoro part-time ecc.*; T. Firenze 23 novembre 2001, *D&L*, 2002, p. 391, con nota di I. Romoli, *Collocazione temporale della prestazione e possibilità di modifica nel contratto di lavoro a tempo parziale*.

(220) Cfr. M. Miscione, *Nessun limite per il lavoro a tempo parziale*, DPL, 2000: «Si vedeva evidente, in quella vecchia norma ... una forte diffidenza e sfavore verso il part-time» (p. 3065). In riferimento alla nuova disciplina della materia, dettata dal d.lgs. n. 61/2000, v. invece per questo aspetto V. Pinto, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, DLRI, 2002, pp. 275-307.

(221) Per il commento analitico dei primi tre commi dell'art. 5 v. M. Brollo, *Tutela del lavoro a tempo parziale (in caso di trasformazione del rapporto di lavoro)*, ne *Il lavoro a tempo parziale* a cura della stessa A., cit. nella nota 211, pp. 125-158. Inoltre A. Russo, M. Tiraboschi, *Tutela ed incentivazione del lavoro a tempo parziale*, ne *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di M. Biagi, cit. nella nota 213, pp. 107-131 (v. anche, degli stessi, pp. 61-77); M. Miscione, *Trasformazione dal tempo pieno al part-time e dal part-time al tempo pieno*, DPL, 2000, pp. 2569-2572.

(222) V. sul punto S. Centofanti, *Il nuovo contratto di lavoro a tempo parziale*, cit. nella nota 214: «discende da tale contesto normativo la piena sindacabilità giudiziale delle ragioni del rifiuto e il conseguente potere del giudice di determinare, con una sua pronuncia, la trasformazione riduttiva richiesta dal lavoratore» (p. 511).

(223) In questo senso A. Torino 26 marzo 2001, che ha riformato la decisione in senso opposto di T. Biella 29 giugno 2000 (entrambe possono leggersi in *RGL*, 2002, II, p. 273).

(224) Cass. 20 dicembre 1995 n. 12999, *RIDL*, 1996, II, p. 632, con nota di L. Nannipieri, *Sul licenziamento del lavoratore a part-time che rifiuta il passaggio a tempo pieno*.

(225) Su di un caso di questo genere v. Cass. 11 luglio 1989 n. 3266, *RIDL*, 1990, II, p. 192, con nota di M. Mariani, *Riduzione «a termine» dell'orario di lavoro e protrazione di fatto della riduzione oltre il termine*.

(226) Cfr. M. Biagi, *Introduzione a Il lavoro a tempo parziale*, a cura dello stesso, cit. nella nota 213: «Sorprende ... la persistente resistenza del nostro legislatore verso l'esigenza di flessibilizzazione/modernizzazione degli assetti organizzativi delle imprese ... Rispetto alle note peculiarità del "caso" italiano potrebbe forse risultare pleonastico ricordare le brillanti performances occupazionali di uno Stato come i Paesi Bassi che ... ha individuato proprio nel lavoro a tempo parziale la soluzione per coniugare la flessibilità con equi livelli di protezione sociale ..., al punto che ... i Paesi Bassi sono stati definiti come la prima part-time economy nel mondo» (p. XII).

(227) V. in proposito M. Biagi, A. Russo, M. Tiraboschi, *Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale*, ne *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di M. Biagi, cit. nella nota 213, pp. 77-78; C. Alessi, *La flessibilità della prestazione: clausole elastiche, lavoro supplementare, lavoro straordinario*, ne *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di M. Brollo, cit. nella nota 211, pp. 81-92.

(228) Su di un caso di questo genere v. Cass. 11 ottobre 1996 n. 8904, *RIDL*, 1997, II, p. 496, con nota di A. Lassandari, *Problemi di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno ovvero parziale*.

(229) Una sentenza del Tribunale del lavoro di Düsseldorf del 1980 aveva ritenuto valida la c.d. clausola di *Kapovaz* (abbreviazione dell'espressione *kapazitätorientierte variable-Arbeitszeit*), consistente appunto nella pattuizione della variabilità dell'estensione temporale della prestazione lavorativa a tempo ridotto, secondo le mutevoli esigenze aziendali. Detta clausola sarebbe stata poi oggetto di riconoscimento e disciplina nel *Beschäftigungsförderungsgesetz* 26 aprile 1985 (il cui testo può leggersi in *RIDL*, 1985, III, pp. 131-136, con il commento di W. Daubler, *Una riforma del diritto del lavoro tedesco?*, ivi, I, pp. 528-546, e particolarmente, sulla clausola di *Kapovaz*, pp. 536-538), art. 4: «se non è stata fissata una precisa durata dell'orario di lavoro, si intende convenuto un orario di lavoro settimanale di dieci ore. Il lavoratore è obbligato a fornire la sua prestazione solo se il datore di lavoro gli ha comunicato le modalità di svolgimento del suo orario di lavoro con almeno quattro giorni di anticipo. Se nell'accordo non è fissata la durata giornaliera dell'orario di lavoro, il datore di lavoro è obbligato a servirsi del lavoratore per almeno tre ore consecutive alla volta».

(230) V. in questo senso, oltre al mio *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. II, cit. nella nota 58, pp. 385-390, R. De Luca Tamajo, *Il*

tempo di lavoro, cit. nella nota 33: «uno *ius variandi* può ... essere legittimato in via consensuale e preventiva, convenendosi a livello individuale o collettivo che il datore di lavoro possa, di volta in volta e magari all'interno di una banda di oscillazione, variare la dimensione temporale della prestazione» (p. 20). In senso contrario v. però, tra i primi, A. Alessi, *Il lavoro a tempo parziale: considerazioni critico-esegetiche ecc.*, cit. nella nota 211, pp. 236-243.

(231) V. T. Milano 13 gennaio 1993, *RIDL*, 1994, II, p. 183, con nota di M. Caro; Cass. 22 marzo 1990 n. 2382, *RIDL*, II, p. 630, con mia nota, *Interessi individuali, collettivi e dell'impresa in materia di distribuzione dell'orario di lavoro*; e ultimamente Cass. 7 luglio 1999 n. 9134, *NGL*, 2001, p. 70: «Poiché la legge definisce soltanto la durata massima della prestazione lavorativa, le parti del contratto di lavoro possono prevedere una convenzione caratterizzata da elasticità dell'orario, in ragione delle mutevoli esigenze del datore di lavoro, subordinatamente a un minimo di programmazione o preavvertimento». Nel senso della nullità delle «clausole elastiche» v. però Cass. 17 marzo 1997 n. 2340, e 26 marzo 1997 n. 2691, *RIDL*, 1997, II, p. 749, con nota di A. Bollani, *Nuovi orientamenti della Cassazione in tema di clausole elastiche nel part-time*; Cass. 7 luglio 2000 n. 9134, *RIDL*, 2001, II, p. 491, con nota di L. Marra, *Le clausole del part-time elastico, tra incertezze giurisprudenziali e nuova disciplina legislativa*.

(232) C. cost. 11 maggio 1992 n. 210, *RIDL*, 1992, II, p. 731, con mio commento, *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte costituzionale*.

(233) Per una presa di posizione favorevole a questa opzione del legislatore e un commento della nuova norma v. M. Miscione, *Contrattazione collettiva accentrata nel lavoro a tempo parziale*, *DPL*, 2000, n. 30, pp. 2085-2088. Per un commento più critico v. M. Biagi, A. Russo, M. Tiraboschi, *Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale*, ne *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di M. Biagi, cit. nella nota 213, pp. 78-92.

(234) V. in proposito T. Milano 2 febbraio 2001, *LG*, 2001, p. 995, dove si è affermato che non basta, per rendere legittima la modifica della distribuzione temporale del lavoro a tempo parziale, il fatto che essa sia stata concordata in sede collettiva in una situazione di crisi aziendale; la sentenza dice anche, però, che i lavoratori i quali rifiutino la modifica, in un caso di questo genere, possono legittimamente essere posti in Cassa integrazione. Per l'affermazione dell'inderogabilità dei requisiti posti dai commi settimo e ottavo dell'art. 3 v. T. Firenze 23 novembre 2001, cit. nella nota 219.

(235) Libertà protetta, a norma dell'undicesimo comma, dal divieto di licenziamento per giustificato motivo; ma, come si è visto (T. Milano 2 febbraio 2001, cit. nella nota prec.), non dal divieto di sospensione dal lavoro con ricorso alla Cassa integrazione guadagni, nelle situazioni di crisi occupazionale.

(236) V. in proposito i dati riportati in M. Emanuele, M. Marocco, E. Rustichelli, *La riforma del part-time. Il compromesso tra tutela e flessibilità in Italia e in Europa*, cit. nella nota 204. Cfr. anche nota 15.

(237) Per quel che mi consta, le due sentenze citate nella nota 234 sono le uniche, tra quelle edite, in materia di clausole elastiche nel rapporto a tempo parziale, dopo la riforma del 2000; e nel quindicennio precedente le sentenze edite sulla stessa materia si contano sulla punta delle dita di una mano.

(238) G. Loy, *La disciplina giuridica del lavoro a tempo parziale*, cit. nella nota 210, p. 352. Nello stesso senso v. A. D'Harmant François, *Lavoro a tempo parziale, contrattazione collettiva e formazione professionale, ne Il rapporto di lavoro a tempo parziale*, cit. nella stessa nota, p. 49, dove l'A. osserva peraltro come le difficoltà di applicazione della disciplina generale al *part-time* siano «in concreto ben poche». In senso contrario v. però S. Grasselli, *Il lavoro a tempo parziale*, cit. ivi; P. Morgera, *La nozione del rapporto di lavoro a tempo parziale*, cit. ivi, pp. 234-243, e *Lavoro a tempo parziale: costituzione del rapporto*, cit. ivi, p. 317, dove l'A. parla di una «specialità negativa» della fattispecie, consistente nella non applicabilità di alcune parti della disciplina generale; e G. Ardaù, *Parere legale ecc.*, cit. anch'esso nella nota 210, pp. 508-515, dove l'A. propone una suddivisione della disciplina del lavoro subordinato in tre parti: norme applicabili senz'altro al *part-time*, norme applicabili mediante riproporzionamento del trattamento in esse previsto e norme non applicabili.

(239) V. in proposito i dati Eurostat riportati nella nota 204; inoltre F. Bacchiaga, F. Gambini, A. Lopez, *Un quadro statistico: il caso italiano in una prospettiva comparata*, ne *Il lavoro a tempo parziale*, cit. nella nota 213, pp. 3-13. Per un'applicazione di questo divieto di discriminazione riferita a un caso di *job sharing* (§ 359), ma con argomentazione riferibile identicamente a qualsiasi caso di *part-time*, v. C. Giusti, 17 giugno 1998, causa n. 243/1995, *Hill e Stapleton c. Revenue Commissioners*, *NGL*, 1998, p. 646, sulla quale v. il commento di F. Di Nunzio, *Job sharing e discriminazioni di sesso*, ne *L'Informazione dell'Unione Industriale*, Torino, marzo 1999, pp. 1-3.

(240) V. in proposito M. Biagi, R. Salomone, *Principio di non discriminazione*, ne *Il lavoro a tempo parziale* a cura di M. Biagi, cit. nella nota 213, pp. 93-105; A. Alaïmo, *Principio di non discriminazione e criterio del riproporzionamento dei trattamenti*, ne *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di M. Brollo, cit. nella nota 211, pp. 100-121.

(241) Così, in riferimento all'«indennità professionale» prevista da un contratto collettivo, Cass. 25 novembre 1994 n. 10029, *RIDL*, 1995, II, p. 854, con nota di F. Capurro, *Rapporto di lavoro a part-time e riduzione proporzionale della retribuzione: il caso dell'indennità professionale*.

(242) Cfr. Cass. 24 novembre 1999 n. 13093, *GC*, 2000, I, p. 2987, con nota di L. D'Arcangelo, *Part-time e scatti d'anzianità*; Cass. 28 dicembre 1999 n. 14633, *RIDL*, 2000, II, p. 684, con nota di F. De Falco, *Lavoro a part-time e riducibilità degli scatti di anzianità*. In precedenza nello stesso senso P. Milano 8 aprile 1993 e P. Roma 19 dicembre 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 448, con nota di M. Caro, *Part-time, scatti di anzianità, premio di rendimento e buono pasto*.

(243) V. però, nel senso dell'esclusione del diritto all'indennità di mensa in questo caso, P. Milano 8 aprile 1993, cit. nella nota prec.

(244) In riferimento all'ordinamento previgente, nel quale la materia del periodo di comporto nel rapporto a tempo parziale non era disciplinata esplicitamente dalla legge, v. Cass. 11 aprile 1990 n. 3063, *RIDL*, 1990, II, p. 860, con nota di V.A. Poso, nel senso della valutazione equitativa da parte del giudice; inoltre Cass. 14 dicembre 1999 n. 14065, *LG*, 2000, p. 847: «Nel caso di licenziamento per eccessiva morbilità di un lavoratore a *part-time*, in assenza di una disciplina contrattuale collettiva, il comporto applicabile è quello previsto dalla stessa disciplina per i lavoratori a tempo pieno, qualora si tratti di rapporto di lavoro *part-time* orizzontale, con orario ridotto ma unificato per tutti i giorni; nel caso invece di rapporto di *part-time* verticale, è affidato al giudice del merito il compito di ridurre detto periodo in proporzione della quantità della prestazione, facendo eventualmente ricorso alle fonti sussidiarie indicate dall'art. 2110 (usi od equità), in modo che, avuto riguardo alla particolarità del rapporto, resti salva la causa del contratto e sia mantenuto costante l'equilibrio dello scambio tra prestazione e controprestazione, con l'osservanza dei limiti derivanti dall'art. 1464 c.c.».

(245) Per una trattazione approfondita della materia v. R. Santucci, *Orari di lavoro e part-time nelle amministrazioni pubbliche*, cit. nella nota 133, pp. 501-508; R. Salomone, *Disciplina del part-time nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, ne *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di M. Biagi, cit. nella nota 213, pp. 193-208; M. Miscione, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, ne *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di M. Brollo, cit. nella nota 211, pp. 232-273.

(246) C. cost. 11 giugno 2001 n. 189, *MGL*, 2001, p. 1106, con nota di C. Timellini, *Il lavoro a tempo parziale nella p.A. secondo la più recente giurisprudenza costituzionale*.

(247) Ho avuto la ventura di introdurre in Italia la conoscenza di questo tipo di contratto di lavoro nei primi anni '80, di ritorno da un viaggio di studio negli U.S.A. e in particolare da una visita a un'agenzia di collocamento della zona di San Francisco, dove era in distribuzione un opuscolo illustrativo in proposito. Gli unici testi che trovai allora su questo argomento furono l'articolo di B. Olmsted, *Un nouveau style de travail fait son apparition: le partage des emplois*, *RIT*, 1979, pp. 299-316 (dove alla p. 300 il *j.s.* veniva così definito: «le fait pour deux personnes d'avoir la responsabilité commune d'un seul et même poste à temps complet, la rémunération et les avantages sociaux et tant calcule's sur une base proportionnelle») e lo studio di G.S. Meier, *Job sharing. A new pattern for quality of work and life*, Kalamazoo (Michigan), Upjohn Institute, 1979, nel quale l'A. esponeva i risultati di una ricerca sociologica, che comprendeva l'analisi di 134 casi di *j.s.* con l'intervista diretta ai relativi protagonisti. Ne ho scritto quindi nella mia prima monografia su *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. II, cit. nella nota 58 (1985), pp. 401-412, dalla quale sono tratti, con i necessari aggiornamenti, i paragrafi che seguono; per i riferimenti alla bibliografia e ai documenti stranieri in argomento disponibili negli anni

'80 v. l'appendice curata da M. Violi, a *Job sharing: un rapporto nuovo tra tempo di lavoro e tempo libero*, in *Nuovi strumenti di intervento nel mercato del lavoro*, Milano, 1988, pp. 104-105. Nello stesso anno la RIDL ha pubblicato i risultati di un'indagine sociologica sulla diffusione del *j. s.* negli U.S.A. e in Gran Bretagna: *Job sharing: un'indagine sul campo* (1988, III, pp. 247-248). Negli anni successivi il tema è stato ripreso succintamente da L. Mele, *Il part-time*, Milano, 1990, pp. 444-447; e in una prospettiva teorica parzialmente diversa, da C. Alessi, *Part-time e job sharing*, QDLRI, 1995, n. 17, pp. 128-130 (dove, in contrasto con la costruzione proposta da me, il *job sharing* viene considerato come combinazione tra due distinti contratti di *part-time*).

(248) V. *Job sharing: un'indagine sul campo*, cit. nella nota prec.

(249) *Beschäftigungsförderungsgesetz* 26 aprile 1985, art. 5, che può leggersi in RIDL, 1985, III, p. 132.

(250) D.d.l. n. 848/S (approvato in seconda lettura dalla Camera col n. 3193/C), art. 8, lett. e, dove si prevede (con formulazione non del tutto coerente) «l'ammissibilità di prestazioni ripartite fra due o più lavoratori, obbligati in solido nei confronti di un datore di lavoro, per l'esecuzione di un'unica prestazione lavorativa».

(251) La Circolare del ministro del lavoro 7 aprile 1998 n. 43, che può leggersi in RIDL, 1998, III, pp. 157-159, aderisce puntualmente, quasi testualmente, alla costruzione che avevo proposto nella monografia del 1985 cit. nella nota 247. Per un commento approfondito di questo atto amministrativo v. M. Tiraboschi, *La disciplina del job sharing nell'ordinamento italiano*, DPL, 1998, pp. 1405-1410, che lo qualifica come «un caso paradigmatico del nuovo atteggiamento dell'ordinamento verso la disciplina dei rapporti di lavoro» (p. 1410). Per un commento di segno diametralmente opposto v. G. De Simone, *Job sharing: dalla progettualità dell'inizio del decennio al silenzio del legislatore, passando attraverso l'intervento spot del ministero*, ILLEJ, 2000, che invece lo considera come «ingombrante» e inopportuno, anzi metodologicamente errato e, per il suo contenuto, pericoloso per l'identità stessa del diritto del lavoro e addirittura discriminatorio nei confronti delle donne: «Lascia quanto meno perplessi la "disinvoltura" con cui sembra si vogliano aprire le porte del diritto del lavoro a contratti "atipici" non nel senso, ormai consolidato, di contratti di lavoro che, per talune caratteristiche, si discostano dal modello tipico del lavoro subordinato ..., bensì nel senso di contratti ... non riconducibili allo schema tipico del lavoro subordinato di cui all'art. 2094» ... «Proprio la delicatezza delle questioni coinvolte, unita alla messa in discussione della tenuta del contratto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. come *genus* unico ed unitario, avrebbero dovuto quantomeno sconsigliare all'esecutivo l'emanazione della Circolare». Per una rassegna della dottrina in argomento v. R. Cosio, *Il lavoro a coppia: alcune riflessioni*, DPL, 2002, pp. 2749-2752.

(252) V. i c.c.n.l. 11 luglio 1962 e 16 giugno 1969, art. 5, c. 1°. In altre disposizioni contenute negli stessi contratti il sostituto si configurava chiaramente come condebitore solidale nei confronti del proprietario dell'immobile. Che il sostituto dovesse essere considerato come dipendente del proprietario e non del portiere titolare (cui spettava soltanto la designazione) derivava anche dal fatto che altrimenti si sarebbe configurata una forma di interposizione illecita in prestazioni di mera manodopera.

(253) V. in proposito Cass. 5 febbraio 1974 n. 1144, RGL, 1975, II, p. 90, con nota di F. Salvago, *Contrattazione collettiva per gli addetti alla pulizia, vigilanza e custodia di immobili urbani: disciplina del riposo settimanale e remuneratività del salario* (v. uno stralcio della massima di questa sentenza riportato nella nota 255).

(254) In senso contrario v. G. De Simone, *Job sharing: dalla progettualità dell'inizio del decennio al silenzio del legislatore*, ecc., cit. nella nota 251.

(255) Cfr. la Circolare ministeriale n. 43/1998, cit. nella nota 251: «Non esistono ... norme di legge o principi generali della materia contrattuale che precludano, esplicitamente o implicitamente, la possibilità per due o più lavoratori di assumere in solido un'unica obbligazione lavorativa subordinata. Nessun ostacolo, in particolare, può essere ricollegato al carattere essenzialmente personale della prestazione lavorativa: pur in presenza del vincolo fiduciario che caratterizza la figura in esame, ogni lavoratore resta infatti personalmente e direttamente responsabile dell'adempimento dell'intera obbligazione, anche se la stessa si può poi estinguere, *ratione temporis*, in virtù dell'adempimento di uno solo dei due coobbligati». Aderisce a questa visione M. Tiraboschi, *La disciplina del job sharing nell'ordinamento italiano*, cit. nella nota 251, p. 1407. In precedenza, sulla possibilità che il datore di lavoro rinunci all'infungibilità assoluta della prestazione lavorativa personale del suo dipendente, Cass. 5 febbraio 1974 n. 1144, cit. nella nota 253: «Il principio della infungibilità delle prestazioni di lavoro subordinato è stabilito nell'interesse del datore di lavoro, per cui quando vi sia l'assenso di questi, e la natura delle prestazioni lo consenta, è ammissibile l'attività sostitutiva di soggetto diverso dal prestatore di opera».

(256) «Ai fini dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, dell'indennità di malattia e di ogni altra prestazione previdenziale e assistenziale e delle relative contribuzioni connesse alla durata giornaliera, settimanale, mensile o annuale della prestazione lavorativa, i due lavoratori contitolari del contratto non potranno che essere considerati "assimilati" ai lavoratori a tempo parziale. Il calcolo delle prestazioni e dei contributi andrà tuttavia effettuato non preventivamente, ma mese per mese, salvo conguaglio a fine anno a seguito dell'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa, in modo da poterne calcolare con precisione l'esatto ammontare per ciascun lavoratore».

(257) Cfr. ancora la Circolare ministeriale n. 43/1998: «la retribuzione verrà corrisposta a ciascun lavoratore in proporzione alla quantità di lavoro effettivamente prestato».

(258) V. ancora la Circolare ministeriale n. 43/1998: «nel contratto di lavoro ripartito andranno indicati la misura percentuale e la collocazione temporale del lavoro giornaliero, settimanale, mensile o annuale che si prevede venga svolto da ciascuno dei due lavoratori, ferma restando la possibilità per gli stessi lavoratori di determinare discrezionalmente, in qualsiasi momento, la sostituzione ovvero la modificazione consensuale della distribuzione dell'orario di lavoro».

(259) V. invece, in senso opposto, G. De Simone, *Job sharing: dalla progettualità dell'inizio del decennio al silenzio del legislatore*, ecc., cit. nella nota 251, la quale ritiene che la struttura del *j. s.* contrasti irreparabilmente con le regole poste dalla sentenza n. 210/1992 della Corte costituzionale (cit. nella nota 232).

(260) In questo senso v. anche M. Tiraboschi, *La disciplina del job sharing nell'ordinamento italiano*, cit. nella nota 251, p. 1409.

(261) Cfr. ancora M. Tiraboschi, *loc. ult. cit.*

(262) V. però su questo punto il *Beschäftigungsförderungsgesetz* 26 aprile 1985 cit. nella nota 249, art. 5, 2° c.: «Nel caso di condivisione del posto di lavoro, è inefficace il licenziamento di un lavoratore motivato dalla risoluzione del rapporto di un altro lavoratore contitolare del posto condiviso. Rimane impregiudicato il diritto al licenziamento modificativo motivato dalla risoluzione del rapporto di un altro lavoratore coinvolto nella suddivisione del posto, e al licenziamento per altri motivi».