



Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

nuova serie

21

Nella stessa collana:

nuova serie

1. *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, a cura di Andrea Trisciuglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.
3. *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, a cura di Patrick Nerhot, 2009.
4. *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di Rosanna Gambini e Margherita Salvadori, 2009.
5. *La funzione giurisprudenziale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione, Torino 9-10 ottobre 2009*, a cura di Alberto Oddenino, Elisa Ruozzi, Annamaria Viterbo, Lorenza Mola, Francesco Costamagna e Ludovica Poli, 2010.
6. *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, a cura di Stefano Sicardi, 2010.
7. *I diritti sociali come diritti della personalità*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Leonardo Lenti, Gabriella M. Racca e Alessandra Rossi, 2010.
8. GIANLUCA RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sugli elementi normativi soggettivamente pregnanti della fattispecie penale*, 2011.
9. *La lezione di Leopoldo Elia*, a cura di Mario Dogliani, 2011.
10. SERGIO DELLAVALLE, *Dalla comunità particolare all'ordine universale*, vol. I, *I paradigmi storici*, 2011.
11. *Le autonomie territoriali e funzionali nella provincia di Cuneo in prospettiva transfrontaliera (alla luce del principio di sussidiarietà)*, in corso di stampa.
12. GIORGIO LOMBARDI, *Scritti scelti*, 2011.
13. GEO MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, 2011.
14. LUDOVICA POLI, *La responsabilità di proteggere e il ruolo delle organizzazioni internazionali regionali. Nuove prospettive dal continente africano*, 2011.
15. *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, a cura di Adolfo Angeletti, 2011.
16. FRANCESCO COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo. L'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi*, 2011.
17. MARA BORRELLO, *Sul giudizio. Verità storica e verità giudiziaria*, 2011.
18. SIMONA NOVARETTI, *Le ragioni del pubblico: le azioni nel pubblico interesse in Cina*, 2011.
19. NADIA COGGIOLA, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, 2011.
20. MARIO DEGANELLO, *Contributo allo studio dei termini processuali penali*, 2012.

ANNA FENOGLIO

L'ORARIO DI LAVORO
TRA LEGGE
E AUTONOMIA PRIVATA



Edizioni Scientifiche Italiane

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato sottoposto alla valutazione di un Comitato scientifico formato da qualificati rappresentanti delle discipline corrispondenti a quelle oggetto del lavoro, il quale ne ha approvato la pubblicazione all'esito di una procedura che garantisce trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato dei Revisori e dell'Autore.

FENOGLIO, Anna
L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata
Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino
nuova serie, 21
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012
pp. XII+284; 24 cm
ISBN 978-88-495-2490-1

© 2012 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

*Ai miei genitori
e a Pietro*

Grande è il mio debito di riconoscenza nei confronti delle professoressa Mariapaola Aimo e Daniela Izzi, che con dedizione e pazienza mi hanno guidato nella ricerca conclusasi con questo lavoro, fornendomi costantemente preziosi stimoli e suggerimenti.

Sono inoltre grata al professor Vito Leccese per i suoi numerosi e utili consigli, nonché al professor Mario Napoli e a tutti i membri del collegio docenti del Dottorato in Diritto del lavoro e relazioni industriali dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, nell'ambito del quale questo studio ha avuto origine.

Con profonda riconoscenza affido infine a queste pagine il mio ringraziamento al professor Massimo Roccella, senza il quale quest'opera non avrebbe neppure avuto inizio: benché abbia fatto in tempo a leggere soltanto una parte della bozza originaria, il buono di essa gli appartiene per intero. I nostri lunghi ed intensi colloqui, che ricordo con nostalgia, hanno infatti segnato in modo indelebile la mia formazione scientifica e culturale.

Torino, 5 ottobre 2012

Indice

<i>Legenda delle principali abbreviazioni</i>	XI
CAPITOLO I – <i>Da atto di fondazione del diritto del lavoro a modello di deregolamentazione: la disciplina dell’orario di lavoro</i>	1
1. Le relazioni fra legge e autonomia privata nella disciplina dell’orario di lavoro	1
2. Il tempo di lavoro in Europa	6
2.1. Una direttiva <i>schizoide</i> : dai primi interventi normativi ai tentativi di revisione	6
2.2. L’impatto sugli ordinamenti interni: analogie e differenze fra Regno Unito, Germania, Spagna, Francia e Italia	16
CAPITOLO II – <i>Il d.lgs. n. 66/2003 e il ruolo della contrattazione collettiva</i>	33
1. Il ruolo dell’autonomia collettiva a cavallo fra due secoli	33
2. Il d.lgs. n. 66/2003: la “pistola scarica” della contrattazione collettiva	43
3. Il depotenziamento del modello della flessibilità contrattata	46
4. La spinta verso un sindacalismo competitivo	55
4.1. I livelli negoziali competenti nelle materie oggetto di delega legislativa	59
4.2. Dai recenti accordi interconfederali all’art. 8 della l. n. 148/2011: il decentramento contrattuale e la contrattazione in deroga	65
5. Il problema della contrattazione separata	77
5.1. Dai contratti Fiat di nuova generazione alla sanatoria retroattiva prevista dall’art. 8 della l. n. 148/2011	84
6. La minaccia dell’intervento ministeriale e la marginalizzazione del ruolo delle parti sociali	92
7. La mancanza di regole sulla rappresentanza sindacale come freno al ruolo della contrattazione collettiva	95

Capitolo III – <i>Gli spazi riservati all'autonomia individuale: la flessibilità nell'interesse del datore di lavoro</i>	109
1. L'individualizzazione dell'orario di lavoro	109
1.1. La clausola di <i>opting out</i> : lo squarcio aperto dalla direttiva comunitaria n. 2003/88	112
1.2. Individuale e collettivo nel d.lgs. n. 66/2003	121
2. La collocazione dell'orario di lavoro giornaliero	124
2.1. L'utilizzo di moduli orari medi e l'abrogazione dell'orario massimo giornaliero	124
2.2. Dubbi di costituzionalità...	126
2.2.1. (segue)... e di conformità alla disciplina dell'Unione europea: la clausola di non regresso	131
2.3. L'ampliamento dello <i>jus variandi</i> del datore di lavoro	136
3. Il lavoro straordinario	141
3.1. Disincentivi e incentivi	141
3.2. Il principio della volontarietà dello straordinario e l'utilizzo di moduli orari medi	149
4. Il riposo domenicale	157
4.1. Uno sguardo all'Europa: Corte di giustizia e Corti Costituzionali nazionali	157
4.2. In Italia: una regola ricca di eccezioni	162
4.2.1. Il settore del commercio: l'eccezione si fa regola?	169
5. Le ferie	178
5.1. Fra potere di organizzazione del datore di lavoro e diritto del lavoratore	178
5.2. Il rafforzamento del diritto ad opera della Corte di giustizia e della Corte Costituzionale italiana	185
 CAPITOLO IV – <i>La flessibilità nell'interesse del lavoratore e l'interazione fra le fonti</i>	 195
1. Quale conciliazione tra tempi di lavoro e tempi sociali?	195
2. Il lavoro a tempo parziale tra mutamenti legislativi e incremento del tasso di involontarietà	199
2.1. Le misure a tutela della volontarietà del <i>part-time</i> previste dalle parti sociali	212
3. Altre forme di organizzazione flessibile dell'orario: alcune sperimentazioni introdotte dalla contrattazione di primo e di secondo livello	220
4. Le azioni positive per la conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro	228
5. Alla ricerca di una difficile concordanza dei tempi	237
 <i>Indice delle opere citate</i>	 249

Legenda delle principali abbreviazioni

<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AJDA</i>	L'actualité juridique, droit administratif
<i>AS</i>	Aranzadi Social
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>DB</i>	Der Betrieb
<i>DE</i>	Diritto ecclesiastico
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>D&L</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>DLM</i>	Diritti Lavori Mercati
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DO</i>	Droit ouvrier
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	Droit social
<i>DUE</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>EJSL</i>	European Journal of Social Law
<i>EL</i>	Economia & Lavoro
<i>ELJ</i>	European Law Journal
<i>FI</i>	Il foro italiano
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GD</i>	Guida al diritto
<i>GDA</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GL</i>	Guida al lavoro
<i>GTosc</i>	Giurisprudenza toscana
<i>ILJ</i>	The Industrial Law Journal
<i>IP</i>	ImpresaProgetto – Electronic Journal of Management
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>Jus</i>	Jus – Rivista di scienze giuridiche
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>LG</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LPO</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>MGC</i>	Giustizia civile – Massimario

<i>MGL</i>	Massimario della giurisprudenza del lavoro
<i>MJECL</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro
<i>NInf</i>	Note Informative
<i>NLCC</i>	Nuove leggi civili commentate
<i>OGI</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>QFMB</i>	Quaderni della Fondazione Marco Biagi – Saggi
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>QRS</i>	Quaderni di rassegna sindacale
<i>Racc.</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea
<i>RAGS</i>	Rassegna dell'Avvocatura generale dello Stato
<i>RDPE</i>	Rassegna di diritto pubblico europeo
<i>RDPUVCV</i>	Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
<i>RDS</i>	Revista de derecho social
<i>RDSS</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>RDТ</i>	Revue de droit du travail
<i>RDUE</i>	Revue du Droit de l'Union européenne
<i>REDT</i>	Revista española de derecho del trabajo
<i>RFI</i>	Il foro italiano – Repertorio
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGLnews</i>	Notiziario della Rivista giuridica del lavoro
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RJ</i>	Revista Jurídica
<i>RL</i>	Relaciones laborales
<i>RLav</i>	Rassegna del lavoro
<i>RPS</i>	La rivista delle politiche sociali
<i>SL</i>	Sociologia del lavoro

Capitolo I

Da atto di fondazione del diritto del lavoro a modello di deregolamentazione: la disciplina dell'orario di lavoro

SOMMARIO: 1. Le relazioni fra legge e autonomia privata nella disciplina dell'orario di lavoro. – 2. Il tempo di lavoro in Europa. - 2.1. Una direttiva *schizoide*: dai primi interventi normativi ai tentativi di revisione. - 2.2. L'impatto sugli ordinamenti interni: analogie e differenze fra Regno Unito, Germania, Spagna, Francia e Italia.

1. *Le relazioni fra legge e autonomia privata nella disciplina dell'orario di lavoro*

È piuttosto paradossale constatare che la disciplina del tempo di lavoro, sebbene abbia storicamente costituito «l'atto di fondazione»¹ del diritto del lavoro, oggi incarna la figura della deregolamentazione²: architrave della fattispecie giuslavoristica, la materia dell'orario ha visto i legislatori nazionali muovere i primi passi in ambito sociale, limitando la durata della prestazione dapprima per i lavoratori appartenenti alle fasce più deboli³ e, poi, per tutti i dipendenti⁴; introduce

¹ A. SUPLOT 1997, p. 15.

² F. CANUT 2010, p. 379. Cfr. anche S. BARADEL 2012, p. 190.

³ In tal senso, una funzione di apripista è stata svolta dalla Gran Bretagna, ove – già con il *Factory Act* del 1833 – fu introdotta una prima limitazione alla giornata lavorativa dei fanciulli, poi estesa nel 1844 anche alle donne. In Francia, i primi limiti all'orario di lavoro per i minori furono introdotti nel 1841, mentre si dovette attendere fino al 1892 affinché tali disposizioni fossero estese anche alle donne. Successivamente, la limitazione del tempo di lavoro per le donne e i minori fu introdotta anche in Germania (nel 1891) e in Spagna (mediante la *Ley Benot* del 1870). Quanto all'Italia, la prima regolamentazione degli orari di lavoro per donne e bambini fu dettata dalla legge approvata l'11 febbraio 1886. Per una rassegna della prima legislazione sociale in materia di tempo di lavoro in Europa v. G. RICCI 2005, p. 30 ss. e Id. 2010b; sulla «scintilla che ha messo in moto l'intervento dello Stato a protezione della forza-lavoro» v. R. VOZA 2007, p. 13 ss.; per una ricostruzione storica v. anche M.V. BALLESTRERO 1980, p. 618 ss.; A. MARCHETTI 2010, p. 119 ss.; M.G. MATTAROLO 2012, p. 622 ss. Sulla regolamentazione della giornata lavorativa in Gran Bretagna, infine, non si può non rinviare alla scrupolosa analisi di K. MARX 2009 (ma 1867), pp. 345 ss., in particolare p. 389 ss.

⁴ Alla prima fase c.d. «crocerossina» (secondo la denominazione proposta da U.

per la prima volta in Gran Bretagna e successivamente prevista dai legislatori di tutta Europa, la «limitazione coatta ad opera dello Stato della giornata lavorativa»⁵ può infatti essere considerata il primo intervento normativo in materia di diritto del lavoro.

Oggetto e misura di una prestazione contrattuale, il tempo di lavoro ha pian piano assunto un rilievo crescente: da «criterio normale, o ordinario, di commisurazione “quantitativa” della prestazione di lavoro dovuta» e «limite invalicabile dell’attività lavorativa»⁶ fissato in funzione della tutela della salute e integrità psico-fisica del dipendente, l’orario di lavoro è divenuto infatti oggetto di una disciplina sempre più complessa, chiamata a rispondere alle esigenze di «contenimento della disoccupazione, alle preferenze eterogenee dei lavoratori, alla competitività delle imprese in un’economia sempre più aperta, all’organizzazione del tempo libero»⁷. Il ruolo predominante

ROMAGNOLI 1995, p. 67), seguì l’introduzione di limiti all’orario giornaliero di lavoro validi per tutti i dipendenti. Meritano a tal proposito di essere ricordate, nel panorama legislativo francese, la *Loi Millerand* del 1900 (con cui la giornata lavorativa fu ridotta a dieci ore) e la successiva legge del 1919, con cui furono stabiliti i tetti massimi di otto ore giornalieri e quarantotto settimanali, quest’ultimo ulteriormente ridotto a quaranta ore dalla *Loi Blum* nel 1936 (sull’evoluzione storica della normativa francese in materia di orario v. A. JEAMMAUD 2011, p. 9). Quanto alla Spagna, oltre al r.d. del 1919 che fissò – limitatamente ad alcuni settori – primi tetti alla durata dell’orario di lavoro, occorre ricordare la *Ley sobre la Jornada Maxima Legal* del 1931, con la quale fu esteso a tutti i lavoratori subordinati il principio della limitazione dell’orario. In Germania e in Italia furono i regimi dittatoriali a dettare disposizioni relative al tempo di lavoro, rispettivamente nel 1938 e nel 1923, quando – nel nostro Paese – il progetto di legge elaborato da Filippo Turati fu finalmente recepito con il r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692, destinato a rimanere in vigore per ottant’anni (sull’evoluzione della disciplina legislativa italiana v. P. ICHINO 2003, p. 345 ss.). Completamente diversa era, invece, la situazione britannica, ove il legislatore – dopo la fase della c.d. legislazione sociale – si disinteressò della disciplina dell’orario di lavoro, lasciando alla «prassi» il compito di limitare la durata della giornata lavorativa «anche degli operai maschi adulti» (sul punto v. K. MARX 2009 (ma 1867), p. 396): soltanto una decina di anni fa, spinto dalla necessità di adempiere agli obblighi comunitari, il Governo britannico ha dettato una normativa valida per tutti i lavoratori subordinati.

⁵ K. MARX 2009 (ma 1867), p. 345.

⁶ Entrambe le citazioni sono tratte da U. CARABELLI, V. LECCESE 2002, p. 2. Sulle finalità perseguite dalla disciplina dell’orario di lavoro v. anche V. BAVARO 2008, p. 55 ss.

⁷ J. DE MUNK 1999, p. 77. Nello stesso senso v. U. CARABELLI, V. LECCESE 2002, p. 2, che sottolineano che la normativa in tema di orario di lavoro mira a garantire la tutela dell’«interesse economico-retributivo dei lavoratori (perseguimento di un miglior rapporto retribuzione/tempo di lavoro, grazie sia al miglioramento delle generali condizioni economico-produttive e socio-economiche, sia al costante incremento della produttività del lavoro); [la protezione dell’]interesse generale alla salvaguardia del loro diritto alla salute (da garantire contro i rischi di sfruttamento da

della legge è così pian piano andato scemando, offuscato dalla sempre maggiore importanza ricoperta dalla contrattazione collettiva, capace di rispondere in maniera più rapida ed incisiva ai mutamenti del mercato del lavoro: dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, in tutta Europa⁸ si è verificata infatti – in sede negoziale – una consistente riduzione del tempo di lavoro. Nel nostro Paese, in particolare modo, le parti sociali hanno saputo adeguare la disciplina dettata dal r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692, all'evolvere dei tempi, contribuendo a «rendere meno vistosa l'obsolescenza dell'apparato regolativo»⁹: oltre ad aver fissato tetti massimi alla giornata lavorativa più contenuti rispetto a quelli previsti dalla legge e ad aver stabilito specifici presupposti procedurali o tipologici per il ricorso a prestazioni straordinarie, le parti sociali hanno introdotto strumenti volti a soddisfare le crescenti istanze di flessibilità temporale provenienti dalle imprese, tentando al contempo di elaborare moduli orari maggiormente rispondenti ai bisogni personali o familiari dei lavoratori.

La contrattazione collettiva, dunque, non soltanto ha «contribuito a colmare le lacune palesate dalla legge sul piano della tutela e dell'espansione occupazionale», ma ha anche stabilito «liberamente il grado di rigidità o di flessibilità nella gestione di una quota significativa degli orari di lavoro, cioè quella racchiusa tra i tetti fissati dalla legislazione del 1923 (orario normale massimo legale) e i nuovi, più contenuti, tetti da essa determinati»¹⁰. La straordinaria capacità di adattamento del r.d.l. del 1923 – che ha saputo attraversare «senza scosse il periodo fascista, l'epoca della Costituzione, la stagione della legislazione promozionale e quella dell'emergenza»¹¹ – è stata dunque merito dell'autonomia collettiva che, durante il lungo “letargo” del legislatore, ha saputo ricavarsi uno spazio tutt'altro che marginale nella regolamentazione dei tempi di lavoro.

La relativa stabilità raggiunta nel rapporto fra fonte legislativa e

parte del datore di lavoro); [la tutela dell']interesse gestionale dell'impresa (esigenze tecnico-organizzative e tecnico-produttive di flessibilizzazione del tempo di lavoro); [la salvaguardia dell']interesse esistenziale dei lavoratori (tutela del tempo di non lavoro)».

⁸ Con l'eccezione della Gran Bretagna, che proprio in quegli anni iniziò il «processo di progressivo “sganciamento”» dai sistemi regolativi degli altri Paesi europei, poi accentuatosi negli anni del c.d. *thatcherismo*: v. G. RICCI 2005, p. 49. Mentre, infatti, in Italia, Francia e Germania l'orario di lavoro settimanale è stato progressivamente ridotto a quaranta ore, nel Regno Unito si è assistito alla crescita delle ore di lavoro straordinario e alla sostanziale stagnazione degli orari contrattuali.

⁹ V. LECCESE 2001a, p. 330. Sul ruolo svolto dalla contrattazione collettiva nel vigore del r.d.l. n. 692/1923 v. S. SCARPONI 1988, p. 43 ss.

¹⁰ Entrambe le citazioni sono tratte da V. LECCESE 2001a, p. 330.

¹¹ V. FERRANTE 2008a, p. 73.

fonte negoziale si è tuttavia incrinata nel momento in cui il legislatore italiano ha dovuto rispondere all'ormai impellente¹² necessità di recepire la direttiva comunitaria n. 1993/104¹³ (su cui v. più diffusamente *infra*, § 2.1): l'emergere di un nuovo protagonismo da parte del legislatore ha infatti determinato una compressione degli spazi di flessibilità fino ad allora gestiti dalle parti sociali. Approfittando di molte delle deroghe concesse dalla direttiva comunitaria, il d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, ha infatti completamente ridisegnato la disciplina dell'orario di lavoro cancellando con un'insolita tecnica abrogativa tutte le norme previgenti non espressamente richiamate¹⁴ e sostituendole con nuove disposizioni che – non curanti della clausola di non regresso contenuta nella direttiva in questione¹⁵ – hanno in gran parte segnato una riduzione delle tutele precedentemente previste nei confronti dei lavoratori: basti pensare alla scomparsa del tetto legale alla durata massima giornaliera¹⁶ e all'eliminazione del numero massimo giornaliero e settimanale di ore di lavoro straordinario¹⁷. Nel nuovo

¹² L'enorme ritardo nella trasposizione della direttiva comunitaria in materia di orario di lavoro aveva infatti già determinato la pronuncia di una sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte di giustizia, che non aveva reputato sufficienti a dare attuazione alla normativa comunitaria i provvedimenti parziali fino ad allora adottati (si trattava dell'art. 13 della l. 24 giugno 1997, n. 196, sulla durata normale dell'orario settimanale e del d.lgs. 26 novembre 1999, n. 532, in tema di lavoro notturno): v. Corte di giustizia 9 marzo 2000, causa C-386/98, *Commissione vs Repubblica Italiana*, in *Racc.*, 2000, p. 1277.

¹³ La direttiva n. 93/104 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro è stata successivamente modificata dalla direttiva n. 2000/34; entrambi i testi normativi sono poi stati abrogati e trasfusi in una sorta di testo unico dalla direttiva n. 2003/88.

¹⁴ L'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 66/2003 abroga «tutte le disposizioni legislative e regolamentari nella materia disciplinata dal decreto legislativo [...], salve le disposizioni espressamente richiamate».

¹⁵ Secondo tale clausola, contenuta nell'art. 18, par. 3, della direttiva n. 1993/104 (ora art. 23 della direttiva n. 2003/88), l'attuazione della direttiva «non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori». Sulla portata di tale disposizione ed in particolare sui profili di contrasto con quest'ultima presentati dal d.lgs. n. 66/2003 si rinvia al cap. III, § 2.2.1, anche per l'indicazioni di riferimenti dottrinali.

¹⁶ L'eliminazione di tale soglia era già stata «preannunciata» nel *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia – proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, presentato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nell'ottobre del 2001: in tale testo il recepimento della direttiva era considerato l'occasione per «superare definitivamente alcune interpretazioni, tese a sminuire la riforma dell'orario di lavoro delineata nell'art. 13 della l. n. 196/1997, che ancora oggi vorrebbero subordinare la possibilità di modulare l'orario di lavoro su base settimanale, mensile o annuale al vincolo delle otto ore di lavoro giornaliero come orario di lavoro normale».

¹⁷ Nel vigore del r.d.l. n. 692/1923 la durata massima normale dell'orario di la-

contesto legislativo, il ruolo attribuito all'autonomia collettiva è mutato radicalmente: benché nel d.lgs. n. 66/2003 i rinvii alle parti sociali siano piuttosto numerosi, la funzione di "governo" della flessibilità temporale delle prestazioni di lavoro precedentemente svolta dalla contrattazione collettiva è stata notevolmente ridotta (v. *infra*, cap. II, §§ 2 e 3). Il ruolo dell'autonomia collettiva non è infatti più quello di «amministrare o aumentare il flusso della flessibilità attraverso le "chiuse" create dal legislatore, bensì quello, assai più difficile (ed anzi improbo, in questa fase delle relazioni sindacali), di costruire tali "chiuse" in un regime di flusso ormai liberalizzato per l'autonomia individuale»¹⁸.

Emanato nello stesso anno in cui ha visto la luce l'ampia riforma del mercato del lavoro, il d.lgs. n. 66 ha risentito fortemente dello «spostamento del baricentro verso il livello individuale»¹⁹ che caratterizza la legge n. 30/2003 e il successivo d.lgs. n. 276/2003: in un sistema normativo molto più flessibile rispetto a quello risalente al r.d.l. del 1923, il legislatore ha infatti ridotto il ruolo fino ad allora attribuito al contratto collettivo nazionale, aumentando al contempo le possibilità di gestione dell'orario di lavoro su base aziendale e individuale; la questione del tempo è così divenuta – anche in Italia – «la principale scommessa della deregolamentazione, rappresentando allo stesso tempo la punta di lancia del cambiamento»²⁰.

Dalla legge al contratto di categoria, da questo al contratto aziendale, dal contratto collettivo al contratto individuale, «la disciplina del tempo si è [così] frammentata all'infinito»²¹, al punto che l'orario di lavoro può oggi essere definito come l'istituto che più di altri risente del «paradigmatico [...] intreccio tra le fonti, legali e contrattuali»²². La tradizionale «*contrapposizione*, teorica, culturale e politica»²³ fra individuale e collettivo, che da sempre caratterizza il pensiero giuslavoristico, è dunque centrale nella regolamentazione del tempo di lavoro.

voro era pari a otto ore al giorno e quarantotto a settimana, a cui poteva aggiungersi lo svolgimento di lavoro straordinario nella misura massima di due ore al giorno e dieci a settimana (artt. 1 e 5); ulteriori limiti trimestrali e annuali erano previsti per lo svolgimento di lavoro straordinario nel settore industriale (art. 5 *bis*). Successivamente, l'art. 13 della l. n. 196/1997 ha ridotto a quaranta ore settimanali l'orario di lavoro normale.

¹⁸ U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 7. In senso analogo v. S. LIEBMAN 2005, p. 1030.

¹⁹ M. RICCI 2006, p. 228.

²⁰ A. SUPLOT 1997, p. 15; nello stesso senso v. J. DE MUNK 1999, p. 77.

²¹ A. SUPLOT 1997, p. 23.

²² M. NAPOLI 2004, p. 1232.

²³ R. DEL PUNTA 2008, p. 305.

Proprio le interrelazioni fra i due poli dell'autonomia individuale e collettiva meritano dunque di essere poste in luce analizzando la disciplina dell'orario di lavoro, al fine di verificare se il legislatore abbia saputo raggiungere un nuovo equilibrio fra le diverse fonti chiamate ad intervenire o se, invece, l'autonomia individuale e quella collettiva continuano ad essere «due mondi l'un contro l'altro armati»²⁴.

2. Il tempo di lavoro in Europa

2.1. Una direttiva schizoide: dai primi interventi normativi ai tentativi di revisione

Rinunciando in partenza a procedere ad un'armonizzazione coesiva delle discipline nazionali con cui dettare «prospettive stabili per l'avvenire, sviluppando l'immagine di ciò che dovrebbe essere un nuovo rapporto con il tempo nella società europea degli anni 2000»²⁵, la direttiva n. 104 del 23 novembre 1993²⁶ si è limitata a regolare «taluni aspetti»²⁷ dell'orario di lavoro e ad introdurre «prescrizioni minime di sicurezza e di salute» (art. 1, par. 1)²⁸, rinviando in gran parte ai soggetti collettivi o individuali – su delega dei legislatori nazionali²⁹

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ A. SUPIOT 1997, p. 15.

²⁶ Per una dettagliata analisi della direttiva n. 93/104 v., fra gli altri, V. LECCESE 2001a, p. 147 ss.; cfr. anche S. SCIARRA 1993, p. 13 ss. Per una ricostruzione storica della disciplina dell'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario – dai primi provvedimenti di *soft law* approvati negli anni '70, all'emanazione delle più recenti direttive – v. G. RICCI 1996, p. 593 ss. e da ultimo ID. 2010b, soprattutto p. 72 ss. Cfr. anche V. FERRANTE 2008a, p. 82 ss. e ID. 2010, p. 490 ss.

²⁷ Così come emerge dall'intitolazione stessa del testo normativo.

²⁸ Come ricordato ancora di recente dalla Corte di giustizia, la direttiva intende infatti «fissare prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante il ravvicinamento delle normative nazionali riguardanti, in particolare, la durata dell'orario di lavoro. Tale armonizzazione a livello dell'Unione europea in materia di organizzazione dell'orario di lavoro è intesa a garantire una migliore protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, facendo godere a questi ultimi periodi minimi di riposo – in particolare giornaliero e settimanale – e periodi di pausa adeguati e prevedendo un limite massimo per la durata settimanale del lavoro»: Corte di giustizia 14 ottobre 2010, C-243/09, *Fuß I*, in *Racc.*, 2010, p. 9848, punto 32 della motivazione. Nello stesso senso v. anche le sentenze della Corte di giustizia 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, in *Racc.*, p. 8835, punto 76 della motivazione; 1° dicembre 2005, causa C-14/04, *Dellas*, in *Racc.*, p. 10253, punti 40 e 41 della motivazione; 7 settembre 2006, causa C-484/04, *Commissione vs Regno Unito*, in *Racc.*, p. 7471, punti 35 e 36 della motivazione.

²⁹ Infatti – così come chiarito dalla Corte di giustizia 21 ottobre 2010, C-227/09, *Accardo*, in *Racc.*, 2010, p. 10273, punti 47 e 59 della motivazione – le disposizioni

– la definizione di ulteriori regolamentazioni. Dinanzi alla difficoltà di ottenere sufficienti consensi intorno ad ipotesi normative maggiormente ambiziose capaci di promuovere l'armonizzazione verso l'alto delle politiche dei tempi di lavoro, il legislatore europeo ripiegò su obiettivi più limitati, compatibili con l'unica base giuridica che avrebbe permesso l'approvazione della direttiva a maggioranza qualificata: l'art. 118 A del Trattato di Roma, ora trasfuso nell'art. 153 TFUE, che consentiva di adottare direttive in materia di salute e sicurezza dei lavoratori³⁰.

Il testo normativo porta dunque il segno della delicata opera compromissoria realizzata dal Consiglio, che – nel tentativo di ricercare il massimo consenso possibile intorno alla proposta di direttiva e di arginare la tenace opposizione del Regno Unito – disegnò l'organizzazione del tempo di lavoro sulla predominante esperienza dell'Europa continentale, lasciando però aperto sul modello della tradizione britannica un considerevole spazio alla flessibilità gestita attraverso accordi collettivi e individuali³¹. La doppia anima del legislatore comunitario traspare dunque nello «schizoide»³² testo normativo ap-

derogatorie «non possono essere invocate contro singoli [...] poiché l'applicazione di questi ultimi dipende dal diritto interno». Spetta dunque al legislatore nazionale il compito di dettare i requisiti «per attuare validamente le disposizioni derogatorie» (punto 56 della motivazione). Su tale questione v. più diffusamente A. FENOGLIO 2011, p. 218 ss.

³⁰ Proprio l'utilizzo di tale base giuridica fu contestato dalla Gran Bretagna, che propose alla Corte di giustizia un'istanza di annullamento per erroneità del fondamento giuridico della direttiva e violazione del principio di proporzionalità. Tale domanda, com'è noto, fu però respinta dalla Corte, che approfittò dell'occasione per rinsaldare «le possibilità di azione comunitaria, liberandola dagli intralci legati ad una concezione restrittiva del principio di sussidiarietà» (M. ROCCELLA, D. IZZI 2010, p. 39) e per chiarire la portata della base giuridica utilizzata: la nozione di «prescrizioni minime» accolta dall'art. 118 A del Trattato, infatti, «non pregiudica l'intensità» dell'intervento comunitario, che non deve essere limitato al «minimo denominatore comune, ovvero al più basso livello di tutela fissato dai diversi Stati membri»; al contrario, con tale espressione il Trattato intende riconoscere ai legislatori nazionali la possibilità di «adottare norme più rigorose di quelle che sono oggetto dell'intervento comunitario», nulla stabilendo in ordine all'incisività della disciplina da varare: Corte di giustizia 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito vs Consiglio dell'Unione Europea*, in *Racc.*, 1996, p. 5755, punti 16 e 17 della motivazione. Per un'attenta analisi di tale pronuncia v., fra i tanti, C. ALESSI 1997, p. 125; V. LECCESE 2001a, p. 156 ss.; P. PELISSERO 2000, p. 964; G. RICCI 1998, p. 99 ss.; M. ROCCELLA 2004b, p. 21 ss.; M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 72.

³¹ Sul punto v. B. BERCUSSON 1999, p. 136.

³² A. SUPLOT 1997, p. 16. In senso analogo v. anche V. FERRANTE 1998, p. 1309 s., che sottolinea come «il lungo corteggiamento» al Governo inglese per ottenerne il consenso si sia rivelato «non solo del tutto infruttuoso, ma addirittura dannoso», nuocendo alla qualità della direttiva.

provato: numerose sono infatti le deroghe che consentono in alcuni casi «di determinare una vera e propria disapplicazione di disposizioni che rappresentano il cuore della direttiva medesima»³³.

Nonostante il *restyling* operato dapprima per mezzo della direttiva n. 2000/34 e successivamente dalla direttiva n. 2003/88³⁴, la normativa europea presenta ancora oggi vistose autolimitazioni. Le contraddizioni insite nel testo approvato ormai quasi vent'anni fa permangono infatti anche nella più recente direttiva varata il 4 novembre 2003, che si è limitata a riorganizzare la materia in una sorta di testo unico, abrogando contestualmente le normative precedentemente approvate: a dispetto del «*lifting*»³⁵, la disciplina del 2003 nasce dunque già vecchia, mantenendo tutti i difetti e le debolezze che avevano caratterizzato il primo testo comunitario³⁶. Continuando a trascurare i pur importanti profili della concordanza fra tempi di lavoro e tempi sociali³⁷, il legislatore europeo si è infatti limitato a riorganizzare la

³³ V. LECCESE 2001a, p. 180.

³⁴ Sulle principali modifiche introdotte dalla direttiva n. 34 del 22 giugno 2000 (fra cui, soprattutto, l'ampliamento del campo di applicazione ai settori lavorativi e alle attività precedentemente esclusi) v. G. RICCI 2005, p. 102 ss. Sulla successiva direttiva n. 88 del 4 novembre 2003 v., fra i tanti, P. PELISSERO 2005, p. 363; M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 356 ss.; per uno sguardo da oltre Manica v. C. BARNARD 2006, p. 573 ss. Occorre ricordare, inoltre, che specifiche previsioni per il personale della navigazione – marittima e aerea – e per gli autotrasportatori sono state dettate dalle direttive nn. 1999/63, 1999/65, 2000/79 e 2002/15.

³⁵ P. PELISSERO 2005, p. 363.

³⁶ Proprio tali debolezze avevano destato molte critiche. Fin dalla sua approvazione, la direttiva ha infatti «suscitato più perplessità che consensi» (G. RICCI 2005, p. 106): additata da alcuni come «modello interventista “debole”» (M. LAI 1993, p. 2688), la normativa europea è stata definita da altri «impressionante per la sua complessità, la sua mancanza di chiarezza e il suo tentativo di contemperare rigidità e flessibilità» (C. BARNARD 1999a, p. 491); altri ancora, rilevandone «l'efficacia più simbolica che normativa» (F. VON PRONDZYNSKI 1994, p. 95), hanno segnalato come la direttiva sia «inadeguata e di basso profilo» (C. CESTER 1995, p. 16 ss.) e, nel complesso, «non particolarmente avanzata» (M. LAI 1995, p. 263 s.). Anche la Commissione europea ha recentemente riconosciuto che «l'attuale testo della direttiva è di difficile lettura ed è strutturato in modo tale da creare confusione»: par. 5.2, punto VIII della *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, COM (2010) 801 def., 21 dicembre 2010. Di diverso avviso è invece B. CARUSO 1995, p. 103, secondo cui la direttiva sarebbe «equilibrata ed in piena sintonia con le tendenze che vanno affermandosi nella prassi, o addirittura anticipatrice, e quindi positiva ispiratrice, di necessarie riforme di apparati normativi ormai obsoleti»; nello stesso senso v. anche P. ICHINO, 1998, p. 153 ss.

³⁷ G. RICCI 2005, p. 100; a tal proposito v. anche P. PELISSERO 2000, p. 964 s. e A. SUPIOR 1997, p. 28: in particolar modo, quest'ultimo sottolinea che mentre il diritto del lavoro nazionale era riuscito a rendere compatibile il «tempo dei mercanti»

materia mantenendo il vertiginoso elenco di deroghe rimesse agli Stati membri.

Dopo aver fornito la definizione di concetti chiave come quello di “orario di lavoro”³⁸, il testo comunitario si occupa degli istituti di maggior rilievo andando alla ricerca di un difficile contemperamento fra il primario obiettivo di tutela della salute dei lavoratori e le istanze imprenditoriali in favore di un’ampia flessibilità nella gestione del tempo di lavoro: il risultato è il raggiungimento di un equilibrio instabile, in cui il secondo piatto della bilancia è appesantito dall’ampio ricorso a norme molto elastiche che consentono al datore di lavoro di variare la collocazione e l’estensione dell’attività lavorativa. La durata massima dell’orario di lavoro, ad esempio, è fissata in quarantotto ore per ogni periodo di sette giorni: a ben guardare, però, tale limite si rivela tutt’altro che ferreo, individuando non un tetto massimo (come impropriamente definito dalla rubrica dell’art. 6 della direttiva) ma una durata massima media. La soglia di quarantotto ore deve essere infatti rispettata nell’ambito di «un periodo di riferimento non superiore a quattro mesi» (art. 16, lettera *b*), elevabile dalla legge o dalla contrattazione collettiva a sei mesi (art. 19, par. 1) e innalzabile ulteriormente sino a dodici mesi in presenza di «ragioni obiettive, tecniche o inerenti all’organizzazione del lavoro» (art. 19, par. 2). Analogamente, il riposo minimo settimanale di ventiquattro ore (cui si devono cumulare undici ore di riposo giornaliero) può essere fissato in relazione ad un periodo non superiore a quattordici giorni

con altri aspetti della vita umana, «il diritto comunitario rischia di cancellare questi limiti, invece di cooperare, come dovrebbe, ad una loro ridefinizione».

³⁸ I dubbi in ordine all’alternatività o alla concorrenza dei tre criteri utilizzati dall’art. 2, punto 1, della direttiva n. 2003/88 per definire il concetto di orario di lavoro («qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni») sono stati risolti dalla Corte di giustizia che – pur lasciando intendere che i tre criteri devono concorrere – ha ritenuto che rientrino nella nozione di orario di lavoro anche i c.d. tempi interstiziali (come le ore di guardia svolte dal personale medico), cioè quei momenti in cui il dipendente «non presta effettivamente la sua attività». Solo in tal modo, infatti, è possibile «garantire una tutela efficace della sicurezza e della salute dei lavoratori, facendo loro beneficiare effettivamente di periodi minimi di riposo»: Corte di giustizia 9 settembre 2003, causa C-151/02, *Jaeger*, in *Racc.*, 2003, p. 8389, punto 70 della motivazione; cfr. anche la pronuncia del 3 ottobre 2000, causa C-303/98, *Simap*, in *Racc.*, 2000, p. 7963. Sulla nozione di orario di lavoro v. anche, più recentemente, l’ordinanza della Corte di giustizia 4 marzo 2011, C-258/10, *Gri-gore*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punti 58 e 63 della motivazione. Per un’analisi della nota giurisprudenza comunitaria in materia, v. V. LECCESE 2004b, p. 1246 ss.; G. RICCI 2005, p. 154 e *Id.* 2009, p. 166 ss.; M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 368 ss. Per una riflessione sul concetto di disponibilità e attesa nel tempo di lavoro v. C. ALESSI 2011, soprattutto p. 6 ss.

(art. 5 della direttiva, in combinato disposto con l'art. 16, lettera *a*: v. meglio *infra*, cap. III, § 4.2). Reso già sufficientemente flessibile dall'ampio ricorso a moduli orari da calcolare come media in un periodo di tempo predeterminato, il sistema normativo delineato dalla direttiva risulta ulteriormente indebolito da alcune vistose lacune: oltre all'assenza di un limite massimo allo svolgimento di lavoro straordinario³⁹, colpisce in particolar modo la mancata previsione di un tetto alla durata della prestazione lavorativa giornaliera⁴⁰.

La costruzione normativa europea rischia inoltre di essere scardinata da un vasto elenco di eccezioni, con le quali le autorità europee hanno costituito «una sorta di micro-sistema» capace di «stravolgere e snaturare il macro-sistema di regole»⁴¹: la direttiva finisce così per assecondare la «tendenza, già in atto in diversi Stati membri, allo spostamento di baricentro della regolamentazione protettiva, anche a fini flessibilizzanti, dalla fonte legale a quella collettiva»⁴². Il testo comunitario autorizza infatti l'introduzione – mediante legge, regolamento, provvedimento amministrativo, o mediante contratti collettivi, nazionali o di inferiore livello⁴³ – di deroghe alla disciplina dei riposi giornaliero e settimanale, delle pause, della durata del lavoro notturno, dei periodi di riferimento per l'applicazione delle regole sul riposo settimanale, sulla durata settimanale dell'attività lavorativa e su quella del lavoro notturno⁴⁴; l'unica disposizione che non conosce possibi-

³⁹ Sulla mancata fissazione nella direttiva europea di limiti al lavoro straordinario v. G. BOLEGO 2004a, p. 81 ss.; cfr. anche C. CESTER 1995, p. 17, secondo cui si tratta di una «omissione non da poco».

⁴⁰ Quest'ultima lacuna è particolarmente grave, poiché costituisce un «elemento di potenziale vanificazione degli scopi protettivi della direttiva»: V. LECCESE 2001a, p. 215; nello stesso senso cfr. M. DELL'OLIO 1998, p. 377; P. PELISSERO 2000, p. 964; M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 358. Sull'assenza (sia nella direttiva che nella normativa italiana) di un limite massimo all'orario lavorativo giornaliero v. *infra*, cap. III, § 2.1.

⁴¹ Entrambe le citazioni sono tratte da M. ROCCELLA, D. IZZI 2010, p. 145.

⁴² V. LECCESE 2001a, p. 195; cfr. anche F. CARINCI, A. BOSCATI 2001, p. 15 s.

⁴³ Art. 17, par. 2 e art. 18 della direttiva. Tutte le deroghe sono subordinate alla concessione ai lavoratori di periodi di riposo compensativo o, quanto meno, alla previsione di una «protezione appropriata».

⁴⁴ È inoltre possibile derogare alla durata massima settimanale dell'attività lavorativa qualora questa, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non sia misurabile e/o predeterminata o possa essere determinata dagli stessi lavoratori: art. 17, par. 1, della direttiva. Tale disposizione riguarda però solo i «lavoratori il cui orario di lavoro nella sua interezza» risponde alle caratteristiche indicate: Corte di giustizia 7 settembre 2006, *Commissione vs Regno Unito*, cit. Per un'attenta analisi delle ampie possibilità di deroga concesse dalla direttiva v. V. LECCESE 2001a, p. 187 ss., che le distingue in «condizionate» e «incondizionate», a seconda che la possibilità di sfruttamento di queste sia o meno subordinata alla presenza di presupposti oggettivi.

lità di eccezione è dunque quella relativa alle ferie annuali, la cui tutela – per certi versi lacunosa⁴⁵ (v. *infra*, cap. III, §§ 5.1 e 5.2) – non può però essere definita né «robusta», né «forte»⁴⁶.

La contraddizione più significativa rispetto alla logica protettiva sottesa alla direttiva va però rintracciata nella previsione che autorizza l'autonomia contrattuale individuale a disapplicare le regole in tema di durata massima settimanale della prestazione lavorativa⁴⁷ (v. *infra*, cap. III, § 1.1): tale norma – che finisce per ammettere che «l'attuazione della tutela e, ovviamente, la stessa possibilità del suo superamento possano spostarsi dall'asse "legge – autonomia collettiva" [...] al binomio "autonomia individuale – controllo amministrativo"» – contiene infatti «il germe del superamento del principio secondo cui la limitazione dell'orario di lavoro rappresenta uno strumento *preventivo* al fine di evitare possibili danni alla salute»⁴⁸. Introdotto per cercare di arginare l'opposizione britannica all'approvazione della direttiva, l'art. 22 – noto come clausola di *opting-out* – avrebbe dovuto avere carattere transitorio; non soltanto, tuttavia, vent'anni dopo la sua approvazione tale disposizione continua a far mostra di sé, ma il ricorso ad essa è aumentato notevolmente nel corso del tempo. La giurisprudenza con cui la Corte di giustizia ha esteso la nozione di "orario" anche ai periodi di guardia con regime

⁴⁵ Tale norma si limita infatti a fissare in quattro settimane la durata minima di ferie annuali retribuite e a vietarne la sostituzione con erogazioni patrimoniali (salvo in caso di cessazione del rapporto di lavoro), rinunciando però in partenza ad intervenire su altre questioni di cruciale rilievo, come la collocazione temporale del periodo di riposo: la definizione delle «condizioni di ottenimento e di concessione» è infatti delegata alla legislazione o alle prassi nazionali. Ad ogni modo, occorre rilevare che – nel corso degli ultimi anni – la Corte di giustizia ha proceduto ad una delicata opera di rafforzamento del diritto alle ferie, arricchendo la disciplina europea attraverso nuove, importanti precisazioni. Sull'argomento, sul quale ci si soffermerà nel prosieguo, sia consentito rinviare fin da ora a A. FENOGLIO 2010a, soprattutto p. 453 ss.

⁴⁶ In tal senso v. invece G. RICCI 2005, p. 131 ss., secondo cui nel disciplinare il diritto alle ferie annuali il legislatore comunitario avrebbe utilizzato un «approccio decisamente *hard*» (in tal senso v. p. 135).

⁴⁷ Tale previsione è contenuta nell'art. 22 della direttiva n. 2003/88, già art. 18 della direttiva n. 93/104: la disapplicazione del limite massimo medio di quarantotto ore è subordinata al consenso del lavoratore, al rispetto dei generali principi di tutela della salute e della sicurezza e all'obbligo del datore di lavoro di tenere un registro aggiornato dei lavoratori che abbiano accettato il prolungamento dell'orario, registro che deve essere messo a disposizione delle autorità competenti che ne facciano richiesta. Per un'analisi delle problematiche sollevate da tale clausola, su cui ci soffermerà nel prosieguo, si rinvia fin da ora a V. LECCESE 2001a, p. 196 ss. e a P. PELLISERO 2005, p. 396; nella dottrina anglosassone v. C. BARNARD 2006, p. 589 ss. e C. BARNARD, S. DEAKIN, R. HOBBS 2003, p. 223 ss.

⁴⁸ Entrambe le citazioni sono tratte da V. LECCESE 2001a, p. 198 s.

di presenza fisica sul luogo di lavoro⁴⁹ ha infatti indotto un numero sempre maggiore di legislatori nazionali ad avvalersi della “valvola di sfogo” prevista dall’art. 22 della direttiva⁵⁰, valvola che – con ogni probabilità – sopravviverà anche al termine dell’accidentato percorso di riforma che dovrebbe portare all’approvazione di una nuova direttiva sull’orario di lavoro.

Proprio l’incisiva giurisprudenza della Corte – che, valorizzando la finalità di tutela della salute, ha ridimensionato alcuni degli ampi spazi di flessibilità ammessi dalla direttiva⁵¹ – ha infatti provocato la reazione di taluni Stati membri, che si è tradotta nel tentativo, rimasto finora infruttuoso, di modificare la direttiva n. 2003/88. Apertosi con la Comunicazione della Commissione del 30 dicembre 2003⁵², il processo di revisione si è però incagliato su alcune questioni di cru-

⁴⁹ Su cui v. *supra*, nota 38. Sul rapporto di causa-effetto intercorrente fra l’estensione in via giurisprudenziale del concetto di “orario di lavoro” anche ai c.d. periodi interstiziali e il ricorso di alcuni Stati membri alla deroga prevista dall’art. 22 della direttiva v. P. PELISSERO 2005, p. 306 ss.

⁵⁰ Come si dirà meglio *infra*, cap. III, § 1.1, oltre la Gran Bretagna, hanno fatto successivamente ricorso alla clausola di *opting out* altri quindici Paesi: di questi, cinque (Bulgaria, Cipro, Estonia, Malta e Regno Unito) consentono il ricorso a tale clausola in qualunque settore lavorativo; nei restanti undici Paesi, invece, l’accordo individuale volto al superamento del limite medio massimo dell’orario di lavoro settimanale può essere sottoscritto soltanto in specifici settori lavorativi o occupazioni che comportano il ricorso massiccio al servizio di guardia (si tratta del Belgio, della Repubblica Ceca, della Francia, della Germania, della Lettonia, dell’Ungheria, dei Paesi Bassi, della Polonia, della Slovacchia, della Slovenia e della Spagna). Sul punto v. il par. 3.7. della *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sull’applicazione da parte degli Stati membri della direttiva n. 2003/88*, COM (2010) 802 def., 21 dicembre 2010.

⁵¹ Non soltanto la Corte ha chiarito che i c.d. “tempi di attesa” rientrano nella nozione di “orario di lavoro” (su cui v. *supra*, nota 38), ma è anche intervenuta a proposito dei riposi compensativi che vanno fruiti dai lavoratori qualora l’attività lavorativa si prolunghi al di là dei limiti fissati dalla direttiva, precisando che questi devono essere «immediatamente successivi all’orario di lavoro che sono intesi a compensare» (Corte di giustizia 9 settembre 2003, *Jaeger*, cit., punto 94 della motivazione; cfr. anche la sentenza del 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union Syndicale Solidaires Isère*, in *Racc.*, 2010, p. 9961, punto 50 della motivazione). Particolarmente importante è anche la giurisprudenza in materia di ferie, su cui v. *infra*, cap. III, § 5.2. Per una rassegna delle principali pronunce della Corte in materia di orario di lavoro v. V. LECCESE 2009, p. 330 ss.; G. RICCI 2009, p. 162 ss.; M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 368 ss.

⁵² *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni e alle parti sociali a livello comunitario, relativa al riesame della direttiva n. 93/104 concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro*, COM (2003) 843 def., 30 dicembre 2003.

ciali importanza, come il mantenimento della clausola di *opting out*, la ridefinizione della nozione di “orario di lavoro” e l’eventuale annualizzazione del periodo di riferimento per il computo del limite massimo settimanale di quarantotto ore di lavoro: la procedura di co-decisione prevista dall’art. 251 TCE (ora art. 294 TFUE) è infatti fallita a causa della contrapposizione fra il Parlamento – più sensibile alla necessità di garantire una protezione appropriata della salute e della sicurezza dei lavoratori – e il Consiglio, maggiormente incline a dar soddisfazione alle istanze imprenditoriali di flessibilità. Nelle diverse fasi della procedura di revisione è infatti emersa la contraddittorietà dei principi che avrebbero dovuto guidare la stesura della nuova direttiva, già evidente nella Comunicazione del dicembre 2003 con cui la Commissione – proponendo di riconoscere alle imprese una maggior flessibilità nella gestione dell’orario di lavoro e al contempo di definire orari maggiormente compatibili con la vita familiare dei dipendenti – aveva dettato criteri «sicuramente ragionevoli» ma «in larga misura confliggenti tra loro»⁵³. Abbandonato il disegno del 2004⁵⁴, anche la proposta avanzata nel 2005⁵⁵ si è risolta – dopo

⁵³ P. PELISSERO 2005, p. 407.

⁵⁴ V. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, recante modifica della direttiva n. 2003/88/CE concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro, COM (2004) 607 def., 22 settembre 2004: su tale proposta, notevolmente sbilanciata verso le istanze delle *lobbies* imprenditoriali, v. l’analitica analisi di G. RICCI 2005, p. 224 ss.; sul punto v. anche P. PELISSERO 2005, p. 409 ss.

⁵⁵ V. la proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, recante modifica della direttiva n. 2003/88/CE concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro, COM (2005) 246 def., 31 maggio 2005, con cui erano stati recepiti almeno in parte gli emendamenti formulati dal Parlamento alla proposta del 2004. In essa era prevista la possibilità di estendere a dodici mesi il periodo di riferimento per il calcolo della durata massima settimanale di quarantotto ore non soltanto mediante accordi collettivi (così come dispone la direttiva n. 2003/88) ma anche mediante disposizioni di legge o di regolamento, fatto salvo il rispetto di limiti procedurali (preventiva informazione e consultazione dei lavoratori e/o dei sindacati) e sostanziali (misure necessarie a tutela della salute e della sicurezza); quanto ai riposi compensativi, il c.d. “principio di elasticità” introdotto nella proposta del 2004 (secondo cui la fruizione di questi avrebbe dovuto avvenire entro settantadue ore dal periodo di lavoro da compensare) era stato stemperato mediante il criterio della ragionevolezza. Per quanto riguarda il mantenimento della clausola di *opting out*, la proposta del 2005 imponeva obblighi formali maggiormente rigorosi per il datore di lavoro che intendesse avvalersene e prevedeva la limitazione nel tempo della validità dell’accordo individuale; la clausola avrebbe poi dovuto essere definitivamente abrogata dopo 36 mesi. La proposta di direttiva escludeva però il periodo inattivo di guardia dalla nozione di “orario di lavoro” (salva diversa disposizione di legge o contratto collettivo nazionale), ridimensionando così la portata della giurisprudenza della Corte di giustizia. Per una più approfondita analisi della proposta del 2005 v. G. RICCI 2009, p. 192 ss.

un lungo periodo di stallo – in un nulla di fatto quando, il 17 dicembre 2008, il Parlamento ha bocciato la proposta di posizione comune con cui il Consiglio qualche mese prima – oltre ad aver escluso dalla nozione di “orario di lavoro” i periodi inattivi del servizio di guardia – aveva abbandonato la prospettiva abrogativa della clausola di *opting out*⁵⁶. Rimasto infruttuoso anche il tentativo di raggiungere un accordo in seno al Comitato di conciliazione⁵⁷, tale proposta può dirsi dunque definitivamente abbandonata.

Una nuova fase di consultazione in vista della revisione della direttiva è stata però recentemente aperta dalla Commissione che – considerando «chiaramente insoddisfacente» l'attuale situazione – ha consultato le parti sociali sul contenuto della nuova direttiva (in conformità con la procedura delineata dall'art. 154 TFUE), invitando queste ultime ad analizzare i punti critici del testo comunitario attualmente in vigore «alla luce dei cambiamenti fondamentali» verificatisi nel mercato del lavoro successivamente all'adozione della prima di-

⁵⁶ *Proposta di posizione comune (CE) n. 23/2008*, in G.U.U.E., 7 ottobre 2008, n. C 254, adottata dal Consiglio il 15 settembre 2008: il Consiglio, oltre a ribadire il regime differenziato fra “servizio di guardia” e “periodo inattivo del servizio di guardia” e l'annualizzazione del periodo di riferimento per il calcolo dell'orario di lavoro su base multiperiodale, aveva introdotto alcune modifiche alla disciplina dell'*opting out* al fine di limitare i possibili abusi; a tale inasprimento formale delle regole faceva però da contraltare l'abbandono della prospettiva abrogativa della clausola. Per un'analisi dettagliata della posizione del Consiglio v. A. ALLAMPRESE 2008a. Seguendo la linea suggerita dal relatore socialista Alejandro Cercas, il Parlamento ha però bocciato la proposta del Consiglio, approvando vari emendamenti. In particolare, la nozione di “orario di lavoro” è stata nuovamente estesa ai periodi inattivi del servizio di guardia, autorizzando tuttavia modalità specifiche (previste mediante contratto collettivo, accordo fra le parti, disposizioni legislative o regolamentari) per il computo dei periodi inattivi; con la Risoluzione è stata inoltre nuovamente reintrodotta la norma che disponeva l'abrogazione della clausola di *opting out* entro trentasei mesi dall'approvazione della direttiva: v. la *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo* del 17 dicembre 2008, in G.U.U.E., 23 febbraio 2010, n. C 45E. Su parte degli emendamenti proposti dal Parlamento la Commissione ha però successivamente espresso parere negativo: v. il *Parere della Commissione a norma dell'articolo 251, paragrafo 2, terzo comma, lettera c, del trattato CE sugli emendamenti del Parlamento Europeo alla posizione comune del Consiglio relativa alla proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva n. 2003/88/CE*, COM (2009) 57 def., 4 febbraio 2009.

⁵⁷ Il 29 aprile 2009 il Comitato di conciliazione fra Consiglio e Parlamento ha infatti preso atto dell'impossibilità di raggiungere un accordo sulla proposta di modifica della direttiva: è questa la prima volta in cui i colegislatori non hanno raggiunto un punto d'incontro. Per un'analisi dettagliata delle varie tappe della procedura di revisione della direttiva v. V. FERRANTE 2008a, p. 140 e ID. 2010, p. 505 ss.; D. GOTTARDI 2009, p. 313; V. LECCESE, 2009, p. 340 ss.; G. RICCI 2005, p. 213 ss. e ID. 2009, p. 189 ss. Nella dottrina straniera v. C. MORENO DE TORO 2010, p. 260 ss.

rettiva in materia di orario: accanto all'obiettivo storico e primario di tutela della salute dei lavoratori, la nuova direttiva dovrebbe dunque perseguire finalità altrettanto importanti fino ad ora lasciate in secondo piano, occupandosi della conciliazione fra tempi di lavoro e tempi di vita, del rapporto tra riduzione dell'orario e riflessi occupazionali e dello sviluppo di forme d'orario che favoriscano pari opportunità nell'accesso al lavoro. Oltre alla *ratio* protettiva, secondo la Commissione la nuova direttiva dovrebbe infatti garantire un buon bilanciamento fra lavoro e vita privata, consentendo ai dipendenti di poter «far fronte alle loro responsabilità familiari» e di poter «influire» sulle scelte imprenditoriali relative alla distribuzione dell'orario; al contempo, il nuovo testo normativo dovrà però anche andare incontro alle esigenze dei datori di lavoro, permettendo loro di «rendere più flessibili i tempi di produzione e gli orari di apertura», al fine di reagire con maggiore elasticità ai mutamenti del mercato⁵⁸.

Pur essendo astrattamente ragionevoli e condivisibili, ancora una volta i criteri dettati dalla Commissione risultano però fra loro difficilmente conciliabili: come già la Comunicazione del 2003, anche il più recente testo auspica infatti «la quadratura del cerchio tra l'esigenza di garantire una protezione elevata della salute e della sicurezza dei lavoratori e quella di dare alle imprese e agli Stati membri una maggiore flessibilità nella gestione dell'orario di lavoro», nonché tra l'obiettivo di «rendere più compatibili la vita professionale e la vita familiare e quello di evitare oneri eccessivi alle imprese, soprattutto medie e piccole»⁵⁹. Ad ogni modo, nonostante la permanente contraddittorietà fra gli obiettivi da perseguire, l'inizio della nuova legislatura e la decisione delle parti sociali di intavolare un negoziato che conduca ad un accordo *ex art. 155 TFUE*⁶⁰ potrebbero segnare un'ac-

⁵⁸ Tutte le citazioni sono tratte dalla *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, COM (2010) 106 def., 24 marzo 2010. Per un primo commento a tale comunicazione v. F. RIVELLINI 2010, p. 959 ss.; per una riflessione più ampia v. V. LECCESE 2010a, p. 13. Il successivo 21 dicembre la Commissione ha dato avvio alla seconda fase obbligatoria di consultazione dei rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro a livello europeo, presentando contestualmente una relazione sull'applicazione da parte degli Stati membri della direttiva n. 2003/88: v. i documenti COM (2010) 801 def. e COM (2010) 802 def.

⁵⁹ P. PELISSERO 2005, p. 407.

⁶⁰ Il 14 novembre 2011 BUSINESSSEUROPE, ETUC, UEAPME e CEEP hanno comunicato alla Commissione l'avvio della negoziazione in vista del raggiungimento di un accordo per la revisione della direttiva sull'orario di lavoro. Nonostante sia ormai trascorso il termine di nove mesi dall'inizio dei lavori previsto dall'art. 154.4 TFUE, le parti sociali non sono ancora pervenute ad un accordo: la Commissione europea ha dunque acconsentito all'estensione del periodo di nego-

celerazione nel procedimento di revisione della direttiva: sull'effettiva possibilità che il nuovo testo sappia garantire l'equilibrio fra le esigenze delle imprese e quelle dei lavoratori permangono tuttavia non pochi dubbi.

2.2. *L'impatto sugli ordinamenti interni: analogie e differenze fra Regno Unito, Germania, Spagna, Francia e Italia*

Volendo utilizzare una similitudine, la direttiva sull'orario di lavoro ben potrebbe essere paragonata ad un treno su cui tutti gli Stati membri – volenti o nolenti – sono saliti, salvo accalcarsi immediatamente vicino alle uscite: nel recepire la normativa europea, infatti, i legislatori interni si sono accomodati vicino ai finestrini spalancati sul ricorso a moduli orari medi ed accanto alle porte lasciate aperte dal compiacente legislatore comunitario su numerose deroghe ed eccezioni; come non bastasse, alcuni Paesi membri hanno poggiato la propria mano sul freno d'emergenza costituito dalla clausola di *opting out*, così da essere pronti ad azionarlo tempestivamente in caso di necessità.

Le vie di fuga lasciate aperte dalla direttiva europea sono state infatti prese d'assalto non soltanto da quei Paesi che, come la Gran Bretagna⁶¹, erano poco avvezzi all'introduzione di disposizioni eteronome in materia di orario, ma anche dagli Stati in cui la disciplina del tempo di lavoro già conosceva limiti legali. Più che segnare un innalzamento in tutti i Paesi europei del livello di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, la normativa europea ha dunque determinato un livellamento delle disposizioni interne: se, infatti, è pur vero che i Paesi "a bassa regolamentazione" sono stati obbligati ad introdurre in via legislativa limiti e regole in materia di orario di lavoro prima non presenti, la maggior parte dei Paesi che già disponeva di una normativa in materia si è però adagiata sul testo licenziato dalle autorità europee senza introdurre elementi di miglior favore rispetto a quelli imposti dalla direttiva, ma anzi in taluni casi eliminando disposizioni maggiormente protettive già esistenti. Non sono pochi, inoltre, gli Stati membri che, specie negli anni più re-

ziazione fino al 31 dicembre 2012. V. il comunicato stampa del 16 agosto 2012, RAPID IP/12/903.

⁶¹ Prima del recepimento della direttiva, in Gran Bretagna mancava una regolamentazione legislativa dell'orario: il tempo di lavoro non conosceva infatti una durata massima, né giornaliera, né settimanale; non era inoltre previsto un periodo minimo di ferie, né la legge si occupava di riposi settimanali e giornalieri. L'orario di lavoro era infatti regolato soltanto dalla contrattazione collettiva; ben poteva dirsi, dunque: «Britain is peculiar» (C. HAKIM 1999, p. 269).

centi, hanno riconosciuto un sempre più ampio potere derogatorio all'autonomia privata (come si vedrà *infra*, in questo §), affidando – a seconda dei casi – alla contrattazione collettiva decentrata e alle parti individuali del rapporto di lavoro la possibilità di disapplicare gran parte dei vincoli previsti dai testi normativi nazionali.

Tratto che accomuna molte delle normative con cui la direttiva è stata recepita negli ordinamenti interni è, come già accennato, l'estrema aderenza al testo comunitario: molto spesso i legislatori nazionali si sono limitati a procedere ad una «trasposizione a “carta copiativa”»⁶² della direttiva europea, senza percepire la necessità di integrare le previsioni comunitarie con disposizioni di dettaglio. Così, ad esempio, le britanniche *Working Time Regulations* (varate nel 1998 e poi più volte modificate⁶³) ricalcano – talora pedissequamente – il testo della direttiva comunitaria, facendo ricorso a molti degli ampi spazi di flessibilità consentiti a livello europeo⁶⁴. La disciplina di molti istituti è infatti appiattita sul limite estremo consentito dalla direttiva: il periodo minimo di riposo giornaliero è fissato in undici ore⁶⁵, mentre il periodo di riferimento per il computo del riposo settimanale di ventiquattro ore è pari a quattordici giorni⁶⁶, così come consentito dalla normativa europea⁶⁷. Rispetto a quest'ultima, una dose ulteriore di flessibilità è stata introdotta mediante l'utilizzo di moduli orari medi: l'orario massimo settimanale di quarantotto ore deve essere infatti calcolato come media in un periodo pari a 17 settimane, periodo che può essere individuato mediante *relevant agreement*⁶⁸ oppure essere lasciato alla determinazione, anche unilaterale, del datore di lavoro⁶⁹; analoghe modalità di calcolo sono utilizzate per computare

⁶² P. PELISSERO 2005, p. 380.

⁶³ Decisamente numerosi sono gli *amendments* che sono stati via via emanati: per un'analisi della disciplina britannica v. A.C.L. DAVIES 2009, p. 106 ss. Per un *excursus* sul recepimento della direttiva nell'ordinamento inglese v. C. BARNARD 1999b, p. 61 ss.; G. RICCI 2001, p. 231 e ID. 2005, p. 411; P. PELISSERO 2005, p. 366; M. VICECONTE 2003, p. 840 ss.

⁶⁴ Nello stesso senso v. G. RICCI 2005, p. 412; P. PELISSERO 2005, p. 367.

⁶⁵ Reg. 10.

⁶⁶ Reg. 11, par. 2, che stabilisce che il riposo settimanale può essere fruito in due periodi di almeno ventiquattro ore ogni quattordici giorni oppure in un unico periodo di quarantotto ore.

⁶⁷ Art. 16, lettera *a*, direttiva n. 2003/88.

⁶⁸ Reg. 4, par. 3, lettera *a*: per *relevant agreement* si intende un accordo collettivo stipulato fra uno o più sindacati e una o più organizzazioni datoriali (i.e. *collective agreement*) oppure un accordo sottoscritto dall'azienda con i rappresentanti eletti dai lavoratori (i.e. *workforce agreement*).

⁶⁹ Reg. 4, par. 3, lettera *b*: si tratta del c.d. *rolling period*. Sul punto v. G. RICCI 2005, p. 413.

l'orario massimo medio giornaliero di 8 ore previsto per i lavoratori notturni⁷⁰.

In gran parte appiattita sul testo della direttiva europea è anche la normativa di trasposizione tedesca⁷¹. Significativa è, a questo proposito, l'assenza di una norma in materia di lavoro straordinario⁷²: così come la legge britannica, anche l'*Arbeitszeitgesetz* si adagia infatti sullo schema normativo predisposto dal legislatore europeo, che menziona il lavoro straordinario al solo fine di ricomprenderlo all'interno del tetto massimo settimanale⁷³. Sovrapponibili al testo della direttiva sono altresì la disciplina del riposo giornaliero⁷⁴ e quella del lavoro notturno⁷⁵. Maggiormente garantista pare invece la norma in materia di riposo settimanale: benché la direttiva europea non ne imponga necessariamente la fruizione in coincidenza con la domenica⁷⁶, la legislazione interna conferma infatti il divieto di lavoro domenicale e festivo, già imposto un secolo prima dalla *Gevebeordnung* del 1891⁷⁷.

⁷⁰ Reg. 6, par. 3.

⁷¹ Emanata nel 1994, la legge sull'orario di lavoro (*Arbeitszeitgesetz*) ha subito alcune rilevanti modifiche nel dicembre 2003, nell'ambito di un'ampia riforma del mercato del lavoro. Per un'accurata analisi della normativa tedesca v. R. BISPINCK 2006, p. 111 ss.; M. WEISS, M. SCHMIDT 2008, p. 92 ss.; cfr. anche P. PELISSERO 2005, p. 399 ss. e G. BOLEGO 2000a, p. 47.

⁷² In mancanza di una disciplina legale, gli unici limiti allo svolgimento di lavoro straordinario sono quelli fissati dalla contrattazione collettiva. Diversi sono i modi con cui le parti sociali tedesche si sono occupate della questione: in alcuni casi i contratti collettivi fissano il numero massimo di ore di lavoro straordinario che possono essere svolte in un anno; in altri casi si limitano a stabilire una durata massima assoluta al lavoro giornaliero o settimanale; altri ancora, infine, stabiliscono il numero massimo di giorni in cui il lavoro straordinario può essere svolto. Su tale questione cfr. M. WEISS, M. SCHMIDT 2008, p. 100. Cfr. anche J. ZMARZLIK 1994, p. 1083 e U. ZACHERT 1995, p. 124, secondo i quali la normativa attualmente in vigore rappresenterebbe un arretramento rispetto all'*Arbeitszeitordnung* del 1938. Per un'analisi in lingua italiana della disciplina tedesca v. G. BOLEGO 2004a, p. 90 ss.

⁷³ Su tale punto v. G. RICCI 2005, p. 404; P. ICHINO 1998, p. 160.

⁷⁴ In aderenza alla direttiva comunitaria, l'ArbZG. § 5 fissa in almeno undici ore consecutive il periodo di riposo giornaliero.

⁷⁵ I lavoratori notturni non possono prestare la propria attività per più di 8 ore al giorno, che devono essere calcolate in un periodo di riferimento pari ad un mese (ArbZG. § 6).

⁷⁶ La direttiva, già nella sua versione originaria, rimetteva alla scelta discrezionale degli Stati membri il compito di individuare il giorno di riposo settimanale, limitandosi a stabilire che questo «comprende *in linea di principio* la domenica» (c.m.). Tale previsione è però stata annullata dalla Corte di giustizia con la sentenza 12 novembre 1996, *Regno Unito vs Consiglio*, cit.: su tale questione v. M. ROCCELLA 1997, in particolare p. 102 s.; sul punto v. meglio *infra*, cap. III, § 4.1.

⁷⁷ ArbZG. § 9. Tale norma conosce però numerose eccezioni per specifici gruppi di lavoratori e per determinate attività, elencate nell'ArbZG. § 10; ulteriori eccezioni possono inoltre essere introdotte dai Governi regionali. Sul riposo domenicale v. M.

Vi è poi un altro importante punto di scostamento fra la legge tedesca e la normativa europea: mentre, infatti, quest'ultima fissa un limite (massimo medio) settimanale allo svolgimento dell'attività lavorativa, la disciplina interna mantiene un tetto massimo giornaliero pari a 8 ore, che possono essere eventualmente calcolate come media in un arco temporale non superiore a sei mesi o a ventiquattro settimane⁷⁸. Benché complessivamente l'orario settimanale fissato dal legislatore tedesco non si discosti dal tetto massimo stabilito dalla direttiva⁷⁹, la scelta di modulare la durata dell'attività lavorativa su base giornaliera è però apprezzabile, perché capace di garantire un migliore bilanciamento fra le istanze imprenditoriali ad un'elevata flessibilità e la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori: non si può infatti dimenticare la stretta connessione esistente fra orari giornalieri particolarmente prolungati e il rischio del verificarsi di infortuni⁸⁰, connessione che pare però essere sfuggita al legislatore italiano.

In seguito all'abrogazione del decreto del 1923, nel nostro ordinamento è infatti venuta meno la norma che individuava in dieci ore la durata massima dell'orario giornaliero⁸¹: il legislatore del 2003, «rifugiandosi dietro l'ombrello comunitario che nulla espressamente dice

WEISS, M. SCHMIDT 2008, p. 102. Su tale questione e, in particolar modo, sulla pronuncia di incostituzionalità da parte del *Bundesverfassungsgericht* di una norma emanata dal *Land* di Berlino che autorizzava l'apertura degli esercizi commerciali nelle quattro domeniche di avvento v. più approfonditamente *infra*, cap. III, § 4.1.

⁷⁸ Come già le normative previgenti, anche l'ArbZG. continua a fissare la durata massima giornaliera del lavoro, pur concedendo – rispetto al passato – una maggiore flessibilità: la giornata lavorativa può infatti estendersi fino a dieci ore, a condizione però che venga rispettata la durata media di 8 ore in sei mesi o ventiquattro settimane (ArbZG. § 3); tale soglia può in ogni caso essere derogata dalla contrattazione collettiva (ArbZG. § 7) o essere ridotta dai governi regionali per lo svolgimento di determinate attività lavorative o per specifici gruppi di lavoratori, in presenza di pericoli per la salute (ArbZG. § 8). Orari giornalieri più lunghi possono invece essere autorizzati in presenza di specifiche situazioni, previste dall'ArbZG. § 14 e dall'ArbZG. § 15.

⁷⁹ A ben vedere, infatti, il limite massimo medio di 8 ore al giorno (combinato con il diritto dei lavoratori a ventiquattro ore di riposo settimanale) corrisponde esattamente al tetto massimo medio di quarantotto ore settimanali fissato dalla direttiva.

⁸⁰ Tale legame è stato evidenziato anche dalla Commissione, secondo la quale «il nesso tra lunghe ore di lavoro e salute e sicurezza dei lavoratori non richiede ulteriori conferme. Numerose ricerche hanno dimostrato che la fatica conseguente al lavoro aumenta in rapporto al numero delle ore lavorate. L'esperienza evidenzia che dopo un certo tempo la fatica e la perdita di concentrazione non possono essere evitate e che durante le ultime ore di lavoro aumenta il rischio d'infortuni»: COM (2003) 843 def.

⁸¹ L'art. 1 del r.d.l. n. 692/1923 fissava in 8 ore la durata normale dell'orario giornaliero, a cui potevano aggiungersi, a norma dell'art. 5, due ore di lavoro straordinario.

in materia»⁸², ha infatti abrogato il previgente limite giornaliero⁸³ senza introdurne uno nuovo, ponendosi così in violazione dell'art. 36, comma 2, Cost., secondo cui la durata massima della giornata lavorativa deve essere stabilita dalla legge (v. *infra*, cap. III, § 2.2). A tale contestazione si è ribattuto che il tetto massimo giornaliero continuerebbe a poter essere facilmente ricavato per sottrazione, grazie al vincolo legale del riposo di undici ore ogni ventiquattro⁸⁴. Tale interpretazione – che non tiene conto della differenza qualitativa esistente tra una norma che esprime «una consapevole ed inequivocabile volontà del legislatore di delimitare (anche) la durata giornaliera dell'orario di lavoro e la necessità di dover ricavare il limite in parola in via interpretativa»⁸⁵ – non consente però di sostenere la legittimità costituzionale del d.lgs. n. 66. Il testo normativo risulta infatti emanato in violazione anche dell'art. 76 Cost., poiché l'innalzamento della giornata lavorativa massima da dieci a tredici ore⁸⁶ appare in contrasto con la clausola di non regresso, il cui rispetto era imposto al Governo non soltanto dalla direttiva ma anche dalla legge delega⁸⁷ (v. *infra*, cap. III, § 2.2.1). Nel corso dei dieci anni trascorsi dall'entrata

⁸² M. NAPOLI 2004, p. 1233.

⁸³ Si ricordi, infatti, che sono abrogate «tutte le disposizioni legislative e regolamentari nella materia disciplinata dal decreto legislativo [66/2003], salve le disposizioni espressamente richiamate»: così l'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 66/2003.

⁸⁴ È la tesi sostenuta nella relazione governativa di accompagnamento al d.lgs. n. 66, secondo cui «il rispetto del principio costituzionale di cui all'art. 36 Cost. è garantito indirettamente dalla presenza di un periodo giornaliero di riposo continuativo di undici ore consecutive». Tuttavia, come autorevole dottrina ha sottolineato (U. CARABELLI, V. LECCESE, 2004b, p. 18), l'art. 36, comma 2 Cost. meriterebbe di «essere preso sul serio», poiché «derivante direttamente dall'esigenza di tutela del *diritto costituzionale alla salute* di cui all'art. 32 Cost.»: l'obbligo per il legislatore di fissare l'entità massima della giornata lavorativa non può perciò essere ritenuto soddisfatto da una disposizione il cui unico intento è quello di stabilire l'entità del lasso temporale minimo intercorrente fra la fine di una prestazione e l'inizio di un'altra (art. 7, d.lgs. n. 66/2003). Tenuto conto, inoltre, delle svariate eccezioni che tale norma conosce (art. 17 d.lgs. n. 66), si può facilmente rilevare come una simile interpretazione non garantisca la legittimità costituzionale del d.lgs. n. 66. Per un'approfondita analisi di tale questione v. V. LECCESE 2004c, p. 1329 ss. e ID. 2006a, p. 296 ss.

⁸⁵ M. ROCCELLA 2010d, p. 318.

⁸⁶ Al lordo della pausa giornaliera di almeno dieci minuti prevista dall'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 66/2003.

⁸⁷ La legge delega n. 39/2002, infatti, imponeva al Governo di rispettare i principi e i criteri «contenuti nelle direttive da attuare» (art. 2, comma 1) e di assicurare in ogni caso la piena conformità delle norme delegate «alle prescrizioni delle direttive medesime» (art. 2, comma 1, lettera f): fra tali principi rientrava certamente anche quello di non regresso. Per un'attenta analisi delle problematiche connesse al contrasto dell'attuale disciplina legislativa con l'art. 76 Cost., v. V. LECCESE 2006a, p. 259 ss. e U. CARABELLI, V. LECCESE, 2004b, p. 32.

in vigore del d.lgs. n. 66 il legislatore non ha però mai seriamente mostrato l'intenzione di ritornare sui suoi passi: benché nella quindicesima legislatura – «sull'onda dell'indignazione»⁸⁸ suscitata dalla tragedia verificatasi nello stabilimento torinese della Thyssenkrupp⁸⁹ – il Parlamento abbia votato, a fine 2007, un ordine del giorno che impegnava il Governo alla reintroduzione del limite di durata massima giornaliera dell'orario di lavoro, tale grave lacuna non è mai stata sanata.

Diversa è stata la scelta compiuta dal legislatore francese che, nonostante il silenzio della direttiva, ha fissato la durata massima della prestazione lavorativa giornaliera in dieci ore, ammettendo però non irrilevanti possibilità di deroga⁹⁰. Un'indicazione relativamente all'orario di lavoro giornaliero è presente anche nella normativa spagnola, ove però il legislatore si è limitato a fissarne in 9 ore la durata massima normale⁹¹. Nel complesso, l'*Estatuto de los trabajadores*⁹² pare comunque essersi saputo discostare dalla direttiva europea introducendo disposizioni maggiormente protettive, il cui carattere inderogabile in taluni casi è però venuto meno dopo che i più recenti interventi legislativi (su cui v. *infra*, in questo §) hanno incrementato in misura significativa il potere derogatorio attribuito all'autonomia privata, individuale e collettiva.

Di per sé, ad ogni modo, i vincoli all'orario di lavoro fissati dalla legislazione iberica paiono maggiormente restrittivi rispetto a quelli previsti dalla direttiva comunitaria: pur non rinunciando a ricorrere

⁸⁸ M. ROCCELLA 2010b, p. 149.

⁸⁹ Al di là delle responsabilità penali accertate in sede giudiziaria (Corte d'Assise Torino, 14 novembre 2011, in *GD*, 2011, n. 49-50, p. 50), è noto come la disgrazia si sia verificata alla dodicesima ora consecutiva di lavoro. Ciò che si intravede sullo sfondo di questo e di molti altri incidenti è dunque «una cultura di impresa che nella sua lista di priorità colloca la produzione, il fatturato, i bilanci, la competitività molto in alto, mentre ripone molto in basso il destino delle persone le quali alla produzione, al fatturato e al bilancio aziendale materialmente provvedono»: L. GALLINO 2007.

⁹⁰ Art. L. 3121-34, *code du travail*: la durata massima giornaliera di lavoro può infatti essere derogata in presenza di determinate condizioni; eccezione rilevante al rispetto di tale limite si ha inoltre qualora le parti sottoscrivano una *convention de forfait* (su cui v. *infra*, in questo §).

⁹¹ Art. 34.3 ET. Su tale norma v. J.I. GARCÍA NINET, A. VICENTE PALACIO 2009, p. 472 ss.; F.J. TRILLO PÁRRAGA 2010, p. 156 ss.

⁹² In Spagna la direttiva sull'orario di lavoro è stata recepita mediante la *Ley 19* maggio 1994, n. 11, che ha introdotto alcune modifiche all'*Estatuto de los trabajadores*. Per un'analisi della disciplina iberica del tempo di lavoro v. J. CRUZ VILLALÓN 2008, p. 197 ss.; L. EZQUERRA ESCUDERO 2006; A. MARTIN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MURCIA 2006, p. 542 ss.; J.I. GARCÍA NINET, A. VICENTE PALACIO 2009, p. 459 ss.; F.J. TRILLO PÁRRAGA 2010.

a moduli orari multiperiodali, la normativa spagnola ha infatti innalzato la durata del periodo minimo di riposo giornaliero a dodici ore e ha fissato in quaranta ore la durata della settimana lavorativa⁹³, a cui può aggiungersi lo svolgimento di lavoro straordinario nella (contenuta) misura di ottanta ore annuali⁹⁴.

A ben vedere, dunque, il legislatore iberico – a differenza di quello italiano – non ha utilizzato l'Europa come «scudo protettivo»⁹⁵ per ridurre le tutele predisposte nei confronti dei lavoratori: mentre, infatti, la legge spagnola in più punti si discosta dalla direttiva introducendo importanti vincoli da questa non previsti⁹⁶, la normativa italiana di trasposizione si è invece completamente adagiata sulle indicazioni europee⁹⁷, eliminando pure disposizioni che in passato garantivano un più elevato livello di protezione per i lavoratori. Benché si pongano in aperto contrasto con la clausola di non regresso, sono state infatti avvolte nella «carta luccicante di fabbricazione “eu-

⁹³ Tale soglia può essere calcolata su base annuale: così l'art. 34.1 ET. Tenendo conto dei periodi minimi di riposo giornaliero e settimanale, è possibile calcolare anche la durata massima dell'orario di lavoro settimanale, che è pari a sessantasei ore (o centotrenta nell'arco di due settimane, qualora il periodo di riposo settimanale venga accumulato così come previsto dall'art. 37.1 ET): sul punto v. F.J. TRILLO PÁR-RAGA 2010, p. 156 s.

⁹⁴ Art. 35.2 ET; occorre però sottolineare come non concorrano al raggiungimento di tale soglia massima le ore di straordinario svolte in caso di emergenza, né le ore per le quali il lavoratore, nei quattro mesi successivi, benefici di riposi compensativi. L'*Estatuto de los trabajadores* autorizza inoltre il Governo ad eliminare o ridurre temporalmente la durata massima delle ore di lavoro straordinario al fine di incrementare le opportunità di assunzione dei lavoratori disoccupati; tale misura può avere carattere generale oppure essere adottata limitatamente a certi settori produttivi o a determinate aree territoriali. Sulla disciplina spagnola v. J.I. GARCÍA NINET, A. VICENTE PALACIO 2009, p. 485 ss.; cfr. anche G. BOLEGO 2004a, p. 94 ss.

⁹⁵ M. ROCCELLA 2004a, p. 44.

⁹⁶ Il livello di protezione garantito dalla legge spagnola poteva dirsi in gran parte maggiormente elevato rispetto allo *standard* imposto dalla direttiva europea già prima del recepimento di quest'ultima; con la riforma del 1994 sono stati tuttavia introdotti alcuni cambiamenti, soprattutto in materia di lavoro notturno: è questo, in effetti, l'unico punto in cui la legge spagnola ha recepito la direttiva «in modo povero», riproducendone quasi letteralmente il testo. Su tali questioni v. M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 1999, p. 212 (per la citazione) e p. 204 s.

⁹⁷ A proposito dell'«appiattimento» della normativa italiana sulla direttiva europea v. P. SANDULLI, V.M. MARINELLI 2009, p. 596 s., che sottolineano come «l'invito [...] a mantenere entro certi limiti la durata della prestazione» sia stato accolto dal legislatore italiano «pedissequamente», al punto di trasformarsi «in diretta utilizzazione del massimo consentito ai fini della definizione della regola da applicare». *Contra* M. TIRABOSCHI 2009, secondo cui – nel recepire le direttive europee – la normativa italiana non soltanto avrebbe introdotto «vincoli non previsti dal Legislatore comunitario», ma non avrebbe neppure sfruttato «adeguatamente gli spazi di flessibilità da esse contemplati».

ropea”⁹⁸ sia l’abrogazione della durata massima giornaliera dell’orario di lavoro (v. *infra*, cap. III, § 2.2.1), che la mancata riproposizione di una soglia settimanale e quotidiana allo svolgimento di lavoro straordinario (v. *infra*, cap. II, §§ 3.1 e 3.2); in tempi più recenti, peraltro, il legislatore italiano – senza tener conto della giurisprudenza costituzionale in materia – ha ancora una volta approfittato degli ampi margini di manovra concessi dalla direttiva europea, stabilendo che il riposo settimanale «è calcolato come media in un periodo non superiore a 14 giorni»⁹⁹ (v. *infra*, cap. III, § 4.2).

Il giudizio nel complesso positivo rivolto alla normativa spagnola si attenua però inevitabilmente non appena si presti attenzione alle numerose e rilevanti aperture nei confronti dell’autonomia privata introdotte nell’*Estatuto de los trabajadores* negli anni più recenti, quando il legislatore iberico – rimettendo mano varie volte alla disciplina del mercato del lavoro, da ultimo con il *Real decreto ley* del 10 febbraio 2012, n. 3, convertito in *Ley* 6 luglio 2012, n. 3 – ha incrementato gli spazi di flessibilità affidati alle parti sociali¹⁰⁰. Alla contrattazione collettiva (nazionale o aziendale) è stata innanzitutto riconosciuta la facoltà di definire, nel rispetto della durata massima media settimanale fissata dalla legge, la durata della prestazione lavorativa in modo irregolare nell’arco dell’anno; facoltà che, secondo quanto stabilito dalla *ley* n. 3/2012, può essere esercitata anche direttamente dal datore di lavoro nel limite del dieci per cento dell’orario¹⁰¹. Tutt’altro che irrilevante è inoltre la possibilità attribuita alle parti sociali di de-

⁹⁸ M. ROCCELLA 2004a, p. 44.

⁹⁹ Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 66/2003, così come modificato dall’art. 41, comma 5, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

¹⁰⁰ Per un’analisi critica del *real decreto ley* n. 3/2012 v. A. BAYLOS GRAU 2012a, p. 353 ss. e Id. 2012b, p. 9; A.M. BALLESTER PASTOR 2012, p. 99; cfr. anche gli altri saggi pubblicati nel n. 57/2012 di *RDS* e gli scritti raccolti in L. SERRANI 2012. Sul *real decreto ley* 10 giugno 2011, n. 7 v. il fascicolo monografico n. 23-24/2011 di *RL*. Cfr. anche J. CRUZ VILLALÓN 2012a, p. 233 ss. e Id. 2012b, p. 11: in quest’ultimo scritto l’autore effettua un’analisi comparata fra l’intervento legislativo spagnolo e la situazione italiana successiva alla sottoscrizione dell’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e all’entrata in vigore dell’art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148. Sulla *ley* 17 settembre 2010, n. 35 v. J. APARICIO TOVAR, A. OJEDA AVILÉS 2011, p. 275 ss.; G. FABREGAT MONFORT 2011, p. 15 ss.; M. RODRÍGUEZ-PiÑERO Y BRAVO-FERRER 2011, p. 265 ss.; B. VALDÉS DE LA VEGA 2011, p. 293 ss.; sul *real decreto ley* 16 giugno 2010, n. 10 v. F. GUALDA 2010.

¹⁰¹ Art. 34.2 ET. Sulla distribuzione irregolare della giornata lavorativa prima dei più recenti interventi legislativi v. H. MERINO SENOVILLA 1998, p. 209 e p. 218 ss.; v. anche G. RICCI 2005, p. 407 s. Sul ruolo attribuito dalla legislazione spagnola alla contrattazione collettiva cfr. A. BAYLOS GRAU 2002, p. 458 ss.; M.C. RODRÍGUEZ-PiÑERO ROYO 1999, p. 206 ss.

rogare l'orario normale giornaliero di nove ore, a condizione che sia però osservato il quotidiano periodo minimo di riposo (art. 34.3 ET). È però negli artt. 82.3 e 41.1 ET, così come modificati dalla *ley* n. 3/2012, che è visibile con maggior nitidezza la spinta verso il decentramento normativo operata dal legislatore. La prima di tali disposizioni stabilisce infatti che in presenza di «ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive» si può procedere, con accordo tra il datore di lavoro e i rappresentanti dei lavoratori, a «derogare le condizioni di lavoro previste dal contratto collettivo applicabile, sia questo di settore o di impresa» in un'ampia schiera di materie, fra le quali rientrano l'orario, la distribuzione del tempo di lavoro e l'organizzazione su turni: mediante il ricorso ad una clausola generale, è stata così enormemente ampliata la potestà derogatoria attribuita agli accordi di secondo livello. In presenza delle medesime ragioni giustificative, l'art. 41.1 ET ammette inoltre la possibilità per il datore di introdurre modifiche sostanziali alle condizioni di lavoro, consentendo a quest'ultimo di intervenire – per quanto qui più interessa – in materia di orario¹⁰²: la *ley* n. 3/2012 ha dunque segnato una notevole spinta verso il decentramento contrattuale, ampliando al contempo enormemente la potestà derogatoria dell'imprenditore.

L'ampio potere derogatorio attribuito alla contrattazione collettiva e al datore di lavoro risulta però – almeno in parte – controbilanciato dalla sussistenza di limiti legali, che mirano a garantire un livello minimo di tutela per la salute e la sicurezza dei lavoratori: il legislatore spagnolo ha dunque scelto di costruire il «tetto» della disciplina del tempo di lavoro, affidando l'edificazione del «pavimento e delle pareti [...] a strumenti autonomi di regolazione, sulla base di criteri di razionalità e organizzazione, incluso il riferimento alle legittime aspettative di liberazione del tempo da parte dei lavoratori»¹⁰³. Non manca, infatti, il riconoscimento di diritti soggettivi in capo ai dipendenti, che garantiscono loro la possibilità di modificare – anche unilateralmente – la collocazione dell'orario, così da meglio contemperare i tempi di vita con quelli di lavoro: significativa è, ad esempio, la possibilità di adattare la durata e la distribuzione dell'orario, «al fine di rendere effettivo il diritto alla conciliazione fra la vita personale, familiare e lavorativa» (art. 34.8 ET, su cui v. *infra*, cap. IV, § 5); merita altresì di essere segnalato il diritto – per i tutori legali di minori di otto anni o di portatori di handicap – alla riduzione del-

¹⁰² Per una critica all'«esaltazione del potere privato del datore di lavoro» operata con il più recente intervento normativo spagnolo v. A. BAYLOS GRAU 2012a, p. 353.

¹⁰³ J.I. GARCÍA NINET 1995, p. 18 s.

l'orario di lavoro giornaliero, con corrispondente diminuzione della retribuzione (art. 37.5 ET). Apprezzabile pare inoltre la scelta – profondamente diversa da quella operata dal legislatore italiano – di non subordinare la collocazione del periodo di ferie all'atto determinativo del datore di lavoro, stabilendo al contrario che tale periodo debba essere scelto «di comune accordo»¹⁰⁴ dal datore di lavoro e dal lavoratore (art. 38.2 ET, su cui v. *infra*, cap. III, § 5.1).

Il rapporto fra legge e autonomia privata è stato oggetto di modifiche anche in Francia, ove le politiche di riduzione del tempo di lavoro che avevano portato all'adozione – con le leggi Aubry del 1998 e del 2000¹⁰⁵ – della settimana lavorativa di trentacinque ore sono state ben presto abbandonate, portando alla sostituzione del motto «lavorare meno per lavorare tutti» con lo *slogan* «lavorare di più per guadagnare di più»¹⁰⁶: pur non essendo formalmente abrogata la bassa soglia settimanale precedentemente introdotta, è stato infatti incoraggiato l'allungamento della durata effettiva del tempo di lavoro, in particolar modo agevolando il ricorso al lavoro straordinario. I più recenti interventi normativi sono stati inoltre caratterizzati dallo spostamento del baricentro normativo: mentre in passato era la legge a dettare le «regole del gioco»¹⁰⁷, attribuendo alle parti sociali la possibilità di introdurre disposizioni di dettaglio¹⁰⁸, i testi normativi varati dalla maggioranza di centrodestra rimettono invece agli accordi raggiunti nella sede maggiormente decentrata la definizione di importanti disposizioni in materia di orario di lavoro, riducendo così «il campo della regolamentazione definita dallo Stato e quello della contrattazione di categoria, che tende a divenire supplementiva»¹⁰⁹ rispetto al ruolo predominante ora attribuito alla contratta-

¹⁰⁴ Qualora le parti non trovino un accordo, la collocazione del periodo di ferie è fissata in sede giudiziale con un procedimento sommario.

¹⁰⁵ Sull'esperienza francese della riduzione dell'orario di lavoro v. F. FAVENNEC-HÉRY 1999, p. 221 ss.; P. BOISARD 2005, p. 147 ss.

¹⁰⁶ V. A. JOBERT 2010, p. 371, che ricorda lo *slogan* enunciato nel 2007 da Nicolas Sarkozy. Sul *révirement* verificatosi nella legislazione francese v. C.E. LUCIFREDI 2003, p. 301. Cfr. anche S. BARADEL 2012, p. 190.

¹⁰⁷ A. JOBERT 2010, p. 370.

¹⁰⁸ La legge, infatti, incoraggiava le parti collettive a pervenire ad un accordo di riduzione della prestazione lavorativa, concedendo agevolazioni sulla contribuzione previdenziale alle imprese che si fossero conformate in anticipo alle trentacinque ore settimanali. Per un'analisi dell'esperienza francese antecedente le più recenti riforme v. F. FAVENNEC-HÉRY 1999, p. 221 ss.; P. BOISARD 2005, p. 147 ss.; J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD 2006, p. 1037 ss.; V. FERRANTE 2008a, p. 48 ss.; F. MOREL 2008.

¹⁰⁹ A. JOBERT 2010, p. 371. Il decentramento normativo verificatosi con l'inizio della nuova legislatura è posto in evidenza anche da M. VERICEL 2008, p. 575.

zione aziendale. Il giro di boa verso il decentramento normativo si è compiuto con la legge 4 maggio 2004 relativa alla riforma del dialogo sociale, che ha concesso agli accordi aziendali la facoltà di derogare sia ai contratti collettivi nazionali che alla legge; successivamente, la tendenza al decentramento è stata amplificata dalla legge del 20 agosto 2008, che – apportando varie modifiche alla disciplina legale dell’orario di lavoro¹¹⁰ – ha determinato il capovolgimento dei ruoli tradizionalmente spettanti a legge, contratto di categoria e contratto aziendale, riservando al contempo un ruolo assai importante agli accordi individuali sottoscritti fra datore di lavoro e lavoratore¹¹¹. Particolarmente significativi, a tal riguardo, sono i cambiamenti alla disciplina dello straordinario: diversamente dal passato, il più recente legislatore francese ha infatti affidato il compito di definire il numero di ore di lavoro straordinario che possono essere svolte dai dipendenti alla contrattazione aziendale (o, in mancanza di quest’ultima, alla contrattazione di categoria)¹¹², riservando alla fonte legale un ruolo meramente sussidiario.

Ancor più sintomatici del decentramento operato con la legge del 2008 sono però i cambiamenti apportati alla disciplina delle c.d. *conventions de forfait*, patti scritti con cui datore di lavoro e lavoratore possono definire la retribuzione globale spettante per lo svolgimento dell’attività lavorativa per una quota di ore (su base settimanale o mensile) oppure per una quota di ore o di giorni (su base annuale), senza distinguere fra orario di lavoro normale e straordinario¹¹³: oltre a prevedere che la sottoscrizione di un accordo individuale in tale senso debba essere autorizzata dalla contrattazione aziendale (o, sol-

¹¹⁰ Per un’analisi del contenuto della legge v. M. VERICEL 2008, p. 574 ss. e F. CANUT 2010, p. 379.

¹¹¹ Obiettivo dichiarato della legge è infatti quello di «rivedere l’articolazione dei ruoli fra una legge incentrata particolarmente sulla definizione delle regole necessarie per la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori, e una contrattazione collettiva dalle prerogative estese, particolarmente in materia di fissazione di quote orarie e di riposi compensatori»: così la relazione di accompagnamento alla legge, riportata in M. VERICEL 2008, p. 574.

¹¹² Art. L. 3121-11, comma 1, *code du travail*. Sulle modifiche apportate alla disciplina dello straordinario v. F. CANUT 2010, p. 385 e soprattutto M. VERICEL 2008, p. 576 s.

¹¹³ Stipulabili inizialmente soltanto con i dirigenti, tali patti possono ora essere sottoscritti anche da tutti i «lavoratori il cui orario di lavoro non possa essere predeterminato e che dispongano di una reale autonomia nell’organizzazione dell’impiego del tempo per lo svolgimento delle responsabilità ad essi attribuite»: art. L. 3121-43, n. 2, *code du travail*. Secondo alcune statistiche, le *conventions de forfait en jours* sono oggi sottoscritte da un lavoratore su dieci e da un terzo dei dirigenti. Su tale punto e per un’approfondita analisi delle *conventions de forfait* v. P.Y. VERKINDT 2010, p. 387 ss.; cfr. anche J. BARTHÉLÉMY 2009, p. 239 ss.; S. BARADEL 2012, p. 191 ss.

tanto in mancanza di questa, dalla contrattazione collettiva nazionale)¹¹⁴, la legge dell'agosto 2008 ha affidato alle parti sociali il compito di fissare – per quanto riguarda le *conventions de forfait en jours* – il numero massimo di giorni lavorativi che possono essere svolti in un anno¹¹⁵, prevedendo inoltre la possibilità per il lavoratore di patuire con il datore la riduzione dei giorni di riposo ottenendo in contropartita una maggiorazione retributiva¹¹⁶. Non stupisce dunque che il Comitato europeo dei diritti sociali, a cui spetta il compito di monitorare il rispetto della Carta Sociale Europea da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa, abbia in più occasioni ritenuto tali disposizioni contrastanti con i diritti ad una durata ragionevole del lavoro giornaliero e settimanale, al riposo settimanale e alla maggiorazione retributiva per le ore di lavoro straordinario¹¹⁷. Incurante dell'obbligo di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori, il legislatore d'oltralpe non ha infatti esitato ad autorizzare la sottoscrizione di patti individuali con cui ridurre il numero dei giorni di riposo e, per contro, innalzare il numero di ore o di giorni lavorativi, condizionando la sottoscrizione di un simile accordo alla sola necessità di un'espressa autorizzazione nel contratto aziendale¹¹⁸; è però evidente che l'imprenditore che intenda chiedere (o forse sarebbe più corretto

¹¹⁴ Oltre al compito di autorizzare la stipulazione di *conventions* (siano esse in ore o in giorni), l'art. L. 3121-39, *code du travail*, attribuisce ai contratti aziendali o, in mancanza di questi, ai contratti nazionali anche il compito di individuare le categorie di lavoratori interessati, di fissare la durata annuale di lavoro a partire dalla quale è stabilito il *forfait* e di stabilire le caratteristiche principali del patto.

¹¹⁵ Artt. L. 3121-43 e L. 3121-44, *code du travail*. Nel stipulare tale patto, gli unici vincoli di fonte legale a cui le parti devono attenersi sono il rispetto del riposo minimo giornaliero pari a undici ore e del tetto massimo di 218 giorni lavorativi all'anno: è possibile dunque derogare alla durata massima giornaliera di dieci ore, alla durata massima media settimanale di quarantotto ore e, ovviamente, alla durata legale di trentacinque ore (art. L. 3121-48). L'orario settimanale può dunque essere innalzato fino alla soglia di settantotto ore!

¹¹⁶ Art. L. 3121-45, *code du travail*.

¹¹⁷ Comitato europeo dei diritti sociali, *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC v. France*, causa 56/2009, 23 giugno 2010: v. soprattutto il punto 46 della motivazione. Il testo può essere letto in <http://budoc.esc.coe.int>. Per un approfondito commento a tale pronuncia cfr. S. LAULOM 2011, p. 298 ss., che fa riferimento anche a due precedenti decisioni del Comitato in materia; cfr. anche S. BARADEL 2012, p. 195 ss. e E. RICHARD 2011, p. 723 ss.

¹¹⁸ Secondo la Corte di Cassazione francese, spetta a tale accordo svolgere la funzione di garante del diritto alla salute e alla sicurezza dei lavoratori, prevedendo una soglia massima di lavoro e periodi minimi di riposo per coloro che abbiano sottoscritto una *convention de forfait*: v. la sentenza del 29 giugno 2011 in *DO*, 2011, p. 728. Per un commento a tale pronuncia v. E. RICHARD 2011, p. 726, che solleva perplessità in ordine all'attitudine delle parti sociali a sostituirsi alla legge; cfr. anche S. BARADEL 2012, p. 196 ss. e A. LYON-CAEN 2012, p. 171 ss.

dire imporre) ai propri dipendenti la sottoscrizione di un simile patto riuscirà probabilmente ad introdurre una clausola autorizzatoria nel contratto collettivo aziendale senza imbattersi in grosse difficoltà.

Il decentramento normativo non caratterizza tuttavia soltanto la legislazione francese: ne sono risultati infatti contagiati, seppur in modo diverso, anche l'ordinamento tedesco e quello anglosassone. Quanto al primo, occorre rilevare come la fonte legale non fornisca una regolamentazione esaustiva dell'orario di lavoro, limitandosi piuttosto «a stabilire regole minime ed essenziali volte ad evitare i più gravi abusi da parte del datore di lavoro»; di gran lunga «più penetrante ed incisiva» può infatti dirsi la disciplina prevista dalle «fonti concordate sia dalle parti sociali che da quelle aziendali»¹¹⁹. L'ampia fetta di flessibilità che la legge ha affidato alla contrattazione collettiva è stata però utilizzata, nel corso del tempo, in modo molto diverso: mentre inizialmente, infatti, le parti sociali sono riuscite ad ottenere una notevole riduzione dell'orario di lavoro (al fine di garantire, al contempo, una maggiore tutela per la salute dei lavoratori ed una migliore distribuzione delle occasioni lavorative)¹²⁰, in tempi più recenti si è verificata una brusca inversione di tendenza; sono state infatti nuovamente ripristinate le quaranta ore settimanali, senza che a tale innalzamento dell'orario sia corrisposto un proporzionale incremento delle retribuzioni¹²¹.

¹¹⁹ Tutte le citazioni sono tratte da G. BOLEGO 2000a, p. 50 s.

¹²⁰ Grande risalto ebbero i contratti collettivi stipulati dalla *Volkswagen* che, a partire dal 1993, ridussero a 28,8 ore settimanali (da calcolare come media su base annua) l'orario di lavoro. L'orario di lavoro era ripartito su quattro giorni, elevabili a cinque per esigenze della produzione, previo accordo con il consiglio aziendale. Sul punto v., dettagliatamente, U. ZACHERT 1995, p. 114 ss., soprattutto p. 119 ss.; G. BOLEGO 2000a, p. 48 s.; P. PELISSERO 2005, p. 403; G. RICCI 2005, p. 405; M. WEISS, M. SCHMIDT 2008, p. 99 s. Cfr. anche M.T. CARINCI 2012, p. 13.

¹²¹ L'accordo sottoscritto nel 2004 dall'Ig-Metal con la *Siemens* ha determinato – a parità di retribuzione – un nuovo incremento dell'orario, innalzato a quaranta ore settimanali; come contropartita, l'azienda si è impegnata a non delocalizzare la produzione in Paesi caratterizzati da un più basso costo del lavoro. Tale esempio è stato successivamente seguito da diverse aziende, fra cui la *Daimler-Chrysler*, la *Opel*, la *Bosch*, la *MAN*, la *Thomas Cook*, e la *Continental*. Sulla questione – oltre a G. RICCI 2005, p. 405 e a P. PELISSERO 2005, p. 403 – v. O. BURKHARDT 2005, p. 161 ss.; R. BISPINCK 2006, p. 122 ss.; M. WEISS, M. SCHMIDT 2008, p. 99 s. Occorre però segnalare che – in seguito alla crisi economica scoppiata nel 2008 – in Germania molte imprese hanno proceduto ad una nuova riduzione dell'orario (*kurzarbeit*): scopo di tale contrazione del tempo di lavoro (che non si discosta molto dai nostri contratti di solidarietà) è però quello di permettere all'azienda di superare temporanee difficoltà economiche; il ricorso alla *kurzarbeit* è dunque mosso da finalità profondamente diverse rispetto a quelle che sorreggevano la riduzione di orario raggiunta in sede contrattuale negli anni novanta. Su tale questione v. B. WINKLER 2009, p.

Anche in Germania, così come in Francia, un ruolo di rilievo è inoltre attribuito ai patti individuali sottoscritti da datore di lavoro e lavoratore: per attenuare le conseguenze della nota giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla nozione di orario di lavoro¹²², il legislatore tedesco ha infatti introdotto la possibilità di derogare al tetto massimo giornaliero della prestazione lavorativa facendo ricorso alla discussa clausola di *opting out*; affinché possa considerarsi valido, tale patto – che può essere stipulato soltanto da coloro che svolgano attività lavorative caratterizzate da una percentuale rilevante di ore di guardia – deve però essere autorizzato dalla contrattazione collettiva, che può prevedere il superamento della soglia massima media di otto ore al giorno anche senza compensazione¹²³.

Nel riflettere sull'*opting out* (su cui v. *infra*, cap. III, §1.1) il pensiero si rivolge inevitabilmente alla Gran Bretagna, dal momento che tale clausola è stata introdotta nella direttiva proprio per tentare di placare l'avversione inglese alla regolamentazione europea; era dunque ampiamente prevedibile che – nel regno d'oltre Manica – il ricorso ad essa sarebbe stato particolarmente elevato¹²⁴. Circondata originariamente dalla previsione di una serie di tutele, la facoltà attribuita alle parti individuali di derogare al limite medio massimo di quarantotto ore è ora subordinata al semplice onere per il datore di lavoro di tenere un elenco aggiornato dei lavoratori volontariamente sottoposti al regime di orario prolungato: con la riforma del 1999 è infatti venuto meno l'obbligo per i datori di lavoro di indicare, oltre ai nominativi di coloro che abbiano sottoscritto la deroga, le condizioni dell'accordo individuale, specificando altresì il numero di ore

1171. Cfr. anche C. GALA DURÁN 2011, p. 25, che compara la *kurzarbeit* tedesca con l'equivalente istituto spagnolo.

¹²² Su cui v. *supra*, nota 38.

¹²³ ArbZG. § 7. In questo caso devono però essere previste non meglio precisate misure volte a garantire la protezione della salute dei lavoratori interessati. Con una disposizione non molto «dissimile dalla previsione, originariamente contenuta nel d.lgs. n. 61/2000, con cui il legislatore italiano aveva inteso garantire la libertà di scelta del lavoratore che avesse acconsentito ad un *part-time* con clausola elastica» (si tratta del c.d. diritto di ripensamento, su cui v. *infra*, cap. II, § 1, e cap. IV, § 2), il legislatore tedesco tutela inoltre i lavoratori che non intendano sottoscrivere il patto individuale o che vogliano ritirare il proprio consenso, con preavviso di almeno sei mesi. Sul punto v. più approfonditamente P. PELISSERO 2005, p. 402.

¹²⁴ Ed in effetti è stato proprio così: bisogna a questo proposito rilevare come sia per di più molto diffusa la prassi datoriale di far sottoscrivere la clausola di *opting out* già al momento della stipulazione del contratto, comprimendo così inevitabilmente la possibilità per i lavoratori di esprimere liberamente il proprio consenso. Sul punto v. COM (2003) 843 def. In dottrina v. C. BARNARD, S. DEAKIN, R. HOBBS 2003, p. 223 ss.; P. PELISSERO 2005, p. 371.

lavorate da ogni dipendente per ciascun periodo di riferimento¹²⁵. Benché l'introduzione nell'ordinamento anglosassone di una regolamentazione di fonte legislativa in materia di orario di lavoro sia stata salutata dalla dottrina come «una novità di portata storica» capace di segnare «un “salto di qualità” del modello di regolamentazione dei diritti individuali dei lavoratori»¹²⁶, il recepimento della direttiva europea ha comportato effetti singolari: grazie all'ampio ricorso ad accordi individuali che autorizzano il superamento della soglia massima media imposta dalla direttiva¹²⁷ è aumentato il numero di coloro che prestano la propria attività per più di quarantotto ore a settimana¹²⁸. Come se ciò non bastasse, inoltre, il legislatore britannico ha tentato di agevolare ulteriormente l'incremento dell'orario di lavoro recependo scorrettamente l'eccezione contenuta nell'art. 17.1 della direttiva, che autorizza gli Stati membri ad escludere l'applicazione di alcune tutele nei confronti dei lavoratori il cui orario di lavoro non sia misurato e/o predeterminato o possa essere stabilito dai dipendenti stessi: con la modifica introdotta nel 1999, infatti, la Gran Bretagna ha esteso la nozione di *unmeasured work* anche a coloro che abbiano un controllo parziale sul proprio orario¹²⁹, stabilendo che il limite massimo settimanale e le prescrizioni sul lavoro notturno debbano trovare applicazione unicamente con riferimento a quella parte di attività la cui durata sia misurabile o sia sottratta alla libera determinazione del lavoratore. Tale previsione – che, valorizzando in misura smodata i momenti di scelta individuale nella gestione dell'orario, finiva per privare un'ampia fetta di lavoratori delle tutele relative alla durata massima settimanale ed al lavoro notturno – ha però costi-

¹²⁵ La Reg. 5 è stata modificata dalle *Working Time Regulations 1999*; l'unico limite che rimane all'operatività dell'accordo è la facoltà per il lavoratore di revocare il proprio consenso al superamento delle quarantotto ore settimanali, a condizione che sia rispettato un periodo minimo di preavviso pari a sette giorni. Per un'analisi dei principali cambiamenti apportati nel 1999 alla regolamentazione britannica v. C. BARNARD 2000, p. 167 ss.; G. RICCI 2001, p. 256.

¹²⁶ Entrambe le citazioni sono tratte da G. RICCI 2001, p. 249.

¹²⁷ Secondo un'indagine effettuata dalla *Employment Lawyers Association* e richiamata dalla Commissione, il 65% delle 759 imprese esaminate ha chiesto ai propri dipendenti di firmare un accordo di *opting out*: nel 61% di queste imprese l'accordo è stato firmato da più della metà dei lavoratori e nel 28% da tutti. Sul punto v. COM (2003) 843 def.

¹²⁸ Secondo dati forniti dalla Commissione europea alcuni anni or sono, infatti, circa 4 milioni di persone, pari al 16% dei lavoratori britannici, lavorano più di quarantotto ore la settimana, mentre all'inizio degli anni novanta tale soglia era superata “solo” da 3,3 milioni di persone (pari al 15%). Pare inoltre aumentato anche il numero di coloro che lavorano più di 55 ore alla settimana, pari a 1,5 milioni: COM (2003) 843 def.

¹²⁹ Reg. 20, par. 2.

tuito «un'estensione indebita dell'autorizzazione derogatoria contenuta nell'art. 17.1 della direttiva»¹³⁰: considerata illegittima dalla Corte di giustizia¹³¹, tale disposizione è stata successivamente modificata dal legislatore britannico, che ne ha limitato il campo di applicazione ai soli lavoratori il cui orario non sia misurato o predeterminato nella sua interezza. Occorrerà invece attendere il termine del procedimento di revisione della direttiva per conoscere le sorti della britannica clausola di *opting out*, l'ampio ricorso alla quale ancora consente di aggirare facilmente i limiti posti dalla normativa europea.

Quanto all'Italia, se è vero che nel nostro Paese non è al momento possibile sottoscrivere patti individuali con cui innalzare l'orario di lavoro al di sopra dei limiti imposti dalla legge, non si può però affermare che il legislatore – nel regolamentare il tempo di lavoro – non abbia ugualmente riconosciuto un ampio spazio di manovra all'autonomia privata, individuale e collettiva. Il recepimento della direttiva comunitaria ha costituito infatti l'occasione per «assecondare una decisa spallata alle limitazioni legali, sfruttando ampiamente gli spazi di flessibilità e deroga che – indubbiamente – la direttiva consente»¹³². Lungi dal porsi come precipuo obiettivo quello di rafforzare la dimensione di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, il d.lgs. n. 66 ha messo «a frutto la gamma delle (diverse) flessibilità consentite dalla direttiva, sì da ridurne al minimo indispensabile l'impronta vincolistica»¹³³. Numerose possibilità di deroga sono infatti attribuite non soltanto ai contratti collettivi nazionali, ma anche a quelli aziendali e territoriali che possono intervenire nella gestione della flessibilità degli orari, degli straordinari e dei riposi, pure in assenza di un'espressa clausola di rinvio nel contratto di superiore livello; proprio la potestà derogatoria dei contratti aziendali è stata da ultimo notevolmente ampliata ad opera dell'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011 n. 148, che ha attribuito agli accordi di secondo livello la possibilità di derogare ai contratti nazionali e alla legge in un'ampia schiera di materie, fra le quali vi è

¹³⁰ P. PELISSERO 2005, p. 368; nello stesso senso C. BARNARD, S. DEAKIN, R. HOBBS 2003, p. 224 ss.; G. RICCI 2005, p. 416 ss.

¹³¹ La Corte ha infatti sottolineato che la deroga prevista dall'art. 17.1 della direttiva può essere applicata «solo ai lavoratori il cui orario di lavoro nella sua interezza non è misurato o predeterminato o può essere determinato dai lavoratori stessi, a causa della natura dell'attività esercitata»: Corte di giustizia 7 settembre 2006, *Commissione vs. Regno Unito*, cit., punto 20 della motivazione. Il paragrafo 2 della Reg. 20 del WTR è stato formalmente abrogato dallo *Statutory Instrument* n. 99/2006, entrato in vigore il 26 aprile 2006.

¹³² V. LECCESE 2006b, p. 400.

¹³³ G. RICCI 2005, p. 270; nello stesso senso v. M. LAI 2004, p. 64 s.

anche la disciplina dell'orario di lavoro (sul ruolo attribuito alle parti sociali v. *infra*, cap. II). Particolarmente significativa è inoltre l'apertura del d.lgs. n. 66 nei confronti dell'autonomia individuale (su cui v. *infra*, cap. III): oltre a riconoscere in taluni casi una fonte sussidiaria nella volontà delle parti¹³⁴, il testo normativo valorizza quest'ultima prevedendo la possibilità di ricorrere a moduli orari medi; moduli che evidenziano «una più pregnante utilizzabilità del potere direttivo, secondo logiche di accentuata flessibilità nello svolgimento del rapporto di lavoro e nell'adempimento dell'obbligazione lavorativa»¹³⁵.

Occorre tuttavia rilevare sin d'ora come i compiti attribuiti alle parti individuali e collettive non siano stati disegnati in modo armonico dal legislatore. Seppur sia vero che “decentramento” non sempre fa rima con “peggioramento”, non si deve però dimenticare che – affinché il riconoscimento all'autonomia privata della possibilità di derogare alle disposizioni di legge possa garantire un buon bilanciamento fra flessibilità dell'orario di lavoro e sicurezza e, al contempo, permettere una migliore conciliazione fra i tempi di vita e i tempi di lavoro – è indispensabile l'introduzione di un sistema di pesi e contrappesi, che miri a garantire il corretto esercizio dei poteri attribuiti ai diversi soggetti. Tale sistema è però stato ignorato dal legislatore del 2003, che nel recepire la direttiva europea ha infatti «limitato la sua opera alla demolizione delle antiche regole [...], affidando [...] al potere direttivo dell'imprenditore, o – in sua vece – alla contrattazione collettiva, il concreto governo dell'aspetto temporale della prestazione lavorativa»¹³⁶, senza però attribuire veri e propri diritti soggettivi in capo ai lavoratori.

Con le sue varie sfaccettature, il peculiare ruolo attribuito all'autonomia privata (collettiva e individuale) continua dunque ancora oggi – a un decennio di distanza dall'emanazione del decreto legislativo – a costituire un'interessante prospettiva da cui analizzare la disciplina dell'orario di lavoro, al fine di verificare quali siano i limiti del d.lgs. n. 66/2003 e quali potrebbero essere le possibili soluzioni: con il giusto distacco che una simile lontananza nel tempo consente, occorre dunque provare a verificare se l'intrecciarsi di fonti diverse abbia dato luogo ad un castello dalle solide fondamenta o se, invece, il fragile equilibrio raggiunto non abbia piuttosto disegnato una ragnatela destinata a spezzarsi sotto il peso di un ruolo eccessivamente pesante attribuito alla volontà delle parti.

¹³⁴ È il caso, ad esempio, del lavoro straordinario, per il cui svolgimento è necessario – in difetto di disciplina collettiva applicabile – la presenza di un accordo fra datore di lavoro e lavoratore.

¹³⁵ P. SANDULLI, V.M. MARINELLI 2009, p. 594 s.

¹³⁶ V. FERRANTE 2008a, p. IX.

Capitolo II

Il d.lgs. n. 66/2003

e il ruolo della contrattazione collettiva

SOMMARIO: 1. Il ruolo dell'autonomia collettiva a cavallo fra due secoli. – 2. Il d.lgs. n. 66/2003: la “pistola scarica” della contrattazione collettiva. – 3. Il depotenziamento del modello della flessibilità contrattata. – 4. La spinta verso un sindacalismo competitivo. – 4.1. I livelli negoziali competenti nelle materie oggetto di delega legislativa. – 4.2. Dai recenti accordi interconfederali all'art. 8 della l. n. 148/2011: il decentramento contrattuale e la contrattazione in deroga. – 5. Il problema della contrattazione separata. – 5.1. Dai contratti Fiat di nuova generazione alla sanatoria retroattiva prevista dall'art. 8 della l. n. 148/2011. – 6. La minaccia dell'intervento ministeriale e la marginalizzazione del ruolo delle parti sociali. – 7. La mancanza di regole sulla rappresentanza sindacale come freno al ruolo della contrattazione collettiva.

1. Il ruolo dell'autonomia collettiva a cavallo fra due secoli

L'inversione di tendenza rispetto alla stagione della flessibilità sindacalmente controllata può senza dubbio essere considerata il tratto unificante delle politiche del lavoro d'inizio secolo nel nostro Paese. I primi anni del secondo millennio sono stati infatti segnati dalla ridefinizione delle «relazioni pericolose»¹ tra legge e autonomia collettiva: il profondo mutamento dei rapporti fra le fonti, già preannunciato nel *Libro bianco* del 2001, è stato operato dapprima con l'ampia revisione della disciplina del mercato del lavoro realizzata dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276; poi con l'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148 (sul quale v. *infra*, §§ 4.2 e 5.1).

Le parti sociali hanno così visto mutare in termini via via più accentuati le funzioni loro affidate, perdendo il compito di “controllori della flessibilità” acquisito a partire dalla seconda metà degli anni ottanta del secolo scorso, quando il legislatore italiano aveva attribuito loro un rilevante ruolo nel dosare l'espansione della flessibilità nel mercato del lavoro, tramite la facoltà di derogare ai rigidi limiti

¹ U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 3.

imposti dalla fonte legale e assegnando alla fonte negoziale la funzione di filtro rispetto all'accesso ai modelli contrattuali flessibili previsti dalla legge: spettava dunque alle organizzazioni sindacali contrapposte «la determinazione di un equilibrio socialmente accettabile tra esigenze di flessibilità dell'impresa e opposte esigenze (di lavoro e di vita) dei lavoratori»².

Frutto di questa stagione normativa, gli interventi legislativi varati sul finire degli anni novanta in materia di orario di lavoro avevano in effetti alquanto valorizzato la fonte collettiva: tornato ad occuparsi di tale argomento (seppur sommariamente) dopo un silenzio protrattosi per più di settant'anni, il legislatore italiano aveva infatti saputo riconoscere il vitale ruolo fino ad allora svolto dalle parti sociali, generalizzando i risultati raggiunti da queste durante il lungo periodo di astensione legislativa. Oltre ad aver ridotto a quaranta ore la durata normale dell'orario settimanale, l'art. 13 della legge 24 giugno 1997, n. 196, aveva infatti perfezionato le forme di flessibilità introdotte dalle parti sociali negli anni precedenti, autorizzando i contratti collettivi nazionali a prevedere una durata normale dell'orario di lavoro settimanale inferiore a quella legale e a ricorrere a moduli orari multiperiodali³. Seppur le due facoltà rimesse in capo alle parti sociali non fossero legate da uno stretto vincolo di interdipendenza ma potessero essere esercitate disgiuntamente⁴, detta disposizione (ri-

² V. PINTO 2004, p. 154. Così, per esempio, nel previgente sistema normativo le parti sociali potevano individuare ulteriori ipotesi di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro e fissare la percentuale di lavoratori che poteva essere assunta a tempo determinato (art. 23, l. 28 febbraio 1987, n. 56): permettendo alle imprese di ricorrere a tale tipologia contrattuale in un ventaglio di situazioni più ampio rispetto a quello previsto dalla fonte legale, a condizione che le assunzioni a termine non eccedessero i tetti massimi percentuali fissati, i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale erano così in grado di svolgere un effettivo controllo sulla diffusione di contratti precari. Sul ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato prima e dopo le modifiche apportate nel 2001 v. M. NAPOLI 2003, p. 85 ss.

³ L'art. 13, comma 1, della l. n. 196/1997 autorizzava infatti i contratti collettivi nazionali a riferire l'orario normale settimanale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno. Sulle novità introdotte da tale disposizione v. S. BELLOMO 1999, p. 145 ss.; V. FERRANTE 1998, p. 1305 ss.; cfr. anche V. LECCESE 2001a, p. 390 ss., che sottolinea che la previsione del 1997 si inseriva «in una linea di politica legislativa caratterizzata dalla valorizzazione della fonte contrattuale». Sul ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del tempo di lavoro prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 66/2003 v. U. CARABELLI, V. LECCESE 2002; F. CARINCI, A. BOSCATI 2001, p. 19 ss.; V. LECCESE 2001b, p. 31 ss.; S. SCARPONI 1998, p. 140 ss.

⁴ In tal senso si era espressa la dottrina maggioritaria: v. V. LECCESE 2001a, p. 394; U. CARABELLI, V. LECCESE 2002, p. 8; S. SCARPONI 1998, p. 140.

sultante dal recepimento legislativo di strategie già sperimentate in sede contrattuale) garantiva ad ogni modo la possibilità per la contrattazione nazionale di controllare la gestione concreta degli orari multiperiodali, autorizzandone l'utilizzo non soltanto in presenza di ragioni tecniche o stagionali ma anche per soddisfare esigenze personali e sociali dei lavoratori, al fine di garantire una migliore conciliazione fra tempo di lavoro e tempo di vita⁵.

Analogamente, un ruolo piuttosto importante era stato riservato all'autonomia collettiva dal d.lgs. 26 novembre 1999, n. 532 in materia di lavoro notturno⁶ e dalla legge 27 novembre 1998, n. 409 relativa al lavoro straordinario: quanto a quest'ultima, in particolare, occorre segnalare come il legislatore, apportando alcune modifiche all'art. 5 *bis* del r.d.l. n. 692/1923, abbia determinato il superamento dei rigidi limiti tipologici prima esistenti, affidando ai contratti collettivi nazionali la facoltà di ampliare l'elenco degli «eventi particolari» in presenza dei quali era possibile ricorrere al lavoro straordinario nel settore industriale e attribuendo alla negoziazione collettiva anche la possibilità di innalzare o ridurre i limiti quantitativi trimestrali e annuali previsti per quest'ultimo⁷. Simile apertura di credito nei confronti delle parti sociali, e più precisamente dei «contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative»⁸, non si traduceva tuttavia in una delega in bianco: nell'esercitare il potere attribuitole, l'autonomia collettiva era infatti tenuta a rispettare i limiti massimi giornaliero e settima-

⁵ Mentre l'art. 4 del r.d.l. n. 692/1923 selezionava direttamente le «esigenze tecniche o stagionali» in presenza delle quali era possibile ripartire l'orario massimo normale su periodi ultrasettimanali, la disposizione introdotta nel 1997 – evitando di individuare i presupposti oggettivi per il ricorso all'orario multiperiodale – ammetteva ed incentivava l'adozione di forme di flessibilità dell'orario anche nell'interesse del lavoratore: così V. LECCESE 2001a, p. 397 s.

⁶ Il d.lgs. n. 532/1999 poneva infatti «alcuni argini entro i quali incanalare la contrattazione», che rimaneva libera di precisare le norme in base alle quali individuare i lavoratori notturni, di stabilire il *quantum* di maggiorazione dovuto rispetto al lavoro diurno e di prevedere una particolare distribuzione plurisettimanale della prestazione lavorativa: così E. MENEGATTI 2000, p. 379; sulle novità introdotte con tale decreto v. anche V. FERRANTE 2000, p. 534 ss.

⁷ Art. 5 *bis*, comma 2, del r.d.l. n. 692/1923 così come modificato dall'art. 1, comma 1, del d.l. 29 settembre 1998, n. 335, convertito in l. 27 novembre 1998, n. 409. Tali limiti erano fissati in duecentocinquanta ore annuali e ottanta ore trimestrali: sulla disciplina del lavoro straordinario nelle imprese industriali varata nel 1998 e sul ruolo ivi attribuito alla fonte contrattuale v. V. LECCESE 2001a, p. 369 ss.

⁸ Occorre segnalare che il comma 2 dell'art. 5 *bis* limitava espressamente il campo di azione della contrattazione decentrata, stabilendo che questa avrebbe potuto muoversi soltanto «nell'ambito dei tetti stabiliti dai contratti nazionali».

nale del lavoro straordinario imposti dal legislatore in via generale per tutti i settori lavorativi?

Un apprezzabile punto di equilibrio tra legge e autonomia privata era stato raggiunto soprattutto in materia di lavoro a tempo parziale (su cui v. *infra*, cap. IV, § 2), grazie al bilanciamento degli ampi poteri di regolazione del mercato del lavoro concessi alla contrattazione collettiva con il riconoscimento di diritti soggettivi in capo ai singoli lavoratori. La versione originaria del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, rimetteva infatti ai contratti collettivi effettivamente applicati dai datori di lavoro l'individuazione delle causali obiettive in presenza delle quali era possibile richiedere ai *part-timers* lo svolgimento di lavoro supplementare, nonché la previsione della soglia massima per quest'ultimo, subordinando tuttavia la legittimità dello svolgimento di attività lavorativa eccedente l'orario normale al consenso del singolo lavoratore; analogamente, la previsione di clausole elastiche da parte dei contratti collettivi era requisito necessario ma non sufficiente affinché il datore di lavoro potesse mutare la collocazione temporale dell'attività lavorativa: affinché tale variazione fosse lecita era infatti indispensabile la prestazione del consenso da parte del dipendente, consenso che poteva essere successivamente ritirato mediante l'esercizio del c.d. diritto di ripensamento (art. 3, versione originaria del d.lgs. n. 61/2000).

L'equilibrata sintesi fra autonomia privata (individuale e collettiva) e legge realizzata dal d.lgs. n. 61/2000 ha segnato però non soltanto l'apogeo ma anche il tramonto della flessibilità sindacalmente controllata, avendo il cambio di legislatura determinato l'abbandono del modello che si era consolidato e perfezionato negli anni precedenti.

Il riconoscimento di un ruolo di spicco all'autonomia collettiva ha subito una brusca battuta d'arresto già in seguito all'emanazione del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, sul lavoro a termine, «vero e proprio spartiacque rispetto all'esperienza pregressa»¹⁰: abbandonata la strada, seguita in passato, di un'elencazione tassativa delle fattispecie che legittimavano l'apposizione del termine ai contratti di lavoro¹¹, anche

⁹ Nonostante la contraria opinione del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (v. la circolare del 15 febbraio 2000, n. 10), la dottrina prevalente conveniva sulla permanente vincolatività anche per il settore industriale dei limiti di due ore al giorno e dodici a settimana imposti dall'art. 5 del r.d.l. n. 692/1993. Sul punto v. le ampie argomentazioni di V. LECCESE 2001a, p. 362 ss.; ID. 2001b, p. 50; U. CARABELLI, V. LECCESE 2002, p. 7. Cfr. anche A. ALLAMPRESE 2001, p. 115 ss.

¹⁰ U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 4; nello stesso senso v. anche A. ALLAMPRESE 2004, p. 365, secondo il quale il d.lgs. n. 368/2001 ha costituito una prima «avvisaglia del ridimensionamento del ruolo dell'autonomia privata di tipo collettivo».

¹¹ L'articolo 1 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, consente infatti l'apposizione

la facoltà precedentemente attribuita all'autonomia collettiva di introdurre causali aggiuntive è venuta meno. È stato così spezzato lo strettissimo nesso che, nel previgente sistema normativo, univa l'individuazione di nuove ipotesi di legittima apposizione del termine e la delimitazione dell'impiego del contratto a tempo determinato mediante la tecnica del vincolo percentuale: private di qualsiasi funzione «in ordine alla determinazione di *quando* ricorrere al lavoro precario», le parti sociali hanno infatti visto compromettere anche «le possibilità di incidere sul *quanto*, non essendovi più ragioni di scambio attorno alle quali negoziare»¹², finendo così per ritrovarsi nelle mani soltanto un'«arma spuntata»¹³.

È stato però con il *Libro bianco sul mercato del lavoro* che l'intento del legislatore di sostituire il modello di «flessibilità collettivamente regolata» con una «figura nuova di flessibilità individuale sindacalmente assistita»¹⁴ è stata resa esplicita: da tale manifesto programmatico è emersa infatti in maniera inequivocabile non soltanto l'intenzione del Governo allora in carica di abbandonare il modello di concertazione sostituendolo con il meno impegnativo strumento del «dialogo sociale»¹⁵, ma anche la volontà di procedere ad una «stri-

di un termine ai contratti di lavoro subordinato in presenza di «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro, e pone a carico di quest'ultimo l'onere di esplicitare – per iscritto nel contratto individuale di lavoro – quali siano, nel caso concreto, tali ragioni. Rispetto al sistema delineato dalla l. n. 230/62, l'impostazione è del tutto capovolta: nella relazione illustrativa che accompagnava lo schema di decreto legislativo (in *GD*, 2001, n. 44, p. 30 e ss.) si legge infatti che, «anziché affermare che le assunzioni a termine sono vietate, tranne in alcuni casi tassativi indicati dalla legge e/o dai contratti collettivi [...], si opta [...] per una formula del tutto lineare»; è però proprio la chiarezza l'elemento di cui è carente questo articolo, poiché il significato che deve essere attribuito alla clausola generale è in realtà del tutto indeterminato. Sul punto v. M. ROCCELLA 2001a, secondo il quale l'articolo 1 del d.lgs. n. 368, formulato in termini così vaghi, altro non è che «una semplice foglia di fico, dietro la quale si nasconde malamente la volontà di rimettere ogni scelta in materia di assunzioni a pure e semplici valutazioni discrezionali delle imprese». Le scelte del datore di lavoro paiono peraltro destinate ad assumere sempre più carattere discrezionale dopo la modifica apportata dall'art. 1, comma 9, lettera b, della l. 28 giugno 2012, n. 92, a seguito della quale l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 non richiede più l'indicazione della ragione giustificativa dell'apposizione del termine relativamente al primo contratto a tempo determinato di durata non superiore a dodici mesi. Per una prima critica a tale innovazione normativa v. M. AIMO 2012b, § 2 e V. SPEZIALE 2012; cfr. anche M.T. CARINCI 2012, p. 16 e S. CHIUSOLO 2012, p. 15 ss. Per una valutazione complessivamente positiva delle modifiche da ultimo apportate v. invece L. MENGHINI 2012, p. 94 ss. e A. VALLEBONA 2012, p. 17 ss.

¹² M. AIMO 2006, p. 475.

¹³ M. ROCCELLA 2004a, p. 57.

¹⁴ G.P. CELLA, T. TREU 2009, p. 64.

¹⁵ Sulla differenza fra «concertazione» (cioè la strategia di definizione congiunta

sciante “decollettivizzazione” del diritto del lavoro»¹⁶. Non a caso, fra gli obiettivi delineati in tale documento spicca quello di raggiungere un «maggior decentramento della struttura contrattuale»¹⁷ al fine di rendere il mercato del lavoro maggiormente flessibile. L'obiettivo è stato immediatamente perseguito con la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, e con il successivo d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276: le numerose – ma disorganizzate e spesso disfunzionali – possibilità di deroga attribuite dal legislatore alle intese decentrate hanno determinato una brusca battuta d'arresto delle funzioni basilari di regolazione minima uniforme fino ad allora svolte dal contratto collettivo nazionale¹⁸. Mentre infatti in passato il livello nazionale era la sede contrattuale tradizionalmente privilegiata negli interventi di sostegno alla regolazione della flessibilità, a partire dal 2003 il legislatore ha invertito la rotta fino ad allora seguita: non soltanto il d.lgs. n. 276 – enfatizzando la tecnica già sperimentata con il d.lgs. n. 368/2001 – ha compromesso il potere della contrattazione collettiva di decidere la dose di flessibilità da immettere nel mercato del lavoro¹⁹; ma i residui compiti attribuiti alle parti sociali sono stati affidati anche alla negoziazione decentrata, aziendale e territoriale, che è stata così posta sullo stesso piano della contrattazione nazionale²⁰.

Tale novità non è passata inosservata: la dottrina prevalente non ha esitato a definire l'operazione posta in essere con la legge n. 30 e con il successivo d.lgs. n. 276 una «vera e propria manipolazione genetica del diritto del lavoro»²¹. È chiaro, infatti, che mentre il rinvio

degli obiettivi fondamentali delle politiche economico-sociali e degli strumenti per raggiungerli) e “dialogo sociale” (inteso come procedura di consultazione preventiva delle parti sociali circa le iniziative di politica legislativa assunte dal Governo) v. il *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia – proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, presentato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nell'ottobre del 2001, p. 32. Per un'analisi approfondita di tale questione v. V. PINTO 2004, p. 67 ss.; cfr. G. ARRIGO 2004, p. 391 ss. e L. BELLARDI 2004, p. 187 ss.

¹⁶ V. PINTO 2004, p. 22.

¹⁷ *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia – proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, p. 82.

¹⁸ Sul punto v. L. BELLARDI 2004, p. 192; F. DI LORENZO 2010, p. 98; cfr. anche L. MARIUCCI 2004, p. 14, secondo il quale i rinvii alla contrattazione collettiva «seguono una traiettoria che è eufemistico definire confusa». Sulla tecnica del rinvio utilizzata dal legislatore del 2003 (in particolar modo nel d.lgs. n. 66/2003) v. diffusamente *infra*, § 3.

¹⁹ La definizione di un sistema di tutele già ampiamente flessibile ha infatti limitato la capacità delle parti sociali di controllare l'espansione della flessibilità.

²⁰ Sul punto v. G.P. CELLA, T. TREU 2009, p. 64 s.

²¹ V. PINTO 2004, p. 41. Nello stesso senso v. l'ampio saggio di L. BELLARDI 2004, p. 183 ss. Fra i molti autori che hanno evidenziato la profonda rottura che il d.lgs. n. 276 ha segnato rispetto al precedente assetto delle relazioni sindacali, v. A.

alla contrattazione nazionale è «di per sé atto a rafforzare la gerarchia delle fonti regolative, escludendo la competenza dei livelli contrattuali inferiori, ogni altro rinvio apre la strada al sovvertimento di questa gerarchia»²²: sovvertimento che, in tempi più recenti, è stato perseguito con ancora maggiore evidenza.

A più di dieci anni di distanza, le linee portanti del *Libro Bianco* continuano infatti a guidare la mano del legislatore²³: com'è noto, il già citato art. 8 della l. n. 148/2011 ha ampliato a dismisura la capacità derogatoria dei contratti di secondo livello, che già era stata estesa ben al di là di quanto precedentemente consentito dagli accordi interconfederali sottoscritti nel triennio 2009-2011 (sui quali v. *infra*, §§ 4.2 e 5.1). Al fine di perseguire gli obiettivi individuati nel medesimo testo di legge²⁴, la più recente disposizione autorizza infatti i «contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, assistite dalle rispettive organizzazioni sindacali di appartenenza» a «realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati», mediante le quali derogare alle «disposizioni di legge» e alle «regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro». L'elenco delle materie suscettibili di deroga è così nutrito da ricomprendere tutti gli istituti maggiormente significativi del diritto del lavoro, fra i quali spicca (per quel che qui più interessa) anche la disciplina dell'orario²⁵. Già

BELLAVISTA 2004; U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a; F. LISO 2004, p. 8; M. MC BRITTON 2005, p. 281; M. RICCI 2006; M. ROCCELLA 2004a. Non è tuttavia mancato chi ha invece ravvisato una «sostanziale continuità» tra la tecnica del rinvio adottata dal d.lgs. n. 276 e quella utilizzata dal legislatore precedentemente: in tal senso M. NAPOLI 2005, p. 45.

²² G.P. CELLA, T. TREU 2009, p. 65.

²³ L'art. 8, infatti, «non è il frutto estemporaneo della crisi finanziaria che attaglia l'Europa comunitaria, un atto imposto dai tecnocrati a cui sono in mano le sorti dell'euro»; si tratta piuttosto «di una ponderata scelta di politica del diritto» che si pone nel solco tracciato dal *Libro Bianco*, andando al di là di quanto già allora prospettato: così A. GARILLI 2012, p. 32 s.; cfr. anche V. LECCESE 2012, p. 2.

²⁴ Le intese derogatorie devono essere finalizzate «alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività».

²⁵ Oltre alle norme che disciplinano l'orario di lavoro, i contratti aziendali sono autorizzati a derogare anche alle disposizioni vigenti in materia di: impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie; mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale; contratti a termine, contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, regime della solidarietà negli appalti e casi di ricorso alla sommini-

incrinato dell'assenza di un raccordo soggettivo tra i livelli negoziali, l'equilibrio fra le fonti è stato così ulteriormente compromesso dal legislatore più recente: perseguendo l'intento di favorire «l'arretramento del centralismo regolatorio»²⁶, l'art. 8 ha infatti potenziato a dismisura il potere di deroga attribuito alla contrattazione decentrata, limitando ulteriormente la capacità del sindacato sia di categoria che confederale di svolgere un ruolo di coordinamento e di garanzia della sostanziale uniformità nella regolamentazione nazionale delle condizioni di lavoro.

Oltre a quelle fin qui menzionate, fra le cause del complessivo indebolimento della funzione di ricerca di equilibrio tra poteri antagonisti propria della negoziazione collettiva deve essere inoltre ricordata la previsione inserita nel d.lgs. n. 276/2003 secondo cui, in caso di mancato recepimento di un rinvio legale da parte della contrattazione collettiva, il Ministro del lavoro può intervenire con decreto in funzione sostitutiva²⁷; nonché la notevole valorizzazione dell'autonomia privata individuale, la cui funzione regolamentare è stata svincolata dalla soggezione all'autonomia collettiva mediante l'instaurazione di «un rapporto non più dirigistico ma di concorrenza tra contratto collettivo e contratto individuale»²⁸.

strazione di lavoro; modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro (comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le c.d. "partite IVA"), trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro. L'elenco è davvero ampio ed eterogeneo; come non bastasse, il riferimento alla «disciplina del rapporto di lavoro» è potenzialmente comprensivo «dell'intero settore centrale del diritto del lavoro, quello riguardante le regole del rapporto individuale»: così T. TREU 2011b, p. 638. Sulla «deregolamentazione selvaggia» (M.V. BALLESTRERO 2012, p. 277) operata dall'art. 8, l. n. 148/2011 v. *infra*, §§ 4.2 e 5.1, anche per l'indicazioni di riferimenti dottrinali.

²⁶ V. il Piano triennale per il lavoro *Liberare il lavoro per liberare i lavori*, presentato dal ministro Sacconi il 30 luglio 2010, p. 21: il documento è disponibile al sito internet www.lavoro.gov.it. Gli elementi di continuità fra tale piano e l'art. 8 della manovra d'agosto sono chiaramente evidenti.

²⁷ Tale previsione depotenzia notevolmente la capacità della contrattazione collettiva di pervenire ad un accordo sulle materie ad essa rinviate, favorendo l'inerzia di almeno uno dei soggetti negoziali. Il ruolo sostitutivo dell'intervento amministrativo è previsto, ad esempio, in materia di contratto di inserimento (art. 55, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003, fattispecie poi abrogata dall'art. 1, comma 14 della l. n. 92/2012) e di lavoro intermittente (art. 34, comma 1, e art. 40 del d.lgs. n. 276/2003, norme entrambe abrogate dalla l. n. 247/2007 e successivamente ripristinate con l. n. 133/2008), nonché in materia di orario di lavoro: sulla disposizione contenuta nel d.lgs. n. 66/2003 v. *infra*, § 6. Su tale questione v. L. BELLARDI 2004, p. 211 ss.

²⁸ V. PINTO 2004, p. 53; cfr. anche L. BELLARDI 2004, p. 194 e V. PINTO, R. VOZA 2002, p. 481. Sul punto v. anche R. VOZA 2007, p. 209, secondo cui «i più recenti provvedimenti (dalla riforma del lavoro a termine sino al d.lgs. 276/2003) [...]

La rivalutazione dell'autonomia privata individuale, in particolare, era già stata auspicata dal *Libro bianco* al fine di rintracciare «assetti regolatori effettivamente conformi agli interessi del singolo lavoratore ed alle specifiche aspettative in lui riposte dal datore di lavoro»²⁹: benché tale prospettiva – secondo la dichiarazione d'intenti del Governo – non avrebbe dovuto comportare un «appannamento del ruolo della contrattazione collettiva, quanto semmai una sua diversa concezione»³⁰, lo spostamento del baricentro verso il livello individuale compiutosi con i testi normativi successivamente approvati ha tuttavia determinato una profonda alterazione dei tradizionali rapporti tra legge, autonomia collettiva e autonomia individuale. Pur invocando la promozione di «assetti regolatori effettivamente conformi agli interessi del singolo lavoratore»³¹, il legislatore del 2003 ha infatti eliminato il robusto tessuto di diritti soggettivi precedentemente riconosciuto ai lavoratori.

Da una lettura incrociata del *Libro bianco* con il testo del d.lgs. n. 276/2003, emerge quindi una sostanziale confusione tra due piani ben diversi, quello cioè del potenziamento dell'autonomia individuale (intesa come raggiungimento di accordi fra parti dotate di medesima forza contrattuale) e quello del rafforzamento dei poteri del contraente più forte: benché, infatti, nel manifesto programmatico del 2001 il Governo abbia auspicato un rinvigorismento dei momenti di scelta riservati ai singoli, il testo normativo che è seguito ha eliminato tali momenti là dove già presenti, sostituendoli con la facoltà per datore di lavoro e lavoratore di pattuire in materia. È infatti sufficiente analizzare le modifiche apportate dal d.lgs. n. 276 alla disciplina del *part-time* per rendersi conto che l'invocata valorizzazione dell'autonomia privata individuale si è tradotta nell'eliminazione delle posizioni giuridiche soggettive precedentemente riconosciute in capo ai lavoratori³²: non soltanto il legislatore del 2003 ha infatti cancel-

puntano ad un ridimensionamento della funzione sindacale, compensandolo (in alcuni casi) con un potenziamento dell'autonomia individuale».

²⁹ *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia – proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, p. 35.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² Molti altri esempi potrebbero essere tratti dal d.lgs. n. 276/2003; non essendo questa la sede adatta per procedere ad un'analisi delle numerose disposizioni, basti il riferimento al *part-time*, la cui disciplina – del resto – costituisce «l'ambito privilegiato entro cui valutare la profonda diversità di opzioni di politica del diritto proprie della vecchia e della nuova maggioranza parlamentare» (V. PINTO 2002, p. 275). Per uno studio più approfondito del d.lgs. n. 276 e per una rassegna delle fattispecie contrattuali che maggiormente hanno risentito del nuovo rapporto tra legge, contrattazione collettiva e autonomia individuale v. L. BELLARDI 2004, soprattutto p. 203 ss.; cfr. anche M. RICCI 2006, p. 232 ss.

lato il c.d. diritto di ripensamento³³, che fino ad allora poteva essere esercitato da coloro che avessero sottoscritto una clausola elastica relativa alla collocazione temporale della prestazione lavorativa³⁴; ma ha anche stabilito che, in assenza di un'espressa disciplina contrattuale in materia, lavoratore e imprenditore possano concordare direttamente lo svolgimento di lavoro supplementare³⁵ e sottoscrivere clausole elastiche o flessibili³⁶ (v. *infra*, cap. IV, § 2). In un colpo solo, dunque, il legislatore del 2003 ha notevolmente ridimensionato il ruolo attribuito alle parti sociali e privato il lavoratore della facoltà di scelta a lui riconosciuta: se, da un lato, il contratto collettivo ha perso la propria tipica funzione autorizzatoria, d'altro canto la tanto esaltata autonomia individuale è stata paradossalmente compressa, dal momento che l'esistenza di una regolamentazione collettiva dell'istituto rende superfluo il raggiungimento di un accordo fra le parti del rapporto individuale³⁷.

I primi anni del nuovo secolo sono stati dunque segnati da una netta spinta verso il decentramento normativo che, archiviato il primo decennio, ancora non accenna ad arrestarsi: lo stravolgimento della gerarchia delle fonti recentemente operato dall'art. 8 della l. n. 148/2011 è infatti sintomatico del permanere – o, *rectius*, dell'accentuarsi – di tale linea di tendenza, i cui effetti (come si vedrà nei §§ seguenti) si manifestano con particolare evidenza proprio nella disciplina dell'orario di lavoro. Il risultato di un simile andamento è la restituzione «alla volontà individuale [del] compito di stabilire l'ordine *concreto* dei rapporti di produzione»³⁸ e quindi, in definitiva, la riconsegna dei

³³ V. l'art. 46, comma 1, lettera *m*, del d.lgs. n. 276/2003, che ha modificato l'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 61/2000.

³⁴ Definite oggi come “clausole flessibili”; nella versione originaria del d.lgs. n. 61/2000 erano invece vietate le clausole elastiche relative alla durata della prestazione, oggi ammesse nei rapporti di lavoro a tempo parziale e misto.

³⁵ Art. 3, comma 3, d.lgs. n. 61/2000, così come modificato dall'art. 46, comma 1, lettera *f*, d.lgs. n. 276/2003.

³⁶ Art. 8, comma 2 *ter*, d.lgs. n. 61/2000 così come modificato dall'art. 46, comma 1, lettera *s*, del d.lgs. n. 276/2003. Tale disposizione è stata successivamente abrogata dall'art. 1, comma 44, lettera *c*, l. n. 247/2007, che ha così restituito ai contratti collettivi un ruolo essenziale nella disciplina delle clausole elastiche e flessibili. Da ultimo, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia, modificando i commi 7 e 8 dell'art. 3 in materia di clausole elastiche: sui cambiamenti apportati dall'art. 22, comma 4, della l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità per il 2012) v. *infra*, cap. IV, § 2.

³⁷ Nello stesso senso v. L. BELLARDI 2004, p. 207 s.; A. VALLEBONA 2004, p. 52; R. VOZA 2004, p. 240.

³⁸ V. PINTO 2004, p. 20.

lavoratori «nelle mani del mercato» ovvero, «sostanzialmente, nelle mani del datore di lavoro»³⁹.

2. Il d.lgs. n. 66/2003: la “pistola scarica” della contrattazione collettiva

Il trend legislativo che ha caratterizzato l’inizio del nuovo secolo non ha risparmiato il d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66: figlio del medesimo padre del d.lgs. n. 276/2003, ma da quest’ultimo separato sul nascere⁴⁰, il testo normativo in materia di orario di lavoro ha risentito profondamente del contesto storico-politico nel quale è stato emanato. Nonostante la radice sindacale che ne aveva caratterizzato l’origine⁴¹, il d.lgs. n. 66 ha infatti anticipato la nuova impostazione dei rapporti tra legge, contrattazione collettiva e autonomia individuale che – di lì a poco – avrebbe caratterizzato l’ampia legge di revisione del mercato del lavoro.

Accantonata la positiva esperienza della flessibilità sindacalmente contrattata che in passato aveva permesso ai datori di lavoro di beneficiare di una maggiore flessibilità lavorativa solo ove fosse stata raggiunta un’intesa con le contrapposte organizzazioni sindacali⁴², il d.lgs. n. 66 ha ridotto notevolmente le funzioni di controllo, autorizzazione e regolamentazione prima attribuite all’autonomia collettiva (v. *infra*, § 3). Mentre per lungo tempo era stato affidato alle parti sociali il delicato compito di raggiungere un equilibrio socialmente accettabile tra le istanze imprenditoriali di maggiore flessibilità organizzativa e le opposte esigenze dei lavoratori ad una migliore conciliazione fra i tempi di vita e i tempi di lavoro, nel nuovo sistema normativo – caratterizzato dall’introduzione direttamente *ex*

³⁹ M. RICCI 2006, p. 229.

⁴⁰ Originariamente inserita nel disegno di legge delega n. 848 insieme a quella relativa alla riforma del mercato del lavoro, la delega in materia di orario di lavoro è stata infatti successivamente stralciata da questo e collocata nella legge 1° marzo 2002, n. 39 (art. 22 della legge comunitaria del 2001). Sull’origine comune dei due testi legislativi v. P. CURZIO 2004, p. 15 ss.; più in particolare sulle varie tappe che hanno portato all’emanazione del d.lgs. n. 66 v. U. CARABELLI, V. LECCESE 2006, p. 256 ss.

⁴¹ Nel 1997, infatti, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil avevano sottoscritto un *Avviso comune* contenente «criteri di recezione della direttiva comunitaria n. 93/104 in materia di orario di lavoro», criteri che il Governo (con il Patto per il lavoro del settembre 1996) si era impegnato a rispettare. Sull’avviso comune, sui suoi principali punti deboli e sul suo successivo accantonamento v. diffusamente U. CARABELLI, V. LECCESE 2002, p. 12 ss. e IDD. 2006, p. 256 ss.

⁴² Sul punto v. L. BELLARDI 2004, p. 201.

lege di una massiccia dose di flessibilità – il ruolo attribuito alla contrattazione collettiva si è decisamente attenuato. I pur numerosi richiami alle parti sociali legittimano infatti l'intervento di queste non più «in funzione “liberatoria” da vincoli legali, ma piuttosto [in funzione] “definitoria”, in capo al datore di lavoro, di specifici vincoli contrattuali rispetto a *standards* legali meno protettivi rispetto al passato»⁴³.

Mentre nel previgente sistema normativo, contraddistinto dall'esistenza di limiti inderogabili posti dal legislatore, l'autonomia collettiva svolgeva un'importante funzione di autorizzazione e di controllo del ricorso a formule orarie maggiormente flessibili rispetto a quelle previste dalla legge, nell'attuale contesto spetta invece alle parti sociali la definizione di vincoli giuridici più severi rispetto a quelli previsti dalla fonte legale⁴⁴: il compito di prevedere obblighi e divieti normalmente svolto dal legislatore è oggi dunque affidato alla contrattazione collettiva, che può però farsi carico di tale onere soltanto qualora le organizzazioni sindacali dispongano di una forza negoziale sufficiente per imporre alla controparte vincoli non più previsti dalla legge. Eloquentemente di tale ribaltamento di ruoli fra legge e contrattazione collettiva è l'eliminazione da parte del d.lgs. n. 66 della durata massima giornaliera dell'orario di lavoro: mentre, infatti, nel previgente sistema normativo il legislatore fissava espressamente tale soglia⁴⁵, il decreto del 2003 tace su tale importante questione, lasciando alle parti sociali il difficile compito di tentare di porre rimedio a questa grave lacuna (v. *infra*, cap. III, § 2.2). Analogamente, mentre il legislatore del 1923 aveva previsto ferrei limiti allo svolgimento di lavoro straordinario, il d.lgs. n. 66 rimette tale importante incarico all'autonomia collettiva, limitandosi a fissare un residuale (ed elevato) tetto che trova applicazione soltanto in difetto di disciplina collettiva applicabile (v. *infra*, § 3).

Non sfugge, inoltre, che nelle residue e limitate situazioni in cui l'autonomia collettiva ha conservato un potere “liberatorio”, questo deve essere esercitato nei confronti di vincoli legislativi decisamente meno rigidi rispetto a quelli imposti dal previgente testo normativo.

⁴³ U. CARABELLI, V. LECCESE, 2004a, p. 7; nello stesso senso cfr. I. PICCININI, P. FERRARI 2005, p. 410; A. ALLAMPRESE 2007, p. 364; F. DI LORENZO 2010, p. 102 s.

⁴⁴ Proprio perché il d.lgs. n. 66/2003 in gran parte evita di stabilire «regole immediatamente precettive, ma si limita ad individuare i soggetti abilitati a fissare quelle regole», G. BOLEGO 2005, p. 325, non ha esitato a considerare il decreto non «fonte di produzione, ma piuttosto [...] fonte sulla produzione».

⁴⁵ L'art. 1 del r.d.l. n. 692 stabiliva infatti che l'orario normale massimo di lavoro non poteva eccedere le 8 ore, a cui potevano aggiungersi due ore di straordinario al giorno (art. 5), per un totale di dieci ore di lavoro al giorno.

Il rinvio alle parti sociali risulta così costituire un «“invito” ad aggiungere flessibilità contrattuale alla nuova flessibilità legale», invito peraltro «tutt'altro che “cordiale”»⁴⁶: così come nel d.lgs. n. 276/2003, anche il decreto in materia di orario prevede infatti in più occasioni la possibilità per il Ministro del lavoro (o – nel pubblico impiego – per il Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro del lavoro) di intervenire con decreto nelle materie affidate alle parti sociali, ingenerando una pressione di non poco conto sul normale esercizio dell'autonomia collettiva (v. *infra*, § 6).

Particolarmente problematica è poi l'assenza di un raccordo soggettivo tra i differenti livelli negoziali, tutti aventi «pari titolarità e reciproca autonomia»⁴⁷ ai fini della regolamentazione delle materie loro rinviate: il decentramento contrattuale – ulteriormente potenziato dagli interventi operati nel corso della sedicesima legislatura⁴⁸ – e la conseguente diversificazione delle relative discipline si innestano infatti in un sistema sindacale reso già notevolmente complesso dai problemi riguardanti i rapporti tra livelli (v. *infra*, §§ 4 e 4.1) e dalla sottoscrizione separata degli accordi (fattasi più frequente negli ultimi anni: v. *infra*, § 5), contribuendo a ridimensionare ulteriormente la capacità dell'autonomia collettiva di svolgere il proprio ruolo.

Nell'analizzare il rapporto fra fonte legale e contrattuale nella disciplina del tempo di lavoro non si può dunque prescindere dall'esame delle questioni tradizionalmente irrisolte del sistema sindacale italiano: dopo essersi addentrati con maggiore attenzione nelle specifiche questioni a cui si è fin qui fatto rapido cenno (v. *infra*, §§ 3; 4; 4.1; 5; 6), occorrerà dunque soffermarsi sulle novità introdotte dai più recenti accordi interconfederali e dal già citato art. 8 della l. n.

⁴⁶ Entrambe le citazioni sono tratte da U. CARABELLI, V. LECCESE, 2004a, p. 7 s. Le numerose possibilità di deroga attribuite ai contratti collettivi dagli artt. 16 e 17 si muovono, infatti, in un contesto reso già ampiamente flessibile dalla laconicità delle norme in materia di durata settimanale normale e massima dell'orario di lavoro, riposo giornaliero, pause e lavoro notturno.

⁴⁷ L. BELLARDI 2004, p. 202.

⁴⁸ Come già accennato, l'art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito in l. 14 settembre 2011 n. 148, ha autorizzato i contratti collettivi aziendali e territoriali a derogare alle regolamentazioni contenute nei contratti di categoria e alle disposizioni di legge anche in assenza di un espresso rinvio. Prima di tale intervento legislativo, la facoltà derogatoria attribuita ai contratti collettivi di secondo livello in materia di orario di lavoro era già stata estesa (limitatamente al solo settore privato) riconoscendo la possibilità per i contratti collettivi territoriali o aziendali di disciplinare liberamente determinate materie anche «in assenza di specifiche disposizioni nei contratti collettivi nazionali»: v. l'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 66/2003, così come modificato dall'art. 41, comma 7, d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008. Per un esame congiunto di tali disposizioni v. *infra*, § 4.1; sull'art. 8 della l. n. 148/2011 v. §§ 4.2. e 5.1.

148/2011 (v. *infra*, §§ 4.2 e 5.1), abbozzando infine una riflessione sulle non poche problematiche derivanti dall'assenza di una legge sulla rappresentanza sindacale (v. *infra*, § 7).

3. *Il depotenziamento del modello della flessibilità contrattata*

Se correttamente impiegata, la tecnica legislativa del rinvio alle parti sociali costituisce certamente uno strumento capace di esaltare il ruolo dell'autonomia collettiva: ispirata al principio di sussidiarietà, il modello della flessibilità contrattata determina infatti l'arrestarsi del legislatore dinanzi ad una soglia minima di regolazione, al fine di consentire l'intervento della fonte più vicina agli interessi da regolare⁴⁹. Adoperata in maniera sempre più efficiente dai testi legislativi emanati sul finire del secolo scorso (v. *supra*, § 1), a prima vista la "legislazione di rinvio" parrebbe aver influenzato anche il decreto legislativo in materia di orario di lavoro: non si può certo dire, infatti, che il legislatore del 2003 non abbia largheggiato nei rinvii alle parti sociali, dal momento che nell'intero testo normativo se ne possono rintracciare all'incirca una trentina. Dalla semplice conta numerica non è però possibile trarre la conclusione che «le disposizioni del decreto rispettano pienamente il ruolo che in generale è stato riconosciuto dall'ordinamento all'autonomia collettiva»⁵⁰. Benché la cospicua quantità di richiami alle parti sociali possa indurre a ritenere che il d.lgs. n. 66 si ponga in linea di continuità con il modello di flessibilità contrattata sperimentato fino al 2000, affinando l'analisi ci si può in effetti rendere facilmente conto di quanto la prima impressione risulti fallace. È sufficiente, infatti, porre a confronto il rapporto esistente fra l'indiscutibile ruolo di rilievo ricoperto dalla contrattazione collettiva nel vigore del r.d.l. n. 692/1923 e l'esiguo numero di rinvii contenuto in quel testo normativo con l'elevato numero di richiami alla negoziazione collettiva presente nel d.lgs. n. 66 e l'odierno deciso depotenziamento del ruolo delle parti sociali per accorgersi che «la quantità, purtroppo, non necessariamente si accompagna alla qualità»⁵¹.

⁴⁹ In tal senso v. M. NAPOLI 2008a, p. 337.

⁵⁰ Così invece M. TREMOLADA 2003, p. 22. Nello stesso senso v. M. TIRABOSCHI, A. RUSSO 2003, p. 11.

⁵¹ M. ROCCELLA 2004a, p. 57, secondo una linea ampiamente diffusa in dottrina: v., fra gli altri, F. DI LORENZO 2010, p. 98; V. LECCESE 2004b, p. 1248; F.M. PUTATURO DONATI 2005, p. 186. Tale affermazione trova conferma analizzando le modalità di effettivo impiego dei rinvii da parte dell'autonomia negoziale: per poter comprendere se i richiami alla contrattazione collettiva siano o meno efficaci è

La tecnica legislativa utilizzata nel d.lgs. n. 66 è del resto “figlia” del *Libro bianco* e “sorella” del d.lgs. n. 276. Sebbene il legislatore – con una dichiarazione meramente programmatica, immediatamente smentita dai contenuti del testo normativo – abbia enfatizzato il ruolo dell’autonomia collettiva impegnandosi a garantirne il «pieno rispetto» (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 66/2003), anche nella disciplina dell’orario molti dei numerosi richiami alle parti sociali si rivelano sostanzialmente inutili: pur inducendo a credere che alla negoziazione collettiva siano assegnate importanti funzioni normative, tali disposizioni in realtà si limitano, in modo del tutto superfluo, ad attribuire poteri che questa già detiene⁵². Molti sono infatti i rinvii in funzione migliorativa della disciplina legale, in assenza dei quali le parti sociali potrebbero ugualmente intervenire in materia, introducendo condizioni di miglior favore per i lavoratori: si tratta di rinvii meramente formali, per mezzo dei quali il legislatore si limita a prefigurare l’intervento del contratto collettivo in materie che lo stesso avrebbe ugualmente potuto disciplinare in forza del principio di libertà sindacale previsto dall’art. 39, comma 1, Cost.; prive di una reale funzione pre-cettiva, tali deleghe hanno dunque una mera valenza politica, limitandosi a sollecitare l’intervento delle parti sociali⁵³.

infatti indispensabile verificare se e in quale modo le parti sociali siano intervenute nelle materie a loro delegate, adempiendo ai compiti assegnati loro dal legislatore. A tal fine, pare utile prendere in esame nelle pagine seguenti alcuni contratti collettivi particolarmente significativi: fra questi, un occhio di riguardo spetterà innanzitutto al contratto collettivo dei metalmeccanici (in questo caso, data la contemporanea vigenza di due accordi, si farà prevalente riferimento a quello sottoscritto unitariamente da Fiom, Fim e Uilm il 20 gennaio 2008) e a quello per i dipendenti delle imprese edili; ma occorrerà soffermarsi anche sui contratti applicati nel settore del commercio e in quello creditizio, ambiti lavorativi caratterizzati dall’esigenza di soddisfare le richieste della clientela; particolarmente interessante è inoltre il contratto collettivo applicato nel settore alimentare che, nel disciplinare l’orario di lavoro, deve fare i conti con le esigenze legate alla deperibilità dei prodotti. Oltre a quelli qui menzionati, nel prosieguo verranno talvolta presi in esame anche altri accordi collettivi, le cui disposizioni si rivelino di particolare rilievo ai fini della trattazione.

⁵² Nello stesso senso v. V. FERRANTE 2004c, p. 1426.

⁵³ I rinvii *in melius* sono stati definiti come «impropri» per indicare come, anche in loro assenza, il contratto collettivo ben sarebbe potuto intervenire a disciplinare la materia: V. PINTO 2002, p. 278 e 281 s. Sul punto v. anche U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 83, secondo i quali – benché la previsione normativa sia formulata in modo da ingenerare il dubbio che la selezione dei sindacati legittimati ad intervenire riguardi anche i rinvii *in melius* – da questi ultimi non è possibile, «al fine di evitare qualsivoglia contrasto con l’art. 39, co. 1° e 4°, Cost., far derivare altro se non una mera sollecitazione, rivolta ai soggetti selezionati, a sviluppare un’attività negoziale sulla materia oggetto di rinvio, senza che ne risulti precluso l’intervento di altri soggetti collettivi». Del resto, se così non fosse, il testo normativo non

Esempio emblematico – sebbene non nuovo – di rinvio vuoto alla contrattazione collettiva è certamente la norma che “autorizza” le parti sociali a ridurre, ai soli fini contrattuali, la durata normale dell’orario di lavoro settimanale stabilita dal legislatore⁵⁴ (art. 3, comma 2, prima parte): la possibilità di fissare orari di lavoro più contenuti rispetto a quelli previsti dalla fonte legislativa rientra infatti nello stesso codice genetico della negoziazione collettiva, senza che un’espressa delega in materia sia necessaria. È noto che furono proprio le parti sociali – durante i lunghi anni in cui il legislatore si disinteressò completamente della materia del tempo di lavoro (v. *supra*, cap. I, § 1) – a segnare una netta riduzione dell’orario: la settimana lavorativa di quaranta ore distribuite su cinque giorni costituisce una delle conquiste più significative della negoziazione collettiva, ottenuta peraltro senza che il legislatore formulasse un espresso invito in tal senso⁵⁵. Il rinvio al contratto collettivo operato dal testo normativo non aggiunge perciò «alcunché a quanto quest’ultimo già potrebbe fare (e, tradizionalmente, già *ha fatto*) in quanto atto di autonomia privata»⁵⁶. Anzi, a ben vedere, nonostante l’esistenza di un’espressa delega, l’attività sindacale in materia ha subito una brusca battuta d’arresto: basti pensare che la durata normale dell’orario di lavoro prevista dal contratto collettivo dei metalmeccanici è invariata fin dal rinnovo contrattuale dell’8 gennaio 1970⁵⁷. Quando la forza contrattuale del sin-

soltanto sarebbe «irrazionale (poiché non si comprende per quale ragione un trattamento più protettivo rispetto allo *standard* legale possa essere dettato solo dai sindacati comparativamente più rappresentativi)», ma contrasterebbe anche «con il principio di libertà di organizzazione (ed attività) sindacale di cui all’art. 39, co. 1, Cost., il quale include senz’altro il diritto di ogni soggetto collettivo (a qualsiasi livello ed indipendentemente dalla propria “rappresentatività”) di concludere contratti volti al miglioramento delle tutele assicurate ai propri rappresentati e/o alla limitazione, al medesimo fine, di poteri datoriali altrimenti non vincolati dalla legge» (così V. LECCESE 2006a, p. 274). La partizione tra rinvii propri e impropri è stata accolta da molti autori, fra cui R. VOZA 2004, p. 238 s.; F.M. PUTATURO DONATI 2005, p. 194; S. LAFORGIA 2009a, p. 184; G. GIUGNI 2010, p. 154; M.G. GAROFALO 2011, p. 434. Ritiene invece tale distinzione poco convincente P. SARACINI 2006, p. 629.

⁵⁴ Analogo richiamo alla contrattazione collettiva era già contenuto nell’art. 13, comma 1, l. n. 196/1997. Rinvii impropri alla contrattazione collettiva erano del resto già previsti anche nella versione originaria del d.lgs. n. 61/2000: sul punto v. V. PINTO 2002, p. 281 s.

⁵⁵ Come già detto, infatti, l’art. 1, comma 1, del r.d.l. n. 692 stabiliva che «la durata massima normale della giornata di lavoro» non avrebbe potuto eccedere «le otto ore al giorno o le quarantotto ore settimanali di lavoro effettivo».

⁵⁶ U. CARABELLI, V. LECCESE 2006, p. 196.

⁵⁷ La durata normale dell’orario di lavoro è infatti ancora oggi fissata in quaranta ore: v. art. 5, § 1, sezione IV, titolo III del Ccnl per gli addetti all’industria metalmeccanica, sottoscritto il 20 gennaio 2008 (sul punto sia consentito rinviare a

dacato è scarsa, l'espressa autorizzazione da parte del legislatore ad introdurre deroghe *in melius* si rivela quindi completamente inutile.

Valore di mera sollecitazione o di semplice invito ad intervenire sulla materia deve essere riconosciuto anche a tutte le altre (numerosissime) disposizioni in cui la negoziazione collettiva è chiamata a migliorare lo *standard* di tutela legale previsto per i lavoratori. Fra queste, occorre certamente menzionare la norma che invita le parti sociali a fissare la durata massima settimanale dell'orario di lavoro (art. 4, comma 1)⁵⁸: anche in mancanza di un espresso invito in tal senso, la negoziazione collettiva avrebbe infatti ugualmente potuto porre rimedio alla grave lacuna del decreto legislativo, nel quale – in assenza di un'espressa previsione – il limite massimo dell'orario di lavoro settimanale può essere ricavato soltanto indirettamente⁵⁹. Anche in questo caso, peraltro, non può sfuggire la paradossale coincidenza fra l'introduzione di un espresso rinvio in materia e l'astensione della negoziazione collettiva dall'intervenire sul punto: la delega introdotta dall'art. 4, comma 1, è stata infatti sostanzialmente ignorata dalla maggior parte dei contratti⁶⁰; il risultato è che la soglia di settantasette

A. FENOGLIO 2010b, p. 362). Lo stesso può dirsi anche dei contratti applicati nell'industria alimentare (art. 30, comma 1, capitolo VII, Ccnl del 22 settembre 2011), nel settore edile (artt. 5 e 43, Ccnl del 18 giugno 2008, rinnovato il 19 aprile 2010) e nel settore del commercio (art. 118, sezione IV, titolo V, del Ccnl per i dipendenti da aziende del terziario della distribuzione e dei servizi siglato il 18 luglio 2008 e rinnovato, senza la sottoscrizione della Filcams-Cgil, il 26 febbraio 2011). Fra i contratti esaminati, il solo Ccnl applicato nel settore creditizio fissa dunque un orario di lavoro normale inferiore a quello legale, pari a 36 ore o a 37 ore e 30 minuti, a seconda della differente articolazione della settimana lavorativa (cfr. art. 94, parte speciale, capitolo XIII del Ccnl stipulato l'8 dicembre 2007, rinnovato il 19 gennaio 2012).

⁵⁸ Analoghe considerazioni possono essere rivolte anche a proposito della disposizione che invita la contrattazione collettiva a definire eventuali riduzioni dell'orario di lavoro per i lavoratori notturni: art. 13, comma 2, d.lgs. n. 66. Per una catalogazione dei richiami alle parti sociali presenti nel d.lgs. n. 66 v. U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 37 s. e 41 s., che distinguono fra rinvii in funzione migliorativa e rinvii in funzione peggiorativa; cfr. anche I. PICCININI, P. FERRARI 2005, p. 413 ss.

⁵⁹ Mediante il combinato disposto dalla disposizione che riconosce il diritto ad un periodo di riposo giornaliero pari ad undici ore (art. 7) e la disposizione che sancisce il diritto ad un riposo settimanale pari a ventiquattro ore (art. 9).

⁶⁰ Un'espressa indicazione della durata massima settimanale manca infatti non soltanto nel Ccnl dei metalmeccanici, cit. (sul punto v. A. FENOGLIO 2010b, p. 362), ma anche in tutti gli altri contratti presi in esame. Costituisce dunque un'apprezzabile eccezione l'art. 7, parte II dell'accordo di rinnovo del Ccnl per gli addetti alla piccola e media industria del legno (del 19 luglio 2010), con il quale le parti sociali hanno fissato in 55 ore l'orario massimo settimanale, soglia però derogabile con accordo aziendale.

ore settimanali – ricavabile in via indiretta dalle norme relative ai riposi giornaliero e settimanale – si è così trasformata da «teorica» in «reale»⁶¹. Più di qualche dubbio sorge dunque sull'effettiva utilità dei rinvii *in melius* introdotti dal d.lgs. n. 66, rinvii che – in effetti – paiono non solo superflui ed inutili ma, a ben vedere, anche controproducenti: stabilendo regole in materia di orario di lavoro ampiamente flessibili ed affidando alle parti sociali il compito di introdurre vincoli volti a proteggere la salute e la sicurezza dei lavoratori in materie un tempo riservate alla tutela inderogabile della norma legale, il legislatore ha infatti posto le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro nella «comoda posizione di chi deve concedere», lasciando i sindacati in quella più scomoda di chi deve «chiedere per ottenere»⁶². Il mancato recepimento delle deleghe *in melius* da parte di molti contratti collettivi deve dunque essere letto non come segno di un volontario immobilismo delle parti sociali⁶³, ma piuttosto come frutto dell'attuale contesto normativo, nel quale le organizzazioni dei lavoratori – armate solo di una «pistola scarica»⁶⁴ – si trovano a dover procedere ad una difficile «negoziante in salita».

Ad ogni modo, occorre rilevare come non tutti i richiami all'autonomia negoziale introdotti dal decreto legislativo si limitino ad invitare le parti sociali ad apportare miglioramenti alla tutela legale prevista per i lavoratori; non mancano infatti rinvii legali che ampliano la capacità dispositiva dell'autonomia collettiva, legittimando quest'ultima ad intervenire su materie ed istituti altrimenti sottratti alla sua competenza. Tuttavia, anche laddove i rinvii appartengano a questo secondo modello «non sempre si può parlare di valorizzazione del ruolo sindacale»⁶⁵: non soltanto, infatti, la minaccia dell'intervento amministrativo in alcuni casi pone un «cappio intorno al collo»⁶⁶ dei rappresentanti dei lavoratori (v. *infra*, § 6); ma spesso le parti sociali – piuttosto che essere chiamate a garantire un migliore bilanciamento tra le istanze imprenditoriali e le esigenze dei lavoratori – sono autorizzate a disapplicare (o depotenziare) previsioni legislative portatrici di diritti per i lavoratori. È questo il caso della delega in bianco contenuta nell'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 66, con la quale il legi-

⁶¹ G. LELLA 2005, p. V.

⁶² Entrambe le citazioni sono tratte da F. LISO 2004, p. 10.

⁶³ Come rileva G. LELLA 2005, p. III, la scarsa propensione all'innovazione ha infatti indotto parte della dottrina ad accusare le parti sociali di «immobilismo o di conservatorismo».

⁶⁴ M. ROCCELLA 2004a, p. 58.

⁶⁵ V. PINTO 2004, p. 167.

⁶⁶ M. ROCCELLA 2004a, p. 58.

slatore – in «una logica di esasperata flessibilizzazione»⁶⁷ – ha attribuito alla contrattazione collettiva di ogni livello la facoltà di ampliare il periodo di “riporto” pari a 18 mesi entro il quale deve essere goduto il periodo minimo di ferie annuali o ridurre la quota minima di riposo (pari a due settimane) la cui fruizione deve necessariamente avvenire nel corso dell’anno di maturazione: benché lo scaglionamento su base ultrannuale del periodo minimo di ferie possa dirsi compatibile con la Carta costituzionale e con la direttiva europea soltanto in un ristretto numero di ipotesi⁶⁸ (v. *infra*, cap. III, § 5.2), il legislatore non ha dunque esitato ad incentivare le parti sociali a destrutturare ulteriormente⁶⁹ il diritto dei lavoratori a fruire di almeno quattro settimane di riposo nel corso dell’anno di maturazione⁷⁰.

Il godimento delle ferie annuali non è, tuttavia, l’unico diritto che può essere oggetto di deroghe: le parti sociali possono infatti intervenire anche in materia di riposo settimanale (art. 9, comma 2, lettera *d*) e di riposo giornaliero (art. 17, comma 1). Quanto a quest’ultimo, preme sottolineare che – benché la stessa direttiva europea autorizzi l’intervento dei contratti collettivi in materia (art. 17, diret-

⁶⁷ R. DEL PUNTA 2004a, p. 399.

⁶⁸ Come si chiarirà meglio nel prosieguo, la deroga al godimento infra-annuale del periodo di riposo può infatti essere considerata lecita in presenza di ragioni di carattere eccezionale (così come stabilito da Corte Cost. 19 dicembre 1990, n. 543, in *RGL*, 1991, II, p. 393), in caso di sovrapposizione con un altro periodo di congedo (come deciso dalla Corte di giustizia 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff e Stringer*, in *Racc.*, 2009, p. 179) e, infine, nel caso in cui la posticipazione della fruizione delle ferie sia autorizzata da disposizioni contrattuali ispirate al principio del *favor praestatoris*.

⁶⁹ Più di quanto già fatto dal d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213, che – modificando l’originaria versione dell’art. 10 del d.lgs. n. 66/2003 – ha notevolmente indebolito il diritto alle ferie, sollevando non pochi dubbi di legittimità costituzionale e comunitaria.

⁷⁰ Tale invito non è rimasto inascoltato. Fra le clausole contrattuali in materia, non costituisce certamente un buon esempio l’art. 10, sez. IV, titolo III del Ccnl dei metalmeccanici, cit., secondo cui «ove, per cause dovute ad imprescindibili esigenze del lavoro dell’azienda ed in via del tutto eccezionale» il lavoratore non benefici del periodo minimo di quattro settimane di ferie annuali, la «fruizione avrà luogo *non appena possibile* avuto riguardo alle esigenze tecnico-organizzative» (c.m.): in tale disposizione non soltanto manca la precisazione della quota minima di ferie il cui godimento deve necessariamente avvenire entro l’anno di maturazione (che dunque pare poter essere inferiore alle due settimane individuate dal d.lgs. n. 66), ma non è neppure indicato il termine ultimo entro cui le ferie devono essere fruiti (termine che sembra quindi poter eccedere i 18 mesi stabiliti dalla legge). Se interpretata letteralmente, tale clausola pare dunque aprire la porta – sebbene soltanto in situazioni di carattere eccezionale – a modalità decisamente elastiche di fruizione del periodo minimo di riposo annuale. Sul punto v. A. FENOGLIO 2010d, p. 397.

tiva n. 2003/88) – la possibilità di derogare alla continuità del periodo di riposo giornaliero e di modificarne la durata suscita nel nostro ordinamento non poche perplessità: in assenza della previsione legale di un tetto all'orario di lavoro giornaliero, la norma che garantisce il diritto ad un periodo minimo di riposo pari ad undici ore al giorno costituisce l'unico "freno" alla durata giornaliera della prestazione lavorativa; la facoltà di deroga incondizionata che il decreto ha riconosciuto all'autonomia negoziale rischia dunque di destabilizzare ulteriormente il fragile equilibrio raggiunto fra periodi di lavoro e periodi di riposo⁷¹, ingenerando giornate lavorative di lunghezza potenzialmente spropositata⁷² (v. *infra*, cap. III, § 2.2).

Sono pochi, dunque, i casi in cui la delega legislativa parrebbe effettivamente ricalcare il vecchio modello della flessibilità contrattata, attribuendo all'autonomia negoziale la facoltà di derogare ai vincoli imposti dalla fonte legislativa al fine di contemperare le opposte esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori; anche in questi casi, tuttavia, la valorizzazione della negoziazione collettiva è soltanto apparente. A ben vedere, infatti, anche le disposizioni che maggiormente parrebbero avvicinarsi al vecchio modello della "legislazione di rinvio" attribuiscono alle parti sociali un potere decisamente meno pregnante rispetto a quello loro affidato in passato: in un contesto normativo meno rigido, il rinvio alla fonte collettiva si traduce infatti nella mera possibilità di «aggiungere *ulteriore* flessibilità contrattuale [...] alla *nuova* flessibilità legale»⁷³. Ad esempio, la pur legittima valorizzazione della tecnica di determinazione dei limiti di durata della prestazione lavorativa mediante il ricorso a moduli orari medi⁷⁴ si inserisce in un sistema normativo caratterizzato dalla mancata previ-

⁷¹ La facoltà di deroga rende peraltro insuperabili i dubbi di legittimità costituzionale avanzati nei confronti del d.lgs. n. 66/2003: un limite ricavato di risulta, per di più derogabile al tavolo contrattuale, non è infatti sufficiente a soddisfare la riserva di legge prevista dall'art. 36 Cost.

⁷² Soltanto alcuni contratti collettivi hanno saputo rimediare alla lacuna del testo normativo introducendo un limite all'orario di lavoro giornaliero (v. ad es. l'art. 5 del Ccnl per i dipendenti del settore edile, cit., secondo il quale «l'orario normale contrattuale di lavoro è di 40 ore settimanali di media annua con un massimo, in ogni caso, di 10 ore giornaliere»). Altri, al contrario, hanno autorizzato (seppur soltanto in situazioni eccezionali) il superamento del tetto di tredici ore, riducendo così il periodo di riposo giornaliero: è questo il caso del Ccnl per i metalmeccanici, cit. (art. 5, sez. IV, titolo III). Per un'analisi più approfondita di tale questione v. A. FENOGLIO 2010b, p. 364 s.

⁷³ U. CARABELLI, V. LECCESE 2006, p. 273.

⁷⁴ La stessa direttiva europea direttiva n. 2003/88 (art. 16) autorizza infatti gli Stati membri a calcolare la durata massima settimanale del lavoro, l'orario di lavoro notturno ed il riposo settimanale come media in periodi di tempo predeterminati.

sione della durata massima settimanale dell'orario di lavoro e dall'eliminazione del previgente limite di durata massima giornaliera: proprio a causa di tali macroscopiche lacune, la scelta del legislatore di attribuire all'autonomia collettiva la facoltà di ampliare il periodo di riferimento entro il quale calcolare la durata massima media dell'orario di lavoro settimanale (art. 4, comma 4⁷⁵) rischia di determinare un ulteriore sbilanciamento verso un'organizzazione del tempo di lavoro sempre meno sensibile all'esigenza di protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Lo stesso può dirsi della norma che – in mancanza di un limite all'orario di lavoro giornaliero – attribuisce all'autonomia negoziale il compito di fissare un tetto allo svolgimento di lavoro straordinario: eliminando i previgenti limiti pari a due ore al giorno e dodici ore settimanali e riservando per sé una mera funzione di «supplenza contrattuale»⁷⁶, il d.lgs. n. 66 ha infatti previsto soltanto un elevato tetto annuale – pari a duecentocinquanta – al numero di ore di lavoro straordinario, tetto peraltro destinato a trovare applicazione soltanto «in difetto di disciplina collettiva applicabile» (art. 5, comma 3).

Strumento particolarmente apprezzato dalle imprese perché capace di consentire una gestione elastica della forza lavoro, il lavoro straordinario è stato peraltro ulteriormente incentivato mediante l'abrogazione delle disposizioni che in passato imponevano al datore il pagamento di una maggiorazione retributiva per l'attività prestata in eccedenza all'orario normale⁷⁷ (v. meglio *infra*, cap. III, § 3.1): il legislatore ha infatti scelto di lasciare alla discrezionalità delle parti sociali il compito di definire tali maggiorazioni, eventualmente sostituendo il pagamento di queste con il solo godimento di riposi compensativi (art. 5, comma 5). Eliminati i vincoli legali precedentemente esistenti, il d.lgs. n. 66 ha così reso il lavoro straordinario uno strumento di flessibilità ancora più appetibile per le imprese: soltanto in pochi casi i sindacati hanno potuto disporre della sufficiente forza contrattuale necessaria per mantenere in sede contrattuale vincoli simili a quelli un tempo fissati dalla legge, garantendo una maggiore

⁷⁵ Tale norma stabilisce infatti che i contratti collettivi di lavoro possono elevare il periodo di riferimento entro cui calcolare la durata massima media dell'orario di lavoro settimanale (pari a quarantotto ore) «fino a sei mesi ovvero fino a dodici mesi a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro».

⁷⁶ G. BOLEGO 2004a, p. 138.

⁷⁷ Il pagamento di una maggiorazione per lo svolgimento di attività lavorativa straordinaria era imposto dall'art. 5 del r.d.l. n. 692/1923 e dall'art. 2108, comma 1, cod. civ.: entrambe le norme devono considerarsi abrogate, in forza dell'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 66/2003.

protezione per i lavoratori⁷⁸; in molti altri casi, invece, la contrattazione collettiva pare essersi appiattita sul dettato legislativo⁷⁹. L'«illimitata facoltà di deroga»⁸⁰ lasciata alle parti sociali si è dunque tradotta nella sostanziale incapacità della negoziazione collettiva di regolare il ricorso al lavoro straordinario.

Conseguenza macroscopica dell'ammorbidimento della fonte legale è stato il venir meno delle “poste di scambio” che in passato permettevano ai sindacati di sedersi al tavolo contrattuale in una posizione di sostanziale parità con le organizzazioni dei datori di lavoro: in un contesto normativo così malleabile da permettere agli imprenditori di adeguare facilmente l'attività lavorativa al variare dei volumi di vendita, non si vede infatti per quale ragione le imprese dovrebbero oggi porre un freno alle «aperture legali ad una “flessibilità secca”»⁸¹, accettando l'imposizione in sede contrattuale di vincoli posti in passato direttamente dalla fonte legale. Le potenzialità di con-

⁷⁸ Fra questi va menzionato il Ccnl applicato nel settore creditizio, cit., che fissa il limite massimo di due ore al giorno o di dieci ore settimanali di lavoro straordinario (art. 100, parte speciale, capitolo XIII). Simile è la scelta operata dall'equivalente disposizione contenuta nel Ccnl dei metalmeccanici, cit., (art. 7, sezione IV, titolo III) che, oltre ad aver fissato in duecento ore la soglia annuale di straordinario consentito, ha mantenuto invariati anche i previgenti limiti pari a due ore al giorno e otto ore a settimana. Meno positivi sono invece i risultati raggiunti a questi due tavoli contrattuali in materia di compensazione del lavoro straordinario: mentre vari accordi collettivi fanno salvo il diritto a percepire l'intero ammontare della maggiorazione retributiva anche nel caso in cui il lavoratore opti per convertire le ore di straordinario in riposi (v. ad es. l'art. 33 *bis*, sez. I, parte generale, cap. IV del Ccnl 9 luglio 2010 per gli addetti alle piccole e medie industrie del settore tessile – abbigliamento; cfr. anche l'art. 36, parte generale, cap. V, del Ccnl 14 giugno 2010 per gli addetti all'industria delle calzature), la medesima scelta non è stata effettuata né dal Ccnl dei metalmeccanici, né dal Ccnl per il settore creditizio. Sul punto v. meglio *infra*, cap. III, § 3.1. Sulle differenti modalità con cui le parti sociali hanno recepito la delega in materia di lavoro straordinario v. A. ALLAMPRESE 2009, p. 163 ss.; G. LELLA 2005, p. XIII; sulle scelte effettuate dal Ccnl dei metalmeccanici cfr. A. FENOGLIO 2010c, p. 379.

⁷⁹ La maggior parte dei Ccnl conferma infatti il tetto di duecentocinquanta ore all'anno fissato dalla legge: v. ad. es. l'art. 19 del Ccnl per i dipendenti del settore edile, cit. V. anche l'art. 136, sezione IV, titolo V, capo II del Ccnl applicato nel settore del commercio, cit.: benché l'accordo separato sottoscritto il 26 febbraio 2011 da Confcommercio, Uiltucs e Fisascat abbia mantenuto inalterata tale soglia, occorre però rilevare che, nel nuovo assetto contrattuale, l'articolo in questione è stato incluso fra le disposizioni che possono essere oggetto di intese derogatorie da parte degli accordi di secondo livello; sulla notevole apertura all'introduzione di deroghe al contratto nazionale segnata dall'accordo separato per il commercio v. *infra*, nota 118.

⁸⁰ R. DEL PUNTA 2003, p. XVIII.

⁸¹ I. PICCININI, P. FERRARI 2005, p. 424.

trollo sindacale delle dinamiche del tempo di lavoro sono state dunque inevitabilmente ridotte «al lumicino»⁸².

4. *La spinta verso un sindacalismo competitivo*

Benché la devoluzione ai contratti collettivi di poteri di controllo e di gestione sulle dinamiche del mercato del lavoro sia di per sé apprezzabile, è però chiaro che tale tecnica legislativa è «resa malsicura dalla scarsa ponderazione con la quale funzioni di interesse generale vengono delegate ad un sistema di contrattazione di per sé scarsamente formalizzato»⁸³: il corretto operare della c.d. legislazione di rinvio risente infatti fortemente non soltanto dell'assenza di una normativa sulla rappresentanza e sulla formazione della volontà collettiva dovuta alla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. (v. *infra*, § 7), ma anche della confusione che avvolge l'individuazione dei soggetti negoziali abilitati a recepire le deleghe legislative.

La stringata definizione con la quale il decreto in materia di orario di lavoro ha individuato gli agenti negoziali abilitati ad intervenire nelle materie oggetto di rinvio rende perfettamente l'idea del «guazzabuglio» che circonda tale rilevante questione: nel rinviare ai contratti collettivi «stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative» (art. 1, comma 2, lettera *m*, d.lgs. n. 66/2003), il legislatore non solo non ha precisato il livello negoziale destinatario delle deleghe legislative, ma non ha nemmeno predisposto uno stretto vincolo di interdipendenza fra il contratto nazionale e gli accordi decentrati, impedendo così alle organizzazioni sindacali nazionali di svolgere il proprio ruolo di garanti di una sostanziale omogeneità delle condizioni di lavoro sull'intero territorio statale. L'uniformità di regolamentazione – che, secondo le intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto derivare dall'emanazione del d.lgs. n. 66⁸⁴ – rischia così di essere profondamente compromessa, soprattutto tenendo conto che il legislatore del 2003 pare aver voluto incentivare la sottoscrizione di contratti separati, autorizzando ad intervenire nelle materie oggetto di delega anche gli accordi sottoscritti da alcune sol-

⁸² M. ROCCELLA 2004a, p. 57. In senso analogo F. DI LORENZO 2010, p. 116.

⁸³ M. D'ANTONA 2000 (ma 1987), p. 147.

⁸⁴ Secondo la dichiarazione d'intenti del legislatore, le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 66/2003 avrebbero infatti dovuto garantire una regolamentazione dell'orario di lavoro «uniforme su tutto il territorio nazionale, e nel pieno rispetto del ruolo della autonomia collettiva» (art. 1, comma 1).

tanto delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative (v. *infra*, § 5).

La soluzione degli abnormi problemi attinenti all'individuazione dei soggetti abilitati ad intervenire nelle materie oggetto di deleghe legislative non sarebbe però stata complessa, tenuto conto che pochi anni prima il legislatore aveva predisposto un modello ben calibrato che sarebbe stato sufficiente riproporre: i criteri di selezione degli agenti negoziali individuati in materia di lavoro a tempo parziale dal legislatore del 2000 – di cui subito si dirà – avrebbero infatti potuto (e meritato di) essere estesi anche ad altre discipline⁸⁵. Potenzialmente, infatti, tale prototipo normativo avrebbe potuto rivelarsi idoneo a risolvere alla radice alcune delle maggiori problematiche insite nel nostro ordinamento sindacale, ingenerando al contempo un positivo effetto promozionale della contrattazione collettiva e contribuendo a rendere alquanto residuale l'ipotesi della sottoscrizione di accordi separati.

Pilastro della tecnica legislativa adottata dal d.lgs. n. 61/2000 era infatti la limitazione della possibilità di beneficiare degli strumenti di flessibilità introdotti dalle parti sociali ai soli datori di lavoro che applicassero per intero il contratto collettivo sottoscritto dai sindacati comparativamente più rappresentativi⁸⁶: gli strumenti di flessibilità introdotti dall'autonomia negoziale erano così riservati ai soli datori di lavoro che, per il fatto di applicare nel suo insieme il contratto collettivo di riferimento sopportando i relativi costi, potevano ritenersi meritevoli di fruire anche dei benefici consentiti al sistema di contrattazione collettiva (v. *infra*, § 7). Fondamentale era inoltre la delimitazione dei destinatari della delega legislativa ai soli contratti collettivi nazionali o territoriali sottoscritti da tutti i sindacati comparativamente più rappresentativi: tale restrizione permetteva infatti di contrastare la diffusione dei c.d. contratti collettivi “pirata”, stipulati da sindacati minoritari privi di un'effettiva rappresentatività degli interessi in gioco. Autorizzati ad intervenire erano inoltre i contratti sottoscritti dalle rappresentanze sindacali aziendali, a condizione che queste fossero assistite dalle organizzazioni sindacali che avessero ne-

⁸⁵ Già all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2000, M. ROCCELLA 2000a, p. 354, sottolineava infatti che la scelta compiuta dal legislatore avrebbe meritato di essere «pienamente valorizzata, potendo non forzatamente essere utilizzata per attribuire in via interpretativa analogo significato ai rinvii all'autonomia collettiva contenuti nelle discipline legali relativa ad altri rapporti di lavoro “atipici”».

⁸⁶ Soltanto i contratti collettivi effettivamente applicati dal datore di lavoro potevano infatti recepire le deleghe in materia di *part-time* misto, di lavoro supplementare e di clausole elastiche: v. art. 1, comma 3, e art. 3, commi 2 e 7, della versione originaria del d.lgs. n. 61/2000.

goziato e sottoscritto il contratto nazionale applicato⁸⁷: in tal modo, il legislatore aveva dunque legato strettamente fra di loro i diversi livelli contrattuali, al fine di permettere alle centrali sindacali nazionali di svolgere un importante ruolo di coordinamento fra le regolamentazioni contenute negli accordi decentrati. Mediante la realizzazione di un meccanismo di raccordo “sogettivo” idoneo ad assicurare la coesione del sistema negoziale, era stata dunque garantita una sostanziale uniformità delle condizioni di lavoro su tutto il territorio nazionale, senza però escludere la possibilità di un adattamento della regolamentazione alle diverse esigenze aziendali.

Tale modello normativo, tuttavia, oltre a non essere stato esportato nella disciplina di altri istituti, è stato abbandonato pure nella materia del lavoro a tempo parziale: il d.lgs. n. 276/2003 ha infatti eliminato il “filtro” predisposto appena tre anni prima, autorizzando ad intervenire nelle materie oggetto di rinvio i contratti collettivi nazionali o territoriali «stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali [...] ovvero dalle rappresentanze sindacali unitarie»⁸⁸. Procedendo ad un semplice “taglia e cuci” della disposizione originariamente approvata, il legislatore ha così in un colpo solo cercato di eliminare l’effetto promozionale della contrattazione collettiva, soppresso la possibilità per le organizzazioni sindacali nazionali di coordinare il contratto nazionale con gli accordi decentrati e, fatto ancora più

⁸⁷ Art. 1, comma 3, della versione originaria del d.lgs. n. 61/2000; sulla delega alla contrattazione collettiva inizialmente contenuta nel decreto legislativo in materia di lavoro a tempo parziale v. M. ROCCELLA 2000a, p. 353 ss.; V. PINTO 2002, p. 279 ss.

⁸⁸ Art. 1, comma 3, d.lgs. n. 61/2000, così come modificato dall’art. 46, comma 1, d.lgs. n. 276/2003. Limitatamente alla possibilità di introdurre clausole elastiche e flessibili, il legislatore del 2007 aveva però nuovamente stabilito che la delega avrebbe potuto essere recepita dai «contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»: v. art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/2000, così come modificato dall’art. 1, comma 44, lettera a, l. n. 247/2007; a tal proposito v. V. LECCESE 2008, p. 485 s. Da ultimo, tuttavia, su tale punto è intervenuta una nuova modifica legislativa: l’art. 22, comma 4, della l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità per il 2012) ha infatti abrogato le lettere a e b del comma 44 dell’art. 1 della l. n. 247/2007. Dalla data di entrata in vigore di tale testo normativo ha dunque riacquisito efficacia la previgente versione dei commi 7 e 8 dell’art. 3 del d.lgs. n. 61/2000, risultante dall’art. 46 del d.lgs. n. 276/2003, secondo cui le clausole elastiche e flessibili possono essere concordate dalle «parti del contratto di lavoro a tempo parziale», pur nel rispetto delle condizioni e modalità dettate dai contratti collettivi e nel rispetto del periodo di preavviso (ora ridotto nuovamente a due giorni). Sull’evoluzione legislativa della disciplina del *part-time* v. *infra*, cap. IV, § 2.

grave, incentivato la sottoscrizione di intese separate. Sotto il primo aspetto, va rilevato come, dietro alla cancellazione del requisito dell'effettiva applicazione dei contratti collettivi, il legislatore abbia nascosto l'intenzione di permettere anche agli imprenditori che non applichino l'accordo collettivo di beneficiare delle forme di flessibilità pattuite al tavolo negoziale⁸⁹; quanto alla mancanza di coordinamento fra i differenti livelli contrattuali, tale effetto è conseguenza dell'eliminazione della norma che in passato – prevedendo la necessaria assistenza alle rappresentanze aziendali da parte dei sindacati firmatari del contratto nazionale applicato – instaurava un rapporto di sistema fra i diversi livelli negoziali; per quanto riguarda l'ultimo aspetto, infine, la sostituzione della preposizione articolata “dalle” con quella semplice “da” cela l'intenzione del legislatore di autorizzare ad intervenire nelle materie oggetto di delega i contratti firmati anche da alcune soltanto delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Il medesimo risultato è stato perseguito non soltanto in materia di lavoro a tempo parziale, ma anche in materia di lavoro somministrato⁹⁰, lavoro intermittente⁹¹, apprendistato⁹², contratto di inserimento⁹³ e – ciò che qui più interessa – in materia di orario: l'opera di frammentazione e di destrutturazione del sistema negoziale ha dunque riguardato gran parte delle regole relative al rapporto di lavoro.

⁸⁹ Secondo l'opinione del ministero, la formulazione dell'art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/2000 dettata dal d.lgs. n. 276/2003 – non richiedendo più espressamente che le clausole elastiche e flessibili siano disciplinate nel contratto collettivo effettivamente applicato al rapporto – lascerebbe intendere che, ove in esso non sia regolamentato il lavoro flessibile, il datore di lavoro possa «mutare la regolamentazione contenuta in un contratto diverso da quello applicato», purché tale accordo sia stato espressamente indicato nel contratto individuale (circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 18 marzo 2004, n. 9). Tale interpretazione – che pare incentivare una sorta di «shopping di regole contrattuali» – è però niente «affatto incontrovertibile»: dall'eliminazione (e dalla successiva mancata riproposizione da parte della l. n. 247/2007) della precisazione secondo cui il contratto collettivo deve essere “applicato” al rapporto di lavoro, il datore di lavoro *free riders* non può infatti pretendere «di ottenere il doppio risultato di sottrarsi alla responsabilità dell'appartenenza e dell'azione sindacale o, comunque, all'applicazione del contratto collettivo, da un lato, e di godere, dall'altro, dei vantaggi assicurati, in termini di flessibilità, dal contratto collettivo medesimo»: così V. LECCESE 2008, p. 481 s. e p. 484 s.

⁹⁰ Art. 20, comma 2, lettera *i*, d.lgs. n. 276/2003.

⁹¹ Art. 34, comma 1, e art. 37, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

⁹² Art. 48, comma 3, lettera *c*, e art. 49, commi 3 e 5, lettera *b*, d.lgs. n. 276/2003.

⁹³ Art. 55, comma 2, d.lgs. n. 276/2003: tale fattispecie contrattuale è stata recentemente abrogata ad opera dell'art. 1, comma 14, l. 28 giugno 2012, n. 92.

4.1. *I livelli negoziali competenti nelle materie oggetto di delega legislativa*

Benché parte della dottrina abbia cercato in vario modo di dimostrare che il rinvio ai contratti collettivi contenuto nel d.lgs. n. 66/2003 riguardi il solo livello nazionale⁹⁴, può ormai ritenersi assodato che la definizione contenuta nell'art. 1, comma 2, lettera *m*, del decreto n. 66 comprende invece tutti i livelli contrattuali. La nozione di "contratti collettivi" formulata dal legislatore non può infatti che avere valenza onnicomprensiva, così come del resto confermato anche dallo stesso Ministero del lavoro⁹⁵: sebbene possano essere sollevati non pochi dubbi in ordine alla compatibilità fra l'obiettivo dichiarato dal legislatore di garantire una regolamentazione uniforme della disciplina del tempo di lavoro su tutto il territorio nazionale (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 66/2003) e l'attribuzione alla contrattazione decentrata di un potere di deroga svincolato da un'opera di coordinamento nazionale, il riferimento ai «contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative» deve dunque essere inteso come un rinvio a tutti i possibili livelli contrattuali. Tale interpretazione è del resto l'unica plausibile⁹⁶: come da più parti

⁹⁴ V. a tal proposito R. FRANCI 2003, p. 788 ss., che ha sollevato varie obiezioni alla tesi dell'interpretazione estensiva, a cui hanno ribattuto sia U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 11 ss. che, successivamente, G. RICCI 2005, p. 272. Sul punto v. anche G. BOLEGO 2004b, cui si rinvia per l'illustrazione di tale dibattito.

⁹⁵ V. paragrafo 2 della circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, pubblicata il 3 marzo 2005, n. 8.

⁹⁶ Ancorché lasci però aperta la questione di quali siano i soggetti negoziali autorizzati a sottoscrivere gli accordi collettivi. L'assenza di una definizione delle «organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative» ha infatti indotto alcuni autori a ritenere che l'accordo non possa essere raggiunto con la sola Rsu: in tal senso v. R. FRANCI 2003, p. 789, secondo cui la definizione di organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative non si potrebbe riferire alle Rsu dal momento che tale «valutazione [è...] normalmente intesa dalla legge come riguardante organizzazioni di livello nazionale». A tale argomentazione è stato però controbattuto che, data l'assenza di precisazioni nell'art. 1, comma 2, lettera *m*, del d.lgs. n. 66, la «valutazione comparativa richiesta dalla disposizione potrebbe in teoria essere effettuata, sia pure con qualche difficoltà, al livello decentrato, tanto territoriale che aziendale»: U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 13. Tale tesi troverebbe inoltre conforto nella scelta del legislatore di fare riferimento ai contratti sottoscritti dalle "organizzazioni" e non dalle "associazioni" sindacali: com'è risaputo, infatti, l'uso del termine "organizzazione" implica una nozione più ampia dell'aggregazione sindacale nella forma associativa. Non si può inoltre escludere a priori la fondatezza di un'ulteriore lettura emersa in dottrina, secondo cui la valutazione comparativa della rappresentatività richiesta dal legislatore riguarderebbe non i soggetti che stipulano il contratto decentrato, ma le confederazioni o le federazioni a cui questi aderiscono (v. ancora U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 13): è chiaro

rilevato, un'esegesi restrittiva di tale definizione sarebbe infatti ultra-nea ed incompatibile con la presenza nel testo normativo di disposizioni che, in via d'eccezione o integrazione rispetto alla norma generale, stabiliscono specificamente il livello competente ad intervenire⁹⁷.

Fino a non troppo tempo fa la discussione in ordine ai livelli negoziali competenti nelle materie oggetto di delega poteva dunque sembrare conclusa; in tempi più recenti tale questione è però tornata ad attirare l'attenzione degli interpreti a causa dell'introduzione di due rilevanti novità normative apportate nel corso dell'attuale legislatura. La potenzialità derogatoria attribuita alle intese decentrate nella disciplina dell'orario di lavoro è stata dapprima incrementata nel 2008, quando il legislatore ha stabilito che i contratti territoriali o aziendali possono disciplinare liberamente materie sulle quali inizialmente potevano intervenire soltanto «conformemente alle regole fissate»⁹⁸ dai contratti nazionali. La nuova versione dell'art. 17, comma 1, (così come modificata dall'art. 41, comma 7, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133) legittima infatti, nel solo settore privato, i «contratti territoriali o aziendali stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» ad intervenire «in assenza di specifiche disposizioni nei contratti collettivi nazionali», apportando deroghe in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno e durata massima settimanale dell'orario di lavoro. Tale norma – secondo l'interpretazione che appare più convincente e maggiormente rispettosa del dato letterale⁹⁹

però che tale interpretazione presuppone una forzatura della testo letterale della norma, dal momento che quest'ultima riferisce la rappresentatività alle organizzazioni stipulanti.

⁹⁷ V. la versione originaria dell'art. 17, comma 1 (che delegava ad intervenire nelle materie oggetto della deroga i «contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale tra le organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro o, *conformemente alle regole fissate nelle medesime intese*, [i] contratti collettivi o accordi conclusi al secondo livello di contrattazione»; c.m.) e l'art. 18, comma 2, d.lgs. n. 66/2003 (che delega ad intervenire i soli contratti collettivi nazionali di categoria). Concordano sulla necessità di interpretare estensivamente la definizione di «contratti collettivi» anche F.M. PUTATURO DONATI 2005, p. 190 s.; G. RICCI 2005, p. 273; S. LAFORGIA 2009a, p. 185.

⁹⁸ V. la versione originaria dell'art. 17, comma 1, d.lgs. n. 66/2003.

⁹⁹ Ancorché non sia condivisa dal Ministero del Lavoro: secondo l'interpretazione proposta da quest'ultimo (a cui pure si atterranno i servizi ispettivi), la modifica apportata all'art. 17 è volta «a chiarire unicamente che l'accordo aziendale non deve necessariamente operare all'interno di una specifica regolamentazione definita dalla contrattazione di categoria, potendo conseguentemente il profilo autorizzatorio derivare anche dalla mera assenza nel Ccnl di riferimento di espresse disposi-

– prevede dunque che nelle materie indicate l'intervento degli accordi decentrati possa essere "paralizzato" soltanto dall'esplicito divieto contenuto nel contratto nazionale a disporre in materia con accordi aziendali o territoriali, oppure – in conformità al principio del *ne bis in idem*¹⁰⁰ – dalla presenza nel medesimo contratto di categoria di disposizioni derogatorie specifiche, alle quali non possono esserne aggiunte altre da parte degli accordi di secondo livello. Ogniquale volta la contrattazione collettiva nazionale si limiti invece ad una regolamentazione dell'istituto dell'orario, senza null'altro aggiungere in via esplicita, potranno essere introdotte deroghe nei contratti collettivi territoriali e aziendali¹⁰¹. Autorizzando gli accordi decentrati a derogare al testo legislativo in assenza di specifiche indicazioni da parte della contrattazione nazionale, il legislatore del 2008 ha dunque segnato un primo ed incisivo «allentamento del sistema di contrattazione articolata basato sui rinvii del contratto nazionale alla contrattazione di secondo livello, con conseguente e più ampia concessione di spazi a quest'ultima»¹⁰².

zioni di divieto» (risposta ad interpellato del 15 maggio 2009, n. 36). Sulla posizione del Ministero v. P. SANNA 2009, p. 29. Sulla modifica apportata all'art. 17, comma 1, d.lgs. n. 66/2003 v. S. BELLOMO 2008, p. 836 s.; V. FERRANTE 2008b, p. 443 s.; F.M. PUTATURO DONATI 2009a, p. 170 s., secondo cui tale intervento legislativo si pone «in linea con le istanze di riforma degli assetti contrattuali, tese a valorizzare la negoziazione aziendale o, in alternativa, quella di ambito territoriale».

¹⁰⁰ V. punto 11 dell'accordo separato sulla riforma del modello contrattuale varato il 22 gennaio 2009 e il punto 3.2 dell'accordo interconfederale sottoscritto il 15 aprile 2009 da Confindustria, Cisl e Uil, secondo cui «la contrattazione di secondo livello si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge e deve riguardare materie ed istituti che non siano già stati negoziati in altri livelli di contrattazione». Tale clausola non è stata riproposta nel successivo accordo del 28 giugno 2011, sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, il cui punto 3 si limita a stabilire che «la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge»: sul punto v. V. BAVARO 2011c, p. 2. Sulla clausola del *ne bis in idem* v. G. SANTORO PASSARELLI 2010, p. 509, che sottolinea che al contratto collettivo nazionale è «rimesso l'onere di "perimetrare" l'ambito potenziale di intervento della contrattazione di secondo livello». Sull'accordo di riforma del modello contrattuale e sul successivo accordo interconfederale v. *infra*, nel presente paragrafo.

¹⁰¹ Analoga è l'interpretazione proposta da V. BAVARO 2010c, secondo il quale la nuova versione dell'art. 17 ha previsto uno specifico «assetto gerarchico-funzionale fra contratto nazionale ed aziendale, subordinando la deroga mediante contratto aziendale» all'assenza nel primo di specifiche disposizioni: assenza che si verifica quando «il Ccnl manifesta l'inerzia degli agenti negoziali pur in presenza di un quadro legislativo mutato; come dire che se in presenza della nuova legge non vi è una manifestazione di volontà del contratto nazionale, quella volontà può manifestarsi al livello di territorio o di azienda». Cfr. anche V. LECCESE 2011b, p. 171.

¹⁰² S. BELLOMO 2008, p. 836 s.

Già fortemente dilatato, il ruolo degli contratti decentrati è stato ulteriormente ampliato di recente: come si vedrà meglio nel prosieguo (v. *infra*, § 4.2), l'ormai noto art. 8 della l. 148/2011 ha infatti prodotto «l'effetto di sbloccare la contrattazione aziendale»¹⁰³ in una vasta serie di materie, consentendo agli accordi di secondo livello di derogare alla legge e ai contratti collettivi nazionali anche in assenza di delega. Stabilendo che i contratti collettivi aziendali o territoriali possono realizzare specifiche intese con cui derogare le disposizioni di legge e le regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, l'art. 8 ha infatti fortemente ridimensionato il ruolo di «fonte di abilitazione della contrattazione aziendale»¹⁰⁴ fino ad ora ricoperto dalla contrattazione nazionale. Tale disposizione ha dunque segnato un ulteriore ampliamento dei poteri attribuiti alla contrattazione decentrata in materia di orario di lavoro: se dall'art. 17 del decreto n. 66 è possibile desumere che i contratti di secondo livello possono derogare agli artt. 7, 8, 12 e 13 del medesimo testo normativo soltanto in assenza di un espresso divieto contenuto nel contratto nazionale a disporre in materia e in assenza nel medesimo contratto di categoria di disposizioni derogatorie specifiche, la manovra dell'agosto 2011 svincola totalmente l'azione dei contratti aziendali e territoriali dalla contrattazione nazionale.

Ad ogni modo, è chiaro che l'inclusione dei livelli contrattuali più decentrati fra i destinatari delle deleghe legislative non costituirebbe di per sé un problema. Tutt'altro: se la stipulazione di accordi decentrati si inserisse in un contesto caratterizzato dalla presenza di tutele minime inderogabili per i lavoratori, il recepimento dei rinvii legislativi a livello aziendale o territoriale potrebbe rivelarsi uno strumento utile per permettere la definizione di clausole contrattuali in materia di orario di lavoro maggiormente conformi alle esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori. Il problema è dunque dovuto all'assenza di tale *standard* di protezione minima per i dipendenti.

La mancata previsione della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero, in particolare, costituisce una lacuna così macroscopica e così grave da rendere davvero pericolosa la facoltà di deroga del periodo minimo di riposo giornaliero attribuita dall'art. 17 alla contrattazione di primo e di secondo livello. Come già detto, infatti, il diritto ad undici ore consecutive di riposo giornaliero è l'unica disposizione che limita (benché indirettamente) l'estensione della giornata lavorativa: se già parecchi dubbi erano stati sollevati in relazione al testo originario dell'art. 17, è evidente che la "liberalizzazione" del

¹⁰³ A. MARESCA 2011.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

potere di deroga attribuito al secondo livello di negoziazione non può che destare ulteriore preoccupazione¹⁰⁵, specie alla luce delle più recenti novità legislative introdotte dall'art. 8 della l. n. 148/2011. È chiaro, infatti, che il riconoscimento alla contrattazione decentrata di un potere derogatorio così ampio e svincolato da un coordinamento nazionale può potenzialmente comportare la moltiplicazione delle discipline contrattuali, rischiando di portare alla formazione di un «puzzle confuso»¹⁰⁶.

L'eccessivo potenziamento della contrattazione aziendale e territoriale pare inoltre contrastare con l'obbligo di conformità degli accordi decentrati ai contratti di superiore livello imposto dalla direttiva n. 2003/88: proprio al fine di evitare che attraverso il riconoscimento di un incondizionato potere di deroga alla contrattazione decentrata si possa «vanificare completamente la fissazione di una regola uniforme su tutto il territorio europeo»¹⁰⁷, il legislatore comunitario ha infatti stabilito che «gli Stati membri in cui, giuridicamente, non esiste un sistema che garantisca la conclusione di contratti collettivi o di accordi tra le parti sociali a livello nazionale o regionale [...] o gli Stati membri in cui esiste un quadro legislativo specifico a tal fine [...] possono, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, consentire deroghe agli articoli 3, 4, 5, 8 e 16 mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali ad un livello collettivo adeguato» (art. 18, par. 2, direttiva n. 2003/88; c.m.). La normativa europea ha inoltre precisato che (in materia di riposo giornaliero e set-

¹⁰⁵ V. FERRANTE 2008b, p. 444, sottolinea che scopo della riserva di legge contenuta nell'art. 36, comma 2, Cost. è quello di permettere «a ciascun lavoratore di conoscere con esattezza la quantità di lavoro che [può] legittimamente essergli richiesta nell'arco di una giornata»: poiché la nuova versione dell'art. 17 «impone al lavoratore di chiedere al delegato sindacale o al direttore del personale, per conoscere quale sia la durata massima della sua prestazione, rendendo così più semplice l'inosservanza della norma», la modifica introdotta dalla l. n. 133/2008 comporterebbe la violazione dell'art. 36 Cost.; lo stesso potrebbe dirsi dell'art. 8 della l. n. 148/2011. A ben vedere, tuttavia, le più recenti modifiche hanno soltanto reso ancora più gravi e maggiormente evidenti i rischi insiti in una norma che, fin dalla sua origine, poteva già dirsi incostituzionale: a prescindere dalla facoltà di deroga attribuita alle parti sociali in materia di riposo giornaliero, ciò che è determinante ai fini di una valutazione di costituzionalità del d.lgs. n. 66/2003 è infatti l'assenza di un espresso limite all'orario di lavoro giornaliero, non potendo essere considerata sufficiente una soglia ricavata di risulta (su tale questione v. V. LECCESE 2006a, p. 296 ss. e ID. 2004c, p. 1329 ss.). Peraltro – come si vedrà meglio *infra*, cap. III, §§ 2.2 e 2.2.1 – l'indiretto innalzamento del tetto massimo giornaliero da dieci a tredici ore ha determinato anche la violazione della clausola di non regresso e, conseguentemente, la violazione degli artt. 11, 76 e 117 Cost.

¹⁰⁶ L. MARIUCCI 2004, p. 16, che si riferisce però al d.lgs. n. 276/2003.

¹⁰⁷ V. FERRANTE 2008b, p. 444.

timanale, pause, durata del lavoro notturno e periodi di riferimento per il calcolo dell'orario di lavoro) l'introduzione di deroghe da parte di accordi conclusi ad un livello di contrattazione inferiore a quello nazionale (o regionale) deve avvenire «conformemente alle regole fissate» dalle parti sociali al livello superiore (art. 18, par. 1, direttiva n. 2003/88)¹⁰⁸. Noncurante di tali disposizioni, il legislatore italiano ha però posto i diversi livelli negoziali in un regime di reciproca concorrenza¹⁰⁹: il risultato è l'estrema diversificazione – di azienda in azienda – delle clausole contrattuali in materia di orario di lavoro.

La mancanza di coordinamento fra i differenti livelli negoziali suscita dunque non poche perplessità: in assenza di strumenti che – al pari di quello originariamente previsto dal decreto in materia di lavoro a tempo parziale¹¹⁰ (v. *supra*, § 4) – permettano alle organizzazioni sindacali nazionali di verificare la conformità di quanto pattuito a livello aziendale con quanto deciso nel contratto di categoria, il decentramento normativo operato dal decreto n. 66 e successivamente acuito dall'art. 8 della l. n. 148/2011 rischia di rivelarsi del tutto sordinato. In un sistema di relazioni industriali come quello italiano, la contrattazione aziendale è infatti “non adeguata” ad assicurare un controllo sindacale centralizzato¹¹¹. In assenza di regole con cui garantire alle centrali sindacali nazionali la capacità di svolgere il pro-

¹⁰⁸ Secondo S. BELLOMO 2008, p. 837, tale disposizione si presta ad una duplice lettura, potendo essere intesa «come vincolo al rispetto delle “regole” generali di disciplina dell'istituto fissate dai contratti nazionali o regionali» oppure come «un'indicazione nel senso della necessità, per gli Stati, di definire “regole” di competenza, ossia criteri di attribuzione della legittimazione negoziale, che garantiscano un coordinamento tra i soggetti che partecipano alla contrattazione nazionale e quelli operanti in ambito aziendale».

¹⁰⁹ Nello stesso senso v. anche S. BELLOMO 2008, p. 837, che rileva un «possibile margine di discrasia» della normativa italiana con la direttiva europea, a causa della «legittimazione in via autonoma della contrattazione aziendale» ad intervenire; del medesimo avviso è anche A. ALLAMPRESE 2008b, p. 4.

¹¹⁰ V. art. 1, comma 3, della versione originaria del d.lgs. n. 61/2000, che – come già accennato – delegava ad intervenire «i contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, i contratti collettivi territoriali stipulati dai medesimi sindacati ed i contratti collettivi aziendali stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali [...] con l'assistenza dei sindacati che hanno negoziato e sottoscritto il contratto collettivo nazionale applicato»; c.m.

¹¹¹ Dello stesso avviso è V. FERRANTE 2008b, p. 444, secondo il quale la nuova versione dell'art. 17, comma 1, d.lgs. n. 66 contrasta con l'art. 18, comma 2, della direttiva: infatti, «nel sistema italiano di relazioni industriali, che conosce il contratto aziendale solo come prodotto del secondo livello di negoziazione, il rinvio comunitario non [può] che intendersi rivolto alla contrattazione collettiva nazionale, essendo di là da venire la stessa definizione di un livello regionale, anche in quei settori che pure conoscono forme di differenziazione su base territoriale (come l'edilizia, i trasporti, l'agricoltura)».

prio fondamentale ruolo di coordinamento, l'impulso allo sviluppo della negoziazione decentrata rischia di comportare una «strisciante destrutturazione del sistema di contrazione collettiva»¹¹², segnando la riduzione del ruolo e della capacità negoziale del sindacato di categoria. Pare evidente, infatti, la maggiore facilità – in termini di rapporti di forza – con cui in sede decentrata il datore di lavoro può perseguire i propri interessi, imponendo moduli orari maggiormente flessibili, specie in un contesto in cui non è previsto un controllo centralizzato sull'attività negoziale svolta in azienda: proprio per queste ragioni non si può che concordare con chi ha sottolineato che «lo spostamento del peso relativo degli equilibri della contrattazione collettiva verso il livello aziendale, con contemporaneo alleggerimento del contratto nazionale [...], potrebbe davvero rivelarsi una cattiva idea»¹¹³.

4.2. *Dai recenti accordi interconfederali all'art. 8 della l. n. 148/2011: il decentramento contrattuale e la contrattazione in deroga*

Innestato dal legislatore dei primi anni 2000, il “germe” del decentramento contrattuale scoordinato è andato incontro ad un crescente rafforzamento negli ultimi anni, quando i nodi nevralgici del sistema di contrattazione collettiva sono stati scossi da accordi interconfederali e disposizioni di legge che hanno segnato un netto spostamento del tradizionale baricentro negoziale. Com'è noto, le prime pagine di quello che è stato definito il «nuovo vangelo delle relazioni industriali»¹¹⁴ sono state scritte ad opera dell'accordo quadro del 22 gennaio 2009¹¹⁵: l'irrigidimento del sistema contrattuale che avrebbe potuto derivare dall'espressa enunciazione del principio del *ne bis in idem*¹¹⁶ è stato infatti subito attenuato mediante la previsione della

¹¹² C. ZOLI 2005, p. 137. V. anche ID. 2011, p. 682.

¹¹³ M. ROCCELLA 2010c, p. 180.

¹¹⁴ M. ROCCELLA 2010c, p. 178.

¹¹⁵ A tale accordo quadro (firmato dal Governo, dalle organizzazioni imprenditoriali e da Cisl, Uil e Ugl) sono poi seguiti alcuni accordi interconfederali di attuazione, fra cui occorre ricordare soprattutto quello relativo al settore industriale, sottoscritto il 15 aprile 2009 da Confindustria, Cisl e Uil. Sull'accordo quadro e sulle problematiche da esso sollevate (in particolare a causa della mancata sottoscrizione da parte della Cgil) v., fra i tanti, L. BELLARDI 2010, p. 79 ss.; F. CARINCI 2009; G.P. CELLA 2009, p. 139 ss.; V. FERRANTE 2009, p. 1021 ss.; A. LASSANDARI 2010a, p. 45 ss.; M. MAGNANI 2009, p. 1278 ss.; M. NAPOLI 2009, p. 443 ss.; R. PESSI 2011, p. 27 ss.; M. ROCCELLA 2010c, p. 175; P. TOSI 2011a, p.19 ss.; C. ZOLI 2011, p. 681 ss. Sull'«imbarbarimento del conflitto» causato dalla messa in discussione delle regole del gioco sindacale v. M.G. GAROFALO, M. ROCCELLA 2010, p. 23 ss.

¹¹⁶ Su questo principio (a cui si è già fatto cenno *supra*, nota 100) v. L. GIASANTI

possibilità per i contratti di secondo livello di modificare la disciplina di istituti economici o normativi del contratto nazionale attraverso le c.d. clausole di uscita. Mediante queste ultime, alla contrattazione decentrata era stata infatti attribuita la facoltà di derogare i compromessi faticosamente raggiunti dalle parti sociali nel contratto di categoria non soltanto invocando la necessità di «governare, direttamente nel territorio o in azienda, situazioni di crisi», ma anche richiamando il generico obiettivo di «favorire lo sviluppo economico ed occupazionale»¹¹⁷.

La novità introdotta dall'accordo quadro non era certo di poco conto: da un punto di vista politico-sindacale, l'espressa autorizzazione della deroga al contratto nazionale ha infatti costituito una forte legittimazione dei contratti aziendali c.d. ablativi, che – benché in presenza di certe circostanze fossero già considerati legittimi dalla giurisprudenza – non costituivano una prassi consolidata. La capacità derogatoria dei contratti di secondo livello era stata inoltre estesa ben al di là di quanto precedentemente consentito: mediante la previsione di una clausola generale di difficile interpretazione¹¹⁸, l'accordo sepa-

2010, p. 95, secondo cui «tale enunciazione comporta un'impostazione più rigida di quanto previsto dal Protocollo del '93, che non parlava rigorosamente di "materie delegate" ma faceva un generico riferimento alla "modalità e agli ambiti di applicazione" con riguardo ai soli istituti "retributivi propri del Ccnl" e non conteneva alcun riferimento alla fonte legislativa». Per tale ragione, si può dunque «parlare di un rapporto di collegamento, se non di vera e propria gerarchia, più marcato rispetto al passato, tra i due livelli di contrattazione».

¹¹⁷ Punto 16 dell'accordo quadro del gennaio 2009. Su tale questione v. M. RICCI 2009, p. 353 ss.

¹¹⁸ Secondo quanto stabilito dall'accordo interconfederale del 15 aprile 2009, tale clausola doveva essere oggetto di una specificazione da parte dei contratti nazionali, a cui era affidato il compito di determinarne i «parametri oggettivi» di applicazione. Tuttavia, per quanto riguarda il settore metalmeccanico occorre rilevare che l'accordo (anche questo separato) siglato il 29 settembre 2010 da Federmeccanica, Assital, Fim e Uilm sulle intese modificative del Ccnl (con cui è stato inserito l'art. 4 *bis* nel Ccnl del 15 ottobre 2009) ha ripreso quasi letteralmente il testo dell'accordo quadro, senza specificare chiaramente cosa si dovesse intendere per clausole volte a «favorire lo sviluppo economico e professionale»; l'accordo del settembre 2010 si è infatti limitato ad escludere la possibilità per i contratti aziendali di derogare alle clausole del Ccnl in materia di minimi tabellari, aumenti periodici di anzianità, elemento perequativo e diritti individuali derivanti da norme inderogabili di legge. Del resto, quali fossero i parametri oggettivi di applicazione delle deroghe al contratto nazionale non è stato chiarito neppure dall'accordo di rinnovo del contratto nazionale per gli addetti all'industria chimica sottoscritto il 18 dicembre 2009 da Federchimica, Farminindustria, Filcem-Cgil, Femca-Cisl, Uilcem-Uil, con il quale le parti hanno autorizzato gli accordi aziendali a derogare (in via soltanto temporanea) a quanto stabilito nel contratto nazionale al fine di «cogliere condivise, specifiche opportunità e esigenze, utili a sostenere e/o migliorare la competitività dell'impresa e la sua occupazione in si-

rato del 2009 aveva infatti autorizzato i contratti di secondo livello¹¹⁹ a derogare al contratto nazionale pressoché in ogni circostanza¹²⁰ e non soltanto, come invece avveniva in passato, per gestire situazioni di crisi aziendale, per contrattare la mobilità dei lavoratori e per rendere più flessibile l'uso della forza lavoro in cambio di contropartite in termini di occupazione¹²¹.

A prima vista, il pericolo di uno scoordinamento fra i differenti livelli contrattuali sembrava ad ogni modo evitato, grazie al fatto che l'accordo interconfederale del 2009 subordinava l'efficacia delle intese decentrate alla preventiva approvazione dalle parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro della categoria interessata¹²². Tuttavia, a giudicare dai pochi casi in cui questa clausola ha trovato applicazione, tale strumento rischiava di non essere sufficiente: con l'accordo siglato il 29 settembre 2010 da Federmeccanica, Assisital, Fim

tuazioni di congiuntura particolari» (art. 18, capitolo V), limitandosi a precisare che tali accordi non possono riguardare i minimi contrattuali e i diritti individuali irrinunciabili. Più di recente, anche l'accordo per il rinnovo del contratto applicato nel settore del commercio ha determinato una notevole apertura all'introduzione di deroghe al contratto nazionale da parte degli accordi di secondo livello: in un'ampia schiera di materie (fra cui rientra la quasi totalità delle disposizioni attinenti l'orario di lavoro) possono infatti essere raggiunte «intese derogatorie» al fine di migliorare «i livelli di produttività, competitività ed efficienza delle imprese» nonché per rispondere a situazioni di crisi, per garantire lo sviluppo economico e occupazionale, per ampliare, ristrutturare e rilanciare l'attività o per avviarne di nuove, nonché per garantire l'emersione del lavoro sommerso (v. il titolo II dell'accordo sottoscritto il 26 febbraio 2011 da Confcommercio, UILTUCS e FISASCAT).

¹¹⁹ A tal proposito, occorre però rilevare che – benché l'accordo quadro del gennaio 2009 autorizzasse sia i contratti aziendali che quelli territoriali a derogare al contratto nazionale (punto 16) – l'accordo interconfederale del 15 aprile 2009 ha stabilito che «i contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria possono consentire che *in sede territoriale* [...] siano raggiunte intese per modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici o normativi disciplinati dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria» (punto 5.1, c.m.): pare dunque che le parti stipulanti abbiano inteso autorizzare i soli accordi territoriali a derogare al contratto nazionale. Viceversa, il successivo accordo siglato il 29 settembre 2010 da Federmeccanica, Assisital, Fim e Uilm ha autorizzato la sottoscrizione di intese modificative al contratto nazionale dei metalmeccanici «a livello aziendale con l'assistenza delle Associazioni industriali e delle strutture territoriali delle Organizzazioni sindacali stipulanti».

¹²⁰ Pare infatti difficile immaginare un'azienda che non si trovi né in una situazione di crisi né in un fase di crescita economica ed occupazionale. L'ampliamento della facoltà di deroga è rimarcato anche da L. BELLARDI 2010, p. 111.

¹²¹ Fra le molte pronunce giurisprudenziali in tal senso basti qui richiamare Cass. 2 aprile 2001, n. 4839, in *RIDL*, 2002, II, p. 3. Sul punto v. M.V. BALLESTRERO 2012, p. 308.

¹²² Così R. DE LUCA TAMAJO 2010a, p. 402. V. il punto 5.1 dell'accordo interconfederale del 15 aprile 2009.

e Uilm sulle intese modificative del contratto nazionale dei metalmeccanici, le parti hanno infatti stabilito che le intese aziendali devono essere inviate «per la loro validazione» alle parti stipulanti il contratto di categoria; trascorsi «20 giorni di calendario dal ricevimento», tali accordi «acquisiscono efficacia e modificano [...] le relative clausole del Ccnl». Nel settore metalmeccanico, l'apparentemente severo criterio dell'approvazione dei contratti decentrati da parte dei sindacati di categoria pare dunque inidoneo a garantire il coordinamento fra i differenti livelli contrattuali: la mera decorrenza di termini di certo non è in grado di porre un freno alla destrutturazione del ruolo del contratto nazionale.

Tenuto conto delle perplessità destate dalla spinta verso il decentramento contrattuale realizzato dall'accordo del 2009, nonché dei limiti connessi alla sottoscrizione separata di un accordo che detta le «regole del gioco sindacale», è chiaro che l'iniziativa delle parti sociali di rimettere nuovamente mano alla disciplina del sistema contrattuale a distanza di poco più di due anni non può che essere considerata assai opportuna. Oltre al valore (non solo simbolico) rappresentato dalla ritrovata unità d'intenti fra le tre Confederazioni sindacali dopo un lungo periodo di forti divergenze¹²³, all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 va riconosciuto il merito di aver finalmente affrontato alcune delle questioni irrisolte del diritto sindacale italiano, dettando criteri condivisi per la misurazione della rappresentatività sindacale e regole in materia di efficacia generale dei contratti aziendali¹²⁴. Al di là di tali rilevanti aspetti (che saranno esaminati *infra*, § 5.1), l'importanza dell'accordo del 28 giugno è inoltre dovuta alla nuova regolamentazione dei rapporti fra contratti collettivi di diverso livello, mediante la quale le parti sociali hanno cercato di bilanciare l'esigenza di adeguare l'organizzazione di lavoro alla realtà della singola impresa,

¹²³ Come rilevato da M. RICCI 2012, p. 44, «l'improvvisa virata in senso unitario sul fronte sindacale – proprio quando sembrava acquisito il postulato della “separatista” – è da considerarsi il tratto “caratterizzante” di questo accordo».

¹²⁴ Per un'approfondita analisi dell'accordo del 28 giugno 2011 sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil v., senza alcuna pretesa di esaustività, P. ALLEVA 2011b; V. BAVARO 2011c; F. CARINCI 2011c; L. MARIUCCI 2011b; M. PERSIANI 2011, p. 451 ss.; M. RICCI 2012, p. 43 ss.; U. ROMAGNOLI 2011b; F. SCARPELLI 2011a; ID. 2011c; P. TOSI 2011b, p. 1212 ss.; T. TREU 2011b, p. 613 ss. V. anche gli scritti raccolti in AA.VV. 2011, p. 642 ss. e i saggi pubblicati nel volume a cura di F. CARINCI 2012b. Cfr. anche il saggio di E. ALES 2011, p. 10: secondo quest'ultimo l'accordo del 28 giugno rappresenta «l'ultimo, disperato tentativo della “comunità di riferimento” sindacale tradizionale di riguadagnare le posizioni perse in favore della “aziendalizzazione” delle relazioni industriali».

da un lato, con la necessità di garantire un controllo sindacale centralizzato, dall'altro.

Affiancando al principio della preminenza del contratto nazionale (punti 2 e 3) un'indubbia apertura alla differenziazione della contrattazione aziendale (punto 7), l'accordo del giugno 2011 ripropone infatti un «rapporto coordinato e controllato»¹²⁵ fra i differenti livelli contrattuali: dopo aver riconfermato che «il contratto collettivo nazionale ha la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale» e che «la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo di categoria», le parti sociali hanno infatti previsto la possibilità per i contratti aziendali di definire «specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro», a condizione che vengano rispettati i limiti e le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali. L'accordo del giugno 2011 ha dunque riequilibrato il rapporto fra i differenti livelli contrattuali: accantonato «l'archetipo della contrattazione aziendale "derogatoria" nel senso del puro e semplice peggioramento dei trattamenti e delle condizioni di lavoro»¹²⁶, le parti sociali hanno infatti riconosciuto alla contrattazione di secondo livello l'importante funzione di introdurre discipline specializzate, calibrate sulle concrete situazioni oggettive e produttive, al contempo riconsegnando nelle mani della contrattazione nazionale il compito di regolare tali processi di adattamento.

Anche il più recente accordo, ad ogni modo, non è indenne da profili problematici: la forte connessione fra i due livelli contrattuali che caratterizza la trama dell'intesa sindacale pare in effetti affievolirsi qualora ci si soffermi sulla disposizione transitoria operante in attesa che i contratti nazionali prevedano le procedure per la sottoscrizione degli accordi in deroga o nel caso in cui i contratti nazionali nulla dispongano in materia. In tal caso, infatti, «al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico od occupazionale dell'impresa», i contratti «conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie» dell'accordo del 28 giugno possono definire intese modificative con riferimento agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione

¹²⁵ F. SCARPELLI 2011c, p. 16.

¹²⁶ L. MARIUCCI 2011b, p. 3.

lavorativa, l'organizzazione del lavoro e – per quanto qui più rileva – gli orari. Tale disposizione sembrerebbe in effetti raccogliere l'eredità del precedente accordo interconfederale del 2009, portando con sé tutte le perplessità che proprio nei confronti di quell'accordo erano state sollevate: i generici requisiti previsti per attivare la facoltà derogatoria sono infatti gli stessi che già giustificavano le c.d. clausole d'uscita previste dall'accordo del 2009¹²⁷; preoccupa inoltre l'eccessiva latitudine delle materie derogabili, specie se si tiene conto che l'espressione "organizzazione del lavoro" «evoca – nel linguaggio sindacale – tutto ciò che è disciplina del rapporto di lavoro»¹²⁸.

Ad ogni modo, se la contrattazione collettiva nazionale adempierà regolarmente ai propri compiti tale regime transitorio dovrebbe trovare scarsa applicazione; tralasciando le perplessità ad esso connesse, l'accordo del 28 giugno può quindi essere considerato apprezzabile. Ad esso va infatti riconosciuto l'indubbio merito di aver riaffermato l'esistenza di una gerarchia dei livelli negoziali, riconsegnando al contratto nazionale di categoria la fondamentale funzione di coordinamento dell'inferiore livello di contrattazione.

Com'è noto, tuttavia, il «significato forte»¹²⁹ insito in tale accordo è stato notevolmente depotenziato già all'indomani della sua sottoscrizione: compiendo «un salto di qualità (in negativo) della legislazione sindacale del nostro Paese»¹³⁰, nella manovra finanziaria varata urgentemente nell'estate del 2011 per rispondere alla grave crisi economica tutt'ora in corso¹³¹ il legislatore ha inserito una disposizione che ha attribuito alla contrattazione decentrata «poteri assoluti»¹³² con cui derogare a gran parte delle norme vigenti in materia di diritto del lavoro. Nonostante il formale omaggio della disposizione all'accordo di giugno¹³³, l'art. 8 della

¹²⁷ Sul punto v. M. RICCI 2012, p. 53. Sul regime transitorio v. anche G. ORLANDINI 2011, p. 4 ss. e G. SANTORO PASSARELLI 2011, p. 1240 ss.

¹²⁸ V. BAVARO 2011c, p. 3.

¹²⁹ U. ROMAGNOLI 2011b.

¹³⁰ V. LECCESE 2012, p. 45.

¹³¹ Sulle ragioni economiche che hanno spinto il Governo italiano a varare la c.d. "manovra di Ferragosto" v. l'approfondita analisi di A. PERULLI, V. SPEZIALE 2011, p. 2 ss., che rilevano come la crisi finanziaria sia stata «un ottimo pretesto per cercare di realizzare obiettivi di politica del diritto che il Governo aveva già anticipato nel luglio 2010, quando della crisi finanziaria che ha investito l'Italia non vi era traccia alcuna» (p. 11).

¹³² T. TREU 2011a.

¹³³ L'accordo del 28 giugno 2011 è infatti richiamato nel primo e nel terzo comma dell'art. 8 della l. n. 148/2011. Secondo P. TOSI 2011b, p. 1222, tali richiami meriterebbero di essere valorizzati in funzione interpretativa, così da considerare l'art. 8 «quale intervento di sostegno dell'accordo e quindi riferito ai soli contratti aziendali in "deroga" conformi al modello adottato dall'accordo medesimo».

l. n. 148/2011 contraddice in più punti l'intesa sindacale, caricando il contratto di secondo livello di «funzioni talmente dirompenti [...] da alterare del tutto il contesto nel quale si collocavano le soluzioni, tutto sommato prudenti, studiate in sede sindacale per sviluppare una contrattazione decentrata meno soggetta a tensioni»¹³⁴.

Il testo normativo è infatti andato ben al di là del contenuto suggerito dalla sua rubrica: anziché limitarsi a sostenere la contrattazione collettiva di prossimità, tale disposizione ha messo «in discussione lo stesso equilibrio regolativo del diritto del lavoro»¹³⁵, ampliando enormemente i poteri del livello decentrato di contrattazione collettiva: livello nel quale – nel nostro sistema di relazioni industriali – il sindacato è notoriamente più debole¹³⁶. La norma in questione attribuisce infatti ai «contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, assistite dalle rispettive organizzazioni sindacali di appartenenza», la facoltà di derogare «alle disposizioni di legge» e alle «regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro» in una lunga serie di materie comprendenti gli istituti più rilevanti del diritto del lavoro.

Fra questi vi è anche l'orario: come si è detto (v. *supra*, § 4.1), il d.lgs. n. 66/2003 già poneva i differenti livelli contrattuali sul medesimo livello, attribuendo alla contrattazione decentrata un potere di deroga svincolato da un'opera di coordinamento nazionale; l'art. 8 della manovra dell'agosto 2011 è andato oltre, consentendo agli ac-

¹³⁴ F. SCARPELLI 2011c, p. 5; sul punto v. anche Id. 2011b, a cui si rinvia per un'attenta analisi del rapporto esistente tra l'accordo del giugno 2011 (ratificato il 21 settembre 2011 con l'aggiunta di una postilla per mezzo della quale le parti si impegnano a non fare uso delle più ampie possibilità derogatorie offerte dall'art. 8) e il successivo intervento legislativo. Sull'argomento v. anche l'ampio saggio di F. CARINCI 2011d, soprattutto p. 23 ss.; M. CORTI 2011, p. 359 ss.; L. MARIUCCI 2011b; A. PERULLI, V. SPEZIALE 2011, p. 49 ss.; R. ROMEI 2011; T. TREU 2011c. Sul sistema di relazioni industriali delineato dall'art. 8 della l. n. 148/2011 si è sviluppata un'ampia letteratura: fra i molti contributi, v. E. ALES 2011, soprattutto p. 16 ss.; R. DEL PUNTA 2012, p. 31 ss.; R. DE LUCA TAMAJO 2012a, p. 19 ss.; Id. 2012b, p. 11 ss.; G. FERRARO 2011a, soprattutto p. 21 ss.; Id. 2011b, p. 762 ss.; Id. 2011c, p. 1249 ss.; A. GARILLI 2012, p. 31 ss.; A. LASSANDARI 2012, p. 55 ss.; V. LECCESE 2012; S. LIEBMAN 2011, soprattutto p. 1292 ss.; M. MAGNANI 2012a, p. 1 ss.; A. MARESCA 2012, p. 16 ss.; O. MAZZOTTA 2012, p. 19 ss.; G. PERONE 2012, p. 6 ss.; R. PESSI 2012a, p. 537 ss.; Id. 2012b, p. 57 ss.; M. RUSCIANO 2011; G. SANTORO PASSARELLI 2011, p. 1224 ss.; M. TIRABOSCHI 2012, p. 78 ss.; G. VIDIRI 2012, p. 109 ss. Cfr. anche i contributi pubblicati in *QFMB*, n. 2/2011 e in particolare L. GALANTINO 2011, p. 1 ss.; A. VALLEBONA 2011, p. 1 ss.; G. ZILIO GRANDI 2011b, soprattutto p. 5 ss.

¹³⁵ V. LECCESE 2012, p. 4.

¹³⁶ Così anche A. PERULLI, V. SPEZIALE 2011, p. 24.

cordi aziendali e territoriali di derogare anche a quelle norme che non siano oggetto di un espresso rinvio legislativo alle parti sociali. Ed è proprio questo l'aspetto che più lascia attoniti, al di là dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati da una disposizione che – incurante di quanto stabilito dall'art. 39 Cost. – attribuisce agli accordi decentrati «efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati» (a condizione che le intese derogatorie siano «sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali»: sul punto v. *infra*, § 5.1), e al di là delle perplessità nascenti dall'individuazione di un'ampia schiera di soggetti legittimati a stipulare simili contratti¹³⁷. L'impatto «destabilizzante sul sistema contrattuale articolato in essere» potenzialmente insito in una disposizione volta a sovvertire il criterio ordinatorio delle fonti normative è evidente¹³⁸: tale intervento legislativo porta infatti con sé il rischio del passaggio da un «decentramento regolato» ad un «aziendalismo spinto ai limiti dell'anarchia»¹³⁹.

Da più parti è stato in effetti rilevato il pericolo di una «balcanizzazione del diritto del lavoro ingiusta e pericolosa per i lavoratori e [...] per le aziende»¹⁴⁰ derivante dalla scelta di rilasciare alla contrattazione decentrata una sorta di cambiale in bianco su intere materie¹⁴¹. Mentre in passato il legislatore definiva con precisione le disposizioni suscettibili di deroga e prevedeva limiti all'agire delle parti sociali, l'art. 8 della manovra finanziaria dell'agosto 2011 autorizza invece la contrattazione decentrata a derogare a gran parte delle norme vigenti, non introducendo altri vincoli se non quelli imposti dalla Costituzione, dalle normative dell'Unione Europea o dalle convenzioni internazionali sul lavoro: vincoli certamente troppo generici ma che potrebbero porre al riparo da deroghe indiscriminate almeno quelle materie che – come l'orario di lavoro – conoscono tutti e tre i livelli di protezione. Precisando che i contratti di secondo livello potranno esercitare il potere derogatorio loro attribuito fermo restando «il ri-

¹³⁷ L'inclusione fra i soggetti legittimati ad intervenire anche dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano territoriale amplia notevolmente la platea delle organizzazioni sindacali autorizzate a sottoscrivere intese derogatorie, rompendo al contempo la consolidata tradizione secondo cui la rappresentatività deve essere misurata sul piano nazionale. Su tale questione v. O. BONARDI 2011, p. 19 e R. ROMEI 2011.

¹³⁸ La citazione è tratta da F. CARINCI 2011d, p. 35. In senso analogo v. anche M. RICCI 2012, p. 56, secondo cui l'art. 8 attribuirebbe alla contrattazione decentrata «lo *ius vitae ac necis* sulle condizioni essenziali della prestazione di lavoro».

¹³⁹ Entrambe le citazioni sono tratte da M.V. BALLESTRERO 2012, p. 313.

¹⁴⁰ T. TREU 2011a; in senso analogo v. A. PERULLI, V. SPEZIALE 2011, p. 27.

¹⁴¹ Così F. CARINCI 2011d, p. 35. Analogamente, F. SCARPELLI 2011b.

spetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali del lavoro»¹⁴², il legislatore più recente ha fatto propria l'espressione già contenuta nell'art. 117, comma 1, Cost.: è possibile dunque ritenere che, nel valutare la legittimità delle deroghe contenute nei contratti decentrati, il giudice dovrà effettuare la stessa verifica che la Corte Costituzionale svolge per accertare la conformità dei testi normativi all'art. 117 Cost.¹⁴³. Si tratta evidentemente di una verifica di ampio respiro: la disposizione in questione costituisce infatti «un rinvio mobile» alla norma costituzionale, europea o internazionale di volta in volta conferente¹⁴⁴. Così come il legislatore ordinario e il legislatore regionale nell'esercitare la propria competenza normativa sono tenuti al rispetto delle c.d. «disposizioni interposte», allo stesso modo le parti sociali, nell'avvalersi dell'ampio potere derogatorio rimesso loro, devono dunque attenersi a tutti i vincoli derivanti dall'ordinamento costituzionale, comunitario ed internazionale, ivi compresi i principi di diritto non dotati di un'immediata valenza precettiva.

Come accennato, fra le materia suscettibili di deroga *ex art. 8* della l. n. 148/2011 la disciplina dell'orario di lavoro è forse quella che gode di protezione più ampia¹⁴⁵. Un primo scudo contro le intese

¹⁴² Inserito in sede di conversione in legge del d.l. n. 138/2011, tale inciso ha il sapore di una «*excusatio non petita*» (L. MARIUCCI 2011b, p. 7) introdotta nel tentativo di rendere meno evidenti i profili di illegittimità costituzionale della norma: è infatti chiaro che, anche in assenza di questo chiarimento, gli accordi di secondo livello non avrebbero certo potuto derogare alle norme costituzionali, europee o internazionali.

¹⁴³ La Consulta è stata chiamata varie volte a verificare il rispetto dell'art. 117, comma 1, Cost.; si v. per tutte le sentenze della Corte Cost. 3 novembre 2005, n. 406, in *Gcost*, 2005, p. 4429, e 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, in *GCost*, 2007, p. 3475 e 3535. Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale v. G. BIANCHI, F. D'ANGELO 2007, p. 78 ss.

¹⁴⁴ Secondo la sentenza della Corte Cost. 24 ottobre 2007, n. 349, cit., «il parametro costituzionale in esame comporta [...] l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare» i vincoli comunitari e gli obblighi internazionali, «con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile [...] viola per ciò stesso tale parametro costituzionale». L'art. 117, comma 1, Cost. contiene infatti «un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali [e comunitari] genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata «norma interposta»»; al giudice spetta dunque il compito di «interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione [...] «interposta», il giudice deve investire la Consulta «della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma».

¹⁴⁵ Piuttosto ottimista sulla possibilità di contenere gli effetti dell'art. 8 della l. n. 148/2011 pare essere M.G. MATTAROLO 2012, p. 705, secondo la quale «l'impatto

derogatorie è infatti innalzato dalla Carta costituzionale che, com'è noto, oltre a riconoscere ai lavoratori il diritto irrinunciabile al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite, affida alla legge la determinazione della durata massima della giornata lavorativa: nell'assenza di una norma che fissi tale limite, la previsione di un periodo minimo di undici ore di riposo ogni ventiquattro rientra senza dubbio fra le disposizioni che non possono essere oggetto di deroghe diverse ed ulteriori rispetto a quelle già previste dal d.lgs. n. 66/2003¹⁴⁶, essendo questa l'unica disposizione dalla quale sia possibile desumere la durata massima dell'orario di lavoro giornaliero.

Limiti all'azione dei contratti di secondo livello derivano inoltre dalle fonti del diritto internazionale, grazie alle numerose convenzioni Oit¹⁴⁷, e soprattutto dal diritto dell'Unione europea: oltre ai paletti posti dalla Carta di Nizza – il cui art. 31 garantisce il diritto di ogni lavoratore alla limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite – importanti restrizioni al potere di deroga riconosciuto alla contrattazione decentrata dall'art. 8 possono essere desunte dalla direttiva n. 2003/88, così come interpretata dalla Corte di giustizia. In materia di orario massimo medio settimanale, lavoro notturno, pause, ferie annuali, riposo giornaliero e riposo settimanale, perciò, gli accordi aziendali e territoriali non solo non possono introdurre deroghe diverse da quelle (già decisamente numerose) previste dalla direttiva medesima, ma sono soggetti anche agli ulteriori limiti derivanti dall'interpretazione offerta dai giudici di Lussemburgo. Valorizzando le finalità di tutela della salute perseguite dalla direttiva n. 2003/88, la Corte di giustizia ha infatti svolto un importante compito nella determinazione del concreto equilibrio tra i diversi interessi coinvolti, precisando in più occasioni che, mentre il campo di applicazione della direttiva deve essere inteso in senso estensivo, le numerose eccezioni e deroghe previste devono invece essere interpretate restrittivamente. Scopo della direttiva è infatti quello di «fissare prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori

della nuova norma sulla specifica disciplina dei tempi di lavoro non sembra a prima vista di particolare rilievo». Sui possibili effetti che l'art. 8 potrebbe dispiegare nella materia dell'orario cfr. anche A. OCCHINO 2012, p. 174 ss.

¹⁴⁶ L'art. 7 del d.lgs. n. 66 conosce infatti ampie possibilità di deroga, che intaccano inevitabilmente l'effettività del limite indiretto di tredici ore di lavoro al giorno: su tale questione v. *infra*, cap. III, § 2.2.

¹⁴⁷ Con un rapida carrellata si possono a questo proposito ricordare le convenzioni relative alla durata del lavoro nel settore industriale, quelle riguardanti il lavoro notturno delle donne, dei fanciulli e degli adolescenti e le convenzioni sulle ferie retribuite e sul riposo settimanale.

mediante il ravvicinamento delle normative nazionali riguardanti, in particolare, la durata dell'orario di lavoro», al fine di «garantire una migliore protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, facendo godere a questi ultimi periodi minimi di riposo – in particolare giornaliero e settimanale – e periodi di pausa adeguati e prevedendo un limite massimo per la durata settimanale del lavoro»¹⁴⁸. Qualora l'art. 8 della l. n. 148/2011 dovesse trovare applicazione, l'interprete – nel verificare quali siano le norme che possono essere derogate dai contratti decentrati – dovrà dunque tenere ben presente la *ratio* protettiva della direttiva, che ha guidato come un faro i giudici europei nella costruzione del ricco mosaico giurisprudenziale con cui sono stati ridimensionati alcuni tra i più ampi spazi di flessibilità ammessi dalla normativa europea.

Nel valutare il potenziale impatto dell'art. 8 della l. n. 148/2011 sulla materia dell'orario di lavoro occorre porre in luce un ulteriore aspetto: come si è visto in precedenza (v. *supra*, § 4.1), l'art. 18 della direttiva stabilisce che le deroghe in materia di riposo giornaliero, pause, riposo settimanale, durata del lavoro notturno e periodi di riferimento possono essere introdotte soltanto da accordi conclusi «ad un livello collettivo adeguato», quali certamente non sono – a causa della loro incapacità di garantire un controllo sindacale centralizzato – il livello aziendale e quello territoriale. Affidando agli accordi decentrati il potere di intervenire in tali materie in assenza di un espresso rinvio nel contratto di superiore livello, l'art. 8 pare dunque contrastare con l'obbligo di conformità posto dal legislatore europeo¹⁴⁹.

Prive di protezione da eventuali intese derogatorie di secondo livello sembrerebbero essere le norme in materia di orario normale settimanale e di lavoro straordinario: un argine all'applicazione di orari di lavoro eccessivamente prolungati può peraltro essere intravisto nell'art. 13 della direttiva, secondo il quale gli Stati membri devono introdurre «misure necessarie affinché il datore di lavoro che prevede di organizzare il lavoro secondo un certo ritmo tenga conto del principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano».

¹⁴⁸ Corte di giustizia 14 ottobre 2010, C-243/09, *Fuß I*, in *Racc.*, 2010, p. 9849, punto 32 della motivazione; 25 novembre 2010, C-429/09, *Fuß II*, in *Racc.*, 2010, p. 12167, punto 43 della motivazione. Nello stesso senso cfr. Corte di giustizia 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C- 403/01, *Pfeiffer*, in *Racc.*, 2004, p. 8835, punto 76 della motivazione; 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas e altri*, in *Racc.*, 2005, p. 253, punti 40 e 41 della motivazione; 7 settembre 2006, causa C-484/04, *Commissione vs Regno Unito*, in *Racc.*, 2006, p. 7471, punti 35 e 36 della motivazione.

¹⁴⁹ L'obbligo di conformità risultava peraltro già violato dal d.lgs. n. 66/2003 che, come si è visto, pone i diversi livelli negoziali in un regime di reciproca concorrenza.

Un'attenta attività ermeneutica può dunque essere utile per cercare di mettere al riparo gran parte delle disposizioni in materia di orario di lavoro dagli effetti dell'art. 8 della l. n. 148/2011. La ricerca nelle norme costituzionali, internazionali o dell'Unione europea di vincoli alle deroghe introdotte nella contrattazione decentrata apre però la porta ad uno scenario di totale incertezza giuridica, che risulta oltretutto potenziata dalla "funzionalizzazione" delle intese derogatorie: queste ultime devono infatti essere finalizzate «alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività». Benché tale elenco sia così generico da ricomprendere pressoché qualunque contenuto contrattuale, la previsione di vincoli di scopo potrebbe permettere un controllo giudiziario *ex post* sulla congruenza del mezzo adoperato (la deroga alla legge o al contratto nazionale di categoria) all'obiettivo perseguito: controllo certamente complesso e influenzabile dalle valutazioni soggettive del giudice¹⁵⁰.

Tenendo conto che sulle deroghe negoziate in azienda pende la «spada di Damocle dell'invalidazione giudiziaria»¹⁵¹, è dunque possibile ritenere che «la corsa alla deroga peggiorativa non sarà sfrenata»¹⁵²; ciononostante non si può non rilevare che «il valore dello

¹⁵⁰ Sul punto v., fra gli altri, R. DE LUCA TAMAJO 2011, p. 21, R. ROMEI 2011 e V. LECCESE 2012, p. 16, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali. Ritenono possibile un controllo dei prodotti dell'autonomia collettiva alla luce degli scopi individuati dal legislatore anche A. PERULLI, V. SPEZIALE 2011, p. 41 s.; tali autori, tuttavia, non escludono che l'estrema difficoltà nell'effettuare il controllo sulla congruenza tra obiettivi da raggiungere e strumenti utilizzati possa produrre l'effetto opposto, inducendo il giudice a non esercitare alcun sindacato. Di diverso avviso pare invece T. TREU 2011b, p. 635, secondo il quale non è possibile attribuire all'elencazione degli obiettivi che devono essere perseguiti dalle intese derogatorie «il valore di condizione necessaria per riconoscere ai contratti in questione il potere di regolare le materie di cui al comma 2».

¹⁵¹ U. ROMAGNOLI 2011c. Nello stesso senso v. anche G. FERRARO 2011a, p. 24, secondo cui tale norma è «inesorabilmente destinata ad alimentare un contenzioso giudiziario dagli esiti francamente imprevedibili».

¹⁵² U. ROMAGNOLI 2011c. Ancorché, come sottolineato da V. LECCESE 2012, p. 4, tale disposizione si sia «assicurata un lasciapassare per la futura memoria, in virtù delle opportunità enormi che essa offre»: secondo l'autore, un reale ostacolo all'applicazione dell'art. 8 non potrebbe infatti derivare neppure dalla postilla aggiunta il 21 settembre 2011 all'accordo interconfederale del 28 giugno, con la quale le parti sociali si sono impegnate ad «attenersi all'Accordo del 28 giugno 2011, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attingano a quanto concordato nel suddetto accordo interconfederale».

sbrego» apportato dall'art. 8 è «incalcolabile e non è solamente simbolico»¹⁵³. Tale disposizione tocca infatti i «nervi fondamentali del diritto del lavoro», incrinando ulteriormente il «dogma di una regolamentazione unitaria ed eguale per tutto il territorio nazionale»¹⁵⁴. L'estrema diversità di regolamentazione da un'impresa all'altra su materie tanto ampie che potenzialmente potrebbe derivare dall'applicazione dell'art. 8 solleva infatti dubbi in ordine alla legittimità costituzionale di tale norma: il rischio della «creazione di un diritto del lavoro “a pelle di leopardo” con notevoli distinzioni nei livelli di garanzie esistenti nelle aziende e nei territori» pare infatti contrastare con il principio di eguaglianza¹⁵⁵. Il quadro che si delinea è dunque quello di un'estrema frammentazione del sistema giuridico, in cui «la garanzia di “certezza” dei trattamenti assicurati dal contratto nazionale [ed ora anche dalla legge] è stata scritta con inchiostro simpatico»¹⁵⁶.

5. Il problema della contrattazione separata

Problema intrinsecamente connesso alla disciplina dell'orario di lavoro è certo quello della contrattazione separata: proprio le clausole in materia di tempo di lavoro sono spesso testimoni della rottura del fronte sindacale¹⁵⁷, giacché il d.lgs. n. 66/2003 rientra fra quelle nor-

¹⁵³ Entrambe le citazioni sono tratte da U. ROMAGNOLI 2011c. In senso analogo A. PERULLI, V. SPEZIALE 2011, p. 23, secondo i quali «è possibile [...] che i contratti “di prossimità” non saranno particolarmente diffusi o non avranno l'effetto fortemente derogatorio della legge che l'art. 8 consente [...]». Tuttavia queste considerazioni in fatto (che riguardano il piano dell'essere) non implicano che sia possibile sottovalutare l'impatto della riforma in diritto (cioè sul diverso piano del dover essere)».

¹⁵⁴ Entrambe le citazioni sono tratte da R. ROMEI 2011.

¹⁵⁵ L. MARIUCCI 2011c. Nello stesso senso v. S. SCARPELLI 2011b e A. PERULLI, V. SPEZIALE 2011, p. 28: secondo questi ultimi, il rischio di una lesione del principio di uguaglianza deriva dal fatto che «la legge [...] consente alla contrattazione collettiva di introdurre trattamenti differenti per i lavoratori senza che vi siano criteri oggettivi che consentano di specificare le diversità di situazioni che rendono “ragionevole” introdurre regolamentazioni non omogenee».

¹⁵⁶ M. ROCCELLA 2009a.

¹⁵⁷ Basti pensare al contratto Fiat di Pomigliano d'Arco (sottoscritto il 15 giugno 2010 da Fiat Group S.p.a. e da Fim, Uilm e Fismic) le cui clausole in materia di orario (specie quelle relative al lavoro straordinario) sono state fra le più contestate dalla Fiom, insieme a quelle in materia di congedo di malattia e alla c.d. clausola di responsabilità. Tale contratto è stato successivamente preso a modello dall'accordo per lo stabilimento Fiat di Mirafiori (sottoscritto il 23 dicembre 2010 da Fiat Group Automobili S.p.a. e da Fim, Uilm, Fismic, Ugl metalmeccanici, Asso-

mative che, nel corso degli anni, hanno incoraggiato la logica del sindacalismo competitivo, preconstituendo «un terreno fertile per il germoglio di nuove ragioni di divisione fra sindacati “cooperativi” e sindacati “conflittuali”»¹⁵⁸.

Nell'individuare i contratti collettivi legittimati ad intervenire nelle materie oggetto di delega legislativa, infatti, il decreto ha abbandonato la formula utilizzata fino a poco tempo prima, autorizzando ad intervenire nelle materie oggetto di delega legislativa i contratti collettivi di lavoro stipulati «da» (e non più «dalle») organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative: lungi dall'essersi limitato a procedere ad un innocuo mutamento terminologico, il legislatore ha così dato voce alla volontà politica – enunciata nel *Libro bianco* e poi emersa anche nel d.lgs. n. 276/2003 – di «sciogliere il “vincolo” costituito [...] dalla necessaria confluenza nell'accordo delle volontà di *tutti* [...] i sindacati comparativamente più rappresentativi»¹⁵⁹, al fine di ovviare agli «unanimismi»¹⁶⁰ che, nell'ottica del legislatore, sarebbero causa della rigidità del sistema italiano di relazioni industriali.

A prima vista, l'obiettivo formale perseguito con tale cambiamento semantico potrebbe sembrare apprezzabile, mirando a permettere la conclusione di accordi collettivi in tempi rapidi, al fine di evitare il verificarsi di uno stallo decisionale; decisamente insidioso è però l'obiettivo sostanziale sotteso alla definizione di “contratti collettivi di lavoro”, dal momento che il mutamento lessicale mira in realtà a «“sterilizzare” o, meglio ancora, “neutralizzare”»¹⁶¹ l'eventuale dis-

ciazione capi e quadri Fiat) e dal contratto per lo stabilimento Ex Bertone di Grugliasco (sottoscritto il 4 maggio 2011 da Fiat Group Automobili S.p.a., F.G.A. Officine Automobilistiche Grugliasco S.p.a. e dalle RSU di Fiom, Fim, Uilm, Fismic). Su tali accordi (per i quali v. infra, § 5.1) si è sviluppata un'ampia letteratura; fra i tanti, v. in particolare: V. BAVARO 2010a, p. 337 ss.; Id. 2011a; A. BOLLANI 2011; F. CARINCI 2011d, p. 3 ss.; R. DE LUCA TAMAJO 2011, p. 113 ss.; F. LISO 2011b, p. 439 ss.; M. MAGNANI 2011, p. 467 ss.; L. MARIUCCI 2011a, p. 239 ss.; Id. 2011d, p. 497 ss.; cfr. anche G.P. CELLA 2010, p. 744 ss. e S. LEONARDI 2010, p. 356, secondo cui tale accordo è un *concession bargaining*, in cui i diritti *al* lavoro sono scambiati con i diritti *nel* lavoro. Sulla “vicenda Fiat” cfr. anche E. ALES 2011, nonché i saggi pubblicati nel n. 2/2011 di *LD* e gli scritti raccolti nel volume a cura di F. CARINCI 2011b.

¹⁵⁸ M. ROCCELLA 2004a, p. 59.

¹⁵⁹ U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 16. Sull'utilizzo della preposizione semplice «da» al posto di quella articolata «dalle», sia nel d.lgs. n. 66/2003 che nel d.lgs. n. 276/2003, v. anche L. BELLARDI 2004, p. 204; A. BELLAVISTA 2004, p. 190 ss.; F. CARINCI 2004, p. LXIII; I. PICCININI, P. FERRARI 2005, p. 410 s.; V. PINTO 2004, p. 156; M. RICCI 2004, p. 16; P. SANDULLI, V.M. MARINELLI 2009, p. 599.

¹⁶⁰ *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia – proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, p. 33.

¹⁶¹ U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 16.

senso di un sindacato comparativamente più rappresentativo rispetto ad una decisione condivisa da altri sindacati¹⁶².

Al di là dell'«astuzia lessicale»¹⁶³ adoperata, ad ogni modo, «l'impiego della formula *da*, piuttosto che *dai*, non ha alcuna conseguenza sul piano sostanziale»¹⁶⁴: la definizione di «contratti collettivi di lavoro» continua a poter essere interpretata in modo conforme al principio costituzionale del massimo coinvolgimento possibile nella stipulazione del contratto. Com'è stato correttamente rilevato, infatti, l'accordo deve necessariamente essere sottoscritto da «agenti negoziali che, nell'ambito della cerchia potenziale dei destinatari della regolazione, abbiano una soglia minima di rappresentatività che raggiunga almeno la maggioranza dei lavoratori appartenenti all'area di applicazione del medesimo contratto». Tale esegesi trova un «forte argomento nella valorizzazione del principio maggioritario consacrata dall'art. 39 Cost.», nonché nella considerazione che «sarebbe illogico affidare ad un contratto collettivo il compito di integrare un rinvio legale, se questo contratto fosse espressione di organizzazioni sindacali minoritarie»¹⁶⁵.

Tuttavia, «al di là dell'interpretazione, qui conta l'intenzione»¹⁶⁶ e

¹⁶² Così M. RICCI 2004, p. 15, che analizza la delega ai contratti collettivi contenuta nel d.lgs. n. 276/2003 (del tutto simile a quella presente nel d.lgs. n. 66) alla luce di quanto scritto nel *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*. Sulla coerenza fra quanto enunciato nel *Libro bianco* e la definizione di «contratto collettivo» introdotta nei d.lgs. n. 66 e 276 del 2003 v. anche U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 17 ss.; nello stesso scritto (p. 21), gli autori sottolineano come l'intento perseguito dal legislatore sia quello di «addivenire ad una progressiva restrizione dei soggetti qualificati come *idonei e sufficienti* alla stipula dei contratti collettivi oggetto dei rinvii legislativi», rilevando come il «graduale impoverimento del fronte soggettivo comporti [...] il rischio di un graduale impoverimento della garanzia [...] del massimo coinvolgimento sindacale possibile nella stipulazione del contratto, ai fini della presunzione di esistenza di un consenso maggioritario dei lavoratori». Su tale questione cfr. anche L. BELLARDI 2006, p. 182.

¹⁶³ M. ROCCELLA 2009b, p. 27.

¹⁶⁴ M. NAPOLI 2005, p. 47; come sottolinea F. DI LORENZO 2010, p. 103, «se la formulazione è espressiva dell'intenzione [...] dal punto di vista pratico essa è del tutto neutra».

¹⁶⁵ Tutte le citazioni sono tratte da A. BELLAVISTA 2004, p. 192 s.; nello stesso senso v. U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 22. *Contra* v. però F. LUNARDON 2012, p. 45 secondo cui l'utilizzo non più della preposizione «articolata "dalle", ma la semplice "da", [sta] ad indicare la necessità che il contratto collettivo per conseguire le finalità assegnate dalla legge risulti sottoscritto da due sindacati comparativamente più rappresentativi. E due non significa certo tutti».

¹⁶⁶ M. ROCCELLA 2009b, p. 27. L'intenzione del legislatore emerge chiaramente dalla *Relazione di accompagnamento della proposta del Governo per una delega in materia di mercato del lavoro* (v. in particolare p. 12) nella quale è dichiarato che scopo della nuova locuzione è quello di «garantire certezza interpretativa al feno-

l'intenzione perseguita dal legislatore era certamente quella di accreditare l'idea che i contratti collettivi possano essere stipulati anche non unitariamente¹⁶⁷, evitando così l'ostruzionismo di singole organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Tenendo presente tale finalità, risulta più agevole comprendere le ragioni delle tendenze del sistema di relazioni industriali italiano manifestatesi negli ultimi anni: la rottura del fronte sindacale non è soltanto una conseguenza delle politiche del lavoro sin qui descritte, ma pare essere addirittura "l'effetto ultimo" perseguito da un legislatore che mira più a dividere che ad unire le diverse centrali sindacali¹⁶⁸. Come è stato prontamente rilevato già all'indomani delle modifiche apportate al mercato del lavoro nel 2003, incentivando il recepimento delle deleghe legislative da parte di intese «sottoscritte non da tutte le associazioni, dell'una e dell'altra parte, definibili come "comparativamente rappresentative" [...], ma soltanto da alcune di esse»¹⁶⁹, il legislatore mirava infatti ad estromettere alcuni dei sindacati più rappresentativi, ed in particolar modo la "conflittuale" Cgil, il riferimento alla quale «non [pareva] puramente casuale»¹⁷⁰.

In linea con tale previsione, negli anni seguenti la sottoscrizione separata degli accordi ha avuto un notevole impulso, coinvolgendo non soltanto il livello aziendale, ma anche quello nazionale¹⁷¹ e quello

meno degli "accordi separati", rafforzandone la validità sulla base del principio del "reciproco riconoscimento».

¹⁶⁷ Tale intenzione continua ad essere perseguita anche dal legislatore più recente: nel definire i destinatari del potere di deroga, l'art. 8 della l. 148/2011 fa infatti riferimento ai «contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale» (c.m.).

¹⁶⁸ Emblematico è stato in tal senso il comportamento del Ministro del lavoro in carica per la prima parte della sedicesima legislatura, che – secondo l'autorevole opinione di G.P. CELLA 2010, p. 744 – era «più portato alle azioni di provocazione che a quelle di mediazione». Secondo l'autore, molti dei contrasti verificatisi fra le tre confederazioni sindacali storiche avrebbero potuto essere attenuati mediante una «mediazione sapiente, attuata dalle istituzioni di Governo». L'intento del legislatore di «approfondire il varco tra le diverse posizioni, contribuendo così [...] ad accentuare il rischio di tensioni e conflittualità sociali», è rilevato anche da V. LECCESE 2012, p. 34.

¹⁶⁹ Così la già citata *Relazione di accompagnamento della proposta del Governo per una delega in materia di mercato del lavoro*, p. 12.

¹⁷⁰ M. RICCI 2004, p. 15.

¹⁷¹ Il "caso metalmeccanico" è un esempio lampante dei problemi che possono derivare dalla sottoscrizione di contratti di categoria separati: nel pieno vigore del Ccnl sottoscritto il 20 gennaio 2008, il 15 ottobre 2009 Fim, Uilm, Federmeccanica e Assistal hanno firmato un nuovo contratto nazionale, determinando così una paradossale (ancorché non inedita) concorrenza fra due contratti collettivi nel mede-

interconfederale. Né un argine alla pratica della contrattazione separata è stato posto dall'utilizzo del criterio selettivo della rappresentatività comparata che – utilizzato per la prima volta a metà degli anni novanta al fine di contrastare la pratica dei c.d. contratti collettivi pirata¹⁷² – non ha certo visto nel corso del tempo rafforzare la propria efficacia. In assenza di indici certi e misurabili di rappresentatività, quali quelli poi introdotti dalle parti sociali mediante l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011¹⁷³ (su cui v. *infra*, in questo §), tale

simo settore. Sulle numerose problematiche sollevate dalla coesistenza di due Ccnl v. P. ALLEVA 2011c, p.729 ss.; A. LASSANDARI 2010b, p. 50 ss.; sul punto cfr. anche M. ROCCELLA 2010c, p. 177. In giurisprudenza, tra le numerose pronunce, v. in particolare modo il decreto del Trib. Torino 18 aprile 2011, in *RIDL*, 2011, II, p. 639, che ha considerato comportamento antisindacale l'aver negato la perdurante operatività del Ccnl del 2008 nei confronti dei lavoratori iscritti alla Fiom, nonché l'aver indotto i lavoratori non iscritti ad alcun sindacato a ritenere non più applicabile tale contratto nazionale. Con questa pronuncia il Tribunale di Torino ha dunque ordinato al datore di lavoro di rimuovere gli effetti del comportamento illegittimo mediante l'applicazione del Ccnl del 20 gennaio 2008 fino alla sua naturale scadenza ai lavoratori iscritti alla Fiom e ai lavoratori non iscritti che ne facciano richiesta. Nello stesso senso v., fra gli altri, i decreti del Trib. Modena 22 aprile 2011 e del Trib. Torino 26 aprile 2011, entrambi in *RIDL*, 2011, II, p. 639; cfr. anche i decreti del Trib. Torino 20 maggio 2011 e del Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011, entrambi in *DRI*, 2011, p. 742. Non sono però mancate pronunce di segno avverso: v., ad esempio, Trib. Tolmezzo 18 maggio 2011 e Trib. Ivrea 1° giugno 2011, entrambi in *RIDL*, 2011, II, p. 636; Trib. Bologna 3 giugno 2011, in *DRI*, 2011, p. 743. Per un'analisi della giurisprudenza in materia v. R. DEL PUNTA 2011a, p. 690 ss.; A. LASSANDARI 2011, p. 297 ss.; F. LISO 2011a, p. 700 ss.; M. VICECONTE 2011, p. 406 ss.; G. ZILIO GRANDI 2011a, p. 300; L. ZOPPOLI 2011, p. 709 ss.

¹⁷² Il concetto di “sindacati comparativamente più rappresentativi” era stato infatti introdotto dall'art. 2, comma 25, l. 28 dicembre 1995, n. 549. Scopo di tale norma era quello di stroncare il fenomeno dei contratti stipulati da organizzazioni sindacali notoriamente di scarsissima rappresentatività che (oltre a danneggiare i lavoratori, prevedendo livelli retributivi inferiori a quelli fissati dai contratti sottoscritti dalle tre centrali sindacali storiche) danneggiavano le casse dell'Inps, a cui affluivano contributi minori in ragione della ridotta base retributiva di calcolo. Al fine di risolvere tale problema, il legislatore stabilì che la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali era quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative. Su tale questione v. A. LASSANDARI 1997, p. 288 ss.; sul passaggio dalla nozione di sindacato “maggiormente rappresentativo” a quella di sindacato “comparativamente più rappresentativo” v. anche G. PROSPERETTI 2009, p. 274 ss. e M. ROCCELLA 2009b, p. 26.

¹⁷³ Com'è noto, il paragrafo 1 dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 affida al CNEL il compito di certificare la rappresentatività delle organizzazioni sindacali, tenendo conto del dato associativo (relativo al numero di deleghe conferite dai lavoratori alle imprese per il versamento delle quote di iscrizione a ciascun sindacato) e del dato elettorale (riguardante le elezioni periodiche delle rappresentanze sindacali unitarie); per la legittimazione a negoziare è necessario che il dato di rap-

nozione non ha infatti saputo far fronte al contrasto tra le confederazioni sindacali storiche¹⁷⁴.

La rottura e l'indebolimento del fronte sindacale non sono tuttavia le uniche conseguenze determinate dalla spinta verso la contrattazione collettiva separata. Effetto tutt'altro che secondario dell'espressa autorizzazione a recepire le deleghe legislative da parte di accordi sottoscritti soltanto da alcune delle organizzazioni dei lavoratori è anche l'acuirsi di problemi in ordine al coordinamento fra i diversi livelli negoziali abilitati ad intervenire e in ordine all'efficacia soggettiva da attribuire a tali accordi.

Com'è noto, vari sono i criteri formulati dalla giurisprudenza al fine di risolvere il problema del conflitto tra accordi di diverso livello: a partire dagli anni ottanta, la Cassazione aveva ritenuto che una soluzione a tale questione potesse essere trovata applicando il criterio cronologico, sulla base del presupposto della pari dignità del contratto collettivo aziendale e di quello nazionale¹⁷⁵; successivamente – pur mantenendo inalterato il principio della pari dignità e funzione dei contratti collettivi indipendentemente dal livello – la Cassazione ha tuttavia abbandonato la tesi della prevalenza del contratto successivo, ritenendo che l'applicazione di tale criterio presupponga la provenienza delle norme dalla medesima fonte. Pur mostrando un certo favore per la tesi della prevalenza del contratto aziendale (in quanto norma speciale, più vicina alla situazione da regolare)¹⁷⁶, la Suprema Corte ha più recentemente ritenuto che il problema possa essere risolto mediante il canone della competenza, secondo cui l'accordo aziendale derogatorio *in pejus* è legittimo se la deroga ha ad oggetto una materia per la quale il contratto decentrato può essere ritenuto competente a disporre¹⁷⁷. Senonché, la possibilità di utilizzare tale parametro è subordinata all'esistenza di un raccordo soggettivo fra le organizzazioni firmatarie dei diversi contratti, raccordo che viene

presentatività così realizzato per ciascuna organizzazione sindacale superi il 5% del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro. Per riferimenti dottrinali in merito all'accordo interconfederale si rimanda a *supra*, nota 124.

¹⁷⁴ In tal senso v. A. BELLAVISTA 2004, p. 192.

¹⁷⁵ Cass. 16 giugno 1981, n. 3920, in *GI*, 1982, I, c. 230.

¹⁷⁶ Suggesta da M. GRANDI 1981, p. 355, tale tesi è tutt'ora condivisa da qualche giudice di merito: v. Trib. Milano 4 dicembre 2008, in *OGL*, 2008, p. 837.

¹⁷⁷ Cass. 12 luglio 1986, n. 4517, in *FI*, 1987, I, c. 510; più recentemente Cass. 19 aprile 2006, n. 9052, in *LG*, 2006, p. 1015; Cass. 26 maggio 2008, n. 13544, in *OGL*, 2009, p. 40. Sul contratto aziendale derogatorio v. M.V. BALLESTRERO 2012, p. 308 ss.; G. GIUGNI 2010, p. 178 ss.; sull'ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale sviluppatosi su tale questione v. G. PROSPERETTI 2009, p. 380 ss.

meno nel caso in cui il contratto di livello inferiore non sia firmato da tutte le organizzazioni aderenti al contratto nazionale: presupposto fondamentale per l'applicazione del criterio della competenza è infatti l'esistenza fra i «contratti collettivi di diverso livello, sottoscritti da articolazioni delle medesime organizzazioni sindacali e datoriali»¹⁷⁸, di un coordinamento garantito dalla firma di tali accordi da parte di «soggetti collegati tra di loro nell'ambito di un sistema organizzato di ripartizione delle competenze»¹⁷⁹. È chiaro, dunque, che la diffusione della pratica della contrattazione separata rischia di impedire l'utilizzo di tale regola giurisprudenziale¹⁸⁰.

È però intorno al mai sopito dibattito circa l'efficacia soggettiva degli accordi aziendali derogatori che ruota la questione più delicata: che cosa accade qualora, in assenza di un espresso rinvio da parte del contratto di superiore livello, l'accordo aziendale introduca disposizioni derogatorie *in pejus*? Com'è noto, l'orientamento prevalente della Cassazione¹⁸¹ esclude che i contratti aziendali derogatori nei quali gli svantaggi non trovino compensazione in vantaggi possano essere applicati «ai lavoratori non aderenti ai sindacati stipulanti e non disposti ad accettare gli effetti della *res inter alios acta*», poiché l'estensione dell'efficacia di tale accordo «confliggerebbe con i principi di libertà di associazione e di organizzazione sindacale senza trovare il bilanciamento con valori almeno pariordinati»¹⁸². Qualora il contratto aziendale contenga disposizioni peggiorative, la giurisprudenza prevalente ritiene dunque che tale accordo sia efficace «soltanto nei confronti dei sindacati che lo hanno sottoscritto e degli iscritti secondo il principio della rappresentanza associativa»¹⁸³. È però chiaro

¹⁷⁸ Cass. 17 novembre 2003, n. 17377, in *RIDL*, 2004, II, p. 489 (c.m.).

¹⁷⁹ M.V. BALLESTRERO 2012, p. 310; c.m.

¹⁸⁰ Sul punto v. G. SANTORO PASSARELLI 2010, p. 502 s., secondo il quale, poiché «il criterio di specialità e di competenza presuppongono l'unità e la razionalità del sistema contrattuale complessivo», si pongono problemi particolarmente gravi «rispetto agli accordi sindacali in cui l'identità tra i soggetti sindacali che hanno firmato il contratto nazionale e quelli che hanno firmato il contratto aziendale sia soltanto parziale». In merito cfr. anche R. DE LUCA TAMAJO 2010a, p. 782.

¹⁸¹ Si tratta però di un orientamento non privo di oscillazioni: non essendo questa la sede per una dettagliata analisi delle varie interpretazioni proposte dalla giurisprudenza, si rinvia alla precisa ricostruzione di L. GIASANTI 2010, p. 77 ss.

¹⁸² Entrambe le citazioni sono tratte da Cass. 5 febbraio 1993, n. 1438, in *NGCC*, 1994, I, p. 48. Nello stesso senso Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403, in *LPO*, 1990, p. 2398; Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, in *RIDL*, 2005, II, p. 312. Sul punto v. L. NOGLER 1994, p. 61; A. BOLLANI 2005, p. 312; L. GIASANTI 2010, p. 102.

¹⁸³ G. SANTORO PASSARELLI 2010, p. 503 s. In senso parzialmente difforme v. P. LAMBERTUCCI 2009, p. 562, che esclude la rilevanza del vincolo associativo rispetto all'efficacia soggettiva del contratto aziendale. Sulla questione v. L. NOGLER 1994, p.

che un'efficacia soggettiva così limitata non può che determinare gravi problemi, specie quando le materie disciplinate nell'accordo pretenderebbero di essere regolate in modo uniforme: come nel caso dell'orario di lavoro, che rientra a pieno titolo fra quelle materie per le quali è «irragionevole che i lavoratori coinvolti non siano sottoposti alla medesima regolamentazione»¹⁸⁴.

5.1. *Dai contratti Fiat di nuova generazione alla sanatoria retroattiva prevista dall'art. 8 della l. n. 148/2011*

Le problematiche connesse con l'efficacia soggettiva limitata di un'intesa aziendale derogatoria *in pejus* sono riemerse con prepotenza di recente, in seguito alla sottoscrizione separata del contratto per lo stabilimento Fiat di Pomigliano d'Arco¹⁸⁵: primo fra i contratti Fiat "di nuova generazione", tale accordo è stato oggetto di un intenso dibattito, parte del quale ha riguardato proprio le sue disposizioni in materia di orario di lavoro. Fra le scottanti problematiche poste da tale accordo compaiono infatti quelle attinenti al tempo di lavoro, che pare considerato dalle parti sociali «come l'unica e un po' miserabile leva della produttività del lavoro»¹⁸⁶. Non poche perplessità – anche in ordine alla conformità delle disposizioni contrattuali al contratto collettivo nazionale di categoria – hanno invero destato la previsione di diciotto turni settimanali, operata allo scopo di utilizzare gli impianti per ventiquattro ore al giorno e sei giorni a settimana¹⁸⁷,

61; F. SCARPELLI 1994, p. 49; cfr. anche M. MISCIONE 2010, p. 1165 che – pur riconoscendo la possibilità per i lavoratori iscritti a sindacati non firmatari di rifiutare l'applicazione del contratto separato – ritiene «irreale un comportamento autolesionista per cui, per rifiutare il contratto, si rifiutano anche le parti buone, anche se per fini ideologici».

¹⁸⁴ M. ROCCELLA 2010a, p. 257.

¹⁸⁵ Sul contratto di Pomigliano e sui successivi accordi per lo stabilimento Fiat di Mirafiori ed ex Bertone di Grugliasco v. *supra*, nota 157, a cui si rinvia anche per l'indicazione di riferimenti dottrinali.

¹⁸⁶ Così V. BAVARO 2010b, secondo il quale l'«ideologica concezione della flessibilità oraria» che traspare dai contratti del gruppo Fiat pare contrastare «con i principi costituzionali e finanche comunitari».

¹⁸⁷ A regime ordinario, il diciottesimo turno non viene però effettivamente lavorato: secondo quanto stabilito dalle parti sociali, tale turno è infatti «coperto con la retribuzione afferente la festività del 4 novembre e/o con una/due festività cadenti di domenica (sulla base del calendario annuo), con i permessi per i lavoratori operanti sul terzo turno maturati secondo le modalità previste dall'accordo del 27 marzo 1993 (mezz'ora accantonata sul terzo turno per 16 turni notturni effettivamente lavorati pari a 8 ore) e con la fruizione di permessi annui retribuiti (PAR contrattuali) sino a concorrenza». Ad ogni modo, come chiarito da V. LECCESE 2011b, p. 172, «la formale determinazione e collocazione del turno in questione (dalle 22 del sa-

nonché la distribuzione dell'attività lavorativa in settimane costituite alternatamente da sei e quattro giorni lavorativi. Hanno inoltre suscitato preoccupazione sia l'innalzamento (di ottanta ore annue) del numero di ore di lavoro straordinario "comandate", per le quali, cioè, non è necessario né il raggiungimento di un accordo né la comunicazione preventiva alla Rsu, sia la collocazione a fine turno della pausa necessaria per consumare il pasto: scelta, quest'ultima, che – riducendo la possibilità per i lavoratori di recuperare le energie psico-fisiche – accresce inevitabilmente i rischi per la salute¹⁸⁸.

Ad ogni modo, al di là delle contestate clausole in materia di orario di lavoro¹⁸⁹, la ragione per la quale preme qui soffermarsi sul contratto di Pomigliano e sui successivi accordi del gruppo Fiat va ravvisata nell'attitudine di questi ultimi di mettere «implacabilmente a nudo [...] alcuni nodi irrisolti del diritto sindacale italiano»¹⁹⁰. Nel caso di specie, infatti, al fine di superare i problemi derivanti da un contratto aziendale separato applicabile ai soli lavoratori aderenti ai sindacati firmatari (su cui v. *supra*, § 5), le parti hanno fatto ricorso ad un *escamotage* di dubbia legittimità. Senza dilungarsi oltremisura su un argomento già al centro di un ampio ed intenso dibattito¹⁹¹,

bato alle 6 della domenica) non è priva di significato» dal momento che il diciottesimo turno potrebbe essere effettivamente lavorato in regime di straordinario.

¹⁸⁸ Negli accordi Fiat la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pare essere stata sacrificata a vantaggio di un bene ritenuto di maggior valore, come la salvaguardia del posto di lavoro e il conseguente guadagno economico. Tuttavia, come hanno correttamente rilevato M. LANDINI e L. GALLINO 2010, p. 23, «lo scambio tra il peggioramento delle [...] condizioni di lavoro e il poter continuare a lavorare» è inaccettabile, dal momento che «non c'è nulla di più nocivo dei turni alternati, come nociva, pesantemente nociva è la riduzione delle pause». Di diverso avviso è M. MISCIONE 2010, p. 1161, secondo cui «un accordo sindacale è veramente "peggiorativo" solo se falso e stipulato da sindacati gialli all'unico fine di favorire i datori di lavoro a danno dei lavoratori. Altrimenti, anche un parziale o totale peggioramento potrebbe avere riflessi positivi».

¹⁸⁹ Per un'approfondita analisi delle clausole in tema di orario di lavoro v. V. LECCESE 2011b, p. 165 ss.; cfr. anche M. BROLLO 2010, p. 1093, secondo la quale «con l'Accordo di Pomigliano, l'orario di lavoro viene reso più "flessibile" (con la nuova articolazione del lavoro "a turni") ed "elastico" (con l'aumento del lavoro straordinario "comandato" e la diminuzione delle pause fisiologiche)» (p. 1100); sul punto v. anche EAD. 2011, p. 122 ss.

¹⁹⁰ R. DE LUCA TAMAJO 2010a, p. 797. Nello stesso senso M. MAGNANI 2011, p. 469 ss., che sottolinea come la vicenda Fiat abbia posto «una serie di problemi non in sé inediti, ma con inedita intensità». Sul problema della contrattazione separata e sulla svolta segnata dagli accordi Fiat v. F. LUNARDON 2012, p. 47 ss.

¹⁹¹ Fra i molti che sono intervenuti sulle problematiche sollevate dalla vicenda Fiat v.: E. ALES 2011; V. BAVARO 2010a, p. 337 ss. e ID. 2011a; A. BOLLANI 2011; F. CARINCI 2010, p. 581 ss.; R. DE LUCA TAMAJO 2010a, p. 797; ID. 2010b, p. 1080 ss.; ID. 2011, p. 113 ss.; M. LAI 2010, p. 2749 ss.; F. LISO 2011b, p. 439 ss.; M. MA-

basti qui ricordare che – qualche mese dopo la sottoscrizione del contratto aziendale separato – è stata costituita una *new company* (denominata “Fabbrica Italia Pomigliano”), nella quale i dipendenti dello stabilimento sono stati in parte riassunti¹⁹². A tali lavoratori è stato applicato un nuovo contratto (sottoscritto il 29 dicembre 2010 da Fiat S.p.a., Fim, Uilm, Fismic, Ugl metalmeccanici e Associazione Quadri e Capi Fiat) definito di primo livello e finalizzato alla sostituzione del contratto di categoria, nel quale le parti firmatarie hanno espressamente dichiarato di «non [aderire] al sistema confindustriale» e, pertanto, di «non [applicare] la contrattualistica definita nell’ambito dello stesso»¹⁹³: conscie del fatto che, secondo la giurisprudenza maggioritaria, un accordo aziendale separato che deroghi *in pejus* le condizioni dei lavoratori rispetto a quanto stabilito dal contratto nazionale non può vincolare i lavoratori non aderenti ai sindacati firmatari, le parti hanno dunque cercato di aggirare il problema, fuoriuscendo dal campo di applicazione del contratto di categoria.

Sulla legittimità di simile operazione sono avanzabili seri dubbi. Da più parti è stato infatti rilevato che la scelta di proseguire la medesima attività produttiva mediante la costituzione di una *new company* deve essere qualificata come trasferimento di ramo d’impresa¹⁹⁴:

GNANI 2011, p. 467 ss.; L. MARIUCCI 2011a, p. 239 ss. e ID. 2011d, p. 497 ss.; M. ROCCELLA 2010c, p. 178 ss.; P. TOSI 2010, p. 1089 ss. Cfr. anche i saggi pubblicati nel n. 2/2011 di *LD* e gli scritti raccolti nel volume a cura di F. CARINCI 2011b.

¹⁹² A tal proposito è bene ricordare, almeno incidentalmente, la pronuncia con cui il Tribunale di Roma – rinvenendo una discriminazione collettiva nella scelta di non assumere nello stabilimento di Pomigliano alcun lavoratore iscritto alla Fiom – ha ordinato a Fabbrica Italia Pomigliano di cessare tale comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti, assumendo 145 lavoratori iscritti a tale sindacato: Trib. Roma 21 giugno 2012, a quanto costa ancora inedita. Il testo della pronuncia può comunque essere letto nel Bollettino Adapt del 25 giugno 2012, n. 24.

¹⁹³ Così nel preambolo del contratto; cfr. anche la norma di chiusura contenuta nel titolo V, nella quale le parti «convengono sulla natura del presente contratto quale contratto collettivo di lavoro di primo livello, in quanto del tutto idoneo a sostituire [...] il Ccnl dei Metalmeccanici». Per un’analisi del contratto del 29 dicembre 2010 v. V. BAVARO 2011a.

¹⁹⁴ Su tale questione v. P. ALLEVA 2011a, p. 5, che sottolinea come la «fattispecie di “trasferimento” di azienda [sia] una fattispecie legale, che esiste o non esiste obiettivamente e le cui conseguenze sono automatiche». In senso critico sul «meccanismo giuridico apprestato per *bypassare* l’art. 2112 Cod. Civ.» v. anche F. CARINCI 2011a, p. 25 s.; del medesimo avviso è anche M. MISCIONE 2011, p. 338, secondo cui sono «nulle, in modo fin troppo palese, le clausole in cui si “dichiara” la non applicazione dell’art. 2112 c.c. sul trasferimento d’azienda, certamente inderogabile». È infatti «del tutto evidente che alle parti firmatarie sfugge la disponibilità di qualificare liberamente siffatte vicende di circolazione dell’azienda come operazioni sussumibili, o meno, nell’art. 2112 c.c.»: così A. BOLLANI 2011, p. 357, secondo il quale spetta «all’interprete, e dunque al giudice in caso di controversia, stabilire se

i lavoratori, pertanto, avrebbero dovuto non essere riassunti, ma continuare *ex lege* il proprio rapporto di lavoro con il cessionario, conservando tutti i diritti di cui godevano nel rapporto di lavoro con il cedente. Inoltre, il cessionario avrebbe dovuto rispettare i contratti collettivi, nazionale ed aziendale, in essere presso il cedente, sino alla loro scadenza, salvo sostituirli con altri contratti collettivi «del medesimo livello», così come stabilito dall'art. 2112, comma 3, cod. civ.: al contrario, nella *new company* di Pomigliano il contratto di categoria è stato rimpiazzato da un contratto applicato al solo stabilimento che, pur autodefinendosi come «contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello», può difficilmente ritenersi idoneo a subentrare ad un contratto nazionale¹⁹⁵.

Il «modello Pomigliano», com'è noto, è stato successivamente adottato anche per gli stabilimenti Fiat di Mirafiori ed ex Bertone di Grugliasco¹⁹⁶. Alla luce dei più recenti sviluppi messi in moto dalla sottoscrizione di tali accordi, appare evidente che la diffusione dei contratti separati costituisce una faglia nel sistema di relazioni industriali nel nostro Paese capace di ingenerare un terremoto non di poco conto.

ci si trovi di fronte ad un trasferimento di azienda; e nel caso in esame, attesa la chiara identità dell'attività produttiva e del complesso dei beni e dei fattori ad essa preordinati, non sembra consentito nutrire dubbi sul fatto che la risposta debba essere positiva». Sul punto cfr. anche V. BAVARO 2011a, p. 6 ss. La domanda di declaratoria di illegittimità del contratto collettivo applicato a Fabbrica Italia Pomigliano è stata però respinta dal Tribunale di Torino: pur rilevando che la «circostanza oggetto di doglianza da parte di Fiom-Cgil pare allo stato sussistente», il giudice ha affermato che la «violazione dell'art. 2112 Cod. Civ., ove in via di ipotesi sussistente, non sarebbe [...] idonea ad integrare gli estremi di antisindacalità, potendo infatti avere incidenza esclusivamente sul piano dei diritti dei singoli lavoratori già operanti nel sito, ove esclusi dalla nuova società». Così Trib. Torino 14 settembre 2011, in *RIDL*, 2011, II, p. 1360. Su tale pronuncia v. F. CARINCI 2011d, p. 9 ss.; R. DEL PUNTA 2011b, p. 1421; V. DE STEFANO 2011, p. 239 ss.; S. LIEBMAN 2011, p. 1287 ss.; A. TURSÌ 2012, p. 151 ss.

¹⁹⁵ Del medesimo avviso è A.R. TINTI 2011, p. 394. Sul punto v. anche M.V. BALLESTRERO 2011, p. 269, secondo la quale il contratto collettivo di Fabbrica Italia Pomigliano – pur definendosi di “primo livello” – «attualmente è solo di livello unico (aziendale), perché ancora non è il contratto nazionale di categoria che aspira a divenire a seguito dello scorporo del settore auto dalla categoria dei metalmeccanici». Nello stesso senso v. anche A. BOLLANI 2011, p. 358, secondo il quale «sebbene il contratto del 29 dicembre 2010 per Fabbrica Italia Pomigliano sia stato qualificato dalle parti come contratto di “primo livello” [...] esso possiede tutte le caratteristiche [...] dell'accordo aziendale». *Contra* Trib. Torino 14 settembre 2011, cit., secondo cui l'accordo in questione costituirebbe «effettivamente e non solo nominalmente» un contratto di primo livello.

¹⁹⁶ È bene ricordare che il contratto per lo stabilimento ex Bertone di Grugliasco è però stato firmato congiuntamente dalle RSU di Fiom, Fim, Uilm, Fismic: v. *supra*, nota 157.

Fra le scosse di assestamento più forti provocati dalla vicenda Fiat rientra certamente il già più volte citato art. 8 del d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, con il quale il legislatore è intervenuto in materia senza però riuscire a fornire una risposta soddisfacente alla gran confusione che regna sul punto. Stabilendo che le c.d. intese derogatorie hanno efficacia «nei confronti di tutti i lavoratori interessati» a condizione di essere sottoscritte sulla base di un non meglio precisato «criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali» (art. 8, comma 1¹⁹⁷), tale norma ha esteso l'efficacia soggettiva dei contratti decentrati realizzando quella che è apparsa a molti una violazione delle regole dettate dall'art. 39 Cost.¹⁹⁸. Da più parti è stata infatti condivisibilmente rilevata l'intenzione del legislatore più recente «di fare, in un paio di righe, piazza pulita non solo di tutto il delicatissimo dibattito relativo alle modalità di accertamento e misurazione della rappresentatività sindacale e del consenso, ma anche di tutti i principi [...] che hanno regolato sinora il problema della non applicabilità del contratto collettivo al lavoratore e al sindacato dissenziente»¹⁹⁹.

Con una norma retroattiva dal carattere soltanto apparentemente generale e astratto, il legislatore ha inoltre stabilito che «le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori» (art. 8, comma 3, l. n. 148/2011): sotto l'ombrello protettivo di una norma

¹⁹⁷ Per una prima applicazione giurisprudenziale di tale disposizione v. Trib. Torino 23 gennaio 2012, al momento inedita; per un commento a tale pronuncia v. S. MATTONE 2012. Sul punto cfr. anche V. LECCESE 2012, p. 17.

¹⁹⁸ La violazione dell'art. 39 Cost. è stata rilevata, fra gli altri, da O. BONARDI 2011; G. FERRARO 2011a, p. 31; L. MARIUCCI 2011b, p. 6; M. RICCI 2012, p. 55; M. RUSCIANO 2011; G. SANTORO PASSARELLI 2011, p. 1244 ss.; T. TREU 2011b, p. 634; A. ZOPPOLI 2011, p. 23 ss. *Contra* R. DE LUCA TAMAJO 2012a, p. 26; P. ICHINO 2011; A. MARESCA 2011; G. VIDIRI 2012, p. 119 secondo i quali le regole dettate dall'art. 39 Cost. per l'estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi riguarderebbero i soli contratti nazionali di categoria. A tale interpretazione ribatte però V. LECCESE 2012, p. 27, secondo cui «a breve distanza dal compimento dell'opera dei Costituenti era ben chiaro [...] che il richiamo (al plurale) «alle categorie alle quali il contratto si riferisce» non dovesse essere inteso come relativo al solo contratto di categoria (e men che meno a quello nazionale di categoria)»; a sostegno di tale affermazione, l'autore rileva infatti che «delle modalità d'estensione dell'efficacia soggettiva del contratto aziendale si occupavano numerosi progetti volti all'attuazione» della seconda parte dell'art. 39 Cost., ivi compreso il d.d.l. Rubinacci del 1951.

¹⁹⁹ O. BONARDI 2011, p. 20.

che pare porsi in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. spiccano gli accordi stipulati negli stabilimenti del gruppo Fiat²⁰⁰, nei confronti dei quali il legislatore ha dunque «sancito quella sanatoria retroattiva [...] che le parti sociali non hanno voluto né avrebbero potuto concordare»²⁰¹.

Nel “guazzabuglio” determinato dall'art. 8 – la cui sopravvivenza dipenderà dalle sorti del quesito referendario depositato in Cassazione nel settembre del 2012 da un variegato comitato promotore – non pare aver intenzione di mettere ordine il Governo presieduto da Mario Monti, subentrato al precedente esecutivo subito dopo l'approvazione della l. n. 148/2011. Non soltanto infatti l'attuale Governo non ha mostrato alcuna intenzione di abrogare la discussa norma; ma, com'è stato puntualmente rilevato, la l. 28 giugno 2012, n. 92, varata dal nuovo esecutivo, «oltre a dar per scontato tutto il pregresso, vi aggiunge del suo»²⁰². Nell'introdurre rilevanti modifiche alla disciplina del mercato del lavoro, tale normativa non procede infatti ad una chiara determinazione dei criteri e dei livelli di selezione della rappresentatività degli agenti negoziali legittimati ad intervenire nelle materie oggetto di delega, né precisa quale efficacia spetti agli accordi separati; per contro, nell'individuare le organizzazioni sindacali abilitate ad intervenire, il legislatore ha utilizzato una miscellanea di espressioni diverse (quali «organizzazioni maggiormente rappresentative sul

²⁰⁰ Come rilevato da L. MARIUCCI 2011b, p. 8, non è infatti chiaro «perché mai gli accordi stipulati prima del 28 giugno 2011 dovrebbero avere efficacia generale se “votati a maggioranza dei lavoratori” e gli altri no». In senso analogo v. G. FERRARO 2011a, p. 32, secondo il quale tale norma «potrebbe entrare in rotta di collisione sinanche con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, molto più severa della giurisprudenza italiana nel censurare norme retroattive, specie se *ad personam*, per contrasto con l'art. 6 della convenzione CEDU e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 (ma v. pure art. 111 Cost.)». *Contra* R. DE LUCA TAMAJO 2012a, p. 27, secondo il quale «a chi guardi con attenzione la storia contrattuale ed associativa del Gruppo Fiat non può sfuggire che, in realtà, il comma 3 dell'art. 8 è del tutto estraneo agli interessi e alle strategie contrattuali di tale gruppo» poiché «per i lavoratori addetti a tali aziende, per i quali non opera il CCNL dei metalmeccanici, le discipline contrattuali specifiche costituiscono, nel bene e nel male, l'unica normativa applicabile e il rifiuto da parte dei lavoratori di alcune clausole altro non farebbe che rendere applicabile la sola normativa legale». Oltre alla norma che «“fotografa” il caso Fiat», l'art. 8 contiene inoltre una disposizione *ad hoc* volta a predeterminare il campo di applicazione della contrattazione collettiva nel trasporto ferroviario (comma 3 *bis*): anche rispetto a tale comma sono stati dunque sollevati dubbi di legittimità costituzionale. V. in particolar modo L. GALANTINO 2011, p. 25 s.

²⁰¹ T. TREU 2011b, p. 640. Sul punto v. anche F. SCARPELLI 2011b, che rileva l'«enormità e la scorrettezza di un intervento del legislatore, *ex post*, sui problemi giuridici degli accordi Fiat»; nello stesso senso O. BONARDI 2011.

²⁰² F. CARINCI 2012a, p. 534.

piano nazionale»²⁰³, «maggiormente rappresentative a livello aziendale»²⁰⁴ oppure, ancora, «comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»²⁰⁵) tale da rendere problematica l'esegesi del testo normativo.

Alla luce dei più recenti interventi legislativi, rimane dunque ferma la convinzione che l'unica strada da percorrere per chi voglia porre un freno al decentramento contrattuale scoordinato sia quella di una riflessione approfondita intorno ad una futura legge sindacale con cui individuare una volta per tutte un criterio di misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali e grazie alla quale estendere l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi (v. *infra*, § 7). Un utile contributo alla soluzione di tali problemi è stato certo fornito dal più volte citato accordo interconfederale del 28 giugno 2011, con cui le parti sociali hanno finalmente dettato un criterio per la misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali legittimate a partecipare alla contrattazione collettiva nazionale di categoria²⁰⁶: l'esportazione nel settore privato della regola, già adottata per il pubblico impiego, della ponderazione tra dato elettorale (derivante dai risultati delle elezioni delle Rsu) e dato associativo (desumibile dalle deleghe per i contributi sindacali) costituisce «una novità potenzialmente assai rilevante»²⁰⁷. L'importante discorso sulla contrattazione nazionale avviato nell'accordo del giugno 2011 non è però stato portato a compimento: le parti sociali si sono infatti limitate a stabilire che, per poter entrare nella stanza della contrattazione nazionale, i sindacati debbano ottenere la certificazione del raggiungimento della soglia di rappresentatività minima pari al 5 per cento; mentre nessuna indicazione è stata fornita relativamente alla percentuale di rappresentatività che i sindacati firmatari del contratto devono possedere complessivamente affinché quest'ultimo sia valido *erga omnes*²⁰⁸ (su tale punto v. *infra*, § 7).

²⁰³ Art. 1, comma 2, della l. n. 92/2012.

²⁰⁴ Art. 4, comma 1, della l. n. 92/2012.

²⁰⁵ Si v., seppur con lievi variazioni lessicali, gli artt. 1, commi 9 e 23; 2, comma 34; 3, commi 4, 21, 42, 44 e 45; 4, comma 17, della l. n. 92/2012.

²⁰⁶ Sul punto v., fra i tanti, A. ALLEVA 2011b; V. BAVARO 2011b; F. CARINCI 2011c; L. MARIUCCI 2011b; G. ORLANDINI 2011; M. PERSIANI 2011, p. 451 ss.; F. SCARPELLI 2011a; G. ZILIO GRANDI 2011a, p. 306 ss.

²⁰⁷ F. SCARPELLI 2011a, p. 5; nello stesso senso M. RICCI 2012, p. 45. Diversa è l'opinione di P. TOSI 2011b, p. 1213, secondo cui «l'allargamento del diritto di partecipare alla trattativa secondo il criterio della rappresentatività effettiva con soglia minimale appare privo di rilievo, se non controproducente, nell'assenza di una qualsiasi correlazione tra l'ammissione al tavolo negoziale e la titolarità del potere di stipulare il contratto in funzione della sua efficacia».

²⁰⁸ Né avrebbe potuto essere diversamente. Come rilevato da T. TREU 2011b, p.

Ignorata rispetto ai contratti nazionali di categoria, la questione dell'efficacia soggettiva è stata invece affrontata relativamente al livello decentrato: le parti sociali hanno infatti stabilito che i contratti collettivi aziendali per le parti economiche e normative sono efficaci per tutto il personale e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie dell'accordo del giugno 2011 operanti all'interno dell'azienda «se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie» oppure «se approvati dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza di deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione»²⁰⁹. Nella rappresentatività maggioritaria le parti sociali hanno dunque riconosciuto il criterio per attribuire efficacia generale ai contratti aziendali: efficacia che può però essere intesa come espressione della volontà delle parti firmatarie di vincolarsi al rispetto di un accordo e non come efficacia generale *de iure*, per la quale resta infatti indispensabile un intervento legislativo di attuazione dell'art. 39 Cost.²¹⁰. Nella consapevolezza che «il nuovo diritto sindacale è in larga parte ancora da scrivere»²¹¹, l'accordo del 28 giugno 2011 può dunque essere considerato come un buon punto da cui partire nel procedere ad una più ampia riforma, per mezzo della quale incentivare la sottoscrizione unitaria dei contratti e dettare regole volte ad attribuire efficacia *erga omnes* agli accordi collettivi di tutti i livelli (v. *infra*, § 7).

617, «un'indicazione che avesse inteso avventurarsi sul terreno dell'*erga omnes* avrebbe incontrato i noti problemi di compatibilità con l'art. 39 della Costituzione».

²⁰⁹ V. punti 4 e 5 dell'accordo del 28 giugno 2011. I contratti collettivi aziendali approvati dalle Rsa devono essere sottoposti al voto dei lavoratori promosso dalle rappresentanze sindacali aziendali a seguito di una richiesta avanzata, entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, da almeno una organizzazione firmataria del presente accordo o da almeno il 30% dei lavoratori dell'impresa. Per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto. L'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza semplice dei votanti.

²¹⁰ V. BAVARO 2011c, p. 5. Così anche M. RICCI 2012, p. 50 e F. CARINCI 2011d, p. 16, che sottolinea come l'accordo mostri di «essere ben consapevole che questa efficacia non può essere assicurata dal diritto oltre l'area coperta *in primis* secondo la regola della rappresentanza, tant'è che non fa ricorso alla formuletta latina dell'*erga omnes*; ma, con riguardo alla categoria, non usa alcuna espressione sintetica e, rispetto all'azienda, utilizza quella di «efficacia generale». L'accordo del 28 giugno conta dunque sulla capacità delle tre grandi Confederazioni di assicurare tale efficacia «di fatto, proprio tramite la recuperata unità d'azione». Nello stesso senso v. anche F. SCARPELLI 2011c, p. 3; L. MARIUCCI 2011b, p. 4.

²¹¹ P. ALLEVA 2011b, p. 2.

6. *La minaccia dell'intervento ministeriale e la marginalizzazione del ruolo delle parti sociali*

Un ultimo elemento del d.lgs. n. 66/2003 su cui vale la pena soffermarsi a riflettere, benché non abbia fino ad ora trovato ampia applicazione, è la prevista possibilità di introdurre – in mancanza di disciplina collettiva – deroghe in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno e periodo di riferimento per il calcolo della durata massima dell'orario di lavoro in numerosi settori lavorativi mediante un decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (o, per i pubblici dipendenti, con un decreto del Ministero per la funzione pubblica di concerto con il Ministro del lavoro: art. 17, comma 2, d.lgs. n. 66/2003)²¹². Paragonato ad «una pistola puntata alla tempia»²¹³

²¹² Tale norma prevede la possibilità di derogare con decreto ministeriale agli artt. 7, 8, 12 e 13 in presenza di attività caratterizzate dalla distanza fra il luogo di lavoro e il luogo di residenza del lavoratore, compreso il lavoro *offshore*, oppure dalla distanza fra i suoi diversi luoghi di lavoro; in presenza di attività di guardia, sorveglianza e permanenza caratterizzate dalla necessità di assicurare la protezione dei beni e delle persone, in particolare quando si tratta di guardiani o portinai o di imprese di sorveglianza. Possono inoltre essere introdotte deroghe per le attività caratterizzate dalla necessità di assicurare la continuità del servizio o della produzione, in particolare, quando si tratta: di servizi relativi all'accettazione, al trattamento o alle cure prestati da ospedali o stabilimenti analoghi, comprese le attività dei medici in formazione, da case di riposo e da carceri; del personale portuale o aeroportuale; di servizi della stampa, radiofonici, televisivi, di produzione cinematografica, postali o delle telecomunicazioni, di servizi di ambulanza, antincendio o di protezione civile; di servizi di produzione, di conduzione e distribuzione del gas, dell'acqua e dell'elettricità, di servizi di raccolta dei rifiuti domestici o degli impianti di incenerimento; di industrie in cui il lavoro non può essere interrotto per ragioni tecniche; di attività di ricerca e sviluppo; dell'agricoltura; di lavoratori operanti nei servizi regolari di trasporto passeggeri in ambito urbano. Inoltre, è possibile derogare agli artt. 7, 8, 12, 13 del d.lgs. n. 66 in caso di sovraccarico prevedibile di attività (in particolare nell'agricoltura, nel turismo, nei servizi postali), nei confronti del personale che lavora nel settore dei trasporti ferroviari (per lo svolgimento di attività discontinue, per il servizio prestato a bordo dei treni e per le attività connesse al trasporto ferroviario e che assicurano la regolarità del traffico), in relazione a fatti dovuti a circostanze estranee al datore di lavoro, eccezionali e imprevedibili o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili malgrado la diligenza osservata; in caso di incidente o di rischio di incidente imminente. Inoltre, il comma 3 dell'art. 17 prevede la possibilità di derogare «alle stesse condizioni di cui al comma 2» all'art. 7 del d.lgs. n. 66 in presenza di attività di lavoro a turni tutte le volte in cui il lavoratore cambia squadra e non può usufruire tra la fine del servizio di una squadra e l'inizio di quello della squadra successiva di periodi di riposo giornaliero, nonché in presenza di attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata, in particolare in relazione al personale addetto alle attività di pulizie. Per una minuziosa analisi delle singole ipotesi derogatorie v. E. PASCUALLETTO 2003, p. 500.

²¹³ M. ROCCELLA 2004a, p. 57.

dei rappresentanti sindacali, tale strumento – previsto poi anche dal d.lgs. n. 276/2003 – mal cela, dietro l’obiettivo di impedire l’inerzia delle parti sociali²¹⁴, il proposito di depotenziare «alla radice la contrattazione collettiva nel ruolo ad essa delegato»²¹⁵.

Piuttosto evidente è infatti la differenza esistente tra l’intervento amministrativo previsto dal legislatore del 2003 e quello introdotto dalla norma – con la quale è stato da alcuni proposto un confronto²¹⁶ – che attribuisce il potere di dettare una provvisoria regolamentazione alla Commissione di garanzia per l’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali qualora le parti sociali non abbiano raggiunto un’intesa giudicata idonea²¹⁷. Il d.lgs. n. 66/2003, infatti, non prevede espressamente la “scadenza” del decreto ministeriale nella (remota) ipotesi in cui le parti riescano, successivamente all’emanazione di questo, a raggiungere un accordo sulle materie loro delegate²¹⁸; viceversa, le regolamentazioni della Commissione hanno carattere temporaneo, ancorché l’esperienza applicativa mostri come di fatto tendano a diventare definitive²¹⁹. Non trascurabile è poi il fatto che, mentre in materia di orario di lavoro il potere ministeriale

²¹⁴ Alcuni autori hanno in effetti formulato un giudizio positivo su tale strumento, ritenendolo utile per combattere l’inerzia delle parti sociali: v. in tal senso D. GAROFALO 2004, p. 300 (a proposito del contratto d’inserimento); M. TIRABOSCHI, A. RUSSO 2003, p. 26.

²¹⁵ L. BELLARDI 2004, p. 212.

²¹⁶ V., fra gli altri, M. NAPOLI 2005, p. 46.

²¹⁷ Il ruolo sostitutivo della Commissione di garanzia è stato introdotto dall’art. 10, comma 1, l. 11 aprile 2000, n. 83, che ha modificato l’art. 13 della l. 12 giugno 1990, n. 146.

²¹⁸ Ciò nonostante, secondo V. FERRANTE 2004b, p. 1406, la “scadenza” del decreto ministeriale potrebbe ricavarci in via interpretativa: secondo l’autore, infatti, «si deve ipotizzare [...] al fine di rendere compatibile la previsione legislativa con l’esigenza di garantire alla contrattazione lo spazio di libertà ad essa attribuita dalla Costituzione che la *fungibilità* fra le due fonti sia *piena*, di modo che, una volta intervenuto il provvedimento ministeriale, le parti possano riappropriarsi della materia stipulando un accordo capace di far venire meno *in toto* il regolamento nel frattempo emanato». Non è però chiaro per quale ragione chi ha dapprima richiesto l’intervento sostitutivo del ministro dovrebbe poi tornare sui suoi passi, cercando un punto d’incontro con la controparte.

²¹⁹ L’art. 13, lettera *a*, della l. n. 146/1990 stabilisce infatti che la Commissione «adotta con propria delibera la provvisoria regolamentazione delle prestazioni indispensabili, delle procedure di raffreddamento e di conciliazione e delle altre misure di contenimento, comunicandola alle parti interessate, che sono tenute ad osservarla [...] fino al raggiungimento di un accordo valutato idoneo». Sull’esperienza applicativa di tale norma v. G. GIUGNI 2005, p. 843; sul ruolo della Commissione di garanzia v. anche M.V. BALLESTRERO 2001, p. 34 ss.; M.G. GAROFALO 2003, p. 27; G. GHEZZI 2002, p. 365 ss.; M. MAGNANI 2005, p. 69 ss.; F. MERUSI 2001, p. 13; M.P. MONACO 2004, p. 373 ss.

si pone in diretta concorrenza con l'autonomia negoziale, la normativa sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali ha delineato una relazione dialettica tra parti sociali e Commissione di garanzia, caratterizzata dal susseguirsi di incontri, audizioni, scambio di proposte e controproposte.

Profondo è inoltre lo scarto esistente fra i soggetti detentori del potere sostitutivo: mentre la Commissione è un'amministrazione indipendente, il Ministro del lavoro non è un'autorità *super partes*, ma espressione di una certa maggioranza politica²²⁰. Anche gli obiettivi perseguiti dal legislatore nei due diversi testi di legge, del resto, non sono equiparabili: com'è noto, il ruolo sostitutivo della Commissione di garanzia è stato previsto al fine di evitare che il mancato raggiungimento di un accordo fra le parti sociali possa impedire il godimento di diritti costituzionalmente garantiti agli utenti dei servizi in cui si verifica lo sciopero; l'attribuzione di un potere sostitutivo in capo al Ministro in materia di orario di lavoro mira invece a permettere ai datori di lavoro di beneficiare di deroghe alle disposizioni legali anche nel caso in cui queste non siano state introdotte dalla negoziazione collettiva. Mentre nel primo caso, dunque, l'*impasse* negoziale comporterebbe effettivamente gravi danni in capo agli utenti, compromettendone la possibilità di beneficiare dei diritti costituzionalmente garantiti, nel secondo caso il mancato raggiungimento di un accordo fra le parti sociali avrebbe come unica conseguenza l'obbligo per datore di lavoro e lavoratore di continuare a rispettare le norme in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno e periodo di riferimento per il calcolo della durata medio-massima dell'orario di lavoro settimanale.

A ben vedere, quindi, l'attribuzione del potere sostitutivo al Ministro – più che evitare gli effetti negativi connessi all'inerzia delle parti sociali – rischia di porre “sotto scacco” l'autonomia negoziale: è chiaro, infatti, che «la “supplenza” [...] rafforza il potere supplente, ma deresponsabilizza il potere “supplito”»²²¹. Benché la facoltà di intervenire nelle materie oggetto di delega legislativa sia rimessa ad un'autonomia valutazione di opportunità delle parti sociali, l'eventualità di un intervento amministrativo pone queste ultime sotto pressione, impedendo loro di svolgere serenamente la trattativa sindacale. La possibilità per il Ministro di intervenire con decreto è infatti subordinata alla richiesta, anche disgiunta, delle parti sociali interessate²²²: è dunque

²²⁰ Nello stesso senso V. PINTO 2005, p. 279.

²²¹ Così M. D'ANTONA 1993, p. 67, a proposito del ruolo attribuito alla Commissione di garanzia.

²²² L'intervento amministrativo è infatti subordinato alla richiesta «delle organiz-

evidente che, «a seconda dell'orientamento politico del Ministro, una delle due parti potrà avere interesse a temporeggiare fino all'emanazione del decreto»²²³, invocando la “stampella ministeriale” per strappare da «governi “amici”»²²⁴ risultati che la controparte contrattuale non sarebbe disposta a concedere.

Benché il Ministro del lavoro non abbia fino ad ora fatto un ampio esercizio del potere sostitutivo riconosciuto dal legislatore²²⁵, tale tecnica è potenzialmente in grado di incentivare «l'eventualità che l'attività negoziale, apparentemente auspicata dal legislatore, si traduca in una nuova occasione di divaricazione sindacale»²²⁶: sotto la minaccia di un intervento amministrativo, alcuni sindacati potrebbero infatti essere indotti ad accettare la sottoscrizione di un accordo pur non considerato adeguato, al fine di evitare la fuga dal tavolo negoziale delle organizzazioni dei datori di lavoro e il conseguente rischio dell'emanazione di un decreto ministeriale con contenuti ancora meno favorevoli rispetto alla proposta di accordo avanzata dalle organizzazioni imprenditoriali; è chiaro, infatti, che il possibile intervento dell'autorità politica rende «difficilmente sostenibili [...] le scelte delle organizzazioni sindacali che siano di segno diverso rispetto alle politiche legislative»²²⁷. Nella possibilità di sostituire la «fonte che abilita e rinsalda l'intero percorso negoziale nei rapporti di lavoro» con una fonte «veicolo di un circuito regolativo [...] autoritativo/unilaterale»²²⁸ può dunque esser trovata conferma del fatto che la normativa sull'orario di lavoro, pur celebrando l'importanza del ruolo affidato alle parti sociali, concede alla contrattazione collettiva soltanto una «sovranità limitata»²²⁹.

7. La mancanza di regole sulla rappresentanza sindacale come freno al ruolo della contrattazione collettiva

L'assenza nel nostro ordinamento di una legge sulla rappresen-

zazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative o delle associazioni nazionali di categoria dei datori di lavoro firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro»: art. 17, comma 2, d.lgs. n. 66/2003.

²²³ L. BELLARDI 2004, p. 212; EAD. 2006, p. 185 s.

²²⁴ V. FERRANTE 2004b, p. 1406.

²²⁵ A quanto consta, è stato fino ad ora emanato un unico decreto ministeriale derogatorio: si tratta del decreto del Ministero dell'interno varato il 27 aprile 2006, che ha introdotto deroghe al d.lgs. n. 66/2003 applicabili nei confronti delle guardie particolari giurate.

²²⁶ M. ROCCELLA 2004a, p. 59.

²²⁷ V. PINTO 2005, p. 278.

²²⁸ Entrambe le citazioni sono tratte da L. ZOPPOLI 2006, p. 423.

²²⁹ M. ROCCELLA 2004a, p. 58.

tanza sindacale e la conseguente confusione che avvolge il sistema italiano di relazioni industriali riverberano inevitabilmente i loro effetti anche sulla disciplina dell'orario di lavoro. Nel verificare quale sia l'efficacia soggettiva – tanto sul versante dei datori di lavoro quanto su quello dei lavoratori – delle clausole contrattuali che recepiscono i rinvii legislativi in materia di orario ci si imbatte quindi inevitabilmente nei problemi irrisolti del nostro diritto sindacale, problemi acuiti dall'estrema ambiguità con cui il d.lgs. n. 66/2003 ha individuato i contratti collettivi abilitati ad intervenire nelle materie oggetto di delega.

Tale testo normativo, infatti, nulla dice sull'efficacia dei contratti collettivi delegati, lasciando all'interprete il compito di chiarire se possano beneficiare delle misure contrattuali in tema di flessibilità oraria anche i datori di lavoro che non applichino l'intero accordo collettivo. Nell'affrontare tale questione è opportuno prendere le mosse da un passato non troppo remoto, quando il problema dell'efficacia soggettiva limitata – anziché essere evitato – era stato affrontato di petto dal legislatore, chiarendo espressamente che le clausole contrattuali che recepiscono i rinvii legali potevano essere applicate soltanto dai datori di lavoro che adottassero interamente i contratti collettivi di riferimento. Il “vizio congenito” dell'efficacia soggettiva *inter partes* tipico dei contratti collettivi di diritto comune era stato così valorizzato come strumento promozionale di questi ultimi, al fine di combattere la “fuga” dei datori di lavoro dalla negoziazione collettiva. Traendo esempio da quanto disposto trent'anni prima dall'art. 36 dello Statuto dei lavoratori²³⁰ (vero prototipo di quel filone nor-

²³⁰ L'art. 36 dello Statuto dei lavoratori stabilisce, com'è noto, che «nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dello Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata e nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria o della zona». Tale modello normativo è stato successivamente ripreso dall'art. 23 della l. n. 56/1987 in materia di contratti di lavoro a tempo determinato (su cui v. *supra*, § 1); dall'art. 10 della l. n. 30/2003 (che ha sostituito l'art. 3, d.l. n. 71/1993, convertito in l. n. 151/1993) in materia di benefici alle imprese artigiane, commerciali e del turismo; dall'art. 118, comma 6, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006; cfr. già art. 18, comma 7, l. n. 55/1990) relativo ai subappalti. Più recentemente, il medesimo modello è stato seguito dall'art. 1, comma 1175 della l. 27 dicembre 2006, n. 296, secondo cui «a decorrere dal 1° luglio 2007, i benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale sono subordinati [...] al rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle orga-

mativo con il quale è stata incentivata l'applicazione dei contratti collettivi, subordinando al rispetto di questi la possibilità per il datore di lavoro di beneficiare di condizioni maggiormente favorevoli), la versione originaria del d.lgs. n. 61/2000 – come già si è avuto modo di osservare *supra*, § 4 – riservava infatti la possibilità di utilizzare determinate forme di flessibilità in materia di lavoro a tempo parziale ai soli imprenditori che applicassero l'intero contratto collettivo di riferimento²³¹. Le norme che attribuivano alle parti sociali la facoltà di introdurre deroghe alla disciplina legale dovevano dunque essere lette in stretta connessione con il limite dell'efficacia soggettiva *inter partes*, tipico del contratto collettivo di diritto comune: per poter beneficiare delle forme di flessibilità introdotte al tavolo negoziale, il datore di lavoro doveva infatti «pagare il prezzo della (volontaria) *inclusion*e nel complessivo sistema di regolazione collettiva»²³². Tale tecnica normativa – ispirata dall'idea secondo cui, in assenza di una legge sulla rappresentanza sindacale, l'«efficacia *ultra partes*» del contratto delegato «favorirebbe paradossalmente solo il datore di lavoro *free rider*»²³³ – permetteva così di restituire all'autonomia collettiva la «funzione di controllo sui caratteri e le dinamiche» dei rapporti di lavoro, resa particolarmente necessaria «in un contesto di sviluppo accelerato dell'occupazione “flessibile”»²³⁴, al contempo incentivando notevolmente l'inclusione dei datori di lavoro nel sistema contrattuale.

La scelta di limitare espressamente la possibilità di beneficiare delle misure di flessibilità varate in sede negoziale ai soli imprenditori che effettivamente applicassero i contratti collettivi è stata però ben presto dismessa dal legislatore: espressioni dal significato inequivoco come quelle originariamente introdotte in materia di *part-time* (che delegavano ad intervenire il «contratto collettivo [...] applicato»²³⁵ o il «contratto collettivo [...] che il datore *effettivamente applichi*»²³⁶) o, an-

nizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

²³¹ Sulla tecnica normativa utilizzata dal legislatore in materia di *part-time* v. M. ROCCELLA 2000a, p. 353 e Id. 2000b, p. 79.

²³² U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 53.

²³³ M. D'ANTONA 2000 (ma 1990), p. 211. Nello stesso senso cfr. M. PERSIANI 1999, p. 806, secondo cui non avrebbe senso «consentire che datori di lavoro che non applichino ai propri dipendenti i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi possano, poi, avvantaggiarsi delle flessibilità da questi autorizzate». Sulla questione v. anche G. PROIA 1994, p. 217.

²³⁴ Entrambe le citazioni sono tratte da M. ROCCELLA 2000a, p. 354.

²³⁵ Art. 1, comma 3, versione originaria del d.lgs. n. 61/2000, relativo al *part-time* misto; c.m.

²³⁶ Art. 3, comma 2, versione originaria del d.lgs. n. 61/2000, in materia di lavoro supplementare; c.m.

cora, i «contratti collettivi [...] *applicati dal datore di lavoro interessato*»²³⁷) hanno infatti lasciato il posto a generici rinvii all'autonomia negoziale, che non chiariscono quale sia il campo di applicazione soggettivo delle disposizioni contrattuali.

Nonostante l'ambiguità mostrata in proposito dal d.lgs. n. 66/2003, la tesi che pare tuttora più convincente è quella che, esaltando «il giusto equilibrio di interessi e tutele», ritiene l'«inammissibilità della pretesa del datore di lavoro *free rider* [...] di godere dei vantaggi – tra cui, specificamente, forme di maggiore flessibilità – assicurati dallo stesso contratto collettivo»²³⁸. Come da più parti rilevato, le disposizioni che permettono all'autonomia privata di introdurre deroghe alla disciplina legale devono infatti essere lette in stretta connessione con la tradizionale efficacia soggettiva del contratto di diritto comune, in modo che – nonostante il silenzio del legislatore – anche le norme in materia di orario di lavoro risultino «incentivanti la volontaria inclusione nel sistema contrattuale [...] di tutti i datori di lavoro che intendano avvantaggiarsi della deroga consentita»²³⁹.

Altrettanto rilevante è la questione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi sul fronte dei lavoratori. Alcuni autori²⁴⁰ hanno sostenuto che tali accordi debbano necessariamente avere efficacia *erga omnes*, dal momento che la materia dell'orario di lavoro rientra fra quelle discipline che – riguardando profili gestionali – non potrebbero essere oggetto di differenziazioni regolative individualizzate; proprio il carattere di indivisibilità della materia imporrebbe dunque la «“giuridica necessità” dell'efficacia generale»²⁴¹ delle clausole contrat-

²³⁷ Art. 3, comma 7, versione originaria del d.lgs. n. 61/2000, sul *part-time* con clausola elastica; c.m.

²³⁸ Entrambe le citazioni sono tratte da U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 53.

²³⁹ *Ivi*, p. 55. Nello stesso senso cfr. M.G. MATTAROLO 2012, p. 696.

²⁴⁰ Si v. F. LISO 1998, p. 260; M. PERSIANI 2004, p. 12; D. SIMONATO 2003, p. 83; M. TREMOLADA 2003, p. 23 s.; su tale questione v. anche F. LUNARDON 1999, p. 236 ss. e EAD. 2012, p. 36 ss.

²⁴¹ L'espressione è di U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 58, che tuttavia respingono tale interpretazione; così come sottolineato da A. LASSANDARI 2001, p. 308, infatti, «quello dell'indivisibilità è un concetto descrittivo di fenomeni irrilevanti per il diritto». Ad ogni modo, la tesi dell'indivisibilità ha talora trovato riscontro in giurisprudenza, limitatamente ai contratti aziendali: v. Cass. 25 marzo 2002, n. 4218, in *MGC*, 2002, p. 513; affermano la «natura sostanzialmente *erga omnes*» degli accordi aziendali anche Cass. 15 giugno 1999, n. 5953, in *MGC*, 1999, p. 1403; Cass. 2 maggio 1990, n. 3607, in *MGL*, 1990, p. 384. Tuttavia, come rilevato da Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403, cit., «un'efficacia *erga omnes* per così dire intrinseca al contratto aziendale confliggerebbe con i principi fondamentali della libertà di associazione e di organizzazione sindacale». Sui vari orientamenti giurisprudenziali v. L. NOGLER 1994, p. 64; cfr. A. BOLLANI 2005, p. 312 ss. e V. LECCESE 2012, p. 10, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali.

tuali. Non è però questa l'unica tecnica con la quale – spremendo al massimo l'ingegnosità per la ricerca di *escamotages* – si è cercato di estendere l'efficacia dei contratti collettivi anche al di là dei ristretti limiti connessi alla loro natura di diritto comune.

Senza pretesa di esaustività e di completezza, basti a questo proposito ricordare alcune delle teorie su cui si è soffermato maggiormente il dibattito giuridico²⁴². Fra queste occorre senza dubbio segnalare la posizione di chi ha ritenuto che l'efficacia soggettiva generale dei contratti collettivi tragga il proprio fondamento dalla delega legislativa²⁴³: il rinvio alle parti sociali determinerebbe infatti una devoluzione di funzioni normative dalla legge alla contrattazione collettiva, per mezzo della quale quest'ultima otterrebbe la stessa efficacia generale propria della legge devolvente; il contratto collettivo delegato sarebbe dunque una fonte *extra ordinem*, alla quale spetterebbe il compito di svolgere una funzione regolamentare delegata dallo Stato²⁴⁴.

Secondo altri, invece, i testi di legge contenenti rinvii sarebbero vere e proprie norme sulla produzione, che permetterebbero di considerare la contrattazione collettiva come una fonte-fatto, produttiva di regole idonee ad incidere sul diritto oggettivo, integrando, specificando o derogando la disciplina legale²⁴⁵. Ampia diffusione ha inoltre avuto la teoria della c.d. differenziazione funzionale dei contratti collettivi, secondo la quale gli accordi gestionali – privi della tradizionale funzione normativa – non rientrerebbero nel campo di ap-

²⁴² Per una riflessione più approfondita v. l'ampia monografia di F. LUNARDON 1999, soprattutto p. 233 ss. Cfr. anche M. PERSIANI 1999, p. 797 ss.; B. CARUSO, A. LO FARO 2010, p. 6 ss.; V. LECCESE 2012, p. 9 ss. e p. 23 ss..

²⁴³ P. ICHINO 1975, p. 457; M.V. BALLESTRERO 1989, p. 362 ss.; F. LISO 1998, p. 248 ss. A sostegno dell'efficacia generale dei contratti collettivi, alcuni autori hanno corretto tale criterio sostenendo che la maggiore rappresentatività dei sindacati firmatari giustificerebbe la supremazia del contratto collettivo stipulato da questi su altre pattuizioni collettive e sulle pattuizioni individuali: per un'analisi critica della teoria che assimila il contratto collettivo stipulato dai sindacati maggiormente rappresentativi alla legge v. G. FERRARO 1981, p. 271 ss.

²⁴⁴ Per una critica a tale teoria v. B. CARUSO 1992, p. 171 ss.

²⁴⁵ Così G. PROIA 1994, p. 192 ss. V. anche G. FERRARO 1981, p. 83, secondo il quale «può senz'altro qualificarsi il contratto collettivo quale fonte di diritto operante su un piano di parità con la norma di legge e dotato della medesima forza sostanziale»; secondo l'autore, infatti, «la norma collettiva si presenta come una fonte atipica nel sistema formale delle fonti del diritto oggettivo, assimilabile più alle fonti-fatto che alle fonti-atto». *Contra* G. GHERA 2011, p. 300, secondo il quale «l'assimilazione del contratto collettivo alle fonti-fatto non convince» poiché «il legislatore e i giudici, quando richiamano i contratti collettivi di lavoro, ne valutano positivamente la funzione normativa come prodotto dell'autonomia [...] delle associazioni sindacali e perciò come atto e non come fatto».

plicazione dell'art. 39 Cost.: l'estensione dell'efficacia soggettiva di questi ultimi non determinerebbe perciò un conflitto con la norma costituzionale²⁴⁶.

Non è mancato inoltre chi – pur consapevole di portare «il discorso all'estremo»²⁴⁷ – ha tentato di risolvere il problema sostenendo che il riconoscimento giuridico dei sindacati richiesto dall'art. 39 Cost. non sarebbe finalizzato a garantire efficacia generale ai contratti sottoscritti dai sindacati rappresentativi ma, semmai, mirerebbe a rendere rappresentativi i sindacati registrati garantendo l'efficacia generale dei contratti da loro sottoscritti. Capovolgendo la prospettiva, si è così giunti alla conclusione che il quarto comma dell'art. 39 Cost. non si opporrebbe «a qualsiasi intervento legislativo che, direttamente o indirettamente, assegni ai contratti collettivi una efficacia superiore a quella che avrebbero autonomamente», ma contrasterebbe soltanto con «quegli interventi legislativi che, attraverso l'attribuzione dell'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi assegnino, direttamente o indirettamente a sindacati diversi da quelli registrati il monopolio legale della rappresentanza contrattuale della categoria»²⁴⁸.

Le teorie prospettate dalla dottrina al fine di ampliare l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune sono dunque numerose. Sebbene tali tentativi siano senz'altro apprezzabili, non si può tuttavia non rilevare che – in assenza di un intervento legislativo che dia attuazione al precetto costituzionale – la ricerca di una via per mezzo della quale attribuire efficacia generale agli accordi collettivi è destinata a costituire soltanto un rompicapo di impossibile soluzione:

²⁴⁶ Tale teorizzazione trova il suo fondamento nella sentenza della Corte Costituzionale 30 giugno 1994, n. 268, in *RIDL*, 1995, II, p. 237, riguardante i criteri di scelta in materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale: secondo tale pronuncia, il contratto collettivo con il quale sono individuati criteri diversi da quelli definiti dalla disposizione legale apparterebbe alla categoria degli “accordi gestionali”; tali accordi, a differenza di quelli “normativi”, sarebbero in grado di esprimere la loro efficacia sul contenuto del regolamento negoziale individuale attraverso una diretta incidenza sui poteri del datore di lavoro. Non si discosta molto da tale pronuncia la sentenza Corte Cost. 18 ottobre 1996, n. 344, in *ADL*, 1997, II, p. 249, che ha considerato come non appartenenti alla specie dei contratti collettivi normativi gli accordi sulle prestazioni indispensabili in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Entrambe le sentenze hanno sollevato robuste obiezioni: non si può infatti dimenticare che, indipendentemente dalla materia oggetto dell'accordo, la funzione del contratto collettivo è sempre quella di comporre gli interessi contrapposti dei lavoratori e dei datori di lavoro. Fra i numerosi autori che si sono occupati della questione v. U. CARABELLI 2002, p. 357 ss.; G. NATULLO 2004, p. 54 ss.; M. PERSIANI 1999, p. 808 ss.; G. PROIA 2002, p. 112 ss.; A. VALLEBONA 1997, p. 425; L. ZOPPOLI 2002, p. 244.

²⁴⁷ M. D'ANTONA (2000, ma 1998), p. 408.

²⁴⁸ *Ivi*, p. 423 s.

per quanto complesse ed elaborate, tutte le interpretazioni proposte paiono infatti destinate a scontrarsi con il muro costituito dal quarto comma dell'art. 39 Cost. L'aggiramento della via maestra tracciata del disposto costituzionale per l'ottenimento dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi è stato infatti sanzionato dalla Consulta cinquant'anni or sono: per quanto datata, non può certo essere trascurata la pronuncia con cui la Corte ha bollato come «palesamente illegittim[i]» tutti i tentativi con cui si cerchi di «conseguire [...] risultato della dilatazione ed estensione» delle disposizioni negoziali «a tutti gli appartenenti alla categoria alla quale il contratto si riferisce, in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale»²⁴⁹.

Le ragioni politiche che hanno indotto il legislatore a scegliere la via dell'astensionismo, costringendo gli interlocutori del diritto sindacale «a sbrigarsela da soli»²⁵⁰ in un deleterio clima di incertezza, non possono dunque «fungere da giustificazione giuridica della violazione del vincolo costituzionale da parte di una prassi legislativa»²⁵¹ che vorrebbe garantire il predominio della costituzione materiale su quella formale. Facendo a gara per aggirare il disposto costituzionale, le differenti tesi dottrinarie – benché animate dall'encomiabile intento di fronteggiare le problematiche dovute all'assenza di regole precise in materia di rappresentanza sindacale – hanno dunque ingenerato una situazione che, non a torto, è stata definita schizofrenica²⁵² e alla quale sembrerebbe giunto il momento di porre rimedio.

L'esigenza di varare una regolamentazione legale sulla rappresentatività sindacale e sull'efficacia della contrattazione collettiva è dunque pressante, soprattutto tenendo conto che simile vuoto legislativo rappresenta, oggi più che mai, un fattore di forte indebolimento per l'azione dei sindacati: come da più parti rilevato, l'astensionismo legislativo esalta infatti gli elementi di tensione fra le differenti organizzazioni sindacali, al contempo condizionandone e riducendone la presenza, il ruolo e il potere sociale²⁵³. Dietro l'apparente intento di non ostacolare l'autonoma regolazione della contrattazione collettiva, l'espressa dichiarazione di «non voler assumere iniziative legislative in materia di rappresentatività degli attori negoziali» – enunciata nel

²⁴⁹ Corte Cost. 19 dicembre 1962, n. 106, in *DL*, 1963, p. 3. Già si è detto *supra*, in nota 246, che col passare del tempo la Consulta ha però un po' ammorbidito la propria posizione, formulando la teoria della diversificazione funzionale dei contratti collettivi.

²⁵⁰ A. VALLEBONA 1997, p. 408.

²⁵¹ U. CARABELLI, V. LECCESE 2004a, p. 85.

²⁵² Così A. VALLEBONA 1997, p. 408.

²⁵³ Sul punto v. A. BELLAVISTA 2004, p. 194 e L. BELLARDI 2004, p. 193.

*Libro bianco*²⁵⁴ e, a distanza di qualche anno, ribadita dal Ministro del lavoro della prima parte della sedicesima legislatura²⁵⁵ – cela infatti la volontà di sostituire la verifica dell’effettiva consistenza rappresentativa dei sindacati con l’applicazione della regola della maggioranza, fondata sulla conta dei singoli attori²⁵⁶. Lo scopo perseguito è dunque quello di favorire quella che fino a qualche tempo fa era considerata una patologia del sistema e che – negli ultimi anni – sta diventando sempre più una caratteristica tipica (ma non per questo non virulenta) delle relazioni industriali nel nostro Paese: la sottoscrizione separata degli accordi. Tale lacuna permette infatti al potere politico di agire per rompere la tradizionale unità d’azione del sindacalismo confederale dei lavoratori «con la promessa di un dialogo privilegiato solo con alcuni sindacati e, appunto, facendo aleggiare il fantasma degli “accordi separati”»²⁵⁷. Ecco perché torna ad essere centrale la discussione intorno all’opportunità di intervenire in materia, dando attuazione al precetto costituzionale o – meglio ancora – modificando quest’ultimo: un testo normativo che affronti compiutamente la questione della rappresentatività sindacale permetterebbe infatti di rendere maggiormente democratico il nostro sistema di relazioni industriali, al contempo rafforzando la genuina autoregolazione sociale.

Né un freno al ragionamento intorno ad una possibile legge sulla rappresentanza sindacale e sull’efficacia soggettiva degli accordi collettivi deve essere posto dalla consapevolezza che le probabilità che una simile legge possa vedere la luce in tempi brevi non sono molte: non bisogna infatti dimenticare il monito di chi, con forza, ha spronato i giuristi a non «rassegnarsi a questo degrado consumando in silenzio le [...] energie su di un ordinamento che non lo merita», incitandoli piuttosto a «gridare alta la loro indignazione, segnalando instancabilmente la barbarie del diritto»²⁵⁸. Oggi più di ieri, il problema

²⁵⁴ *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia – proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, p. 83.

²⁵⁵ In più occasioni, l’ex ministro del lavoro Sacconi ha infatti manifestato la propria contrarietà ad una legge sulla rappresentanza sindacale, affermando che «solo le parti possono stabilire i criteri del reciproco riconoscimento». Come giustamente osservato da U. ROMAGNOLI 2009, p. 5, è tuttavia «un’esagerazione seguire a qualificare come manifestazione della libertà sindacale costituzionalmente protetta l’allegria [...] a regole» in materia di rappresentanza.

²⁵⁶ Sul punto v. L. BELLARDI 2004, p. 193; M. ROCCELLA 2004a, p. 60.

²⁵⁷ A. BELLAVISTA 2004, p. 194.

²⁵⁸ A. VALLEBONA. 1997, p. 432. L’autore sottolinea inoltre che «lo stato del problema relativo all’efficacia generale del contratto collettivo costituisce uno dei migliori esempi delle condizioni vergognose in cui è ridotto il nostro diritto del lavoro al pari dell’intero ordinamento vigente. L’incertezza regna sovrana, con costi fortis-

della rappresentanza dei sindacati e dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi è infatti di stringente e pressante attualità, soprattutto alla luce della crisi di consenso che colpisce le organizzazioni sindacali: mentre nel periodo immediatamente successivo all'«autunno caldo» (caratterizzato dalla massima incisività dell'azione sindacale nel nostro Paese) tale problema poteva essere risolto grazie alla capacità di espansione spontanea della contrattazione collettiva, oggi non è più possibile fare affidamento su tale attitudine del sistema sindacale. La rottura dell'unità di azione contrattuale fra i sindacati (confederali e di categoria) che fino ad oggi aveva rappresentato l'alternativa funzionale alla mancata applicazione del quarto comma dell'art. 39 Cost. ha infatti reso ancora più evidente la fragilità della Costituzione materiale che per più di sessant'anni ha regolato le relazioni industriali nel nostro Paese e che – non a caso – è stata paragonata ad una «forzezza costruita sull'argilla»²⁵⁹.

Benché di recente le parti sociali – con l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (v. *supra*, §§ 4.2 e 5.1) – abbiano compiuto importanti passi per uscire dal ginepraio in cui erano rimaste impelagate, dando risposta ad alcune delle questioni che attanagliano il diritto sindacale italiano, continua dunque a sembrare necessario un intervento legislativo con cui risolvere i rilevanti problemi che ancora permangono²⁶⁰. L'approvazione di un testo normativo potrebbe invero costituire il «secondo tempo»²⁶¹ della vicenda, completando e perfezionando le regole dettate dall'autonomia collettiva: non pare infatti esserci ragione per non dare sviluppo normativo alle indicazioni dettate dall'accordo del giugno 2011²⁶², con il quale le parti sociali –

simi per l'individuo incapace di orizzontarsi nella giungla di fonti, di norme e di arresti giurisprudenziali» (p. 431). Proprio per queste ragioni, «occorre un intervento deciso, volto a sgombrare il campo da tutte le incerte costruzioni che cercano di sopperire all'inattuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.» (p. 433).

²⁵⁹ G. PERA 1985, p. 507. Cfr. anche U. ROMAGNOLI 2011a, secondo il quale «il sistema era tenuto insieme da poco più che spago e chiodi».

²⁶⁰ Nello stesso senso v. V. LECCESE 2012, p. 3, secondo il quale – «con buona pace di quanti, ancora di recente, continuano a confidare nelle capacità regolative dell'autonomo sistema di relazioni sindacali» – dopo l'entrata in vigore dell'art. 8 della l. n. 148/2011 «non è più immaginabile un intervento, concernente sia l'efficacia dei contratti collettivi, sia il sistema contrattuale, che non veda un nuovo e diretto coinvolgimento del legislatore».

²⁶¹ P. ALLEVA 2011b, p. 7.

²⁶² Il percorso abbozzato dall'accordo del giugno 2011 meriterebbe di essere completato mediante l'indicazione dei requisiti per la stipulazione del contratto: come già detto, tale accordo non precisa infatti la percentuale di rappresentatività che i sindacati firmatari del contratto collettivo devono possedere complessivamente affinché quest'ultimo abbia validità *erga omnes*.

dando parziale attuazione al documento unitario del 7 maggio 2008 con cui Cgil, Cisl e Uil proponevano di mutuare nel settore privato i criteri applicati nel pubblico impiego – hanno fissato una soglia di rappresentatività minima necessaria per partecipare alle trattative per la stipulazione dei contratti di categoria²⁶³ (v. *supra*, § 5.1).

Prima di mettere mano al problema della rappresentanza sindacale sembrerebbe però necessario procedere ad una riforma costituzionale, così come suggerito da un gruppo di studiosi sempre più folto²⁶⁴: tale

²⁶³ Il punto 1 dell'accordo interconfederale del giugno 2011 stabilisce infatti che, per poter accedere al tavolo di trattativa, è necessario che le organizzazioni sindacali rappresentino il 5% dei lavoratori della categoria cui si applica il contratto collettivo nazionale. La proposta di applicare anche nel settore privato indici di rappresentatività simili a quelli adottati nel settore pubblico era già stata avanzata in dottrina: in tal senso v. fra gli altri M. D'ANTONA 2000 (ma 1998), p. 430, secondo cui la riforma della contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni avrebbe potuto costituire «il passaggio verso una nuova stagione della legislazione sindacale postcostituzionale». In senso analogo cfr. M. ROCCELLA 2010a, p. 260, secondo cui – dopo aver riformato l'art. 39 Cost. – si potrebbe prendere ispirazione dal d.lgs. n. 369/1997 (il cui contenuto, com'è noto, è ormai confluito nel d.lgs. n. 165/2001), ricalcandone – con gli opportuni adattamenti – alcune disposizioni in una futura legge sindacale. Non ritiene invece esportabile nel settore privato il modello delineato dal d.lgs. n. 165/2001 U. CARABELLI 2010, p. 270. Sul punto v. anche P. ALLEVA 2010, p. 198 e M. MISCIONE 2011, p. 343; secondo quest'ultimo, in particolare, «le specificità del lavoro pubblico rendono irripetibile l'esempio per il lavoro privato, confermando l'impossibilità d'una sola teoria del contratto collettivo».

²⁶⁴ Le soluzioni che nel corso del tempo sono state proposte sono però piuttosto differenti. La riforma costituzionale era già al centro del progetto avanzato dalla Commissione Bozzi nel 1985 e dei disegni di legge Giugni e Ghezzi formulati nel 1989 (per un'analisi dei quali v. F. LUNARDON 1999, p. 322 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali). Anche la più recente proposta Cazzola (n. 3672, presentata alla Camera dei deputati il 28 luglio 2010) propone di modificare la seconda parte dell'art. 39, riproponendo – in versione “costituzionalizzata” – il vecchio modello della legge Vigorelli: con tale disegno di legge, infatti, si vorrebbe attribuire al Governo la possibilità (ma, si noti, non l'obbligo) di recepire in decreti legislativi i contratti collettivi, attribuendo così a questi ultimi efficacia generale; resta però da chiarire se la scelta del Governo di recepire gli accordi sia del tutto discrezionale o se, invece, sia subordinata al rispetto di criteri certi, la cui individuazione è affidata al legislatore ordinario. In dottrina, fra i più convinti sostenitori della necessità di una riforma costituzionale deve essere ricordato M. ROCCELLA 2004a, p. 65 e, soprattutto, ID. 2010a, p. 249 ss., che ha fornito preziosi suggerimenti sui contenuti di una possibile legge costituzionale e della successiva legge ordinaria di attuazione. Sulla necessità di una riforma costituzionale era intervenuto in precedenza anche M. D'ANTONA 2000 (ma 1985), sebbene poi – in un diverso contesto politico-istituzionale – lo stesso autore sia tornato sull'argomento caldeggiando l'emanazione di una legge sulla rappresentanza sindacale a costituzione invariata; v. infatti M. D'ANTONA 2000 (ma 1998). Concordano sulla necessità di procedere ad un intervento di «*maquillage* della norma costituzionale» anche U. CARABELLI 2010, p. 273 e G. SANTORO PASSARELLI 2010, p. 520. Hanno trascurato invece l'aspetto di una riforma dell'art. 39 Cost. i progetti di legge presentati da Gasperoni nel 1994

strada permetterebbe infatti di risolvere una volta per tutte il problema del «trentanovismo»²⁶⁵ che ormai da più di mezzo secolo impedisce alle parti sociali di svolgere al meglio le proprie funzioni, consentendo inoltre di dare risposta ad alcuni dei più rilevanti problemi del nostro sistema di relazioni industriali, gran parte dei quali si ripercuotono anche sulla disciplina dell'orario di lavoro.

Posto al crocevia fra le più rilevanti questioni irrisolte del nostro diritto sindacale, il d.lgs. n. 66/2003 – come si è fin qui cercato di dimostrare – porta infatti «i segni della malattia del sistema delle relazioni industriali». Ciò che è assurdo è però che lo stesso decreto «non fa nulla per curarla, questa malattia; sembra anzi volerla eccitare»²⁶⁶: nell'individuare i contratti collettivi abilitati a recepire le deleghe legislative, il testo normativo finisce per incentivare la sottoscrizione di contratti separati (v. *supra*, § 5); abilitando ogni livello di contrattazione ad intervenire, confonde ulteriormente la ripartizione dei compiti fra questi ultimi, riducendo al contempo la possibilità per i sindacati nazionali di categoria di svolgere il proprio fondamentale ruolo di coordinamento (v. *supra*, § 4.1); infine, lungi dall'incentivare espressamente una maggiore adesione ai contratti collettivi, il d.lgs. n. 66/2003 rischia di incoraggiare la tesi secondo cui anche i datori di lavoro *free riders* possono beneficiare delle condizioni di maggiore flessibilità introdotte dalle parti sociali²⁶⁷ (v. *supra*, in questo stesso §).

La riforma dell'art. 39 Cost. e la conseguente introduzione di criteri legali a cui subordinare l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi potrebbe inoltre permettere di combattere lo “spauracchio” del-

(per un'approfondita analisi del quale v. F. LUNARDON 1999, p. 336 ss.), da Zazzera (presentato all'esame della Camera dei deputati il 16 aprile 2009) nonché, più di recente, il disegno di legge Ichino (n. 1872, presentato al Senato il 24 febbraio 2010) e la proposta di legge di iniziativa popolare presentata dalla Fiom alla Camera dei deputati il 5 luglio 2010. In dottrina deve essere segnalata la posizione di P. ALLEVA 2010, p. 197, secondo il quale «per ottenere un sistema di rapporti intersindacali improntato a principi di democrazia non è necessario dare attuazione all'art. 39 Cost., né è necessario modificare la norma costituzionale per rendere più agevole la sua attuazione con legge ordinaria». Per fare il punto sulle tesi che ritengono possibile procedere all'attuazione dell'art. 39 Cost. «per equivalenti» v. V. LECCESE 2012, p. 28 ss.

²⁶⁵ G. PERA 1985, p. 506. L'art. 39 Cost. è infatti divenuto sempre più «un veto di cartapesta», che impedisce di legiferare in materia di contrattazione: così M. D'ANTONA 2000 (ma 1985), p. 95.

²⁶⁶ Entrambe le citazioni sono tratte da F. LISO 2004, p. 16; benché l'autore si riferisca al d.lgs. n. 276/2003, la sua efficace affermazione può essere estesa senza forzature anche al d.lgs. n. 66/2003.

²⁶⁷ Ancorché, come già detto, l'interpretazione più convincente dell'ambiguo testo normativo continui però ad essere quella dell'inammissibilità della pretesa del datore di lavoro *free rider* di godere dei vantaggi assicurati dallo stesso contratto collettivo.

l'accordo separato, incentivando le parti sociali ad impegnarsi quanto più possibile per raggiungere l'unanime consenso intorno alla piattaforma contrattuale: è infatti risaputo che l'esistenza di una tensione fortemente unitaria fra le diverse organizzazioni dei lavoratori rende più agevole il raggiungimento degli scopi prefissati²⁶⁸. Una legge che sappia favorire l'unità d'azione mediante l'utilizzo di adeguati incentivi – come il riconoscimento dell'efficacia generale ai contratti collettivi sottoscritti da sindacati di rappresentatività accertata secondo criteri obiettivi e predeterminati – permetterebbe dunque di valorizzare i principi di libertà e democrazia sindacale e, al contempo, di rafforzare il ruolo delle parti sociali. Il riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi potrebbe infatti servire come “collante” fra le diverse organizzazioni sindacali. Sedute insieme al tavolo contrattuale, queste ultime potrebbero riuscire a “strappare” alla controparte maggiori tutele per i lavoratori, anche in materia di orario: l'unità d'azione conferirebbe loro una maggiore forza negoziale, mediante la quale sarebbe più facile, ad esempio, subordinare la concessione al fronte datoriale di moduli orari più flessibili all'introduzione nell'accordo collettivo di una durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale o ottenere il riconoscimento di reali facoltà di scelta nell'organizzazione dell'orario di lavoro da parte delle lavoratrici e dei lavoratori, garantendo così a questi ultimi la possibilità di conciliare tempi di lavoro e tempi sociali (sul problema della conciliazione v. *infra*, cap. IV).

La riforma dell'art. 39 Cost. e la successiva emanazione di una legge sindacale avrebbero inoltre un'altra conseguenza non marginale: il riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi permetterebbe infatti anche al nostro Paese di cogliere la possibilità – offerta da tempo dal legislatore dell'Unione europea agli Stati membri – di «affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive»²⁶⁹. Benché siano state proposte

²⁶⁸ Ed è altrettanto noto che la rottura dell'unità d'azione non giova a nessuno: né alla Cisl e alla Uil, che – come sottolineato da G. SANTORO PASSARELLI 2010, p. 518 – rischiano di «apparire sindacati troppo arrendevoli nei confronti della Controparte»; né alla Cgil, «che alla lunga potrebbe risultare penalizzata dalla perdurante astensione nella firma dei documenti contrattuali e dei contratti se non ha la forza, come sembra, di imporre alla controparte altri tipi di accordi».

²⁶⁹ Art. 153, par. 3, TFUE (già art. 137, par. 4, TCE); analoga previsione è contenuta anche in numerose direttive, tra le quali va senz'altro ricordata la prima direttiva in materia di orario di lavoro (art. 18, par. 1, lettera *a* della direttiva n. 1993/104). Prima del suo espresso riconoscimento normativo, tale possibilità era stata peraltro già riconosciuta dalla Corte di giustizia con una serie di sentenze pronunciate a partire dai primi anni '80, con le quali i giudici di Lussemburgo avevano

varie teorie volte ad aggirare l'ostacolo frapposto dall'inattuato art. 39 Cost.²⁷⁰, tale opzione risulta attualmente non praticabile nel nostro Paese, poiché lo Stato membro che scelga di adottare tale modalità di recepimento deve essere in grado di «garantire in qualsiasi momento i risultati imposti [dalla] direttiva»²⁷¹: requisito che non è evidentemente possibile raggiungere in assenza di una legge che estenda l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi.

La riforma costituzionale e la successiva emanazione di una legge

chiarito che tale modalità traspositiva deve garantire l'estensione delle tutele a tutti i lavoratori: di qui l'inevitabile condanna di quegli Stati che, come l'Italia, avevano tentato di affermare la sostanziale conformità dei propri ordinamenti giuridici rispetto alle disposizioni di alcune direttive facendo valere l'esistenza in materia di una diffusa normativa di origine collettiva, priva però di efficacia generalizzata. V. a tal proposito le sentenze Corte di giustizia 8 giugno 1982, causa 91/91, *Commissione vs Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1982, p. 2133; 6 novembre 1985, causa 131/84, *Commissione vs Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1985, p. 3531; 30 gennaio 1985, causa 143/83, *Commissione vs Danimarca*, in *Racc.*, 1985, p. 427. La medesima giurisprudenza è stata successivamente ribadita in una controversia avente ad oggetto l'attuazione nel nostro Paese della direttiva n. 1999/95 (relativa all'orario di lavoro della gente di mare): cfr. la sentenza Corte di giustizia 28 aprile 2005, causa C-414/03, *Commissione vs Repubblica italiana*, in *Racc.*, 2005, p. 3507; più recentemente v. anche Corte di giustizia 18 dicembre 2008, causa C-306/07, *Andersen*, in *Racc.*, 2008, p. 10279. In dottrina v. A. ADINOLFI 1988, p. 291 ss.; A. LYON-CAEN 1997, p. 68 ss.; M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 70 s. e p. 505 s.

²⁷⁰ Merita a tal proposito di essere ricordata la teoria di M. D'ANTONA 2000 (ma 1998), p. 423, secondo il quale «ad eventuali meccanismi legali di estensione delle norme» pattizie non osterebbe il tenore dell'art. 39, poiché queste risponderebbero «ad esigenze ordinamentali autonome del diritto comunitario, come tali diverse ed eccedenti rispetto al campo di applicazione della disposizione costituzionale»: la prevalenza del diritto comunitario sulla Carta costituzionale implicherebbe dunque la legittimità di una legge interna che affidi alla contrattazione collettiva il compito di recepire una direttiva. A tale teoria ha però ribattuto V. LECCESE 2001a, p. 422, sottolineando a giusta ragione che la prevalenza del diritto comunitario «potrebbe essere invocata ove fosse dimostrata la sussistenza di un obbligo del legislatore di ricorrere a quello strumento», obbligo che tuttavia non esiste. Fra gli autori che sostengono l'ammissibilità nel nostro Paese del ricorso al contratto collettivo traspositivo nonostante la mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. va inoltre segnalato A. LO FARO 1999, p. 221 ss. e Id. 2000, p. 887 ss., secondo il quale, qualora lo Stato decidesse di affidare l'attuazione delle direttive alla negoziazione collettiva, «il contratto collettivo traspositivo divent[erebbe] per l'ordinamento sovranazionale uno strumento di attuazione del diritto derivato, che, come tutti gli strumenti di attuazione del diritto comunitario, deve essere governato dal principio di effettività». Sulla questione v. anche A. PIZZO FERRATO 2001, p. 116 ss.

²⁷¹ Così l'art. 153, part. 3, TFUE. Sul punto cfr. M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 70 s. e C. CESTER 2008, p. 365, secondo cui «o si ipotizza un intervento statale estensivo *erga omnes* degli effetti della contrattazione traspositiva, salvo poi doversi misurare con l'art. 39, comma 4 Cost., oppure la procedura deve ritenersi preclusa nel nostro ordinamento».

sindacale paiono dunque passaggi obbligati al fine di rafforzare il potere della contrattazione collettiva nel nostro Paese, dando una svolta al farraginoso sistema italiano di relazioni industriali: per il momento, tuttavia, non resta che sperare che in un futuro non troppo lontano il «messaggio nella bottiglia»²⁷² lanciato da mani sempre più numerose possa essere finalmente ripescato dal burrascoso mare delle relazioni industriali.

²⁷² In questi termini M. ROCCELLA 2010a, p. 263, esprimeva – in uno dei suoi ultimi scritti – la speranza riposta in un «futuro legislatore consapevole che la questione della democrazia sindacale [... non possa] essere considerata di marginale rilievo nel contesto del più generale degrado della vita democratica nel nostro paese». In tale scritto, l'autore non si era astenuto dal formulare un possibile testo di riforma dell'art. 39 Cost., nella consapevolezza che «analisi e proposte non necessariamente devono essere calibrate in funzione di una prospettiva di attuazione immediata, potendo, più modestamente, essere considerate alla stregua di lavori preparatori da tirare fuori dal cassetto al momento opportuno» (p. 249).

Capitolo III

Gli spazi riservati all'autonomia individuale: la flessibilità nell'interesse del datore di lavoro

SOMMARIO: 1. L'individualizzazione dell'orario di lavoro. - 1.1. La clausola di *opting out*: lo squarcio aperto dalla direttiva comunitaria n. 2003/88. - 1.2. Individuale e collettivo nel d.lgs. n. 66/2003. - 2. La collocazione dell'orario di lavoro giornaliero. - 2.1. L'utilizzo di moduli orari medi e l'abrogazione dell'orario massimo giornaliero. - 2.2. Dubbi di costituzionalità.... - 2.2.1. (segue)... e di conformità alla disciplina dell'Unione europea: la clausola di non regresso. - 2.3. L'ampliamento dello *jus variandi* del datore di lavoro. - 3. Il lavoro straordinario. - 3.1. Disincentivi e incentivi. - 3.2. Il principio della volontarietà dello straordinario e l'utilizzo di moduli orari medi. - 4. Il riposo domenicale. - 4.1. Uno sguardo all'Europa: Corte di giustizia e Corti Costituzionali nazionali. - 4.2. In Italia: una regola ricca di eccezioni. - 4.2.1. Il settore del commercio: l'eccezione si fa regola? - 5. Le ferie. - 5.1. Fra potere di organizzazione del datore di lavoro e diritto del lavoratore. - 5.2. Il rafforzamento del diritto ad opera della Corte di giustizia e della Corte Costituzionale italiana.

1. *L'individualizzazione dell'orario di lavoro*

Analizzato il ruolo attribuito alla contrattazione collettiva in materia di orario di lavoro, è necessario ora volgere lo sguardo verso lo spazio riservato dal legislatore europeo e da quello nazionale all'autonomia individuale: una caratteristica che accomuna la direttiva e la normativa italiana è infatti la scelta di affidare la disciplina di segmenti del tempo di lavoro di non secondaria importanza alla «signoria degli individui»¹, determinando così un «rapporto di concorrenza e potenziale conflitto tra autonomia individuale e disciplina collettiva»².

Poiché «il tempo si presenta come un bene in ultima analisi personalissimo, che non sempre tollera una gestione in forma collettiva»³, la scelta di lasciare alla volontà delle parti l'individuazione di un punto di equilibrio fra i contrapposti interessi potrebbe sembrare senz'altro

¹ L'efficace espressione è di B. VENEZIANI 1995, p. 431.

² M. PERUZZI 2009, p. 266.

³ V. FERRANTE 2008a, p. 64.

ragionevole⁴. Tuttavia, tenendo presente che il contratto di lavoro non è affatto «destinato a realizzare fini di giustizia sostanziale»⁵ ma, piuttosto, è finalizzato a «regolare il traffico economico»⁶ in un sistema ontologicamente caratterizzato dalla differente forza contrattuale dei due contraenti, pare piuttosto utopistico credere che nel contratto individuale possa trovare spontanea concretizzazione un comune interesse senza che siano introdotti strumenti in grado di garantire la capacità del singolo lavoratore di «effettuare una scelta veramente libera in ordine alla dimensione quantitativa della sua occupazione»⁷.

Del resto, fra i principali obiettivi perseguiti dal diritto del lavoro vi è notoriamente proprio quello di procedere all'edificazione di un apparato di norme volte a proteggere il «lavoratore dalla disuguaglianza sociale con l'altro contraente datore di lavoro»⁸, al fine di «riequilibrare la sperequazione sociale» mascherata dal «mito della libertà di contratto»⁹: il diritto del lavoro costituisce infatti un confine alla libertà contrattuale, determinato dal raggiungimento di un «difficile compromesso tra il ricorso al codice civile, per definizione privato, e quindi alla sua disciplina dispositiva della volontà delle parti libere ed eguali, e l'applicazione delle norme cogenti, cioè imperative, pubbliche poiché di protezione di interessi pubblici, prima ancora che di soggetti»¹⁰.

L'anima protettiva di «oggetti astrattamente e concretamente deboli»¹¹ del diritto del lavoro ha radici profonde: benché la nota dominante dei primissimi interventi legislativi in materia debba essere rintracciata nell'intento di «razionalizzazione sociale»¹², l'aspetto più genuinamente protettivo del diritto del lavoro – funzionale al riequilibrio di un rapporto di potere diseguale – non ha infatti tardato

⁴ Sul punto v. P. ICHINO 2004, p. 459.

⁵ B. VENEZIANI 1995, p. 431.

⁶ V. BAVARO 2008, p. 49.

⁷ R. DE LUCA TAMAJO 1987, p. 24.

⁸ Entrambe le citazioni sono tratte da V. BAVARO 2008, p. 49. Sull'inderogabilità come caratteristica coesenziale alla normativa di tutela del lavoratore v. R. DE LUCA TAMAJO 1976, p. 34 ss.

⁹ Entrambe le citazioni sono tratte da B. VENEZIANI 1995, p. 438.

¹⁰ A. OCCHINO 2008, p. 183. Cfr. anche G. CAZZETTA 2007, p. 145 e R. VOZA 2007, p. 18 ss.

¹¹ A. OCCHINO 2008, p. 184. La stessa Corte di giustizia, in una sentenza riguardante proprio la direttiva n. 2003/88, non ha esitato a riconoscere che il lavoratore è «la parte debole nel contratto di lavoro»: v. la sentenza 25 novembre 2010, C-429/09, *Fuß II*, in *Racc.*, 2010, p. 12167, punto 80 della motivazione; nello stesso senso v. già Corte di giustizia 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C- 403/01, *Pfeiffer*, in *Racc.*, 2004, p. 8835, punto 82 della motivazione.

¹² M. ROCCELLA 2010d, p. 1.

tropo a manifestarsi. Da strumento per limitare la durata della giornata lavorativa delle c.d. mezze forze (bambini e donne) al fine di salvaguardare le condizioni minime di riproduzione della forza-lavoro (v. *supra*, cap. I, § 1) e da criterio normativo per misurare i termini dello scambio fra lavoro e retribuzione¹³, la «giuridificazione del tempo di lavoro» ha infatti pian piano assunto un'ulteriore ed importante funzione, mirando a garantire la «protezione di un soggetto dal potere di un altro»¹⁴: in un contesto storico «ancorato al dogma dell'autonomia contrattuale»¹⁵, l'introduzione di norme cogenti con cui fissare limiti alla durata massima della prestazione di lavoro ha lentamente assunto lo scopo di moderare «l'impulso del capitale a spremere la forza lavoro senza riguardi né misura»¹⁶.

Pare dunque stridere con la finalità protettiva – che nel nostro Paese caratterizza la disciplina dell'orario di lavoro fin dal r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692 – la scelta del legislatore dell'Unione europea di autorizzare gli Stati membri ad attribuire all'autonomia individuale la facoltà di disapplicare il limite medio massimo dell'orario di lavoro settimanale (v. *infra*, § 1.1): affidando uno spazio così ampio all'autonomia delle parti senza al contempo predisporre strumenti volti a garantire la «capacità di resistenza»¹⁷ del lavoratore nei confronti del potere organizzativo dell'imprenditore, si rischia infatti di compromettere la «vocazione protettiva» del diritto del lavoro.

Tale rischio pare del resto essere ancora più grande se si considera che le possibilità di deroga – collettiva o individuale – introdotte dal legislatore europeo sono volte per lo più ad assicurare «una certa flessibilità nell'applicazione di determinate disposizioni» al fine di rendere più agevole «l'organizzazione dell'orario di lavoro nell'impresa»¹⁸: come si vedrà meglio in seguito, la flessibilità temporale continua infatti ad essere indirizzata prevalentemente in funzione del raggiungimento di obiettivi produttivi, mentre la soddisfazione di interessi ed esigenze del lavoratore permane sullo sfondo. Sia nella direttiva eu-

¹³ Come rileva V. BAVARO 2008, p. 55, l'orario è infatti «la tecnica posta dalla legge (perciò normativa) per la misurazione del(l'oggetto del contratto di) lavoro secondo un criterio *generale, universale e astratto*». L'autore, utilizzando un'efficace metafora, sottolinea che l'orario «misura normativamente il lavoro allo stesso modo di come il peso misura le merci materiali; l'«ora» – con i suoi multipli e sottomultipli – è l'unità di misura dell'orario di lavoro subordinato, come il «grammo» – con multipli e sottomultipli – è l'unità di misura del peso dei materiali».

¹⁴ Entrambe le citazioni sono tratte da V. BAVARO 2008, p. 50.

¹⁵ R. DE LUCA TAMAJO 2003, p. 547.

¹⁶ K. MARX 2009 (ma 1867), p. 345.

¹⁷ M. PERUZZI 2009, p. 266.

¹⁸ Così come precisato nel quindicesimo *considerando* della direttiva n. 2003/88.

ropea che nel d.lgs. n. 66/2003 è infatti del tutto assente il riconoscimento di specifici diritti potestativi in capo ai lavoratori, per mezzo dei quali garantire a costoro la possibilità di organizzare il proprio tempo in base alle esigenze ed alle aspirazioni personali, sociali e relazionali.

In attesa (e nella speranza) che l'accidentato percorso di revisione della direttiva attualmente in corso (v. *supra*, cap. I, § 2.1) porti all'adozione di una testo normativo capace non soltanto di garantire alle imprese la possibilità «di rispondere in modo maggiormente flessibile ai cambiamenti delle circostanze esterne», ma in grado anche di «migliorare l'equilibrio tra vita lavorativa e vita familiare, dando ai lavoratori il tempo necessario per far fronte alle loro responsabilità familiari e consentendo loro di influire sulla distribuzione del loro orario di lavoro»¹⁹, non si può dunque non rilevare che l'apertura di credito all'autonomia individuale rischia oggi di tradursi nell'imposizione della volontà del contraente più forte: il lavoratore continua dunque ad essere «giuridicamente libero ma socialmente condizionato»²⁰.

1.1. *La clausola di opting out: lo squarcio aperto dalla direttiva comunitaria n. 2003/88*

È chiaro che la ragione per la quale la direttiva riconosce alle parti individuali del rapporto di lavoro la possibilità di disapplicare il già flessibile limite medio massimo dell'orario settimanale non è certo ravvisabile nella forte fiducia nutrita dalle autorità europee nei confronti della contrattazione individuale; l'introduzione di tale eccezione nel testo normativo europeo è piuttosto frutto della necessità di contemperare le notevoli differenze fra le regolamentazioni nazionali di partenza, nonché dell'estremo (ed infruttuoso) tentativo di arginare l'opposizione britannica all'approvazione della direttiva. Nelle intenzioni originarie, questa discussa clausola di *opting out* costituiva infatti nient'altro che una disposizione transitoria, che avrebbe dovuto cessare di esistere non appena l'armonizzazione fra le differenti legislazioni nazionali fosse stata completata²¹ (v. *supra*, cap. I, § 2.1).

¹⁹ Così come auspicato dalla Commissione: v. il § 4 della *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, COM (2010) 106 def., 24 marzo 2010.

²⁰ B. VENEZIANI 1995, p. 444.

²¹ L'art. 22, ultimo capoverso del par. 1, direttiva n. 2003/88 stabilisce infatti che tale clausola avrebbe dovuto essere riesaminata entro il 23 novembre 2003 al fine di «decidere del seguito da darvi»; nello stesso senso v. già l'art. 18, secondo capoverso del par. 1, direttiva n. 93/104, secondo cui entro sette anni il Consiglio, sulla base

Com'è noto, tuttavia, la storia è andata molto diversamente. A quasi vent'anni di distanza dalla sua introduzione, l'art. 22 della direttiva – che, sia pure «nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori», attribuisce agli Stati membri la facoltà di non applicare la norma che fissa la durata massima settimanale del lavoro a condizione che, «mediante le necessarie misure», i legislatori interni assicurino che nessun datore di lavoro chieda ai propri dipendenti di lavorare più di quarantotto ore nell'arco di sette giorni, «a meno che non abbia ottenuto il consenso del lavoratore» – continua a rimanere al suo posto. Tale disposizione si è infatti rivelata un'agevole scappatoia, per mezzo della quale un numero sempre più elevato di legislatori nazionali ha cercato di aggirare i limiti all'orario di lavoro posti dalla direttiva europea e divenuti più stringenti grazie alla rigorosa attività ermeneutica svolta dalla Corte di giustizia, che ha considerato ricompresi nella nozione di “orario di lavoro” anche i periodi di guardia caratterizzati dalla presenza fisica del dipendente sul luogo di lavoro²². Come rilevato dalla Commissione europea, l'adeguamento delle normative interne alla giurisprudenza della Corte avrebbe in effetti potuto produrre conseguenze rilevanti dal punto di vista economico²³: nel settore sanitario, in particolar modo, la necessità di «rispettare la durata massima settimanale del lavoro di 48 ore, compresi tutti i periodi di guardia, [avrebbe comportato] per la maggior parte degli Stati membri l'as-

di una proposta della Commissione, avrebbe dovuto riesaminare la clausola di *opting out*.

²² Corte di giustizia 9 settembre 2003, causa C-151/02, *Jaeger*, in *Racc.*, 2003, p. 8389. In senso analogo v. anche Corte di giustizia 3 ottobre 2000, causa C-303/98, *Simap*, in *Racc.*, 2000, p. 7963; 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas e altri*, in *Racc.* 2005, p. 253; cfr. anche le ordinanze della Corte di giustizia 11 gennaio 2007, C-437/05, *Vorel*, in *Racc.* 2007, p. 331; 4 marzo 2011, C-258/10, *Grigore*, non ancora pubblicata in *Racc.* Con tali pronunce la Corte ha chiarito che la direttiva «non prevede categorie intermedie tra i periodi di lavoro e di riposo, e che [...] tra gli elementi caratteristici della nozione di “orario di lavoro” [...] non figura l'intensità del lavoro svolto o il rendimento di quest'ultimo» (così nei punti 43 della motivazione di *Dellas*, 25 di *Vorel* e 43 di *Grigore*). La Corte ha inoltre precisato che, salvo per quanto riguarda l'istituto delle ferie annuali, la direttiva non si occupa di questioni retributive: i periodi di servizi di guardia possono dunque essere remunerati secondo criteri particolari purché il regime retributivo applicato «garantisca integralmente l'effetto utile dei diritti conferiti ai lavoratori» dalla direttiva (punto 35 della motivazione di *Vorel*). Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia v. G. Ricci 2009, p. 162 ss.; per ulteriori riferimenti dottrinali v. *supra*, cap. I, § 2.1, ove già si è fatto cenno alla questione.

²³ Sul punto v. P. PELISSERO 2005, p. 396, che sottolinea che l'estensione della nozione di orario di lavoro non è stata «del tutto indolore».

sunzione di un numero aggiuntivo di medici per garantire lo stesso livello di qualità dei servizi»²⁴, con un evidente aggravio delle spese.

Dinnanzi alla prospettiva di un innalzamento dei costi, la clausola che permette di disapplicare del tutto il limite medio massimo dell'orario di lavoro settimanale non ha tardato ad essere considerata da molti Paesi come una sorta di antidoto con cui rendere inoffensiva la giurisprudenza della Corte: molti Stati membri, obbligati ad includere nell'orario di lavoro anche i periodi di guardia, hanno autorizzato la sottoscrizione di patti individuali con cui disapplicare il limite medio massimo di quarantotto ore di lavoro a settimana. Oltre che nel Regno Unito²⁵, la sottoscrizione di un patto individuale volto al superamento del tetto massimo fissato dalla direttiva è stata successivamente ammessa anche in Estonia²⁶, a Cipro, a Malta e in Bulgaria²⁷. Il numero di Paesi che hanno permesso il ricorso alla clausola di *opting out* è tuttavia molto più numeroso se si considerano anche gli Stati membri che hanno scelto di autorizzare l'operatività dell'eccezione su base volontaria limitatamente ai soli settori che comportano il ricorso massiccio al servizio di guardia. In particolare, la possibilità di superare il limite massimo dell'orario di lavoro settimanale mediante la sottoscrizione di un accordo individuale è stata ammessa nel settore sanitario in Belgio, Francia²⁸, Lettonia, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia,

²⁴ *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni e alle parti sociali a livello comunitario*, COM (2003), 843 def., 30 dicembre 2003.

²⁵ Sull'utilizzo dell'*opting out* in Gran Bretagna v. *supra*, cap. I, § 2.2.

²⁶ La clausola di *opting-out* è stata recepita in Estonia a partire dal suo ingresso nell'Unione europea. Nel 2009 il legislatore Estone è nuovamente intervenuto in materia, stabilendo che per coloro che abbiano sottoscritto la clausola di *opting out* l'orario di lavoro non possa eccedere le cinquantadue ore settimanali, calcolate come media in un periodo di quattro mesi.

²⁷ La normativa in materia di orario di lavoro è entrata in vigore nel 2006, un anno prima dell'ingresso del Paese nell'Unione europea. Misure a protezione del lavoratore che accetti l'*opting out* sono previste dall'art. 113 del Codice del Lavoro.

²⁸ Ove il 6 febbraio 2002 sono stati emanati cinque decreti (nn. 1421, 1422, 1423, 1424 e 1425) che hanno modificato le normative relative alle diverse figure di personale medico, prevedendo la possibilità per questi lavoratori di prestare ore di lavoro aggiuntive (*temps de travail additionnel*) che danno luogo ad un indennizzo o ad un riposo compensativo. Tuttavia, come sottolineato dalla Commissione, poiché la necessità di innalzare l'orario di lavoro «è dovuta alla carenza di personale ed alla necessità di mantenere la continuità del servizio, non sempre lo svolgimento di orario di lavoro addizionale rappresenta una libera scelta per i medici»: European Commission, *Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organisation*, final report, 21 dicembre 2010, p. 103.

Slovenia, Spagna²⁹, Ungheria; oltre che ai dipendenti del settore sanitario, il superamento dell'orario di lavoro settimanale mediante la sottoscrizione di un accordo individuale può inoltre essere richiesto ai vigili del fuoco sia nei Paesi Bassi che in Germania³⁰, Paese – quest'ultimo – nel quale l'eccezione su base individuale può essere utilizzata anche dalle forze di polizia e dai funzionari federali³¹.

La clausola di *opting out* non è invece stata recepita nell'ordinamento italiano³²: da tale scelta non possono tuttavia trarsi conclusioni affrettate. Pur non avendo seguito l'esempio di altri Paesi europei, anche il legislatore italiano ha infatti cercato di evitare l'innalzamento dei costi nel settore sanitario derivante dall'estensione della nozione di orario di lavoro anche ai periodi di guardia. Proprio a tale logica sono infatti ispirate due disposizioni di dubbia legittimità comunitaria, emanate a pochi mesi di distanza l'una dall'altra: all'esclusione dell'applicazione delle disposizioni in materia di riposo giornaliero nei confronti del personale del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale (introdotta nell'art. 17, comma 6 *bis* del d.lgs. n. 66/2003 dall'art. 3, comma 85, l. 24 dicembre 2007, n. 244) il legislatore ha dopo poco tempo aggiunto un'ulteriore e rilevante eccezione, stabilendo che gli artt. 4 e 7 del d.lgs. n. 66 in materia di durata massima

²⁹ Con la *ley* 16 febbraio 2003, n. 55, è stato infatti introdotto un regime speciale di durata dell'orario (*jornada especial*), che permette il superamento del limite massimo di quarantotto ore settimanali di lavoro in presenza di giustificate ragioni organizzative.

³⁰ In Germania la clausola di *opting out* ha trovato ampia applicazione soprattutto nel settore sanitario: secondo le statistiche presentate dalla Commissione, la sottoscrizione di tale patto è infatti richiesta nel 90% degli ospedali. Sull'utilizzo della clausola di *opting out* nel servizio tecnico antincendi v. Corte di giustizia 14 ottobre 2010, C-243/09, *Fuß I*, in *Racc.*, 2010, p. 9849: in questa sentenza, tuttavia, la Corte si è occupata di tale contestata clausola solo indirettamente, poiché all'epoca dei fatti di causa l'art. 22 della direttiva non era ancora stato recepito nell'ordinamento in questione. Su tale pronuncia v. J. TOMKIN 2012, p. 1423 ss. Per ulteriori riferimenti alla normativa tedesca v. *supra*, cap. I, § 2.2.

³¹ Gran parte dei dati qui riprodotti sono tratti da European Commission, DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, *Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organisation*, cit., in particolare p. 15 ss. e p. 97 ss., a cui si rinvia per ulteriori riferimenti. Di grande interesse è anche la *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sull'applicazione da parte degli Stati membri della direttiva n. 2003/88/CE*, COM (2010) 802 def., 21 dicembre 2010, par. 3.7.

³² Sebbene la Commissione Lavoro alla Camera avesse suggerito al Governo (con parere del 16 giugno 2004) di inserire nello schema di decreto legislativo recante modifiche al d.lgs. n. 66/2003 «una disciplina derogatoria al limite massimo delle quarantotto ore settimanali per i lavoratori impegnati in attività di guardia o sorveglianza o portierato», tale indicazione non è stata accolta dal d.lgs. n. 213/2004.

dell'orario di lavoro e di riposo giornaliero non si applichino nei confronti del personale delle aree dirigenziali degli Enti e delle Aziende del Servizio Sanitario Nazionale (art. 41, comma 13, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133); unico temperamento operato da tale norma è la devoluzione alla contrattazione collettiva del compito di definire le «modalità atte a garantire ai dirigenti condizioni di lavoro che consentano una protezione appropriata ed il pieno recupero delle energie psico-fisiche». Fin dalla loro entrata in vigore tali disposizioni hanno destato non poche perplessità in ordine alla loro conformità alla direttiva europea³³, che sembrerebbero ora destinate a trovare conferma: il 26 aprile 2012, la Commissione europea³⁴ – non considerando lecita l'esclusione del personale medico pubblico dal campo di applicazione della direttiva – ha infatti messo in mora l'Italia, invitando il nostro Paese a modificare la normativa in questione entro l'ormai scaduto termine del 29 giugno 2012.

Al di là della peculiare vicenda italiana, è comunque chiaro che la clausola di *opting out*, pur essendo disegnata su misura delle esigenze del legislatore britannico, non ha avuto difficoltà nell'adattarsi alle istanze dei datori di lavoro operanti in altri Paesi; la sua diffusione a macchia d'olio non può tuttavia che acuire le perplessità che hanno accompagnato, fin da subito, il riconoscimento della possibilità di derogare la durata massima dell'orario di lavoro su base volontaria. Preoccupa, innanzitutto, la vacuità delle condizioni e delle cautele poste a protezione dei lavoratori a cui sia richiesta la sottoscrizione di tale discusso accordo: il legislatore europeo, infatti, non soltanto si è limitato a prevedere vincoli di carattere per lo più procedurale³⁵, che si rivelano spesso incapaci di garantire la tutela e la salute dei lavoratori coinvolti³⁶; ma non ha neppure affiancato all'eccezione su base

³³ Sul punto si v. l'analisi di V. LECCESE, A. ALLAMPRESE 2009, p. 366 ss.

³⁴ V. la lettera n. 2011/4185 del 26 aprile 2012.

³⁵ L'art. 22 della direttiva si limita infatti ad imporre allo Stato membro che autorizzi il ricorso alla clausola di *opting out* il rispetto di poche regole: i legislatori nazionali devono introdurre misure capaci di garantire che nessun lavoratore possa subire un danno per il rifiuto di sottoscrivere l'accordo; che il datore di lavoro tenga registri aggiornati di tutti i lavoratori che accettino il superamento del limite settimanale all'orario di lavoro; che tali registri siano messi a disposizione delle autorità competenti, alle quali spetta il potere di vietare o limitare, per ragioni di sicurezza e/o di salute dei lavoratori, la possibilità di superare la durata massima settimanale del lavoro; che il datore di lavoro, su richiesta delle autorità competenti, fornisca informazioni sui consensi dati dai lavoratori all'esecuzione di lavoro in misura eccedente le quarantotto ore settimanali.

³⁶ La stessa Commissione ha infatti dichiarato che «le attuali disposizioni contenute nell'articolo 22, paragrafo 1, sono rimaste essenzialmente inefficaci»: v. par. 5.2,

volontaria la norma di chiusura che accompagna molte delle possibilità di deroga previste dalla direttiva, garantendo ai lavoratori coinvolti il diritto ad «una protezione appropriata»³⁷. Né un'effettiva tutela per i dipendenti è prevista dai legislatori nazionali: gran parte degli Stati membri – oltre a non fissare alcun limite all'orario di lavoro settimanale valido per coloro che abbiano sottoscritto il patto previsto dall'art. 22 della direttiva³⁸ – non prevedono infatti espressamente l'obbligo, imposto in capo al datore di lavoro dalla direttiva, di tenere registri aggiornati di tutti coloro che svolgano attività lavorativa in misura eccedente alla soglia massima fissata dall'art. 6³⁹.

Ad ogni modo, a prescindere dall'inadeguatezza delle condizioni poste a tutela dei lavoratori, l'elemento che maggiormente stona con la logica protettiva sottesa alla direttiva è la scelta stessa di affidare all'autonomia individuale la possibilità di manomettere la chiave di volta che regge l'intero testo normativo: com'è noto, infatti, il limite medio massimo settimanale dell'orario di lavoro costituisce il perno su cui si regge la direttiva⁴⁰; la possibilità affidata alle parti individuali

punto VI, della *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, COM (2010) 801 def., 21 dicembre 2010. L'inefficacia delle misure protettive che accompagnano la deroga su base individuale è stata posta in luce anche da V. LECCESE 2001a, p. 197 s.; mostra invece maggior fiducia in tale disposizione G. RICCI 2005, p. 130, secondo il quale le condizioni previste dalla direttiva per il ricorso alla clausola di *opting out* mitigherebbero la portata dell'eccezione.

³⁷ Sul punto cfr. V. LECCESE 2001a, p. 198.

³⁸ È bene però precisare che la previsione di un limite all'orario di lavoro settimanale valido per coloro che abbiano sottoscritto la clausola di *opting-out* non è imposta dalla direttiva. Come rilevato dalla Commissione, sette Stati membri non prevedono alcuna durata massima per l'orario di lavoro di coloro che abbiano acconsentito al superamento delle quarantotto ore settimanali; viceversa, in Spagna, Estonia e Repubblica Ceca l'orario di lavoro non può eccedere, in media e rispettivamente, le cinquantuno, cinquantadue e cinquantasei ore settimanali. Cfr. COM (2010) 802 def., cit., par. 3.7; v. anche l'ampia relazione della Commissione Europea, *Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organisation*, cit.

³⁹ Soltanto in Germania, Lettonia e Malta è menzionato espressamente l'obbligo per il datore di lavoro di registrare le ore di lavoro svolte in regime di *opting out*; inoltre, solo in Repubblica Ceca e in Slovacchia il datore di lavoro è tenuto ad avvisare l'ispettorato del lavoro dell'utilizzazione dell'eccezione prevista dall'art. 22 della direttiva. Cfr. COM (2010) 802 def., cit., par. 3.7.

⁴⁰ Secondo la Corte di giustizia, la disposizione che fissa in quarantotto ore la durata massima media dell'orario di lavoro costituisce «una norma del diritto sociale dell'Unione che riveste importanza particolare e di cui ogni lavoratore deve poter beneficiare quale prescrizione minima necessaria per garantire la tutela della sua sicurezza e della sua salute»: Corte di giustizia 14 ottobre 2010, *Fuß I*, cit., punto 33 della motivazione; nel medesimo senso v. già Corte di giustizia 5 ottobre 2004, *Pfeif-*

di disapplicarlo mette dunque a repentaglio la stabilità dell'intero sistema normativo, rischiando di far sgretolare quest'ultimo sotto il peso troppo forte dell'autonomia individuale.

Legittimando in via esclusiva l'intervento derogatorio di datore e lavoratore⁴¹, il legislatore europeo ha compiuto l'inedita scelta di superare la tradizionale diffidenza verso le manifestazioni individuali del consenso rese in corso di rapporto⁴². Se tale tecnica normativa aveva già sollevato non poche perplessità all'indomani dell'approvazione della direttiva⁴³, a distanza di quasi vent'anni quei timori paiono aver trovato concretizzazione: in un contesto caratterizzato dal ricorso sempre più massiccio alla clausola di *opting out*, la Commissione ha infatti sottolineato con tono preoccupato che in alcuni Stati membri «il requisito del consenso preliminare volontario del lavoratore di scegliere questa opzione non è correttamente applicato»⁴⁴. Del resto, il rischio che la necessità del consenso da parte del lavoratore non costituisse una misura sufficiente per garantire l'effettiva volontarietà del superamento della soglia di quarantotto ore di lavoro settimanali ben avrebbe potuto essere previsto dalle autorità comunitarie già al tempo dell'approvazione della direttiva, se solo queste avessero tenuto conto delle remore che – da sempre – sconsigliano di prestare affidamento «ad una volontà manifestata nell'ambito di una relazione, quale quella

fer, cit., punto 100 della motivazione. Nello stesso senso v., più recentemente, l'ordinanza della Corte di giustizia 4 marzo 2011, C-258/10, *Grigore*, cit., punto 41 della motivazione. Per una riflessione sul punto sia consentito rinviare a A. FENOGLIO 2011, p. 215 ss.

⁴¹ Come è stato successivamente chiarito dalla Corte di giustizia, lo Stato membro non può infatti affidare la medesima competenza derogatoria all'autonomia collettiva. A tale conclusione conduce non solo la chiara lettera della disposizione, ma anche il rilievo secondo cui il legislatore comunitario, ove avesse voluto «permettere di sostituire al consenso del lavoratore quello espresso da un sindacato nell'ambito di un contratto o accordo collettivo» avrebbe inserito l'art. 6 fra le disposizioni derogabili mediante contratto collettivo: Corte di giustizia 3 ottobre 2000, *Simap*, cit., punto 73. A tal proposito è opportuno segnalare che in Germania e nei Paesi Bassi il legislatore nazionale ha scelto di attribuire all'autonomia collettiva una funzione di filtro, subordinando la legittimità dell'accordo individuale alla presenza di un'espressa autorizzazione nel contratto collettivo applicato. Sul punto cfr. COM (2010) 802 def., cit., par. 3.7; v. anche la relazione della Commissione Europea, *Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organisation*, cit.

⁴² V. FERRANTE 2008a, p. 65.

⁴³ Fra gli autori che fin da subito mossero critiche alla clausola di *opting out* occorre citare C. CESTER 1995, p. 16, che – dopo aver sottolineato che degli accordi individuali «si è sempre dubitato» – ha dichiarato che la direttiva «si mostra pericolosa» quando consente deroghe alla durata massima dell'orario di lavoro settimanale sulla scorta di un accordo individuale.

⁴⁴ COM (2010) 802 def., cit., par. 3.7.

di lavoro, generalmente caratterizzata [...] da una strutturale mancanza di parità»⁴⁵.

La “sordità” del legislatore europeo a tali moniti permane del resto ancora oggi: nonostante da più parti ne siano posti in luce i rischi, sembra facile prevedere che la clausola di *opting out* continuerà a rimanere al suo posto anche al termine del travagliato percorso di revisione della direttiva (sul quale v. *supra*, cap. I, § 2.1). Benché la Commissione abbia sottolineato la presenza di «segnali preoccupanti riguardo al fatto che, in alcuni Stati membri, gli obiettivi in termine di salute e sicurezza della direttiva non sono rispettati»⁴⁶ ed il Parlamento europeo da tempo chieda che sia messa «fine all'esistenza di una clausola che indebolisce la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori e l'inalienabilità dei diritti fondamentali»⁴⁷, il Consiglio continua a difendere strenuamente il mantenimento dell'art. 22 della direttiva.

Proprio il contrasto fra le autorità europee sul futuro di tale norma può essere additato come la causa principale dell'arenarsi della prima fase del procedimento di revisione della direttiva in materia di orario: alla richiesta del Parlamento di procedere alla soppressione graduale della clausola di *opting out*⁴⁸, il Consiglio ha infatti risposto con l'offerta di un mero rafforzamento formale delle cautele previste per la tutela dei lavoratori coinvolti, proponendo di introdurre – affianco al divieto di sottoscrizione del patto individuale al momento della stipulazione del contratto di lavoro o nel corso delle quattro settimane successive – la possibilità per il dipendente di revocare, con

⁴⁵ V. FERRANTE 2008a, p. 65.

⁴⁶ COM (2010) 802 def., cit., par. 3.7. Nella stessa relazione, la Commissione sottolinea inoltre che «la maggior parte degli Stati membri non sembra prevedere alcun controllo o registrazione dell'orario di lavoro di chi fa uso dell'*opt-out*»: è così impossibile disporre delle «informazioni fondamentali necessarie per esaminare in che misura i lavoratori interessati dall'*opt-out* (ma anche i colleghi di lavoro o i clienti) siano esposti a rischi dovuti ad un orario di lavoro eccessivo».

⁴⁷ V. la motivazione all'emendamento n. 16, contenuta nella *Raccomandazione per la seconda lettura relativa alla posizione comune del Consiglio in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva n. 2003/88/CE concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, presentata l'11 novembre 2008.

⁴⁸ Con la proposta del 2005, il Parlamento europeo intendeva introdurre più rigorosi obblighi formali per la sottoscrizione dell'accordo individuale e fissare in sei mesi la durata massima del patto; l'art. 22 avrebbe inoltre dovuto essere abrogato dopo 36 mesi dall'entrata in vigore della nuova direttiva. V. la *Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, recante modifica della direttiva n. 2003/88/CE concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, COM (2005) 246 def., 31 maggio 2005. Sul procedimento di riforma v. G. RICCI 2009, p. 193; su tale questione v. *supra*, cap. I, § 2.1.

effetto immediato, il proprio consenso al superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale durante i primi sei mesi successivi all'avvio del rapporto contrattuale o durante i tre mesi successivi alla conclusione del periodo di prova⁴⁹. Per tutelare la salute dei lavoratori, il Consiglio proponeva inoltre di introdurre un tetto di sessanta ore di lavoro settimanale (da calcolare come media in un periodo di riferimento di tre mesi) per coloro che avessero accettato la sottoscrizione della clausola prevista dall'art. 22 della direttiva: l'insufficienza di tale misura era però evidente, poiché tale soglia, già di per sé notevolmente alta, avrebbe potuto essere derogata anche in senso peggiorativo dalla contrattazione collettiva⁵⁰.

Anche nella nuova fase di consultazioni – aperta dalla Commissione dopo che il 29 aprile 2009 il Comitato di conciliazione aveva preso atto dell'incompatibilità delle proposte fino ad allora avanzate dai due colegislatori (v. *supra*, cap. I, § 2.1) – il futuro della clausola di *opting out* continua ad essere il tassello da cui dipende l'esito dell'intero procedimento di revisione. È però verosimile pensare che – qualora la nuova direttiva sull'orario di lavoro dovesse riuscire a vedere effettivamente la luce – il nuovo testo continuerà ad essere caratterizzato dalla contraddittorietà insita in una normativa che, pur enunciando finalità protettive, autorizza le parti a derogare alla disposizione fondamentale nata proprio per la salvaguardia dei lavoratori. Del resto, la stessa Commissione – pur ritenendo che «la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori deve continuare a essere considerata l'obiettivo principale di qualsiasi regolamentazione dell'orario di lavoro»⁵¹ – ha assunto una posizione favorevole al mantenimento dell'eccezione su base individuale: poiché «non appare realistico chiedere a tutti [gli] Stati membri di astenersi dall'uso di tale deroga», secondo la Commissione sarebbe infatti «maggiormente sensato ridurre la necessità di fare ricorso all'*opt-out* nel lungo periodo

⁴⁹ Al di fuori di queste due ipotesi, la revoca del consenso avrebbe invece dovuto essere preceduta da un preavviso non superiore a due mesi: v. la *Posizione comune* (CE) n. 23/2008, in G.U.U.E., 7 ottobre 2008, n. C-254, adottata dal Consiglio il 15 settembre 2008.

⁵⁰ Con tale proposta, il Consiglio mirava, inoltre, ad azzerare la giurisprudenza della Corte di giustizia sul c.d. periodo di guardia: la nuova direttiva avrebbe infatti dovuto distinguere tra il servizio di guardia “attivo” e quello “inattivo”; quest'ultimo avrebbe potuto essere calcolato come “orario di lavoro” solo in presenza di una disposizione di legge o di contratto collettivo.

⁵¹ V. la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, COM (2010) 106 def., 24 marzo 2010.

mettendo a disposizione forme più mirate di flessibilità, piuttosto che riaprire un dibattito sulla sua abolizione»⁵².

Pur confermando che «l'opzione di non partecipazione costituisca una deroga al principio della durata della settimana lavorativa di quarantotto ore, che può comportare rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori sia a breve che a lungo termine»⁵³, la Commissione pare dunque favorevole al mantenimento di tale eccezione, a condizione che vengano introdotti non meglio precisati «strumenti di flessibilità» capaci di indurre i legislatori nazionali a rinunciare spontaneamente alla via di fuga aperta dall'art. 22: la soluzione suggerita dalla Commissione sembra quindi essere quella di allentare ulteriormente i vincoli – già ampiamente elastici – previsti dalla direttiva, in modo tale da disincentivare progressivamente l'utilizzo della contestata clausola. Nell'attesa che ciò accada, la protezione dei lavoratori dovrebbe essere assicurata, ancora a parere della Commissione, dall'introduzione di regole più severe in materia di *opting out* con cui procedere ad «un monitoraggio effettivo delle ore lavorate in eccesso» e ridurre «i rischi di pressioni da parte del datore di lavoro», assicurando che il «consenso del singolo lavoratore sia dato liberamente e consapevolmente»⁵⁴. Si tratta evidentemente di una scommessa molto impegnativa, che sembra alquanto difficile da vincere: a ben vedere, infatti, la sottoposizione a pressioni da parte del datore di lavoro è un rischio così strettamente connesso alla valorizzazione dell'autonomia individuale da non poter essere facilmente neutralizzato mediante la semplice introduzione di regole maggiormente rigide.

1.2. Individuale e collettivo nel d.lgs. n. 66/2003

L'apertura di nuovi spazi all'autonomia individuale nella determinazione dell'orario di lavoro caratterizza non soltanto la direttiva europea, ma anche la normativa varata nel nostro Paese: benché (come si è visto nel § precedente) la clausola di *opting out* non sia stata recepita nel nostro ordinamento, questo non significa infatti che il decreto del 2003 non abbia ugualmente segnato un netto spostamento di baricentro della regolamentazione dell'orario di lavoro verso il livello individuale. Non si deve invero dimenticare che, secondo il progetto posto alla base della legislazione dei primi anni 2000, la «cre-

⁵² COM (2010) 801 def., cit., par. 5.2, punto vi.

⁵³ *Parere della Commissione a norma dell'articolo 251, paragrafo 2, terzo comma, lettera c, del trattato CE sugli emendamenti del Parlamento europeo alla posizione comune del Consiglio*, COM (2009) 57 def., 4 febbraio 2009.

⁵⁴ COM (2010) 801 def., cit., par. 5.2, punto vi.

scente spinta verso una soggettività nel vissuto della propria condizione lavorativa» doveva necessariamente indurre a «rivalutare convenientemente il ruolo del contratto individuale», al fine di rendere maggiormente possibile la definizione di «assetti regolatori effettivamente conformi agli interessi del singolo lavoratore ed alle specifiche aspettative in lui riposte dal datore di lavoro»⁵⁵. Almeno in linea teorica, il riconoscimento di un importante ruolo all'autonomia individuale avrebbe dunque dovuto essere finalizzato al perseguimento in egual misura di due diversi obiettivi: da un lato avrebbero dovuto essere valorizzati i momenti di scelta attribuiti al lavoratore, in modo tale da permettere una maggiore «personalizzazione della dimensione temporale della prestazione»⁵⁶ agevolando, conseguentemente, la conciliazione fra i tempi di lavoro e i tempi di vita; dall'altro, la rivalutazione del contratto individuale avrebbe dovuto costituire anche una risposta alle istanze di maggiore flessibilità sempre più spesso rivolte dagli imprenditori.

Il d.lgs. n. 66/2003 si è però di fatto rivelato incapace di perseguire entrambi gli obiettivi: al posto di attribuire rilievo crescente al lavoratore «come persona portatrice di una propria identità, fatta di istanze di uguaglianza, ma anche di differenze che chiedono di essere rispettate»⁵⁷, ed al posto di garantire una migliore articolazione tra tempi di lavoro e tempi sociali, la “riscoperta” del contratto individuale è stata esclusivamente «orientata ad erodere la rigidità della disciplina dell'orario nel segno della flessibilità unilaterale»⁵⁸. Il legislatore – sebbene abbia dichiarato di voler valorizzare i momenti di scelta attribuiti ai singoli – non ha infatti seguito la via del riconoscimento di posizioni soggettive in capo ai lavoratori, sperimentata tre anni prima in materia di lavoro a tempo parziale (v. *supra*, cap. II, § 1); ma, al contrario, ha scelto di percorrere la ben più insidiosa via dell'attribuzione di un potere incondizionato alle parti.

In tal modo, tuttavia, non si è di certo enfatizzata l'autonomia individuale, intesa come raggiungimento di un accordo fra soggetti aventi medesima forza contrattuale; piuttosto, si è rafforzato il potere dei singoli datori di lavoro di imporre unilateralmente le proprie decisioni nei confronti di lavoratori privi di uno “scudo protettivo”. La scarsa salvaguardia dei prestatori di lavoro si registra su due diversi

⁵⁵ Tutte le citazioni sono tratte dal *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia – proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, p. 35.

⁵⁶ G. BOLEGO 2004a, p. 142.

⁵⁷ M. D'ANTONA 1998, p. 319.

⁵⁸ A. NICCOLAI 2009, p. 251. Sulla «rinascita dell'individuo» intesa come spinta alla deregolazione e al ritorno alla «imprescindibile priorità del contratto individuale» v. S. SIMITIS 1990, p. 88 ss.

versanti. Da un canto, il legislatore ha operato un progressivo alleggerimento dell'apparato sanzionatorio previsto nel caso in cui il datore di lavoro violi le norme in materia di orario massimo settimanale e periodi minimi di riposo, compromettendo così la funzione deterrente delle sanzioni amministrative previste⁵⁹. Dall'altro il testo normativo non ha riconosciuto posizioni giuridiche soggettive in capo ai lavoratori, impedendo così il riequilibrio dei rapporti di forza fra le parti del rapporto di lavoro: condizione, quest'ultima, basilare affinché possa correttamente parlarsi di un rafforzamento dei poteri di scelta riservati alle parti. In assenza di una garanzia di giusto equilibrio, l'auspicata esaltazione del ruolo attribuito all'autonomia individuale si traduce in una «valorizzazione mistificatoria»⁶⁰ di quest'ultima. Dietro a quello che è stato definito «libero arbitrio negoziale»⁶¹, il legislatore ha dunque nascosto la «propensione ad inseguire una flessibilità temporale fortemente squilibrata sul versante datoriale, concedendo assai poco alla tutela del tempo scelto»⁶²: il risultato è la devoluzione «al potere unilaterale del datore [di] spazi rilevanti che il prestatore di lavoro fatica *uti singulus* a contrastare»⁶³.

Se infatti, in linea teorica, l'apertura all'autonomia individuale potrebbe permettere il raggiungimento di un assetto normativo «più adattabile agli interessi e ai bisogni del lavoratore in carne e ossa, che a quelli del lavoratore astratto e massificato del quale ci parlano legge e contratti collettivi»⁶⁴, da un punto di vista pratico non può sfuggire il rischio che l'«apparente»⁶⁵ valorizzazione dell'autonomia indi-

⁵⁹ Oggetto di numerosi interventi legislativi varati nel corso degli ultimi anni, l'apparato sanzionatorio in materia di orario di lavoro è andato incontro ad una progressiva attenuazione. L'art. 18 *bis*, comma 3, d.lgs. n. 66/2003 – già modificato dall'art. 41, comma 8, d.l. n. 112/2008, a sua volta modificato dalla l. di conversione n. 133/2008 – è stato da ultimo sostituito dall'art. 7, comma 1, lettera *a*, della l. 4 novembre 2010, n. 183. Quest'ultima disposizione ha ridotto in maniera significativa le sanzioni previste nel caso in cui non siano rispettate le norme in materia di orario massimo medio settimanale, periodo minimo di riposo settimanale e giornaliero e modalità di fruizione delle ferie, soprattutto nei casi in cui le violazioni coinvolgano molti lavoratori oppure siano state reiterate in numerosi periodi di riferimento. Per una dettagliata analisi delle modifiche apportate al regime sanzionatorio v. G. BOLEGO 2012, p. 60 s.; M.G. MATTAROLO 2010b, p. 49 ss. e EAD. 2012, p. 702 ss.

⁶⁰ R. BORTONE 2005, p. 345.

⁶¹ F.M. PUTATURO DONATI 2005, p. 203.

⁶² F. BANO 2009, p. 248.

⁶³ C. ZOLI 2005, p. 135 s.; cfr. anche F.M. PUTATURO DONATI 2005, p. 207. In senso analogo v. J. DE MUNK 1999, p. 77, secondo cui il decentramento normativo è «sinonimo di “deregolazione”, cioè di una re-istituzionalizzazione della libertà contrattuale e delle prerogative padronali».

⁶⁴ M. D'ANTONA 1991, p. 485.

⁶⁵ I. PICCININI, P. FERRARI 2005, p. 427.

viduale insieme al depotenziamento del ruolo delle parti sociali comporti in realtà l'isolamento del soggetto debole del rapporto.

Come si tenterà di far emergere qui di seguito attraverso una "mappa" dei principali istituti in cui *individuale* e *collettivo* si incontrano⁶⁶, il d.lgs. n. 66 non soltanto non riconosce posizioni giuridiche soggettive in capo ai lavoratori, ma non prevede neppure un raccordo tra i poteri attribuiti all'autonomia individuale e quelli affidati alla contrattazione collettiva. L'assenza nella normativa in materia di orario di un modello di garantismo collettivo in qualche modo simile a quello un tempo sperimentato in materia di lavoro a tempo parziale pone dunque non pochi problemi, rischiando di compromettere l'effettiva volontarietà degli accordi individuali: l'esperienza insegna, infatti, che volontà e consenso «possono essere valori effettivi, vivi nella società, solo quando sono rivendicati, affermati e protetti oltre l'orizzonte del contratto individuale»⁶⁷.

2. La collocazione dell'orario di lavoro giornaliero

2.1. L'utilizzo di moduli orari medi e l'abrogazione dell'orario massimo giornaliero

Dietro a disposizioni che apparentemente sembrano attribuire un ruolo di spicco al binomio legge – contrattazione collettiva, il d.lgs. n. 66/2003 cela ampi spazi di manovra riservati al potere direttivo del datore di lavoro. Il prototipo di questa tecnica normativa – che, come già si è avuto modo di sottolineare (*supra*, § 1.2 e cap. II, § 1), caratterizza la legislazione dei primi anni 2000 – può essere considerato l'art. 4, con il quale il legislatore ha fissato la durata massima media dell'orario di lavoro settimanale, riservando un ampio spazio al potere unilaterale dell'imprenditore⁶⁸. Trascurando la via della definizione della durata massima della singola settimana lavorativa⁶⁹, il

⁶⁶ Nel prosieguo ci si soffermerà infatti sulle norme in materia di collocazione dell'orario giornaliero e settimanale, lavoro straordinario, riposo domenicale e ferie, la cui disciplina risente in particolar modo dell'interrelazione fra legge, autonomia individuale e autonomia collettiva. La prospettiva di studio adottata spiega dunque la scelta di non soffermarsi su altri istituti pur importanti, come il lavoro a turni, il lavoro notturno o il regime delle pause.

⁶⁷ M. D'ANTONA 1991, p. 473 s.

⁶⁸ È bene precisare che anche l'orario normale settimanale può essere calcolato come media in un periodo non superiore all'anno: le stesse riflessioni svolte nel testo potrebbero dunque riferirsi anche all'art. 3 del d.lgs. n. 66/2003.

⁶⁹ La cui fissazione è demandata alla contrattazione collettiva: art. 4, comma 1.

legislatore si è infatti limitato a stabilire che «la durata media dell'orario di lavoro non può in ogni caso superare, per ogni periodo di sette giorni, le quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario» (art. 4, comma 2, d.lgs. n. 66/2003)⁷⁰, consentendo così una gestione ampiamente flessibile del tempo di lavoro. La possibilità di calcolare la durata della prestazione come media in un periodo di tempo piuttosto lungo (che può estendersi dai quattro ai dodici mesi, a seconda di quanto stabilito dalla negoziazione collettiva⁷¹) trasforma infatti il tetto delle quarantotto ore individuato dal legislatore in un limite soltanto apparente: conseguenza naturale dell'utilizzo del concetto algebrico di media è infatti l'attribuzione di «una maggiore autonomia (cioè una maggiore libertà) alle parti rispetto alla mera (e tradizionale) indicazione della durata massima assoluta della prestazione di lavoro»⁷². Per dirla in altri termini, la definizione su base media permette alle parti di osservare il tetto massimo di quarantotto ore di lavoro settimanali soltanto convenzionalmente, in base ad un calcolo algebrico che dovrà essere effettuato al termine di un determinato periodo.

Definito non a torto come un «canovaccio prescrittivo» che lascia «largo spazio all'improvvisazione delle parti»⁷³, il limite orario medio consente dunque all'imprenditore di plasmare la prestazione a seconda delle effettive necessità del momento e di adeguare l'attività lavorativa al variare dei volumi di vendita semplicemente facendo oscillare la durata settimanale al di sotto o al di sopra della soglia prestabilita: ragione per cui la modulazione dell'orario di lavoro su base media può non a torto essere considerata come la «figura principe di flessibilità temporale»⁷⁴. In un contesto caratterizzato sempre più dal sistema produttivo c.d. *just in time*⁷⁵, la determinazione dei limiti di

Tuttavia, come si è detto, soltanto in pochi casi le parti sociali hanno provveduto a recepire tale rinvio: sul punto v. *supra*, cap. II, § 3.

⁷⁰ Sull'orario di lavoro massimo-medio v. V. BAVARO 2004b, p. 1288 ss.; v. anche V. LECCESE 2006a, p. 285 ss.

⁷¹ A norma dell'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 66/2003, la durata massima-media dell'orario di lavoro deve essere calcolata con riferimento ad un periodo non superiore a quattro mesi; tale periodo può tuttavia essere elevato dai contratti collettivi «fino a sei mesi ovvero fino a dodici mesi a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro» (comma 4).

⁷² V. BAVARO 2004b, p. 1303.

⁷³ *Ivi*, p. 1304.

⁷⁴ M.T. CARINCI 2012, p. 35.

⁷⁵ Il c.d. sistema del *just in time* è caratterizzato dalla tendenziale scomparsa del magazzino e dalla conseguente vendita di prodotti su ordinazione del cliente, quando questi spesso devono ancora essere fabbricati. Sul punto v. V. FERRANTE 2004b, p. 1432 e *Id.* 2008a, p. 11.

durata della prestazione non più secondo moduli orari uniformi, ma mediante moduli variabili in rapporto ad un determinato arco temporale costituisce infatti lo strumento ideale per adattare la durata dell'attività lavorativa alle esigenze variabili dell'impresa, eliminando «i tempi morti del processo di lavoro e [aumentando] la produttività»⁷⁶. Proprio per questa caratteristica il ricorso a tale forma di flessibilità temporale potrebbe peraltro rivelarsi particolarmente apprezzabile in un tempo di crisi economica quale quello che stiamo attraversando: al posto che «puntare sulla flessibilità numerica della forza-lavoro» perseguendo «un modello di sviluppo conservativo, tutto giocato sul risparmio del costo del lavoro», in periodi di recessione le imprese potrebbero infatti avere interesse a perseguire una diversa prospettiva che, al fine di fronteggiare le fluttuazioni della domanda, si incentri in particolar modo sulla flessibilità temporale, incentivando «gli investimenti sul capitale umano e favor[endo], senza pregiudicare la sicurezza dell'impiego, la produttività del lavoro»⁷⁷.

Di per sé non vi sarebbe dunque nulla da eccepire sulla fissazione di una soglia massima-media all'orario di lavoro settimanale, se non fosse che il legislatore – senza essere a ciò vincolato dalla direttiva – ha voluto accompagnare a tale misura la cancellazione del limite giornaliero della durata massima della prestazione lavorativa⁷⁸: dall'intreccio fra la promozione di moduli orari flessibili e l'abrogazione del tetto massimo dell'orario di lavoro giornaliero derivano infatti questioni di non poco conto, sulle quali vale senz'altro la pena di soffermarsi a riflettere.

2.2. *Dubbi di costituzionalità...*

L'avvenuta abrogazione – mediante la formula onnicomprensiva contenuta nel secondo comma dell'art. 19 del d.lgs. n. 66 – del previgente limite massimo dell'orario di lavoro giornaliero e la contestuale mancata introduzione di una nuova soglia destano innanzitutto non pochi dubbi di legittimità costituzionale⁷⁹: tale scelta normativa

⁷⁶ V. BAVARO 2009a, p. 240.

⁷⁷ Tutte le citazioni sono tratte da M.T. CARINCI 2012, p. 34. Sulla scarsa attenzione riservata nel nostro Paese alla c.d. flessibilità interna v. anche L. NOGLER 2012, p. 450 ss.

⁷⁸ Come si ricorderà, nel vigore del previgente testo normativo la durata massima della prestazione lavorativa giornaliera era pari a dieci ore: l'art. 1 del r.d.l. n. 692/1923 stabiliva infatti che l'orario normale massimo di lavoro non poteva eccedere le 8 ore, a cui potevano aggiungersi due ore di straordinario al giorno (art. 5).

⁷⁹ Secondo U. CARABELLI, V. LECCESE 2004b, p. 23, i profili di incostituzionalità che saranno qui di seguito analizzati potrebbero essere superati soltanto qualora

tradisce infatti il ruolo di «garante di un equilibrio [...] tra esigenze produttive ed esigenze di tutela del benessere individuale»⁸⁰ che l'art. 36, comma 3, Cost. ha affidato al legislatore. Né vale ad assicurare il rispetto della riserva assoluta di legge⁸¹ l'osservazione secondo cui il tetto massimo giornaliero può essere facilmente ricavato per sottrazione, grazie al vincolo legale del riposo di undici ore ogni ventiquattro fissato dall'art. 7⁸². L'infondatezza dell'opzione interpretativa che vede in tale norma anche la previsione di un limite massimo all'orario di lavoro giornaliero è infatti dovuta alla profonda differenza esistente fra gli scopi perseguiti da una disposizione che – al fine di evitare un eccessivo prolungamento dell'attività lavorativa – fissa l'entità massima dell'orario giornaliero ed una norma che stabilisce l'en-

la Consulta, con una sentenza interpretativa di rigetto, giungesse a «ritenere tuttora in vigore le previsioni specificamente volte a quantificare la durata massima giornaliera della prestazione, in quanto non incluse nei diretti scopi della direttiva e, dunque, nemmeno del decreto legislativo che vi ha dato attuazione, in virtù del fatto che oggetto della delega era appunto [...] il rispetto della direttiva medesima». Poiché, infatti, la durata massima dell'orario di lavoro giornaliero non è regolata dalla direttiva, la Consulta potrebbe ritenere che tale profilo è escluso dalla «materia disciplinata dal decreto» e, conseguentemente, non è stato colpito dall'effetto abrogativo di cui all'art. 19, comma 2.

⁸⁰ V. LECCESE 2001a, p. 33. Concordano sull'incostituzionalità del d.lgs. n. 66 A. ALLAMPRESE 2003a, p. 27 s.; U. CARABELLI, V. LECCESE 2004b, p. 18; V. FERRANTE 2008a, p. 151 ss.; M. NAPOLI 2004, p. 1233; M. ROCCELLA 2004a, p. 52 s.; ID. 2010d, p. 318. Di diverso avviso è invece G. RICCI 2010a, p. 25, per il quale «l'esito del giudizio di costituzionalità sarebbe [...] tutt'altro che scontato»: secondo l'autore, infatti, la Corte qualora ritenesse che «il riposo giornaliero sostituisce l'antecedente disposto sul limite di durata non avrebbe motivo di non ritenere soddisfatta la riserva di legge, non spettando ad essa una valutazione circa la divisibilità o meno della scelta di politica del diritto praticata dal legislatore del 2003».

⁸¹ Sul carattere assoluto della riserva di legge contenuta nell'art. 36 Cost. v. diffusamente V. LECCESE 2001a, p. 83 ss.; U. CARABELLI 1992, p. 555; U. CARABELLI, V. LECCESE 2002, p. 5; V. FERRANTE 2008a, p. 151 ss.; sul punto v. già G.M. TERNENZI 1969, p. 609 ss. Ritiene invece che la riserva abbia carattere relativo P. ICHINO 1987a, p. 11 s. Secondo tale autore, inoltre, l'espressione «giornata lavorativa» contenuta nell'art. 36 Cost. «ben può – e [...] deve – essere qui interpretata nel senso assai più generico di «orario di lavoro»» (ID. 2003, p. 381); tale lettura (esposta già in ID. 1985, p. 280 e sostenuta anche da M. TIRABOSCHI 1990, p. 181 s.) è però stata a giusta ragione respinta da U. CARABELLI, V. LECCESE 2004b, p. 18 s. e da M. DELL'OLIO 1998, p. 375: quest'ultimo, in particolare, sottolinea che «la «dimensione giorno» rientra nel mandato del costituente al legislatore».

⁸² Si tratta della tesi sostenuta nella relazione governativa di accompagnamento al d.lgs. n. 66, secondo cui il rispetto dell'art. 36 Cost. sarebbe garantito indirettamente dall'art. 7, d.lgs. n. 66/2003. In dottrina, accolgono tale interpretazione D. GAROFALO 2003, p. 1012; L. TARTAGLIONE 2003, p. 423 s.; M. TIRABOSCHI, A. RUSSO 2003, p. 10 ss.; dello stesso avviso sembrano essere anche F. ROTONDI 2009, p. 2722 e G. RICCI 2010a, p. 25, secondo il quale – se interpellata – la Consulta potrebbe abbracciare la soluzione ministeriale.

tità del lasso temporale minimo intercorrente fra la fine di una prestazione e l'inizio di un'altra in modo da evitare che, pur nel rispetto dei limiti di durata, due prestazioni risultino eccessivamente ravvicinate: mentre la prima è volta «*direttamente* ad impedire che nell'arco della giornata lavorativa venga addossato al prestatore un soverchio *carico di lavoro* dannoso per la sua salute, nonché, *di fatto e indirettamente* [...], a consentire il recupero delle energie psico-fisiche», la seconda – in modo del tutto speculare – mira «ad assicurare *direttamente* che tra le due prestazioni intercorra un intervallo sufficiente a consentire al lavoratore un'adeguata ricarica fisico-psicologica [... e], *di fatto e indirettamente* [...], ad impedire l'eccessivo carico giornaliero di lavoro»⁸³.

In altre parole, l'espressa previsione della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero è volta a garantire non solo il «diritto ad un riposo quotidiano (*congruo* rispetto al fine di consentire il reintegro delle energie psico-fisiche), ma anche, ed anzi in prima istanza, [il] diritto ad una durata massima quotidiana del lavoro limitata»⁸⁴, idonea ad evitare un eccessivo dispendio giornaliero delle energie del lavoratore che potrebbe comprometterne la salute. Della marcata differenza esistente tra la previsione di un periodo minimo di riposo e la fissazione della durata massima dell'orario di lavoro ha del resto mostrato di essere ben consapevole non soltanto la Corte di giustizia – che ha precisato che scopo della previsione di un periodo minimo di riposo giornaliero è quello di «garantire la sicurezza e un'efficace tutela della salute del lavoratore» stabilendo «un'alternanza di un periodo di lavoro e di un periodo di riposo»⁸⁵ – ma anche il legislatore dell'Unione europea che, nel disciplinare l'orario di lavoro

⁸³ V. LECCESE 2006a, p. 304.

⁸⁴ ID. 2001a, p. 54 e p. 216 ss. Sulla profonda differenza esistente fra una norma che impone un periodo minimo di riposo ed una che fissa la durata massima dell'orario di lavoro giornaliero v. anche U. CARABELLI, V. LECCESE 2002, p. 17; IDD. 2004b, p. 18; V. LECCESE 2004c, p. 1329; ID. 2006a, p. 296 ss. Nello stesso senso v. anche M. DELL'OLIO 1998, p. 376 s., secondo cui «l'intervallo di undici ore, previsto dalla disciplina comunitaria, assolverebbe male, tanto più da solo, la funzione limitativa o determinativa della giornata, a volte prospettata con il risultato di legittimare apocalittiche settimane di settantotto ore su sei giorni».

⁸⁵ Infatti, per potersi effettivamente riposare, «il lavoratore deve beneficiare della possibilità di sottrarsi al suo ambiente di lavoro per un certo numero di ore che non solo devono essere consecutive, ma anche venire subito dopo un periodo di lavoro, per consentire all'interessato di rilassarsi e smaltire la fatica connessa all'esercizio delle proprie funzioni». Così Corte di giustizia 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union Syndicale Solidaires Isère*, in *Racc.*, 2010, p. 9961, punto 51. Per un'analisi della recente giurisprudenza europea in materia di orario di lavoro sia consentito rinviare a A. FENOGLIO 2011, p. 215 ss.; cfr. anche E. LONGO 2011, p. 168 ss.

dei bambini e degli adolescenti con la direttiva n. 94/33, ha infatti previsto entrambi i tipi di limite⁸⁶.

Ad ogni modo, a prescindere dal profondo scarto esistente fra una norma che fissa la durata massima dell'orario di lavoro giornaliero ed una disposizione che individua il periodo minimo di riposo, vi sono ulteriori ragioni per le quali la tesi della polifunzionalità dell'art. 7 del d.lgs. n. 66 non può essere accolta. Non può innanzitutto sfuggire che tale interpretazione non fa i conti con il fatto che l'art. 7 del d.lgs. n. 66 conosce ampie possibilità di deroga, che intaccano inevitabilmente l'effettività del limite indiretto di tredici ore di lavoro al giorno. Oltre ad escludere espressamente l'operatività dell'art. 7 in determinate circostanze individuate dalla legge⁸⁷, l'art. 17 affida infatti alla contrattazione collettiva la facoltà di derogare al periodo minimo di riposo di undici ore al giorno⁸⁸, ponendo come unica condizione il riconoscimento ai lavoratori interessati di «periodi equivalenti di riposo compensativo» o, in casi eccezionali, quantomeno l'attribuzione di «una protezione appropriata» (comma 4).

Le tutele previste dal legislatore a favore dei lavoratori sono però «assai poco significativ[e]»⁸⁹, dal momento che il testo normativo non precisa il termine entro il quale deve essere goduto il riposo compensativo, né chiarisce in che cosa debba consistere la generica ga-

⁸⁶ Gli artt. 8 e 10 della direttiva n. 94/33 del 22 giugno 1994 relativa alla protezione dei giovani sul lavoro stabiliscono che l'orario di lavoro non deve superare le sette ore al giorno e le trentacinque settimanali nel caso in cui sia ammesso il lavoro dei bambini, le otto ore al giorno e le quaranta settimanali con riguardo agli adolescenti; per ogni periodo di ventiquattro ore ai bambini deve essere riconosciuto un periodo minimo di riposo di quattordici ore consecutive, agli adolescenti di dodici ore consecutive. Cfr. V. LECCESE 2001a, p. 218 ss.; U. CARABELLI, V. LECCESE 2004b, p. 21 s.

⁸⁷ L'operatività dell'art. 7 del d.lgs. n. 66/2003 è esclusa con riferimento ai lavoratori «la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi» (art. 17, comma 5), con riferimento al personale mobile (art. 17, comma 6) e al personale del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale (art. 17, comma 6 bis).

⁸⁸ L'art. 7 del d.lgs. n. 66/2003 può essere derogato mediante «contratti collettivi stipulati a livello nazionale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative»; in assenza di specifiche disposizioni nei contratti collettivi nazionali, per il settore privato «le deroghe possono essere stabilite nei contratti collettivi territoriali o aziendali stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative» (art. 17, comma 1; v. *supra*, cap. II, § 4.1). In mancanza di una disciplina collettiva in materia, in una vasta serie di settori lavorativi possono inoltre essere introdotte deroghe in materia di riposo giornaliero mediante decreto del Ministro del lavoro (art. 17, commi 2 e 3; sul punto v. *supra*, cap. II, § 6). Sulle possibilità di deroga v. V. FERRANTE 2004b, p. 1402 ss.

⁸⁹ V. FERRANTE 2008a, p. 157.

ranza della protezione appropriata. Qualche indicazione a tal riguardo è stata ad ogni modo fornita dalla Corte di giustizia, che ha precisato che i periodi di riposo compensativo devono essere «immediatamente successivi all'orario di lavoro che sono intesi a compensare», chiarendo che nel corso di tali periodi il lavoratore non deve essere «soggetto, nei confronti del suo datore di lavoro, ad alcun obbligo che gli possa impedire di dedicarsi, liberamente e senza interruzioni, ai suoi propri interessi al fine di neutralizzare gli effetti del lavoro sulla sicurezza e la salute dell'interessato»⁹⁰. Analogamente, secondo i giudici di Lussemburgo anche la c.d. “protezione appropriata” deve consentire ai lavoratori «di rilassarsi e smaltire la fatica connessa all'esercizio delle loro funzioni»⁹¹; l'interpretazione offerta dalla Corte rafforza dunque la tesi secondo cui la “protezione appropriata” deve tradursi nella garanzia di periodi di riposo regolari, fruiti anche «a notevole distanza di tempo dal momento in cui quest[i] avrebbe[ro] dovuto essere godut[i]»⁹²; ciò che conta è che tali periodi di riposo siano «sufficientemente lunghi e continui per evitare che [i lavoratori], a causa della stanchezza della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a se stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine»⁹³.

Al di là delle misure previste per tutelare la salute dei lavoratori in caso di deroga al diritto ad undici ore di riposo al giorno, l'aspetto su cui qui preme focalizzare l'attenzione è un altro: in assenza di un limite alla durata della prestazione giornaliera fissato espressamente dal legislatore, la possibilità di non rispettare il periodo minimo di riposo fa sì che alle parti sociali sia attribuita la facoltà di determinare anche l'orario massimo giornaliero. La tesi della polifunzionalità della norma sul riposo finisce così per contrastare con la riserva di legge prevista dall'art. 36 Cost., il cui carattere assoluto vieta al legislatore di delegarne l'adempimento a fonti secondarie o alla contrattazione collettiva⁹⁴.

⁹⁰ Entrambe le citazioni sono tratte dalla sentenza Corte di giustizia 14 ottobre 2010, *Union Syndicale Solidaires Isère*, cit., punto 50 della motivazione; nello stesso senso v. anche la pronuncia del 9 settembre 2003, *Jaeger*, cit., punto 94 della motivazione.

⁹¹ Corte di giustizia 14 ottobre 2010, *Union Syndicale*, cit., punto 59 della motivazione.

⁹² E. PASQUALETTO 2003, p. 492.

⁹³ V. LECCESE 2001a, p. 193. Su tale questione v., più approfonditamente, A. FENOGLIO 2011, p. 218.

⁹⁴ In senso analogo v. anche U. CARABELLI, V. LECCESE 2002, p. 17, e IDD. 2004b, p. 23 s. A tal proposito, è bene sottolineare che la riserva assoluta di legge prevista

L'interpretazione proposta da chi sostiene che la previsione di un periodo minimo di riposo giornaliero sia sufficiente a dare soddisfazione alla disposizione costituzionale determina inoltre un ulteriore profilo di illegittimità: è infatti evidente che il tetto di tredici ore ricavabile *a contrariis* dalla norma sul riposo giornaliero non è idoneo a soddisfare le esigenze protettive che l'art. 36 Cost. intende tutelare. Come rilevato da autorevole dottrina⁹⁵, la discrezionalità del legislatore nel recepire la delega non è infatti piena ed insindacabile: chiamata a valutare non soltanto l'*an* ma anche il *quomodo* del rispetto della norma costituzionale, la Consulta potrebbe dunque rilevare che la quantificazione dell'orario massimo giornaliero effettuata (seppur soltanto in via indiretta) dal legislatore è abnorme⁹⁶, essendo così elevata da vanificare il diritto del singolo lavoratore al contenimento della durata della prestazione lavorativa. La soglia di tredici ore al giorno determina invero il superamento del «punto di estrema tensione», oltre il quale si produce il sacrificio totale del diritto, pregiudicando la sua «ineliminabile ragion d'essere»⁹⁷.

2.2.1. (segue)... e di conformità alla disciplina dell'Unione europea: la clausola di non regresso

Ai dubbi di legittimità costituzionale destati dall'abrogazione del limite massimo dell'orario di lavoro giornaliero si uniscono perplessità in ordine al rispetto della direttiva europea: a ben vedere, infatti, l'eliminazione del tetto originariamente previsto e la sua sostituzione con una soglia ricavabile in via indiretta si pongono in contrasto con la clausola di non regresso contenuta nella direttiva n. 2003/88⁹⁸, se-

dall'art. 36 Cost. pone l'art. 7 del d.lgs. n. 66/2003 al riparo da eventuali deroghe introdotte dai contratti di secondo livello sulla base dell'art. 8 della l. n. 148/2011: come già posto in luce *supra*, cap. II, § 4.2, la previsione di un periodo minimo di undici ore di riposo ogni ventiquattro – trattandosi dell'unica disposizione dalla quale sia possibile desumere la durata massima dell'orario di lavoro giornaliero – rientra certamente fra le disposizioni che non possono essere oggetto di deroghe diverse ed ulteriori rispetto a quelle già previste dal testo normativo.

⁹⁵ V. LECCESE 2001a, p. 135 ss.; ID. 2004c, p. 1333; U. CARABELLI, V. LECCESE 2004b, p. 22 s.

⁹⁶ Sul punto cfr. M. DELL'OLIO 1998, p. 377, secondo cui la soglia di tredici ore di lavoro al giorno è «apocalittica».

⁹⁷ Entrambe le citazioni sono tratte da F. MODUGNO 1995, p. 101.

⁹⁸ Art. 18, n. 3, direttiva n. 93/104, ora art. 23, direttiva n. 2003/88. La violazione della clausola di non regresso da parte del d.lgs. n. 66/2003 è stata rilevata da gran parte della dottrina: v. in particolare A. ALLAMPRESE 2003a, p. 27; U. CARABELLI, V. LECCESE, 2004b, p. 32; V. FERRANTE 2004c, p. 1433 e ID. 2008a, p. 114; V. LECCESE 2006a, p. 259 ss. e ID. 2010b, p. 486; M. ROCCELLA 2003, p. 14 e ID. 2004a, p. 53. *Contra* M. TIRABOSCHI, A. RUSSO 2003, p. 20; F. ROTONDI 2009, p. 2723;

condo la quale – per utilizzare le parole della Corte di giustizia – il recepimento della normativa europea «non costituisce per gli Stati membri un motivo valido per ridurre il livello generale di protezione offerta ai lavoratori nell'ordinamento giuridico nazionale»⁹⁹.

Pur non imponendo un effetto di cristallizzazione delle tutele nazionali vigenti – che, determinando un divieto assoluto per gli Stati membri di introdurre modifiche peggiorative allo *standard* normativo previgente, costringerebbe il legislatore nazionale ad un'innaturale inattività¹⁰⁰ – la clausola di non regresso costituisce un argine rispetto alla tendenza ad «attribuire, da parte dei governi nazionali, alle regole di Bruxelles la responsabilità di quanto viene fatto a casa propria»¹⁰¹. Scopo del principio di non regresso è infatti quello di vietare «agli Stati membri di approfittare dell'occasione dell'attuazione della direttiva per operare, in un settore delicato come quello della politica sociale, una riduzione delle tutele già garantite nel proprio ordinamento, addebitandola (come purtroppo tante volte accade!) ad inesistenti obblighi comunitari piuttosto che ad una autonoma scelta nazionale»¹⁰².

Introdotte a partire dalla fine degli anni ottanta del secolo scorso (dapprima nel preambolo della direttiva¹⁰³, poi nelle disposizioni pre-cettive vere e proprie¹⁰⁴), le clausole di non regresso perseguono dun-

dello stesso avviso pare essere anche G. RICCI 2010a, p. 26. Sulle clausole di non regresso in genere v., fra i molti, E. ALES 2007, p. 5 ss.; O. BONARDI 2006, p. 266 ss.; L. CALAFÀ 2006, p. 205 ss.; U. CARABELLI, V. LECCESE 2004d, p. 536 e IDD. 2005; M. DELFINO 2002, p. 487 ss.; G. FRANZA 2006, p. 1108 ss.; L. GAROFALO 2004, p. 39 ss.; M. ROCCELLA 2004b, p. 22 ss. Più recentemente v. M. AIMO 2012a, p. 159 ss.; L. CORAZZA 2011, p. 385 ss.; S. PEERS 2010, p. 436 ss.; M. ROCCELLA, D. IZZI 2010, p. 40 ss.; M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 76 ss. e p. 265 s. Cfr. anche Corte Suprema Di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione tematica. Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, Roma, 12 gennaio 2011, p. 48 ss., ove è ripercorsa la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla clausola di non regresso formatasi in materia di contratti di lavoro a tempo determinato.

⁹⁹ Corte di giustizia 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in *Racc.*, 2005, p. 9981, punto 50 della motivazione.

¹⁰⁰ B. CARUSO, M. MILITELLO 2012, p. 43.

¹⁰¹ L. CASTELLINA 2007, p. 43.

¹⁰² V. le conclusioni dell'avvocato generale Antonio Tizzano, presentate il 30 giugno 2005, in merito alla causa C-144/04, *Mangold v. Helm*, in *Racc.*, 2005, p. 9981, punto 62.

¹⁰³ V. ad es. il 2° *considerando* della direttiva n. 89/391, del 12 giugno 1989, concernente «l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro».

¹⁰⁴ V. ad es. l'art. 1.3 della direttiva n. 92/85, del 19 ottobre 1992, relativa alla protezione della salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento. In questo secondo gruppo rientrano naturalmente l'art. 18, par. 3, della di-

que l'obiettivo di imporre in capo ai legislatori nazionali «un obbligo a rendere trasparenti le dinamiche regolative riguardanti materie che incidono tanto sulla concorrenza che sul miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (tramite la “parificazione nel progresso”), assumendosi senza infingimenti la responsabilità politica delle proprie scelte di peggioramento della disciplina interna nei confronti della comunità internazionale (oltre che, evidentemente, nei confronti della pubblica opinione interna)»¹⁰⁵.

La portata giuridicamente vincolante di tale «clausola di trasparenza»¹⁰⁶, finalizzata ad evitare un utilizzo strumentale degli obblighi comunitari, è stata riconosciuta dalla Corte di giustizia nel noto caso *Mangold*, primo di una serie di pronunce con cui la Corte è intervenuta sulla portata del divieto di regressione. Da allora, i giudici di Lussemburgo hanno delineato un nutrito elenco di condizioni che devono essere contemporaneamente presenti affinché la clausola possa dirsi violata, indebolendone così almeno in parte la portata garantista. Benché la Corte di giustizia si sia fino ad ora pronunciata sull'efficacia del principio di non regresso quasi esclusivamente in relazione alla direttiva sul lavoro a termine¹⁰⁷, la sua ricca giurisprudenza può ad ogni modo rivelarsi utile per chi voglia valutare quale esito potrebbe avere un eventuale giudizio sotto tale profilo della normativa italiana in materia di orario di lavoro.

Requisito preliminare che la Corte reputa necessario affinché il divieto di *reformatio in pejus* possa operare è quello della sussistenza di un collegamento teleologico della misura nazionale regressiva con l'attuazione della direttiva¹⁰⁸: perché una riduzione delle tutele rispetto allo *standard* normativo previgente possa dirsi lecita è indispensabile che la modifica apportata dal legislatore interno sia fondata su ragioni di politica sociale – la cui esistenza deve essere provata dallo

rettiva n. 93/104 sull'orario di lavoro nonché, com'è ovvio, l'art. 23 della direttiva n. 2003/88.

¹⁰⁵ U. CARABELLI, V. LECCESE 2004b, p. 12.

¹⁰⁶ V. le conclusioni dell'avvocato generale relative al caso *Mangold*, cit., punto 62.

¹⁰⁷ L'unica eccezione può essere ravvisata nella sentenza Corte di giustizia 8 luglio 2010, causa C-246/09, *Bulicke*, in *Racc.*, 2010, p. 7003, riguardante la direttiva n. 2000/78 relativa alla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

¹⁰⁸ Corte di giustizia 22 novembre 2005, *Mangold* cit., punti 51 e 52 della motivazione; 23 aprile 2009, cause riunite C-378/07, C-379/07 e C-380/07, *Angelidaki*, in *Racc.*, 2009, p. 3071, punti 126, 130 e 133 della motivazione. Cfr. anche l'ordinanza della Corte di giustizia 11 novembre 2010, C-20/2010, *Vino I*, in *Racc.*, 2010, p. 148, punto 44 della motivazione.

Stato membro interessato¹⁰⁹ – specifiche e indipendenti dall'obbligo di trasposizione delle regole comunitarie¹¹⁰. Spetta dunque allo Stato membro dimostrare la «sussistenza di un'«evoluzione» di quella situazione che, prima dell'entrata in vigore della direttiva, lo aveva indotto alla fissazione di regole di miglior favore per i lavoratori, così fornendo adeguata giustificazione su di un piano politico-istituzionale»¹¹¹ alla scelta legislativa operata.

L'applicazione di questo primo criterio certo non porrebbe al riparo il d.lgs. n. 66/2003 dall'accertamento della violazione della clausola di non regresso: così come espressamente enunciato nell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 66, «l'oggetto stesso»¹¹² di tale testo normativo è infatti la trasposizione della direttiva in materia di orario di lavoro nell'ordinamento italiano, in esecuzione della legge delega n. 39/2002. La mancata individuazione di una ragione distinta dall'obbligo di trasposizione non può dunque giustificare l'arretramento delle tutele per i lavoratori derivante dall'abrogazione della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e dal conseguente innalzamento da dieci a tredici ore della durata massima della prestazione giornaliera, nonché da cinquantadue¹¹³ a settantasette ore del tetto massimo settimanale¹¹⁴.

¹⁰⁹ V. le conclusioni dell'avvocato generale relative al caso *Mangold*, cit., punto 63.

¹¹⁰ Corte di giustizia 22 novembre 2005, *Mangold*, cit., punto 52 della motivazione.

¹¹¹ U. CARABELLI, V. LECCESE 2004d, p. 551.

¹¹² La medesima espressione è stata utilizzata dalla Corte di giustizia a proposito del decreto legislativo con cui nel nostro ordinamento è stata data attuazione alla direttiva sul lavoro a termine: v. la sentenza 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, in *Racc.*, 2010, p. 5837, punti 38 e 39 della motivazione, con cui è stato rimarcato che «l'oggetto stesso del decreto legislativo n. 368/2001 è la trasposizione della direttiva 1999/70 e che il decreto di cui trattasi è stato adottato in esecuzione della legge 29 dicembre 2000, n. 422», ragione per cui «non si può quindi escludere che le modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 368/2001 al diritto interno precedente siano collegate all'attuazione dell'accordo quadro». Sulla sentenza *Sorge* v. T. VETTOR 2010, p. 617 ss.

¹¹³ Nel previgente sistema normativo, alle quaranta ore di lavoro settimanali potevano infatti aggiungersi al massimo dodici ore di lavoro straordinario, per un totale di cinquantadue ore (o sessanta, nel caso in cui l'attività lavorativa fosse articolata su sei giorni a settimana): v. il combinato disposto dall'art. 13, l. n. 196/1997 e dall'art. 5, r.d.l. n. 692/1923. Sul punto v. U. CARABELLI, V. LECCESE 2004b, p. 15; V. FERRANTE 2010, p. 497 s.

¹¹⁴ Come già accennato nel capitolo precedente, tale soglia può essere ricavata mediante il combinato disposto dalla norma che riconosce il diritto ad un periodo di riposo giornaliero pari ad undici ore (art. 7) e la disposizione che sancisce il diritto ad un riposo settimanale pari a ventiquattro ore (art. 9): 13 h X 6 gg lavorativi; al totale vanno detratti i dieci minuti di pausa giornaliera previsti dall'art. 8.

Altro elemento necessario per l'applicabilità della clausola di non regresso è il verificarsi di un abbassamento delle garanzie capace di incidere sul «livello generale di tutela dei lavoratori»: soltanto «una *reformatio in peius* di ampiezza tale da influenzare complessivamente la normativa nazionale»¹¹⁵ può dunque rientrare nell'ambito applicativo della clausola in questione. Introducendo un criterio quantitativo «non pacificamente ricavabile dal testo»¹¹⁶, la Corte ha dunque precisato che non si può parlare di riduzione del livello generale di tutela a fronte di modifiche, introdotte nel diritto nazionale in sede di recepimento della direttiva, che «riguardino una categoria circoscritta di lavoratori»¹¹⁷ o che «siano compensate dall'adozione di altre garanzie o misure di tutela»¹¹⁸.

Benché siano portatori di «un'interpretazione nel complesso minimalista della clausola di non regresso che rischia di svuotarne di fatto il significato»¹¹⁹, anche l'applicazione di questi ultimi criteri non consente di superare i dubbi in ordine alla «legittimità comunitaria» del d.lgs. n. 66. È chiaro, infatti, che l'eliminazione della norma che stabiliva l'orario di lavoro massimo giornaliero e il conseguente indiretto innalzamento di tale tetto ha determinato una riduzione del livello di protezione per tutti i lavoratori e non soltanto per una categoria circoscritta di questi ultimi. L'abrogazione del limite massimo giornaliero, oltretutto, non è stata compensata da altre garanzie: come già detto, la sola previsione del diritto ad almeno undici ore di riposo giornaliero – oltre a perseguire una finalità ben diversa – ha determinato l'innalzamento dell'orario massimo di lavoro giornaliero, il quale, peraltro, non rappresenta più una soglia insuperabile potendo essere indirettamente derogato dalla contrattazione collettiva.

Il contrasto con la direttiva europea sotto il profilo della violazione della clausola di non regresso – che ben potrebbe essere ravvisato dalla Corte di giustizia se, superando il mero dibattito dottrinale, il d.lgs. n. 66/2003 fosse sottoposto al suo esame – getta un'ulteriore ombra sulla legittimità costituzionale del d.lgs. n. 66: ai profili di incostituzionalità già esaminati (v. *supra*, § 2.2), si aggiunge infatti la violazione degli artt. 11 e 117 Cost., secondo cui il legislatore

¹¹⁵ Entrambe le citazioni sono tratte dalla sentenza della Corte di giustizia 24 giugno 2010, *Sorge*, cit., punto 42 della motivazione; cfr. anche la pronuncia del 23 aprile 2009, *Angelidaki*, cit., punto 140 della motivazione.

¹¹⁶ M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 266.

¹¹⁷ Corte di giustizia 23 aprile 2009, *Angelidaki*, cit., punto 146 della motivazione; cfr. anche la pronuncia del 24 giugno 2010, *Sorge*, cit., p. 5837, punto 47 della motivazione.

¹¹⁸ Corte di giustizia 24 giugno 2010, *Sorge*, cit., punto 47 della motivazione.

¹¹⁹ M. AIMO 2012a, p. 162.

deve porsi in conformità ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, nonché dell'art. 76 della Carta costituzionale. Il rispetto della clausola di non regresso era infatti imposto al Governo anche dalla legge delega, secondo la quale – nel dettare nuove regole in materia di orario di lavoro – il Governo avrebbe dovuto attenersi ai principi e i criteri «contenuti nelle direttive da attuare» (art. 2, comma 1, l. n. 39/2002) e assicurare la piena conformità delle norme delegate «alle prescrizioni delle direttive medesime» (art. 2, comma 1, lettera f, l. n. 39/2002)¹²⁰: prescrizioni fra le quali rientra naturalmente anche la clausola in questione.

2.3. *L'ampliamento dello jus variandi del datore di lavoro*

Alla luce dei diversi profili di illegittimità costituzionale e comunitaria che presenta la normativa italiana in materia di orario di lavoro, non si può che convenire con chi ha sottolineato che la scelta di eliminare l'indicazione espressa della durata massima della prestazione giornaliera costituisce un singolare «esempio normativo di modernità (ottocentesca)»¹²¹, che si pone in rotta di collisione con la scala di valori posta alla base della nostra Carta fondamentale: nel dare «consacrazione in una affermazione di principio»¹²² alla necessità di fissare con legge la durata massima giornaliera della prestazione lavorativa, il costituente aveva infatti scelto di anteporre «il diritto (individuale, ma anche sociale) alla salute al diritto (individuale, ma di libertà) di scegliere entità e collocazione temporale della prestazione lavorativa»¹²³. La scelta di valorizzare il limite giornaliero era infatti dovuta all'estrema diffidenza con cui si guardava all'individualizzazione del tempo di lavoro, non soltanto a causa degli evidenti pericoli per la salute che la flessibilizzazione in sede contrattuale dell'orario avrebbe potuto comportare, ma anche per la notevole difficoltà che inevitabilmente si incontra nel valutare la genuinità delle scelte del lavoratore: consapevole che tali rischi avrebbero potuto concretizzarsi ove il legislatore ordinario avesse previsto una sola soglia ebdomadaria alla durata della prestazione, l'assemblea costituente aveva dunque scelto di elevare a rango costituzionale il principio della durata massima giornaliera dell'orario; la necessità di tutelare la salute dei lavoratori era stata dunque considerata prevalente rispetto all'esi-

¹²⁰ In senso analogo v. U. CARABELLI, V. LECCESE 2004b, p. 32 ss.

¹²¹ M. ROCCELLA 2010d, p. 319.

¹²² AA.VV. 1970, p. 1561 ss.

¹²³ V. LECCESE 2001a, p. 58, a cui si rinvia per un'approfondita analisi sull'origine e sulla *ratio* dell'art. 36 Cost. (soprattutto p. 44 ss.).

genza di garantire una maggiore autonomia alle parti individuali nella gestione del tempo di lavoro.

La *ratio* dell'art. 36 Cost. di sottrarre «all'arbitrio del privato lo stabilire [...] la durata del lavoro»¹²⁴ è stata però tradita nel momento in cui il legislatore ordinario con il d.lgs. n. 66/2003 ha eliminato l'espressa previsione di una durata massima alla prestazione giornaliera, limitandosi a fissare il solo tetto massimo settimanale, il quale – come già si è detto – può per giunta essere calcolato come media in un periodo di tempo piuttosto lungo: dall'intreccio fra la promozione di moduli orari medi e la cancellazione del limite giornaliero consegue infatti l'espansione del potere del datore di lavoro di organizzare ed eventualmente modificare l'articolazione dell'orario, plasmando l'attività lavorativa in giornate la cui durata può estendersi fino a tredici ore, nel contesto di settimane che possono arrivare a toccare le settantasette ore.

Se è vero che la possibilità di modellare l'orario potrebbe – almeno in linea teorica – permettere a datore e lavoratore di organizzare il tempo di lavoro in modo maggiormente consono alle rispettive ed opposte esigenze, sono però rare le situazioni in cui il sogno della conciliazione del tempo di lavoro con il tempo di vita pare essere divenuto realtà (v. *infra*, cap. IV, § 3, per alcune interessanti forme di individualizzazione dell'orario di lavoro sperimentate dalle parti sociali, quali i c.d. “orari a isole” e “orari a menù”); molto più spesso, le indiscriminate aperture verso forme di flessibilità dell'orario giornaliero comportano il rischio che, «in nome del rispetto delle esigenze del singolo, si aprano spazi per il perseguimento di obiettivi molto diversi, generalmente riconducibili alle esigenze dell'impresa»¹²⁵. L'assenza di un limite massimo dell'orario di lavoro giornaliero – più che conferire alle parti la possibilità di pattuire orari conformi alle rispettive necessità – «accentua il potere di determinazione unilaterale e variabile della collocazione temporale dell'orario»¹²⁶, permettendo all'imprenditore di plasmare a suo piacimento l'organizzazione dell'attività produttiva e di variare il *quantum* lavorativo da richiedere ai propri dipendenti a seconda delle esigenze. A ben vedere, dunque, il legislatore ha introdotto «in modo strisciante il principio dell'ora-

¹²⁴ AA.Vv. 1970, p. 1561 ss.

¹²⁵ V. LECCESE 2001a, p. 58.

¹²⁶ V. BAVARO 2008, p. 236. Nello stesso senso G. RICCI 2005, p. 344, che sottolinea come la possibilità di estendere la prestazione lavorativa sino ad un massimo di tredici ore al giorno e settantasette a settimana determini «rilevanti *chance* di gestione flessibile dei tempi di lavoro e non lavoro da parte dell'impresa, concretizzando possibili modalità invasive, su base giornaliera, del tempo di lavoro, a scapito dei tempi sociali alternativi ai tempi di lavoro».

rio normale multiperiodale [anche] endosettimanale»¹²⁷, rimettendo al datore di lavoro la facoltà di organizzare la prestazione nei modi più vari.

Gli spazi di flessibilità affidati al datore sono stati notevolmente ampliati: nelle mani di quest'ultimo è stato riposto un vasto potere di organizzazione del tempo di lavoro, che si spinge sino alla possibilità di definire calendari di lavoro che alternino periodi di prestazioni prolungate a soste nell'attività, con un'estrema flessibilità nella durata oraria settimanale¹²⁸. A discrezione dell'imprenditore, la prestazione lavorativa potrebbe così addirittura essere concentrata in una giornata lavorativa di un'ora e trenta minuti e in tre giornate di dodici ore e cinquanta minuti: tale esempio, per quanto abnorme, è utile per comprendere che – in assenza di una norma che preveda la durata massima della prestazione giornaliera – la collocazione dell'orario di lavoro può essere oggetto delle più svariate manipolazioni. La definizione dell'orario normale e dell'orario normale massimo come valori riferiti esclusivamente alla settimana determina infatti l'irrilevanza della misura giornaliera della prestazione e la conseguente estensione del potere unilaterale di modifica attribuito al datore di lavoro.

L'abrogazione del limite massimo dell'orario di lavoro giornaliero e l'ampio ricorso a moduli orari medi hanno dunque determinato un "mix esplosivo", accentuando a dismisura il potere direttivo del datore sull'organizzazione dei tempi di lavoro a discapito del diritto di ogni lavoratore alla programmabilità dei tempi di vita¹²⁹. A tal proposito occorre ricordare che un'importante funzione riequilibratrice fra potere imprenditoriale e diritti dei lavoratori è stata svolta, fin da prima dell'intervento legislativo del 2003, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che hanno cercato di limitare lo *jus variandi* riconosciuto in capo al datore di lavoro. In particolar modo, è stato precisato che la facoltà di definire il calendario della prestazione deve essere esercitata dall'imprenditore all'interno delle «coordinate di determinazione o determinabilità dell'oggetto contrattuale»¹³⁰, nonché nel rispetto delle

¹²⁷ C. ZOLI 2005, p. 109.

¹²⁸ V. FERRANTE 2008a, p. 275.

¹²⁹ Nello stesso senso v. M.G. MATTAROLO 2012, p. 615, secondo cui «sembra inevitabile ricondurre al libero esercizio del potere direttivo ciò che prima era oggetto di contrattazione, poiché il potere modificativo del datore incide di fatto sulla *durata* delle singole prestazioni giornaliere pure all'interno di un'immutata quantità complessiva di lavoro settimanale».

¹³⁰ V. FERRANTE 2008a, p. 286 ss. L'autore ritiene che «sul datore che voglia utilizzare in maniera flessibile le prestazioni dei propri dipendenti, avvantaggiandosi delle prerogative riconosciutegli dal d.lgs. n. 66/2003, gravi un onere di predisporre, con considerevole anticipo, un piano o un calendario che distribuisca nominativa-

regole di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ.¹³¹: riconoscendo in capo al lavoratore l'interesse al mantenimento del medesimo orario di lavoro in considerazione di particolari esigenze familiari¹³², la giurisprudenza ha inoltre precisato che la variazione dell'orario deve essere comunicata con congruo anticipo per permettere al dipendente una «ragionevole programmazione del proprio tempo in relazione agli impegni lavorativi»¹³³.

mente l'orario per giorni e per settimane». In senso simile v. anche A. NICCOLAI 2009, p. 246.

¹³¹ V. Trib. Bologna 10 aprile 2007, a quanto consta inedita, secondo cui il datore di lavoro deve «cooperare in buona fede per l'assegnazione dei dipendenti a turni compatibili con le loro qualificate esigenze familiari, specie quando la determinazione di un orario piuttosto che di un altro non comporti, per l'azienda, insuperabili difficoltà organizzative». Nello stesso senso v. anche la risposta ad interpello del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, n. 68/2009, in *www.lavoro.gov.it*. In dottrina v. però M.G. MATTAROLO 2012, p. 618, secondo cui il ricorso alle clausole generali di correttezza e buona fede «non è idoneo ad impedire atti di gestione dei rapporti di lavoro che, pur pregiudizievoli per il lavoratore, siano oggettivamente funzionali agli interessi dell'impresa».

¹³² V. Pret. Milano 20 maggio 1992, in *RIDL*, 1993, II, p. 816, con la quale è stato riconosciuto il diritto del lavoratore a far valere esigenze personali ostative al nuovo orario che il datore avrebbe dovuto tenere in considerazione in ottemperanza agli obblighi di buona fede e correttezza. Sul punto v. anche Pret. Busto Arsizio 20 maggio 1993, in *D&L*, 1994, p. 143, che ha riconosciuto in capo all'imprenditore l'esistenza di «un vero e proprio obbligo di favorire il contemperamento delle esigenze professionali e di quelle familiari della donna lavoratrice», precisando subito dopo che «analogo discorso potrebbe riguardare anche l'uomo, a certe condizioni». Cfr. anche Pret. Milano 20 gennaio 1995, in *D&L*, 1995, p. 618, e Trib. Lecce 24 dicembre 2005, a quanto consta inedita: secondo quest'ultima pronuncia il potere direttivo conosce sia limiti interni (il datore di lavoro ha solo il «potere unilaterale di determinazione dell'orario di lavoro in relazione alle proprie esigenze organizzative, e non per altri fini») che esterni (derivanti dai «limiti legali all'orario di lavoro, nonché ad eventuali posizioni soggettive attribuite al lavoratore dal contratto collettivo o da principi dell'ordinamento»). In dottrina v. A. ALLAMPRESE 2007, p. 349 ss.; E. PIETANZA 2009, p. 154.

¹³³ Così Cass. 21 maggio 2008, n. 12962, in *MGC*, 2008, p. 776, secondo cui – fermo restando il potere dell'imprenditore di variare unilateralmente la collocazione temporale della prestazione lavorativa (v. in tal senso Cass. 16 aprile 1993, n. 4507, in *RIDL*, 1993, II, p. 684; Pret. Milano 3 maggio 1994, in *OGL*, 1994, p. 278) – la comunicazione dell'orario deve essere effettuata con anticipo per permettere al lavoratore di programmare il proprio tempo; secondo la Cassazione, infatti, «le esigenze di programmabilità del tempo libero, ravvisate espressamente dal legislatore nell'ambito del rapporto di lavoro *part-time*, sussistono, anche se in maniera meno pressante, all'interno del rapporto di lavoro a tempo pieno», poiché anche in questo caso «il tempo libero ha una sua specifica importanza»: su tale pronuncia v. G. BOLEGO 2008, p. 825. Sulla possibilità di variare la collocazione e la durata della prestazione lavorativa nel *part-time* v. Cass. 22 marzo 1990, n. 2382, in *RIDL*, 1990, II, p. 630. Sullo *jus variandi* del datore di lavoro v., più approfonditamente, V. FERRANTE 2008a, p. 281 ss.; P. ICHINO 2003, p. 370 s.; S. LAFORGIA 2009a p. 196.; EAD.

Benché lodevoli, le interpretazioni proposte da dottrina e giurisprudenza non sono però, da sole, in grado di porre un freno al vasto potere di distribuzione della prestazione riconosciuto in capo al datore: proprio per tale ragione, sarebbe più che mai opportuno un intervento della contrattazione collettiva volto a temperare o circoscrivere i margini di flessibilità descritti, sia riguardo all'articolazione che al prolungamento della prestazione giornaliera. Di rado, tuttavia, le parti sociali sono state in grado di svolgere tale ruolo, tamponando le carenze legislative ed introducendo misure di contrappeso al rafforzamento del potere imprenditoriale¹³⁴: soltanto in pochissimi casi, infatti, in sede contrattuale è stato reintrodotta il tetto alla durata massima dell'orario di lavoro giornaliero¹³⁵; più frequentemente gli accordi collettivi hanno rinunciato a fissare una simile soglia, prevenendo addirittura in alcuni casi situazioni che legittimano il prolungamento dell'orario di lavoro giornaliero anche oltre il limite di tredici ore¹³⁶. Se si riflette per un attimo «sulla rilevanza che il costi-

2009b, p. 76 e p. 84 s.; M.G. MATTAROLO 2012, p. 622 ss.; A. PERULLI 1992, p. 32 ss.; cfr. anche A. ALLAMPRESE 2009, p. 140 ss., a cui si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

¹³⁴ In alcuni casi, ad esempio, sono stati introdotti vincoli procedurali al potere del datore di lavoro, come quelli previsti dall'art. 124, sezione IV, titolo V, capo I, del contratto collettivo per il commercio (siglato il 18 luglio 2008 e rinnovato il 26 febbraio 2011): tale norma stabilisce che «l'eventuale variazione dell'articolazione dell'orario in atto [...] deve essere realizzata dal datore di lavoro armonizzando le istanze del personale con le esigenze dell'azienda» e deve essere «comunicata, entro il 30 novembre di ciascun anno, dal datore di lavoro ai dipendenti interessati secondo le modalità di cui al successivo art. 133, e contestualmente, per iscritto, all'Osservatorio della provincia di competenza [...] tramite la corrispondente Associazione territoriale aderente alla Confcommercio. L'articolazione dell'orario settimanale prescelta avrà vigore dal 1° gennaio dell'anno successivo e, al fine di favorire la realizzazione di una reale programmazione della distribuzione dell'orario, avrà validità annua».

¹³⁵ Fra gli accordi presi in esame (sulla scelta dei quali v. *supra*, cap. II, nota 51), soltanto quello applicato nel settore edile ha ripristinato in via contrattuale il previgente tetto legale di dieci ore lavorative al giorno: v. l'art. 5 del Ccnl per i dipendenti del settore edile, sottoscritto il 18 giugno 2008 e rinnovato il 19 aprile 2010.

¹³⁶ V. ad esempio l'art. 5, sezione IV, titolo III del Ccnl per gli addetti all'industria metalmeccanica (sottoscritto il 20 gennaio 2008), secondo cui – qualora l'attività lavorativa richieda continuità di presenza – il dipendente del turno cessante non può lasciare il posto di lavoro prima di essere sostituito; poiché la sostituzione deve avvenire «entro un termine massimo di un numero di ore corrispondenti alla metà del turno», l'attività lavorativa potrà protrarsi anche per dodici ore consecutive. Come se ciò non bastasse, nel caso eccezionale in cui il lavoratore del turno successivo tardi ad arrivare rischiando di causare un «pregiudizio alla produzione od al lavoro di altri lavoratori», al dipendente cessante potrà essere richiesta la prosecuzione dell'attività lavorativa per l'intero turno successivo: a fronte di un periodo di riposo di sole 8 ore, la durata della prestazione lavorativa potrà raggiungere addirittura le 16

tuate ha attribuito al limite della durata massima della giornata lavorativa, ed alla *ratio* di tutela della salute psico-fisica del lavoratore ad essa sottesa, risulta però assai difficile comprendere le motivazioni che spingono le organizzazioni sindacali dei lavoratori a scelte contrattuali di questo tenore»¹³⁷: scelte che possono evidentemente essere spiegate solo in considerazione dei rapporti di forza che determinano gli esiti negoziali.

3. Il lavoro straordinario

3.1. *Disincentivi e incentivi*

Modello «per antonomasia di gestione flessibile del tempo di lavoro»¹³⁸, il lavoro straordinario è probabilmente lo strumento che maggiormente consente di saziare la «fame da lupi mannari di pluslavoro»¹³⁹, permettendo al datore di conformare «la dimensione temporale della prestazione alle necessità oggettivamente concorrenti della produzione»¹⁴⁰. Paragonato ad un «prisma attraverso il quale si irra-

ore giornaliera! Sulle problematiche connesse a tale disposizione v. A. FENOGLIO 2010b, p. 361 ss. L'espressa indicazione della durata massima giornaliera dell'attività lavorativa manca anche nel Ccnl per l'industria alimentare, in quello per il commercio e in quello per il settore creditizio: in quest'ultimo caso, le parti sociali si sono limitate a definire l'orario normale giornaliero; tale disposizione incide però non sui limiti di esigibilità della prestazione ma sulla qualificazione delle ore effettivamente prestate (v. l'art. 95, parte speciale, capitolo XIII del Ccnl stipulato l'8 dicembre 2007, che individua l'orario normale giornaliero in 7 ore e 30 minuti, attribuendo all'impresa la facoltà di modulare le giornate lavorative secondo differenti schemi). Ad ogni modo è bene sottolineare che, secondo autorevole dottrina, nel caso in cui la contrattazione collettiva non colmi il vuoto legislativo spetta «al giudice *ex art. 36 Cost.*, letto alla luce della clausola di non regresso [...] riportare entro i limiti legali preesistenti la durata massima della giornata lavorativa»: M. NAPOLI 2005, p. 1233; ID. 2008b, p. 74; nello stesso senso V. FERRANTE, 2004c, p. 1438 e ID. 2008a, p. 277 s. In senso adesivo v. anche V. LECCESE 2004c, p. 1332 e ID. 2001a, p. 128 e p. 131 ss., secondo cui l'art. 36 Cost., comma 2, costituisce «la fonte di un diritto che va garantito anche qualora si riscontri un comportamento omisivo del legislatore»; l'autore sottolinea però che «l'ammissione di una significativa opera di supplenza giudiziale [...] non può ovviamente appagare», non solo perché si finirebbe «per compromettere un elementare principio di certezza del diritto», ma soprattutto perché l'intervento del giudice sarebbe volto a «supplire una carenza legislativa comportante la vanificazione dello sforzo profuso dai Costituenti nell'individuazione diretta [...] della fonte deputata ad intervenire sulla materia».

¹³⁷ G. LELLA 2005, p. XIII. Rileva l'incapacità dell'autonomia collettiva di limitare i poteri datoriali anche F. DI LORENZO 2010, p. 115 s.

¹³⁸ F. CARINCI, A. BOSCATI 2001, p. 20.

¹³⁹ La colorita espressione è di K. MARX 2009 (ma 1867), p. 350.

¹⁴⁰ B. VENEZIANI 1993, p. 296. Sul punto v. anche A. ALLAMPRESE 2003b, p. 101.

dia, espandendosi, la flessibilità nella gestione degli orari»¹⁴¹, lo svolgimento di lavoro straordinario pone infatti i datori di lavoro nella condizione di fronteggiare le fluttuazioni del mercato e ottimizzare il processo produttivo, rispondendo in tempi brevi all'eventuale incremento della domanda ed evitando di procedere a nuove assunzioni¹⁴²: l'ampia elasticità e la convenienza economica sono invero due delle caratteristiche che hanno contribuito a rendere il superamento dell'orario normale di lavoro la fonte primaria di flessibilità. Sebbene per lungo tempo il legislatore abbia cercato di scoraggiare l'uso eccessivo degli straordinari mediante la previsione di maggiorazioni tanto retributive quanto contributive, tale strumento non ha infatti mai perso la sua appetibilità, anche in considerazione di quello che è stato efficacemente definito come il "paradosso dello straordinario": nonostante tali misure disincentivanti, il costo dell'ora di lavoro straordinario è sempre stato considerevolmente più basso rispetto a quello di un'ora di lavoro ordinario, per via dell'esclusione dei compensi pagati per le ore eccedenti l'orario normale dalla base di calcolo per la quantificazione delle c.d. competenze indirette e differite¹⁴³.

La convenienza economica di tale «mezzo strategico»¹⁴⁴ dell'organizzazione lavorativa è frutto anche dei più recenti interventi legislativi, in particolar modo dell'eliminazione del «prezzo sociale»¹⁴⁵ determinato dall'aggravio contributivo che, fino a poco tempo fa, doveva essere versato dal datore di lavoro a fronte del superamento da parte dei dipendenti dell'orario di lavoro normale: introdotto inizialmente dalla l. n. 1079/1955 per le sole imprese industriali, l'obbligo di versare una maggiorazione contributiva per le ore di lavoro straordinario era stato successivamente generalizzato dall'art. 2, comma 19, della l. 28 dicembre 1995, n. 549¹⁴⁶, al fine di «disincentivare (mode-

¹⁴¹ E. BARRACO 2003, p. 214; nello stesso senso P. PESSA 1998, p. 67.

¹⁴² E. GANZERLI 2005, p. 36.

¹⁴³ I compensi per lo svolgimento di lavoro straordinario non incidono infatti sia su alcune voci della retribuzione diretta (scatti di anzianità, premi di produzione mensili), sia sulla quasi totalità delle componenti di quella indiretta e differita (mensilità aggiuntive, festività, permessi retribuiti e t.f.r.). Sul c.d. paradosso dello straordinario v. l'analisi del CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO 1998, p. 235; in dottrina v. G. OLINI 1994, p. 15. Cfr. anche A. ALMORETTI 2008; V. FERRANTE 1998, p. 1307; P. ICHINO 2008b.

¹⁴⁴ B. VENEZIANI 1993, p. 296.

¹⁴⁵ M. PERUZZI 2009, p. 265.

¹⁴⁶ Tale norma stabiliva che tutte le imprese con più di 15 dipendenti dovessero versare a favore del Fondo prestazioni temporanee dell'Inps un contributo pari al 5% della retribuzione relativa alle ore di straordinario effettuate. Il contributo era più elevato per le imprese industriali, che erano tenute a versarlo in misura pari al 10% per le ore eccedenti le quarantaquattro settimanali ed al 15% per le ore acce-

ratamente) il sistema produttivo italiano dalla tendenza endemica a ricorrere strutturalmente al lavoro straordinario»¹⁴⁷, anche in vista di finalità occupazionali. Mutato il contesto politico-culturale, non soltanto il maggior costo del lavoro straordinario è stato eliminato (art. 1, comma 71, l. 24 dicembre 2007, n. 247)¹⁴⁸, ma è stata al contempo sperimentata nel corso del 2008 la parziale detassazione dei compensi versati a tale titolo (art. 2, d.l. 27 marzo 2008, n. 93, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 126)¹⁴⁹.

Tale misura era chiaramente ispirata al modello francese, ove è stato introdotto uno speciale regime fiscale e contributivo per i compensi relativi alle ore di lavoro straordinario al fine dichiarato di incrementare il potere d'acquisto dei lavoratori e stimolare la crescita dell'offerta di lavoro da parte delle imprese, di fatto neutralizzando, senza però abrogare formalmente, la legge sulle trentacinque ore¹⁵⁰. L'efficacia di questa manovra è stata però fin da subito messa in dubbio da alcuni studiosi francesi, secondo cui la soppressione degli oneri

denti le quarantotto settimanali (in questo caso a prescindere dal numero dei lavoratori occupati). Tale penalizzazione non operava qualora la contrattazione collettiva prevedesse in capo al lavoratore che avesse svolto lavoro straordinario «il diritto ad una corrispondente riduzione dell'orario e tale riduzione [fosse] effettivamente goduta»: art. 2, comma 21, l. n. 549/1995. Cfr. G. BOLEGO 2004a, p. 132 ss.; V. LECCESE 1998, p. 1338; Id. 2001a, p. 392. Sulla legislazione contributiva disincentivante v. A. ALLAMPRESE 2001, p. 123 ss.

¹⁴⁷ V. BAVARO 2009a, p. 217; cfr. anche G. BOLEGO 2004a, p. 125 s.; V. LECCESE 2001a, p. 356 s.

¹⁴⁸ Sull'abrogazione di tale disposizione, pattuita in seno all'accordo triangolare firmato da Governo e parti sociali il 23 luglio 2007 e poi recepita dal legislatore, v. C. GAZZETTA 2008a, p. 421; S. LAFORGIA 2009a, p. 194; M. PERUZZI 2009, p. 265.

¹⁴⁹ Dal 1° luglio 2008 al 31 dicembre 2008, salva espressa rinuncia scritta del lavoratore, le somme erogate ai lavoratori subordinati del settore privato per prestazioni di lavoro straordinario erano soggette ad un'imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e delle addizionali regionali e comunali pari al 10%, entro il limite di importo complessivo di 3.000 euro lordi. Su tale sperimentazione v. A. ALMORETTI 2008; V. FERRANTE 2008c, p. 419; R. PALADINI 2008; T. PIZZO 2008, p. 48; cfr. anche, diffusamente, F.M. PUTATURO DONATI 2009b, p. 335; M. PERUZZI 2009, p. 260 ss.; G. DI CORRADO 2011, p. 305.

¹⁵⁰ In Francia tale misura è stata introdotta dalla l. 21 agosto 2007, n. 1223 «en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (TEPA)». La misura – che, a differenza di quella italiana, trova applicazione sia nel settore privato che in quello pubblico – incentiva lo svolgimento di lavoro straordinario, prevedendo, ancorché nel rispetto di condizioni e limiti prefissati, anche una riduzione forfettaria del versamento dei contributi sociali (proporzionale alla retribuzione del lavoratore) ed esonera i dipendenti dal pagamento dell'imposta sui redditi per la remunerazione complessivamente percepita allungando l'orario di lavoro. Sulla manovra francese v. V. BAVARO 2009a, p. 217; F. CHAMPEAUX 2007, p. 696 ss.; G. DI CORRADO 2011, p. 313; C. GAZZETTA 2008b, p. 682; P. ICHINO 2008a; Id. 2008b; M. PERUZZI 2009 p. 266; F.M. PUTATURO DONATI 2009b, p. 346.

fiscali e dell'imposta sul reddito delle ore straordinarie rischia di giocare «a sfavore delle nuove assunzioni» e «di costare più del previsto perché molte aziende dichiareranno ore straordinarie fittizie per beneficiare dell'assenza di prelievi»¹⁵¹.

Presentata anche dal legislatore italiano come una misura a sostegno del reddito dei lavoratori, la detassazione dello straordinario è stata bersaglio di numerose critiche pure da questo versante delle Alpi. Considerando «condizione per l'incremento della produttività del lavoro l'incremento delle ore lavorate»¹⁵², nel breve periodo di vigenza la detassazione dello straordinario ha infatti finito per incentivare notevolmente il superamento dell'orario normale di lavoro, ponendosi così in netto contrasto con la regola del «contenimento» enunciata già dall'art. 5 *bis*, comma 2, del r.d.l. n. 692/1923¹⁵³ e ribadita ora dall'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 66/2003¹⁵⁴: regola che, lungi dal costituire un «ovvio e pure innocuo principio»¹⁵⁵, merita di esser considerata come una risorsa di chiusura, mediante la quale ammettere «una valutazione giudiziale di ragionevolezza dell'orario lavorativo»¹⁵⁶ al fine di garantire la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori. Ad ogni modo, nel nostro Paese il discusso strumento della detassazione – che ha fin da subito determinato un acceso dibattito fra chi rilevava che «per sostenere la crescita e incrementare la produttività occorre lavorare di più»¹⁵⁷ e chi, invece, considerava tale di-

¹⁵¹ O. BLANCHARD, P. CAHUC, A. ZYLBERBERG 2007, secondo cui la detassazione degli straordinari non pare aver raggiunto gli obiettivi indicati dal legislatore.

¹⁵² V. BAVARO 2009a, p. 216.

¹⁵³ L'art. 5 *bis* è stato introdotto nel r.d.l. n. 692/1923 dall'art. 1 della l. 30 ottobre 1955, n. 1079, successivamente modificato dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758 e, da ultimo, sostituito dall'art. 1 del d.l. 29 settembre 1998, n. 335, convertito in l. 27 novembre 1998, n. 409.

¹⁵⁴ Secondo cui «il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario deve essere contenuto».

¹⁵⁵ Così lo definisce R. DEL PUNTA 2003, p. VII. In senso analogo v. anche S. LAFORGIA 2009b, p. 82; M. PERUZZI 2009, p. 257; G. RICCI 2005, p. 322; F. RONTONI 2009, p. 2725.

¹⁵⁶ G. BOLEGO 2004a, p. 111; in senso simile v. anche E. BARRACO 2003, p. 215 ss.; M. LAI 2004, p. 83; F.M. PUTATURO DONATI 2005, p. 62. Proprio dal carattere eccezionale del lavoro straordinario – ribadito in numerosi contratti collettivi (v. ad es. l'art. 31, comma 2, capitolo VII, del Ccnl per i lavoratori dell'industria alimentare, sottoscritto il 22 settembre 2011; l'art. 8, parte I, lettera e, punto 5, dell'accordo per il rinnovo del Ccnl per l'industria chimica del 18 dicembre 2009; l'art. 7, comma 6, sezione IV, titolo III, del Ccnl per i metalmeccanici sottoscritto il 20 gennaio 2008) – si può inoltre desumere la possibilità per i lavoratori di rifiutare lo svolgimento della prestazione eccedente l'orario normale di lavoro qualora questa sia richiesta per far fronte ad esigenze di carattere ordinario.

¹⁵⁷ M. TIRABOSCHI 2008, p. 227. Favorevole a tale misura è anche G. DI COR-

sposizione indirettamente discriminatoria in base al sesso¹⁵⁸ e ne poneva in luce probabili profili d'illegittimità costituzionale¹⁵⁹ – non è stato riproposto al termine del periodo di sperimentazione¹⁶⁰.

Ciò non significa, tuttavia, che la politica di favore nei confronti del lavoro straordinario sia stata abbandonata. Gli strumenti di carattere economico con cui in passato il legislatore aveva cercato di contenere il superamento dell'orario di lavoro normale – non soltanto al fine di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori, ma anche per contrastare la disoccupazione attraverso la ripartizione del volume complessivo di lavoro disponibile fra un numero più ampio di soggetti – non sono infatti più previsti dall'attuale normativa: oltre ad aver abrogato l'aggravio contributivo, il legislatore ha infatti

RADO 2011, p. 323, secondo cui «andrebbe varato, in forma permanente, un provvedimento di legge che preveda una riduzione selettiva del carico fiscale gravante sui redditi di lavoro straordinario, oltre che sui premi di produttività. Detta politica fiscale incentiva il lavoratore e non grava sui costi del datore di lavoro».

¹⁵⁸ Secondo P. ICHINO 2008a, poiché il lavoro straordinario è prestato in prevalenza da lavoratori di sesso maschile, tale manovra – pur apparentemente neutra – determinava una discriminazione indiretta in base al sesso.

¹⁵⁹ Si v. in particolare V. ANGIOLINI 2008, p. 2 ss., che – dopo aver ricordato che «la Corte costituzionale ha già avuto modo di censurare, in termini di irragionevolezza ex art. 3 Cost, l'incoerenza e lo scarto tra la disciplina delle misure di incentivazione fiscale o contributiva predisposte a favore delle imprese (e/o dei lavoratori) e gli obiettivi assegnati per legge alle misure di incentivazione» – ha rilevato il medesimo scarto e la medesima incoerenza nell'art 2 del d.l. n. 93/2008. Il legislatore, infatti, «dopo aver asserito di voler tendere all'«*incremento di produttività*», non chiarisce in alcun modo come, da chi e quando dovrebbe essere controllato che il ricorso al lavoro straordinario, o a forme ulteriori di flessibilità del lavoro o delle retribuzioni ivi contemplate, sia effettivamente volto a tale scopo, in corrispondenza con le agevolazioni fiscali accordate, anziché essere utilizzato per scopi diversi e rimessi all'arbitrio dell'imprenditore». L'incostituzionalità della misura di parziale detassazione dei compensi per lavoro straordinario sarebbe inoltre ancora più evidente tenendo conto del fatto che il legislatore aveva escluso dal campo di applicazione di tale sperimentazione i lavoratori del pubblico impiego: a sostegno di tale affermazione è stato infatti ricordato che «l'«*incremento della produttività*», in forza dei principi stessi dell'art. 97 Cost., è obiettivo che ha per la pubblica amministrazione ragioni ancora maggiori di essere perseguito che non per le imprese private», rilevando che «presso le pubbliche amministrazioni, vincolate a regole più strette di buon andamento ed imparzialità dell'organizzazione» le misure di incentivazione della flessibilità del lavoro e delle retribuzioni «potrebbero essere utilizzate in maniera più controllata e verificabile rispetto allo scopo assegnato dal legislatore». Simile è anche la posizione di P. ICHINO 2008b.

¹⁶⁰ V. l'art. 5, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito in l. 28 gennaio 2009, n. 2, con il quale la detassazione è stata prorogata solo in relazione alle somme erogate a fronte di incrementi di produttività, innovazione ed efficienza organizzativa ed altri elementi di competitività e redditività legati all'andamento economico dell'impresa.

eliminato la base legale del diritto alla maggiorazione per lavoro straordinario.

Mentre in passato era la legge stessa a stabilire che il superamento dell'orario di lavoro normale doveva essere remunerato «con un aumento di retribuzione rispetto a quella dovuta per il lavoro ordinario» (art. 2108, comma 1, cod. civ.) in misura «non inferiore al 10%» (art. 5, r.d.l. n. 692/1923)¹⁶¹, il d.lgs. n. 66/2003 – in assenza di indicazioni di origine europea (v. *supra*, cap. I, § 2.1) – si è allineato alle scelte operate da altri legislatori nazionali¹⁶², rinviando alla contratta-

¹⁶¹ La misura minima di maggiorazione risultava spesso aumentata, anche notevolmente, dai contratti collettivi. Entrambe le disposizioni citate nel testo sono state abrogate ad opera dell'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 66/2003: sul punto v. E. BARRACO 2003, p. 222; D. GAROFALO 2003, p. 1010; M. LAI 2004, p. 194; G. RICCI 2005, p. 327. Dubita invece dell'abrogazione dell'art. 2108 cod. civ. R. DEL PUNTA 2003, p. XVII; sulla questione v. anche A. ALLAMPRESE 2004, p. 255, secondo cui – pur dovendo escludersi la perdurante vigenza dell'art. 5, r.d.l. n. 692 – si potrebbe ritenere che la previsione del codice non ricada nel campo dell'effetto abrogativo. Interessante è anche l'interpretazione proposta da V. FERRANTE 2004a, p. 1311 e ID. 2008a, p. 259 ss.: pur partendo dal presupposto dell'abrogazione delle disposizioni che in passato riconoscevano il diritto alla maggiorazione retributiva a fronte dello svolgimento di ore di lavoro straordinario, secondo l'autore è possibile ritenere in via interpretativa che il diritto alla maggiorazione continui a sussistere; a fronte di una maggiore gravosità del lavoro, il diritto all'aumento salariale sarebbe infatti desumibile direttamente dall'art. 36, comma 1, Cost., secondo il quale la retribuzione deve essere proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato. In tal senso v. C. Cost. 17 giugno 1999, n. 242, in *LG*, 1999, p. 739; v. anche la giurisprudenza di legittimità: Cass. 14 aprile 2000, n. 4886, in *MGC*, 2000, p.815; Cass. 20 marzo 1997, n. 2476, in *MGC*, 1997, p. 428; Cass. 23 agosto 1996, n. 7773, in *MGC*, 1996, p. 1215. Tale orientamento è stato però successivamente rovesciato dalla sentenza C. Cost. 22 novembre 2002, n. 470, in *RGL*, 2003, II, p. 245, secondo cui «la proporzionalità ed adeguatezza della retribuzione va riferita non già alle sue singole componenti, ma alla globalità di essa»; a tal proposito v. anche Cass. 14 marzo 2003, n. 3770, in *MGC*, 2003, p. 522. Per un'analisi critica del *révirement* giurisprudenziale operato dalla Consulta v. M. AIMO 2003, p. 245 ss.; sulla questione v. anche A. MATTEI 2010, p. 249 ss.

¹⁶² La possibilità di sostituire la maggiorazione retributiva con la fruizione di riposi compensativi è prevista anche in Francia (artt. da L. 3121-22 a L. 3121-24 del *code du travail*) e in Spagna (art. 35.1 ET). In quest'ultimo Paese, il legislatore ha manifestato chiaramente la propria preferenza per la compensazione del lavoro straordinario con riposi compensativi: dopo aver stabilito che l'ora straordinaria non può essere retribuita in nessun caso con un compenso inferiore a quello spettante per l'ora ordinaria, il legislatore iberico ha infatti precisato che – in assenza di disposizioni contrattuali a tal proposito – il lavoratore debba fruire di periodi di riposo entro quattro mesi dallo svolgimento di lavoro straordinario. Anche in Francia è prevista la possibilità per le parti sociali di compensare lo straordinario con periodi di riposo piuttosto che con maggiorazioni retributive: diversamente che nel nostro Paese, l'entità minima di queste ultime continua però ad essere prevista dal legislatore d'oltralpe, in una misura pari al 25% della retribuzione per le prime 8 ore di straordi-

zione collettiva la quantificazione delle maggiorazioni retributive e consentendo altresì la previsione «in alternativa o in aggiunta» di riposi compensativi¹⁶³.

A ben vedere, la scelta di affidare alle parti sociali la funzione di determinare «la gravosità o la penosità del lavoro»¹⁶⁴ rischia però di produrre «una sorta di cortocircuito»¹⁶⁵. Benché infatti la facoltà di accantonare in un “conto individuale” le ore prestate oltre l'orario normale al fine di goderne successivamente sotto forma di periodi di riposo sembri «incentivare forme visibili di *individualizzazione* del tempo scelto»¹⁶⁶, è chiaro però che la possibilità per i lavoratori di conciliare il tempo di lavoro con i tempi sociali può trovare piena esplicazione a patto che le condizioni previste dai contratti collettivi per la fruizione di tali periodi di riposo non siano eccessivamente restrittive¹⁶⁷ (sulla banca delle ore v. meglio *infra*, cap. IV, § 3).

L'individualizzazione del tempo risulta inoltre almeno in parte compromessa a causa dell'eliminazione della base legale del diritto alla maggiorazione retributiva, la cui abrogazione ha inevitabilmente sbilanciato il rapporto sinallagmatico fra le parti¹⁶⁸: scopo della previsione nel previgente testo normativo di una maggiorazione oraria minima obbligatoria, derogabile soltanto *in melius* dalla fonte collettiva, era infatti quello di compensare il singolo lavoratore del sacrificio subito a causa dell'incremento orario, della conseguente riduzione del tempo libero e dello *stress* psicofisico da ciò derivante. Discostandosi nettamente da quanto un tempo previsto, il legislatore del 2003 ha invece riconosciuto la possibilità di compensare lo svolgi-

nario e pari al 50% per le ore successive. Tale soglia può però essere modificata anche *in pejus* in sede di contrattazione collettiva; ad ogni modo, la maggiorazione non può essere inferiore al 10% della retribuzione. Sulle normative di entrambi i Paesi citati v. G. BOLEGO 2004a, p. 94 ss.; in particolare sulla disciplina francese v. M. VERICEL 2008, p. 577; F. MOREL 2008, p. 44 ss.; sulla normativa spagnola cfr. J. CRUZ VILLALÓN 2008, p. 202 ss.; J.I. GARCÍA NINET, A. VICENTE PALACIO 2009, p. 487 ss.; F.J. TRILLO PÁRRAGA 2010, p. 172 ss.

¹⁶³ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 66/2003. Su tale norma, che ripete pressoché alla lettera il contenuto dell'*Aviso comune* del 1997 (sul quale v. *supra*, cap. II, § 2), v. l'analisi di V. FERRANTE 2004a, p. 1309 ss; sul punto v. anche A. ALLAMPRESE 2004, p. 216 ss.; D. GAROFALO 2003, p. 1010.

¹⁶⁴ G. BOLEGO 2003, p. 441.

¹⁶⁵ A. ALLAMPRESE 2004, p. 255.

¹⁶⁶ G. RICCI 2005, p. 330.

¹⁶⁷ In senso analogo v. G. BOLEGO 2004a, p. 141 s., secondo il quale il lavoratore può recuperare spazi di vita sociale e familiare «soltanto se e nella misura in cui [...] disponga di un effettivo potere giuridico di decidere liberamente l'*an* ed il *quomodo* delle variegata forme di flessibilità del tempo di lavoro».

¹⁶⁸ In tal senso v. G. BOLEGO 2004a, p. 141, che riprende riflessioni già formulate da U. CARABELLI, V. LECCESE 2002, p. 21.

mento di lavoro straordinario anche solo con la fruizione di periodi di riposo compensativo: tale opportunità non ha certo tardato ad essere colta dalle parti sociali che, non di rado, prevedono la decurtazione in tutto o in parte della maggiorazione nel caso in cui il lavoratore scelga di conferire l'attività lavorativa eccedente l'orario normale nella banca delle ore. Si pensi, ad esempio, al settore metalmeccanico e a quello delle telecomunicazioni, ove è prevista una vera "tagliola" delle maggiorazioni: la scelta di devolvere lo straordinario nella banca delle ore ne determina infatti una decurtazione pari al cinquanta per cento, che certamente non invoglia i lavoratori a fruire di riposi compensativi. La personalizzazione del tempo non risulta valorizzata neppure dalla norma contenuta nel contratto collettivo per il settore creditizio, secondo cui le prime cinquanta ore di lavoro eccedente l'orario normale svolte nel corso dell'anno «rappresentano uno strumento di flessibilità e quindi non costituiscono lavoro straordinario», dando perciò diritto al solo godimento di riposi compensativi; spetta invece al lavoratore scegliere se fruire del riposo compensativo o percepire la maggiorazione relativamente alla seconda *tranche* di cinquanta ore di lavoro straordinario; soltanto l'attività lavorativa svolta in eccedenza a tale soglia comporta invece necessariamente il pagamento della maggiorazione retributiva¹⁶⁹.

Ammettendo la possibilità che il diritto a periodi di riposo sia posto in alternativa, e non necessariamente in aggiunta, all'incremento retributivo, il testo normativo vigente ha dunque di fatto subordinato a valutazioni economiche la scelta dei lavoratori, che nella generalità dei casi vedono nello svolgimento del lavoro straordinario un'imperdibile occasione per incrementare il proprio reddito, inibendo così la piena personalizzazione del tempo¹⁷⁰.

¹⁶⁹ V. art. 7, sezione IV, titolo III, del Ccnl per i metalmeccanici, cit.; art. 30 del Ccnl per il settore delle telecomunicazioni sottoscritto il 23 ottobre 2009; art. 100 del Ccnl per il settore creditizio, cit. Il diritto dei lavoratori a percepire l'intero ammontare della maggiorazione retributiva è invece fatto salvo nel caso in cui il lavoratore opti per convertire le ore di straordinario in riposi dall'art. 38 del Ccnl 9 luglio 2010 per gli addetti al settore tessile, secondo il quale «ciascun lavoratore potrà far confluire in una banca individuale delle ore le prime trentadue ore annue di lavoro straordinario che, su richiesta dell'interessato, saranno recuperate sotto forma di riposi compensativi, fatte salve le relative maggiorazioni previste»; si veda anche il Ccnl del 14 giugno 2010 per gli addetti all'industria delle calzature (art. 36). Su tale questione v. A. FENOGLIO 2010c, p. 376 ss.

¹⁷⁰ Sul punto cfr. M. PERUZZI 2009, p. 256.

3.2. Il principio della volontarietà dello straordinario e l'utilizzo di moduli orari medi

Il principio della volontarietà continua, almeno apparentemente, a sorreggere la disciplina del lavoro straordinario. Già il previgente testo normativo subordinava il superamento dell'orario di lavoro normale alla presenza di un «accordo fra le parti» (art. 5, r.d.l. n. 692/1923), pur senza precisarne il carattere individuale o collettivo. Abrogata la disciplina del 1923 – e accantonato il vivace dibattito sorto tra chi, all'epoca, considerava sufficiente la presenza di una clausola collettiva autorizzatoria¹⁷¹ e chi invece reputava indispensabile la sussistenza di un accordo tra le parti individuali del rapporto di lavoro¹⁷² – il principio della volontarietà è stato ribadito nell'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 66/2003, secondo il quale, «in difetto di disciplina collettiva applicabile», il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore. Tale disposizione – così simile alla norma spagnola che prevede la volontarietà del lavoro straordinario salvo che, nel rispetto dei limiti di durata massima fissati dalla legge, un contratto collettivo o un accordo individuale ne stabiliscano l'obbligatorietà (art. 34.4 ET)¹⁷³ – riduce però la regola della volon-

¹⁷¹ In tal senso v. P. ICHINO 1984, p. 119ss.; Id. 1987a, p. 120; S. BELLOMO 1997, p. 65 s. Tale interpretazione era stata accolta anche da una parte della giurisprudenza, secondo la quale i lavoratori non avrebbero potuto sottrarsi allo svolgimento di lavoro straordinario qualora la contrattazione collettiva ne avesse previsto l'obbligatorietà: Cass. 23 marzo 1989, n. 1484, in *RFI*, 1989, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1040; Cass. 19 febbraio 1992, n. 2073, cit.; Pret. Biella 9 febbraio 1988, in *NGL*, 1988, p. 46; Pret. Torino 11 novembre 1996, in *GPiem*, 1997, p. 456.

¹⁷² Era questa la tesi sostenuta da U. CARABELLI 1992, p. 564; U. CARABELLI, V. LECCESE 1995, p. 42 ss.; C. DELLA CIANA 1993, p. 466; E. MANGANIELLO 1998, p. 123. Sul punto v. diffusamente V. LECCESE 2001a, p. 346 ss., secondo cui i contratti collettivi potevano imporre l'obbligatorietà soltanto della prestazione lavorativa supplementare: la fascia oraria compresa tra i limiti massimi normali legali ed il più modesto limite normale convenzionale è infatti frutto di una conquista della contrattazione collettiva e, pertanto, già nel vigore del previgente testo normativo poteva essere da questa liberamente regolata, eventualmente anche prevedendo l'obbligo per i lavoratori di svolgere la prestazione lavorativa. Viceversa, lo svolgimento dello straordinario al di sopra dei limiti massimi normali previsti dalla legge a tutela della persona del lavoratore – comportando un «sacrificio di tipo psicofisico e personale che egli deve essere libero di sopportare o meno» – richiedeva necessariamente il consenso di quest'ultimo. Per una ricostruzione di tale dibattito v. A. ALLAMPRESE 2003b, p. 103 ss.; V. FERRANTE 2004a, p. 1315.

¹⁷³ Così come nel nostro Paese, anche in Spagna il sostanziale svuotamento del requisito della volontarietà ha destato numerose critiche e perplessità: sul punto v. J.I. GARCÍA NINET, A. VICENTE PALACIO 2009, p. 484 ss.; F.J. TRILLO PÁRRAGA 2010, p. 188 ss., a cui si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali; cfr. anche G. BOLEGO 2004a, p. 95 s. Del tutto peculiare è, invece, la normativa francese: con la legge del

tarietà a poco più che una «risorsa di chiusura»¹⁷⁴. È dunque assai difficile intravedere in tale disposizione un'effettiva valorizzazione dell'autonomia individuale in funzione limitativa del potere del datore di lavoro¹⁷⁵.

Oltre a poter essere superato in presenza delle circostanze eccezionali o degli eventi particolari espressamente individuati dal comma 4 dell'art. 5¹⁷⁶, il principio della volontarietà può dunque essere facilmente accantonato in virtù di un vincolo della contrattazione collettiva che affidi alla disposizione unilaterale del potere organizzativo la possibilità di imporre ai dipendenti lo svolgimento della presta-

20 agosto 2008, n. 789 il legislatore d'oltralpe ha affidato agli accordi collettivi aziendali o a quelli di categoria il compito di fissare il numero di ore di lavoro straordinario che possono essere imposte ai lavoratori (L. 3121-11 del *code du travail*). La riforma del 2008, che ha peraltro abolito l'obbligo di informare gli ispettori del lavoro del superamento del tetto annuale di lavoro straordinario, mira evidentemente ad attribuire al datore di lavoro un ampio margine di manovra nell'organizzazione del tempo di lavoro. Per di più, come rilevato dalla dottrina d'oltralpe, tale disposizione rende la durata e l'organizzazione del tempo di lavoro «oggetto della concorrenza fra le imprese dello stesso settore lavorativo»: la contrattazione collettiva rischia così di esser posta sotto «ricatto» dal datore di lavoro, che potrebbe spingersi a minacciare riduzioni del personale qualora le parti non accettino di incrementare l'orario di lavoro al fine di aumentare la produttività dell'azienda. V. in tal senso M. VERICEL 2008, p. 576; sulla disciplina francese v. diffusamente F. MOREL 2008, p. 38 ss., soprattutto p. 56 ss.

¹⁷⁴ A. NICCOLAI 2009, p. 248.

¹⁷⁵ Rilevano invece in tale disposizione un'effettiva valorizzazione del ruolo dell'autonomia individuale A. ALLAMPRESE 2009, p. 166, e C. ZOLI 2005, p. 111; sul punto cfr. anche la riflessione di M. TREMOLADA 2003, p. 25, che analizza il ruolo attribuito all'autonomia individuale nel d.lgs. n. 66.

¹⁷⁶ Tale disposizione stabilisce infatti che «salvo diversa disposizione dei contratti collettivi, il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario è [...] ammesso in relazione a: a) casi di eccezionali esigenze tecnico-produttive e di impossibilità di fronteggiarle attraverso l'assunzione di altri lavoratori; b) casi di forza maggiore o casi in cui la mancata esecuzione di prestazioni di lavoro straordinario possa dare luogo a un pericolo grave e immediato ovvero a un danno alle persone o alla produzione; c) eventi particolari, come mostre, fiere e manifestazioni collegate alla attività produttiva, nonché allestimento di prototipi, modelli o simili, predisposti per le stesse, preventivamente comunicati, agli uffici competenti [...] e in tempo utile alle rappresentanze sindacali aziendali». Cfr. R. DEL PUNTA 2003, p. XVIII; V. FERRANTE 2004a, p. 1315; D. GAROFALO 2003, p. 1009; V. LECCESE 2004a, p. 208 s.; A. NICCOLAI 2009, p. 248; F.M. PUTATURO DONATI 2005, p. 64 s.; F. ROTONDI 2009, p. 2725 s.; L. TARTAGLIONE 2003, p. 425. A tal proposito v. anche la circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 3 marzo 2005, n. 8, secondo cui in presenza delle circostanze indicate dall'art. 5, comma 4, «il lavoratore è tenuto alla prestazione del lavoro straordinario, salvo sussistano ragioni che consentano al lavoratore di rifiutarne l'esecuzione». La medesima questione interpretativa era già stata posta a proposito dell'art. 5 *bis*, comma 3, r.d.l. n. 692/1923: a tal proposito v. V. LECCESE 2001a, p. 372 ss.; Id. 2001b, p. 54 ss.; U. CARABELLI, V. LECCESE 2002, p. 8.

zione di lavoro straordinario¹⁷⁷. Il legislatore del 2003 ha infatti ammesso la possibilità di rendere superfluo il consenso del lavoratore, sacrificando le esigenze ad una migliore programmabilità e ad una maggiore disponibilità del tempo di non lavoro sull'altare dell'organizzazione flessibile dell'attività lavorativa. Possibilità, quest'ultima, che è stata accolta da gran parte dei contratti collettivi: non sono pochi, infatti, i casi in cui le parti sociali hanno stabilito il carattere obbligatorio dell'attività lavorativa straordinaria¹⁷⁸, diminuendo così inevitabilmente la capacità dei lavoratori di controllare e gestire il proprio tempo di lavoro.

Ad ogni modo, anche qualora – per espressa previsione delle parti sociali o per assenza di disposizioni collettive in materia¹⁷⁹ – il con-

¹⁷⁷ Sul punto v. A. ALLAMPRESE 2004, p. 232. ID. 2009, p. 167; V. BAVARO 2008, p. 236; G. BOLEGO 2004a, p. 115; V. LECCESE 2004a, p. 209; D. POLLASTRO 2003, p. 536.

¹⁷⁸ Fra gli accordi che hanno confermato il carattere obbligatorio del lavoro straordinario v. l'art. 7, sezione IV, titolo III, Ccnl per i lavoratori metalmeccanici, cit., secondo cui «nessun lavoratore può rifiutarsi, salvo giustificato motivo, di compiere lavoro straordinario»; su tale disposizione v. A. FENOGLIO 2010c, p. 376 ss. Analogamente v. l'art. 31 del Ccnl per i lavoratori dell'industria alimentare, cit.; l'art. 8, parte I, lettera e, punto 7, dell'accordo per il rinnovo del Ccnl per gli addetti all'industria chimica, cit.; l'art. 30 del Ccnl per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di telecomunicazione, cit.; l'art. 136, sezione IV, titolo V, capo II del Ccnl nel settore del commercio, cit. Tali disposizioni contrattuali riconoscono dunque al datore di lavoro il diritto di imporre ai dipendenti l'estensione della prestazione lavorativa sino al limite massimo fissato dalla legge (o sino al tetto fissato contrattualmente). Viceversa, richiedono il consenso del lavoratore alla prestazione di lavoro straordinario l'art. 19 del Ccnl per i dipendenti del settore edile, cit., e l'art. 37 del Ccnl per il settore tessile, cit. In ogni caso, lo svolgimento di attività lavorativa straordinaria può essere rifiutato dal lavoratore in presenza di un giustificato motivo: il diniego è infatti legittimo in caso di «inaccettabile arbitrarietà» della richiesta (Cass. 5 agosto 2003, n. 11821, in *MGL*, 2003, p. 862) o qualora la quantità di straordinario domandato sia abnorme, eccedendo il tetto massimo individuato dalle parti sociali (Cass. 19 febbraio 1992, n. 2073, in *NGL*, 1992, p. 349). È inoltre possibile ritenere legittimo il rifiuto di svolgere lavoro straordinario in presenza di esigenze di carattere non eccezionale: sulla questione v. *supra*, nota 156.

¹⁷⁹ L'inciso secondo cui «in difetto di disciplina collettiva applicabile, il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore» – simile a quello già contenuto nell'art. 5 bis del r.d.l. n. 692/1923 (su cui v. V. LECCESE 2001b, p. 52 s.) – deve essere interpretato nel senso che per rendere obbligatorio il lavoro straordinario non è «sufficiente aver stipulato uno degli accordi collettivi previsti dal legislatore che disciplinano l'istituto soltanto, ad esempio, per quanto concerne le «modalità di esecuzione» [...], ma occorrerà una specifica presa di posizione del contratto collettivo in quel senso». Così A. ALLAMPRESE 2007, p. 357 s.; dello stesso avviso pare essere anche G. LELLA 2005, p. XV. Diversa è invece l'interpretazione proposta dal Ministero del Lavoro con la circolare del 3 marzo 2005, n. 8: secondo l'opinione ministeriale, infatti, «perché possa essere superato il

senso del singolo sia indispensabile per lo svolgimento di una prestazione lavorativa in misura eccedente l'orario normale di lavoro, resta aperta la questione relativa al «grado di fiducia»¹⁸⁰ con cui si può guardare alla capacità di resistenza del lavoratore nella dimensione individuale dell'autonomia: se alcuni hanno letto nella rarità dei casi giudiziari aventi per oggetto il rifiuto dello straordinario da parte del lavoratore una prova a sostegno dell'effettività del principio volontaristico¹⁸¹, altri non hanno mancato di rilevare il carattere paradossale di una verifica basata sulla frequenza sporadica dei ricorsi¹⁸². Proprio la rarità delle pronunce giudiziarie in materia dovrebbe infatti «instillare il sospetto di una carenza della capacità di resistenza del lavoratore sul luogo di lavoro»¹⁸³: una volta che il lavoratore abbia svolto la prestazione straordinaria, quale tutela giudiziaria può essere ormai assicurata per garantire la genuinità del suo consenso?

L'effettiva volontarietà della prestazione del lavoro straordinario non pare dunque essere oggetto di un'efficace protezione da parte dell'art. 5 del d.lgs. n. 66, specie se si confronta tale disposizione con altre esperienze legislative: basti, a questo proposito, rilevare che – mentre la versione originaria del d.lgs. n. 61/2000 in materia di lavoro *part-time* (poi profondamente rimaneggiata), nello stabilire che lo svolgimento di lavoro supplementare avrebbe richiesto «in ogni caso il consenso del lavoratore interessato», precisava che il rifiuto di quest'ultimo non avrebbe costituito infrazione disciplinare né avrebbe integrato gli estremi del giustificato motivo di licenziamento¹⁸⁴ (art.

suddetto limite è necessario che esista un contratto collettivo applicato ovvero applicabile [ed] inoltre è necessario che il contratto collettivo disciplini il ricorso al lavoro straordinario».

¹⁸⁰ M. PERUZZI 2009, p. 268. Sul punto v. anche G. BOLEGO 2005, p. 326 ss; G. LELLA 2005, p. XV.

¹⁸¹ P. ICHINO 1987b, p. 123: a metà degli anni ottanta, l'autore rilevava la presenza non più di una decina di sentenze edite su questa materia a partire dal dopoguerra. Fra le pronunce degli anni successivi possono essere segnalate: Cass. 19 febbraio 1992, n. 2073, cit.; Cass. 5 agosto 2003, n. 11821, cit.; Cass. 21 febbraio 2007, n. 4011, in *RIDL*, 2007, II, p. 877.

¹⁸² M. PERUZZI 2009, p. 268.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Il legislatore aveva in tal modo mirato a garantire l'effettiva volontarietà del lavoro supplementare. Come rilevato da M. ROCCELLA 2000b, p. 73 s., infatti, «se il lavoratore fosse sempre e comunque indiscriminatamente obbligato ad accettare lo svolgimento di una prestazione supplementare solo perché prevista dal contratto collettivo, questo significherebbe per un verso che certe fasce del mercato del lavoro avrebbero una grossa difficoltà ad accettare impieghi a tempo parziale [...]; per altro verso che potrebbe risultare difficile, se non virtualmente impossibile, accettare altri impieghi, pur essi a tempo parziale, attraverso i quali integrare il reddito della prima attività lavorativa». Successivamente, tuttavia, tale disposizione è stata modifi-

3, comma 3, versione originale del d.lgs. n. 61/2000; v. meglio *infra*, cap. IV, § 2) – un'analoga puntualizzazione non è invece prevista a tutela del lavoratore a tempo pieno che rifiuti la prestazione di attività straordinaria. Tale lacuna certo non è in grado di comportare conseguenze sul piano giuridico, potendo agevolmente sostenersi che il rifiuto del lavoratore allo svolgimento di prestazioni lavorative straordinarie – in assenza di disposizioni collettive che ne prevedano il carattere obbligatorio – non può dar luogo a sanzioni disciplinari né, tanto meno, può giustificare il licenziamento¹⁸⁵. Del resto, se così non fosse, il principio della volontarietà sarebbe completamente neutralizzato: come la Corte di giustizia ha sottolineato, se la rivendicazione dei propri diritti potesse esporre il lavoratore «a misure adottate [dal datore di lavoro] in grado di incidere sul rapporto di lavoro in danno di detto lavoratore», quest'ultimo «tenuto conto [della sua] situazione di debolezza, [potrebbe] essere dissuaso dal far valere espressamente i suoi diritti»¹⁸⁶.

Sebbene sia senz'altro possibile ritenere che la mancata precisazione della non sanzionabilità del rifiuto del lavoratore sia superabile in via interpretativa, il silenzio del legislatore su questo delicato punto è significativo, rischiando di pregiudicare la possibilità dei dipendenti di effettuare una scelta libera ed incondizionata in ordine alla prestazione di lavoro straordinario: non solo per il fatto che «non tutti i lavoratori conoscono i casi in cui è legittimo rifiutare una richiesta del datore», ma soprattutto perché è «diffusa l'idea che un rifiuto [...]

cata dall'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, secondo cui «l'effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare richiede il consenso del lavoratore interessato *ove non prevista e regolamentata dal contratto collettivo*. Il rifiuto da parte del lavoratore non può integrare in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento» (c.m.). La portata del requisito del consenso del lavoratore è stata dunque fortemente ridimensionata anche in relazione al lavoro supplementare svolto dai lavoratori *part-timers*. Sul lavoro supplementare v. V. BAVARO 2001a, p. 187 ss.

¹⁸⁵ Ad analoghe conclusioni si può giungere anche esaminando l'attuale disciplina del lavoro *part-time*: benché infatti la novella del 2003 (su cui v. la nota precedente), mantenendo soltanto l'espresso divieto di licenziamento, abbia instillato il dubbio che il rifiuto del lavoratore allo svolgimento di lavoro supplementare possa dar luogo a misure disciplinari, in assenza di disposizioni collettive che prevedano il carattere obbligatorio della prestazione il diniego del dipendente continua a non poter essere sanzionato. Sul punto v. *infra*, cap. IV, § 2.1, a cui si rinvia anche per l'indicazione di riferimenti dottrinali.

¹⁸⁶ Corte di giustizia 25 novembre 2010, *Fuß II*, cit., punto 81 della motivazione: nel caso in questione, il lavoratore – che aveva chiesto il rispetto della durata massima dell'orario settimanale di lavoro prevista dall'art. 6, lettera *b*, della direttiva n. 2003/88 – era stato trasferito contro la sua volontà e con effetto immediato in un altro servizio. Per un'analisi di tale sentenza v. J. TOMKIN 2012, p. 1423 ss.

possa determinare comunque altre conseguenze sul piano del rapporto di lavoro»¹⁸⁷.

Oltre a quelle già menzionate, fra le cause della scarsa possibilità per i lavoratori di procedere ad un'effettiva individualizzazione del proprio tempo di lavoro vi è senz'altro l'ampio ricorso ai moduli orari medi: diversamente dalla normativa previgente – che aveva fissato in otto ore al giorno e quaranta ore settimanali l'orario di lavoro normale¹⁸⁸ (art. 1, r.d.l. n. 692/1923) – il legislatore del 2003 ha infatti eliminato il criterio legale di distribuzione giornaliera, fissando soltanto su base settimanale l'orario di lavoro normale, superato il quale la prestazione lavorativa deve essere considerata straordinaria (v. art. 1, comma 2, lettera c, e art. 3 del d.lgs. n. 66/2003). In assenza della soglia giornaliera ed in mancanza di una disposizione contrattuale che sopperisca alla lacuna legislativa, nelle mani dell'imprenditore è così posta la facoltà di spalmare in modo ampiamente flessibile l'attività lavorativa all'interno del periodo ebdomadario, potendo esigere «prestazioni di lavoro giornaliere non più in una quantità pre-determinata (*normale*) cui aggiungere quotidianamente lavoro straordinario, ma semplicemente *ad libitum*, [...] fino ad esaurimento del monte-ore settimanale di orario normale»¹⁸⁹, rinviando al termine del periodo ebdomadario la verifica dell'eventuale svolgimento di lavoro straordinario.

Irrilevante ai fini della qualificazione dell'attività lavorativa eccedente come straordinaria può inoltre rivelarsi anche il superamento dell'orario normale settimanale: qualora infatti l'orario normale sia riferito «alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno» (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 66/2003), l'attività svolta in eccesso alle quaranta ore settimanali non necessariamente deve essere qualificata come straordinaria, potendo essere compensata

¹⁸⁷ Entrambe le citazioni sono tratte da L. LAZZERONI 2009, p. 124.

¹⁸⁸ Dalle quarantotto ore originariamente fissate, la soglia settimanale era stata ridotta a quaranta ore dall'art. 13, l. n. 196/1997. L'orario normale di lavoro conosceva alcune eccezioni: l'art. 4 del r.d.l. n. 692/1923, infatti, stabiliva che «nei lavori agricoli e negli altri lavori per i quali ricorrono necessità imposte da esigenze tecniche o stagionali» era possibile superare le 8 ore giornaliere di lavoro (o le quarantotto ore settimanali). Tale disposizione era stata successivamente completata dall'art. 8 del r.d. 10 settembre 1923, n. 1955, che prevedeva la possibilità di svolgere attività lavorativa in misura eccedente all'orario di lavoro normale «purché, entro il periodo massimo di un anno solare, non [fosse] superata la media delle quarantotto ore settimanali». Deve inoltre essere ricordato il r.d. 10 settembre 1923, n. 1957, che individuava le industrie interessate e le soglie autorizzate, precisando che «l'orario massimo di lavoro non [poteva] superare le dieci ore al giorno e le 60 ore settimanali» (art. 2).

¹⁸⁹ V. BAVARO 2004b, p. 1294.

con riduzioni programmate d'orario o con permessi goduti in una diversa settimana nel corso del periodo di riferimento stabilito dalla contrattazione collettiva¹⁹⁰. Com'è noto, il ricorso a moduli orari medi era già stato previsto, oltre che nella legislazione degli anni '20¹⁹¹, dal legislatore del 1997: l'art. 13, comma 1, della l. n. 196/1997¹⁹², in particolare, aveva consentito di bilanciare le istanze imprenditoriali ad una maggiore flessibilità con le esigenze di tutela della salute del lavoratore mediante il mantenimento in vita dei limiti normale e massimo all'orario di lavoro giornaliero¹⁹³. Nonostante qualche opinione discorde¹⁹⁴, continuavano infatti a dover essere rispettati il tetto giornaliero di otto ore normali a cui potevano aggiungersi due ore di lavoro straordinario, nonché il tetto settimanale di quaranta ore normali a cui potevano sommarsi al massimo altre dodici ore¹⁹⁵: limiti che l'attuale testo normativo ha però abrogato, ponendo i delicati problemi di cui già si è detto¹⁹⁶ (v. *supra*, §§ 2.2. e 2.2.1 in ordine ai profili di illegittimità costituzionale e comunitaria derivanti dalla mancata individuazione dell'orario massimo giornaliero; § 2.3 quanto all'ampliamento dello *jus variandi* del datore di lavoro).

La possibilità di calcolare l'orario settimanale su base media rischia dunque di limitare la capacità dei lavoratori di gestire il pro-

¹⁹⁰ V. FERRANTE 2004a, p. 1308. Sulla variabilità multiperiodale dell'orario di lavoro v. V. BAVARO 2009a, p. 237 ss. Cfr. anche V. LECCESE 2006b, p. 405 ss.

¹⁹¹ V. art. 4, r.d.l. n. 692/1923, su cui v. *supra*, nota 188. Sull'esperienza normativa degli anni '20 del secolo scorso v., per tutti, U. CARABELLI, V. LECCESE 1995, p. 54 ss.; V. FERRANTE 1998, p. 1308 s.

¹⁹² Su tale disposizione v. V. FERRANTE 1998, soprattutto p. 1315 s.

¹⁹³ Sulla questione v. V. FERRANTE 1998, p. 1316; Id. 2004a, p. 1308; M. DELL'OLIO 1998, p. 369; D. GAROFALO 1997, p. 2089; M. LAI 1997, p. 2719.

¹⁹⁴ F. BASENGHI 1997, p. 335; L. PELAGGI, A. PELAGGI 2000, p. 617 ss; S. BELLOMO 1997, p. 71; v. anche Id. 1999, p. 165, secondo cui era «plausibile ipotizzare che [i limiti previsti dalla legge del 1923 fossero stati] soppiantati dall'unica nozione di "orario normale settimanale" introdotta dall'art. 13, primo comma, della legge n. 196 del 1997».

¹⁹⁵ Non è questa la sede per riprendere analiticamente un dibattito che può ormai considerarsi concluso. Per una più approfondita analisi della questione nonché per l'illustrazione delle ragioni che, nel vigore della l. n. 196/1997, fecero prevalere la prevalente dottrina per la tesi della permanente sussistenza del limite massimo dell'orario di lavoro giornaliero v. V. LECCESE 2001a, p. 410 ss.; l'autore, in particolar modo, sottolineava che «in assenza di qualsiasi elemento, all'interno della nuova disposizione, da cui dedurre che il legislatore [avesse] voluto abdicare al ruolo protettivo che la Costituzione gli ha affidato, il tetto orario alle prestazioni giornaliere complessivamente raggiungibile, anche in caso di ricorso ai regimi *multiperiodali puri* previsti dall'art. 13, [continuava] ad essere fissato in 10 ore giornaliere» (p. 413). Sul punto v. anche V. FERRANTE 1998, p. 1315 ss.

¹⁹⁶ Sui quali v. V. BAVARO 2004b, p. 1298 s.; Id. 2008, p. 236; A. NICCOLAI 2009, p. 247.

prio tempo: qualora non si proceda ad una preventiva “calendarizzazione” dei periodi di superamento e di riduzione delle quaranta ore, la negoziazione dello straordinario viene rinviata ad «un momento successivo a quello in cui si realizza l’effetto del negozio medesimo»¹⁹⁷, impedendo di fatto al lavoratore di decidere *ex ante* se svolgere la prestazione eccedente l’orario normale¹⁹⁸. Un conto, infatti, è «determinare giorno per giorno l’orario normale e quello straordinario entro i limiti dettati dalla legge e moltiplicarlo per i giorni della settimana»; ben diverso è «determinare il monte-ore complessivo e distribuirlo/collocarlo secondo le esigenze produttive (quindi in modo indeterminato), salvo computare al termine del periodo di riferimento le ore di lavoro svolte e, quindi, qualificarle». In un simile contesto è chiaro che il legittimo rifiuto del lavoratore a negoziare è «reso *di fatto* assai difficile da esercitare, se non proprio impossibile»¹⁹⁹.

Se pare dunque lecito affermare che le misure poste dal legislatore a tutela della volontarietà del superamento dell’orario normale sono in gran parte insufficienti, non si può però fare a meno di rilevare che non è questo l’unico problema che caratterizza la disciplina del lavoro straordinario. Efficacemente definito come una «trappola sociale»²⁰⁰, tale istituto presenta infatti anche un altro aspetto problematico, strettamente connesso a quello della volontarietà della prestazione: poiché il prolungamento orario dell’attività lavorativa rappresenta uno strumento di incremento del reddito, i lavoratori – incuranti dei pericoli per la propria salute²⁰¹ – sono spesso disposti ad accettare condizioni di lavoro sostanzialmente peggiorative, considerandole come migliorative delle proprie esigenze economiche²⁰².

Simile paradosso potrebbe trovare almeno parziale correzione nel

¹⁹⁷ V. BAVARO 2004b, p. 1299.

¹⁹⁸ Su tale questione v. A. ALLAMPRESE 2004, p. 234; M. PERUZZI 2009, p. 270; G. RICCI 2005, p. 325 s.; F. ROTONDI 2009, p. 2725; v. anche C. FALERI 2007, p. 154 s. e L. LAZZERONI 2009, p. 123.

¹⁹⁹ Tutte le citazioni sono tratte da V. BAVARO 2004b, p. 1299.

²⁰⁰ P. PESSA 1998, p. 42.

²⁰¹ Com’è noto, lo svolgimento di un numero di ore di lavoro eccessivo può cagionare gravi danni alla salute dei lavoratori, che possono spingersi fino alla morte da superlavoro: v. a tal proposito l’interessante articolo di P. D’EMILIA 2007 comparso sulla stampa quotidiana, che analizza le condizioni di lavoro nel modello giapponese della Toyota.

²⁰² In senso simile v. C. FALERI 2007, p. 152 e G. BOLEGO 2004a, p. 143, secondo cui «è difficile esprimere un giudizio circa la natura peggiorativa o migliorativa del trattamento concordato dal singolo lavoratore, poiché le sue esigenze personali potrebbero indurlo a preferire modelli organizzativi dell’orario apparentemente peggiorativi rispetto a quelli previsti a livello collettivo».

caso in cui lo svolgimento del lavoro straordinario dovesse essere obbligatoriamente compensato non soltanto con una maggiorazione retributiva ma anche mediante la fruizione di periodi di riposo, così da garantire ai lavoratori la possibilità di recuperare le energie psicofisiche spese a causa del prolungamento orario. Come si è già avuto modo di rilevare (v. *supra*, § 3.1), tuttavia, il legislatore ha previsto la possibilità – subito colta dalle parti sociali – di porre in alternativa fra loro questi due diritti: rendendo così assai meno appetibile agli occhi dei lavoratori la fruizione di periodi di riposo compensativo.

In un simile contesto normativo – privo, come si è detto, di molti dei limiti legislativi un tempo previsti²⁰³ e caratterizzato dall'ampio ricorso a moduli orari medi – il richiamo dell'autonomia individuale non pare perciò essere, da solo, lo strumento maggiormente indicato per garantire la tutela della salute e della sicurezza dei dipendenti e, al contempo, per promuovere il raggiungimento di un equilibrio tra tempi di lavoro e tempi sociali: specie in periodi di crisi economica come quello attuale, affidare alle parti individuali il compito di procedere ad un simile bilanciamento rischia dunque di rivelarsi una scelta tutt'altro che saggia.

4. Il riposo domenicale

4.1. Uno sguardo all'Europa: Corte di giustizia e Corti Costituzionali nazionali

Piuttosto numerose sono le occasioni in cui le autorità europee hanno avuto modo di occuparsi del riposo domenicale. A partire dagli ultimi anni ottanta del secolo scorso la coincidenza del riposo settimanale con la domenica è stata infatti più volte sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia: esaminando le normative di diversi Paesi europei, i giudici di Lussemburgo si sono sforzati di individuare un punto di equilibrio fra le libertà economiche garantite dal Trattato e i diritti sociali tutelati dalle legislazioni nazionali, giungendo alla conclusione che gli effetti restrittivi sugli scambi che possono eventualmente derivare dalla regola della coincidenza del riposo set-

²⁰³ Oltre agli aspetti affrontati in questo paragrafo, si ricordi inoltre che il d.lgs. n. 66/2003 ha eliminato i previgenti limiti al lavoro straordinario pari a due ore al giorno e dodici ore settimanali, sostituendoli con la sola previsione di un elevato tetto annuale (pari a duecentocinquanta ore), destinato a trovare applicazione soltanto «in difetto di disciplina collettiva applicabile» (art. 5, comma 3). Su tale questione v. *supra*, cap. II, § 3.

timanale con la domenica non sono eccessivi in considerazione dello scopo perseguito²⁰⁴; poiché, infatti, il divieto di lavoro domenicale imposto da alcuni Stati membri nel settore del commercio è teso «a soddisfare la preoccupazione di promuovere, in quel giorno, ogni specie di attività (non lavorativa) ed i contatti sociali», l'imposizione di «un giorno di chiusura generalizzata, già tradizionalmente usato da una gran parte della popolazione per simili attività e contatti, è necessaria per raggiungere l'obiettivo cui si tende ed è proporzionata a detto obiettivo»²⁰⁵.

Pur riconoscendo il valore sociale del riposo domenicale, l'Unione europea non ne ha però prevista l'obbligatorietà. Com'è noto, infatti, a distanza di poco tempo da tali importanti pronunce, la Corte ha espunto dalla direttiva europea all'epoca in vigore la disposizione con cui il Consiglio aveva precisato che il riposo settimanale avrebbe dovuto coincidere «in linea di principio» con la domenica (art. 5, comma 2, direttiva n. 1993/104): tale puntualizzazione era stata infatti considerata non compatibile con la base giuridica posta a fondamento della direttiva²⁰⁶, poiché il Consiglio aveva «omesso di spiegare per quale motivo la domenica, come giorno di riposo settimanale, presenterebbe un nesso più importante con la salute e la sicurezza dei lavoratori rispetto ad un altro giorno della settimana»²⁰⁷. Ad ogni modo, a tale sentenza – priva, per il vero, di rilievo sostanziale, dal momento che già la versione originaria della direttiva si asteneva dall'identificare ob-

²⁰⁴ Alla Corte era stato infatti ripetutamente chiesto di chiarire se una normativa nazionale che vietava l'apertura domenicale di esercizi commerciali di vendita al minuto rientrasse nel concetto di misure d'effetto equivalente a restrizioni quantitative all'importazione, vietate dall'art. 30 del Trattato di Roma (l'attuale art. 34 TFUE): v. Corte di giustizia 23 novembre 1989, C-145/88, *Torfaen Borough Council*, in *Racc.*, 1989, p. 3851; 28 febbraio 1991, C-312/89, *Conforama e altri*, in *Racc.*, 1991, p. 997; 28 febbraio 1991, C-332/89, *Marchandise e altri*, in *Racc.*, 1991, p. 1041; 16 dicembre 1992, C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent e Norwich City Council*, in *Racc.*, 1992, p. 6457; 2 giugno 1994, cause riunite C-69/93 e 258/93, *Punto Casa spa*, in *Racc.*, 1994, p. 2355. Sulla giurisprudenza europea v. l'approfondito saggio di M. ROCCELLA 1997, p. 85 ss.; cfr. anche G. RICCI 2010b, p. 70 s.; M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 375 ss. Nella dottrina straniera v. P. OLIVER 1991, p. 298.

²⁰⁵ Entrambe le citazioni sono tratte dalle conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven in merito alla causa C-145/88, *Torfaen*, in *Racc.*, 1989, p. 3882, punto 31.

²⁰⁶ Come si è detto *supra*, cap. I, § 2.1, la direttiva n. 93/104 fu infatti fondata sull'art. 118 A del Trattato di Roma (ora art. 153 TFUE), che consentiva di adottare a maggioranza qualificata direttive dettanti prescrizioni minime in materia di salute e sicurezza dei lavoratori.

²⁰⁷ Corte di giustizia 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito vs Consiglio dell'Unione Europea*, in *Racc.*, 1996, p. 5755, punto 37 della motivazione. Su tale pronuncia e per riferimenti bibliografici in materia si rinvia a quanto già detto *supra*, cap. I, § 2.1.

bligatoriamente il giorno del riposo settimanale con la domenica, rimettendo la relativa scelta alla discrezionalità degli Stati membri²⁰⁸ – è immediatamente seguita una risoluzione con cui il Parlamento europeo ha invitato i legislatori nazionali e le parti sociali «a tenere conto, nel trasporre in norme di diritto nazionale la direttiva sull'orario di lavoro, delle tradizioni e delle esigenze culturali, sociali, religiose e familiari dei loro cittadini e a riconoscere il carattere particolare della domenica come giorno di riposo, giacché di solito in questo giorno tutti i membri della famiglia sono liberi»²⁰⁹. Indicazioni in senso analogo erano peraltro già state fornite ai legislatori nazionali dalle convenzioni Oit nn. 14/1921 e 106/1957²¹⁰ nonché dalla Carta sociale europea²¹¹, nelle quali – pur non essendo fatto espresso riferimento alla domenica – è stato indicato come giorno di riposo quello «riconosciuto dalla tradizione o dagli usi del paese o della regione».

Le autorità europee ed internazionali hanno dunque lasciato mano libera ai legislatori nazionali, rimettendo loro un'ampia libertà d'azione in ordine alla definizione del giorno di fruizione del diritto al riposo settimanale, libertà che è stata peraltro utilizzata in modo piuttosto diverso dai vari Paesi. Mentre in Spagna il periodo di riposo ebdomadario comprende generalmente «il pomeriggio del sabato o, se necessario, il lunedì mattina e tutta la domenica»²¹², le britanniche *Working Time Regulations* non precisano il giorno di fruizione del riposo settimanale²¹³.

²⁰⁸ Nello stesso senso v. M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 375. Come sottolineato da tali autori, peraltro, la pronuncia in questione «non inficia in alcun modo la rilevanza delle indicazioni che la Corte aveva già avuto modo di esprimere in passato, sotto altro profilo, in ordine al valore del riposo domenicale».

²⁰⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 1996 sul lavoro domenicale.

²¹⁰ Il riposo settimanale deve coincidere, «per quanto possibile, con il giorno della settimana riconosciuto giorno di riposo dalla tradizione o dagli usi del paese o della regione»: art. 2.3 della Convenzione n. 14/1921; in senso analogo v. l'art. 6 della convenzione n. 106/1957.

²¹¹ L'art. 2.5 della Carta del Consiglio d'Europa (sottoscritta a Torino nel 1961, poi rivista a Strasburgo nel 1996 e ratificata in Italia con l. n. 30/1999) stabilisce che il riposo settimanale deve coincidere, «per quanto possibile, con il giorno riconosciuto dalla tradizione o costume nel paese o regione interessata come giorno di riposo». Il diritto al riposo settimanale è sancito anche dall'art. 31 della Carta di Nizza, che però non fornisce alcuna indicazione in merito alla sua collocazione. Sulle fonti di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea che tutelano il diritto al riposo settimanale v. A. OCCHINO 2010, p. 126; cfr. anche R. PANZARANI 1999, p. 124.

²¹² Art. 37.1 ET. Sulla coincidenza del riposo settimanale con la domenica nella normativa spagnola v. J.I. GARICÍA NINET, A. VICENTE PALACIO 2009, p. 507 ss.

²¹³ Qualche indicazione in materia può essere rintracciata, limitatamente al solo settore commerciale, nello *Shops Act* riformato nel 1994, che – pur avendo mante-

Maggiori indicazioni sono invece presenti nella normativa francese, ove il legislatore, «non senza ipocrisia»²¹⁴, ha stabilito che «nell'interesse dei lavoratori, il riposo settimanale è dato la domenica»²¹⁵, affiancando tuttavia a tale disposizione molte deroghe, la cui latitudine è peraltro aumentata esponenzialmente dopo l'entrata in vigore della l. 10 agosto 2009, n. 974: basti infatti pensare che la normativa più recente ha autorizzato la fruizione del riposo settimanale a rotazione non soltanto nei comuni di interesse turistico o termale, generalizzando la possibilità di deroga in precedenza limitata ai soli periodi di maggior afflusso turistico, ma anche in tutte le unità urbane con più di un milione di abitanti²¹⁶; nel settore del commercio al dettaglio il rispetto della regola del riposo domenicale ha così assunto carattere perlopiù eccezionale. Nonostante le numerose critiche avanzate non soltanto dalla dottrina d'oltralpe ma anche dall'Oil, che ha recentemente considerato la normativa francese contrastante con la convenzione n. 106/1957²¹⁷, la legge del 2009 non è stata però censurata dal *Conseil constitutionnel*²¹⁸: poiché il riposo domenicale non è un diritto costituzionalmente tutelato bensì è un principio fondamentale del diritto del lavoro che necessita l'intervento del legislatore per poter essere attuato (così come previsto dall'art. 34 della Carta

nuto alcuni limiti al commercio domenicale – ha riconosciuto libertà di scelta ai lavoratori in ordine all'effettuazione di prestazioni domenicali. Sul punto v. M. ROCCIA 1997, p. 102; nella dottrina d'oltralpe v. S. DEAKIN 1994, p. 333 ss.

²¹⁴ V. BERNAUD 2009, p. 1082.

²¹⁵ Art. L. 3132-3 del *code du travail*, così come modificato dalla l. 10 agosto 2009, n. 974.

²¹⁶ V. gli artt. da L. 3132-25-1 a L. 3132-25-6 del *code du travail*, inseriti dalla l. n. 974/2009. Tali norme hanno introdotto la nozione di PUCE, cioè di «périmètre d'usage de consommation exceptionnel»: si tratta normalmente delle zone periferiche delle grandi città dove si trovano spesso numerosi centri commerciali. Sulle novità di maggior rilievo v. le riflessioni dottrinali di V. BERNAUD 2009, p. 1081 ss.; M. POIRIER 2010, p. 22; M. VERICEL 2009a, p. 673; ID. 2009b, p. 859. Per un'analisi del progetto di legge prima della sua entrata in vigore v. M. VERICEL, S. LECOCQ 2008, p. 642 ss., che offrono a tal proposito due differenti punti di vista. Sul riposo domenicale in Francia prima della più recente riforma v. F. MOREL 2008, p. 120 ss. (ove sono dettagliatamente analizzate le deroghe già previste dal previgente testo normativo) e F. FAVENNEC-HÉRY 1999, p. 224.

²¹⁷ Secondo l'Oil, la normativa francese ha infatti ingiustamente sacrificato le esigenze dei lavoratori in nome di interessi economici: v. il rapporto della Commissione di esperti per l'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni del 16 febbraio 2011, in *www.ilo.org*. In dottrina v. V. BERNAUD 2009, p. 1083 ss. Il dibattito francese sul riposo domenicale è particolarmente vivo: su tale questione v. il sito internet *www.travail-dimanche.com*.

²¹⁸ *Conseil constitutionnel* 6 agosto 2009, n. 588, in *JO*, 11 agosto 2009. Sul punto v. V. BERNAUD 2009, p. 1081 ss.

costituzionale del 4 ottobre 1958²¹⁹), secondo il giudice delle Leggi francese l'introduzione di deroghe alla coincidenza del riposo ebdomadario con la domenica deve essere considerata lecita, perché volta a conciliare la libertà d'impresa con la tutela dei lavoratori e della loro famiglia.

La Corte Costituzionale francese non è certo stata l'unica in Europa ad essere intervenuta in materia di riposo domenicale: anzi, su tale argomento si registrano pronunce in diversi Paesi europei dagli esiti però non sempre analoghi. Nel contemperare i differenti interessi in gioco, le esigenze costituzionalmente protette del libero mercato hanno avuto la meglio anche in Croazia, la cui Corte Costituzionale ha infatti dichiarato illegittima una norma di legge che vietava l'apertura domenicale delle attività commerciali di vendita al minuto²²⁰. In tutt'altra direzione si è invece mossa la Corte Costituzionale tedesca²²¹, cassando una legge del *Länd* di Berlino che autorizzava l'apertura degli esercizi commerciali nelle quattro domeniche dell'Avvento, nonché in altre sei domeniche o festività nel corso dell'anno²²². Il *Bundesverfassungsgericht* ha infatti considerato tale testo di legge contrastante con il principio di libertà di fede e di coscienza (tutelato dall'art. 4, commi 1 e 2, *Grundgesetz*), nonché con l'art. 140 della Legge fondamentale, che incorpora alcuni principi enunciati dalla Costituzione di Weimar; in particolar modo, l'apertura domenicale delle attività commerciali di vendita al minuto violerebbe il principio weimariano secondo cui «la domenica e le altre festività riconosciute vanno legalmente protette come giorni di riposo e dell'elevamento spirituale». Secondo il *Bundesverfassungsgericht*, infatti, il riposo domenicale e festivo non soltanto ricopre un'importante funzione laica e sociale, salvaguardando diritti fondamentali della persona quali il

²¹⁹ Tale disposizione affida infatti al legislatore ordinario il compito di determinare i principi fondamentali del diritto del lavoro, del diritto sindacale e della sicurezza sociale.

²²⁰ *Ustavni sud Republike Hrvatske* 19 giugno 2009, n. 642; il testo integrale della sentenza può essere letto, anche in lingua inglese, nel sito internet <http://sljeme.usud.hr>. Il divieto di apertura domenicale degli esercizi commerciali di vendita al minuto contrasterebbe con le esigenze del libero mercato, tutelate dall'art. 49, comma 1, della Costituzione croata.

²²¹ *Bundesverfassungsgericht* 1° dicembre 2009, n. 134. Il testo di tale sentenza può essere letto, soltanto in lingua tedesca, consultando il sito internet www.bundesverfassungsgericht.de, ove è disponibile, in lingua inglese, anche un articolato comunicato stampa. Sul punto v. la rassegna giurisprudenziale di L. STROPPIANA 2010, p. 207.

²²² La riforma federalista varata nel 2006 ha infatti affidato ai *Länder* la competenza legislativa in materia di orario dei negozi: le possibilità di apertura domenicale autorizzate negli altri stati federali sono decisamente più restrittive rispetto alla normativa varata a Berlino.

matrimonio e la famiglia (tutelati dall'art. 6.1, *Grundgesetz*), il diritto alla salute nonché il diritto al riposo e allo svago (art. 2.2); ma è anche profondamente radicato nella tradizione della religione cristiana e merita pertanto una particolare tutela legislativa, al fine di garantire il diritto dei lavoratori all'esercizio del culto. L'apertura domenicale dei punti di vendita al minuto deve dunque avere carattere eccezionale ed essere connessa a ragioni effettive, non essendo a tal fine sufficiente il mero interesse economico dei commercianti né l'interesse degli acquirenti potenziali a poter effettuare compere in ogni giorno della settimana.

Al di là dei differenti esiti dei giudizi di costituzionalità, preme sottolineare come non sia probabilmente frutto di una mera coincidenza il fatto che, a così breve distanza di tempo l'una dall'altra, diverse Corti Costituzionali europee siano state chiamate a pronunciarsi in materia di riposo domenicale: la quasi contestualità di tali sentenze pare essere piuttosto indice dell'interesse crescente che si sta sviluppando in tutta Europa intorno a tale tema. L'intenso dibattito sorto sulla questione è peraltro testimoniato anche dalla fondazione dell'*European Sunday Alliance*, nata a Bruxelles nel 2011 al fine di promuovere in tutta Europa la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, il rispetto della vita privata e la salvaguardia della vita sociale. Obiettivo di tale Alleanza – che raggruppa sindacati, chiese cristiane e organizzazioni della società civile – è infatti quello di esortare le istituzioni europee e gli Stati membri a proteggere la domenica, in linea di principio, come giorno comune di riposo settimanale, al fine di assicurare «un ruolo centrale alla salute e alla sicurezza, all'equilibrio tra lavoro e vita privata e alla coesione sociale», poiché «solo un giorno comune di riposo settimanale dal lavoro adeguatamente protetto permette ai cittadini di godere pienamente della partecipazione alla vita culturale, sportiva, sociale e religiosa, al fine di cercare un arricchimento culturale e il benessere spirituale, e di impegnarsi in attività di volontariato e associative»²²³.

4.2. In Italia: una regola ricca di eccezioni

La «regola di derivazione culturale millenaria»²²⁴ del riposo do-

²²³ Tutte le citazioni sono tratte dalla *Dichiarazione fondativa per la creazione di una Alleanza Europea per la protezione della domenica*, consultabile al sito internet www.europeansundayalliance.eu.

²²⁴ P. ICHINO 2003, p. 412. Se il riposo domenicale può probabilmente trovare le sue radici storiche in un editto di Costantino del 321 d.C. (G. RICCI 2005, p. 364), nel nostro Paese l'astensione dal lavoro nella domenica è stata stabilita, ini-

menicale nel nostro Paese continua in linea di principio a rimanere in vigore: benché l'art. 36, comma 3, Cost. si limiti a tutelare il diritto al riposo settimanale senza fornire alcuna indicazione in merito alla collocazione di questo²²⁵, nel ridisciplinare la materia il legislatore del 2003 ha infatti scelto di mantenere «impregiudicato il valore *relativo* del riposo domenicale»²²⁶, stabilendo che le ventiquattro ore

zialmente per le donne e i fanciulli, dall'art. 9 della l. n. 242/1902 e poi, per tutti i lavoratori, dall'art. 3 della l. n. 489/1907. La regola del riposo domenicale è stata successivamente ribadita dall'art. 3 della l. n. 370/1934 – secondo cui «il riposo di 24 ore consecutive deve essere dato la domenica, salvo le eccezioni stabilite dagli articoli seguenti» – e dall'art. 2109, comma 1, cod. civ., che ha previsto la coincidenza «di regola» del riposo settimanale con la domenica.

²²⁵ Il fatto che «nessun accenno alla domenica o ad altro giorno determinato si rinvia [...] nel terzo comma dell'art. 36» è stato rimarcato anche dalla Corte Costituzionale con sentenza 15 giugno 1972, n. 105, in *GCost.*, 1972, pp. 1196. Né ad una diversa conclusione in ordine all'assenza di fondamento della regola del riposo domenicale nella nostra Carta fondamentale si potrebbe giungere qualora dovesse essere riconosciuto rango quasi costituzionale alla l. n. 121/1985 (che ha dato esecuzione nel nostro ordinamento all'Accordo di riforma dei Patti lateranensi, sottoscritto il 18 febbraio 1984), con cui lo Stato italiano si impegna a riconoscere fra i giorni festivi tutte le domeniche: benché anche le disposizioni ivi contenute (così come quelle dettate dalla l. n. 810/1929 che ha dato esecuzione ai Patti lateranensi) possano forse essere considerate (sulla base dell'art. 7 Cost.) come «norme parificate a quelle prodotte da leggi costituzionali» (Corte Cost. 7 febbraio 1978, n. 16, in *DE*, 1978, p. 64), tale qualifica non può produrre alcun effetto nel diritto del lavoro; la normativa in questione, infatti, si limita ad imporre il carattere festivo della domenica, senza vietare lo svolgimento di attività lavorative in tale giornata. A tal proposito, occorre ricordare che l'Assemblea costituente aveva espressamente scartato l'ipotesi della costituzionalizzazione della regola del riposo festivo: dai lavori dell'Assemblea risulta infatti che vennero formulate sia una proposta di costituzionalizzazione della domenica *tout court* come giorno di riposo settimanale, sia una proposta mediana secondo cui «lo Stato riconosce e garantisce ai lavoratori il diritto al riposo festivo»; nessuna delle due ipotesi fu però accolta. Sui lavori dell'Assemblea v. AA.Vv. 1970, p. 1562. Sul rango da attribuire alla l. n. 121/1985 e sulla giurisprudenza costituzionale in materia v. per tutti E. VITALI, A.G. CHIZZONITI 2010, p. 38 ss.; sul riconoscimento della domenica come giorno festivo v. A. OCCHINO 2010, p. 132.

²²⁶ G. RICCI 2005, p. 366. L'autore sottolinea che «la riproposizione, nella nuova disciplina, della consueta tecnica normativa del *divieto di lavoro domenicale con eccezioni* non è corredata [...] dalla previsione, già in sede legale, di una consistente maggiorazione retributiva» nel caso in cui sia richiesto lavoro domenicale (p. 370): spetta dunque alla contrattazione collettiva il compito di sopperire a tale lacuna. È a tal proposito opportuno ricordare che il diritto alla maggiorazione retributiva per lo svolgimento di lavoro domenicale è considerato dalla giurisprudenza un corollario dell'art. 36 Cost.: v. a tal proposito Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 16, in *RIDL*, 1987, II, p. 647. Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità v. Cass. 10 novembre 1982, n. 5923, in *RIDL*, 1983, II, p. 223; Cass. 30 gennaio 1985, n. 625, in *MGL*, 1987, p. 163; Cass. S.U. 8 ottobre 1991, n. 10513, in *DL*, 1992, II, p. 116; Cass. 22 luglio 1995, n. 8014, in *RIDL*, 1996, II, p. 591; Cass. 21 agosto 1996, n.

di astensione settimanale dal lavoro (a cui vanno cumulate undici ore di riposo giornaliero) vanno godute «di regola in coincidenza con la domenica»²²⁷. Pur in un contesto di dilatazione delle deroghe alla regola del riposo domenicale (art. 9, commi 2-5, su cui v. *infra*, in questo §), la versione originaria del testo normativo varato nel 2003 ha dunque sostanzialmente confermato la disciplina previgente, segnando il raggiungimento di un «punto di convergenza fra il retaggio regolativo nazionale»²²⁸, il referente comunitario, la giurisprudenza costituzionale e la giurisprudenza di legittimità: è opportuno infatti ricordare che, negli anni precedenti l'entrata in vigore del d.lgs. n. 66, la Consulta e la Corte di Cassazione avevano riconosciuto nella regola della normale coincidenza del riposo settimanale con la domenica un «principio direttivo d'ordine generale», volto a far sì che la giornata libera coincida possibilmente con il «giorno in cui, nell'ambito della collettività dove il lavoratore vive, è organizzata in forme varie l'utilizzazione del tempo libero»²²⁹.

Trascorsi cinque anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 66, il legislatore italiano è però nuovamente intervenuto sulla questione, introducendo una modifica all'art. 9 per nulla irrilevante e potenzialmente capace di compromettere l'effettività della regola della normale coincidenza con la domenica. Recependo a distanza di alcuni anni le più ampie possibilità offerte dall'art. 16, lettera *a*, della direttiva europea, la l. n. 133/2008 ha infatti previsto la possibilità che il riposo settimanale sia «calcolato come media in un periodo non superiore a quattordici giorni», a condizione che non venga alterato il rapporto di almeno trentacinque ore consecutive di riposo ogni sei giorni²³⁰.

A prima vista, tale modifica non parrebbe porre particolari problemi, dal momento che in passato la Corte Costituzionale aveva più volte legittimato i regimi di organizzazione del lavoro che – pur rispettando il ritmo di un giorno di astensione ogni sei giorni di atti-

7697, in *MGC*, 1996, p. 1202; Cass. 6 novembre 1996, n. 9705, in *MGC*, 1996, p. 1476; Cass. 30 agosto 2000, n. 11419, in *RIDL*, 2001, II, p. 496; Cass. 3 luglio 2001, n. 9009, in *MGL*, 2001, p. 1040.

²²⁷ Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 66/2003. Per un'analisi dettagliata di tale disposizione v. A. ALLAMPRESE, G. LELLA 2004, p. 341 ss., che ne pongono in luce i profili di continuità e le principali differenze rispetto al previgente testo normativo; cfr. anche A. OCCHINO 2004a, p. 1350 ss.; S. BELLUMAT 2003, p. 273.

²²⁸ G. RICCI 2005, p. 358.

²²⁹ Cass. 10 novembre 1982, n. 5923, cit. Nello stesso senso v. anche Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 16, cit.

²³⁰ Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 66/2003, così come modificato dall'art. 41, comma 5, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133. Sulle modifiche apportate dalla l. n. 133/2008 v. A. ALLAMPRESE 2008b; S. BELLOMO 2008, p. 835 s.; V. FERRANTE 2008a, p. 438 ss.; F.M. PUTATURO DONATI 2009a, p. 168.

vità lavorativa – prevedevano che il riposo fosse goduto in un momento diverso dal settimo giorno²³¹. Tuttavia, benché un ricco filone giurisprudenziale avesse già chiarito che l'art. 36 Cost. non impone «una rigorosa periodicità in forza della quale il riposo deve cadere dopo non più di sei giorni di lavoro»²³², la modifica apportata dalla legge n. 133/2008 non è certo di poco conto: a differenza della Consulta – che aveva autorizzato la deroga alla periodicità ebdomadaria del riposo soltanto in presenza di interessi apprezzabili²³³ e di un ragionevole contemperamento fra la tutela della salute dei lavoratori e le esigenze di speciali attività produttive²³⁴, giungendo espressamente a precisare che le deroghe alla periodicità settimanale devono rispondere ad una logica di eccezionalità – il legislatore del 2008, non ha subordinato tale facoltà al rispetto di alcuna condizione. Nonostante l'ammissione di deroghe al principio della cadenza ebdomadaria del riposo sia stata in passato oggetto di un «progressivo irrigidimento del Giudice delle leggi»²³⁵, il nuovo testo legislativo pare infatti avere dimenticato i limiti individuati dalla Consulta: trascurando il richiamo da questa formulato alla necessità che le deroghe al principio di periodicità rispondano ad una logica di eccezionalità²³⁶, il ricorso alla periodicità bisettimanale lascia dunque aperti non pochi dubbi di legittimità costituzionale²³⁷.

²³¹ La Consulta ha infatti ammesso la possibilità di derogare alla cadenza ebdomadaria del riposo settimanale (a condizione che sia comunque rispettata la media di ventiquattro ore di riposo dopo sei giornate lavorative) per rispondere a specifici fabbisogni della produzione nei diversi settori interessati, fermo restando il contemperamento di tali esigenze con quelle di tutela della salute dei lavoratori. In tal senso v. Corte Cost. 15 dicembre 1967, n. 150, in *MGL*, 1967, p. 343; cfr. anche Corte Cost. 15 giugno 1972, n. 105, cit. Su tali pronunce v. T. TREU 1979, p. 123 ss. Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. 28 giugno 2001, n. 8820, in *RIDL*, 2002, II, p. 833; Cass. 14 aprile 2001, n. 5592, in *NGL*, 2001, p. 759; Cass. 30 agosto 2000, n. 11419, cit. Non sono tuttavia mancate pronunce in senso contrario: si v. Cass. 25 luglio 1964, n. 2040, in *RGL*, 1964, II, p. 301; Cass. S.U. 11 aprile 1969, n. 11636, in *RGL*, 1969, II, p. 252; Cass. S.U. 22 maggio 1985, n. 3104, in *NGL*, 1985, p. 620.

²³² Corte Cost. 15 dicembre 1967, n. 150, cit.

²³³ Cass. 17 aprile 1996, n. 3634, in *GC*, 1996, I, 2938. Tale deroga poteva in ogni caso operare soltanto «in situazioni idonee a giustificare un regime eccezionale»: Corte Cost. 30 giugno 1971, n. 146, in *GC*, 1971, p. 1647.

²³⁴ Corte Cost. 7 maggio 1975, n. 101, in *RGL*, 1975, II, p. 335; Corte Cost. 15 dicembre 1967, n. 150, cit.; Corte Cost. 30 giugno 1971, n. 146, cit.; Cass. 4 novembre 1997, n. 10836, in *MGC*, 1997, p. 2077; Cass. 27 gennaio 1996, n. 623, in *MGC*, 1996, p. 114; Cass. 6 giugno 1996, n. 5273, in *MGC*, 1996, p. 829; Cass. 22 luglio 1995, n. 8014, cit.

²³⁵ U. CARABELLI, V. LECCESE 2004b, p. 31, all'esito di un'analisi cronologica delle pronunce già citate *supra*.

²³⁶ V. Corte Cost. 7 maggio 1975, n. 101, cit.

²³⁷ Già all'indomani dell'emanazione del d.lgs. n. 66 e ben prima del più recente

L'innovazione introdotta dalla l. n. 133/2008 rischia inoltre di determinare un notevole rafforzamento delle prerogative datoriali²³⁸, causando una «contraddizione “interna” alla trama legislativa»²³⁹. Potendo scegliere di calcolare il periodo di riposo su base bisettimanale, l'imprenditore è infatti posto nella condizione di richiedere ai dipendenti lo svolgimento di una prestazione lavorativa per dodici giorni consecutivi, fatto salvo il diritto di costoro di fruire di «un riposo “compattato”»²⁴⁰, che può essere eventualmente collocato nella tredicesima e nella quattordicesima giornata dell'arco temporale di riferimento. Secondo alcuni, proprio la restituzione al datore di più ampi margini per l'esercizio del potere di collocazione della prestazione, derivante dalla possibilità di calcolare il riposo «come media in un periodo non superiore a 14 giorni», rischierebbe di compromettere l'effettività del principio della normale coincidenza del riposo settimanale con la domenica, principio che – nella migliore delle ipotesi – sarebbe, per così dire, «“dimezzato”, valendo ora soltanto a garantire che, su un arco temporale di 14 giorni, almeno un riposo cada nel *dies domini*»²⁴¹.

intervento legislativo, parte della dottrina sottolineava come, in assenza dei requisiti individuati dalla Corte Costituzionale, «le deroghe al principio della periodicità settimanale dovranno considerarsi illegittime», considerando «inaccettabile» un'interpretazione (o una norma) che affermi la possibilità di derogare «*in ogni caso*» a tale principio: A. ALLAMPRESE, G. LELLA 2004, p. 350. Dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della modifica apportata nel 2008 all'art. 9 del d.lgs. n. 66 sono stati sollevati da A. ALLAMPRESE 2008b; G. BEATRICE 2009, p. 2752; A. OCCHINO 2010, p. 79; F. M. PUTATURO DONATI 2009a, p. 168; dello stesso avviso sembrano essere anche P. SANDULLI, V.M. MARINELLI 2009, p. 628 e G. RICCI 2010a, p. 33. *Contra* invece V. FERRANTE 2008b, p. 438; F. RIVELLINI 2009, p. 485. Ritiene coerente la più recente modifica con la giurisprudenza costituzionale anche il Ministero del Lavoro: cfr. la risposta ad interpello n. 29/2000, che può essere letta in www.lavoro.gov.it.

²³⁸ Sull'ampliamento del potere imprenditoriale v. V. FERRANTE 2008b, p. 442; cfr. anche F.M. PUTATURO DONATI 2009a, p.169. L'estensione del potere imprenditoriale è evidenziata anche dal Ministero del Lavoro, secondo cui «la previsione normativa, che modifica il dettato dello stesso articolo 9, comma 1, del d.lgs. n. 66/2003, introduce una maggiore flessibilità di impiego della manodopera, rispondendo almeno in parte alle esigenze di datori di lavoro e lavoratori *senza che, sul punto, sia necessario alcun intervento della contrattazione collettiva*»: cfr. la risposta ad interpello n. 29/2000, cit.; c.m.

²³⁹ G. RICCI 2010a, p. 33.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ V. FERRANTE 2008b, p. 442. In senso analogo v. G. RICCI 2010a, p. 33, secondo il quale la regola della normale coincidenza del riposo settimanale con la domenica sarebbe, «almeno dal punto di vista della disciplina legale, una “regola” ormai dimidiata, atteggiandosi sempre di più come variabile dipendente dalle esigenze della produzione, la cui “gestione” è rimessa al potere (unilaterale, in assenza di li-

Proprio al fine di evitare tale effetto, è stata prospettata una diversa lettura della norma, incentrata sulla lettura "incrociata" delle disposizioni contenute nell'art. 9, volta ad attribuire particolare rilievo alla regola della coincidenza del riposo settimanale con la domenica, regola che continua ad essere fissata all'interno del primo comma dell'art. 9 e la cui violazione è sanzionata ai sensi della nuova formulazione dell'art. 18 *bis*, comma 3²⁴²: secondo coloro che abbracciano tale interpretazione²⁴³, l'osservanza della regola del riposo domenicale implicherebbe anche il rispetto della periodicità ebdomadaria del riposo. L'alterazione di quest'ultima, pur autorizzata dalla l. n. 133/2008, sarebbe perciò lecita soltanto qualora ricorrano le ipotesi, decisamente ampie e numerose, in cui è consentita la fruizione del riposo in un giorno diverso dalla domenica.

Alla disposizione contenuta nell'art. 9, primo comma, del d.lgs. n. 66/2003 fanno infatti eccezione una serie di situazioni direttamente elencate dal comma secondo della medesima norma, lettere *a*, *b* e *c*²⁴⁴; specifiche ipotesi in cui è possibile derogare alla sola regola della nor-

miti introdotti dalla contrattazione collettiva) di determinazione del datore di lavoro». Cfr. anche M.G. MATTAROLO 2012, p. 664.

²⁴² In caso di violazione delle disposizioni previste dall'articolo 9, comma 1 «si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 750 euro. Se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero si è verificata in almeno tre periodi di riferimento di cui all'articolo 4, commi 3 o 4, la sanzione amministrativa è da 400 a 1.500 euro. Se la violazione si riferisce a più di dieci lavoratori ovvero si è verificata in almeno cinque periodi di riferimento di cui all'articolo 4, commi 3 o 4, la sanzione amministrativa è da 1.000 a 5.000 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta»: art. 18 *bis*, comma 3, d.lgs. n. 66/2003, così come modificata dall'art. 41, comma 8, d.l. n. 112/2008, a sua volta modificato dalla l. di conversione n. 133/2008 e sostituito, da ultimo, dall'art. 7, comma 1, lettera *a*, della l. 4 novembre 2010, n. 183. Sulle modifiche recentemente apportate all'apparato sanzionatorio del d.lgs. n. 66/2003 v. M.G. MATTAROLO 2010b, p. 49 ss.; più recentemente v. EAD. 2012, p. 702 ss. e G. BOLEGO 2012, p. 61.

²⁴³ S. BELLOMO 2008, p. 836; V. LECCESE 2011a, p. 39 del dattiloscritto.

²⁴⁴ Le eccezioni contenute nel comma 2 dell'art. 9 riguardano tutti i profili di tutela contenuti nel comma 1 (così A. ALLAMPRESE, G. LELLA 2004, p. 346; D. GAROFALO 2003, p. 1013; V. LECCESE 2004a, p. 223): oltre al principio della tendenziale coincidenza con la domenica, sono dunque possibile oggetto di deroga anche la regola della cadenza periodica del riposo settimanale, quella dell'obbligo di cumulo del riposo settimanale con quello giornaliero e quella della consecutività del riposo nei termini previsti dalla legge. Tali eccezioni concernono: *a*) le attività di lavoro a turni ogni volta che il lavoratore cambi turno o squadra e non possa usufruire, tra la fine del servizio di un turno o di una squadra e l'inizio di quello del successivo, di periodi di riposo giornaliero o settimanale (questa lettera è stata così modificata dall'art. 41, comma 6, del d.l. n. 112); *b*) le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata; *c*) per il personale che lavora nel settore dei trasporti ferroviari: le attività discontinue; il servizio prestato a bordo dei treni; le attività con-

male coincidenza del riposo settimanale con la domenica sono inoltre contenute nel terzo comma²⁴⁵. Per di più, un potere derogatorio decisamente ampio è stato attribuito alla contrattazione collettiva: l'art. 9, comma 2, lettera *d*, autorizza infatti le parti sociali a «stabilire previsioni diverse, nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 17, comma 4»²⁴⁶. A quanto pare, però, questa variegata tipologia di eccezioni è stata «ritenuta non esaustiva dal legislatore delegato»²⁴⁷: quest'ultimo si è infatti premurato di sancire comunque la salvezza, oltre che delle deroghe previste dalla L. 22 febbraio 1934, n. 370, delle «disposizioni speciali che consentono la fruizione del riposo settimanale in un giorno diverso dalla domenica»²⁴⁸ (art. 9, comma 4); disposizioni che, specie nel settore del commercio, sono dotate di un carattere derogatorio particolarmente incisivo.

nesse con gli orari del trasporto ferroviario. La lettera *d* del comma 2, inoltre, consente ai contratti collettivi di «stabilire previsioni diverse, nel rispetto delle condizioni previste dall'articolo 17, comma 4».

²⁴⁵ La sola regola della coincidenza del riposo settimanale con la domenica può essere derogata qualora si sia in presenza di: *a*) operazioni industriali per le quali si abbia l'uso di forni a combustione o a energia elettrica per l'esercizio di processi caratterizzati dalla continuità della combustione ed operazioni collegate, nonché attività industriali ad alto assorbimento di energia elettrica ed operazioni collegate; *b*) attività industriali il cui processo richieda, in tutto o in parte, lo svolgimento continuativo per ragioni tecniche; *c*) industrie stagionali, per le quali si abbiano ragioni di urgenza riguardo alla materia prima o al prodotto dal punto di vista del loro deterioramento e della loro utilizzazione; *d*) servizi ed attività il cui funzionamento domenicale corrisponda ed esigenze tecniche ovvero soddisfi interessi rilevanti della collettività ovvero sia di pubblica utilità; *e*) attività che richiedano l'impiego di impianti e macchinari ad alta intensità di capitali o ad alta tecnologia; *f*) aziende esercenti la vendita al minuto, alle condizioni indicate dall'art 7, l. n. 370/1934. La lettera *g*) del comma 3 fa inoltre salve le eccezioni previste dagli artt. 11, 12, 13 del d.lgs. n. 114/1998 e dall'art. 3 della l. n. 323/2000.

²⁴⁶ Ai contratti collettivi è dunque attribuita una «facoltà di deroga *incondizionata*, cioè non sottoposta ad alcuna limitazione tipologica» (V. LECCESE 2011a, p. 36 del dattiloscritto; cfr. anche ID. 2010b, p. 493) purché «ai prestatori di lavoro siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo, o in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata» (art. 17, comma 4). Occorre inoltre ricordare che l'art. 9, comma 5, ha previsto il potere sostitutivo del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (o, nel pubblico impiego, del Ministro per la funzione pubblica) in caso di assenza di accordo collettivo.

²⁴⁷ V. LECCESE 2010b, p. 494.

²⁴⁸ La norma in materia di riposo settimanale non si applica inoltre al personale mobile (art. 17, comma 6, d.lgs. n. 66): su tale esclusione v. quanto rilevato da U. CARABELLI, V. LECCESE 2004b, p. 29. Cfr. anche A. OCCHINO 2004a, p. 1353 ss. e EAD. 2010, p. 128 ss.

4.2.1. Il settore del commercio: l'eccezione si fa regola?

Nell'analizzare la disciplina del riposo domenicale non si può certamente prescindere dal soffermarsi sulle disposizioni operanti nel settore del commercio, nel quale la norma che prevede un giorno dedicato universalmente al riposo e alla vita familiare e sociale pare essere ridotta a poco più che una risorsa di chiusura. La regola della normale coincidenza del riposo settimanale con la domenica è infatti andata incontro ad una graduale erosione, causata da un lato dalle numerose disposizioni derogatorie previste dalla contrattazione collettiva e dall'altro dalla progressiva "liberalizzazione" operata dal legislatore, divenendo così sempre più evanescente.

Una prima, significativa riduzione del diritto al riposo domenicale è stata operata dalle parti sociali: approfittando dell'ampio potere derogatorio rimessogli dall'art. 9, comma 2, lettera *d*, il contratto collettivo per i dipendenti da aziende del terziario della distribuzione e dei servizi (Confcommercio) stabilisce infatti che, al fine di «garantire lo svolgimento del servizio in relazione alle modalità organizzative», le aziende possono «organizzare per ciascun lavoratore a tempo pieno che abbia il riposo settimanale normalmente coincidente con la domenica lo svolgimento dell'attività lavorativa nella misura complessiva pari alla somma delle domeniche di apertura originariamente previste dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 e del 30% delle ulteriori aperture domenicali previste a livello territoriale»²⁴⁹. Ulteriori possibilità di deroga sono inoltre previste dalla contrattazione di secondo livello che, nel regolamentare in termini molto flessibili il riposo settimanale, in taluni casi autorizza addirittura l'introduzione di deroghe *in pejus* da parte dell'autonomia individuale²⁵⁰.

Sono stati però i più recenti interventi legislativi a compromettere del tutto il rispetto della regola generale del riposo domenicale. L'ob-

²⁴⁹ Art. 141 del Ccnl per il settore del commercio, cit. Non sono tenuti ad assicurare le prestazioni lavorative domenicali le madri (o i padri affidatari) di bambini di età fino a 3 anni, nonché i lavoratori che assistono portatori di *handicap* conviventi o persone non autosufficienti titolari di assegno di accompagnamento conviventi. Per ogni ora di lavoro prestata la domenica è prevista una maggiorazione del 30% sulla quota oraria della normale retribuzione. Sulle deroghe al riposo domenicale ammesse nel settore del commercio v. A. ALLAMPRESE 2009, p. 174 s.

²⁵⁰ Si veda a tal proposito il contratto aziendale Ikea del 30 maggio 2006, rinnovato il 27 luglio 2011: tale accordo prevede che le prestazioni individuali domenicali non devono superare per ciascun lavoratore le 39 domeniche annuali, di cui 10 consecutive; tali (elevati) limiti non trovano però applicazione nei confronti dei lavoratori disponibili a prestazioni lavorative per un maggior numero di domeniche (oltre che, com'è ovvio, nei confronti dei dipendenti con contratto *part-time weekend*). Per l'analisi delle disposizioni contenute in altri accordi di secondo livello v. S. LAFORGIA 2009a, p. 200.

bligo di chiusura domenicale degli esercizi di vendita al dettaglio è stato infatti progressivamente ridimensionato dal legislatore, che passo dopo passo ha proceduto alla completa deregolamentazione di tale delicata materia. Già il d.lgs. n. 114/1998 aveva autorizzato lo svolgimento di attività lavorativa in un numero di domeniche piuttosto elevato, prevedendo ulteriori ampie possibilità di deroga per i negozi situati in località turistiche, in città d'arte e in zone limitrofe²⁵¹. Da ultimo due interventi normativi, a brevissima distanza di tempo l'uno dall'altro, hanno sparigliato in modo significativo le carte: nel susseguirsi di manovre finanziarie che ha caratterizzato il 2011, la disciplina degli orari di apertura degli esercizi commerciali è stata infatti più volte rimaneggiata.

Una prima accelerata verso la deregolamentazione degli orari è stata segnata nel luglio di quell'anno, quando è stato stabilito che, «in via sperimentale», gli esercizi commerciali situati nelle località turistiche o città d'arte non sono tenuti al «rispetto degli orari di apertura e di chiusura, [al]l'obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché [a] quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale» (art. 3, comma 1, lettera *d-bis*, l. n. 248/2006, così come modificato dall'art. 35, comma 6, d.l. n. 98/2011, convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111). La vera “rivoluzione” è però quella posta in essere dal Governo Monti: ripescando una disposizione già inserita dal precedente esecutivo nella manovra d'agosto e successivamente eliminata in sede di conversione (art. 6, comma 4, testo originale del d.l. 13 agosto 2011, n. 138), il c.d. decreto “salva Italia” ha infatti cancellato il carattere sperimentale della norma varata cinque mesi prima, generaliz-

²⁵¹ L'art. 11, comma 5, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, affidava ai singoli Comuni – sentite le organizzazioni locali dei consumatori, delle imprese del commercio e dei lavoratori dipendenti – la facoltà di individuare «i giorni e le zone del territorio nei quali gli esercenti possono derogare all'obbligo di chiusura domenicale e festiva» imposto dal comma precedente; tali giorni «comprendono comunque quelli del mese di dicembre, nonché ulteriori otto domeniche o festività nel corso degli altri mesi dell'anno». Nei comuni ad economia prevalentemente turistica, nelle città d'arte o nelle zone del territorio dei medesimi, inoltre, gli esercenti potevano determinare liberamente gli orari della propria attività e possono derogare all'obbligo di chiusura domenicale: art. 12, comma 1, d.lgs. n. 114/1998. Su tale disposizione v. la nota del 5 aprile 2008 dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, che può essere letta alla pagina internet www.agcm.it: dopo aver ricordato che tale disposizione «ha proceduto a liberalizzare l'apertura degli esercizi commerciali nei comuni ad economia prevalentemente turistica e nelle città d'arte», l'Autorità ha affermato che «ogni vincolo all'apertura di un esercizio commerciale determina restrizioni ingiustificate della concorrenza tra gli esercenti», poiché «le restrizioni concernenti le giornate di apertura degli esercizi commerciali costituiscono un ostacolo all'adozione di strategie differenziate da parte degli stessi esercenti e, quindi, all'ampliamento dell'offerta a beneficio dei consumatori».

zando il campo di applicazione di quest'ultima anche nei confronti degli esercizi commerciali non ubicati in località turistiche e in città d'arte (art. 31, comma 1, d.l. n. 201/2011, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214). Nel settore del commercio, il rispetto della regola generale della tendenziale coincidenza del riposo settimanale con la domenica è stato dunque sacrificato in nome della spinta al consumo, nel tentativo di rilanciare la crescita economica del nostro Paese.

Specie alla luce delle più recenti novità, la tutt'ora vigente regola della tendenziale coincidenza del riposo settimanale con la domenica risulta dunque – a conti fatti – spesso disapplicata. È perciò naturale chiedersi se nel nostro Paese possa trovare spazio una pronuncia come quella con cui il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge che autorizzava l'apertura domenicale dei negozi (v. *supra*, § 4.1): è questo un quesito di stringente attualità, soprattutto tenendo conto che avverso l'art. 31 del c.d. decreto “salva Italia” alcune Regioni, ritenendo lesa la propria potestà legislativa in materia di commercio, hanno fatto ricorso alla Consulta²⁵².

A dire il vero, tuttavia, in tempi recenti il Giudice delle leggi non si è mostrato particolarmente sensibile al problema: lo scorso anno è stata infatti rigettata una questione di legittimità costituzionale riguardante una normativa della regione Abruzzo che fissa in quaranta il numero delle giornate dedicate all'apertura domenicale o festiva degli esercizi commerciali²⁵³. Secondo la Corte, infatti, tale disposizione – estendendo «l'area di libera scelta sia dei consumatori che delle imprese» – risulterebbe funzionale all'«eliminazione di barriere e vincoli al libero esplicarsi dell'attività economica» e si porrebbe pertanto in conformità con le regole della competenza fissate dall'art. 117, comma 2, Cost., che affida alle Regioni la tutela della concorrenza. Per contro, la stessa pronuncia ha considerato costituzionalmente illegittima la disposizione che – al fine di garantire una maggior tutela ai lavoratori – imponeva ai Comuni (sentite le associazioni provinciali delle imprese del commercio, dei consumatori e dei lavoratori dipendenti, aderenti alle organizzazioni maggiormente rappresentative

²⁵² V. i ricorsi presentati dalla Regione Piemonte (n. 2012/19, pubblicato su G.U. del 7 marzo 2012 n. 10), dalla Regione Lombardia (n. 2012/45, pubblicato su G.U. del 11 aprile 2012, n. 15), dalla Regione Toscana (n. 2012/49, pubblicato su G.U. del 18 aprile 2012, n. 16). Dinnanzi alla Corte Costituzionale è inoltre pendente un'ordinanza di rimessione presentata dal TAR Veneto, con la quale viene richiesto alla Consulta di valutare la legittimità della l. regionale n. 30/2011 che – successivamente all'entrata in vigore del c.d. decreto “salva Italia” – ha posto limiti agli orari di apertura e chiusura delle attività di commercio al dettaglio: v. l'ordinanza 29 febbraio 2012, n. 265.

²⁵³ Corte Cost. 21 aprile 2011, n. 150, in *GDA*, 2011, p. 758.

a livello nazionale) di assicurare ai lavoratori il riposo a rotazione per almeno la metà delle giornate di apertura domenicale o festiva: ponendo vincoli in ordine alla possibilità e alle modalità di deroga alla chiusura obbligatoria non previsti dalla normativa statale, la disposizione della Regione Abruzzo – secondo la Corte – violerebbe infatti la norma costituzionale che affida allo Stato la competenza esclusiva in materia di ordinamento civile, materia nella quale rientrerebbe anche la disciplina del riposo domenicale e festivo.

Se l'assetto federalista derivante dal nuovo art. 117 Cost. in passato ha indotto la Consulta a pronunciarsi sulla delicata questione del riposo domenicale senza tenere in adeguata considerazione i risvolti sociali della sua giurisprudenza, vi è però la speranza che in futuro – alla luce delle più recenti novità legislative – il medesimo assetto federalista spinga la Corte a cassare la “liberalizzazione” incondizionata degli orari recentemente operata. Com'è stato rilevato dalle Regioni Lombardia, Piemonte e Toscana, infatti, «la disciplina degli orari degli esercizi commerciali rientra nella materia “commercio” di competenza esclusiva residuale delle Regioni, ai sensi del quarto comma dell'art. 117 Cost.»: ragione per cui, qualora l'art. 31 del c.d. decreto “salva Italia” dovesse «essere intes[o] nel senso di impedire ogni intervento regolativo della materia da parte delle Regioni»²⁵⁴ si verificherebbe un contrasto con la norma costituzionale.

Non condivisibile pare, del resto, la tesi secondo cui l'orario di apertura degli esercizi commerciali rientrerebbe fra le materie di competenza statale, trattandosi di disposizioni relative alla tutela della concorrenza e alla determinazione dei livelli minimi nel settore della distribuzione commerciale: se infatti gli obiettivi concorrenziali perseguiti dalle norme statali prevalessero sulla materia di commercio, la competenza regionale sarebbe di fatto esautorata²⁵⁵. Ad ogni modo, la “liberalizzazione” degli orari, lungi dall'eliminare situazioni di squi-

²⁵⁴ Entrambe le citazioni sono tratte dal ricorso n. 2012/49 presentato dalla Regione Toscana, cit.

²⁵⁵ *Ibidem*. Cfr. anche il ricorso n. 2012/45, cit., che ha sottoposto alla Corte un ulteriore profilo di probabile illegittimità costituzionale: secondo la Regione Lombardia, infatti, l'art. 31 del c.d. decreto “salva Italia” «parrebbe impedire l'emana-zione di qualsiasi normativa sugli orari di tutti gli esercizi [...] senza prevedere alcuna eccezione o limite a tutela di interessi pubblici preminenti»; la norma si porrebbe perciò «in contrasto con i principi generali dell'ordinamento comunitario in materia di libera circolazione dei servizi, nonché con la disciplina di cui alla Direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva *Bolkenstein*) che, pur dettando norme in favore della massima liberalizzazione delle attività economiche, contempla invece tali eccezioni». Secondo la Regione Lombardia, la deregolamentazione degli orari nel settore del commercio avrebbe perciò violato l'art. 117, comma 1 Cost., che impone il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

librio esistenti tra gli operatori del settore, pare in realtà determinare «un *vulnus* alla tutela della concorrenza»: l'eliminazione di qualsiasi regolamentazione dell'orario di apertura degli esercizi commerciali, infatti, «non solo non agevola la concorrenza ma, anzi, produce [...] discriminazioni» tra i piccoli e medi esercenti e la grande distribuzione. Nell'attuale assetto normativo, invero, «i piccoli commercianti non hanno alcuna possibilità di “competere” con grandi centri commerciali sul piano della assoluta liberalizzazione degli orari»²⁵⁶, essendo chiaro che la capacità di garantire l'apertura domenicale del punto vendita varia notevolmente a seconda della differente struttura organizzativa adottata; solo gli esercizi commerciali di grandi dimensioni dispongono infatti dei «mezzi per usufruire delle nuove regole, con aperture incondizionate che determinano evidentemente costi aggiuntivi, per il personale, per la vigilanza e per la gestione degli immobili»²⁵⁷. L'intervento legislativo del 2011 rischia oltretutto di aggravare le condizioni dei lavoratori, specie di coloro che siano impiegati nei piccoli negozi posti all'interno dei centri commerciali. Come correttamente rimarcato nel ricorso presentato dalla Regione Piemonte, questi ultimi, nel confluire all'interno del centro commerciale, si sono infatti impegnati a rispettare il medesimo orario di apertura del centro stesso: per gli addetti a tali punti vendita la “liberalizzazione” degli orari si è dunque paradossalmente «trasformata [...] nel suo contrario, e cioè in un obbligo che [i negozianti] non sono in grado di rispettare»²⁵⁸.

Specie in un periodo storico in cui – vuoi a causa degli «avanzati processi di secolarizzazione che percorrono le società occidentali», vuoi a causa dei «tentativi messi in campo per fronteggiare gli elevati livelli di disoccupazione»²⁵⁹ – ore e giorni della settimana tradizionalmente riservati al riposo sono sempre più spesso dedicati al lavoro²⁶⁰, è quanto mai necessario individuare un punto di equilibrio fra le esigenze di tutela del c.d. «tempo libero qualificato»²⁶¹ (cioè del

²⁵⁶ Tutte le citazioni sono tratte dal ricorso n. 2012/19 presentato dalla Regione Piemonte, cit.

²⁵⁷ V. il ricorso n. 2012/49 presentato dalla Regione Toscana, cit.

²⁵⁸ V. il ricorso n. 2012/19 presentato dalla Regione Piemonte, cit. Nel medesimo ricorso è inoltre segnalato che i negozianti che tengano chiuso il proprio punto vendita situato all'interno di un centro commerciale incorrono in una multa pari a € 500.

²⁵⁹ M. ROCCELLA 1997, p. 103.

²⁶⁰ Sulla «colonizzazione del tempo» operata nel settore del commercio v. G.C. CERRUTI 2010, p. 21 ss.

²⁶¹ P. ICHINO 1996, p. 102. A tal fine l'autore ha proposto di introdurre l'obbligo legale di maggiorazioni retributive e contributive per il lavoro prestato la do-

tempo speso insieme al coniuge, ai figli, o ad altre persone con cui il lavoratore intrattiene una relazione) e gli interessi del libero mercato. In una simile ottica di bilanciamento, sarebbe dunque senz'altro preferibile limitare a quanto strettamente necessario le deroghe alla regola del riposo domenicale: ragionevoli possono certamente essere considerate le eccezioni riconducibili direttamente o indirettamente al concetto di pubblica utilità o ad insopprimibili esigenze tecniche²⁶²; non altrettanto può invece dirsi della totale deregolamentazione che caratterizza oggi il settore del commercio, rispetto alla quale non si può che rinnovare lo scetticismo con cui già la Corte di giustizia all'inizio degli anni novanta guardava all'eventualità che la chiusura domenicale degli esercizi commerciali inducesse «i consumatori a rinunciare definitivamente all'acquisto di prodotti reperibili durante gli altri giorni della settimana»²⁶³. Specie in un periodo di crisi economica come quello attuale, l'apertura domenicale non determina infatti un incremento effettivo delle vendite ma si traduce piuttosto nella mera possibilità per i consumatori di variare il giorno abitualmente dedicato alle compere²⁶⁴: al posto che comportare una significativa innalzamento del volume complessivo degli acquisti, la “liberalizzazione” degli orari di apertura degli esercizi commerciali – guidata per lo più da aspettative concorrenziali e di redistribuzione delle vendite – si limita infatti ad indurre una differente spartizione del mercato²⁶⁵.

menica. Il maggior costo costituirebbe infatti «una sorta di “filtro automatico” preliminare delle esigenze pubbliche o aziendali (solo se esse superano una certa soglia di importanza esse possono indurre l'imprenditore o ente pubblico ad addossarsi quel costo aggiuntivo, per una prestazione lavorativa in sé identica a quella svolta dallo stesso lavoratore negli altri giorni della settimana), indipendentemente dal filtro ulteriore che può essere costituito dalla contrattazione collettiva»; inoltre, l'obbligatorietà della maggiorazione retributiva assicurerebbe al lavoratore «un compenso adeguato per il maggior sacrificio insito nel lavoro domenicale». Occorre però ricordare che, nonostante il silenzio della legge, il diritto alla maggiorazione retributiva è unanimemente riconosciuto dalla giurisprudenza: v. *supra*, nota 226.

²⁶² R. PANZARANI 1999, p. 125. Gli esempi possono essere vari: trasporti, servizi sanitari, spettacoli pubblici e attività culturali, servizi di ristorazione, attività produttive a ciclo continuo, etc.

²⁶³ Corte di giustizia 28 febbraio 1991, *Conforama*, cit., punto 8 della motivazione.

²⁶⁴ G. CERRUTI 2010, p. 100.

²⁶⁵ Sul punto v. l'interessante studio di P. PALAZZI 1987, p. 19 ss., che valuta i possibili effetti che potrebbero derivare dalla “liberalizzazione” degli orari degli esercizi commerciali nei punti vendita di Roma. Nello stesso senso v. anche G. CERRUTI 2010, p. 100, dalla cui ricerca emerge con chiarezza come l'apertura domenicale sia considerata dai responsabili degli ipermercati come «una opportunità per attirare i consumatori e togliere quote di mercato alla piccola distribuzione». Lo stesso

Nel comparare i pregi e i difetti dell'apertura domenicale degli esercizi commerciali non si può inoltre non rilevare come tale scelta organizzativa, da un punto di vista economico-gestionale, non sembri rivelarsi molto conveniente, tenuto conto dell'innalzamento del costo del lavoro derivante dalla necessità di corrispondere ai lavoratori maggiorazioni retributive per il lavoro festivo²⁶⁶: ragione per la quale la "liberalizzazione" degli orari di apertura operata dal legislatore del 2011 è stata aspramente criticata non soltanto dalle organizzazioni sindacali ma anche da Confcommercio.

A distanza di alcuni mesi dall'entrata in vigore dell'art. 31 del c.d. decreto "salva Italia", la deregolamentazione in materia di orari di apertura degli esercizi commerciali presenta un'ulteriore criticità: diversamente dalle aspettative del legislatore, tale norma non ha infatti incrementato in misura significativa il tasso di occupazione. È pur vero che, in alcuni casi, per far fronte all'apertura domenicale si è provveduto a nuove assunzioni: ma si è proceduto perlopiù con la stipulazione di contratti di lavoro intermittente, non in grado di incidere in modo rilevante sul livello di occupazione²⁶⁷. Il *job on call* costituisce infatti una fattispecie contrattuale generatrice di precarietà, dal carattere fortemente sbilanciato a vantaggio dei datori di lavoro. Le tutele previste nei confronti dei lavoratori sono in effetti decisamente esigue: è noto che il datore di lavoro – dopo essersi precostituito una «riserva di lavoratori cui attingere, all'occorrenza, per il tempo strettamente necessario a far fronte alle più svariate esigenze produttive»²⁶⁸

autore rileva inoltre l'«effetto valanga» determinato dall'apertura domenicale di un punto vendita, che induce i concorrenti a fare altrettanto «senza che ciò comporti spesso alcun vantaggio».

²⁶⁶ Dello stesso avviso è G. CERRUTI 2010, p. 100. Sull'obbligo di corrispondere una maggiorazione retributiva ai lavoratori che svolgano lavoro domenicale v. *supra*, nota 226.

²⁶⁷ Tali contratti sono utilizzati in particolare dagli ipermercati Despar e del Gruppo Pam-Panorama, che hanno provveduto all'assunzione di studenti universitari chiamati a svolgere le proprie mansioni (di livello basilare, quali addetto alla cassa, magazzino, addetto al punto vendita) esclusivamente la domenica.

²⁶⁸ M. ROCCELLA 2010d, p. 181 s. Parzialmente modificato dall'art. 1, comma 21, l. n. 92/2012, l'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 stabilisce che il contratto di lavoro a chiamata può essere concluso con soggetti con più di cinquantacinque anni o meno di ventiquattro anni, fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di età. Per una prima analisi delle modifiche apportate dal recente intervento legislativo v. L. GIASANTI 2012, p. 46, secondo il quale «la scelta del governo Monti non appare del tutto lineare e coerente»: mentre il disegno di legge prevedeva l'abrogazione di tale istituto, il testo definitivamente approvato si è limitato a ridurre il campo d'applicazione soggettivo e ad abrogare la norma secondo cui nel caso di lavoro intermittente per prestazioni da rendersi nel fine settimana, nei periodi delle ferie estive o delle vacanze

– può liberarsene senza la necessità di rispettare le regole in materia di licenziamento, essendo sufficiente evitare qualsiasi ulteriore chiamata e lasciare in perenne attesa l'interessato, pur mantenendo formalmente in essere il rapporto di lavoro.

Il più recente intervento legislativo avrebbe forse meritato una valutazione maggiormente positiva se l'apertura domenicale avesse indotto le grandi catene del commercio a rivedere la propria politica occupazionale, procedendo – ad esempio – ad assunzioni a tempo parziale verticale: tale fattispecie contrattuale, condensando nel *week-end* la prestazione lavorativa dei nuovi assunti, avrebbe permesso di coniugare la flessibilità nell'interesse dell'impresa con la flessibilità nell'interesse dei lavoratori, offrendo ad esempio a giovani studenti universitari l'opportunità di accompagnare allo studio una prima esperienza lavorativa, stabile e in regola. Meglio ancora, il fronte imprenditoriale avrebbe potuto rispondere alla deregolamentazione degli orari di apertura procedendo a nuove assunzioni a tempo pieno e indeterminato: previa una riorganizzazione dei turni dell'intero personale, una simile scelta occupazionale avrebbe permesso di rispondere alle esigenze organizzative degli esercizi commerciali offrendo nuove possibilità di impiego all'ampia platea di disoccupati presenti nel Paese²⁶⁹; in tal modo, peraltro, lo svolgimento della prestazione lavorativa domenicale sarebbe stato plasmato su un più elevato numero di lavoratori, riducendone così l'impatto negativo sull'organizzazione del tempo di vita familiare e sociale.

Preme inoltre rilevare che tali modesti risultati occupazionali caratterizzano, a quanto consta, esclusivamente la grande distribuzione. Quella piccola, viceversa, pare aver risposto alle aperture domenicali procedendo ad una più serrata turnazione della forza lavoro già disponibile, in gran parte costituita da lavoratrici di sesso femminile, sulle quali ancora oggi continuano in misura preponderante a gravare le responsabilità familiari: è stato così ancora una volta posto un «indubbio ostacolo sulla strada di un equilibrato rapporto tra i diversi tempi sociali»²⁷⁰.

Del resto, il fatto che «l'estensione del lavoro domenicale non [ab-

natalizie, l'indennità di disponibilità sarebbe stata versata soltanto in caso di effettiva chiamata (art. 37).

²⁶⁹ Così come sembrano aver fatto alcuni supermercati del gruppo Coop, che per far fronte alle aperture domenicali si sono impegnate a procedere a nuove assunzioni a tempo pieno e indeterminato, dando la precedenza a coloro che abbiano già in precedenza lavorato nel gruppo con contratti di lavoro a tempo determinato o contratti di lavoro somministrato.

²⁷⁰ G. CERRUTI 2010, p. 149.

bia] incrementato i consumi» ma al contrario abbia «indotto a turni di lavoro sempre meno dignitosi, senza far corrispondere a ciò un apprezzabile aumento delle retribuzioni», incrementando anche «i costi di gestione» e provocando «problemi di tenuta all'interno delle famiglie» è stato riconosciuto anche dalla Camera dei deputati: alcuni mesi dopo l'emanazione del c.d. decreto "salva Italia", è stato infatti approvato un ordine del giorno che impegna il Governo «a valutare l'opportunità di garantire il riposo domenicale [...], di prevedere la volontarietà del lavoro domenicale, e di non far derivare effetti pregiudizievoli per il lavoratore che scelga di non prestare la sua opera di domenica»²⁷¹. Nonostante il suo carattere meramente programmatico, tale ordine del giorno induce a sperare che il legislatore – tenendo presente che la necessità di lavorare anche la domenica incide negativamente sulla possibilità di conciliare il tempo di lavoro con i tempi sociali e che il riposo domenicale non appare «compensabile con il riposo in altro giorno della settimana, poiché ciò si oppone alla scansione naturale del ritmo della prestazione e alle esigenze di vita familiare»²⁷² – sappia in futuro ritornare sui suoi passi.

In attesa di un simile ripensamento, non resta che auspicare che la Corte Costituzionale – nel dar risposta ai dubbi di legittimità sollevati da alcune Regioni in merito al più recente intervento legislativo – torni a tenere in particolare considerazione la necessità di un bilanciamento fra i differenti interessi coinvolti, donando così nuova linfa alle importanti affermazioni pronunciate dalla stessa alcuni decenni or sono. Com'è noto, infatti, in passato il Giudice delle leggi si è mostrato attento a salvare «la normalità di un regime rigido, [...] non sacrificando *a priori* una serie di regimi speciali richiesti dalla frammentata situazione produttiva italiana»²⁷³. Continua dunque ad essere tutt'ora valido, pur nell'evidentemente mutata realtà sociale, il principio secondo cui il riposo settimanale «va inteso non solo come diretto alla preservazione ed al recupero delle energie psico-fisiche ma anche come possibilità del lavoratore di dedicarsi e di partecipare adeguatamente alla vita familiare, alla vita sociale e di relazione fruendo dei relativi benefici ed adempiendo ai relativi doveri»²⁷⁴; ragione per la quale la Consulta non ha in passato esitato a chiarire che «nella sua configurazione normale e globale» il diritto irrinunciabile al riposo «coincide con le domeniche e gli altri giorni fe-

²⁷¹ Tutte le citazioni sono tratte dall'ordine del giorno n. 9/5025/161 presentato alla Camera dei deputati da A. Mantovano il 22 marzo 2012.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ T. TREU 1979, p. 125.

²⁷⁴ Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 16, cit.

stivi»²⁷⁵. Del resto, «una società in cui tutti i giorni della settimana fossero uguali, essendo del tutto casuale la scelta del giorno del riposo da parte dei lavoratori e degli imprenditori, sarebbe forse più capace di produrre beni di consumo a basso prezzo, ma sarebbe certamente un po' più infelice, triste e noiosa»²⁷⁶.

5. *Le ferie*

5.1. *Fra potere di organizzazione del datore di lavoro e diritto del lavoratore*

Lungi dall'aver un valore essenzialmente simbolico, la “costituzionalizzazione” del diritto alle ferie annuali contiene in sé una «duplicata forza»²⁷⁷: com'è noto, infatti, l'art. 36, comma 3, Cost. non si limita a fornire una garanzia ai diritti in esso tutelati, ma detta già una regolamentazione parziale della materia mediante l'indicazione di clausole che il contratto di lavoro deve necessariamente contenere. Il diritto soggettivo al godimento delle ferie, dunque, non è soltanto perfetto ed indisponibile ma è anche «immediatamente efficac[e] nei confronti del datore di lavoro come norm[a] di fonte costituzionale incorporat[a] nella disciplina legale inderogabile del contratto di lavoro»²⁷⁸.

Definito come irrinunciabile dalla nostra Carta costituzionale e tutelato da numerose fonti del diritto internazionale e dell'Unione europea²⁷⁹, il diritto alle ferie è sancito pure dalla Carta di

²⁷⁵ Corte Cost. 28 aprile 1976, n. 94, in *FI*, 1976, I, c. 1443.

²⁷⁶ P. ICHINO 1996, p. 102. Come rilevato da G. RICCI 2005, p. 354, infatti, il riposo settimanale «non concretizza solo l'aspettativa del lavoratore a fruire di periodi di interruzione della prestazione di lavoro» ma rappresenta anche «un primo strumento di “liberazione” del tempo dal predominio della prestazione di lavoro [...] realizzando, oltre all'interesse *individuale* del lavoratore a reintegrare le proprie energie psico-fisiche in vista della ripresa dell'attività lavorativa [...], l'interesse *collettivo* a fruire di un tempo “sincronico”, nel quale sono in genere concentrate attività ed iniziative comuni, *sub specie* di svariate forme di partecipazione alla vita sociale».

²⁷⁷ V. LECCESE 2001a, p. 126. Sull'art. 36 Cost. v. T. TREU 1979, soprattutto p. 118 ss.; cfr. anche M. NAPOLI 2008b, p. 75.

²⁷⁸ L. MENGONI 1998, p. 6 s.

²⁷⁹ Fra le fonti di diritto internazionale devono essere ricordati: l'art. 2 della Carta sociale europea (sottoscritta a Torino nel 1961), che prevede un periodo minimo di quattro settimane di ferie; l'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'ONU sottoscritta nel 1948, secondo cui «ogni persona ha diritto al riposo e al tempo libero e in particolare ad una limitazione ragionevole della durata del lavoro e a congedi retribuiti periodici»; l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (sottoscritto nel 1966 in seno all'Onu e ratificato in Italia con

Nizza²⁸⁰, che – ancor prima di acquistare piena efficacia vincolante – ne ha dato «la più qualificata e definitiva conferma della natura di diritto fondamentale»²⁸¹ ed «assoluto [...], non [...] soggetto ad alcuna eccezione né deroga»²⁸². Alla luce del grande rilievo attribuito

la l. n. 881/1977); nonché la Convenzione OIL n. 52/1936 (ratificata con la l. n. 1035/1952), poi sostituita dalla n. 132/1970 (ratificata con la l. n. 157/1981). Fra le fonti del diritto dell'Unione europea occorre ricordare innanzitutto il Trattato delle Comunità europee siglato a Roma nel 1950, il cui art. 120 prevedeva una prima “rudimentale” tutela per i congedi retribuiti, che impegnava gli Stati membri a mantenere l'equivalenza esistente fra i rispettivi regimi. Superata la mera logica della concorrenza, il diritto alle ferie è stato successivamente tutelato dall'art. 8 della Carta europea dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (Strasburgo 1989) e dall'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sottoscritta a Nizza nel 2000 e sulla quale v. subito *infra*, nel testo. Devono poi essere ricordate anche le fonti di diritto derivato: la materia delle ferie, disciplinata dalle direttive nn. 93/104, 2000/34 e ora dalla direttiva n. 2003/88 (su cui v. *infra*, nel testo), era già stata oggetto della raccomandazione CEE n. 75/457 del 22 luglio 1975. Sulle fonti normative in materia di ferie v. A. OCCHINO 2010, p. 89 ss.; EAD. 2004b, p. 1361 ss.; R. DEL PUNTA 2004a, p. 379 ss.; cfr. anche L. CALAFÀ 2009, p. 289.

²⁸⁰ L'art. 31, comma 2, della Carta stabilisce infatti che «ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite». Proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha acquistato lo stesso valore giuridico dei trattati in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009 (v. l'art. 6.1 TUE). Sulla Carta di Nizza v., fra i tanti, M. ROCCELLA 2001b, p. 329 ss.; più recentemente v. B. CARUSO, M. MILITELLO 2009; N. PARISI 2009, p. 653; G. BRONZINI 2011, p. 26 ss. Per un commento all'art. 31 v. A. GIORGIS 2001a, p. 222 ss.

²⁸¹ Conclusioni dell'avvocato generale Antonio Tizzano presentate l'8 febbraio 2001 in merito alla causa C-173/99, *BECTU*, in *Racc.*, 2001, p. 4883, punto 28; nello stesso senso, più recentemente, v. le conclusioni dell'avvocato generale Verica Trstenjak presentate il 24 gennaio 2008 in merito alla causa C-350/06, *Gerhard Schultz-Hoff*, in *Racc.*, 2009, p. 179, punto 38. Sulla «pionieristica» interpretazione della Carta di Nizza proposta dagli avvocati generali nei casi *BECTU* e *Schultz-Hoff* v. B. CARUSO, M. MILITELLO 2009, p. 28 ss.; v. anche J. HUNT 2003, p. 61, secondo cui «ancorché cautamente e pragmaticamente, *BECTU* sembra suggerire che la Corte è pronta a prendere sul serio i diritti sociali». Su tale questione v. anche A. OCCHINO 2010, p. 91 ss., che sottolinea come proprio in materia di ferie si sia registrato il «primo episodio di pur incerto riconoscimento di efficacia giuridica alla Carta di Nizza», da parte non soltanto della Corte di giustizia ma anche della giurisprudenza nazionale: con la sentenza Corte App. Firenze 3 aprile 2007, in *RIDL*, 2008, II, p. 106 è stato infatti riconosciuto alla Carta «un ruolo molto prossimo a fonte sovraordinata omologa a un testo costituzionale» (su quest'ultima pronuncia v. l'analisi di P. ALBI 2008, p. 106 e di A. GRIECO 2008, p. 411).

²⁸² Conclusioni dell'avv. gen. Jean Mischo, presentate il 3 aprile 2003 in merito alla causa C-342/01, *María Paz Merino Gómez*, in *Racc.*, 2004, p. 2605, punti 32 e 33; cfr. anche le conclusioni dell'avv. gen. Christine Stix-Hackl, presentate il 27 ottobre 2005 in merito alle cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele*, in *Racc.*, 2006, p. 2531, punto 46. Ritene che il «periodo minimo di ferie annuali co-

da tali fonti normative alle ferie²⁸³, è dunque possibile affermare che la fruizione di un periodo minimo di riposo annuale non rappresenta soltanto «un limite alla prestazione, bensì [...] un vero e proprio diritto assoluto, ossia un diritto inerente alla sfera della tutela della personalità del lavoratore in quanto essere umano»²⁸⁴; ciononostante, il godimento delle ferie è «sottoposto all'obbligo del contenimento con gli opposti interessi aziendali e alla condizione dell'assenso del datore di lavoro»²⁸⁵. Nel dettare le regole per la fruizione del periodo di congedo annuale, il legislatore ordinario non ha infatti riconosciuto ai lavoratori la possibilità di scegliere la collocazione del periodo di riposo, ma ha al contrario attribuito un ampio potere in tal senso al datore di lavoro: salvo pochissime eccezioni individuate in sede giurisprudenziale²⁸⁶, l'effettivo godimento delle ferie è infatti subordinato

stituisca un diritto assoluto ad un effettivo e proficuo periodo di riposo, destinato al recupero delle forze fisiche da parte del lavoratore» anche la Commissione (v. le osservazioni presentate alla Corte nell'ambito della causa C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging v. Staat der Nederlanden (FNV)*, in *Racc.*, 2006, p. 3423, punto 18 delle conclusioni dell'avvocato generale).

²⁸³ Oggetto di una triplice protezione (costituzionale, europea ed internazionale), il diritto alle ferie rientra a pieno titolo fra le norme poste al riparo dall'ampio potere derogatorio attribuito alla contrattazione di secondo livello dall'art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011: contrasterebbe ad esempio con l'art. 7, comma 2, della direttiva n. 2003/88 l'eventuale deroga al divieto di monetizzazione delle ferie posto dall'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 66/2003. Su tale questione v. *supra*, cap. II, § 4.2.

²⁸⁴ R. DEL PUNTA 2004a, p. 379. *Contra* G. RICCI 2010a, p. 12 s., secondo cui i «diritti che afferiscono alla dimensione temporale del rapporto di lavoro [...], per quanto fondamentali, non possono essere considerati "assoluti"» perché «destinati ad entrare in relazione con le libertà economiche ovvero con altri diritti della persona»; nello stesso senso Id. 2011, p. 62.

²⁸⁵ A. GRIECO 2008, p. 421.

²⁸⁶ L'unilaterale determinazione del periodo di ferie da parte del lavoratore è considerata lecita soltanto qualora l'anno di maturazione si stia esaurendo e l'effettività del diritto sia messa in pericolo dall'inerzia o dal rifiuto del datore di lavoro di concedere il periodo di congedo annuale: Pret. Milano, 28 dicembre 1995, in *LG*, 1996, p. 317; Pret. Busto Arsizio, 7 settembre 1998, in *D&L*, 1999, p. 199; Trib. Milano 17 gennaio 2002, in *D&L*, 2002, p. 413; Corte App. Firenze 3 aprile 2007, cit.; nello stesso senso v. anche Corte App. Firenze 12 marzo 2010, in *D&L*, 2010, p. 488 (per un commento alla quale v. C. VALBONESI 2010 e A. GRIECO 2011, p. 195 ss.). Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. 7 maggio 1992, n. 5393, in *MGL*, 1992, p. 492; Cass. 10 gennaio 1994, n. 175, in *RIDL*, 1994, II, p. 710, con nota di A. PIZZOFERRATO 1994; Cass. 11 dicembre 1996, n. 11028, in *MGL*, 1997, p. 67. Su tale questione v. A. GRIECO 2008, p. 423; A. ALLAMPRESE 2009, p. 179; L. CALAFÀ 2009, p. 290 s. Il datore di lavoro è inoltre obbligato a concedere le ferie nel periodo richiesto dal dipendente qualora la fruizione del congedo annuale sia richiesta dal lavoratore al fine di interrompere il decorso del periodo di comporto ed evitare così il licenziamento, a meno che il datore dimostri l'esistenza di un apprezzabile mo-

all'«atto determinativo»²⁸⁷ del datore di lavoro, cui spetta il compito di sceglierne la collocazione temporale²⁸⁸.

Nonostante i «paletti» dettati dalla Consulta e dalla Corte di Cassazione, secondo cui il datore di lavoro deve organizzare il periodo delle ferie in modo utile per le esigenze dell'impresa, ma non ingiustificatamente vessatorio nei confronti del lavoratore e dimentico delle legittime esigenze di questi²⁸⁹, il potere riconosciuto in capo all'imprenditore è dunque decisamente vasto: secondo la giurisprudenza prevalente, infatti, poiché non può essere attribuita una tutela giuridica autonoma all'interesse del lavoratore alla scelta del periodo feriale²⁹⁰, in caso di contrasto fra le necessità dei dipendenti e le esi-

tivo di rifiuto; in questo caso, infatti, nel valutare la richiesta, l'imprenditore deve tenere in debito conto il «rilevante e fondamentale interesse» del dipendente alla conservazione del posto: così Cass. 17 dicembre 2001, n. 15954, in *MGC*, 2001, p. 2173. Sulla questione cfr. anche Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, in *MGL*, 2000, p. 61; Cass. 19 novembre 1998, n. 11691, in *MGC*, 1998, p. 2390; Cass. 28 gennaio 1997, n. 873, in *RIDL*, 1997, II, p. 545. La possibilità di usufruire del periodo di ferie per interrompere il decorso del periodo di comporto è stata ora riconosciuta anche dalla giurisprudenza dell'Unione europea (su cui v. *infra*, § 5.2): Corte di giustizia 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff e Stringer*, in *Racc.*, 2009, p. 179; 10 settembre 2009, causa C-277/08, *Vicente Pereda*, in *Racc.*, 2009, p. 8405. Su tale questione v. L. MARRA 1997, p. 546; E.U.M. CAFIERO 2009, p. 504; per un'analisi più approfondita della giurisprudenza italiana e delle pronunce della Corte di giustizia sia consentito rinviare a A. FENOGLIO 2010a, p. 460 ss.

²⁸⁷ R. DEL PUNTA 2004a, p. 382.

²⁸⁸ L'art. 2109, comma 2, cod. civ., stabilisce infatti che le ferie sono fruite «nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro». L'«antinomia [...] della configurazione del diritto alle ferie come diritto irrinunciabile della persona garantito a tutti i lavoratori ma deciso nelle modalità del suo esercizio dal potere del datore di lavoro» è rilevata anche da M.G. MATTAROLO 2012, p. 676.

²⁸⁹ Cass. 24 ottobre 2000, n. 13980, in *RIDL*, 2001, II, p. 504; nello stesso senso v. Cass. 21 febbraio 2001, n. 2569, in *MGL*, 2001, p. 730. Quanto alla giurisprudenza costituzionale, si deve ricordare l'importante sentenza Corte Cost. 19 dicembre 1990, n. 543, in *RGL*, II, p. 393, con cui la Consulta ha precisato che il potere di scegliere la collocazione temporale delle ferie non può essere esercitato «in modo da vanificare le finalità cui è preordinato l'istituto», cosa che certamente avverrebbe non soltanto nel caso di «frantumazione del riposo feriale in brevi o brevissimi periodi», ma anche qualora non si consenta «al lavoratore di usufruire integralmente nel corso dell'anno del periodo di ferie che annualmente gli compete»: su tale pronuncia v. *infra*, § 5.2. Nella giurisprudenza di merito v. per tutte Corte App. Bologna, 14 maggio 2010, cit., che ha precisato che il potere attribuito al datore di lavoro deve essere esercitato temperando le esigenze aziendali con quelle del lavoratore «secondo un livello di correttezza e buona fede adeguato al particolare rilievo della pausa».

²⁹⁰ Al lavoratore compete infatti soltanto la mera facoltà di indicare il periodo entro il quale preferirebbe fruire del riposo annuale: Cass. 12 giugno 2001, n. 7951,

genze dell'azienda prevalgono necessariamente queste ultime²⁹¹. È però evidente che un simile squilibrio fra le prerogative imprenditoriali e quelle dei lavoratori rischia di inficiare l'effettiva utilità del diritto tutelato dalla nostra Carta costituzionale e dalla Carta di Nizza: scopo del riposo annuale non è infatti soltanto quello di garantire il ristoro delle energie psico-fisiche consumate durante lo svolgimento dell'attività lavorativa, ma è anche quello di permettere al lavoratore di perseguire i propri interessi morali e materiali²⁹², la cui possibilità di soddisfazione è strettamente connessa alla collocazione temporale del periodo di riposo; non di rado, infatti, le ferie concesse in un momento diverso da quello richiesto – benché sempre idonee a garantire il recupero delle energie psico-fisiche – si rivelano incapaci di soddisfare lo «specifico bisogno personale»²⁹³ del dipendente. Fra «potere dell'organizzazione e diritti all'effettività del tempo»²⁹⁴ di riposo vi è dunque uno divario piuttosto evidente che – rendendo particolarmente difficile la conciliazione tra i tempi di lavoro e i tempi sociali – accresce il contrasto «tra persona e organizzazione del lavoro»²⁹⁵.

L'analisi comparata mostra, del resto, significativi esempi di un diverso approccio regolativo da parte dei legislatori nazionali. In particolare, maggiormente attente alla necessità di conciliare le esigenze del lavoratore con gli interessi aziendali paiono essere, seppure in misura diversa, le normative francese e spagnola. Quest'ultima, in particolare, ha stabilito che il periodo di ferie deve essere scelto «di comune accordo» dalle parti (art. 38.2 ET), affidando le eventuali controversie sorte in materia all'autorità giudiziaria che decide con una procedura d'urgenza²⁹⁶. Il legislatore iberico ha dunque saputo indi-

in *NGL*, 2001, p. 763; nello stesso senso v. Corte App. Bologna, 14 maggio 2010, in *RGLnews*, 2010, n. 5, p. 11 s.

²⁹¹ V. in particolare Cass. 24 novembre 1983, n. 7055, in *NGL*, 1984, p. 84; Cass. 13 giugno 1984, n. 3525, in *GC*, 1984, p. 3033. Cfr. anche Cass. 12 giugno 2001, n. 7951, cit. Su tale orientamento giurisprudenziale v. A. ALLAMPRESE 2009, p. 177 s.

²⁹² La «multifunzionalità» del diritto alle ferie è posta in luce da G. RICCI 2005, p. 373. A tal proposito v. anche Corte App. di Firenze, 12 marzo 2010, cit., che sottolinea come tale diritto – oltre ad essere volto a garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori – riguardi anche «un aspetto di tipo psico-sociologico e [le] sue apprezzabili ricadute d'ordine giuridico, ossia la capacità e la propensione [...] del soggetto di fruire di “tempo libero” destinato alla realizzazione delle esigenze peculiari della vita non lavorativa della persona [...], alla soddisfazione di esigenze ricreativo-culturali e alla più intensa partecipazione alla vita familiare e sociale».

²⁹³ V. BAVARO 2008, p. 265 s. Per un esempio in tal senso v. Corte App. di Firenze, 12 marzo 2010, cit.

²⁹⁴ V. BAVARO 2008, p. 267.

²⁹⁵ L. CALAFÀ 2009, p. 288.

²⁹⁶ Tale procedimento è regolato dagli articoli 125 e 126 della *Ley de Procedi-*

viduare un punto di equilibrio fra le opposte esigenze del lavoratore e del datore di lavoro, precludendo al primo il potere di individuare discrezionalmente il periodo in cui fruire del riposo annuale²⁹⁷ ed al contempo escludendo in capo al secondo l'esistenza di un potere unilaterale²⁹⁸. Al fine di contemperare il godimento del diritto fondamentale alle ferie annuali con le istanze imprenditoriali, l'*Estatuto de los trabajadores* ha dunque valorizzato l'autonomia individuale delle parti, affidando altresì un ruolo particolarmente importante all'autorità giudiziaria. Interessante è però anche la normativa d'oltralpe: pur scegliendo, così come il legislatore italiano, di attribuire al datore di lavoro il potere di fissare il periodo di ferie, la regolamentazione francese detta importanti criteri a cui l'imprenditore deve attenersi: in particolar modo, fra i parametri previsti spicca l'obbligo di tener conto della situazione familiare del lavoratore e del periodo di riposo annuale assegnato al coniuge o al convivente, obbligo a cui, peraltro, corrisponde un vero e proprio diritto alla fruizione contemporanea del congedo annuale qualora i coniugi o i conviventi lavorino presso la stessa azienda²⁹⁹. È inoltre interessante notare che al di là delle Alpi la fruizione delle ferie deve avvenire necessariamente entro l'anno di

miento Laboral (real decreto legislativo 7 aprile 1995, n. 2): nel caso in cui il periodo di ferie sia indicato nel contratto collettivo o in un accordo individuale fra le parti o sia fissata unilateralmente dal datore di lavoro, il lavoratore può adire l'autorità giudiziaria entro venti giorni dal momento in cui viene a conoscenza del periodo delle ferie fissato dal datore; qualora invece non vi sia alcuna indicazione del periodo di godimento, la domanda giudiziale dovrà essere presentata con almeno due mesi di anticipo rispetto al periodo in cui il lavoratore vorrebbe fruire del congedo annuale.

²⁹⁷ L'autodeterminazione unilaterale del periodo di godimento delle ferie da parte del lavoratore è qualificabile come assenza ingiustificata dal posto di lavoro e può dunque dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari: v. *Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana* 28 ottobre 2004, in *AS*, 2004, p. 3824; *Tribunal Superior de Justicia di Cataluña* 13 giugno 2006, in *AS*, 2008, p. 758. Il medesimo orientamento giurisprudenziale è seguito anche in Francia: il generale divieto per il lavoratore di scegliere autonomamente il periodo di ferie (Cass. Soc. 23 novembre 1989; Cass. Soc. 6 ottobre 1982) conosce un'eccezione qualora il datore di lavoro non abbia adempiuto ai suoi obblighi, impedendo così il godimento del diritto (Cass. Soc. 16 ottobre 1984; Cass. Soc. 6 febbraio 1986). *Supra*, in nota 286 si è già dato conto della giurisprudenza del nostro Paese sul punto.

²⁹⁸ Il datore di lavoro non può infatti modificare il periodo di riposo annuale individuato nell'accordo individuale o nel contratto collettivo: v. *Tribunal Supremo* 20 maggio 2002, in *RJ*, 2002, p. 9510; *Tribunal Superior de Justicia di Cataluña* 29 ottobre 2007, in *AS*, 2008, p. 275. Sull'individuazione dei periodi di ferie in Spagna v. J. CRUZ VILLALÓN 2008, p. 218 ss.; J.I. GARCÍA NINET, A. VICENTE PALACIO 2009, p. 518 s.

²⁹⁹ V. gli artt. L. 3141-14 e L. 3141-15 del *code du travail*. Sulla disciplina delle ferie in Francia v. F. MOREL 2008, p. 298 ss., soprattutto p. 309.

maturazione, potendo essere rinviata al massimo entro la fine dell'anno successivo soltanto «su richiesta del lavoratore e con il consenso del datore di lavoro» ed in presenza dei «casi precisi ed eccezionali che giustificano il riporto» indicati nel contratto collettivo³⁰⁰.

Nel nostro Paese, viceversa, il legislatore ha lasciato al datore di lavoro non soltanto la facoltà di fissare il periodo di ferie, ma anche la possibilità di posticipare il godimento di parte del periodo minimo annuale di quattro settimane di riposo ai 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione (art. 10, d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, così come modificato dal d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213³⁰¹). L'unico "potere" – se così lo si può definire – posto in capo ai lavoratori è dunque quello di fruire di due settimane di ferie in modo consecutivo, formulando un'espressa richiesta al datore di lavoro: in assenza dell'individuazione di un vero e proprio diritto alla continuità del periodo di riposo – diritto che è invece riconosciuto dal legislatore d'oltralpe³⁰² – pare superfluo soffermarsi sulle pressioni di segno contrario cui tale norma rischia di sottoporre i dipendenti. Né un buon bilanciamento fra interesse dell'impresa e interesse del lavoratore può essere raggiunto mediante la delega in bianco riconosciuta – in «una logica di esasperata flessibilizzazione»³⁰³ – alla contrattazione collettiva di ogni livello³⁰⁴, che – almeno stando alla lettera della previsione

³⁰⁰ Art. L. 3141-21 del *code du travail*. Sul punto v. F. MOREL 2008, p. 308.

³⁰¹ Tale disposizione stabilisce infatti che il periodo minimo di quattro settimane di ferie all'anno deve essere goduto, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva, «per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione». Sui profili di illegittimità comunitaria e costituzionale presenti in tale norma v. *infra*, § 5.2.

³⁰² L'art. L. 3141-18 del *code du travail* stabilisce infatti che il periodo di ferie deve essere continuativo qualora non superi i dodici giorni. Al di sopra di tale soglia il frazionamento del congedo è ammesso, a condizione che vi sia un accordo fra lavoratore e datore di lavoro. Sul punto v. F. MOREL 2008, p. 307.

³⁰³ R. DEL PUNTA 2004a, p. 399. La «facoltà "generale" di deroga [...] potrebbe riguardare: a) il termine di un anno previsto per la fruizione delle prime due settimane di ferie; b) il diritto del lavoratore di richiedere il godimento in modo consecutivo di queste due settimane; c) il termine dei 18 mesi previsti per il godimento della terza e quarta settimana di riposo annuale». Concordano sulla possibilità che il rinvio contenuto nell'art. 10 legittimi la stipulazione di clausole contrattuali derogatorie *in pejus* anche U. CARABELLI, V. LECCESE 2004c, p. 36 ss.; R. RIVERSO 2006 p. 1163 ss.

³⁰⁴ Come già detto, infatti, l'art. 1, comma 2, lettera *m*, d.lgs. n. 66/2003 definisce i «contratti collettivi di lavoro» come i contratti stipulati «da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative»: in mancanza di una precisazione in ordine al livello contrattuale, la delega ha dunque valore generale. Sulla definizione contenuta nell'art. 1, v. *supra*, cap. II, § 4.1. A tal proposito v. R. DEL PUNTA 2004a, p. 399; G. RICCI 2005, p. 272 s.

– potrebbe così ampliare il periodo di “riporto” di 18 mesi o ridurre ulteriormente la quota minima di ferie la cui fruizione deve necessariamente avvenire nel corso dell’anno di maturazione³⁰⁵.

Benché diritto di rango costituzionale, la tutela predisposta nell’ordinamento italiano nei confronti dell’effettivo godimento delle ferie è dunque piuttosto debole. D’altronde, anche nella normativa dell’Unione europea mancano disposizioni sufficientemente precise al riguardo: la direttiva n. 2003/88 si limita, infatti, a fissare in quattro settimane la durata minima di ferie annuali retribuite e a vietare la sostituzione di queste ultime con erogazioni patrimoniali (salvo in caso di cessazione del rapporto di lavoro), rinunciando però in partenza ad intervenire su altre questioni di cruciale rilievo, come la collocazione temporale del periodo di riposo; la definizione delle «condizioni di ottenimento e di concessione» (art. 7, comma 1, direttiva n. 2003/88) è infatti delegata *in toto* alla legislazione o alle prassi nazionali.

5.2. *Il rafforzamento del diritto ad opera della Corte di giustizia e della Corte Costituzionale italiana*

Fondamentale si rivela, dunque, l’opera di rafforzamento del diritto alle ferie perseguita nel corso degli ultimi anni dalla Corte di giustizia. Passo dopo passo, i giudici di Lussemburgo hanno arricchito la disciplina dell’Unione europea attraverso nuove, importanti precisazioni, in particolar modo sottolineando che, nell’avvalersi degli spazi di adattabilità che la direttiva ha riposto nelle loro mani, gli Stati membri devono rispettare l’essenziale funzione di tutela della salute del lavoratore: la Corte ha infatti precisato che, se è vero «che

³⁰⁵ È questo uno dei casi in cui le parti sociali – al posto che essere chiamate a garantire un migliore bilanciamento tra le istanze imprenditoriali e le esigenze dei lavoratori – sono autorizzate a depotenziare norme portatrici di diritti per i lavoratori: a tal proposito v. quanto già detto *supra*, cap. II, § 3. Ad ogni modo – oltre alla già citata clausola contenuta nel contratto dei metalmeccanici che (in modo piuttosto ambiguo) consente di posticipare la fruizione delle ferie a «non appena possibile avuto riguardo alle esigenze tecnico-organizzative» qualora «per cause dovute ad imprescindibili esigenze del lavoro dell’azienda ed in via del tutto eccezionale» il lavoratore non abbia beneficiato del periodo minimo di quattro settimane di ferie annuali – fra gli accordi collettivi esaminati (sulla scelta dei quali v. *supra*, cap. II, nota 51) non si rinvennero disposizioni derogatorie *in pejus* a quanto stabilito dal legislatore. Per alcuni interessanti esempi di deroghe *in melius* introdotte dalle parti sociali v. *infra*, nota 340. Sulle clausole contrattuali in materia di ferie v. A. ALLAMPRESE 2009, p. 179 s. (per quanto riguarda i contratti collettivi di categoria) e S. LAFORGIA 2009a, p. 203 s. (per quanto concerne la contrattazione di secondo livello).

gli Stati membri possono definire, nella loro normativa interna, le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie annuali retribuite, tuttavia essi non possono subordinare la costituzione stessa di tale diritto ad alcuna condizione»³⁰⁶. L'articolo 7 della direttiva n. 2003/88 pone infatti «a carico degli Stati membri, in termini non equivoci, un obbligo di risultato preciso e assolutamente incondizionato quanto all'applicazione della regola da esso enunciata»³⁰⁷, così da poter esser fatto valere dai singoli dinnanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato membro, qualora quest'ultimo abbia omesso di trasporre la direttiva in diritto nazionale entro i termini oppure qualora l'abbia recepita in modo non corretto.

Rilevato che il diritto alle ferie annuali retribuite costituisce «un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario, al quale non si può derogare»³⁰⁸, risulta dunque chiaro che, nel dettarne le condizioni di esercizio, gli Stati membri devono rispettare alcuni principi fondamentali, via via enunciati dai giudici di Lussemburgo³⁰⁹. Fra la ricca giurisprudenza formatosi su tale istituto, note-

³⁰⁶ Corte di giustizia 24 gennaio 2012, C-282/10, *Dominguez*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 18 della motivazione. Sul punto v. già Corte di giustizia 26 giugno 2001, causa C-173/99, *BECTU*, in *Racc.*, 2001, p. 4881, punti 42 e 53 della motivazione: l'importanza di tale sentenza è stata riconosciuta da tutti i commentatori, anche stranieri, che non hanno esitato a riconoscerle «valore quasi costituzionale»: così B. PIRKER 2009, p. 146.

³⁰⁷ Corte di giustizia 24 gennaio 2012, C-282/10, *Dominguez*, cit., punto 34 della motivazione. Su tale pronuncia, che ha espressamente riconosciuto l'efficacia diretta verticale dell'art. 7 della direttiva n. 2003/88 (punto 41 della motivazione), v. R. COSSIO 2012; V. PIETROGIOVANNI 2012, p. 675 ss.; A. RICCARDI 2012, p. 557 ss.

³⁰⁸ Corte di giustizia 26 giugno 2001, *BECTU*, cit., punto 43 della motivazione.

³⁰⁹ Fra tali principi, riveste la massima importanza quello dell'introannualità, secondo il quale il diritto ad un periodo di riposo non può essere subordinato al raggiungimento di un'anzianità lavorativa minima: già conosciuto nel nostro ordinamento grazie alla sentenza con cui la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2109 cod. civ. nella parte in cui subordinava la maturazione del diritto alla circostanza che il lavoratore avesse prestato «un anno d'ininterrotto servizio» (Corte Cost. 10 maggio 1963, n. 66, in *MGL*, 1963, p. 286), tale principio è stato enunciato nella pronuncia della Corte di giustizia 26 giugno 2001, *BECTU*, cit., punto 64 della motivazione. I giudici di Lussemburgo sono poi intervenuti anche su altre questioni, escludendo innanzitutto che i giorni di ferie non goduti possano essere sostituiti, nel corso dell'anno successivo, da un'indennità (Corte di giustizia 6 aprile 2006, *FNV*, cit., punto 35 della motivazione) e chiarendo che le modalità di pagamento del periodo di ferie annuali devono essere stabilite in modo che «il lavoratore, per quanto riguarda la paga, sia messo in una situazione paragonabile a quella dei periodi di lavoro» (Corte di giustizia 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele*, in *Racc.*, 2006, p. 2531, punto 59 della motivazione; sulla questione della retribuzione delle ferie annuali la Corte è tornata ad esprimersi con la sentenza 15 settembre 2011, causa C-155/10, *Williams e altri*, non

vole rilievo assumono le pronunce con le quali la Corte ha affrontato il problema dell'eventuale coincidenza delle ferie con un altro periodo di congedo. A tal proposito occorre senz'altro ricordare il caso *Merino Gómez*, con cui è stato riconosciuto il diritto delle lavoratrici a godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello coincidente con il congedo per maternità³¹⁰; nonché il nutrito numero di sentenze che, seguendo le orme del "caso apripista" *Schultz-Hoff e Stringer*, si sono occupate del rapporto esistente fra ferie e congedo per malattia³¹¹. Oltre ad aver ammesso la possibilità per i lavoratori di fruire del riposo annuale retribuito durante la malattia, così da interrompere il decorso del periodo di comporta³¹², tali pronunce hanno riconosciuto la sospensione del periodo feriale in caso di insorgenza di una patologia: regola già da tempo presente nel nostro ordinamento grazie ad una fitta giurisprudenza che, seppur con alcune limitazioni, ha colmato il silenzio del legislatore italiano sul punto³¹³.

ancora pubblicata in *Racc.*, punti 21 e 31 della motivazione). Per un'analisi dettagliata della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di ferie v. G. RICCI 2007, p. 510 ss.; ID. 2010a, p. 37 ss.; M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 370 ss.; nella dottrina d'oltralpe v. B. PIRKER 2009, p. 146.

³¹⁰ Corte di giustizia 18 marzo 2004, causa C-342/01, *Merino Gómez*, in *Racc.*, 2004, p. 2605. Tale principio era già presente nell'ordinamento italiano: l'art. 22, del d.lgs. n. 151/2001 stabilisce infatti che «le ferie e le assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice ad altro titolo non vanno godute contemporaneamente ai periodi di congedo di maternità». Sul punto v. D. GOTTARDI 2004, p. 31; A. OCCHINO 2004c, p. 708.

³¹¹ Corte di giustizia 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit.; 10 settembre 2009, causa C-277/08, *Vicente Pereda*, cit.; 22 novembre 2011, C-214/10, *KHS AG*, non ancora pubblicata in *Racc.*; 3 maggio 2012, C-337/10, *Neidel*, non ancora pubblicata in *Racc.*; 21 giugno 2012, C-78/11, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*, non ancora pubblicata in *Racc.* Per un'analisi della sentenza *Schultz-Hoff e Stringer* cfr. M.G. MATTAROLO 2009, p. 467; S. CAPONETTI 2009, p. 804; nella dottrina straniera v. B. PIRKER 2009, p. 142; É. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT 2009, p. 248. Per un commento alla pronuncia *Vicente Pereda* v. invece M.G. MATTAROLO 2010a, p. 159. Su entrambe le sentenze cfr. A. FENOGLIO 2010a, p. 450. Sulla pronuncia *KHS AG* v. A. CUNICO, M. TUTTOBENE 2012, p. 242; V. PIETROGIOVANNI 2012, p. 675; L. VALENTE 2012, p. 273 ss.

³¹² Corte di giustizia 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit., punto 31 della motivazione. Secondo la Corte, in assenza di una normativa comunitaria relativa al congedo per malattia, possono ammettersi sia disposizioni che autorizzino il lavoratore malato al godimento delle ferie, sia regole che – al contrario – vietino tale utilizzo, a condizione però che, in tal caso, il dipendente abbia la possibilità di esercitare il proprio diritto in un periodo diverso.

³¹³ Con la sentenza Corte Cost. 30 dicembre 1987, n. 616, in *FI*, 1988, I, c. 1062, la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2109 cod. civ. nella parte in cui non prevedeva la sospensione delle ferie in caso di insorgenza di una malattia, invocando l'emaneazione di una disciplina di dettaglio con la quale dare

Proprio da tale filone giurisprudenziale possono essere tratti nuovi spunti di riflessione in ordine alla compatibilità del d.lgs. n. 66/2003 con la direttiva n. 2003/88. Com'è noto, l'originaria versione dell'art. 10 del d.lgs. n. 66 – benché garantisse la puntuale trasposizione delle disposizioni comunitarie – è stata sfigurata dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 213/2004, con il quale si è stabilito che, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva, il periodo minimo di quattro settimane di ferie annuali «va goduto per almeno due settimane [...] nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi»³¹⁴. Fin da subito è stato rilevato il contrasto esistente fra una simile disposizione – che amplia notevolmente il potere del datore di lavoro di scegliere la collocazione del congedo annuale³¹⁵ – e la normativa dell'Unione europea, secondo la quale ogni lavoratore ha diritto ad almeno quattro settimane di ferie annuali retribuite (art. 7, comma 1, direttiva n. 2003/88), contrasto che si è fatto più evidente in seguito all'intervento chiarificatore della Corte di giustizia³¹⁶.

Già in *Merino Gómez* i giudici di Lussemburgo avevano sottoli-

completa attuazione al principio della non sovrapposibilità fra i due congedi. A causa dell'inerzia del legislatore, tale principio è stato interpretato in modo molto diverso: mentre secondo alcuni l'effetto sospensivo – nel silenzio della legge – si verificherebbe in presenza di qualunque malattia (Cass. 27 luglio 1996, n. 6808, in *RIDL*, 1997, II, p. 532; Cass. 28 novembre 1994, n. 10110, in *MGL*, 1995, p. 59), secondo altri affinché il decorso delle ferie possa essere sospeso occorrerebbe invece procedere ad un'analisi circa la natura della patologia e la sua compatibilità con la fruizione del periodo di riposo (Cass. 24 marzo 1994, n. 2833, in *LPO*, 1994, p. 1752; Cass. S.U. 23 febbraio 1998, n. 1947, in *RIDL*, 1998, II, p. 743; Cass. 6 aprile 2006, n. 8016, in *LG*, 2006, p. 980; in dottrina v. R. DEL PUNTA 1992, p. 92; Id. 2009, p. 824; per un'analisi dettagliata dei due filoni interpretativi v. A. ROSIELLO 2007, p. 532; v. anche M. PAGNI 1995, p. 871). Il conflitto interpretativo è stato risolto dalle Sezioni Unite che hanno accolto quest'ultimo orientamento, che pare però in contraddizione con quanto precisato dalla Corte di giustizia, secondo cui il divieto di sovrapposizione non dipende dalla gravità della patologia del lavoratore ma è piuttosto conseguenza delle diverse finalità perseguite dai due congedi: così Corte di giustizia 10 settembre 2009, *Vicente Pereda*, cit., punti 21 e 22 della motivazione; 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit., punto 25 della motivazione; v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Verica Trstenjak, presentate il 24 gennaio 2008, causa C-520/06, *Stringer*, punto 71, in *Racc.*, 2009, p. 179. Per una riflessione più approfondita su tale questione v. A. FENOGLIO 2010a, p. 454 ss., a cui si rinvia anche per l'indicazione di ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

³¹⁴ Sulle modifiche apportate dal d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213, v. G. ALBANI 2005, p. 8 ss.

³¹⁵ S. LAFORGIA 2009a, p. 202.

³¹⁶ Una «divergenza insanabile fra regole nazionali e comunitarie» è stata rilevata da V. LECCESE 2006a, p. 320; P. PELISSERO 2005, p. 379, nota 14; M. ROCCELLA 2006b, p. 120. Più recentemente, v. M. ROCCELLA, D. IZZI 2010, p. 148 s.

neato che la discrezionalità riconosciuta ai legislatori nazionali nel dettare le «condizioni di ottenimento e concessione» delle ferie «deve intendersi nel senso che le modalità di applicazione nazionali devono *comunque* rispettare il diritto a ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane»³¹⁷. Successivamente i giudici di Lussemburgo hanno poi fornito ulteriori precisazioni, chiarendo che, qualora «alla fine dell'anno si cumulino i periodi di più congedi garantiti dal diritto comunitario, può essere inevitabile riportare le ferie annuali o una parte di esse all'anno successivo»³¹⁸: intervenendo – seppur lapidariamente – sulla questione della legittimità del frazionamento delle ferie su base ultra-annuale, la Corte ha dunque autorizzato tale modalità di godimento nel solo caso in cui la fruizione delle ferie nell'anno di maturazione sia resa impossibile dalla sovrapposizione con un altro periodo di congedo, garantito anch'esso dal diritto dell'Unione europea.

Benché non sia stata affatto riconosciuta l'esistenza di una facoltà incondizionata di posticipare la fruizione del periodo minimo di ferie, alcuni autori hanno però ugualmente continuato a ritenere la disciplina italiana compatibile con la direttiva europea, sostenendo che le affermazioni della Corte debbano essere «lette *come se* [questa] abbia inteso esemplificare una possibile ipotesi in cui il frazionamento del periodo feriale si renda inevitabile [...], senza con ciò escludersi che [...] la programmazione articolata, su base ultrannuale, del periodo feriale possa essere disposta al di fuori di questo caso specifico»³¹⁹. Interpretazioni di tal genere, tuttavia, non paiono cogliere l'effettivo significato delle parole della Corte, parole che sono state ribadite con maggiore chiarezza nelle sentenze *Schultz-Hoff* e *Vicente Pereda*: tali pronunce hanno infatti precisato che lo slittamento delle ferie è ammissibile solo quando, nel periodo di riferimento annuale, si verifichi una sovrapposizione con un altro congedo, sia esso disciplinato o meno dal diritto dell'Unione³²⁰. Secondo la Corte, infatti,

³¹⁷ Corte di giustizia 18 marzo 2004, *Merino Gómez*, cit., punti 29 e 31 della motivazione (c.m.).

³¹⁸ Corte di giustizia 6 aprile 2006, *FNV*, cit., punto 24 della motivazione.

³¹⁹ G. RICCI 2007, p. 518. Nello stesso senso v. anche ID. 2005, p. 386, nota 363, secondo cui la Corte di giustizia avrebbe «affermato l'illegittimità [...] di normative nazionali limitative sotto il profilo dell'*an*, ma non del *quomodo* della fruizione»: secondo l'autore, dunque, non sarebbe possibile desumere dalla giurisprudenza comunitaria «l'imposizione di modalità di fruizione su base *endo-annuale* del periodo di ferie». Nello stesso senso v. anche M.G. MATTAROLO 2009, p. 473; EAD. 2012, p. 672.

³²⁰ Corte di giustizia 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit., punto 42 della motivazione; Corte di giustizia 10 settembre 2009, *Vicente Pereda*, cit., punti 23 e 25 della motivazione. Su tale questione cfr. M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 371.

«una disposizione nazionale che prevede un periodo di riporto per ferie annuali non godute alla fine del periodo di riferimento persegue [...] il fine di concedere al lavoratore che è stato impossibilitato a godere le proprie ferie annuali un'ulteriore possibilità di fruirne»³²¹: la Corte di giustizia non legittima, dunque, *tout court* il differimento della fruizione delle ferie ad un anno successivo a quello di maturazione, ma autorizza il riporto soltanto qualora questo sia indispensabile per permettere l'effettivo godimento del periodo minimo di riposo annuale.

Ancora più chiare sono le parole utilizzate nel caso *Stringer* dall'avvocato generale, secondo il quale «appare opportuno che uno Stato membro stabilisca condizioni affinché, nell'interesse della salute e della sicurezza, [...] i diritti alle ferie possano essere riportati *solo nella misura in cui ciò appaia necessario*»³²². Nessun limite è stato però previsto dal legislatore italiano che, introducendo una norma «palesemente strutturata sul modello [...] dell'art. 9, par. 1, della convenzione Oil»³²³, si è limitato a subordinare alla mera volontà del datore di lavoro la possibilità di posticipare la fruizione di due settimane di ferie entro i 18 mesi successivi alla scadenza dell'anno di maturazione. L'evidente analogia fra la disposizione di origine internazionale e l'art. 10 del d.lgs. n. 66 non vale, tuttavia, a garantire la legittimità comunitaria di quest'ultimo, dal momento che «nella direttiva 2003/88 manca totalmente una disposizione in tal senso»³²⁴: poiché, infatti, «la tutela che il diritto comunitario intende garantire ai lavoratori ha una portata più ampia rispetto a quella accordata dalle norme giuslavoristiche del diritto internazionale»³²⁵, una disposizione che si limiti a

³²¹ Corte di giustizia 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff e Stringer*, cit., punto 42 della motivazione; 22 novembre 2011, C-214/10, *KHS AG*, cit., punto 25 della motivazione; cfr. anche la sentenza del 21 giugno 2012, C-78/11, *ANGED*, cit., secondo cui «il nuovo periodo di ferie annuali, corrispondente alla durata della sovrapposizione tra il periodo di ferie annuali stabilito inizialmente e il congedo per malattia, di cui il lavoratore ha diritto di beneficiare dopo che si sia ristabilito, può essere fissato, eventualmente, al di fuori del corrispondente periodo di riferimento per le ferie annuali» (punto 23 della motivazione).

³²² Conclusioni dell'avvocato generale, causa C-520/06, *Stringer*, cit., punto 64 della motivazione; c.m.

³²³ R. DEL PUNTA 2004a, p. 394; la notevole somiglianza dell'art. 10 del d.lgs. n. 66 con la norma di diritto internazionale è posta in luce anche da A. OCCHINO 2010, p. 102. L'art. 9, par. 1, della Convenzione Oil n. 132 del 1970 stabilisce, infatti, che una parte delle ferie corrispondente a due settimane «dovrà essere accordata e usufruita entro il termine di un anno al massimo», mentre la restante parte deve essere goduta «entro il termine di diciotto mesi, al massimo, a partire dalla fine dell'anno che dà diritto al congedo».

³²⁴ Conclusioni dell'avvocato generale, causa C-350/06, *Schultz-Hoff*, cit., punto 53.

³²⁵ *Ibidem*.

ricalcare il testo della convenzione Oil non può dirsi compatibile con la direttiva europea.

Tale orientamento trova conferma anche nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, laddove si ribadisce che la possibilità di posticipare la fruizione delle ferie è subordinata all'effettiva impossibilità per il lavoratore di godere del periodo di riposo nel corso dell'anno di riferimento³²⁶. Scopo del periodo di riporto non è infatti quello di permettere di rimandare discrezionalmente la fruizione di una parte delle ferie ma quello di garantire un'effettiva «tutela del lavoratore, [tenendo] conto delle circostanze specifiche in cui si trova il lavoratore inabile al lavoro durante diversi periodi di riferimento consecutivi»³²⁷ e consentendo a quest'ultimo di «poter disporre, se necessario, di periodi di riposo che possano essere scaglionati, pianificati e disponibili a più lungo termine»³²⁸. La previsione di un periodo di riporto, peraltro, «deve anche tutelare il datore di lavoro dal rischio di un cumulo troppo rilevante di periodi di assenza del lavoratore e dalle difficoltà che dette assenze potrebbero comportare per l'organizzazione del lavoro»³²⁹. Proprio per tale ragione, la Corte di giustizia – mutando in parte il passo rispetto alla propria precedente giurisprudenza – ha ammesso la facoltà per i legislatori interni di stabilire che al termine del periodo di riporto il diritto alle ferie annuali retribuite si estingua, limitando così la possibilità per i lavoratori che siano rimasti inabili al lavoro durante più periodi di riferimento consecutivi di cumulare ferie per lungo tempo o, nel caso di risoluzione del rapporto, di maturare il diritto ad un'indennità sostitutiva di importo elevato³³⁰: tale facoltà sussiste però soltanto nel caso in cui il periodo di riporto previsto dalla legge sia suf-

³²⁶ Corte di giustizia 22 novembre 2011, C-214/10, *KHS AG*, cit., punto 25 della motivazione; cfr. anche la sentenza del 21 giugno 2012, C-78/11, *ANGED*, cit., punti 21 ss.

³²⁷ Corte di giustizia 22 novembre 2011, C-214/10, *KHS AG*, cit., punto 38 della motivazione; c.m.

³²⁸ Corte di giustizia 3 maggio 2012, C-337/10, *Neidel*, cit., punto 41 della motivazione.

³²⁹ *Ivi*, punto 39 della motivazione.

³³⁰ Corte di giustizia 22 novembre 2011, C-214/10, *KHS AG*, cit., punto 44 della motivazione. Con tale pronuncia – giudicata da V. PIETROGIOVANNI 2012, p. 684 ss., «apparentemente spinosa e potenzialmente “di rottura” rispetto ai consolidati precedenti» in materia di cumulo di periodi di ferie – la Corte ha infatti precisato che, «se è pur vero» che, così come deciso nel caso *Schultz-Hoff*, «una disposizione nazionale che determina un periodo di riporto non può prevedere l'estinzione del diritto del lavoratore alle ferie annuali retribuite senza che quest'ultimo abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare il diritto stesso, una tale conclusione deve tuttavia essere sfumata» (punto 28 della motivazione).

ficientemente lungo da poter «ragionevolmente essere qualificato come periodo oltre il quale le ferie annuali retribuite sono prive del loro effetto positivo per il lavoratore in quanto periodo di riposo»³³¹.

Dall'attenta lettura delle sentenze della Corte emerge dunque con chiarezza che la fruizione delle ferie può essere posticipata soltanto nel caso in cui il lavoratore, a causa della sovrapposizione con un altro congedo, sia impossibilitato a godere del periodo minimo di riposo durante l'anno di maturazione. In assenza di tale condizione il riporto di una parte del congedo annuale mette infatti a repentaglio l'effettività stessa del diritto, rendendo alquanto improbabile la fruizione in natura di quattro settimane di riposo, soprattutto nelle piccole imprese caratterizzate da un grado particolarmente elevato di mobilità³³².

È bene infine domandarsi se, pur non garantendo il pieno rispetto della direttiva, la disciplina italiana possa dirsi conforme almeno alla Carta costituzionale: anche in relazione a tale profilo emergono tuttavia perplessità non facilmente superabili³³³. Vent'anni or sono la Consulta – con un'importante pronuncia che in tempi recenti si è tentato di relegare in un angolo³³⁴ – aveva infatti dichiarato che, qualora al lavoratore non sia consentito «usufruire integralmente nel corso dell'anno del *periodo di ferie che annualmente gli compete*», le fina-

³³¹ Corte di giustizia 3 maggio 2012, C-337/10, *Neidel*, cit., punto 39 della motivazione; in senso analogo v. anche la sentenza 22 novembre 2011, C-214/10, *KHS AG*, cit., punto 38 della motivazione.

³³² Alla scadenza del contratto di lavoro, le ferie maturate non ancora godute sono infatti sostituite dal pagamento di un'indennità: così dispone l'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 66/2003. Tale norma non trova però più applicazione nel pubblico impiego: con un recente intervento legislativo (art. 5, comma 8, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135) è stato infatti stabilito che «le ferie, i riposi ed i permessi spettanti al personale, anche di qualifica dirigenziale, delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché delle autorità indipendenti ivi inclusa la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), sono obbligatoriamente fruiti secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti e non danno luogo in nessun caso alla corresponsione di trattamenti economici sostitutivi. La presente disposizione si applica anche in caso di cessazione del rapporto di lavoro per mobilità, dimissioni, risoluzione, pensionamento e raggiungimento del limite di età».

³³³ L'illegittimità costituzionale dell'art. 10, d.lgs. n. 66/2003 è rilevata anche da P. PELISSERO 2005, p. 379, nota 14, e da M. ROCCELLA 2010d, p. 328.

³³⁴ Secondo R. DEL PUNTA 2004a, p. 401, «il fervore a suo tempo mostrato dalla sentenza n. 543 del 1990 [...] denuncia un certo difetto di realismo», non potendo pertanto «essere riproposto come tale a quasi quindici anni di distanza». Nello stesso senso v. anche G. RICCI 2010a, p. 42, secondo il quale lo schema di ragionamento sotteso alla sentenza n. 543 sarebbe «datato e, in fin dei conti, inapplicabile».

lità di riposo e di recupero delle energie psico-fisiche tipiche del congedo feriale risulterebbero vanificate: ove, infatti, «non venisse rispettata tale scadenza per effetto di rinvii o posticipazioni totali o parziali a periodi ricompresi in anni successivi, verrebbe a frustrarsi il diritto al congedo, che matura giorno per giorno in relazione all'accumulo della fatica lavorativa e al conseguente bisogno di riposo»³³⁵. Non condivisibile pare l'interpretazione proposta da chi, nel tentativo di salvare la legittimità del d.lgs. n. 66, sostiene che il problema di costituzionalità si porrebbe soltanto qualora, recependo la delega in bianco, la contrattazione collettiva autorizzasse (in assenza di eccezionali e motivate esigenze di servizio) il riporto di una frazione del periodo minimo di due settimane di ferie³³⁶. Secondo questa tesi, il d.lgs. n. 66/2003 avrebbe infatti quantificato in due settimane il «periodo feriale ritenuto adeguato da norme di legge»³³⁷ che deve essere goduto nell'anno di maturazione. Una simile ricostruzione non tiene però conto del fatto che l'individuazione del periodo minimo di ferie che deve necessariamente essere fruito durante l'anno affinché sia garantita la tutela della salute del lavoratore non è rimessa alla discrezionalità del legislatore nazionale, ma è operata dall'art. 7, comma 1, della direttiva n. 2003/88, che fissa il periodo minimo di riposo in una misura pari a quattro settimane. Lo scaglionamento su base ultra-annuale delle ferie – benché considerato da alcuni come «inevitabile»³³⁸ – non pare dunque conforme a Costituzione, a meno che si verifichi in presenza di «situazioni eccezionali non previste né prevedibili»³³⁹.

La possibilità di derogare mediante accordo individuale o collettivo al godimento infra-annuale del periodo di riposo può dunque reputarsi legittima soltanto in un numero assai circoscritto di circostanze: oltre ad essere consentita in presenza di ragioni di carattere eccezionale (così come stabilito dalla Consulta) e in caso di sovrapp-

³³⁵ Corte Cost. 19 dicembre 1990, n. 543, cit. (c.m.): con tale sentenza, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma di legge speciale (applicabile al rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri) che consentiva al datore di lavoro di «procrastinare discrezionalmente, anche senza motivazione, il godimento del congedo ordinario oltre il decorso dell'anno per esigenze di servizio anche non eccezionali».

³³⁶ Così V. LECCESE 2006a, p. 319; in senso analogo v. anche M. MC BRITTON, A. BRANDI, L. FERRAMOSCA, M. SERRANO 2009, p. 369, secondo cui «il fondamentale principio di effettività del godimento delle ferie annuali elaborato dal Giudice delle leggi [...] trova compimento nella previsione che fissa in 14 giorni la quota minima di ferie la cui fruizione tempestiva è indispensabile per proteggere la salute dei lavoratori».

³³⁷ Corte Cost. 19 dicembre 1990, n. 543, cit.

³³⁸ G. RICCI 2005, p. 386.

³³⁹ Corte Cost. 19 dicembre 1990, n. 543, cit.

posizione con un altro periodo di congedo (come chiarito dalla Corte di giustizia), la posticipazione della fruizione delle ferie può dirsi lecita anche nel caso in cui sia autorizzata da disposizioni contrattuali ispirate al principio del *favor praestatoris*: è il caso, ad esempio, del Ccnl per i dipendenti da imprese della distribuzione cooperativa che, al fine di agevolare «il rientro e la permanenza nel paese di origine», consente ai lavoratori stranieri non cittadini dell'Unione europea non soltanto di fruire del periodo di ferie annuali in modo non frazionato, ma anche di «cumulare [...] in un unico periodo continuativo le ferie maturate in un anno e quelle da maturare nell'anno successivo»³⁴⁰; in questo caso, infatti, la possibilità di procrastinare la fruizione delle ferie non è rimessa al potere discrezionale del datore di lavoro, ma costituisce una libera scelta del prestatore, che in presenza delle descritte peculiarità può così meglio conciliare l'attività lavorativa con le esigenze della propria vita privata. Al di fuori delle ipotesi eccezionali qui esaminate, la scissione fra il periodo di maturazione delle ferie annuali minime e il periodo di effettivo godimento deve essere dunque considerata censurabile. È perciò auspicabile che il fervore, con cui in passato la Consulta ha difeso il diritto fondamentale sancito dall'art. 36 Cost., torni ad animare i giudici italiani, spingendoli a sottoporre al vaglio della Corte di giustizia e della Corte Costituzionale una norma che, analizzata attraverso la “lente d'ingrandimento” dei precedenti giudiziari, appare del tutto illegittima.

³⁴⁰ Art. 119, comma 4, del Ccnl per i dipendenti da imprese della distribuzione cooperativa, sottoscritto il 25 luglio 2008 e rinnovato il 22 dicembre 2011. In modo simile dispone anche l'art. 147 del contratto per il commercio, cit., secondo cui «nel caso di lavoratore di cittadinanza non italiana che abbia necessità di godere di un periodo di ferie più lungo, al fine di utilizzarlo per un rimpatrio non definitivo, su sua richiesta e accordo del datore di lavoro, è possibile l'accumulo delle ferie nell'arco massimo di un biennio, nei limiti previsti dalla legge». In senso simile v. anche gli accordi di rinnovo per l'industria edilizia del 19 aprile 2010 e l'accordo di rinnovo per l'artigianato edile del 16 dicembre 2010, secondo cui «anche al fine di favorire il rientro alle proprie residenze dei lavoratori migranti, [...] compatibilmente con le necessità tecnico-organizzative dell'azienda, gli stessi possono chiedere al datore di lavoro di usufruire di due delle quattro settimane di ferie spettanti nell'arco di 12 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione».

Capitolo IV

La flessibilità nell'interesse del lavoratore e l'interazione fra le fonti

SOMMARIO: 1. Quale conciliazione tra tempi di lavoro e tempi sociali? – 2. Il lavoro a tempo parziale tra mutamenti legislativi e incremento del tasso di involontarietà. - 2.1. Le misure a tutela della volontarietà del *part-time* previste dalle parti sociali. – 3. Altre forme di organizzazione flessibile dell'orario: alcune sperimentazioni introdotte dalla contrattazione di primo e di secondo livello. – 4. Le azioni positive per la conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro. – 5. Alla ricerca di una difficile concordanza dei tempi.

1. *Quale conciliazione tra tempi di lavoro e tempi sociali?*

Benché in passato si sia affermato che «i modelli di orario di lavoro flessibili [...] vanno incontro anche all'interesse dei lavoratori a disporre più liberamente del proprio tempo e, in particolare, permettono di conciliare meglio il lavoro e la famiglia»¹, alla prova dei fatti appare chiaro che «il connubio fra i diversi interessi non è affatto agevole e che esigenze datoriali e individuali sono più frequentemente destinate a collidere o, quantomeno, a coniugarsi con estrema difficoltà»²: se infatti l'interesse del datore di lavoro è quello di organizzare e mutare a propria discrezione la collocazione e la durata della prestazione lavorativa adeguandola alle necessità produttive, per contro l'esigenza del lavoratore è quella di opporsi a variazioni dell'orario di lavoro che compromettano l'organizzazione dei propri tempi di vita.

Il delicato compito di contemperare al meglio la flessibilità nell'interesse datoriale e la flessibilità nell'interesse dei lavoratori è naturalmente rimesso al legislatore. Com'è noto, tuttavia, la spinta verso la flessibilità è stata realizzata mediante l'attribuzione di un potere

¹ *Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva n. 2003/88/CE concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, COM (2004) 607 def.

² V. LECCESE 2009, p. 350.

incondizionato alle parti del contratto individuale e attraverso il contemporaneo arretramento della regolazione eteronoma³: ampliando il potere unilaterale del datore di lavoro e depauperando il contenuto normativo inderogabile delle fonti di legge è stata così compromessa la garanzia dell'equilibrio tra le parti del contratto di lavoro. In un contesto dominato dalla «pura logica dei rapporti di forza»⁴, fino ad ora ad essere valorizzata è stata prevalentemente la flessibilità in funzione di obiettivi produttivi (v. *supra*, cap. III, § 1.2), non certo la flessibilità nell'interesse del lavoratore.

Condivisibile è dunque l'affermazione secondo cui la normativa italiana sull'orario sembra «rinviare in radice l'immagine di un ordinamento alla ricerca di un corretto equilibrio fra vita e lavoro»⁵: il sempre maggior utilizzo di moduli orari medi, accompagnato dall'eliminazione del criterio legale di distribuzione giornaliera, ha infatti limitato notevolmente la capacità dei lavoratori di gestire il proprio tempo, determinando per contro un significativo ampliamento del potere direttivo del datore nell'organizzazione dell'orario di lavoro (v. *supra*, cap. III, §§ 2.3 e 3.2). Alle esigenze di conciliazione fra tempi di lavoro e tempi sociali pare del resto essere stato sordo anche il legislatore più recente: non può infatti sfuggire che il diritto dei lavoratori – riconosciuto dalla Corte Costituzionale – di «dedicarsi e di partecipare adeguatamente alla vita familiare, alla vita sociale e di relazione»⁶ è stato in parte limitato dalla c.d. liberalizzazione degli orari operata nel settore del commercio (su cui v. *supra*, cap. III, § 4.2.1). Tenendo conto che nell'attuale sistema normativo «la tutela di ciò che è esterno al lavoro appare non solo sfumata, ma perde addirittura di consistenza»⁷, non si può dunque che concordare con chi ha rilevato che «è oggi la flessibilità nell'interesse del lavoratore che richiede le maggiori attenzioni»⁸.

Dopo aver analizzato gli ampi spazi di flessibilità organizzativa che emergono dall'interconnessione fra l'attuale normativa e l'autonomia privata individuale e collettiva, pare dunque opportuno soffermarsi sulla c.d. «flessibilità buona», verificando in quale misura è oggi possibile «contemperare l'interesse del datore di lavoro all'utilizzazione massimamente proficua del lavoro, e dunque anche della singola prestazione di lavoro che retribuisce, e l'interesse del lavora-

³ M. NOVELLA 2009a, p. 8.

⁴ M. ROCCELLA 2004a, p. 58.

⁵ A. NICCOLAI 2009, p. 247.

⁶ Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 16, in *RIDL*, 1987, II, p. 647.

⁷ A. NICCOLAI 2009, p. 247.

⁸ V. FERRANTE 2008a, p. 63.

tore a soddisfare le esigenze della sua vita privata e familiare»⁹. Del resto, la possibilità di conciliare il lavoro con la vita e le cure familiari, ma anche con la vita sociale e l'attività di formazione, fa «parte del patrimonio dei diritti che i lavoratori portano con sé nel momento in cui stipulano un contratto di lavoro»¹⁰: patrimonio di diritti che – così come precisato dal Consiglio dell'Unione europea una decina di anni or sono¹¹ – riguarda sia le lavoratrici che i lavoratori.

Un'ultima ragione per la quale risulta opportuno riservare attenzione al tema della flessibilità nell'interesse dei lavoratori è ravvisabile nel fatto che la valorizzazione di quest'ultima richiede il raggiungimento di un punto di convergenza fra regolazione eteronoma e contrattuale del tempo. Affinché non rimanga «una sorta di contenitore vuoto»¹² o un «mero oggetto di convegni e tavole rotonde»¹³, la conciliazione fra tempo di lavoro e tempi sociali necessita di un apparato normativo robusto, frutto del combinarsi fra fonti legislative ed autonomia privata, individuale e collettiva: la c.d. «flessibilità buona» presuppone infatti il riconoscimento di uno spazio di autodeterminazione del lavoratore, senza che possano però essere dimenticate le remore che – nell'ambito del rapporto di lavoro – da sempre sconsigliano di riporre troppa fiducia nell'autonoma capacità delle parti individuali di raggiungere un bilanciamento tra gli opposti interessi.

Benché «la decisione relativa al tempo da dedicare al lavoro [sia] una di quelle maggiormente legate alle esigenze personali del singolo prestatore», essendo «difficile stabilire aprioristicamente, e una volta per tutte, che cosa rappresenti il *melius* e il *pejus* per il lavoratore e quindi quale regolamentazione interpreti in modo migliore gli interessi del soggetto da tutelare»¹⁴, è chiaro infatti che l'individualizzazione delle condizioni di lavoro non è sufficiente a garantire l'ottimale conciliazione fra le diverse dimensioni temporali che caratteriz-

⁹ M.V. BALLESTRERO 2009, p. 163.

¹⁰ *Ivi*, p. 171.

¹¹ V. la *Risoluzione del Consiglio e dei ministri incaricati dell'occupazione e della politica sociale, riuniti in sede di Consiglio concernente la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare*, 29 giugno 2000, 2000/C 218/02. Nello stesso senso v. anche il *Comunicato stampa della Commissione europea*, 26 ottobre 2010, cit., secondo cui «fintantoché la flessibilità verrà considerata una modalità «femminile» di organizzazione dell'orario di lavoro, gli orari flessibili tenderanno a consolidare le differenze di genere piuttosto che a ridurre». In dottrina, contestano il «pregiudizio sessista che siano [soltanto] le donne a dover «conciliare»» M.V. BALLESTRERO 2009, p. 171, e L. CALAFÀ 2001, p. 205.

¹² L. CALAFÀ 2001, p. 203.

¹³ M. ROCCELLA 2008, p. 433.

¹⁴ Entrambe le citazioni sono tratte da M. NOVELLA 2009b, p. 137.

zano la vita di ciascuno. Pare dunque indispensabile un intervento eteronomo volto a riequilibrare un rapporto contrattuale naturalmente squilibrato, mediante il riconoscimento legale di diritti inderogabili ai lavoratori: solo muovendo da una relazione di potere sostanzialmente paritetica diviene infatti «possibile negoziare condizioni di lavoro che consentano a chiunque di impostare il proprio, singolare approccio alla conciliazione»¹⁵.

Oltre alla predisposizione di una simile cornice normativa, la salvaguardia dei tempi sociali richiede anche una tutela di carattere collettivo: è infatti da più parti riconosciuto che l'autonomia collettiva rappresenta «uno strumento ideale per la gestione di problematiche, come quella in parola, che, per le ampie ricadute sociali e per il fatto di investire l'organizzazione del lavoro, mal si prestano ad accogliere soluzioni astratte»¹⁶. Affinché le parti sociali siano poste nell'effettiva condizione di «liberare dal lavoro» tempo ed energie da dedicare alla vita sociale e familiare, è però necessario che queste ultime dispongano della forza contrattuale necessaria per individuare strumenti che sappiano garantire moduli orari rispondenti agli interessi di entrambe le parti: come si è cercato di dimostrare (v. *supra*, cap. II, §§ 2 e 3), tuttavia, nell'attuale sistema normativo la capacità della contrattazione collettiva di gestire la flessibilità temporale delle prestazioni di lavoro è stata notevolmente ridotta. Proprio la debolezza dei presupposti strutturali che dovrebbero orientare la negoziazione collettiva, incidendo sull'equilibrio tra le parti sedute al tavolo di trattativa, può essere considerata come una delle ragioni della scarsa incisività dell'azione delle parti sociali in materia conciliativa: raramente, infatti, le soluzioni proposte al fine di contemperare tempo di lavoro e tempi sociali si sono mostrate in grado di «scalfire i più radicati ostacoli (o tabù?) di natura organizzativa, economica e culturale al superamento dello storico dualismo tra tempi di vita e di lavoro»¹⁷.

¹⁵ I. SENATORI 2012, p. 5.

¹⁶ *Ivi*, p. 3. L'importanza dell'azione dell'autonomia collettiva in materia di conciliazione è riconosciuta anche dall'accordo quadro in materia di congedi parentali sottoscritto il 18 giugno 2009 da BusinessEurope, UEAPME, CEEP e CES e poi attuato con la direttiva n. 2010/18, dell'8 marzo 2010: dopo aver sottolineato che «le parti sociali sono le più qualificate per trovare soluzioni che rispondano alle esigenze sia dei datori di lavoro che dei lavoratori», il ventiquattresimo *considerando* precisa infatti che per tale ragione alla negoziazione collettiva spetta «un ruolo specifico nell'attuazione, nell'applicazione, nel monitoraggio e nella valutazione» dell'accordo, «nel quadro più ampio di altre misure volte a migliorare la conciliazione di vita professionale e responsabilità familiari e a promuovere la parità di opportunità e di trattamento tra gli uomini e le donne».

¹⁷ I. SENATORI 2012, p. 3.

2. Il lavoro a tempo parziale tra mutamenti legislativi e incremento del tasso di involontarietà

La potenziale idoneità del lavoro a tempo parziale a garantire la differenziazione degli interessi dei lavoratori, al contempo rispondendo alle esigenze di flessibilità organizzativa promosse dal mondo imprenditoriale, è riconosciuta da gran parte degli studiosi¹⁸ e rimarcata con particolare evidenza dalle parti sociali europee. Nel disciplinare tale fattispecie contrattuale, queste ultime hanno infatti sottolineato la necessità di facilitare «l'accesso al tempo parziale per uomini e donne che si preparano alla pensione, che vogliono conciliare vita professionale e familiare e approfittare delle possibilità di istruzione e formazione per migliorare le loro competenze e le loro carriere, nell'interesse reciproco di datori di lavoro e lavoratori e secondo modalità che favoriscano lo sviluppo delle imprese»¹⁹: ragione per cui, fra gli obiettivi perseguiti dall'accordo quadro sottoscritto dall'Unice, dal Ceep e dalla Ces il 6 giugno 1997 e attuato dalla direttiva europea n. 1997/81, è stata precisata la necessità di «contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da tener conto dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori» e di «facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria»²⁰. È infatti risaputo che soltanto qualora i lavoratori siano posti nella condizione di effettuare una scelta veramente libera, accettando un rapporto di lavoro a tempo parziale unicamente qualora questo risponda alle proprie esigenze (personali, familiari o formative), tale forma contrattuale può esplicare le potenzialità conciliative in essa racchiuse.

Nel nostro Paese, tuttavia, all'incremento della quota di lavoratori occupati a tempo parziale registratosi negli ultimi anni²¹ corrisponde

¹⁸ V. a tal proposito S. SCARPONI 2005, p. 192; cfr. anche E. PIETANZA 2009, p. 140 ss. e G. PELLACANI 2005, p. 89 ss.

¹⁹ V. il sesto *considerando* dell'accordo quadro concluso dalle parti sociali il 6 giugno 1997 e successivamente attuato dalla direttiva n. 1997/81 del 15 dicembre 1997.

²⁰ Clausola 1, lettera *b*, dell'accordo quadro, cit. La volontarietà del lavoro a tempo parziale è però difesa dal legislatore europeo in termini piuttosto morbidi: oltre alla disposizione che impedisce di ritenere valido motivo di licenziamento «il rifiuto di un lavoratore di essere trasferito da un lavoro a tempo pieno ad uno a tempo parziale, o viceversa» (clausola 5.2), la direttiva si limita a stabilire che i datori di lavoro «per quanto possibile [...] dovrebbero prendere in considerazione [...] le domande di trasferimento dei lavoratori a tempo pieno ad un lavoro a tempo parziale che si renda disponibile nello stabilimento» (clausola 5.3, lettera *a*). Si tratta, a ben vedere, di indicazioni dal tono «poco più che esortativo»: M. ROCCELLA, D. IZZI 2010, p. 157.

²¹ Secondo dati Istat, nel corso del 2011 i lavoratori a tempo parziali sono cre-

la costante diminuzione del numero di coloro che scelgono volontariamente tale tipologia di impiego, al punto che la diffusione del lavoro a tempo parziale pare riflettere «non tanto le caratteristiche dell'offerta [...], quanto piuttosto le strategie occupazionali messe in atto dalle imprese»²²: secondo dati Eurostat, infatti, nel 2010 ben il 50,4 per cento dei *part-timers* non ha scelto liberamente la riduzione dell'orario di lavoro²³; tale soglia si è poi ulteriormente innalzata nel 2011 quando, secondo più recenti dati Istat, il tasso di involontarietà del *part-time* ha raggiunto il picco del 53,3 per cento²⁴. Una spiegazione di tale andamento può essere rintracciata, almeno in parte, nella difficile congiuntura economica: la difficoltà di trovare occupazione può senz'altro indurre molti lavoratori ad accettare impieghi a tempo parziale che pure non desidererebbero. Il fatto che la scelta del lavoro a tempo parziale sia «il più delle volte imposta dalle condizioni del mercato di lavoro»²⁵ è stato, del resto, riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale, che – chiamata ad intervenire a proposito dell'annosa questione relativa al riconoscimento ai *part-timers* verticali del diritto all'indennità di disoccupazione – si è mostrata consape-

sciuti del 3,3%, pari a 114.000 unità: v. la statistica *Occupati e disoccupati* relativa all'anno 2011, pubblicata il 2 aprile 2012.

²² P. VILLA 2005, p. 217.

²³ V. lo studio Eurostat, *Involuntary part-time employment as percentage of the total part-time employment for a given sex and age group (%)*, 2012.

²⁴ V. il rapporto Istat *Noi Italia. 100 statistiche per capire il Paese in cui viviamo*, 2012, p. 240; v. anche la statistica *Occupati e disoccupati*, cit. Se l'incidenza del *part-time* involontario è più elevata tra gli uomini (pari al 59,7%), significativo è anche il numero delle donne (pari al 46,4%) che considerano l'impiego a tempo parziale una scelta obbligata in assenza di opportunità di lavoro a tempo pieno.

²⁵ Così Corte Cost. 6 giugno 1974, n. 160 in *GCost*, 1974, p. 960, che aveva riconosciuto ai lavoratori occupati in attività «soggette a disoccupazione stagionale» o «a normali periodi di sospensione» il diritto all'indennità di disoccupazione a prescindere dal tipo di contratto utilizzato; secondo la Corte, infatti, la disoccupazione deve considerarsi volontaria soltanto nel caso in cui il lavoratore «non si faccia parte diligente per essere avviato, nel periodo di sospensione, ad altra occupazione». In senso analogo v. Corte Cost. 29 marzo 1991, n. 132, in *RIDL*, 1992, II, p. 743, secondo cui «la disoccupazione conseguente al periodo di sosta [...] non può ritenersi volontaria per il lavoratore in conseguenza del fatto di aver volontariamente accettato quel tipo di attività, il più delle volte imposta dalle condizioni del mercato del lavoro». Cfr. anche Cass. 10 febbraio 1999, n. 1141, in *RGL*, 1999, II, p. 553. *Contra* v. però Cass. S.U. 6 febbraio 2003, n. 1732, in *MGL*, 2003, p. 271, secondo cui «la stipulazione di un contratto di lavoro a tempo parziale su base annua dipende dalla libera volontà del lavoratore contraente e perciò non dà luogo a disoccupazione involontaria, ossia indennizzabile, nei periodi di pausa»: basandosi su di un'interpretazione eccessivamente rigida del concetto di disoccupazione involontaria, le Sezioni Unite della Cassazione hanno abbracciato una concezione volontaristica del contratto di lavoro *part-time* non sempre rispondente alla realtà.

vole del fatto che non sempre l'impiego a tempo parziale è conseguenza di una scelta volontaria del lavoratore; consapevolezza, quest'ultima, che non è mai stata rinnegata nonostante il discutibile *révirement* che, in tempi più recenti, ha portato la Consulta ad escludere la possibilità per i *part-timers* verticali di beneficiare di tale ammortizzatore sociale²⁶.

L'esistenza di un nesso causale tra l'incremento del tasso di involontarietà del lavoro a tempo parziale e la crisi economica pare inoltre trovare conferma nel fatto che tale fenomeno non riguarda soltanto il nostro Paese, potendo essere osservato – pur su livelli decisamente più bassi – anche in Francia, nel Regno Unito e, in misura parzialmente diversa, in Germania²⁷; le analogie con la situazione italiana si fanno poi più marcate se si analizzano i dati di quegli Stati, come il Portogallo, la Spagna e la Grecia, nei quali la crisi economica si è presentata con una durezza paragonabile a quella con cui si è manifestata in Italia²⁸.

²⁶ Nel motivare il proprio *révirement*, la Consulta non ha infatti accolto l'interpretazione proposta dalle Sezioni Unite della Cassazione (su cui v. la nota precedente) ma ha rilevato che, diversamente dal lavoro stagionale, «nel tempo parziale verticale il rapporto di lavoro perdura anche nei periodi di sosta, assicurando al lavoratore una stabilità ed una sicurezza retributiva, che impediscono di considerare costituzionalmente obbligata una tutela previdenziale (integrativa della retribuzione) nei periodi di pausa della prestazione»: Corte Cost. 24 marzo 2006, n. 121, in *RDSS*, 2006, p. 559. L'eccezione riguardante i *part-timers* verticali è stata confermata anche dal più recente legislatore, che ha infatti escluso costoro dai beneficiari dell'assicurazione sociale per l'impiego: v. l'art. 3, comma 18, l. n. 92/2012. Sulla giurisprudenza costituzionale, fra i tanti, v.: M. CINELLI 2006, p. 559 ss.; I. MARIMPIETRI 2006, p. 206 ss.; A. PESSI 2006, p. 813 ss.; F. ROMANI 2006, p. 755 ss. Sulla giurisprudenza di legittimità cfr. A. ANDREONI 2003, p. 442 ss.; F. LISO 2005, p. 1607 ss.; A. NICCOLAI 2003, p. 275. Per una riflessione di ampio respiro su tale questione v. P. BOZZAO 2007, soprattutto p. 48 ss. e S. CAZZANTI 2007, soprattutto p. 98 ss.; cfr. anche i contributi contenuti in C. LAGALA 2004, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

²⁷ La percentuale di *part-time* involontario è passata in Francia dal 25,3% registrato nel 2001 al 30,8% del 2009, giungendo nel 2010 a toccare la soglia del 31,8%. Più contenuto è il numero di *part-time* involontari in Gran Bretagna, ove la percentuale è comunque cresciuta dal 9,2% del 2001 al 14,8% del 2009, giungendo nel 2010 a raggiungere la soglia del 16,2%. Simile è la situazione in Germania: la crescita percentuale dei *part-time* involontari ha caratterizzato il periodo compreso tra il 2001 e il 2008, passando dal 12,7 % al 23%; negli anni più recenti in tale Paese, in cui la crisi si è manifestata con minor forza, si è però registrata una lieve riduzione di coloro che dichiarano di svolgere attività a tempo parziale a causa dell'assenza di posti di lavoro a tempo pieno. Tutti i dati sono tratti dallo studio Eurostat, *Involuntary part-time employment*, cit.

²⁸ Nel 2010 la percentuale di *part-time* involontario in Portogallo era pari al 43%; in Spagna al 49,3%; la percentuale più elevata è stata raggiunta in Grecia (54,7% nel 2010). V. ancora lo studio Eurostat, *Involuntary part-time employment*, cit.

La crisi economica e le condizioni del mercato del lavoro, ad ogni modo, non possono spiegare da sole una tendenza che nel nostro Paese supera i confini temporali della crisi stessa: la percentuale di coloro che non sono soddisfatti di svolgere un lavoro a tempo parziale aveva già raggiunto livelli piuttosto elevati ben prima che la difficile congiuntura economica investisse il nostro Paese. Il moto altalenante del numero di contratti di lavoro a tempo parziale involontari stipulati in Italia nel corso dell'ultimo decennio suggerisce dunque una riflessione ulteriore: pur con tutte le dovute cautele con cui è necessario maneggiare dati statistici²⁹, sembra infatti possibile ipotizzare l'esistenza di una connessione fra i mutamenti normativi che hanno riguardato la disciplina legislativa del rapporto di lavoro a tempo parziale e la variazione del tasso di involontarietà registrato. Non può in effetti sfuggire che proprio negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2000 si è verificata una riduzione di quattro punti percentuali di tale tasso³⁰, tasso che ha subito poi una nuova impennata verso l'alto dopo che il testo normativo è stato modificato ad opera del d.lgs. n. 276/2003³¹.

Incrociando i dati statistici con la storia normativa del *part-time* sembra dunque possibile sostenere che il legislatore del 2000 aveva saputo intercettare, almeno in parte, la domanda di lavoro flessibile avanzata da lavoratori interessati ad una migliore conciliazione fra tempi di lavoro e tempi sociali, predisponendo strumenti capaci di garantir loro la possibilità di effettuare scelte genuinamente volontarie³²: basti pensare all'attribuzione ai *part-timers* di un diritto di precedenza in caso di nuove assunzioni a tempo pieno (art. 5, comma

²⁹ Le statistiche, infatti, «meritano di essere prese con le molle. Non perché i dati statistici, come tali, siano veri o falsi: dopo tutto essi si esprimono col linguaggio, di per sé neutro, delle cifre, trattandosi soltanto di percentuali, numeri messi in fila l'uno dopo l'altro. Vere o false, convincenti o scorrette, piuttosto, possono essere le letture che se ne danno, ove improntate a un lineare meccanicismo, privo di adeguati filtri interpretativi»: così M. ROCCELLA 2006a, p. 61.

³⁰ La percentuale di *part-timers* involontari è infatti passata dal 37,7% del 2001 al 34,2% registrato nel 2002; il tasso di involontarietà si è poi ridotto ulteriormente nel 2003, scendendo al 33,3%. V. lo studio Eurostat, *Involuntary part-time employment*, cit.

³¹ A partire dal 2004, nel nostro Paese il tasso di *part-time* involontari è andato incontro ad un progressivo aumento: in particolar modo, dal 33,3% segnato nel 2003 si è passati al 36% nel 2004 e al 39,8% nel 2005.

³² È bene però ricordare che, oltre a prestare attenzione alle esigenze dei lavoratori, il legislatore aveva ritenuto che «non vi fosse alcuna ragione di strozzare il bambino nella culla, [...] respingendo senza appello le richieste di maggiore flessibilità sostenute dalle imprese e che pure avrebbero potuto essere soddisfatte senza controindicazioni troppo gravi da molti lavoratori»: M. ROCCELLA 2006a, p. 67.

2, d.lgs. n. 61/2000)³³; oppure, in modo speculare, all'obbligo per il datore di lavoro che intendesse procedere a nuove assunzioni a tempo parziale di prendere in considerazione le domande di trasformazione del rapporto avanzate dai dipendenti a tempo pieno, obbligo corredato da un dovere di motivazione in caso di diniego della domanda (art. 5, comma 3). Se il diritto di precedenza mirava a permettere ai *part-timers* involontari di fuoriuscire da una condizione lavorativa considerata insoddisfacente, quest'ultima disposizione era finalizzata a meglio intercettare la domanda di orario ridotto effettivamente avanzata dai lavoratori: benché ai dipendenti fosse riconosciuto non un diritto al passaggio a tempo parziale ma la mera presa in considerazione della richiesta, il terzo comma dell'art. 5 costituiva infatti un utile strumento al fine di meglio contemperare le istanze di flessibilità organizzativa e le esigenze dei lavoratori alla conciliazione fra tempi di lavoro e tempi di vita.

Le modifiche successivamente apportate a tali disposizioni³⁴ hanno

³³ La versione originale di tale norma stabiliva infatti che «in caso di assunzione di personale a tempo pieno il datore di lavoro è tenuto a riconoscere un diritto di precedenza in favore dei lavoratori assunti a tempo parziale in attività presso unità produttive site entro 100 km dall'unità produttiva interessata dalla programmata assunzione, adibiti alle stesse mansioni od a mansioni equivalenti rispetto a quelle con riguardo alle quali è prevista l'assunzione, dando priorità a coloro che, già dipendenti, avevano trasformato il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale». Tale norma teneva inoltre in particolare considerazione le esigenze familiari o professionali dei lavoratori, stabilendo che, «a parità di condizioni, il diritto di precedenza nell'assunzione a tempo pieno [potesse] essere fatto valere prioritariamente dal lavoratore con maggiori carichi familiari; secondariamente si [sarebbe dovuto tener] conto della maggiore anzianità di servizio, da calcolarsi comunque senza riproporzionamento in ragione della pregressa ridotta durata della prestazione lavorativa».

³⁴ Per una ricostruzione delle numerose modifiche legislative che nell'ultimo decennio hanno riguardato il *part-time* v. soprattutto M. BROLLO 2009, p. 1177 ss., e V. LECCESE 2008, p. 475 ss. Per l'esegesi dell'originario del d.lgs. n. 61/2000 v., fra i tanti, V. BAVARO 2001a, p. 173 ss. e 2001b, p. 28 ss; gli scritti raccolti in BIAGI M. 2000; G. BOLEGO 2000b, p. 437; M. PAPALEONI 2000, p. 207 ss.; V. PINTO 2002, p. 275 ss.; M. ROCCELLA 2000a, soprattutto p. 352 ss. e Id. 2000b, p. 71 ss. Sulle modifiche varate dal d.lgs. n. 273/2003 si rinvia in particolar modo a F. BANO 2005, p. 295 ss.; V. BAVARO 2004a, p. 397 ss.; M. BROLLO 2004, p. 117 ss. e EAD. 2007, p. 1301 ss.; B. CARUSO 2003; R. DEL PUNTA 2004b, p. 469 ss.; L. FIORILLO 2007, p. 620; M. PAPALEONI 2004; S. SCARPONI 2004a, p. 153 e EAD. 2004c, p. 554 ss.; M. TIRABOSCHI 2003, p. 47 ss.; R. VOZA 2004, p. 237 ss. Per un commento alle innovazioni introdotte con la successiva l. n. 247/2007 v. C. ALESSI 2008, p. 21 ss.; F.R. GRASSO 2008, p. 126 ss.; P. PASSALACQUA 2011, p. 953 ss.; I. PICCININI 2008, p. 465 ss.; F.M. PUTATURO DONATI 2008, p. 71 ss. In tempi recenti, il lavoro a tempo parziale è stato oggetto di due nuovi interventi legislativi, ad opera dapprima dell'art. 22, comma 4, della l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità per il 2012) e, da ultimo, dell'art. 1, comma 20, della l. 28 giugno 2012, n. 92: per un primo commento alle modifiche apportate v. M. BROLLO 2012, p. 120 ss.; M.R. GHEIDO, F.

però «oscurat[o] la funzione di conciliazione a vantaggio delle esigenze imprenditoriali di flessibilità della prestazione lavorativa»³⁵. Non di poco conto è stata l'eliminazione, avvenuta ad opera del d.lgs. n. 276/2003, dell'obbligo per il datore di lavoro di motivare l'eventuale rifiuto opposto alla richiesta di trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale³⁶: benché l'obbligo di giustificare tale rifiuto continui a sussistere, potendo trovare fondamento nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede³⁷, tale cambiamento è infatti indice della volontà del legislatore di sancire la prevalenza delle esigenze organizzative del datore di lavoro sull'interesse del lavoratore³⁸.

Ancora più chiaro è, inoltre, il filo rosso che lega l'eliminazione della prelazione a cui avevano diritto i *part-timers* in caso di nuove assunzioni a tempo pieno con l'incremento del tasso di involontarietà dei rapporti di lavoro a tempo parziale: privato della sua base legale dal d.lgs. n. 276/2003, il diritto di precedenza è ormai ridotto ad «una caricatura di se stesso»³⁹, dal momento che la sua sussistenza è oggi condizionata alle eventuali – ed altamente improbabili, vista l'ostilità manifestata in proposito dal mondo imprenditoriale – determinazioni del contratto individuale di lavoro⁴⁰. Una toppa, certa-

CASOTTI 2011, p. 2804; P. RAUSEI, R. SCOLASTICI 2012, p. 138 ss.; cfr. anche A. OCCHINO 2012, p. 191. Sui più recenti interventi legislativi v. comunque *infra*, nel testo.

³⁵ R. SANTUCCI 2007, p. 589.

³⁶ V. l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 61/2000 così come modificato dall'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 276/2003.

³⁷ Così R. DEL PUNTA 2004b, p. 519. In senso analogo v. anche S. BRUN 2011, p. 268 s., che ricorda che «è principio assodato che l'inesistenza di un'espressa previsione legislativa in ordine al dovere di giustificare gli atti di gestione del rapporto non preclude l'accertamento, *a posteriori*, da parte del giudice, in ordine alla sussistenza di ragioni idonee a giustificare l'adozione degli atti stessi». *Contra* invece R. VOZA 2004, p. 251, secondo cui la modifica in questione rimette la trasformazione del rapporto «al mero arbitrio datoriale [...] al di fuori di qualunque sindacabilità giudiziale delle scelte imprenditoriali».

³⁸ Nei confronti di determinate categorie di lavoratori è però garantita una maggiore attenzione: l'art. 12 *bis* (introdotto dall'art. 1, comma 44, l. n. 247/2007) riconosce infatti il diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in uno a tempo parziale ai lavoratori affetti da patologie oncologiche, precisando che il rapporto di lavoro deve essere trasformato nuovamente a tempo pieno a richiesta del lavoratore. La medesima norma riconosce inoltre il diritto di precedenza nel passaggio da *full-time* a *part-time* nel caso in cui la patologia oncologica riguardi il coniuge, i figli o i genitori del lavoratore e per i lavoratori con figlio convivente di età non superiore ai tredici anni o con figlio convivente portatore di *handicap*.

³⁹ M. ROCCELLA 2010d, p. 167.

⁴⁰ V. l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 61/2000, modificato dall'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 276/2003. Così come formulata, tale previsione risulta oltretutto pleonastica: è chiaro che, anche in sua assenza, nel contratto individuale di lavoro potrebbe ugual-

mente troppo piccola rispetto all'ampiezza del buco venutosi a creare, è stata posta dalla l. n. 247/2007: il nuovo art. 12 *ter* del d.lgs. n. 61 ha infatti ripristinato la prelazione per i soli lavoratori che abbiano precedentemente trasformato il rapporto a tempo pieno in un rapporto a tempo parziale⁴¹. L'esclusione di coloro che abbiano fin dall'inizio sottoscritto un contratto a tempo parziale dalla possibilità di beneficiare della prelazione ha certamente inficiato la capacità della novella del 2007 di contrastare il fenomeno dell'involontarietà del *part-time*: come emerge dai già citati dati Eurostat, il tasso di involontarietà ha infatti continuato a crescere anche successivamente a tale intervento legislativo.

Sulla perdita di capacità del lavoratore di effettuare una scelta genuinamente volontaria ha poi senz'altro inciso la progressiva eliminazione anche di altri strumenti un tempo predisposti a garanzia della scelta del dipendente. La versione originaria dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 61 stabiliva infatti che la trasformazione del rapporto di lavoro *full-time* in un rapporto *part-time* dovesse risultare da «atto scritto, redatto su richiesta del lavoratore con l'assistenza di un componente della rappresentanza sindacale aziendale indicato dal lavoratore medesimo o, in mancanza di rappresentanza sindacale aziendale nell'unità produttiva, convalidato dalla direzione provinciale del lavoro competente per territorio». Al fine di salvaguardare l'effettiva volontarietà della scelta del lavoratore, il legislatore aveva dunque subordinato la legittimità del patto di trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* a *part-time* al rispetto di alcune condizioni, tali da non tradursi però in ostacoli di natura giuridica o amministrativa allo sviluppo del lavoro a tempo parziale vietati dalla direttiva comunitaria n. 1997/81⁴². È chiaro, infatti, che il rispetto dell'obbligo

mente essere inserita la clausola contenente il diritto di precedenza. Sui mutamenti legislativi apportati alla norma in questione v. S. BRUN 2011, p. 261 ss.

⁴¹ Oltre ad aver limitato il diritto di precedenza nei confronti dei soli lavoratori che abbiano precedentemente trasformato il rapporto *full-time* in un rapporto *part-time*, l'art. 12 *ter* non ha più riproposto i criteri di priorità previsti dalla versione originaria dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 61/2000, stando ai quali, in caso di conflitto fra *part-timers* aspiranti al tempo pieno, veniva data precedenza a coloro che avessero maggiori carichi familiari o una più elevata anzianità di servizio. Sul diritto di precedenza per il ritorno al tempo pieno v. V. LECCESE 2008, p. 488 ss.; cfr. anche M. BROLLO 2009, p. 1213 ss.

⁴² La clausola 5.1, lettera *a*, dell'accordo quadro recepito nella direttiva n. 1997/81 stabilisce infatti che gli Stati membri «dovrebbero identificare ed esaminare gli ostacoli di natura giuridica o amministrativa che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale e, se del caso, eliminarli»; analogo suggerimento, per quanto di loro competenza, è rivolto anche alle parti sociali dalla lettera *b*, della medesima clausola. Tale disposizione, pensata dalle parti sociali europee «in chiave meramente pro-

dell'assistenza sindacale del lavoratore o la necessità di far convalidare dalla direzione provinciale del lavoro l'accordo di trasformazione – e non anche la stipulazione *ex novo* di un contratto di lavoro a tempo parziale – non costituivano «un'importante remora»⁴³ alla scelta di tale tipologia contrattuale: in capo al datore di lavoro non era infatti posto nessun aggravio tale da sconsigliare il ricorso al *part-time*⁴⁴. Ciononostante, due successivi interventi legislativi hanno provveduto ad eliminare entrambi i requisiti: il d.lgs. n. 276/2003 già aveva segnato il venir meno nella necessaria assistenza del lavoratore interessato da parte di un componente della Rsa⁴⁵; con la legge di stabilità per il 2012, poi, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia, non rendendo più necessaria neppure la residua condizione della con-

grammatica», è stata poi convertita dalla Corte di giustizia «in dovere di astensione immediatamente opponibile allo Stato membro» (S. GIUBBONI 2011, p. 280): sulla giurisprudenza della Corte v. *infra*, note seguenti.

⁴³ L'espressione è tratta dalla sentenza della Corte di giustizia 10 giugno 2010, cause C-395/08 e C-396/08, *Bruno e altri*, in *Racc.*, 2010, p. 5119, punto 76 della motivazione. Con tale pronuncia la Corte ha chiarito che l'esclusione dei periodi non lavorati dal calcolo dell'anzianità contributiva necessaria per acquisire il diritto alla pensione «instaura una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo parziale di tipo verticale ciclico e lavoratori a tempo pieno e, pertanto, viola il principio di non discriminazione enunciato dalla clausola 4 dell'accordo quadro». Secondo la Corte, inoltre, «la combinazione di tali elementi tende a rendere meno interessante il ricorso al lavoro a tempo parziale [...], se non anche a dissuadere [e i lavoratori] dall'esercitare la loro attività lavorativa secondo una tale modalità, in quanto una siffatta scelta porta a differire nel tempo la data di acquisizione del loro diritto alla pensione in una proporzione uguale a quella della riduzione del loro orario di lavoro rispetto a quello di lavoratori a tempo pieno comparabili» (punti 79 e 80 della motivazione).

⁴⁴ In passato la Corte ha invece ritenuto contrastante con la clausola in parola una normativa che, come quella italiana, esigeva «la notifica all'amministrazione di una copia dei contratti di lavoro a tempo parziale entro il termine di 30 giorni successivi alla loro stipulazione» (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 61/2000, che già prima della pronuncia della Corte era però stato modificato dall'art. 85, comma 2, d.lgs. n. 276/2003). Secondo i giudici di Lussemburgo, infatti, «l'abbinamento di tale formalità amministrativa e del [...] regime di sanzioni contribui[va] a dissuadere i datori di lavoro dal ricorrere al lavoro a tempo parziale»: ragione per cui il legislatore italiano, al fine di perseguire il dichiarato scopo di «combattere il lavoro nero e di informare l'amministrazione delle prassi dei datori di lavoro», avrebbe dovuto adottare «misure meno onerose». Così Corte di giustizia 24 aprile 2008, cause riunite C-55/07 e 56/07, *Michaeler*, in *Racc.*, 2008, p. 3135, punti 26 e 28 della motivazione. La questione degli ostacoli allo sviluppo del *part-time* è stata nuovamente presa in esame nell'ordinanza Corte di giustizia 7 aprile 2011, causa C-151/10, *Dai Cugini*, non ancora pubblicata in *Racc.*; sulla giurisprudenza della Corte v. C. FALERI 2008, p. 738 ss.; S. GIUBBONI 2011, p. 280 s.; M. AIMO 2012a, p. 155 (soprattutto nota 26); M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 244.

⁴⁵ L'art. 5 del d.lgs. n. 61/2000 era stato infatti riscritto ad opera dell'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003.

valida amministrativa del patto⁴⁶. L'eliminazione anche di quest'ultimo elemento certo non ha facilitato la diffusione del lavoro a tempo parziale su base volontaria, così come invece auspicato dalla direttiva. Piuttosto, eliminando una disposizione finalizzata a riequilibrare il rapporto contrattuale e rafforzare la posizione soggettiva del lavoratore, il recente intervento legislativo pare aver reso assai meno difficoltoso per il datore di lavoro convincere il dipendente ad accettare il passaggio al tempo parziale anche qualora questo non corrisponda alle sue esigenze.

Fra le possibili ragioni dell'impennata verso l'alto della curva relativa al tasso di involontarietà del lavoro *part-time* negli anni successivi al 2003 pare aver giocato un ruolo decisivo anche il depotenziamento o, in taluni casi, la radicale eliminazione delle misure che originariamente erano state poste a garanzia delle condizioni personali dei lavoratori e soprattutto delle lavoratrici che avessero accettato impieghi a tempo parziale. Tenendo conto che le potenzialità conciliative del lavoro *part-time* diminuiscono in modo proporzionalmente inverso all'aumento dal grado di disponibilità alle esigenze delle imprese, il legislatore del 2000 aveva predisposto un sistema normativo di «rigidità [...] a struttura flessibile»⁴⁷, introducendo strumenti volti a garantire l'accettazione effettivamente volontaria di moduli orari particolarmente elastici: strumenti dei quali il testo normativo attualmente vigente è in parte privato.

La portata del requisito del consenso del lavoratore, ad esempio, risulta oggi largamente depotenziata: mentre nella versione originaria del decreto lo svolgimento di lavoro supplementare presupponeva sia la preventiva autorizzazione della contrattazione collettiva⁴⁸ che il consenso del lavoratore interessato, in seguito alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 276/2003 quest'ultimo è ora necessario soltanto nel caso

⁴⁶ V. l'art. 22, comma 4, della l. n. 183/2011, che ha modificato l'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 61/2000. Per una prima analisi di tale disposizione v. M.R. GHEIDO, A. CASOTTI 2011, p. 2804.

⁴⁷ G. BOLEGO 2000b, p. 459.

⁴⁸ Art. 3, commi 2 e 3, della versione originaria del d.lgs. n. 61/2000. A tal proposito è bene ricordare che – per poter beneficiare delle forme di organizzazione flessibile dell'orario – il datore di lavoro doveva applicare integralmente il contratto collettivo nazionale o territoriale in questione: confermando la linea di tendenza già adottata alcuni anni prima in materia di lavoro temporaneo (v. l'art. 1, comma 2, lettera a, l. n. 196/1997), il legislatore aveva in tal modo incentivato le imprese ad aderire a quegli accordi collettivi i cui attori dessero garanzie di affidabilità, considerando le sole imprese interne al sistema della contrattazione collettiva meritevoli di usufruire delle risorse di flessibilità messe a disposizione del sistema medesimo. Per una riflessione sui criteri di selezione degli agenti negoziali legittimati ad intervenire che erano stati adottati dal legislatore del 2000 v. *supra*, cap. II, § 4.1.

in cui la prestazione supplementare non sia prevista e regolamentata nel contratto collettivo (art. 3, comma 3).

Il «doppio filtro preventivo»⁴⁹ ha subito numerosi scossoni anche in materia di clausole elastiche e flessibili: se originariamente la possibilità di variare la collocazione della prestazione lavorativa⁵⁰ era subordinata all'autorizzazione da parte dei contratti collettivi applicati dal datore di lavoro interessato e al consenso scritto del lavoratore (art. 3, commi 7 e 9, del d.lgs. n. 61), il legislatore del 2003 aveva viceversa stabilito che «in assenza di contratti collettivi datore di lavoro e prestatore di lavoro [potevano] concordare direttamente l'adozione di clausole elastiche o flessibili» (art. 8, comma 2 *ter*⁵¹). Un ruolo essenziale alle parti sociali era stato successivamente restituito dalla l. n. 247/2007: oltre ad aver riformulato l'art. 3, comma 7, affidando ai contratti collettivi la possibilità di stabilire clausole elastiche e flessibili (v. l'art. 1, comma 44, lettera *a*) e ad aver innalzato da due a cinque giorni il termine di preavviso che deve essere riconosciuto al lavoratore prima del mutamento di orario (v. l'art. 1, comma 44, lettera *b*), tale novella aveva abrogato l'art. 8, comma 2 *ter* (v. l'art. 1, comma 44, lettera *c*). Parte delle modifiche apportate sono però state cancellate con un colpo di spugna dalla legge di stabilità per il 2012, il cui art. 22, comma 4, ha abrogato le lettere *a* e *b* del comma 44 dell'art. 1 della l. n. 247. Dalla data di entrata in vigore di tale testo normativo ha dunque riacquisito efficacia la previgente versione del comma 7 dell'art. 3 del d.lgs. n. 61, risultante dall'intervento normativo del 2003, secondo cui le clausole elastiche e flessibili possono essere concordate dalle «parti del contratto di lavoro a tempo parziale»; ripristinando anche la vecchia versione del comma 8 dell'art. 3, la medesima norma ha inoltre ridotto nuovamente a due giorni il periodo di preavviso che deve essere dato al lavoratore.

La regolamentazione delle clausole elastiche e flessibili è dunque

⁴⁹ M. BROLLO 2002, p. 749.

⁵⁰ La collocazione della prestazione lavorativa poteva essere variata nel caso in cui le parti del rapporto di lavoro avessero sottoscritto quelle che un tempo erano conosciute come clausole elastiche. Com'è noto, la versione originaria del d.lgs. n. 61/2000 precludeva invece la possibilità di modificare unilateralmente anche la durata della prestazione. In seguito alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 276/2003, la normativa attualmente vigente ammette invece sia le clausole «relative alla variazione della collocazione temporale della prestazione» lavorativa (oggi denominate clausole flessibili), che – nei soli rapporti di lavoro a tempo parziale verticale e misto – le clausole «relative alla variazione in aumento della durata della prestazione lavorativa» (clausole elastiche): v. art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/2000.

⁵¹ Tale norma era stata introdotta dall'art. 46, comma 1, l. n. 247/2003.

il frutto di continui ripensamenti del legislatore⁵², che è intervenuto in materia operando un confuso *collage* di disposizioni diverse che certo non agevola l'opera dell'interprete. Dalla lettura del caotico testo normativo risultante, ad ogni modo, non pare possibile trarre la conclusione secondo cui il sistema della c.d. doppia chiave sarebbe stato nuovamente abbandonato. Nonostante il nuovo dettato legislativo abbia in parte recuperato il testo normativo del 2003, pare infatti possibile sostenere che la stipulazione di clausole elastiche o flessibili continui ad essere subordinata alla preventiva autorizzazione delle parti sociali, ciò non soltanto perché l'art. 3, comma 7, continua a stabilire che le condizioni e modalità del patto di elasticità sono dettate dai contratti collettivi, affidando così a questi ultimi il compito di definire sia l'*an* che il *quomodo* del ricorso alle clausole in questione; ma soprattutto perché se il legislatore avesse voluto rimettere nelle mani della sola autonomia individuale la possibilità di stipulare tale patto, avrebbe abrogato anche la lettera *c* dell'art. 1, comma 44, l. n. 247: lettera che, come si è visto, a sua volta abrogava quella disposizione che prevedeva espressamente la possibilità per le parti individuali del rapporto di lavoro di stipulare patti di elasticità in assenza di contratti collettivi (art. 8, comma 2 *ter*, d.lgs. n. 61/2000)⁵³.

Ad ogni modo, al di là delle alterne sorti del sistema della c.d. doppia chiave, l'elemento che ha probabilmente inciso in modo più netto sulla perdita di capacità dei lavoratori di effettuare scelte genuinamente volontarie pare essere l'eliminazione nel 2003 del c.d. diritto di ripensamento garantito inizialmente a coloro che avessero sottoscritto clausole relative al cambiamento dalla collocazione dell'orario originariamente pattuita: tenendo conto che la disponibilità del singolo alla flessibilità dell'orario può mutare durante lo svolgimento del rapporto di lavoro e che la sua volontà può essere oggetto di pressioni da parte del datore di lavoro (specie quando le forme di

⁵² Per una ricomposizione dei numerosi mutamenti normativi intervenuti in materia di clausole elastiche e flessibili continua ad essere utile il saggio di V. LECCESE 2008, p. 477 ss., pur naturalmente non aggiornato ai più recenti sviluppi.

⁵³ Tale interpretazione è accolta, seppur con una sintetica argomentazione, anche da M. BORALI 2012, p. 62. Diversa è però l'opinione della dottrina maggioritaria: v. a tal proposito M. BROLLO 2012, p. 120; M.R. GHEIDO, A. CASOTTI 2011, p. 2804; M. MAGNANI 2012b, p. 10; P. RAUSEI, R. SCOLASTICI 2012, p. 141; A. VALLEBONA 2012, p. 29. In tal senso v. anche A. OCCHINO 2012, p. 191, secondo cui «in diritto *libertas silentium legis*». Abbracciando tale diversa lettura del testo, l'autrice non riesce però a spiegare le ragioni della mancata abrogazione della lettera *c* dell'art. 1, comma 44, l. n. 247/2007: in questa logica, infatti, il mancato ripristino dell'art. 8, comma 2 *ter*, «non è chiaro» (p. 190).

flessibilità organizzativa siano concordate in sede di assunzione), l'originaria versione dell'art. 3, comma 10, del decreto aveva infatti riconosciuto ai dipendenti – in presenza di documentate ragioni e nel rispetto delle modalità dettate dalla legge⁵⁴ – la possibilità di «denunciare» il patto di elasticità, ottenendo che il rapporto continuasse secondo l'orario pattuito nel contratto di lavoro. Oltre ad essere posto a garanzia della genuinità e della persistenza nel tempo del consenso del lavoratore, tale diritto era funzionale ad evitare che la disciplina del *part-time* producesse effetti indirettamente discriminatori nei confronti delle donne: è noto, infatti, che l'obiettivo di conciliare le responsabilità familiari con lo svolgimento di un'attività lavorativa retribuita – che induce specie le donne ad accettare rapporti di lavoro a tempo parziale – risulta compromesso in presenza di forme troppo flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa, soprattutto qualora tale flessibilità sia irreversibile. Privato il testo normativo dell'ago della bilancia posto originariamente per riequilibrare i rapporti di forza fra lavoratore e datore⁵⁵, il legislatore del 2003 aveva dunque delineato un modello di «flessibilità temporale di cui astrattamente [potevano] avvantaggiarsi entrambe le parti del contratto, ma che nei fatti mostra[va] una ben scarsa considerazione nei confronti delle esigenze del lavoratore»⁵⁶.

⁵⁴ Dopo almeno cinque mesi dalla sottoscrizione e nel rispetto di almeno un mese di preavviso in favore del datore di lavoro, il patto di elasticità poteva essere denunciato in forma scritta qualora vi fossero esigenze di carattere familiare o di tutela della salute, qualora il dipendente dovesse svolgere altra attività lavorativa subordinata o autonoma oppure in presenza di altre ragioni obiettive individuate dai contratti collettivi (art. 3, comma 10, d.lgs. n. 61/2000, poi abrogato dall'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 276/2003). Se tale disposizione era stata considerata da alcuni come un ostacolo alla gestione flessibile del *part-time* (così A. VALLEBONA 2000, p. 492 ss.; A. REALE 2000, p. 1273), altri non avevano mancato di considerare la norma in questione eccessivamente rigida: v. in tal senso V. BAVARO 2001a, p. 184 secondo cui le esigenze indicate erano difficilmente documentabili; secondo l'autore (ID. 2000, p. 307), infatti, non era chiaro «come [fosse] possibile documentare le esigenze di carattere familiare ovvero la necessità di attendere ad altra attività lavorativa subordinata o autonoma» dal momento che molte di queste ragioni sarebbero «obiettivamente non documentabili». È bene però sottolineare che il diritto di ripensamento era «subordinato solo alla documentazione dell'esistenza di una delle esigenze previste dalla legge ma non anche alla prova delle stesse, in caso di contestazione da parte del datore di lavoro»: così C. ALESSI 2001, p. 79. Per un giudizio nettamente positivo sul diritto di ripensamento v. V. LECCESE 2008, p. 485, secondo cui tale disposizione costituiva il «vero strumento per bilanciare [...] i contrapposti interessi» di datore e lavoratore; in senso analogo v. M. ROCCELLA 2000b, p. 74 s.; S. SCARPONI 2004a, p. 158; EAD. 2004b, p. 10.

⁵⁵ Il diritto di ripensamento è stato abrogato dall'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 276/2003.

⁵⁶ F. BANO 2009, p. 246.

La situazione è però in parte cambiata in seguito all'entrata in vigore della l. 28 giugno 2012, n. 92, varata dal Governo Monti. Tale normativa incide infatti anche sulla disciplina del lavoro a tempo parziale, riconoscendo la facoltà di revocare il consenso precedentemente prestato a modalità elastiche o flessibili di svolgimento del rapporto di lavoro a coloro che siano portatori di esigenze conciliative di rilievo particolare: lavoratori affetti da patologie oncologiche o il cui coniuge, figli o genitori siano affetti da tali malattie, dipendenti aventi un figlio convivente di età non superiore agli anni tredici o un figlio convivente portatore di *handicap*⁵⁷, lavoratori studenti⁵⁸ (art. 1, comma 20). La medesima disposizione, inoltre, si propone di garantire una tutela piuttosto robusta anche a coloro che non rientrino nelle predette categorie, affidando però in questo caso alla contrattazione collettiva nazionale, territoriale o aziendale il dovere di bilanciare esigenze dei lavoratori e interessi imprenditoriali⁵⁹: spetta dunque alle parti sociali l'obbligo (e non la mera facoltà) di prevedere «condizioni e modalità che consentono al lavoratore di richiedere l'eliminazione ovvero la modifica delle clausole flessibili e delle clausole elastiche»⁶⁰. Il legislatore più recente sembra dunque aver preso finalmente coscienza della necessità di garantire ai lavoratori la possibilità di variare la propria disponibilità ad un'organizzazione flessibile del tempo di lavoro a seconda del mutare delle proprie esigenze: nelle mani dei lavoratori è stato così riconsegnato – sebbene con la me-

⁵⁷ V. art. 1, comma 20, lettera *b*, l. n. 92/2012, che nell'individuare i soggetti titolari del diritto di ripensamento fa riferimento all'articolo 12 *bis* del d.lgs. n. 61/2000. Su tale intervento normativo v. M. BROLLO 2012, p. 120 ss.; P. RAUSEI, R. SCOLASTICI 2012, p. 138 ss.

⁵⁸ L'art. 1, comma 20, lettera *b*, della l. n. 92/2012 richiama infatti l'art. 10, primo comma, dello Statuto dei lavoratori, secondo cui «i lavoratori studenti, iscritti e frequentanti corsi regolari di studio in scuole di istruzione primaria, secondaria e di qualificazione professionale, statali, pareggiate o legalmente riconosciute o comunque abilitate al rilascio di titoli di studio legali, hanno diritto a turni di lavoro che agevolino la frequenza ai corsi e la preparazione agli esami e non sono obbligati a prestazioni di lavoro straordinario o durante i riposi settimanali».

⁵⁹ L'art. 1, comma 20, lettera *a*, della l. n. 92/2012 ha introdotto un nuovo punto 3 *bis* all'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 61/2000: il compito di prevedere il diritto di ripensamento spetta dunque ai contratti collettivi «stipulati dai soggetti indicati nell'articolo 1, comma 3», cioè i «contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali [...] ovvero dalle rappresentanze sindacali unitarie».

⁶⁰ V. l'art. 1, comma 20, lettera *a*, della l. n. 92/2012. Del resto, anche la versione originaria del d.lgs. n. 61/2000 subordinava la possibilità di denunciare il patto di elasticità alla presenza di determinate condizioni, un tempo previste però direttamente dalla legge: v. *supra*, nota 54.

diazione della fonte collettiva⁶¹ – l'importante diritto che era stato sottratto loro.

2.1. *Le misure a tutela della volontarietà del part-time previste dalle parti sociali*

La necessità – in parte sottovalutata dalla fonte legislativa – di garantire una migliore «flessibilità ed articolazione della prestazione lavorativa», agevolando «la soluzione di problemi di carattere sociale per i lavoratori e organizzativi per le aziende» è generalmente tenuta in maggiore considerazione dalle parti sociali⁶². Non di rado i contratti collettivi si impegnano infatti a promuovere la valorizzazione e la diffusione del rapporto di lavoro a tempo parziale proprio al fine di permettere la conciliazione fra tempi di lavoro e tempi di vita. Non casuale è dunque la scelta operata da alcuni accordi collettivi di tenere in vita la sostanza degli aspetti più significativi della normativa del 2000, attribuendo particolare rilievo alle esigenze personali e familiari dei lavoratori sia per quanto attiene ai diritti di precedenza nella trasformazione di un rapporto a tempo pieno in uno a tempo parziale e viceversa, sia per quanto riguarda la modificazione della durata e della collocazione della prestazione lavorativa. Non sono pochi, infatti, i casi in cui l'autonomia collettiva prevede misure analoghe o simili a quelle un tempo dettate direttamente dalla fonte legale⁶³: misure attraverso le quali le parti sociali tentano di contenere, almeno in piccola parte, gli effetti potenzialmente più negativi derivanti dai continui rimaneggiamenti della normativa operati dal legislatore.

⁶¹ Proprio nella scelta del legislatore di affidare alle parti sociali il compito di prevedere il diritto di ripensamento, G. DE SIMONE 2012, p. 600, ravvisa una «criticabile mancanza di coraggio (o forse una mancanza di consenso di una parte della «strana maggioranza» di questo Governo)».

⁶² Le citazioni nel testo sono tratte dal Ccnl per i dipendenti delle industrie tessili e dell'abbigliamento sottoscritto il 9 luglio 2010 (art. 41). In senso analogo cfr. anche il Ccnl per gli addetti all'industria delle calzature (art. 24, parte I, del Ccnl sottoscritto il 14 giugno 2010), il Ccnl per i dipendenti delle aziende esercenti l'attività di lavanderia industriale (art. 48 del Ccnl sottoscritto il 17 dicembre 2007, rinnovato il 15 dicembre 2009) e il Ccnl per il settore creditizio (art. 31 del Ccnl sottoscritto l'8 dicembre 2007, rinnovato il 19 gennaio 2012).

⁶³ La scelta delle parti sociali di mantenere gli aspetti più significativi del testo normativo del 2000 è indice del fatto che tale testo normativo aveva cercato di individuare un punto di equilibrio «socialmente equo» fra le contrapposte esigenze imprenditoriali e dei lavoratori: M. ROCCELLA 2006a, p. 69. Per un'analisi delle disposizioni in tema di *part-time* introdotte dalla contrattazione collettiva v. S. COSTANTINI 2009, p. 132 ss.; E. PIETANZA 2009, p. 140; cfr. anche A. DI STASI 2009, p. 229 s.

Significativa, in particolar modo, risulta la scelta del contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici – dettata dalla volontà di contrastare il fenomeno del lavoro a tempo parziale involontario – di continuare a garantire ai *part-timers* il diritto di precedenza in caso di nuove assunzioni a tempo pieno⁶⁴: scelta, questa, tutt'altro che frequente e che merita perciò particolare apprezzamento, benché il diritto garantito ai lavoratori dalle parti sociali non abbia una portata del tutto identica a quella un tempo prevista dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 61. Il contratto collettivo in questione sottopone infatti la prelazione a due condizioni: stabilendo innanzitutto che il diritto sussiste «a parità di mansioni» e non anche qualora le mansioni svolte dal *part-timers* siano equivalenti a quelle con riguardo alle quali è prevista un'assunzione a tempo pieno; e precisando che il diritto di precedenza opera «fatte salve le esigenze tecnico-organizzative». Quest'ultima condizione, ad ogni modo, deve essere interpretata non come una restrizione della portata del diritto di precedenza, ma come criterio di scelta dei rapporti di lavoro da convertire in via prioritaria qualora le richieste di trasformazioni siano maggiori rispetto ai posti da coprire⁶⁵.

Non mancano poi casi in cui le parti sociali si sono preoccupate di agevolare il passaggio dei lavoratori da rapporti di lavoro a tempo pieno a rapporti a tempo parziale, prevedendo la possibilità di instaurare *part-time* temporanei capaci di rispondere a specifiche esigenze dei dipendenti. È il caso, ad esempio, del contratto collettivo per l'industria del turismo, che consente la trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* a *part-time* per un periodo predeterminato, compreso tra un minimo di sei mesi ed un massimo di ventiquattro mesi, al termine del quale il lavoratore torna, automaticamente, a prestare la propria attività a tempo pieno⁶⁶. Il medesimo contratto

⁶⁴ V. art. 4, sezione IV, titolo I, del Ccnl dei metalmeccanici, sottoscritto il 20 gennaio 2008.

⁶⁵ Così M. AIMO 2010, p. 227; nello stesso senso, in relazione all'identica previsione contrattuale del 1994, V. PINTO 1999, p. 137.

⁶⁶ Art. 44 del Ccnl del turismo (industria) sottoscritto il 9 luglio 2010. La possibilità di ottenere un *part-time* temporaneo è prevista anche dalla contrattazione di secondo livello: v. ad esempio l'accordo integrativo Adecco, sottoscritto il 18 ottobre 2010, che – nel titolo II, rubricato «azioni positive e conciliazione tempi di vita e di lavoro» – disciplina il *part-time* post maternità: secondo tale disposizione «la società si dichiara disponibile nei confronti delle lavoratrici assunte a tempo pieno indeterminato e fino al compimento del diciottesimo mese d'età del bambino, alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale, valutando le esigenze di carattere tecnico, organizzativo e produttivo che fossero ostative. La trasformazione a tempo parziale sarà riconosciuta per una durata iniziale non inferiore a mesi sei. Compiuto il diciottesimo mese d'età del bambino, la società dichiara la propria di-

ammette inoltre la possibilità di *part-time* di durata indeterminata, prevedendone in questo caso la «reversibilità [...] in relazione alle esigenze aziendali e quando sia compatibile con le mansioni svolte e/o da svolgere, ferma restando la volontarietà delle Parti»⁶⁷. Si tratta di disposizioni apprezzabili, alle quali va riconosciuto l'indubbio merito di non costringere i lavoratori al mantenimento di una scelta oraria che – una volta ridimensionate o cessate le esigenze personali e di cura che avevano indotto il dipendente a richiedere la trasformazione del rapporto – potrebbe non rivelarsi più soddisfacente.

Non sono pochi, inoltre, i contratti collettivi che – in presenza di determinate condizioni – considerano il lavoro a tempo parziale un diritto dei lavoratori. Spesso, infatti, le parti sociali stabiliscono che – entro determinati limiti numerici percentuali in rapporto alle dimensioni aziendali e indipendentemente da nuove assunzioni a tempo parziale – i datori di lavoro devono accogliere le domande di riduzione dell'orario motivate da gravi e comprovati problemi di salute del richiedente, da necessità di assistenza di famigliari gravemente malati o di bambini in tenera età, oppure per favorire la frequenza di corsi di formazione continua⁶⁸. La trasformazione da *full-time* a *part-time* in tali casi configura dunque un vero e proprio diritto sogget-

sponibilità a concedere una proroga per ulteriori sei mesi, fatta salva nuova verifica delle esigenze aziendali di cui sopra» (art. 26).

⁶⁷ Art. 44 del Ccnl del turismo, cit.

⁶⁸ V. a tal proposito l'art. 4, sez. IV, titolo I del Ccnl per i metalmeccanici, cit., secondo cui «fino al limite del 3 per cento del personale in forza a tempo pieno ovvero del 2 per cento delle aziende fino a 100 dipendenti», il datore di lavoro deve valutare positivamente la richiesta di trasformazione presentata da lavoratori aventi la «necessità di assistere genitori, coniuge o convivente, figli e altri familiari conviventi senza alcuna possibilità alternativa di assistenza, gravemente ammalati o portatori di *handicap* o che accedano a programmi terapeutici e di riabilitazione per tossicodipendenti; necessità di accudire i figli fino al compimento dei sette anni; necessità di studio connesse al conseguimento della scuola dell'obbligo, del titolo di studio di secondo grado o del diploma universitario o di laurea»; al di fuori di tali ipotesi e fino al limite massimo complessivo del 4%, le richieste di trasformazione devono comunque essere prese in considerazione dal datore, al quale spetta l'obbligo di informare la Rsu dei motivi dell'eventuale diniego della domanda avanzata dal lavoratore. Cfr. anche l'art. 41, Ccnl per i dipendenti delle industrie tessili, cit.; l'art. 24, parte 1, Ccnl per gli addetti all'industria delle calzature, cit.; l'art. 48, Ccnl per le lavanderie e tintorie industriali, cit. Da segnalare anche l'art. 90 del Ccnl per i dipendenti da aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi (Confcommercio, siglato il 18 luglio 2008 e rinnovato, senza la sottoscrizione della Filcams-Cgil, il 26 febbraio 2011), che riconosce il diritto alla trasformazione soltanto ai lavoratori assunti a tempo pieno indeterminato che abbiano necessità di assistere un bambino fino al compimento del terzo anno di età, nella misura del 3 per cento della forza occupata nell'unità produttiva ed in funzione della fungibilità dei lavoratori interessati.

tivo del lavoratore⁶⁹, dinnanzi al quale la giurisprudenza ha riconosciuto che «il datore di lavoro non può opporre proprie esigenze organizzative, se non quelle dell'assoluta infungibilità delle mansioni e del superamento del limite numerico»⁷⁰ fissato dall'accordo collettivo: si tratta, evidentemente, di forme di «flessibilità alla rovescia»⁷¹ per mezzo delle quali – in determinate situazioni – le parti sociali hanno scelto di dare prevalenza all'interesse del lavoratore alla conciliazione fra tempo di lavoro e tempo di vita rispetto alle pur rilevanti esigenze imprenditoriali.

Fra le clausole contrattuali finalizzate a consentire al rapporto di lavoro a tempo parziale di esplicitare le proprie potenzialità conciliative devono poi essere ricordate le disposizioni in tema di flessibilità oraria: l'effettiva possibilità per i dipendenti di effettuare scelte genuinamente volontarie in materia di orario muta infatti a seconda della regolamentazione sia del lavoro supplementare che delle clausole elastiche e flessibili. Quanto al primo, occorre ricordare che l'attuale versione dell'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 61/2000 – oltre a non richiedere più il consenso del lavoratore allo svolgimento di lavoro supplementare qualora questo sia previsto e regolamentato dal contratto collettivo⁷² – stabilisce che il rifiuto di svolgere la prestazione

⁶⁹ L'unico caso in cui il legislatore stesso riconosce un simile diritto è quello previsto dall'art. 12 *bis* del d.lgs. n. 61/2000, secondo il quale i lavoratori affetti da patologie oncologiche hanno diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale. La norma stabilisce inoltre che il rapporto *part-time* deve tornare ad essere nuovamente *full-time* a richiesta del lavoratore. Il testo di tale disposizione è spesso ricalcato dai contratti collettivi: v. ad esempio l'art. 41 del Ccnl per il settore tessile, cit.; l'art. 91 del Ccnl per il commercio, cit.; l'art. 48 del Ccnl per le lavanderie industriali, cit.

⁷⁰ Trib. Milano 24 dicembre 2007, in *D&L*, 2008, p. 207: con tale pronuncia, relativa al *part-time* post-maternità disciplinato nel Ccnl per il terziario, è stato inoltre precisato che, benché il dipendente non abbia un diritto di scelta assoluto in ordine della collocazione temporale della prestazione, il datore di lavoro ha però «l'obbligo di assegnare al dipendente turni che non contrastino con le esigenze di cura che hanno indotto il genitore a chiedere il *part-time*». In senso analogo v. anche Trib. Genova 11 maggio 2007, in *RGL*, 2008, II, p. 147; Trib. Biella 11 maggio 2007, in *D&L*, 2007, p. 806. La giurisprudenza si è inoltre occupata delle conseguenze giuridiche della scelta datoriale di non accogliere la richiesta del lavoratore di trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* a *part-time* nei casi in cui la trasformazione sia dovuta in virtù delle prescrizioni della contrattazione collettiva: il tal caso si è in presenza di una violazione dei criteri di buona fede e correttezza che devono ispirare l'esecuzione del contratto. Si tratta dunque di un inadempimento contrattuale, di cui è possibile chiedere l'accertamento in relazione alla domanda di risarcimento dei danni conseguenti alla mancata trasformazione del rapporto di lavoro: Cass. 4 maggio 2011, n. 9769, in *MGC*, 2011, p. 692.

⁷¹ E. PIETANZA 2009, p. 146.

⁷² Viceversa, com'è noto, la versione originaria di tale norma richiedeva «in ogni

eccedente l'orario concordato «non può integrare in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento»: cancellata la norma che, nella versione originaria del testo legislativo, espressamente negava la possibilità di collegare implicazioni sanzionatorie al diniego del lavoratore, è sorto però il dubbio che il medesimo rifiuto esponga il lavoratore a sanzioni disciplinari. In tale contesto normativo, significativa è senz'altro la disposizione con cui alcuni contratti collettivi precisano che la sussistenza di esigenze conciliative costituisce giustificato motivo di rifiuto della prestazione supplementare⁷³, escludendo così la possibilità di irrogare sanzioni in presenza delle circostanze espressamente individuate dalle parti sociali. Pur senz'altro apprezzabili, tali clausole non dicono però nulla di più di quanto non sia desumibile in via interpretativa dalla lettura del testo legislativo: infatti, anche nel (piuttosto frequente) caso in cui le parti sociali non abbiano riconosciuto la sussistenza di giustificati motivi di rifiuto della prestazione, il diniego del lavoratore motivato dalla sussistenza di particolari esigenze personali o familiari deve essere ugualmente ritenuto legittimo⁷⁴. Lo svolgimento di attività lavorativa supplementare incontra infatti il limite applicativo connesso alla salvaguardia dei beni di rango costituzionale che sovente costituiscono la ragione della scelta di un impiego a tempo parziale: beni fra i quali rientrano senz'altro la conciliazione tra il lavoro professionale e l'essenziale funzione familiare, l'istruzione o la formazione oppure ancora il diritto a rag-

caso il consenso del lavoratore interessato». Se alle parti sociali era rimesso il compito di «esprimere l'interesse collettivo sotteso alla valutazione delle ripercussioni sull'occupazione del ricorso al lavoro supplementare, o straordinario, attraverso la determinazione dei tetti massimi e la tipizzazione delle ragioni organizzative», spettava invece al singolo lavoratore la possibilità «di personalizzare, a seconda delle esigenze individuali in senso adesivo o contrario alla richiesta, il proprio tempo di lavoro e di non lavoro»: così S. SCARPONI 2004b, p. 15.

⁷³ V. l'art. 33 del Ccnl per i dipendenti dalle aziende e i soci delle cooperative esercenti attività nel settore terziario e servizi, sottoscritto l'8 luglio 2009, secondo cui «il lavoratore può esimersi dall'effettuazione di prestazioni supplementari o straordinarie solo in casi di assoluta necessità e urgenza relative all'accudimento di familiari gravemente infermi e minori con gravi malattie». Un più nutrito elenco di situazioni legittimanti il rifiuto della prestazione supplementare o straordinaria è previsto dall'art. 10 del Ccnl per la piccola e media industria alimentare sottoscritto 16 settembre 2010, che dà rilievo non solo alle esigenze di cura ma anche alle esigenze formative o derivanti dalla necessità di svolgere un secondo lavoro.

⁷⁴ Come già detto *supra*, cap. III, § 3.2, si deve infatti ritenere che – in assenza di disposizioni collettive che prevedano il carattere obbligatorio della prestazione – ancora oggi il diniego del dipendente non possa essere sanzionato. Sul punto cfr. S. SCARPONI 2004b, p. 15; S. COSTANTINI 2009, p. 135. *Contra* F.M. PUTATURO DONATI 2005, p. 90.

giungere il livello di retribuzione sufficiente mediante lo svolgimento di un'altra occupazione⁷⁵.

Fra le strade percorse dalle parti sociali al fine di tutelare l'effettiva volontà delle scelte compiute dai *part-timers* occorre inoltre ricordare le disposizioni con cui alcuni accordi collettivi fanno "rivivere" – seppur nei limiti della propria sfera di applicazione – le disposizioni dettate dal legislatore del 2000 in materia di clausole elastiche e flessibili e poi cancellate. In alcuni casi, al fine di garantire la genuinità e la persistenza nel tempo del consenso a forme di organizzazione flessibile dell'orario, l'autonomia collettiva ha infatti scelto di continuare a riconoscere ai lavoratori firmatari di clausole elastiche o flessibili il diritto di ripensamento un tempo attribuito loro *ex lege*, permettendo al lavoratore di denunciare il patto precedentemente sottoscritto qualora si verificano particolari esigenze di carat-

⁷⁵ Il lavoro a tempo parziale, infatti, «si distingue da quello a tempo pieno per il fatto che, in dipendenza della riduzione quantitativa della prestazione lavorativa (e, correlativamente, della retribuzione), lascia al prestatore d'opera un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità, da parte dello stesso prestatore d'opera, deve essere salvaguardata, anche all'ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente (art. 36, primo comma, della Costituzione) a realizzare un'esistenza libera e dignitosa»: così Cass. 22 marzo 1990, n. 2382, in *RIDL*, 1990, II, p. 630. Tale importante affermazione è stata fatta propria da Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210, in *RIDL*, 1992, II, p. 738, che in passato ha ricordato il «particolare rilievo» che riveste il lavoro a tempo parziale, specie per il lavoro femminile, sottolineando che «per molte donne è questa, infatti, la figura contrattuale che rende possibile il loro ingresso o la loro permanenza nel mondo del lavoro, perché consente di contemperare l'attività lavorativa con quegli impegni di assistenza familiare che ancor oggi gravano di fatto prevalentemente sulla donna» e precisando che «queste esigenze verrebbero completamente obliterate ove fosse consentito pattuire la variabilità unilaterale della collocazione temporale della prestazione lavorativa»: ragione per cui la Consulta ha ritenuto che «l'ammissibilità di un contratto di lavoro a tempo parziale nel quale sia riconosciuto il potere del datore di lavoro di determinare o variare unilateralmente, a proprio arbitrio, la collocazione temporale della prestazione lavorativa, sarebbe [...] in contraddizione con le ragioni alle quali è ispirata la disciplina di tale rapporto». Con questa sentenza interpretativa di rigetto la Corte aveva espresso con nettezza il proprio sfavore nei confronti delle forme elastiche di *part-time*, facendo salva la legittimità costituzionale dell'art. 5 della l. n. 863/1984 solo perché tale disposizione doveva essere interpretata nel senso che il legislatore aveva escluso «l'ammissibilità di qualunque forma di contratto c.d. a chiamata o a comando». Secondo la Consulta, infatti, la previsione in un contratto *part-time* di clausole elastiche non soltanto farebbe «venir meno la possibilità, per il lavoratore, di programmare altre attività con le quali integrare il reddito lavorativo ricavato dal lavoro a tempo parziale», ma determinerebbero anche la «soppressione [...] di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall'attività lavorativa». Per un'analisi approfondita di tale sentenza cfr. P. ICHINO 1992, p. 731 ss.; A. ALAIMO 1992, c. 3232.

tere familiare o di tutela della propria salute, qualora vi sia la necessità di svolgere un altro rapporto di lavoro a tempo parziale o un'altra attività autonoma oppure di frequentare corsi di studi o di formazione oppure ancora al fine di accudire figli in tenera età⁷⁶.

Dalle clausole relative al diritto di ripensamento vanno poi distinte altre disposizioni contrattuali che, pur garantendo una tutela meno pregnante, cercano ugualmente di farsi carico delle esigenze di conciliazione dei lavoratori. Non di rado gli accordi collettivi, anziché attribuire ai lavoratori il diritto di denunciare con carattere definitivo il patto di elasticità o di flessibilità, prevedono la possibilità di sospendere temporaneamente la vincolatività di tali patti in presenza di determinate situazioni connesse ad esigenze di cura, esigenze formative o alla necessità di contemperare più impegni lavorativi⁷⁷: in questi casi ai lavoratori non è riconosciuta la possibilità di dare disdetta alle clausole elastiche precedentemente sottoscritte, ma soltanto il diritto ad ottenere l'esonero temporaneo dall'adempimento del patto. Nonostante garantiscano una protezione meno forte del lavoratore, disposizioni di tal genere hanno però il pregio di non prevedere l'arco minimo di tempo che deve trascorrere fra la sottoscrizione del patto e l'esercizio del diritto al rifiuto della modifica oraria, previsione che

⁷⁶ V. l'art. 17 del Ccnl per i dipendenti dei consorzi agrari, sottoscritto il 22 dicembre 2009: così come stabiliva la versione originaria dell'art. 3, comma 9, del d.lgs. n. 61/2000, il diritto di ripensamento può essere esercitato dopo che siano trascorsi cinque mesi dalla sottoscrizione del patto e rispettando il periodo di preavviso di durata pari ad almeno un mese. V. anche l'art. 17 del Ccnl per i dipendenti delle farmacie private sottoscritto il 26 maggio 2009 (rinnovato il 14 novembre 2011) e l'art. 48 del Ccnl del turismo (industria), cit.

⁷⁷ V. ad esempio l'art. 10 del Ccnl per la piccola e media industria alimentare, cit., secondo cui «il lavoratore può esimersi dalla variazione dell'orario precedentemente accettata unicamente dal momento in cui sopraggiungono e fino a quando permangono le seguenti documentate ragioni: a) assistere genitori, coniuge o convivente, figli e altri familiari conviventi senza alcuna possibilità alternativa di assistenza nell'ambito familiare, affetti da gravi malattie o portatori di handicap o che accedano a programmi terapeutici e di riabilitazione per tossicodipendenti; b) instaurazione di un altro rapporto di lavoro, che preveda una prestazione concomitante con la diversa collocazione dell'orario comunicata; c) precedente trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale [...] a favore di lavoratori affetti da patologie oncologiche; d) accudire i figli fino al compimento di 7 anni; e) studio, connesse al conseguimento della scuola dell'obbligo, del titolo di studio di 2° grado o del diploma universitario o di laurea». Simile è la clausola contenuta nel Ccnl per i dipendenti delle lavanderie industriali, cit. (art. 48). Sul punto v. anche l'art. 33 del Ccnl per i dipendenti dalle aziende e i soci delle cooperative esercenti attività nel settore terziario e servizi, cit. In alcuni casi la possibilità di concordare la sospensione temporanea dei patti di elasticità è rimessa all'autonomia individuale: v. ad esempio l'art. 41 del Ccnl per il settore tessile, cit., e l'art. 24, parte 3, del Ccnl per gli addetti all'industria delle calzature, cit.

generalmente accompagna invece il diritto di ripensamento: consentendo così ai lavoratori di rifiutare fin da subito il cambiamento di orario qualora sopraggiunga uno degli eventi indicati dalle parti sociali⁷⁸.

Il diritto di sospendere il patto di elasticità è previsto anche dall'accordo separato per il settore metalmeccanico sottoscritto il 15 ottobre 2009⁷⁹: accordo che merita qui di esser ricordato non tanto per la presenza di tale clausola, ma per aver segnato un brusco cambiamento di rotta rispetto a quanto precedentemente pattuito dalle parti sociali. Nel contratto collettivo dei metalmeccanici del 20 gennaio 2008 – l'ultimo ad essere siglato unitariamente – le parti sociali avevano infatti intrapreso una via poco battuta in altri settori, scegliendo di nulla disporre in materia di clausole elastiche⁸⁰. Tale silenzio era però decisamente eloquente⁸¹, tenendo conto che l'ammissibilità delle

⁷⁸ S. COSTANTINI 2009, p. 134.

⁷⁹ L'art. 4, sezione IV, titolo I, dell'accordo del 15 ottobre 2009 stabilisce infatti che «il lavoratore che abbia aderito alle clausole flessibili o elastiche, previa comunicazione scritta da presentare con un preavviso di almeno sette giorni lavorativi corredata da adeguata documentazione, è esonerato dal relativo adempimento nei seguenti casi sopravvenuti e per il periodo di tempo in cui essi sussistano: altra attività lavorativa subordinata o che comunque impegni il lavoratore in orari definiti incompatibili con le variazioni d'orario; necessità di assistere genitori, coniuge o convivente, figli, e altri familiari conviventi senza alcuna possibilità alternativa di assistenza, gravemente ammalati o portatori di handicap o che accedano a programmi terapeutici e di riabilitazione per tossicodipendenti; necessità di accudire i figli fino al compimento degli 8 anni; partecipazione a corsi di studio per il conseguimento della scuola dell'obbligo, del titolo di studio di secondo grado o del diploma universitario o di laurea la cui frequenza sia incompatibile con le variazioni d'orario; necessità di sottoporsi in orari non compatibili con le variazioni pattuite a terapie o cicli di cura; altre fattispecie di impossibilità all'adempimento, di analoga valenza sociale rispetto a quelle sopra riportate, e come tali congiuntamente riconosciute in sede aziendale tra Direzione e R.S.U., ovvero in sede territoriale tra le organizzazioni stipulanti il C.C.N.L. ovvero tra azienda e lavoratore interessato». Sulle problematiche aperte dalla sottoscrizione separata di tale accordo nel pieno della validità del contratto nazionale precedentemente siglato e sul contenzioso giudiziario che ne è scaturito v. *supra*, cap. II, § 5.

⁸⁰ V. art. 4, sezione IV, titolo I, del Ccnl dei metalmeccanici del 20 gennaio 2008. Sulla scelta delle parti sociali non confermata dal rinnovo contrattuale del 2009 v. M. AIMO 2010, p. 221 s. e 227 s.

⁸¹ La scelta compiuta dalle parti sociali era giustificata probabilmente dal fatto che nel settore metalmeccanico le esigenze di flessibilità organizzativa in ordine alla collocazione del tempo di lavoro sono meno pressanti che in altri: il lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale trova infatti una diffusione limitata, anche in ragione del fatto che la «sostituzione in corsa» di un elemento della linea di catena o di una squadra «comporta oneri e rischi in cui generalmente si preferisce non incorrere»; in alcune realtà produttive ha invece conosciuto un certo successo il lavoro a tempo parziale di tipo verticale su base annua, utilizzato dalle aziende in risposta a periodi

clausole in questione è condizionata dalla legge alla presenza di un “doppio filtro”, collettivo e individuale, costituito dalla preventiva autorizzazione di tali patti da parte dei contratti collettivi e dall’acquisizione del consenso del lavoratore interessato (art. 3, commi 7 e 9, d.lgs. n. 61/2000, su cui v. *supra*, § 2): nulla disponendo in materia, le parti sociali negavano dunque ai datori di lavoro la possibilità di concordare con i dipendenti un simile patto. Nel contemperare le istanze di flessibilità organizzativa avanzate dal fronte imprenditoriale con le esigenze (personali, familiari o formative) che generalmente inducono i lavoratori a richiedere un impiego a tempo parziale, l’autonomia collettiva aveva dunque scelto di privilegiare le seconde a discapito delle prime, al fine di evitare che i potenziali benefici derivanti dalla riduzione della durata della prestazione fossero vanificati dalla possibilità rimessa al datore di lavoro di modificarne unilateralmente la durata o la collocazione: scelta evidentemente ardita e infatti ben presto rinnegata⁸².

3. Altre forme di organizzazione flessibile dell’orario: alcune sperimentazioni introdotte dalla contrattazione di primo e di secondo livello

In una riflessione sugli strumenti che permettono di contemperare il tempo di lavoro con il tempo di vita il riferimento al *part-time* è certamente indispensabile⁸³, ma non sufficiente: la necessità di conciliare la dimensione lavorativa con la cura degli interessi familiari e sociali non si traduce infatti sempre nella richiesta di lavorare per un numero inferiore di ore, richiesta che comporta per il dipendente la riduzione del reddito e dunque minori disponibilità economiche⁸⁴. Il bilanciamento fra le varie necessità dei lavoratori e fra le esigenze di

di picco produttivo, come sostituto funzionale del contratto a termine. Sul punto v. M. AIMO 2010, p. 220; cfr. anche D. ERCOLANI, E. RUSTICHELLI 2005, p. 81 ss.

⁸² Con l’accordo del 2009 è stata infatti prevista la possibilità per i datori di lavoro di pattuire con i dipendenti «clausole flessibili [...] e, nei rapporti di lavoro a tempo parziale di tipo verticale o misto, anche clausole elastiche», a condizione che il consenso del lavoratore risulti da atto scritto e che, di volta in volta, sia fornito al medesimo un preavviso di almeno sette giorni lavorativi.

⁸³ Ancorché il lavoro a tempo parziale non sia, di per sé, una misura di conciliazione: strumento di effettiva conciliazione sono semmai l’eventuale riconoscimento al lavoratore del diritto a passare da *part-time* al *full-time* oppure il diritto di rifiutare lo svolgimento del lavoro supplementare o il diritto di denunciare il patto di elasticità. In tal senso v. M. NOVELLA 2009b, p. 135 s.

⁸⁴ Infatti «per lavorare a tempo parziale, in ogni caso, occorre poterselo permettere»: M. ROCCELLA 2006a, p. 68.

questi ultimi e gli interessi dei datori potrebbe meglio essere raggiunto attraverso una differente distribuzione del tempo di lavoro rispetto al tempo di vita, mantenendo invariata l'entità della prestazione⁸⁵. Rientrano dunque nell'ambito della flessibilità nell'interesse del lavoratore non soltanto gli strumenti che incidono sul «quanto lavorare», ma anche – ed, anzi, soprattutto – quelli che hanno a che fare con il «quando e come lavorare»⁸⁶.

Del resto, il diritto al contemperamento fra le due dimensioni temporali che caratterizzano la vita di ciascuno riguarda ogni lavoratore e non soltanto i *part-timers*. La giurisprudenza di legittimità ha infatti precisato che – «anche per i rapporti a tempo pieno [...] il tempo libero ha una sua specifica importanza stante il rilievo sociale che assume lo svolgimento [...] di attività sportive, ricreative, culturali, sociali, politiche, scolastiche ecc., o anche di un secondo lavoro, nel caso in cui non sia prevista una clausola di esclusiva»; è chiaro, dunque, che le esigenze di programmabilità del tempo libero «ravviate espressamente dal legislatore nell'ambito del rapporto di lavoro *part-time*, sussistono, anche se in maniera meno pressante, all'interno del rapporto di lavoro a tempo pieno»⁸⁷. È perciò senz'altro opportuno prestare attenzione a quelle misure sperimentate in taluni casi dalla contrattazione collettiva di primo e di secondo livello al fine di rendere flessibile la gestione dell'orario di lavoro, conservandone inalterata la durata: misure che hanno però una diffusione piuttosto modesta. Da più parti è stato infatti sottolineato che, a tal riguardo, l'esperienza dell'autonomia collettiva non è «delle più esaltanti»⁸⁸: scarna è infatti la produzione di schemi di conciliazione che si spingano al di là di quanto già stabilito dalla legge o che non si limitino ad accompagnare la possibilità di ricorrere a modalità elastiche di articolazione dell'orario con clausole generiche di limitato contenuto prelettivo, ripetute stancamente ad ogni rinnovo contrattuale⁸⁹. La scarsa

⁸⁵ In senso analogo v. O. MAZZOTTA 2009, p. 11; E. PIETANZA 2009, p. 153.

⁸⁶ Entrambe le citazioni sono tratte da O. MAZZOTTA 2009, p. 11. In senso analogo v. F. BANO 2009, p. 245; cfr. anche C. CESTER 1995, p. 10.

⁸⁷ Entrambe le citazioni sono tratte da Cass. 21 maggio 2008, n. 12962, in *RIDL*, 2008, II, p. 825, con nota di G. BOLEGO 2008, p. 825.

⁸⁸ M. NOVELLA 2009b, p. 138. Cfr. anche V. BAVARO 2009c, p. 232; S. COSTANTINI 2009, soprattutto p. 130 ss.; E. PIETANZA 2009, p. 153 ss.

⁸⁹ Si veda a tal proposito il Ccnl per il settore terziario, della distribuzione e dei servizi (Confcommercio), cit., che accompagna la possibilità per il datore di lavoro di ricorrere a moduli orari flessibili al fine di «migliorare il servizio al consumatore, con particolare riferimento ai flussi di clientela e di utenza» (art. 121) con la clausola generale secondo cui «l'eventuale variazione dell'articolazione dell'orario in atto [...] deve essere realizzata dal datore di lavoro armonizzando le istanze del personale con le esigenze dell'azienda» (art. 124). In senso analogo v. anche l'art. 30 *bis*

diffusione degli strumenti di c.d. “flessibilità buona” che incidono sulla collocazione della prestazione lavorativa non deve però frenare l’attenzione nei loro confronti: fra le sperimentazioni effettuate dalle parti sociali vi sono infatti misure particolarmente interessanti, gli esiti della cui applicazione sono ancora in gran parte da verificare.

Gli strumenti maggiormente conosciuti ed utilizzati al fine di favorire la conciliazione fra il tempo di lavoro e il tempo di vita sono sicuramente il c.d. *flexytime* e la banca delle ore. Non è necessario spendere molte parole a riguardo del primo, che consente al lavoratore, generalmente a prescindere dall’esistenza di particolari esigenze e senza la necessità di una preventiva autorizzazione, di posticipare l’orario di inizio della prestazione o di anticipare l’orario di uscita oppure ancora di avvalersi di entrambe le facoltà: moduli orari di tal genere, sperimentati ad esempio nel settore creditizio⁹⁰, hanno infatti una limitata utilità andando incontro soltanto ad esigenze temporalmente assai circoscritte⁹¹.

Maggiormente interessante è la banca delle ore, strumento di origine contrattuale, poi recepito anche dalla fonte legale⁹², che com-

del Ccnl per l’industria alimentare del 22 settembre 2011, secondo cui «le Parti [...] riconoscono che, per rispondere alle esigenze di flessibilità delle imprese attraverso soluzioni che tengano in opportuna considerazione anche le condizioni dei lavoratori, possano essere attivati negoziati per la definizione di intese, anche a titolo sperimentale, riferite all’intera azienda o a parti di essa, che prevedano il ricorso a soluzioni di orario ulteriori e diverse» rispetto a quanto previsto dal medesimo contratto. Seppur di portata ampiamente generica, clausole di tal genere sono state però valorizzate dalla giurisprudenza che, richiamando i principi di buona fede e correttezza, ha talvolta riconosciuto in capo al lavoratore un interesse apprezzabile al mantenimento di un determinato orario in presenza di particolari esigenze familiari: si vedano a tal proposito i riferimenti giurisprudenziali già citati *supra*, cap. III, § 2.3.

⁹⁰ «Compatibilmente con le esigenze di servizio», l’art. 102 del Ccnl per il settore creditizio, cit., ammette infatti la possibilità di «accordare: al singolo lavoratore/lavoratrice, su sua richiesta, di spostare, in via non occasionale, il proprio orario di entrata di 15 minuti con correlativo spostamento dell’orario di uscita; ovvero, ai lavoratori/lavoratrici [...] una elasticità di orario di entrata e di uscita posticipato nell’ambito di 30 minuti; ai lavoratori/lavoratrici a contatto diretto con il pubblico, di posticipare, in via non occasionale, il proprio orario di entrata fino a 30 minuti, con correlativo spostamento dell’orario di uscita». Disposizioni di tal genere sono piuttosto frequenti anche nella contrattazione di secondo livello: nel settore alimentare, v. ad esempio il contratto *Lindt e Sprungli spa* dell’8 settembre 2011. Per alcuni interessanti esempi di *flexytime* nel pubblico impiego v. E. PIETANZA 2009, p. 155 ss.

⁹¹ Se può certamente rivelarsi utile per il lavoratore che debba, ad esempio, accompagnare il figlio a scuola, la possibilità di posticipare di 15 o 30 minuti l’orario di ingresso al lavoro non è però in grado di soddisfare esigenze non altrettanto delimitate nel tempo.

⁹² V. l’art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 66/2003, ove però l’istituto della banca delle

porta l'accantonamento delle ore di lavoro svolte in misura eccedente all'orario normale in un conto individuale, consentendo al lavoratore di compensare il maggior numero di ore lavorate con periodi di riposi compensativi⁹³. Le potenzialità di tale istituto – che, almeno in linea teorica, dovrebbe consentire «sia la “conciliazione” sia il godimento di “tempo per sé”»⁹⁴ – non di rado sono però compromesse dalle modalità di funzionamento previste dalle parti sociali⁹⁵. Già si è detto della scelta operata da alcuni contratti collettivi che, approfittando dell'espressa autorizzazione del legislatore in tal senso, prevedono la decurtazione, totale o parziale, dell'incremento retributivo dovuto per lo svolgimento di lavoro straordinario qualora il lavoratore usufruisca di periodi di riposo compensativo (v. *supra*, cap. III, § 3.1): scelta che certo non invoglia i lavoratori a fruire di tali periodi di riposo. La capacità conciliativa della banca delle ore è poi ulteriormente limitata nel caso in cui le parti sociali prevedano la possibilità di accantonare soltanto una parte delle ore di lavoro straordinario effettuate, andando così a ridurre le possibilità di utilizzo del conto individuale⁹⁶. Il limite principale al pieno esplicarsi delle potenzialità conciliative racchiuse in tale istituto si ravvisa però qualora la fruizione dei riposi da parte dei lavoratori sia subordinata al rispetto di condizioni eccessivamente rigide, quali ad esempio l'obbligo di preavviso (la cui entità è, in alcuni casi, piuttosto significativa)⁹⁷,

ore non è nominato espressamente: la norma in questione si limita infatti a stabilire che i contratti collettivi possono compensare il lavoro straordinario con maggiorazioni retributive o, in alternative o in aggiunta, con riposi compensativi. V. anche l'art. 9, comma 1, della l. 8 marzo 2000, n. 53, che annovera la banca delle ore fra le azioni positive attivabili dalla parti sociali: su tale disposizione v. *infra*, § 4. All'istituto della banca delle ore si è già fatto riferimento *supra*, cap. III, § 3.1, a cui dunque si rimanda.

⁹³ È bene precisare che alcuni accordi collettivi prevedono la possibilità di accantonare nella banca delle ore, oltre alle ore di lavoro straordinario, anche i giorni di permesso per le ex festività, le ore di recupero della flessibilità non fruite, i permessi retribuiti non goduti nonché le riduzioni di orario. Fra tali disposizioni contrattuali, che ampliano dunque le possibilità di utilizzo dell'istituto, v. ad es. l'art. 38 del Ccnl per il settore tessile, cit. e l'art. 36 del Ccnl per l'industria delle calzature, cit.

⁹⁴ I. DAUGAREILH, P. IRIART 2005, p. 240.

⁹⁵ Per un'analoga valutazione v. E. PIETANZA 2009, p. 165.

⁹⁶ V. ad es. l'art. 38 del Ccnl per il settore tessile, cit., secondo cui ciascun lavoratore può far confluire nella banca delle ore le prime trentadue ore annue di lavoro straordinario. Limitazioni sono previste anche dal Ccnl per il settore creditizio, cit. (art. 100) e nel Ccnl per l'industria delle calzature, cit. (art. 36).

⁹⁷ V. ad esempio il Ccnl per il settore tessile, cit. (art. 38), il Ccnl per l'industria delle calzature, cit. (art. 36) e il Ccnl per il settore creditizio, cit. (art. 100). V. anche l'art. 7 del Ccnl per i metalmeccanici, cit., secondo cui la fruizione dei riposi

la necessità di coordinare il recupero delle ore con altri dipendenti che intendano godere dei riposi compensativi⁹⁸, la preclusione della fruibilità dell'istituto nei periodi dell'anno caratterizzati dall'incremento dell'attività produttiva⁹⁹.

A conclusioni parzialmente diverse pare però condurre l'analisi di alcuni contratti collettivi di secondo livello, fra i quali è possibile rintracciare esempi virtuosi di regolamentazione: è il caso dell'accordo integrativo sottoscritto dall'*Adecco*, ove particolare attenzione è riservata al fattore tempo nella convinzione che «l'organizzazione del lavoro debba permettere a ciascun individuo il benessere, la salute e stabilità personale che si trovano anche nell'unità del nucleo familiare»¹⁰⁰. Tale contratto fissa in trentotto ore l'orario normale settimanale stabilendo che, in ragione dei volumi di lavoro da gestire, si possa manifestare l'occasionale esigenza di protrarre l'orario di lavoro fino alla soglia legale di quaranta ore: in tal caso, le ore di lavoro aggiuntive – per le quali il lavoratore conserva il diritto alla maggiorazione retributiva – confluiscono nel conto individuale da cui i dipendenti, entro i due mesi successivi a quello di maturazione e comunque non oltre il 31 gennaio dell'anno successivo, possono attingere equivalenti periodi di riposo. Anche in questo caso la fruizione è subordinata al rispetto di un periodo di preavviso, la cui breve entità¹⁰¹ pare però effettivamente proporzionata con la necessità di contemperare il diritto del lavoratore con l'esigenza organizzativa del datore; sono invece assenti limiti maggiormente invasivi come la necessità di coordinare il recupero delle ore con altri

compensativi deve avvenire secondo le modalità e le condizioni dettate in materia di permessi annui retribuiti, che prevedono l'obbligo di preavviso e un contingente massimo di assenza.

⁹⁸ V. ad esempio il Ccnl per il settore tessile, cit. (art. 38) e il Ccnl per l'industria delle calzature, cit. (art. 36).

⁹⁹ Significativo è, a tal proposito, l'esempio offerto dal Ccnl per il settore credito, cit. (art. 100), nel quale le parti sociali hanno individuato precisi criteri per il recupero del monte-ore, stabilendo che «nei primi 6 mesi dall'espletamento delle prestazioni aggiuntive il recupero può essere effettuato previo accordo tra impresa e lavoratore/lavoratrice. Trascorso tale termine, il lavoratore/lavoratrice ha diritto al recupero nel periodo prescelto, previo preavviso all'impresa di almeno: 1 giorno lavorativo, per il caso di recupero orario; 5 giorni lavorativi, per il caso di recupero tra 1 e 2 giorni; 10 giorni lavorativi, per il caso di recupero superiore a 2 giorni». Le parti sociali hanno inoltre precisato che «il diritto alla fruizione dei permessi "a recupero" deve tenere conto, in particolari periodi dell'anno, degli standard di operatività».

¹⁰⁰ V. la Premessa del contratto integrativo *Adecco*, cit.

¹⁰¹ La fruizione va comunicata infatti preventivamente al proprio responsabile con un anticipo di quarantotto ore.

dipendenti o l'esclusione della possibilità di godere dei riposi in determinati periodi dell'anno¹⁰².

Decisamente meno diffusi sono altri strumenti di conciliazione introdotti da alcuni accordi di secondo livello, fra i quali potrebbero rintracciarsi forme di individualizzazione dell'orario meritevoli di ulteriore sperimentazione al fine di estenderne eventualmente, con gli opportuni accorgimenti, il campo di applicazione. Certamente interessante è, ad esempio, il sistema dei c.d. "orari ad isole", testato da alcune aziende della grande distribuzione¹⁰³. Si tratta di una forma di autogestione dei tempi di lavoro secondo la quale spetta ai lavoratori scegliere, sulla base di un'analisi preventiva dei bisogni individuali e familiari di ciascuno, la collocazione della prestazione su base giornaliera e settimanale. Vengono così costituiti gruppi di lavoro, chiamati appunto "isole", all'interno dei quali confluiscono i dipendenti¹⁰⁴. Ad uno di questi, denominato "animatore", spetta il compito di coordinare fra loro le richieste dei lavoratori e le esigenze imprenditoriali: a tal fine, i superiori gerarchici devono periodicamente comunicare all'animatore il fabbisogno settimanale di ore lavorative del reparto, suddiviso per giorni lavorativi e fascia oraria (si tratta della c.d. "curva di carico"). Una copia degli orari, così definiti, deve poi essere affissa in bacheca in modo tale da permetterne la preventiva conoscenza a tutti i lavoratori coinvolti.

La flessibilità nella gestione del tempo di lavoro prevista dal modello dell'orario ad isole non riguarda soltanto la collocazione della prestazione lavorativa, ma anche l'entità del singolo turno: pur nel rispetto di alcuni vincoli contrattuali – come ad esempio la durata

¹⁰² Ancorché l'art. 24 dell'accordo in questione contenga una clausola generale secondo cui «in presenza di ragioni di carattere tecnico, organizzative e produttive ostative l'azienda si riserva la facoltà di concordare il differimento della fruizione».

¹⁰³ Fra i contratti in questione, v. in particolar modo l'accordo *Ipercoop "Centro Abruzzo" di San Giovanni Teatino*, sottoscritto il 23 marzo 2008. Tale modello è stato applicato inizialmente da *Unicoop Firenze* e da *Auchan*, due catene di distribuzione commerciale simili per struttura organizzativa ma differenti per storia e tradizioni sindacali. Entrambe le catene hanno avviato la sperimentazione nel 2000, inizialmente come azione positiva ex art. 9, l. n. 53/2000, in due ipermercati del gruppo (l'ipercoop di Montecatini Terme e l'ipermercato Auchan di Casal Bertone presso Roma), estendendola successivamente negli altri punti vendita. Le aziende interessate da tale sperimentazione hanno presentato relazioni sulle modalità di applicazione e sul funzionamento dell'orario ad isole: v. a tal proposito il *Preventivo di sostenibilità 2007* della *Coop Adriatica*, in www.e-coop.it, nonché la relazione del Gruppo *Unicoop Firenze* su *L'organizzazione ad isole*, in <http://notizie.parma.it>. In dottrina, su tale forma di individualizzazione dell'orario v. E. COMO 2004, p. 124 ss.; E. PIETANZA 2009, p. 163 s.; A. GASPARRE 2011, p. 14 ss.

¹⁰⁴ L'adesione a tale organizzazione oraria è individuale e volontaria; la scelta del lavoratore ha durata annuale e al termine si rinnova tacitamente.

minima e massima dell'orario giornaliero (generalmente pari, rispettivamente, a tre e otto ore) e il numero minimo di giorni di lavoro a settimana – i lavoratori possono modulare il monte ore complessivo alternando periodi in cui l'entità della prestazione supera l'orario contrattualmente previsto ad altri in cui la durata del turno lavorativo è inferiore. Al termine di un determinato periodo (generalmente mensile, ma talvolta trimestrale), si procede all'azzeramento del sistema, considerando come lavoro straordinario o supplementare (a seconda del contratto di lavoro applicato) le ore eccedenti l'orario di lavoro contrattuale, come ferie o permessi le ore in difetto.

Simile modello organizzativo presenta indubbiamente numerosi vantaggi, non privi però di limiti strutturali. È certamente vero che la libertà di scelta di un orario modellato sulle esigenze personali contribuisce alla creazione di un migliore clima nell'ambiente di lavoro e ad una vita privata e familiare più serena¹⁰⁵. Tuttavia la possibilità di diffusione del modello ad isole è assai limitata, poiché il suo corretto funzionamento è strettamente correlato alla sussistenza di alcuni fattori. Innanzitutto l'orario ad isole è applicabile soltanto in settori lavorativi caratterizzati dall'elevato numero di dipendenti¹⁰⁶, svolgenti tutti la stessa identica mansione e fra loro intercambiabili: ragione per cui è stato fino ad ora sperimentato quasi esclusivamente nel reparto casse dei supermercati¹⁰⁷. Al fine di poter costituire le c.d. isole è inoltre necessaria la sussistenza di una “complementarità sociologica” fra i lavoratori, non sempre facilmente individuabile: si deve trattare cioè di soggetti portatori di esigenze private o familiari fra loro compatibili. Là dove tutti questi requisiti sussistano, affinché l'orario ad isole funzioni correttamente è inoltre indispensabile che i lavoratori coinvolti abbiano sempre il controllo del proprio monte ore, in modo tale da sapere se la prestazione loro richiesta si qualifica come orario normale o straordinario; in caso contrario, infatti, i benefici derivanti dall'autonomia organizzativa loro rimessa dal datore di lavoro verrebbero vanificati.

Una diffusione ancor più limitata ha avuto un altro sistema di or-

¹⁰⁵ A. GASPARRE 2011, p. 15. Tra i lavoratori coinvolti nel progetto si crea infatti generalmente una relazione molto forte, nonché una maggiore consapevolezza del proprio ruolo all'interno dell'impresa: l'utilizzo di tale strumento determina così effetti positivi sia sulla motivazione dei dipendenti che sulla riduzione dell'assenteismo.

¹⁰⁶ Ciascuna “isola” è costituita generalmente da 15-20 lavoratori.

¹⁰⁷ Reparto nel quale, com'è noto, lavorano prevalentemente donne. Tale forma di organizzazione dell'orario potrebbe forse essere sperimentata con successo anche fra i lavoratori impiegati nei *call center* o fra le guardie giurate: lavoratori che, al pari degli addetti alle casse dei supermercati, sono fra loro fungibili.

ganizzazione dell'orario, sperimentato nel nostro Paese dalla *Zf Marine* di Padova, azienda appartenente alla multinazionale tedesca operante nel settore *automotive*. Al fine di contemperare la necessità di flessibilità organizzativa con le esigenze conciliative dei lavoratori, in tale azienda – oltre a esser previsti orari di ingresso e di uscita scaglionati non solo per gli impiegati ma anche per gli operai – è stato varato un sistema di “orari a menù”, secondo il quale ogni due mesi i lavoratori compilano un modulo indicando le proprie preferenze sui tempi di lavoro, mentre l'impresa presenta il piano sulle necessità produttive. Un *software* apposito incrocia le diverse esigenze, formulando l'orario di ognuno: a giornate “di carico” possono così seguirne altre di “scarico”, che permettono al dipendente di avere più tempo libero; il rispetto dell'orario medio di quaranta ore settimanali e del tetto medio massimo di quarantotto ore viene verificato alla fine di ogni anno. Così come al modello degli “orari ad isole”, anche all’“orario a menù” va senz'altro riconosciuto il merito di aver saputo intercettare e veicolare in modo costruttivo le contrapposte richieste di flessibilità provenienti dall'impresa e dai lavoratori¹⁰⁸. Le analogie con l’“orario ad isole” non si arrestano però ai soli pregi: anche in questo caso, infatti, sono presenti limiti strutturali che impediscono un'ampia diffusione della sperimentazione varata nella c.d. «fabbrica senza orari»¹⁰⁹. È infatti evidente che un simile modello orario presuppone un'ampia polivalenza fra i lavoratori, chiamati a ricoprire più ruoli: condizione che è stato possibile raggiungere nell'azienda di Padova, ove le attività svolte non richiedono una sincronia eccessivamente elevata. Un simile «allineamento astrale»¹¹⁰ ben difficilmente potrebbe però essere raggiunto in stabilimenti basati sul classico sistema della catena di montaggio. Occorre poi tenere in considerazione che la necessità di lavoratori maggiormente qualificati determina, inevitabilmente, l'aumento del costo della forza lavoro, che non sempre le aziende sono disposte ad affrontare. La scarsa diffusione di tale modello organizzativo può avere anche un'altra spiegazione: l’“orario a menù” non è infatti impermeabile a condizionamenti esterni quali, ad esempio, la crisi economica. Negli ultimi anni, in effetti, il sistema in questione ha avuto un'applicazione molto più limitata anche nella

¹⁰⁸ Stando a quanto riferito dal direttore delle risorse umane dell'azienda, intervistato da P.F. ACQUAVIVA, G.G. ROSSI BARATTINI 2010.

¹⁰⁹ Così come l'azienda in questione è stata definita, con toni entusiasti, dalla stampa quotidiana: cfr., in particolare, C. SASSO 2010.

¹¹⁰ Sono le parole del direttore delle risorse umane dell'azienda, che si mostra dunque ben consapevole della difficoltà di attuazione di un simile sistema: v. P.F. ACQUAVIVA, G.G. ROSSI BARATTINI 2010.

stessa *Zf Marine*, ove le esigenze di conciliazione fra tempo di lavoro e tempo di vita sono state poste in secondo piano rispetto all'interesse prioritario alla conservazione del posto di lavoro. In tempo di recessione, un orario di lavoro ispirato alla logica della conciliazione appare evidentemente come un bene di lusso a cui è doveroso rinunciare.

Non si può dunque negare che, in alcuni casi, le parti sociali abbiano dato vita ad un interessante laboratorio di misure conciliative, promuovendo nuovi strumenti di individualizzazione dell'orario di lavoro. La diffusione decisamente scarsa di tali modelli è però indice dell'«insufficienza del rinvio all'autonomia collettiva per realizzare un sistema di conciliazione maturo»¹¹¹: per poter trovare una maggiore applicazione, i tentativi promossi in sede di contrattazione necessiterebbero di un forte sostegno da parte del legislatore mediante il quale incentivare le parti sociali ad intervenire in materia. A ben vedere, il nostro ordinamento sembrerebbe già disporre di una normativa di tal genere: la legge 8 marzo 2000, n. 53, oltre a ridisciplinare la materia dei congedi (materia che in parte è poi confluita nel testo unico di tutela della maternità e della paternità, d.lgs. n. 151/2001), ha predisposto infatti un finanziamento per azioni positive volte a conciliare tempi di vita e tempi di lavoro. Offrendo un sostegno economico ai datori di lavoro che applichino accordi contrattuali portatori di misure di conciliazione, l'art. 9 della l. n. 53/2000 sembrerebbe dunque costituire quell'anello di congiunzione ideale tra legge, contrattazione collettiva e autonomia individuale mediante il quale garantire ai lavoratori l'effettiva possibilità di contemperare tempi di lavoro e tempi sociali. L'applicazione «minimale e marginale»¹¹² di tale disposizione induce però, come si vedrà fra breve, ad abbandonare quest'illusione.

4. *Le azioni positive per la conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro*

Considerata da alcuni come «uno degli ultimi raggi del sole welfaristico che declina»¹¹³, la l. n. 53/2000 ha il merito di aver affron-

¹¹¹ A. NICCOLAI 2009, p. 244.

¹¹² A.R. TINTI 2009a, p. 174. Sulla scarsa applicazione di tale norma v. anche, fra gli altri, L. CALAFÀ 2005a, p. 283, secondo cui «il risultato applicativo dell'art. 9 è sicuramente al di sotto delle meno rosee previsioni»; per una valutazione analoga cfr. V. BAVARO 2009c, p. 232 s.; V. FERRANTE 2008a, p. 37; M. MAGNANI 2012b, p. 8 ss.; M. TIRABOSCHI 2005, p. 227 ss.

¹¹³ E. BALBONI 2001, p. 1219, secondo il quale la l. n. 53/2000 assume le «vaghe sembianze di un luminoso congedo dal Novecento».

tato la questione del tempo secondo una prospettiva nuova, basata sulla convinzione che la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro è un problema – ed al contempo un diritto – di tutti i lavoratori, indipendentemente dal sesso. La scelta di rivolgersi ad una platea non soltanto femminile ha segnato in effetti una «piccola rivoluzione d'impostazione»¹¹⁴, mediante la quale il concetto di conciliazione è stato trasformato «in un termine complementare a quello di eguaglianza effettiva tra donne e uomini»¹¹⁵. In tale testo normativo trova così concreta applicazione l'affermazione di origine europea secondo cui «sia gli uomini che le donne, senza discriminazioni fondate sul sesso, hanno diritto di conciliare la vita professionale con quella familiare»¹¹⁶. La l. n. 53 ha infatti cercato di superare lo stereotipo secondo cui il lavoro non retribuito derivante dalla cura della famiglia è responsabilità delle sole donne, mediante il riconoscimento anche in capo ai lavoratori di sesso maschile di un diritto *iure proprio* a conciliare attività professionale e lavoro di cura: la logica neutrale che permea la normativa in questione emerge chiaramente dall'attribuzione ad entrambi i genitori del diritto a congedi parentali nei primi otto anni di vita del figlio¹¹⁷ o in occasione delle malattie del bambino¹¹⁸, nonché dalla possibilità per il padre lavoratore di beneficiare di periodi di riposo originariamente riconosciuti alle sole madri¹¹⁹.

La dimensione paritaria relativamente al rapporto fra attività lavorativa, vita familiare e cura dei figli è inoltre, per quel che qui più interessa, chiaramente ravvisabile nell'art. 9 della legge, che – nel tentativo di favorire lo sviluppo di modalità conciliative che vadano al di là della semplice assenza dal lavoro – prevede un sostegno economico per una particolare tipologia di azioni positive caratterizzate dalla loro connotazione bidirezionale¹²⁰. Destinatari di tali progetti

¹¹⁴ M. MISCIONE 2001, p. 3.

¹¹⁵ L. CALAFÀ 2005a, p. 279.

¹¹⁶ V. la *Risoluzione del Consiglio e dei Ministri incaricati dell'occupazione e della politica sociale concernente la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare*, 29 giugno 2000, 2000/C 218/02, quinto considerando.

¹¹⁷ Art. 3, comma 2, l. n. 53/2000, poi trasfuso nell'art. 32, d.lgs. n. 151/2001.

¹¹⁸ Art. 3, comma 4, l. n. 53/2000, poi trasfuso nell'art. 47, d.lgs. n. 151/2001.

¹¹⁹ Si tratta dei c.d. riposi per allattamento: v. art. 13, l. n. 53/2000, ora art. 40, d.lgs. n. 151/2001. Sul riequilibrio dei ruoli nel lavoro di cura operato dal legislatore v. R. NUNIN 2001, soprattutto p. 40 ss.

¹²⁰ Secondo L. CALAFÀ 2005a, p. 278, proprio il carattere bidirezionale delle misure previste dall'art. 9 costituisce la differenza più significativa dalle azioni positive disciplinate originariamente dalla l. n. 125/1991, il cui primo comma si riferiva chiaramente alle «azioni positive per le donne». D. IZZI 2005, p. 258 s. ritiene peraltro che l'approccio bidirezionale delle misure previste dall'art. 9 possa leggersi come

sono infatti sia le lavoratrici che i lavoratori, inclusi i dirigenti, con figli minori o aventi a carico persone disabili o non autosufficienti oppure persone affette da documentata grave infermità¹²¹; la possibilità di beneficiare di questo particolare strumento non è dunque strettamente correlata al sesso del lavoratore, ma dipende piuttosto dal carico di responsabilità che grava su quest'ultimo. Del resto tali azioni, essendo finalizzate a garantire un miglior equilibrio fra vita privata e lavoro, «non possono che appartenere ontologicamente ad entrambi i sessi»¹²²: benché sia innegabile che le responsabilità familiari continuino a gravare in misura maggiore in capo alle donne, è infatti chiaro che, in una logica di ripartizione di tali responsabilità in capo ai due sessi, l'esigenza di conciliazione riguarda anche gli uomini.

L'idea di agevolare il contemperamento fra vita privata e lavoro mediante l'erogazione di un finanziamento, da parte del Fondo per le politiche per la famiglia, ai datori di lavoro che attuino accordi contrattuali che prevedano una delle diverse tipologie di azioni positive ammesse dal legislatore¹²³ pare, sulla carta, senz'altro buona. Come

un'evoluzione del sistema delineato dalla legge del 1991 con la costruzione di un'azione positiva espressamente "a senso unico", anziché come una deviazione dallo stesso, data l'univocità della *ratio* che domina le misure di riequilibrio delle responsabilità familiari e professionali, di cui restano beneficiarie in ultima analisi le donne. L'autrice rileva infatti che «alle iniziative volte ad agevolare, per i lavoratori di entrambi i sessi, la conciliazione tra vita professionale e vita familiare, coinvolgendo anche gli uomini nella gestione di un problema tradizionalmente affrontato solo dalle donne», non è affatto estranea la «preoccupazione del legislatore del 1991 di promuovere l'occupazione femminile». Per un'ampia riflessione sulle azioni positive "storiche" v., *ibidem*, in particolare p. 223 ss.; cfr. anche la monografia di A. D'ALOIA 2002 e gli scritti raccolti in M.G. GAROFALO 2002.

¹²¹ Art. 9, comma 2, l. n. 53/2000. L'inclusione dei dirigenti fra i soggetti beneficiari, operata dall'art. 38, comma 1, della l. 18 giugno 2009, n. 69, ha destato perplessità non ingiustificate: poiché il meccanismo previsto dall'art. 9 si basa su progetti di azioni positive contrattate, la possibilità che il destinatario del progetto possa coincidere con una delle parti dell'accordo collettivo appare «una commistione inaccettabile» (così A.R. TINTI 2009b, p. 225).

¹²² L. CALAFÀ 2005a, p. 278.

¹²³ I modelli di azioni positive ammesse dal legislatore sono quattro. Il primo comma dell'art. 9, l. n. 53/2000 (nel testo attualmente vigente, risultante dalla riscrittura operata dalla legge n. 69/2009) prevede infatti la possibilità di finanziare: a) progetti articolati per consentire alle lavoratrici e ai lavoratori di usufruire di particolari forme di flessibilità degli orari e dell'organizzazione del lavoro, quali *part-time* reversibile, telelavoro e lavoro a domicilio, banca delle ore, orario flessibile in entrata o in uscita, sui turni e su sedi diverse, orario concentrato, con specifico interesse per i progetti che prevedano di applicare, in aggiunta alle misure di flessibilità, sistemi innovativi per la valutazione della prestazione e dei risultati; b) programmi ed azioni volti a favorire il reinserimento delle lavoratrici e dei lavoratori dopo un periodo di congedo parentale o per motivi comunque legati ad esigenze di concilia-

già si è detto, l'art. 9 sembrerebbe infatti rappresentare il *trait d'union* fra legge e autonomia privata, individuale e collettiva: presupposto indispensabile per poter beneficiare del sostegno economico previsto dal testo normativo è la previsione dell'azione positiva nell'ambito di un accordo collettivo di primo o di secondo livello o, nel caso di aziende di piccole dimensioni, un accordo individuale fra il datore di lavoro e il lavoratore interessato¹²⁴. Come precisato dal regolamento ministeriale del 23 dicembre 2010, compito dell'accordo contrattuale è quello di garantire l'«adattamento del contesto aziendale alle esigenze di conciliazione tra vita professionale e vita familiare espresse dai lavoratori», fornendo «soluzioni specifiche alle esigenze individuali dei soggetti interessati alle misure di conciliazione tra vita professionale e vita familiare ovvero [introducendo] procedure generali che consentano alle esigenze di conciliazione tra vita professionale e vita familiare dei lavoratori di essere soddisfatte»¹²⁵. Non di rado, tuttavia, gli accordi stipulati nell'alveo dell'art. 9 della

zione; c) progetti che, anche attraverso l'attivazione di reti tra enti territoriali, aziende e parti sociali, promuovano interventi e servizi innovativi in risposta alle esigenze di conciliazione dei lavoratori. A tali modelli di azione positiva se ne aggiunge poi un altro: l'art. 9, comma 3, stabilisce infatti che una quota delle risorse è impiegata per l'erogazione di contributi in favore di progetti che consentano ai titolari di impresa, ai lavoratori autonomi o ai liberi professionisti, per esigenze legate alla maternità o alla presenza di figli minori ovvero disabili, di avvalersi della collaborazione o sostituzione di soggetti in possesso dei necessari requisiti professionali. Nel prosieguo si farà riferimento prevalentemente ai progetti previsti dall'art. 9, comma 1, lettera a, trattandosi di quelli che hanno maggiormente a che fare con l'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro.

¹²⁴ L'art. 6 del *Regolamento 23 dicembre 2010 recante criteri e modalità per la concessione dei contributi di cui all'art. 9 della legge 8 marzo 2000, n. 53* precisa infatti che per accordo contrattuale si intende, anche in via alternativa: l'accordo con le organizzazioni di rappresentanza sindacale firmatarie del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato in azienda; l'accordo collettivo di secondo livello stipulato con le Rsa, le Rsu o con le strutture territoriali di organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; l'accordo quadro stipulato a livello territoriale tra le associazioni dei datori di lavoro e le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale; le intese definite dagli enti bilaterali per il comparto di riferimento ovvero dagli organismi paritetici territoriali costituiti tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni datoriali più rappresentative a livello nazionale. Qualora si tratti di aziende di piccole dimensioni, le azioni positive possono inoltre essere previste direttamente mediante accordo individuale: il regolamento stabilisce infatti che nel caso di datori che occupino alle loro dipendenze meno di 15 prestatori di lavoro, la misura di conciliazione può essere prevista con un accordo tra il datore di lavoro e il lavoratore interessato.

¹²⁵ Così l'art. 6, commi 2 e 3, del regolamento 23 dicembre 2010 che, in seguito alle modifiche apportate all'art. 9 dalla l. n. 69/2009, ha dettato i nuovi criteri e le nuove modalità per la concessione dei contributi finanziari, abrogando contestualmente il decreto di attuazione interministeriale 15 maggio 2001.

l. n. 53 si configurano «più alla stregua di un atto autorizzatorio, o di validazione, di un precedente accordo individuale, piuttosto che come esercizio di “razionalità collettiva”»¹²⁶, rivelandosi così incapaci di svolgere in modo efficace il compito di intermediazione fra esigenze opposte loro affidato.

L'esperienza applicativa presenta, in effetti, più ombre che luci: l'utilizzazione degli strumenti di sostegno predisposti dall'art. 9 è stata infatti inferiore alle aspettative, nonostante negli anni più recenti il numero dei progetti finanziati non sia stato propriamente trascurabile¹²⁷. L'insufficienza dei dati messi a disposizione dal Ministero per le politiche della famiglia¹²⁸, responsabile dell'erogazione dei contributi¹²⁹, rende ad ogni modo assai difficile tentare una riflessione sui risultati raggiunti dall'applicazione pratica della norma: la mancata indicazione del soggetto beneficiario, ad esempio, impedisce di verificare se l'azione positiva sia destinata ad un lavoratore o ad una lavoratrice; assente è pure il dato relativo alla necessità conciliativa del lavoratore, dato che sarebbe invece utile conoscere per verificare in quale misura l'art. 9 sia utilizzato per contemperare l'attività professionale non solo con le esigenze di cura dei figli ma anche con la necessità di accudire anziani o persone disabili; la mancata indicazione dello strumento di conciliazione applicato, infine, è in particolar modo

¹²⁶ I. SENATORI 2012, p. 8.

¹²⁷ Secondo i dati *Isfol* (su cui v. il rapporto di D. GOBBI 2009), il numero di progetti presentati è passato da 34 nel 2001 a 287 nel 2008; negli stessi anni il numero dei progetti approvati si è innalzato da 13 a 224, segnando un deciso incremento del tasso di successo (che è passato dal 38,24% al 78,39%). Sull'utilizzo delle azioni positive nel periodo 2001-2008 v. anche I. QUADRELLI 2012, soprattutto p. 42 ss.; dati interessanti sui primi anni di applicazione della norma possono essere letti anche in L. CALAFÀ 2005b, soprattutto p. 55 ss. Una valutazione statistica non può invece essere effettuata relativamente agli anni più recenti: come si vedrà *infra*, nel testo, nel periodo antecedente e successivo alla riscrittura dell'art. 9 operata dalla l. n. 69/2009 non sono state attivate tutte le tornate previste per la presentazione delle azioni positive. Nel 2009 il numero di progetti finanziati è stato così pari a soli 54; nessun progetto è stato finanziato nel 2010. Quanto al 2011, sono stati approvati 154 progetti relativamente alla scadenza di luglio e 153 rispetto il termine di novembre.

¹²⁸ Il Ministero mette infatti a disposizione soltanto i decreti di approvazione dei progetti, accompagnati da tabelle contenenti il nome del soggetto proponente, la Regione di appartenenza, la tipologia di azione positiva attivata e il titolo del progetto, oltre al giudizio della Commissione di valutazione, al punteggio raggiunto e all'indicazione dell'importo ammissibile al finanziamento.

¹²⁹ Nella versione originaria della norma, responsabile per l'erogazione del finanziamento era invece il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, al quale spettava il compito di definire con decreto le modalità e i criteri per la concessione dei contributi di concerto con i Ministri per la solidarietà sociale e per le pari opportunità.

deludente, dal momento che la diffusione di tale informazione potrebbe potenzialmente agevolare la circolazione di idee facendo emergere eventuali proposte innovative in materia¹³⁰.

La mancata disponibilità di tali dati rende assai difficile trarre conclusioni di rilievo particolare sull'esperienza applicativa dell'art. 9. Pare ad ogni modo utile soffermarsi ad analizzare i fattori che possono aver inciso negativamente sul successo della norma, concentrando l'attenzione soprattutto sull'art. 9, comma 1, lettera *a*, riguardante i progetti articolati per consentire alle lavoratrici e ai lavoratori di usufruire di particolari forme di flessibilità degli orari. Colpisce, in primo luogo, il carattere non sufficientemente innovativo di tale disposizione: già all'indomani della sua approvazione, l'art. 9 appariva come una disposizione «invecchiata al momento della sua comparsa, perché diretta a finanziare una realtà che, a ben vedere, esiste[va] già»¹³¹. A distanza di più di dieci anni, tale norma appare ancor più stantia: nonostante sia stata oggetto di varie modifiche (da ultimo nel 2009, quando il legislatore ha provveduto alla sua completa riscrittura), l'art. 9 – pur facendo dell'«innovatività dell'azione»¹³² il suo cavallo di battaglia – continua ad elencare fra gli strumenti finanziabili gli stessi istituti già conosciuti nell'esperienza applicativa, rinunciando in partenza a suggerire nuove forme di sperimentazione¹³³. Non sembrano infatti necessitare di un incentivo finanziario per la loro diffusione il lavoro a domicilio o la flessibilità su turni, a cui il legislatore del 2009 ha aggiunto la flessibilità geografica su sedi diverse. Discorso analogo vale per l'orario flessibile in entrata e in uscita che, se praticato, non determina un incremento dei costi per le imprese, nonché per la banca delle ore: come si è visto (v. *supra*, § 3), quest'ultimo istituto ha infatti trovato un'applicazione piuttosto rilevante nei rinnovi contrat-

¹³⁰ Le tabelle indicano infatti soltanto la tipologia del progetto, distinguendo fra quelli previsti *sub* lettera *a*, *b* o *c* del primo comma dell'art. 9 e quelli previsti dal terzo comma della medesima disposizione; non viene viceversa indicato lo strumento conciliativo utilizzato.

¹³¹ V. FERRANTE 2001, p. 1322.

¹³² Il carattere innovativo dell'azione positiva è infatti considerato dall'art. 8 del regolamento 23 dicembre 2010 come uno dei criteri sulla base dei quali i progetti devono essere valutati. Oltre a questo, la commissione di valutazione deve tener conto anche della concretezza dell'azione (intesa come chiara individualizzazione e coerenza del progetto e dei suoi presupposti), della sua efficacia, della sua economicità e della sua sostenibilità.

¹³³ È bene precisare che tale elenco non è tassativo: l'indicazione degli strumenti conciliativi è infatti preceduta dall'avverbio «quali». Il carattere meramente esemplificativo risulta peraltro rimarcato dall'art. 3, lettera *a*, del regolamento 23 dicembre 2010.

tuali degli ultimi anni, al punto da rendere superfluo un intervento legislativo portatore di sostegno economico¹³⁴.

Poco significativo pare anche il richiamo all'orario concentrato, cioè la possibilità di articolare la prestazione lavorativa solo su alcuni giorni della settimana mediante turni lavorativi più lunghi. Tale via è infatti percorribile anche in assenza di un accordo contrattuale autorizzatorio: come si è detto (v. *supra*, cap. III, § 2.3), l'abrogazione del limite massimo dell'orario di lavoro giornaliero e l'ampio ricorso a moduli orari medi consentono infatti di variare la collocazione dell'attività lavorativa, alternando periodi di prestazioni prolungate a soste nell'attività. Una simile organizzazione oraria, peraltro, sembra idonea a rispondere più alle esigenze organizzative dei datori di lavoro che a quelle dei lavoratori: come si è già avuto modo di rilevare, la possibilità di definire calendari di lavoro che alternino periodi di prestazioni prolungate a periodi di minor carico può infatti rivelarsi un utile strumento per gli imprenditori al fine di adeguare il tempo di lavoro al mutare delle esigenze produttive. La concentrazione oraria non è invece particolarmente indicata ai fini del raggiungimento della flessibilità nell'interesse del lavoratore. È infatti risaputo che la conciliazione di tempi di lavoro e tempi sociali è più facilmente raggiungibile mediante orari fissi e predeterminati che con orari estremamente variabili, in presenza dei quali il lavoratore difficilmente può programmare la propria vita extra-lavorativa¹³⁵. Né tale strumento garantisce un'adeguata tutela del diritto alla salute del lavoratore, dal momento che la concentrazione degli orari determina generalmente l'incremento della durata del turno lavorativo.

Un discorso in parte diverso merita invece l'inclusione del telelavoro fra gli strumenti finanziabili. Fra le misure individuate dal legislatore, tale forma di lavoro pare essere la più innovativa nonché la maggiormente bisognosa di sostegno economico, utile al fine di coprire le spese di impianto e di funzionamento delle postazioni telematiche. Il telelavoro, di per sé, non permette però al lavoratore di gestire in maniera maggiormente flessibile il proprio orario, giacché la sua forma più comune (detta *on line*) comporta un collegamento bidirezionale fra il *computer* centrale e i terminali esterni all'impresa, consentendo così al datore di lavoro di impartire direttive ed effettuare controlli in tempo reale, al pari di quelli che possono rison-

¹³⁴ In senso analogo V. FERRANTE 2001, p. 1325.

¹³⁵ Nello stesso senso v. ID. 2008a, p. 40, secondo cui «la flessibilità, ove non sia opportunamente governabile dal prestatore, rischia di generare limiti non meno opprimenti di quelli provenienti dalla prestazione standardizzata»; cfr. anche G.C. CERUTI 2010, p. 147; I. QUADRELLI 2012, p. 35.

trarsi in un normale rapporto all'interno dell'impresa. Maggiore flessibilità e, dunque, maggiore potenzialità conciliativa fra tempo di lavoro e tempi sociali derivano invece al lavoratore in caso di telelavoro *off line* o *one way line*, che presuppone una diversa connessione fra l'azienda e i lavoratori, tale da consentire l'invio di sole direttive preventive e la possibilità di effettuare controlli solo successivi sul lavoro svolto¹³⁶.

Qualche parola deve essere infine spesa sulla possibilità di utilizzare il *part-time* come azione positiva per la conciliazione ed in particolar modo sull'aggettivo «reversibile» che accompagna tale misura: aggettivo, quest'ultimo, d'importanza fondamentale, perché indirizzato a far sì che la riduzione di orario non si riveli per i lavoratori (ma, più spesso, le lavoratrici) una via senza ritorno. Come già si è visto, la potenzialità conciliativa del rapporto di lavoro a tempo parziale è fortemente inibita dalla scarsa attenzione riservata alla volontarietà della scelta del lavoratore, che spesso accetta tale forma di lavoro per la sola ragione dell'assenza di un impiego a tempo pieno oppure che, cessata o ridotta l'esigenza conciliativa che lo aveva indotto a richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro, non riesce più a far ritorno al *full-time* (v. *supra*, § 2). La qualificazione del *part-time* come reversibile – qualificazione che è stata abrogata dal legislatore del 2006 per poi essere reintrodotta nel 2009¹³⁷ – si rivela dunque particolarmente importante, alludendo alla possibilità di ottenere la trasformazione temporanea del rapporto a tempo pieno in uno a tempo parziale in corrispondenza di periodi caratterizzati da impegni familiari maggiormente gravosi, godendo del diritto al ritorno al *full-time* non appena sia cessata o ridotta l'esigenza conciliativa.

Le ragioni dell'insuccesso dell'art. 9 non dipendono però soltanto dalla scarsa incisività delle misure predisposte dal legislatore ma devono essere ricondotte anche ai tempi eccessivamente lunghi che trascorrono normalmente dalla richiesta dell'azione positiva al decreto

¹³⁶ Per uno studio sull'utilizzo del telelavoro in Europa cfr. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS 2010; sulla situazione italiana v. D. COLETTI 2008.

¹³⁷ Nel riscrivere l'art. 9 della l. n. 53/2000, la l. 27 dicembre 2006, n. 296 (art. 1, comma 1254) non qualificava più il *part-time* come reversibile. Ciononostante, tale mutamento legislativo non poteva produrre conseguenze, poiché il requisito della reversibilità del rapporto continuava ad essere espressamente menzionato dal decreto ministeriale di attuazione: sul punto v. A.R. TINTI 2009a, p. 185. Ad ogni modo, il requisito in questione è stato successivamente reintrodotta dall'art. 38, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69: sulle modifiche apportate all'art. 9 da tale intervento legislativo v. EAD. 2009b, p. 219 ss.

di approvazione: tale intervallo di tempo – la cui durata è mediamente pari ad un anno¹³⁸ – compromette infatti la capacità del meccanismo predisposto dall'art. 9 di fronteggiare le urgenze tipiche delle esigenze conciliative, scoraggiando la proposta di domande in tal senso.

Al ritardo cronico fra la presentazione dei progetti e l'emanazione del decreto di ammissibilità del finanziamento, recentemente si è peraltro aggiunto un ulteriore elemento che ha contribuito ad allungare sensibilmente i tempi per il finanziamento delle azioni positive, concorrendo così a compromettere la funzionalità della norma. Nel periodo immediatamente antecedente e in quello successivo alla riscrittura dell'art. 9 operata con la l. n. 69/2009, si è infatti verificata una brusca battuta d'arresto dell'utilizzo dello strumento conciliativo¹³⁹; soltanto il 2011, una volta emanato il nuovo regolamento di attuazione resosi necessario in seguito alle modifiche apportate al testo dell'art. 9, ha segnato un lento ritorno alla normalità¹⁴⁰. Più che di un ritorno al precedente regime, tuttavia, si sarebbe sentita la necessità di uno scossone, capace di incentivare un maggiore utilizzo dello strumento predisposto dall'art. 9. Nonostante l'insufficienza dei dati attualmente a disposizione, è però possibile immaginare che il carattere minimalista del più recente intervento legislativo – che ha mantenuto pressoché inalterata la struttura della norma, limitandosi a procedere ad una razionalizzazione del testo e ad inserire alcune modifiche qua e là¹⁴¹ – non sarà in grado di segnare il raggiungimento di un simile obiettivo.

¹³⁸ Se in due delle tornate del 2009 si è dovuto attendere 12 mesi per conoscere quali progetti fossero stati approvati, nel 2011 il tempo di attesa è stato parzialmente ridotto. Occorrerà però attendere i decreti di approvazione relativi alle successive scadenze per verificare se si stia effettivamente andando incontro ad una significativa inversione di tendenza.

¹³⁹ Secondo quanto previsto dall'ormai abrogato art. 4 del decreto ministeriale di attuazione 15 maggio 2001, ogni anno sono previste tre tornate di finanziamento: le domande devono essere presentate entro il 10 febbraio, il 10 giugno e il 10 ottobre di ciascun anno, salva diversa indicazione contenuta nell'avviso di finanziamento annuale; nel medesimo senso dispone oggi l'art. 13 del regolamento 23 dicembre 2010. Tuttavia, nel 2009 sono state saltate ben due delle tre scadenze annuali previste per la presentazione delle domande di finanziamento delle azioni positive e nel 2010 – addirittura – non è stata attivata neppure una tornata.

¹⁴⁰ Saltata la scadenza di febbraio, sono stati successivamente finanziati i progetti presentati nelle tornate di luglio e di novembre 2011; ancora nessun dato è invece disponibile relativamente al 2012, anno per il quale non è ancora stato pubblicato nessun avviso di finanziamento.

¹⁴¹ Il carattere minimalista della riforma è rilevato anche da A.R. TINTI 2009b, p. 223, alla quale si rinvia per un attento esame del testo normativo.

5. Alla ricerca di una difficile concordanza dei tempi

Rintracciare un punto di convergenza fra i bisogni dei lavoratori e le esigenze imprenditoriali, come si è visto, non è certo facile, specie in una materia delicata come quella dell'orario di lavoro: benché il tempo sia un bene strettamente personale, il compito di conciliare il tempo di lavoro con i tempi sociali non può certo essere lasciato alla sola autonomia individuale. Troppo alto è infatti il rischio che in mancanza di «“antidoti” giuridici», quali l'esistenza di norme inderogabili e il riconoscimento ai lavoratori di diritti indisponibili, «l'assenza di potere [divenga] fonte di un rapporto squilibrato, caratterizzato da uno stato di soggezione»¹⁴² del lavoratore al potere del datore. La soluzione di tale difficile *rebus* non può dunque che passare attraverso una fonte eteronoma, per mezzo della quale sviluppare una politica di conciliazione dei tempi: l'intervento che si richiede al legislatore va però al di là del mero sostegno economico che, come l'esperienza applicativa dell'art. 9 della l. n. 53/2000 dimostra (v. *supra*, § 4), non è da solo sufficiente per promuovere una diversa organizzazione del tempo di lavoro. A misure di tal genere dovrebbe infatti accompagnarsi anche l'attribuzione ai dipendenti di diritti indisponibili¹⁴³, per mezzo dei quali riequilibrare il rapporto di forza fra datore e lavoratore: la possibilità di personalizzare le regole in materia di orario di lavoro affinché queste siano «più vicine alla personalità moderna e alla diversità delle esperienze e dei bisogni dei lavoratori»¹⁴⁴ è infatti strettamente connessa all'introduzione nel testo normativo di elementi che garantiscano ai dipendenti di esprimere la propria volontà in modo genuino.

Certo non ricca di strumenti volti a salvaguardare il diritto alla conciliazione è però la direttiva n. 2003/88, ove compare un'unica disposizione volta a favorire un'organizzazione del tempo di lavoro rispettosa non soltanto della salute del lavoratore ma anche delle esigenze di cui questi è portatore in quanto essere umano: si tratta dell'art. 13, ai sensi del quale gli Stati membri devono introdurre «le misure necessarie affinché il datore di lavoro che prevede di organizzare il lavoro secondo un certo ritmo tenga conto del principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano, segnatamente per

¹⁴² Entrambe le citazioni sono tratte da O. MAZZOTTA 1991, p. 489.

¹⁴³ In senso analogo v. V. BAVARO 2009b, p. 24, secondo cui, al posto di «porre un obbligo-divieto a carico del datore di lavoro», occorrerebbe «attribuire una potestà al titolare del diritto soggettivo al tempo-persona», passando così «dalla imposizione di obblighi di fare o non-fare all'organizzazione [...] all'attribuzione di poteri al lavoratore mediante diritti di azione sull'organizzazione».

¹⁴⁴ T. TREU 2002, p. 115.

attenuare il lavoro monotono e il lavoro ripetitivo, a seconda del tipo di attività e delle esigenze in materia di sicurezza e di salute, in particolare per quanto riguarda le pause durante l'orario di lavoro». Tale disposizione, tuttavia, più che ad attribuire ai lavoratori il diritto a contemperare tempo di lavoro e tempi sociali, si limita ad «assicurare, agendo sui tempi, la protezione della salute e sicurezza *durante* il lavoro ed in connessione con le specifiche modalità della prestazione»¹⁴⁵: del tutto assente è, invece, l'intento di incidere su fattori esterni al concreto svolgimento della prestazione, attribuendo ai lavoratori la possibilità di gestire il proprio tempo. Ciò non toglie, ad ogni modo, che il principio dell'umanizzazione del tempo di lavoro debba quanto meno essere considerato come una nozione di riferimento nella costruzione delle discipline interne, il cui valore di risorsa di chiusura merita di essere esaltato a livello interpretativo¹⁴⁶.

La conciliazione tra vita familiare e vita professionale sembrerebbe essere oggetto di una maggiore protezione nell'ambito della Carta di Nizza che riconosce ad ogni individuo il diritto a «conciliare vita familiare e vita professionale» (art. 33): diritto che, però, è connesso al solo divieto di licenziamento per causa di maternità e alla sola garanzia di periodi di congedo per far fronte alle responsabilità familiari¹⁴⁷. Seppur sia possibile sostenere che una lettura combinata delle

¹⁴⁵ V. LECCESE 2009, p. 353. Come rileva V. FERRANTE 2008a, p. 26, tale principio – a dispetto delle attese che aveva sollecitato nei primi commentatori – è stato infatti interpretato come limitato alla sola materia dei turni.

¹⁴⁶ A tal proposito, è utile ricordare che l'art. 13 della direttiva potrebbe costituire un argine all'applicazione di orari di lavoro eccessivamente prolungati che fossero eventualmente previsti dalla contrattazione decentrata, in deroga alla contrattazione di primo livello e alla legge: come già si è detto – poiché l'art. 8 della l. n. 148/2011, nell'autorizzare la contrattazione decentrata a derogare alla legge e alle disposizioni contrattuali di superiore livello, precisa che devono essere rispettati, oltre ai vincoli costituzionali ed internazionali, anche i vincoli comunitari – nel valutare la legittimità delle norme contrattuali devono essere tenuti in considerazione tutti i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, ivi compresi i principi di diritto non dotati di un'immediata valenza precettiva. In quest'ottica, l'art. 13 della direttiva merita dunque di essere valorizzato come una norma di chiusura, con cui inibire l'applicazione di orari di lavoro eccessivamente prolungati. Per una riflessione più ampia su tale questione v. *supra*, cap. II, § 4.2.

¹⁴⁷ L'art. 34 della Carta di Nizza – che, come detto *supra*, cap. III, § 5.1, è stata proclamata il 7 dicembre 2000 e ha acquistato lo stesso valore giuridico dei trattati in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009 (v. l'art. 6.1 TUE) – garantisce «la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale» stabilendo che «al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio».

diverse disposizioni contenute nella Carta in tema di parità fra i sessi e in relazione al ruolo della famiglia permetta di salvaguardare le esigenze dei lavoratori¹⁴⁸, non si può però fare a meno di concordare con chi ha rilevato che l'art. 33 – pur enunciando il diritto alla conciliazione – non pare in grado di «determinare una modifica più profonda del rapporto di lavoro, sul piano [...] della disciplina degli orari o del rilievo delle esigenze personali del lavoratore»¹⁴⁹.

Certamente più attenta alla questione della concordanza dei tempi si era mostrata l'ormai naufragata proposta di revisione della direttiva sull'orario di lavoro presentata dal Parlamento europeo con la risoluzione del 17 dicembre 2008¹⁵⁰. Mostrando di aver colto il nocciolo del problema conciliativo, il Parlamento europeo si era infatti spinto al di là delle mere enunciazioni di principio ed aveva emendato significativamente la più blanda proposta del Consiglio¹⁵¹, suggerendo di introdurre un nuovo articolo nella direttiva, rubricato «conciliazione della vita professionale con la vita familiare». Se fosse stata approvata, tale disposizione avrebbe riconosciuto in capo ai lavoratori il diritto di ottenere informazioni su ogni cambiamento del ritmo di lavoro e il diritto di chiedere modifiche di quest'ultimo. L'introduzione dell'obbligo per il datore di lavoro di informare i dipendenti «con congruo anticipo di ogni modifica del ritmo di lavoro», innanzitutto, avrebbe permesso ai lavoratori di organizzare con mag-

¹⁴⁸ In senso analogo A. GIORGIS 2001b, p. 236 ss. Oltre a tutelare il rispetto della vita privata e familiare (art. 7), la Carta di Nizza garantisce anche la parità fra uomini e donne (art. 23) e il diritto dei bambini «alle cure necessarie per il loro benessere» (art. 24); attenzione viene inoltre riservata agli anziani e ai disabili (artt. 24 e 25). Come già si è avuto modo più volte di ricordare (v. *supra*, cap. II, § 4.2 e cap. III, § 5.1), la Carta riconosce inoltre il diritto a condizioni di lavoro «sane, sicure e dignitose», prevedendo il diritto alla limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite (art. 31).

¹⁴⁹ V. FERRANTE 2008a, p. 27. Più fiducioso pare invece il giudizio di L. CALAFÀ 2004, p. 53 ss.

¹⁵⁰ V. la risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 17 dicembre 2008, in G.U.U.E., 23 febbraio 2010, n. C 45. Sui successivi sviluppi della procedura di revisione della direttiva v. *supra*, cap. I, § 2.1.

¹⁵¹ Il Consiglio (con la proposta di posizione comune (CE) n. 23/2008, in G.U.U.E., 7 ottobre 2008, n. C 254) intendeva introdurre nella direttiva una norma secondo la quale i datori di lavoro avrebbero dovuto informare «a tempo debito» i lavoratori di «eventuali *modifiche sostanziali* del ritmo o dell'organizzazione del loro orario di lavoro» (c.m.). La medesima proposta suggeriva inoltre di stabilire che «tenendo conto delle esigenze dei lavoratori in materia di flessibilità del loro orario e del loro ritmo di lavoro, gli Stati membri incoraggiano parimenti, in conformità delle prassi nazionali, i datori di lavoro ad esaminare le richieste di modifiche dell'orario o del ritmo di lavoro, fatte salve le esigenze aziendali e le esigenze dei lavoratori e dei datori di lavoro in termini di flessibilità».

giore consapevolezza il proprio tempo libero: la principale difficoltà insita nella conciliazione fra attività professionale e vita privata è infatti dovuta non tanto alla collocazione del turno di lavoro nell'arco della giornata, quanto all'estrema variabilità dell'orario di lavoro¹⁵². L'introduzione del diritto dei lavoratori a chiedere modifiche dell'orario o del ritmo lavorativo, poi, avrebbe consentito di bilanciare effettivamente le esigenze imprenditoriali con quelle dei lavoratori: in capo ai datori di lavoro sarebbe stato infatti previsto l'«obbligo di considerare tali richieste equamente, tenuto conto delle esigenze di flessibilità di datori di lavoro e lavoratori». Pur non essendo previsto un vero e proprio diritto ad ottenere il cambiamento d'orario, la proposta parlamentare mirava a rafforzare la posizione soggettiva dei dipendenti, stabilendo che la richiesta avrebbe potuto essere respinta soltanto se gli inconvenienti organizzativi che il suo accoglimento avrebbe comportato in capo all'imprenditore fossero «sproporzionalmente maggiori del beneficio per il lavoratore».

Il Parlamento europeo aveva dunque individuato nel riconoscimento di importanti diritti ai lavoratori la strada attraverso la quale garantire l'effettiva possibilità di conciliare tempo di lavoro e tempo di vita: strada che però si è rivelata essere un vicolo cieco, dal momento che – ancor prima del definitivo abbandono delle proposte fino ad allora avanzate per la revisione della direttiva¹⁵³ – la Commissione europea aveva in gran parte depotenziato i suggerimenti parlamentari, accogliendo soltanto in minima parte le proposte in materia di conciliazione della vita professionale con la vita familiare. Consapevole che difficilmente si sarebbe potuto trovare un accordo sul punto giacché la conciliazione «è obiettivo tutt'altro che conciliante»¹⁵⁴, la Commissione si era infatti limitata ad accogliere la proposta relativa all'introduzione dell'obbligo di informazione ai lavoratori con «congruo anticipo» anziché «a tempo debito», così come era stato invece suggerito dal Consiglio. Erano state viceversa rigettate le altre e più significative proposte parlamentari: secondo la Commissione, in particolare, l'introduzione del criterio della sproporzione tra gli inconvenienti organizzativi e i benefici per il lavoratore a cui si sarebbe

¹⁵² Nello stesso senso v. G. CERRUTI 2010, p. 147.

¹⁵³ Come si è detto *supra*, cap. I, § 2.1, il 29 aprile 2009 il Comitato di conciliazione fra Consiglio e Parlamento ha infatti preso atto dell'impossibilità di raggiungere un accordo sulla proposta di modifica della direttiva. Si ricordi, ad ogni modo, che una nuova fase di consultazione in vista della revisione della direttiva è stata successivamente aperta dalla Commissione: *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, COM (2010) 106 def., 24 marzo 2010.

¹⁵⁴ A.R. TINTI 2009a, p. 182.

voluta subordinare la possibilità per il datore di rifiutare la richiesta di cambiamento di orario avanzata dal lavoratore sarebbe stato «di difficile applicazione pratica»¹⁵⁵. Ad ogni modo, benché fosse stata notevolmente depotenziata rispetto alla proposta del Parlamento, la previsione risultante dal parere della Commissione, ove inserita nella direttiva n. 2003/88, avrebbe comunque avuto il merito di comportare da un lato «la necessità di un intervento eteronomo volto a garantire una maggiore considerazione delle esigenze di flessibilità del prestatore[...]; dall'altro, grazie alla garanzia dell'informazione preventiva, un'attenuazione dell'impatto delle scelte datoriali sull'organizzazione di vita dei lavoratori»¹⁵⁶.

Accantonata (almeno per ora) la proposta di revisione della direttiva in materia di orario di lavoro, una disposizione assai simile a quella risultante dal parere della Commissione è stata successivamente riproposta in un altro contesto. L'accordo quadro in materia di congedi parentali sottoscritto il 18 giugno 2009 da BusinessEurope, UEAPME, CEEP e CES e poi attuato con la direttiva n. 2010/18 dell'8 marzo 2010, prevede infatti che, «al fine di promuovere una migliore conciliazione, gli Stati membri e/o le parti sociali prendono le misure necessarie per garantire ai lavoratori che tornano dal congedo parentale la possibilità di richiedere modifiche dell'orario lavorativo e/o dell'organizzazione della vita professionale per un periodo determinato. I datori di lavoro prendono in considerazione tali richieste e vi rispondono alla luce delle proprie esigenze e di quelle dei lavoratori»¹⁵⁷. Se il contenuto di tale norma non diverge molto da quello risultante dal parere della Commissione per la revisione della direttiva sull'orario, quel che fa però la differenza è il contenitore: il campo di applicazione di tale disposizione è infatti decisamente più ridotto. Garantendo soltanto a coloro che rientrano dopo un congedo parentale la tutela che, nella proposta di revisione della direttiva n. 2003/88, si sarebbe voluto estendere a tutti i lavoratori, la norma prevista dall'accordo quadro sui congedi parentali non pare, in fin dei conti, tenere in sufficiente considerazione le esigenze dei lavoratori ad un migliore contemperamento fra tempo di lavoro e tempi sociali,

¹⁵⁵ V. il *Parere della Commissione a norma dell'articolo 251, paragrafo 2, terzo comma, lettera c, del trattato CE sugli emendamenti del Parlamento Europeo alla posizione comune del Consiglio relativa alla proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva n. 2003/88/CE*, COM (2009) 57 def., 4 febbraio 2009.

¹⁵⁶ V. LECCESE 2009, p. 354.

¹⁵⁷ V. il paragrafo 1 della clausola n. 6 (Ripresa dell'attività professionale), dell'accordo quadro.

esigenze che avrebbero meritato una tutela ben più vigorosa¹⁵⁸. L'attenzione mostrata dal legislatore europeo nei confronti della questione della conciliazione dei tempi non sembra dunque aver ancora raggiunto un livello idoneo a garantire quel «migliore equilibrio tra vita lavorativa e vita privata» indicato fra gli ambiziosi obiettivi della Strategia Europa 2020¹⁵⁹.

Passando dal piano europeo a quello nazionale non si può certo dire che il tema della concordanza dei tempi goda di maggiore fortuna. Come si è visto (v. *supra*, cap. III, § 1.2), l'apertura da parte del legislatore di ampi spazi alle scelte dell'autonomia individuale non si traduce infatti in una migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Benché Governo e parti sociali continuino ad esaltare il valore di una «flessibilità *family-friendly*» e a sottolineare l'importanza della «modulazione flessibile dei tempi e degli orari di lavoro, tanto nell'interesse dei lavoratori che dell'impresa»¹⁶⁰, il raggiungimento di tali obiettivi è fortemente compromesso dall'assenza di norme legislative capaci di porre un freno alla lunghezza delle giornate lavorative, norme che – come si ricorderà – sono invece presenti in altri ordinamenti europei¹⁶¹ (v. *supra*, cap. I, § 2.2).

¹⁵⁸ Nello stesso senso cfr. V. LECCESE 2010a, p. 24, e L. CALAFÀ 2011, p. 2, alla quale si rinvia anche per un'analisi della direttiva n. 2010/18. Sul procedimento di revisione della direttiva n. 2003/88 e, in particolar modo, sulla discussione sorta intorno alla tematica della conciliazione v. anche D. GOTTARDI 2009, p. 317 s.

¹⁵⁹ V. la *Comunicazione della Commissione, Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2010) 2020, 3 marzo 2010, p. 19, secondo cui «gli Stati membri dovranno: attuare i propri percorsi nazionali di flessibilità, come stabilito dal Consiglio europeo, per ridurre la segmentazione del mercato del lavoro e agevolare le transizioni, facilitando al tempo stesso un migliore equilibrio tra vita lavorativa e vita privata; [...] promuovere nuove forme di equilibrio tra lavoro e vita privata, parallelamente a politiche di invecchiamento attivo, così come la parità fra i sessi».

¹⁶⁰ Entrambe le citazioni sono tratte dall'intesa in materia di «azioni a sostegno delle politiche di conciliazione tra vita e lavoro», sottoscritta il 7 marzo 2011 da Governo, Cgil, Cisl, Uil, Ugl, Cisl Confsal, Confidi, Sin.pa, Usae, Confedertecnica, Confprofessioni, Cida, Confedermit, Civ-Unionquadri, Cuq Confetra Unitaria Quadri, Ania, Abi, Confetra, Confservizi, C.I.A., Casartiartigianani, Forum associazioni famigliari, Col-diretti, Confagricoltura, Unicoop, Unci, Confcooperative, Agci, Legacoop, Clai, Cna, Confartigianato, Confesercenti, Confocommercio, Confapi, Confindustria.

¹⁶¹ Significativo è l'esempio tedesco: in Germania il legislatore ha infatti scelto di modulare l'orario su base giornaliera, stabilendo che la durata dell'attività lavorativa non può superare le 8 ore; tale soglia può eventualmente essere elevata fino a dieci ore, a condizione che nell'arco di sei mesi solari o ventiquattro settimane non venga superata la media giornaliera di 8 ore (ArbZG. § 3). Analogamente, in Francia l'orario massimo giornaliero è fissato in dieci ore (L. 3121-34 del *code du travail*). Su tale questione v. anche V. LECCESE 2001a, p. 220 s.; M. ROCCELLA, T. TREU 2012, p. 358 s.

Significativo è inoltre il mancato riconoscimento in capo ai lavoratori di un diritto soggettivo alla conciliazione del tempo di lavoro con i tempi sociali, diritto che è invece garantito nell'ordinamento spagnolo: l'art. 34.8 dell'*Estatuto de los trabajadores* attribuisce infatti ai lavoratori il diritto ad adattare, sulla base di regole dettate in accordi collettivi o mediante patti individuali, la durata e la distribuzione dell'orario di lavoro in modo tale da permettere una migliore conciliazione della vita personale, familiare e lavorativa¹⁶². Introdotta dalla *ley organica* del 22 marzo 2007, n. 30, tale norma mira a potenziare le capacità dei lavoratori e delle lavoratrici di conciliare il perseguimento dei propri interessi e delle proprie esigenze con lo svolgimento dell'attività lavorativa; a tal fine, il legislatore spagnolo ha accompagnato al riconoscimento del diritto in questione la previsione secondo cui le controversie sorte in tale materia devono essere risolte dal giudice competente mediante la procedura d'urgenza dettata dall'art. 139 della *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*¹⁶³. Benché immediatamente dopo l'entrata in vigore di tale disposizione si sia dubitato dell'effettiva portata innovativa del riconoscimento di uno specifico diritto alla conciliazione¹⁶⁴, non si può ritenere che all'art. 34.8 ET spetti un valore meramente programmatico: in sede giudiziale, infatti, è già stata respinta l'interpretazione proposta dai primi commentatori, secondo i quali – nonostante il riconoscimento legislativo – l'effettività del diritto alla conciliazione avrebbe continuato ad essere subordinata al raggiungimento di un accordo nel contratto collettivo o in quello individuale; la giurisprudenza spagnola ha infatti chiarito che l'assenza di un accordo (collettivo o individuale) in materia di conciliazione non può certamente inficiare l'effettività di un diritto riconosciuto direttamente dalla legge¹⁶⁵. Del resto, così come precisato dal *Tribunal Constitucional*, in Spagna il diritto alla conciliazione della vita personale, familiare e lavorativa ha una «dimensione costituzionale»¹⁶⁶.

¹⁶² Per un'analisi di tale norma e per uno studio degli effetti da essa prodotti a distanza di alcuni anni dalla sua emanazione v. M.L. MOLERO MARAÑÓN 2011, p. 11 ss.

¹⁶³ V. l'art. 44, sezione 1 della *Ley Orgánica* n. 3/2007, che ha inserito la diciassettesima disposizione addizionale all'*Estatuto de los trabajadores*. Su tale norma v. E. CAAMAÑO ROJO 2008, p. 342 ss.; F.J. TRILLO PÁRRAGA 2010, p. 224 s.

¹⁶⁴ Così F.J. TRILLO PÁRRAGA 2010, p. 157.

¹⁶⁵ V. la sentenza del *Juzgado de lo Social* n. 2 di Santander, 30 giugno 2008, n. 318, in *AS*, 2008, p. 2176.

¹⁶⁶ V. la sentenza del *Tribunal Constitucional* 15 gennaio 2007, n. 3, che può essere letta integralmente all'indirizzo internet www.mgt.es/Mujer/artemisa/sentenciat.pdf. Con tale pronuncia è stata riconosciuta l'esistenza di una discriminazione indiretta

Un simile diritto alla conciliazione dei tempi di lavoro e dei tempi sociali non è invece presente nell'ordinamento italiano, ove, come si è visto, l'attenzione mostrata dal legislatore alla questione della concordanza dei tempi è ben più scarsa: nel nostro Paese, infatti, il problema della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e quello della condivisione dei ruoli paiono essere relegati «nel novero delle scelte marginali, da sostenere e da promuovere, ma lontane dall'epicentro della regolazione normativa»¹⁶⁷. La sensazione di un limitato interesse al problema del temperamento fra vita professionale e vita privata non è smentita neppure dalle più recenti novità legislative: nonostante l'enfasi con cui sono state accolte dalla stampa, le disposizioni introdotte dall'art. 4, comma 24, della l. n. 92/2012 hanno infatti una portata esigua, traducendosi nella sola sperimentazione di un congedo obbligatorio per il lavoratore padre alla nascita del figlio di durata pari ad un giorno – a cui possono eventualmente aggiungersene due in accordo con la madre e in sua sostituzione¹⁶⁸ – e nella possibilità per la lavoratrice madre di ottenere (in alternativa al congedo parentale di cui all'articolo 32, comma 1, lettera *a*, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151) *voucher* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting*, oppure per fare fronte agli oneri della rete pubblica di servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati¹⁶⁹.

Colpisce innanzitutto il carattere così limitato del diritto al congedo di paternità, specie se raffrontato al periodo di astensione dal lavoro di cui stanno attualmente discutendo le istituzioni europee. Fra le novità contenute nella proposta di modifica della direttiva sulla protezione della maternità al momento all'esame del Consiglio, v'è infatti la disposizione che intende obbligare gli Stati membri a riconoscere al padre lavoratore il diritto ad un congedo dalla durata minima di due settimane, da fruire entro il periodo previsto per il godimento del congedo di maternità¹⁷⁰. Qualora venisse approvata, evi-

per ragione del sesso nel caso in cui alla lavoratrice con responsabilità familiare sia stato impedito il godimento del diritto alla conciliazione. Sulla questione v. F.J. TRILLO PÁRRAGA 2010, p. 225 s. e p. 251.

¹⁶⁷ D. GOTTARDI 2010, p. 24.

¹⁶⁸ V. l'art. 4, comma 24, lettera *a* della l. n. 92/2012. Diversamente dalla versione approvata in via definitiva, il disegno di legge originariamente presentato in Parlamento considerava tutti e tre i giorni di congedo come obbligatori, stabilendo che due di questi dovessero essere fruiti in sostituzione della madre.

¹⁶⁹ V. l'art. 4, comma 24, lettera *b*, della l. n. 92/2012.

¹⁷⁰ V. la *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 92/85/CEE del Consiglio concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento*, 20 ottobre 2010, COM (2008) 637. Su tale proposta di direttiva e sul suo difficile iter verso l'approvazione v. D. GOTTARDI 2012c, p. 990 ss.

dentemente, tale disposizione rappresenterebbe un utile contributo verso la promozione della partecipazione paritaria di entrambi i genitori all'esercizio dei diritti e delle responsabilità familiari.

In tutt'altra direzione sembra invece muoversi la normativa italiana: così come disegnata dal legislatore, la fruizione del congedo da parte di entrambi i genitori richiede infatti un difficile «gioco a incastro»¹⁷¹, dal momento che soltanto il giorno di congedo di paternità obbligatorio può essere goduto nel medesimo periodo di astensione dal lavoro della madre. I restanti due giorni dovranno invece essere fruiti dal padre in accordo con la madre e in sua sostituzione «in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima». V'è da chiedersi quale sia il significato da attribuire a tale inciso: a prima vista si potrebbe pensare che il congedo di paternità «facoltativo» possa essere fruito soltanto a condizione che la madre rinunci a due giorni del proprio periodo di congedo obbligatorio; sennonché durante tale periodo vige il divieto di lavoro, la cui violazione è punita con sanzione penale a carico del datore di lavoro (artt. 16 e 18, d.lgs. n. 151/2001). Pare dunque preferibile accogliere una diversa interpretazione – meno aderente al dato letterale della norma, ma maggiormente rispettosa dello spirito del Testo unico in materia di tutela e sostegno della maternità – secondo la quale, al fine di consentire al padre di esercitare il diritto riconosciutogli dalla l. 92/2012, la madre deve rinunciare non a due giorni del periodo di astensione obbligatoria ma a due giorni del congedo parentale di cui abbia eventualmente scelto di beneficiare¹⁷².

Non esente da critiche è poi la scelta del legislatore italiano di attribuire alla madre il diritto ad ottenere *voucher* per l'acquisto di servizi per l'infanzia: tenendo conto che la possibilità di beneficiare dei *voucher* – il cui costo grava sul Fondo per il finanziamento di interventi a favore dell'incremento (in termini quantitativi e qualitativi) dell'occupazione giovanile e delle donne¹⁷³ – è posta in alternativa e non in aggiunta al diritto alla fruizione del congedo parentale, è infatti lecito immaginare che la lavoratrice, su pressione del datore di lavoro, non di rado sarà indotta a rinunciare al prolungamento del suo periodo di assenza dal lavoro¹⁷⁴. Una simile alternativa si pone

¹⁷¹ D. GOTTARDI 2012b, p. 613.

¹⁷² Analoga è l'interpretazione proposta da D. GOTTARDI 2012b, p. 613; cfr. anche EAD. 2012d, p. 124 s. e V. ADDONIZIO 2012, p. 69.

¹⁷³ L'art. 4, comma 26, della l. n. 92/2012 fa infatti riferimento al fondo di cui all'art. 24, comma 27, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214. Sulle modalità di finanziamento dei *voucher* v. D. GOTTARDI 2012b, p. 617 e EAD. 2012d, p. 125 ss.

¹⁷⁴ In senso analogo v. D. GOTTARDI 2012a, secondo cui la norma in questione

per di più «in contrasto con la lettera e con lo spirito della normativa»¹⁷⁵ sui congedi parentali: mentre il diritto al periodo di astensione dal lavoro può essere esercitato in un arco di tempo dilatato, che si estende fino agli otto anni di vita del figlio, la norma da ultimo approvata colloca infatti in un unico momento «lo scambio tra denaro e tempo»¹⁷⁶; al termine del congedo di maternità la madre è dunque posta dinnanzi ad un bivio, la cui scelta condizionerà inevitabilmente la sua futura capacità di far fronte alle esigenze di cura del figlio.

Il più recente intervento legislativo trascura inoltre due elementi di fondamentale importanza. Innanzitutto, non considera che la conciliazione – lungi dall'essere affare che riguarda solo le lavoratrici madri o i lavoratori padri – richiama anche «altre funzioni del tempo di vita (per la formazione, per la socialità, per l'*otium*, per il consumo, ecc.)»¹⁷⁷. Il diritto al contemperamento fra orario di lavoro e resto della vita meriterebbe, in secondo luogo, di essere sostenuto non soltanto mediante il riconoscimento del diritto a periodi di astensione dal lavoro, ma anche mediante il diritto ad una diversa organizzazione del tempo di lavoro che tenga in considerazione le esigenze dei dipendenti.

Una più marcata attenzione al problema della concordanza dei

«ha come obiettivo quello di spingere la madre lavoratrice a tornare subito al lavoro, quando il figlio ha da 3 a 4 mesi, ottenendo in cambio, per 11 mesi, un generico *voucher* per una *baby-sitter* individualmente scelta»: sorge così «il dubbio, non tanto infondato, [...] che si voglia scambiare l'intero pacchetto di congedi parentali con il *voucher* per *baby-sitter*». Sul rischio di «penalizzazione, se non di vero e proprio ricatto o ritorsione» cui la norma in questione sottopone le donne che non intendano tornare immediatamente al lavoro al termine del congedo obbligatorio di maternità v. EAD. 2012b, p. 617. Sul punto v. anche G. DE SIMONE 2012, p. 601 s., secondo cui colpisce «il fatto che la scelta [...] tra congedo parentale e *voucher* sia prevista per la sola madre, e non invece per il padre: certo, nulla cambierebbe se potesse scegliere anche il padre [...] per quanto riguarda l'assistenza al figlio, ma molto cambia nel riparto dei costi "sociali", che gravano sul datore di lavoro della sola madre, rendendo ancora una volta più costoso, e dunque meno appetibile, il lavoro femminile». In tal senso v. anche V. ADDONIZIO 2012, p. 69 s.

¹⁷⁵ Così D. GOTTARDI 2012b, p. 616, a cui si rinvia per una puntuale analisi di questi e di altri profili critici presentati dal recente testo normativo.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Infatti, «benché il sostegno alla genitorialità sia la prima esigenza da garantire nelle politiche di conciliazione, [...] non esiste impedimento – né tecnico né giuridico – a garantire il tempo liberato dal lavoro in funzione ulteriore rispetto a quella di cura»: così V. BAVARO 2009c, p. 229, secondo il quale «si può distinguere e differenziare una diversa intensità di tutela e sostegno di tali tempi, ma una politica dei tempi sociali non deve necessariamente escludere da una strategia di conciliazione alcune funzioni del tempo».

tempi non pare d'altronde essere prestata dalle parti sociali. Misure come quelle adottate dall'accordo tripartito in materia di «azioni a sostegno delle politiche di conciliazione tra vita e lavoro» sottoscritto il 7 marzo 2011¹⁷⁸ non sembrano infatti essere sufficienti a garantire il raggiungimento di una “flessibilità buona” che sappia andare incontro alle esigenze dei lavoratori. Ancora una volta si è infatti rinunciato in partenza al tentativo di favorire un riequilibrio della differente forza contrattuale delle parti, subordinando l'effettiva applicazione di molte delle misure conciliative al vaglio di compatibilità con le esigenze organizzative e produttive aziendali¹⁷⁹. Gli strumenti previsti da tale intesa, inoltre, sono già stati in gran parte sperimentati dalla contrattazione collettiva con scarso successo e, da soli, non paiono in grado di garantire ai lavoratori il sostegno necessario per una migliore organizzazione del tempo di lavoro. Sono poche infatti le misure che sembrano dense di potenzialità conciliative. Fra queste vi è la possibilità di trasformare temporaneamente il rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale per un periodo corrispondente almeno ai primi tre anni di vita del bambino ovvero per oggettive e rilevanti esigenze di cura di genitori o di altri familiari, entro il secondo grado, con diritto al rientro a tempo pieno. Senz'altro interessante pare inoltre la «verifica della possibilità, per lavoratori e lavoratrici, di usufruire del congedo parentale in modalità di *part-time*, allungandone proporzionalmente la durata compatibilmente con le esigenze di servizio»: nel caso in cui tale dichiarazione di impegni non si rivelasse un mero «protocollo di intenti»¹⁸⁰ ma trovasse effettiva applicazione, si abbraccerebbe finalmente un diverso concetto di conciliazione tra responsabilità familiari e attività professionale, secondo cui le esigenze di cura dei figli non devono necessariamente richiedere la sospensione dell'attività lavorativa ma possono essere perseguite mediante una diversa modulazione dell'orario.

Tutt'altra valutazione merita invece la possibilità per i lavoratori, prevista dal medesimo accordo (ma prima anche nell'art. 9 della l. n. 53/2000), «di usufruire, a fini di conciliazione, di un orario di lavoro concentrato, inteso come orario continuato dei propri turni giornalieri»¹⁸¹: nel nostro Paese, evidentemente, la promozione della conci-

¹⁷⁸ Si tratta dell'intesa già citata *supra*, in nota 160.

¹⁷⁹ Sul punto v. anche I. SENATORI 2012, p. 11, secondo cui tale intesa consegnerebbe «la concreta attuazione degli strumenti conciliativi nelle mani della discrezionalità datoriale».

¹⁸⁰ È questo il giudizio formulato da M. MAGNANI 2012b, p. 11 sull'accordo del 7 marzo 2011.

¹⁸¹ V. l'accordo del 7 marzo 2011 cit.

liazione fra tempi di lavoro e tempi sociali sembrerebbe non poter fare a meno di passare attraverso la strada del ricorso a moduli orari caratterizzati dall'alternarsi di giornate lavorative molto lunghe e di successivi tempi di riposo compensativo. A quanto pare, dunque, la conciliazione fra tempi di lavoro e tempi di vita continua a fare rima con concentrazione di turni lavorativi prolungati, a cui seguono periodi di riposo: oltre ai limiti insiti in simili strumenti di flessibilità, che sembrano concepiti prima di tutto come mezzi di organizzazione del lavoro e solo in via indiretta e mediata come mezzi di conciliazione¹⁸², ciò che più preoccupa sono gli evidenti rischi per la salute che i "compattamenti" dell'orario di lavoro possono procurare, rischi resi ancor più seri dalla mancata previsione in sede legislativa di un tetto massimo alla prestazione lavorativa giornaliera. Occorre dunque vigilare, affinché l'istanza di liberazione dal lavoro di tempi destinati alla vita individuale, familiare o sociale non si traduca nella «riduzione, a causa dell'eccessivo prolungamento del lavoro quotidiano, della qualità della vita o addirittura, a lungo andare, della sua durata»¹⁸³.

¹⁸² E. PIETANZA 2009, p. 171; nello stesso senso v. S. LAFORGIA 2009b, p. 79.

¹⁸³ V. LECCESE 2001a, p. 60.

Indice delle opere citate

- AA.Vv. (1970), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei deputati.
- AA.Vv. (2011), *28 giugno 2011: come cambiano le relazioni industriali italiane? Opinioni a confronto*, in *DRI*, p. 642.
- ACQUAVIVA P.F., ROSSI BARATTINI G.G. (2010), *A colloquio con Giorgio Padoan, HR Director ZF Marine Propulsion Systems*, in *Adapt – le nostre interviste*, 3 giugno.
- ADDONIZIO V. (2012), *Sostegno alla genitorialità*, in FEZZI M., SCARPELLI F. (a cura di), *Guida alla riforma Fornero. Legge 28 giugno 2012, n. 92. Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, in *I quaderni di wikilabour*, n. 1, p. 58.
- ADINOLFI A. (1988), *The implementation of social policy directives through collective agreements*, in *CMLR*, p. 291.
- AIMO M. (2003), *È conforme a Costituzione retribuire il lavoro straordinario in misura inferiore a quello ordinario?*, in *RGL*, II, p. 245.
- AIMO M. (2006), *Il contratto a termine alla prova*, in *LD*, p. 459.
- AIMO M. (2010), *Commento all'art. 4, Sezione quarta, Titolo I (tipologie contrattuali)*, in GAROFALO M.G., ROCCELLA M. (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Bari, Cacucci, p. 208.
- AIMO M. (2012a), *La Corte di Giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *RGL*, I, p. 147.
- AIMO M. (2012b), *Contratto di lavoro "dominante" e flessibilità in entrata: qualche riflessione a margine della L. n. 92/2012*, in corso di pubblicazione in MASSAPINTO I., SAVINO M. (a cura di), *Lavoro e costituzione*, Bologna, il Mulino.
- ALAIMO A. (1992), *La nullità della clausola sulla distribuzione dell'orario nel "part-time": la Corte Costituzionale volta pagina?*, in *FI*, c. 3232.
- ALBANI G. (2005), *Le recenti modifiche alla disciplina delle ferie e dell'orario di lavoro*, in *NInf*, n. 32, p. 8.
- ALBI P. (2008), *Il patrimonio costituzionale europeo e il diritto alle ferie come diritto fondamentale*, in *RIDL*, II, p. 106.
- ALES E. (2007), *"Non regresso" senza dumping sociale ovvero del "progresso" nella modernizzazione (del modello sociale europeo)*, in *DLM*, p. 5.
- ALES E. (2011), *Dal "caso FIAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di*

- prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT n. 134.
- ALESSI C. (1997), *Orario di lavoro e tutela della salute innanzi alla Corte di giustizia*, in *DRI*, p. 125.
- ALESSI C. (2001), *La flessibilità della prestazione: clausole elastiche, lavoro supplementare, lavoro straordinario*, in BROLLO M., *Il lavoro a tempo parziale*, Milano, Ipsoa, p. 70.
- ALESSI C. (2008), *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT n. 68.
- ALESSI C. (2011), *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT n. 123.
- ALLAMPRESE A. (2001), *Il lavoro straordinario dalle politiche di divieto al «realismo sociale»*, in CARINCI F. (a cura di), *Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva*, Milano, Ipsoa, p. 115.
- ALLAMPRESE A. (2003a), *Primi appunti sul d.lgs. n. 66 del 2003 in tema di orario di lavoro*, in *NInf*, n. 26, p. 18.
- ALLAMPRESE A. (2003b), *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro*, Milano, Ipsoa, 2003.
- ALLAMPRESE A. (2004), *Il lavoro straordinario*, in LECCESE V. (a cura di), *L’orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione alle direttive comunitarie*, Milano, Ipsoa, p. 216.
- ALLAMPRESE A. (2007), *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *ADL*, p. 341.
- ALLAMPRESE A. (2008a), *Osservazioni sulla proposta di modifica della direttiva 2003/88 concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro*, in www.cgil.it.
- ALLAMPRESE A. (2008b), *Osservazioni sull’art. 41 della legge n. 133/2008 in tema di orario di lavoro*, in www.cgil.it.
- ALLAMPRESE A. (2009), *Organizzazione dei tempi di lavoro e contrattazione collettiva. I contratti collettivi nazionali di categoria*, in VENEZIANI B., BAVARO V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, p. 139.
- ALLAMPRESE A., LELLA G. (2004), *Riposi settimanali*, in LECCESE V. (a cura di), *L’orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Milano, Ipsoa, p. 341.
- ALLEVA P. (2010), *L’emergenza democratica nell’ordinamento sindacale*, in ANDREONI A. (a cura di), *Nuove regole per la rappresentanza sindacale. Ricordando Massimo D’Antona*, Roma, Ediesse, p. 183.
- ALLEVA P. (2011a), *Una NewCo per aggirare la Fiom*, in *Grosso guaio a Mirafiori*, supplemento de *Il Manifesto*, 28 gennaio, p. 5.
- ALLEVA P. (2011b), *Merito e prospettive dell’accordo interconfederale*, in *Le relazioni industriali dopo l’accordo del 28 giugno*, Bollettino Speciale Adapt, 23 luglio, n. 46.
- ALLEVA P. (2011c), *Ragioni politico-giuridiche del superamento del sistema sindacale di fatto*, in *RGL*, I, p. 727.
- ALMORETTI A. (2008), *Di straordinario c’è solo il minor costo*, in *Eguaglianza&Libertà*, 22 maggio.

- ANDREONI A. (2003), *Part-time verticale e indennità di disoccupazione: chi ha paura della Corte Costituzionale*, in *RGL*, 2003, II, p. 442.
- ANGIOLINI V. (2008), *Nota sulla costituzionalità dell'art. 2 del d.l. 27 maggio 2008 n. 93*, in *www.cgil.it*.
- APARICIO TOVAR J., VALDÉS DE LA VEGA B. (2011), *La riforma spagnola del 2010: la più estesa e profonda della Spagna democratica*, in *DLRI*, p. 293.
- ARRIGO G. (2004), *Dalla concertazione al dialogo sociale: Europa e Italia*, in *LD*, p. 391.
- BALBONI E. (2001), *Note introduttive*, II, in NAPOLI M., MAGNANI M., BALBONI E. (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, p. 1219.
- BALLESTER PASTOR A.M. (2012), *De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades*, in *RDS*, n. 57, p. 99.
- BALLESTRERO M.V. (1980), *Orario di lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, p. 618.
- BALLESTRERO M.V. (1989), *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *RIDL*, I, p. 357.
- BALLESTRERO M.V. (2001), *La commissione di garanzia dieci anni dopo*, in *QDLRI*, n. 25, p. 34.
- BALLESTRERO M.V. (2009), *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, in *LD*, p. 161.
- BALLESTRERO M.V. (2011), *Astuzie e ingenuità di una clausola singolare*, in *LD*, p. 269.
- BALLESTRERO M.V. (2012), *Diritto sindacale*^A, Torino, Giappichelli.
- BANO F. (2005), *Variazioni sul tempo di lavoro. La contro-riforma del lavoro a tempo parziale*, in *LD*, p. 295.
- BANO F. (2009), *"Tempo scelto" e diritto del lavoro: definizioni e problemi*, in VENEZIANI B., BAVARO V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, p. 241.
- BARADEL S. (2012), *Durée et charge de travail: objectifs et limites de l'exigence de rentabilité*, in *DO*, p. 190.
- BARNARD C. (1999a), *EC "Social" Policy*, in CRAIG P., DE BÚRCA G. (ed.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 479.
- BARNARD C. (1999b), *The Working Time Regulations 1998*, in *ILJ*, p. 61.
- BARNARD C. (2000), *The Working Time Regulations 1999*, in *ILJ*, p. 167.
- BARNARD C. (2006), *Ec employment law*³, Oxford, Oxford University Press.
- BARNARD C., DEAKIN S., HOBBS R. (2003), *Opting Out of the 48-Hour Week: Employer Necessity or Individual Choice? An Empirical Study of the Operation of Article 18(1)(b) of the Working Time Directive in the UK*, in *ILJ*, p. 223.
- BARRACO E. (2003), *Commento all'art. 5*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, Giuffrè, p. 209.
- BARTHÉLÉMY J. (2009), *Évolution du droit social. Une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur*, Rueil-Malmaison, Lamy & Wolters Kluwer, p. 203.

- BASENGHI F. (1997), *La riduzione e rimodulazione degli orari di lavoro*, in GALANTINO L. (a cura di), *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Commento alla legge 24 giugno 1997, n. 196, Milano, Giuffrè, p. 331.
- BAVARO V. (2000), *Post scriptum. Dallo schema al decreto legislativo sul part-time: le ultime modifiche*, in LG, p. 305.
- BAVARO V. (2001a), *La riforma del part-time*, in CARINCI F. (a cura di), *Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva*, Milano, Ipsoa, p. 173.
- BAVARO V. (2001b), *Il rapporto di lavoro a tempo parziale*, in BROLLO M., *Il lavoro a tempo parziale*, Milano, Ipsoa, p. 28.
- BAVARO V. (2004a), *Una questione sul tempo contrattuale di lavoro*, RGL, I, p. 391.
- BAVARO V. (2004b), *Artt. 3-4*, in NAPOLI M. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in NLCC, p. 1288.
- BAVARO V. (2008), *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Bari, Cacucci.
- BAVARO V. (2009a), *Un itinerario sui tempi di lavoro*, in RGL, I, p. 213.
- BAVARO V. (2009b), *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato*, in VENEZIANI B., BAVARO V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, p. 13.
- BAVARO V. (2009c), *Tempi sociali e organizzazione del lavoro: i Patti Sociali di Genere*, in BAVARO V., CARABELLI U., SFORZA G., VOZA R., *Tempo Comune. Conciliazione di vita e lavoro e armonizzazione dei tempi della città*, Milano, Franco Angeli, p. 219.
- BAVARO V. (2010a), *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'«archetipo» Fiat di Pomigliano d'Arco*, in QRS, p. 337.
- BAVARO V. (2010b), *L'ordine giuridico del lavoro secondo la dottrina Fiat*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org.
- BAVARO V. (2010c), *Note sul contratto aziendale FIAT per lo stabilimento di Pomigliano d'Arco*, in *Il diario del lavoro*, 9 luglio.
- BAVARO V. (2011a), *Contratti Fiat. Ispirazione per un nuovo modello*, in *Il diario del lavoro*, 17 gennaio.
- BAVARO V. (2011b), *L'istituto della rappresentatività sindacale nella stagione degli accordi separati e della ritrovata unità*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org.
- BAVARO V. (2011c), *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Le relazioni industriali dopo l'accordo del 28 giugno*, Bollettino Speciale Adapt, 23 luglio, n. 46.
- BAYLOS GRAU A. (2002), *Concertazione sociale e contrattazione in Spagna: modelli a confronto*, in LD, p. 455.
- BAYLOS GRAU A. (2012a), *Crisi del diritto del lavoro o diritto del lavoro in crisi: la riforma del lavoro spagnola del 2012*, in DRI, p. 353.
- BAYLOS GRAU A. (2012b), *El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario*, in RDS, n. 57, p. 9.
- BEATRICE G. (2009), *Orario di lavoro e riposi tra Costituzione e diritto dell'Unione Europea*, in DPL, p. 2750.

- BELLARDI L. (2004), *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte politiche e nuove regole*, in *LD*, p. 183.
- BELLARDI L. (2006), *Concertazione, dialogo sociale, contrattazione e rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, p. 171.
- BELLARDI L. (2010), *L'Accordo quadro e la sua applicazione nel settore privato: un modello contrattuale "comune"?*, in ANDREONI A. (a cura di), *Nuove regole per la rappresentanza sindacale. Ricordando Massimo D'Antona*, Roma, Ediesse, p. 79.
- BELLAVISTA A. (2004), *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. 276/2003*, in *RGL*, I, p. 189.
- BELLOMO S. (1997), *La disciplina dell'orario di lavoro tra normativa comunitaria, legge e contrattazione collettiva*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, vol. II, Torino, Giappichelli, p. 43.
- BELLOMO S. (1999), *Limiti e flessibilità dell'orario di lavoro giornaliero dopo la legge n. 24 giugno 1997*, n. 196, in *ADL*, p. 145.
- BELLOMO S. (2008), *Orario di lavoro: le modifiche introdotte dalla legge 133 del 2008 e le prospettive di riforma della normativa europea*, in *MGL*, p. 830.
- BELLUMAT S. (2003), *Commento all'art. 9*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, Giuffrè, p. 273.
- BERCUSSON B. (1999), *The Working Time Directive: a European Model of Working Time?*, in KRAVARITOU Y. (ed.), *The Regulation of Working Time in The European Union. Gender Approach*, Bruxelles, P. Lang, p. 135.
- BERNAUD V. (2009), *Travail dominical: le Conseil constitutionnel sacrifie la protection du salarié sur l'autel de la consommation*, in *DS*, p. 1081.
- BIAGI M. (a cura di) (2000), *Il lavoro a tempo parziale*, Milano, Edizioni Il Sole 24 ore.
- BIANCHI G., D'ANGELO F. (2007), *L'efficacia dei trattati internazionali alla luce del nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost.; note a margine delle sentenze n. 348/07 e 349/07 della Corte costituzionale*, in *RAGS*, p. 78.
- BISPINCK R. (2006), *Germany: Working time and its negotiation*, in KEUNE M., GALGÓCZI B. (ed.), *Collective bargaining on working time: recent European experience*, Bruxelles, ETUI-REHS, p. 111.
- BLANCHARD O., CAHUC P., ZYLBERBERG A. (2007), *Una defiscalizzazione costosa e aleatoria*, in *www.lavoce.info*, 30 luglio.
- BOISARD P. (2005), *La via francese alla riduzione della durata del lavoro e le ragioni di uno scacco*, in *RPS*, n. 3, p. 147.
- BOLEGO G. (2000a), *Strumenti e tecniche di intervento sull'orario di lavoro: il caso tedesco*, in *DRI*, p. 47.
- BOLEGO G. (2000b), *La gestione individualizzata dell'orario di lavoro nel «nuovo» part-time*, in *RIDL*, I, p. 437.
- BOLEGO G. (2003), *Orientamenti giurisprudenziali in tema di lavoro straordinario*, in *DLM*, p. 421.

- BOLEGO G. (2004a), *Il lavoro straordinario. Fattispecie, discipline e tecniche di tutela*, Padova, Cedam.
- BOLEGO G. (2004b), *Finalità e definizioni*, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro*, Milano, Ipsoa, 2004, p. 62.
- BOLEGO G. (2005), *Intervento*, in AA.VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004*, Milano, Giuffrè, p. 324.
- BOLEGO G. (2008), *Sul potere del datore di lavoro di variare la collocazione dell'orario nel full time*, in *RIDL*, II, p. 825.
- BOLEGO G. (2012), *Art. 7. Modifiche alla disciplina sull'orario di lavoro*, in NOGLER L., MARINELLI M. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, Torino, Utet, p. 57.
- BOLLANI A. (2005), *Il contratto collettivo aziendale è efficace erga omnes?*, in *RIDL*, II, p. 312.
- BOLLANI A. (2011), *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. I, Napoli, Jovene, p. 437.
- BONARDI O. (2006), *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, in *RIDL*, II, p. 266.
- BONARDI O. (2011), *Di decreto in decreto, di manovra in manovra: come il governo mette le mani nelle tasche e sui diritti dei lavoratori*, in *NInf*, n. 54, p. 1.
- BORALI M. (2012), *Il contratto a tempo parziale*, in FEZZI M., SCARPELLI F. (a cura di), *Guida alla riforma Fornero. Legge 28 giugno 2012, n. 92. Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, in *I quaderni di wikilabour*, n. 1, p. 61.
- BORTONE R. (2005), *Intervento*, in AA.VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004*, Milano, Giuffrè, p. 344.
- BOZZAO P. (2007), *Le misure di sostegno al reddito per il lavoro discontinuo*, in *LD*, p. 29.
- BROLLO M. (2002), *Le flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuale*, in *ADL*, p. 723.
- BROLLO M. (2004), *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in BROLLO M., MATTAROLO M.G., MENGHINI L. (a cura di), *Contratti di lavoro flessibile e contratti formativi*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, III, Milano, Ipsoa, p. 117.
- BROLLO M. (2007), *Il lavoro a tempo parziale*, in CESTER C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in Carinci F. (diretto da), *Il diritto del lavoro. Commentario*, II, Torino, Utet, p. 1301.
- BROLLO M. (2009), *Il lavoro a tempo parziale*, in VALLEBONA A. (a cura di), *I contratti di lavoro*, Torino, Utet, p. 1177.

- BROLLO M. (2010), *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *ADL*, p. 1095.
- BROLLO M. (2011), *Uno sguardo d'insieme*, in CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, Ipsoa, p. 117.
- BROLLO M. (2012), *Lavoro a tempo parziale: meno flex, più security*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, supplemento al n. 33 di *DPL*, p. 118.
- Bronzini G. (2011), *Happy birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in CARUSO B., MILITELLO M. (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" *Collective Volumes*, n. 1, p. 26.
- BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C. (2009), *Chronique de jurisprudence communautaire social, Les congés maladie ouvrent un droit aux congés annuels payés*, in *AJDA*, p. 248.
- BRUN S. (2011), *Trasformazione dei tempi di lavoro ed esigenze organizzative dell'impresa*, in *RIDL*, I, p. 259.
- BURKHARD O. (2005), *Germania. L'Ig Metal e la difficile ricerca di un equilibrio tra salari e orari*, in *RPS*, n. 3, p. 161.
- CAAMAÑO ROJO E. (2008), *El permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para la armonización del trabajo y la vida familiar*, in *RDPUCV*, p. 325.
- CAFIERO E.U.M. (2009), *In merito alla mancata concessione delle ferie maturate al fine di evitare il licenziamento per superamento del periodo di comparto*, in *D&L*, p. 502.
- CALAFÀ L. (2001), *L'art. 9 della legge n. 53/2000: la conciliazione tra incentivi e azioni positive*, in DEL PUNTA R., GOTTARDI D., *I nuovi congedi. Commento alla legge 8 marzo 2000, n. 53. Aggiornato con il testo unico per la tutela della maternità e della paternità*, Milano, Il sole 24 ore, p. 187.
- CALAFÀ L. (2004), *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, Cedam.
- CALAFÀ L. (2005a), *Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'eguaglianza*, in *LD*, p. 273.
- CALAFÀ L. (2005b), *Contrattazione decentrata e conciliazione tempi di vita e di lavoro*, Rapporto di ricerca Isfol.
- CALAFÀ L. (2006), *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età*, in *RGL*, II, p. 205.
- CALAFÀ L. (2009), *Ferie, congedi e lavoro notturno: istantanee giurisdizionali di figure giuridiche complesse*, in VENEZIANI B., BAVARO V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, p. 287.
- CALAFÀ L. (2011), *La direttiva rinnovata sul congedo parentale*, in *NInf*, n. 50, p. 1.
- CANUT F. (2010), *Temps de travail: le nouvel ordonnancement juridique*, in *DS*, p. 379.

- CAPONETTI S. (2009), *Il diritto alle ferie tra prassi nazionale e giurisprudenza comunitaria*, in MGL, p. 804.
- CARABELLI U. (1992), *Il lavoro straordinario: disciplina legale e regolamentazione contrattuale dei settori chimico e metalmeccanico a confronto*, in RGL, I, p. 549.
- CARABELLI U. (2002), *Rapporto conclusivo su I licenziamenti collettivi*, in AA.Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia – Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Milano, Giuffrè, p. 326.
- CARABELLI U. (2010), *Riforma della contrattazione e verifica del consenso*, in ANDREONI A. (a cura di), *Nuove regole per la rappresentanza sindacale. Ricordando Massimo D'Antona*, Roma, Ediesse, p. 267.
- CARABELLI U., LECCESE V. (1995), *Orario di lavoro: limiti legali e poteri della contrattazione collettiva*, in QDLRI, n. 17, p. 29.
- CARABELLI U., LECCESE V. (2002), *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia*, Rapporto sull'Italia presentato al Séminaire de recherche européen: Leçons d'une réduction de la durée du travail, Bordeaux, 5-6 dicembre 2002, dattiloscritto.
- CARABELLI U., LECCESE V. (2004a), *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT n. 22.
- CARABELLI U., LECCESE V. (2004b), *L'attuazione delle direttive sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT n. 21.
- CARABELLI U., LECCESE V. (2004c), *Il d.lgs. n. 66 del 2003, di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Milano, Ipsoa, p. 3.
- CARABELLI U., LECCESE V. (2004d), *Parere sulle clausole di non regresso*, in DLRI, p. 536.
- CARABELLI U., LECCESE V. (2005), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT n. 35.
- CARABELLI U., LECCESE V. (2006), *Il sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: alcune riflessioni ispirate dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, p. 193.
- CARINCI F. (2004), *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in MISCIONE M., RICCI M. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in CARINCI F., *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. I, Milano, Ipsoa, p. XXIX.
- CARINCI F. (2009), *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT n. 86.

- CARINCI F. (2010), *Se quarant'anni vi sembran pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'accordo di Pomigliano*, in *ADL*, p. 581.
- CARINCI F. (2011a), *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT n. 113.
- CARINCI F. (a cura di) (2011b), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, Ipsoa.
- CARINCI F. (2011c), *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT n. 125.
- CARINCI F. (2011d), *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT n. 133.
- CARINCI F. (2012a), *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, p. 529.
- CARINCI F. (a cura di) (2012b), *Contrattazione in deroga*, Milano, Ipsoa.
- CARINCI F., BOSCATI A. (2001), *L'evoluzione della disciplina del tempo di lavoro nell'esperienza italiana e comunitaria*, in CARINCI F. (a cura di), *Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva*, Milano, Ipsoa, p. 13.
- CARINCI M.T. (2012), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione al XVII congresso nazionale A.I.D.La.S.S., Pisa, 7-9 giugno 2012, dattiloscritto.
- CARUSO B. (1992), *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, Franco Angeli.
- CARUSO B. (1995), *La retribuzione e l'orario di lavoro «alla corte» della flessibilità (le manovre sull'orario come strumento di flessibilizzazione della retribuzione)*, in *QDLRI*, n. 17, p. 79.
- CARUSO B. (2003), *Diritto invasivo e flessibilità a senso unico: la riregolazione del part-time nel d.lgs. n. 276/2003*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT n. 11.
- CARUSO B., LO FARO A. (2010), *Contratto collettivo di lavoro (Voce per un Dizionario)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT n. 97.
- CARUSO B., MILITELLO M. (2009), *The Charter of Nice in the law in action: an investigation into the judges' statement of reasons (2000-2008)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT n. 74.
- CARUSO B., MILITELLO M. (2012), *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT n. 94.
- CASTELLINA L. (2007), *Cinquant'anni d'Europa. Una lettura antiretorica*, Torino, Utet.
- CAZZANTI S. (2007), *L'assicurazione per la disoccupazione: ragioni e alibi di «una faccenda non conclusa»*, in *LD*, p. 79.
- CAZZETTA G. (2007), *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto*, in *LD*, p. 143.
- CELLA G.P. (2009), *Struttura contrattuale: una riforma incerta e non condivisa*, in *QRS*, p. 139.
- CELLA G.P. (2010), *Dopo Pomigliano*, Bologna, Il Mulino, p. 739.
- CELLA G.P., TREU T. (2009), *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino.

- CERRUTI G.C. (2010), *Lavorare al tempo del cliente nel post-fordismo. Cambiamenti degli orari di lavoro in un ipermercato*, Milano, Franco Angeli.
- CESTER C. (1995), *Lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica*, in *QDLRI*, n. 17, p. 9.
- CESTER C. (2008), *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, p. 341.
- CHAMPEAUX F. (2007), *Une loi qui se cherche*, in *RDT*, p. 696.
- CHIUSOLO S. (2012), *Il contratto a termine*, in FEZZI M., SCARPELLI F. (a cura di), *Guida alla riforma Fornero. Legge 28 giugno 2012, n. 92. Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, in *I quaderni di wikilabour*, n. 1, p. 15.
- CINELLI M. (2006), *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia sullo stato di disoccupazione: un raffronto*, in *RDSS*, 2006, p. 559.
- COLETTI D. (2008), *Telework in Italy*, Dublin, Eurofound, in www.eurofound.europa.eu.
- COMO E. (2004), *Organizzazione del lavoro e pratiche di conciliazione: alcune esperienze contrattuali*, in *QRS*, n. 4, p. 124.
- CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO (1998), *Rapporto sulle retribuzioni e sul costo del lavoro*, Milano, Giuffrè.
- CORAZZA L. (2011), *Hard times for hard bans: fixed-term work and so-called non-regression clauses in the era of flexicurity*, in *ELJ*, p. 385.
- CORTI M. (2011), *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011*, in *RIDL*, 2011, III, p. 359.
- COSIO R. (2012), *Il diritto alle ferie annuali: le precisazioni della Corte di giustizia*, in www.europeanrights.eu.
- COSTANTINI S. (2009), *Contrattazione collettiva nazionale e conciliazione fra lavoro e vita familiare: un rapporto difficile*, in *LD*, p. 121.
- CRUZ VILLALÓN J. (2008), *Compendio de derecho del trabajo*, Madrid, editorial Tecnos.
- CRUZ VILLALÓN J. (2012a), *Testo e contesto della riforma spagnola della contrattazione collettiva del 2011*, in *DLRI*, p. 233.
- CRUZ VILLALÓN J. (2012b), *Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia*, in *RDS*, n. 56, p. 11.
- CUNICO A., TUTTOBENE M. (2012), *La Corte di giustizia interviene sul periodo di riporto delle ferie non godute a causa di malattia e sul diritto all'indennità sostitutiva delle stesse alla cessazione del rapporto di lavoro* (nota a C. Giust. 22 novembre 2011, C-214/10), in *DRJ*, p. 242.
- CURZIO P. (2004), *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, Cacucci, p. 11.
- D'ALOIA A. (2002), *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam.
- D'ANTONA M. (1991), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, p. 455.
- D'ANTONA M. (1993), *La Commissione di garanzia come arbitro (sciopero e contrattazione collettiva nei servizi pubblici essenziali)*, in *QDLRI*, n. 13, p. 61.

- D'ANTONA M. (1998), *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *RGL*, I, p. 311.
- D'ANTONA M. (2000, ma 1985), *L'opportunità d'una riforma costituzionale*, in ID., *Opere. Scritti sul diritto sindacale*, a cura di CARUSO B., SCIARRA S., Milano, Giuffrè, p. 93.
- D'ANTONA M. (2000, ma 1987), *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in ID., *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, a cura di GHEZZI G., Roma, Ediesse, p. 139.
- D'ANTONA M. (2000, ma 1990), *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in ID., *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, a cura di GHEZZI G., Roma, Ediesse, p. 189.
- D'ANTONA M. (2000, ma 1998), *Il quarto comma dell'art. 39 della costituzione, oggi*, in ID., *Opere. Scritti sul diritto sindacale*, a cura di CARUSO B., SCIARRA S., Milano, Giuffrè, p. 399.
- DAUGAREILH I., IRIART P. (2005), *La conciliazione dei tempi delle riforme dell'orario di lavoro in Europa (Francia, Germania, Gran Bretagna, Olanda)*, in *LD*, p. 223.
- DAVIES A.C.L. (2009), *Perspectives on labour law*², Cambridge, Cambridge University Press.
- DEAKIN S. (1994), *Open for Business: Sunday Trading Act 1994*, in *ILJ*, p. 333.
- DELFINO M. (2002), *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, p. 487.
- DELLA CIANA C. (1993), *Commento all'art. 2108 c.c.*, in ZANGARI G., *Del lavoro. Commentario al codice civile*, tomo I, Torino, Utet, p. 459.
- DELL'OLIO M. (1998), *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, in *ADL*, p. 369.
- DEL PUNTA R. (1992), *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Il Codice civile. Commentario. Art. 2110-2111*, Milano, Giuffrè.
- DEL PUNTA R. (2003), *La riforma dell'orario di lavoro*, in *DPL*, n. 22, inserto.
- DEL PUNTA R. (2004a), *Ferie annuali*, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Milano, Ipsoa, p. 379.
- DEL PUNTA R. (2004b), *Lavoro a tempo parziale*, in PEDRAZZOLI M. (diretto da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, Zanichelli, p. 469.
- DEL PUNTA R. (2008), *Individuale e collettivo: una coppia da ripensare?*, in *LD*, p. 305.
- DEL PUNTA R. (2009), *La sospensione della prestazione di lavoro*, in VALLEBONA A. (a cura di), *I contratti di lavoro*, Torino, Utet, p. 813.
- DEL PUNTA R. (2011a), *Gli accordi «separati» sono antisindacali? Il sistema sindacale «di fatto» nell'era della disunità sindacale*, in *RIDL*, II, p. 690.
- DEL PUNTA R. (2011b), *Del gioco e delle sue regole. Note sulla «sentenza Fiat»*, in *RIDL*, II, p. 1421.

- DEL PUNTA R. (2012), *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, p. 31.
- DE LUCA TAMAJO R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene.
- DE LUCA TAMAJO R. (1987), *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in AA.VV., *Il tempo di lavoro: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Genova, 4-5 aprile 1986, Milano, Giuffrè, p. 9.
- DE LUCA TAMAJO R. (2003), *L. Barassi e la norma inderogabile*, in NAPOLI M. (a cura di) *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Milano, Vita e Pensiero, p. 547.
- DE LUCA TAMAJO R. (2010a), *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *RIDL*, I, p. 797.
- DE LUCA TAMAJO R. (2010b), *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *ADL*, p. 1080.
- DE LUCA TAMAJO R. (2011), *I quattro accordi collettivi del gruppo Fiat: una prima ricognizione*, in *RIDL*, III, p. 113.
- DE LUCA TAMAJO R. (2012a), *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *ADL*, p. 19.
- DE LUCA TAMAJO R. (2012b), *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *DRI*, p. 11.
- D'EMILIA P. (2007), *La storia di Kenichi, ammazzato dalla fatica alla Toyota*, in *Il Manifesto*, 20 dicembre.
- DE MUNK J. (1999), *Comment réguler le temps de travail? De l'homogénéisation à la procéduralisation du temps*, in KRAVARITOU Y. (ed.), *The regulation of working time in the European Union*, Bruxelles, P. Lang, p. 55.
- DE SIMONE G. (2012), *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, in *LD*, p. 589.
- DE STEFANO V. (2011), *Il "caso Fiat" e la "contrattazione collettiva" ad una prima verifica giudiziale: ordinamento intersindacale, principio di effettività e ruolo del giudice*, in *ADL*, p. 239.
- DI CORRADO G. (2011), *Detassazione degli straordinari e dei premi di produttività*, in *ADL*, p. 305.
- DI LORENZO F. (2010), *Potere di organizzazione dell'imprenditore e flessibilità del lavoro*, Torino, Giappichelli.
- DI STASI A. (2009), *La flessibilità positiva nella contrattazione collettiva*, in VENEZIANI B., BAVARO V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, p. 215.
- ERCOLANI D., RUSTICHELLI E. (2005), *Metalmeccanica*, in ERCOLANI D. (a cura di), *Il nuovo part-time. La concertazione della flessibilità*, Roma, ISFOL, p. 81.
- EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS (2010), *Telework in the European Union*, in www.eurofound.europa.eu
- EZQUERRA ESCUDERO L. (2006), *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Barcelona, Atelier.
- FABREGAT MONFORT G. (2011), *La modificación sustancial del tiempo de*

- trabajo regulado en convenio. El art. 41 tra la reforma de la Ley 35/2010*, in *RL*, n. 17, p. 15.
- FALERI C. (2007), *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- FALERI C. (2008), *Gli obblighi di informazione nel part-time al vaglio della Corte di Giustizia tra principi di non discriminazione e istanze di deregolazione*, in *RIDL*, II, p. 738.
- FAVENNEC-HERY F. (1999), *L'évolution de la réglementation du temps de travail en France*, in KRAVARITOU Y. (ed.), *The regulation of working time in the European Union*, Bruxelles, P. Lang, p. 221.
- FENOGLIO A. (2010a), *Le ferie: dalle recenti sentenze della Corte di giustizia nuovi spunti di riflessione sulla disciplina italiana*, in *ADL*, p. 450.
- FENOGLIO A. (2010b), *Commento all'art. 5, Sezione quarta, Titolo III (orario di lavoro)*, in GAROFALO M.G., ROCCELLA M. (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Bari, Cacucci, p. 356.
- FENOGLIO A. (2010c), *Commento all'art. 7, Sezione quarta, Titolo III (lavoro straordinario, notturno e festivo)*, in GAROFALO M.G., ROCCELLA M. (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Bari, Cacucci, p. 376.
- FENOGLIO A. (2010d), *Commento all'art. 10, Sezione quarta, Titolo III (ferie)*, in GAROFALO M.G., ROCCELLA M. (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Bari, Cacucci, p. 393.
- FENOGLIO A. (2011), *Working time directive and its interpretation: another major piece in the European social rights puzzle*, in *EJSL*, p. 215 ss.
- FERRANTE V. (1998), *Nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in NAPOLI M. (a cura di), *Il «pacchetto Treu»*, in *NLCC*, p. 1305.
- FERRANTE V. (2000), *La disciplina del lavoro notturno*, in *NLCC*, p. 534.
- FERRANTE V. (2001), *Art. 9*, in NAPOLI M., MAGNANI M., BALBONI E. (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, p. 1318.
- FERRANTE V. (2004a), *Artt. 5 e 6*, in NAPOLI M. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *NLCC*, p. 1306.
- FERRANTE V. (2004b), *Art. 17*, in NAPOLI M. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *NLCC*, p. 1401.
- FERRANTE V. (2004c), *Art. 19*, in NAPOLI M. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *NLCC*, p. 1425.
- FERRANTE V. (2008a), *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, Giappichelli.
- FERRANTE V. (2008b), *Nuove modifiche alla disciplina dell'orario di lavoro*, in MAGNANI M., PANDOLFO A., VARESI P.A. (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e al decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133*, Torino, Giappichelli, p. 422.
- FERRANTE V. (2008c), *Misure per la competitività e per la riduzione del costo di lavoro*, in MAGNANI M., PANDOLFO A., VARESI P.A., *Previdenza, mercato del lavoro, competitività. Commentario alla legge 24 dicembre 2007,*

- n. 247 e al decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133, Torino, Giappichelli, p. 407.
- FERRANTE V. (2009), *L'Accordo interconfederale dell'aprile 2009 di riforma del sistema di contrattazione collettiva: brevi note*, in *ADL*, p. 1021.
- FERRANTE V. (2010), *Orario e tempi di lavoro*, in CARINCI F., PIZZOFRATO A. (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, Utet, p. 490.
- FERRARO G. (1981), *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, Cedam.
- FERRARO G. (2011a), *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT n. 129.
- FERRARO G. (2011b), *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *RGL*, I, p. 739.
- FERRARO G. (2011c), *Il contratto collettivo. Dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *ADL*, p. 1249.
- FIORILLO L. (2007), *Articolo 46. Lavoro a tempo parziale*, in DE LUCA TAMAJO R., SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, Padova, Cedam, p. 620.
- FRANCI R. (2003), *L'orario di lavoro e le modalità della prestazione. La nuova disciplina del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66*, in *LPO*, p. 775.
- FRANZA G. (2006), *Regresso delle tutele e vincoli comunitari*, in *ADL*, p. 1108.
- GALA DURÁN C. (2011), *La suspensión de contratos y la reducción temporal de jornada como estrategias empresariales frente a la crisis: perspectiva de seguridad social*, in *RDS*, n. 53, p. 25.
- GALANTINO L. (2011), *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale*, in *QFMB*, n. 2, p. 1.
- GALLINO L. (2007), *Dodici ore nel pericolo*, in *La Repubblica*, 7 dicembre.
- GANZERLI E. (2005), *La disciplina dell'orario di lavoro tra legge e contratto collettivo*, in GALANTINO L. (a cura di), *Flessibilità dei tempi di lavoro e prospettive di conciliazione*, Torino, Giappichelli, p. 21.
- GARCÍA NINET J.I. (1995), *Ordenación del tiempo de trabajo*, in BORRAJO DACRUZ E. (coord.), *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, I, 2, Madrid, Tecnos, p. 7.
- GARCÍA NINET J.I., VICENTE PALACIO A. (2009), *Derecho del trabajo*⁵, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi.
- GARILLI A. (2012), *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *ADL*, p. 31.
- GAROFALO D. (1997), *Intervento sull'orario di lavoro e incentivi alla riduzione*, in *DPL*, p. 2089.
- GAROFALO D. (2003), *Il d.lgs. 66/2003 sull'orario e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *LG*, p. 997.
- GAROFALO D. (2004), *Il contratto di inserimento: dall'occupabilità all'adattabilità*, in *LG*, p. 287.
- GAROFALO L. (2004), *Le clausole di non regresso nelle direttive comunitarie*, in *RGL*, I, 39.

- GAROFALO M.G. (a cura di) (2002), *Lavoro delle donne e azioni positive. L'esperienza giuridica italiana*, Bari, Cacucci.
- GAROFALO M.G. (2003), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali e le sanzioni*, in *RGL*, I, p. 3.
- GAROFALO M.G. (2011), *Per una teoria giuridica del contratto collettivo: qualche osservazione di metodo*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. I, Napoli, Jovene, p. 423.
- GAROFALO M.G., ROCCELLA M. (2010), *Premessa*, in *IDD*. (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Bari, Cacucci, p. 11.
- GASPARRE A. (2011), *Flessibilità e qualità del lavoro nella grande distribuzione organizzata. Analisi di alcuni casi aziendali*, in *IP*, n. 1, p. 1.
- GAZZETTA C. (2008a), *Abolizione della contribuzione aggiuntiva sul lavoro straordinario*, in *CARINCI F., MISCIONE M.* (a cura di), *Il collegato lavoro 2008*, Milano, Ipsoa, p. 417.
- GAZZETTA C. (2008b), *La detassazione del lavoro straordinario e dei premi di risultato*, in *LG*, p. 681.
- GHEIDO M.R., CASOTTI A. (2011), *Legge di stabilità 2012: le misure*, in *DPL*, p. 2787.
- GHERA E. (2011), *Il contratto collettivo fonte nella dottrina*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. I, Napoli, Jovene, p. 287.
- GHEZZI G. (2002), *Sul ruolo istituzionale della Commissione*, in *RGL*, I, p. 365.
- GIASANTI L. (2010), *Rappresentanza e contrattazione collettiva nei luoghi di lavoro: gli effetti del conflitto intersindacale*, in *RGL*, I, p. 77.
- GIASANTI L. (2012), *Il contratto di lavoro intermittente (a chiamata)*, in *FEZZI M., SCARPELLI F.* (a cura di), *Guida alla riforma Fornero. Legge 28 giugno 2012, n. 92. Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, in *I quaderni di wikilabour*, n. 1, p. 45.
- GIORGIS A. (2001a), *Art. 30. Tutela in caso di licenziamento ingiustificato. Art. 31. Condizioni di lavoro giuste ed eque*, in *BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A.* (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, p. 222.
- GIORGIS A. (2001b), *Art. 33. Vita familiare e vita professionale*, in *BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A.* (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, p. 236.
- GIUBBONI S. (2011), *La protezione dei lavoratori non-standard nel diritto dell'Unione europea*, in *RGL*, p. 265.
- GIUGNI G. (2005), *L'esperienza della commissione di garanzia nell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *AA.VV., Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, I, Padova, Cedam, p. 839.
- GIUGNI G. (2010), *Diritto sindacale* (aggiornato da *BELLARDI L., CURZIO P.* e *GAROFALO M.G.*), Bari, Cacucci.
- GOBBI D. (2009), *Conciliare famiglia e lavoro: un aiuto dai fondi Articolo 9 della Legge 53/2000*, *Focus Isfol*, n. 2.
- GOTTARDI D. (2004), *Diritto al congedo di maternità e alle ferie: l'intervento della Corte di Giustizia*, in *GL*, n. 15, p. 31.

- GOTTARDI D. (2009), *L'affossamento della revisione della direttiva europea sull'orario di lavoro per mancato equilibrio tra esigenze delle imprese ed esigenze delle persone che lavorano*, in VENEZIANI B., BAVARO V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, p. 311.
- GOTTARDI D. (2010), *La legislazione e le politiche sulla conciliazione: l'Italia nel quadro europeo*, in *SL*, p. 23.
- GOTTARDI D. (2012a), *Baby sitter vs congedo parentale. Sicuri che non sia una trappola?*, in *L'Unità*, 4 aprile.
- GOTTARDI D. (2012b), *La condivisione delle responsabilità genitoriali in salsa italiana*, in *LD*, p. 609.
- GOTTARDI D. (2012c), *La tutela della maternità e della paternità*, in LENTI L. (a cura di) *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*², in ZATTI P. (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. VI, Milano, Giuffrè.
- GOTTARDI D. (2012d), *Maternità e paternità*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, supplemento al n. 33 di *DPL*, p. 124.
- GRANDI M. (1981), *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *DLRI*, p. 355.
- GRASSO F.R. (2008), *Modifiche della disciplina in materia di lavoro a tempo parziale*, in PERSIANI M., PROIA G. (diretto da), *La nuova disciplina del welfare. Legge 24 dicembre 2007, n. 247. Commentario*, Padova, Cedam, p. 126.
- GRIECO A. (2008), *Le ferie annuali tra diritto alla autodeterminazione ed eccezionalità del rinvio*, in *RGL*, II, p. 411.
- GRIECO A. (2011), *Finalità delle ferie e collocazione temporale: il rinvio oltre l'anno nell'interesse del lavoratore*, in *RGL*, II, p. 195.
- GUALDA F. (2010), *Los efectos prácticos de la Reforma Laboral. Análisis de las consecuencias del RDL 10/2010 sobre los derechos de los trabajadores*, in *www.insightweb.it*.
- HAKIM C. (1999), *Working time in Britain: non-regulation and "laissez faire" policies*, in KRAVARITOU Y. (ed.), *The regulation of working time in the European Union*, Bruxelles, P. Lang, p. 269.
- HUNT J. (2003), *Fair and just working conditions*, in HERVEY T., KENNER J. (ed.), *Economic and social rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A legal perspective*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2003, p. 45.
- ICHINO P. (1975), *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni industriali e nell'ordinamento statale*, in *RGL*, I, p. 457.
- ICHINO P. (1984), *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I (*Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*), Milano, Giuffrè.
- ICHINO P. (1985), *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. II (*Estensione temporale della prestazione lavorativa subordinata e relative norme speciali di organizzazione*), Milano, Giuffrè.
- ICHINO P. (1987a), *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè.

- ICHINO P. (1987b), *Intervento*, in Aa.Vv., *Il tempo di lavoro: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Genova, 4-5 aprile 1986, Milano, Giuffrè, p. 121.
- ICHINO P. (1992), *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte costituzionale*, in *RIDL*, II, p. 731.
- ICHINO P. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Milano, Mondadori.
- ICHINO P. (1998), *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea. Direttiva comunitaria e tendenze negli ordinamenti nazionali*, in *RIDL*, I, p. 153.
- ICHINO P. (2003), *Il contratto di lavoro*, II, *Soggetti e oggetto del contratto. Sicurezza del lavoro, retribuzione, qualità, luogo e tempo della prestazione lavorativa*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè.
- ICHINO P. (2004), *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè.
- ICHINO P. (2008a), *La questione della detassazione degli straordinari*, intervista a cura di POGLIOTTI G., in *Il Sole 24 Ore*, 18 aprile.
- ICHINO P. (2008b), *Critica di una misura molto popolare: la detassazione degli straordinari*, intervista a cura di MANIA R., in *La Repubblica*, 22 maggio.
- ICHINO P. (2011), *2011: Anno zero per il diritto sindacale italiano?*, intervista a cura di A. LIPAROTTI, in *Finanza&Diritto*, 12 settembre.
- IZZI D. (2005), *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischi emergenti*, Napoli, Jovene.
- JEAMMAUD A. (2011), *La experiencia francesa de reducción del trabajo*, in *RDS*, n. 53, p. 9.
- JOBERT A. (2010), *La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982*, in *DS*, p. 367.
- LAFORGIA S. (2009a), *Organizzazione dei tempi di lavoro e contrattazione collettiva. La contrattazione collettiva di secondo livello*, in VENEZIANI B., BAVARO V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, p. 183.
- LAFORGIA S. (2009b), *La flessibilità nel contratto di lavoro subordinato a tempo pieno*, in GAROFALO M.G., LEONE G. (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari, Cacucci, p. 75.
- LAGALA C. (2004), *Part-time e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Milano, Giuffrè.
- LAI M. (1993), *Normativa Cee e orario di lavoro*, in *DPL*, p. 2685.
- LAI M. (1995), *La normativa internazionale e comunitaria dell'orario di lavoro*, in *QDLRI*, n. 17, p. 249.
- LAI M. (1997), *Le implicazioni derivanti dall'abbassamento dell'orario di lavoro legale a quaranta ore settimanali*, in *DPL*, p. 2717.
- LAI M. (2004), *Nuova disciplina del tempo di lavoro e tutela della salute e della sicurezza: riflessioni sul d.lgs. n. 66/2003*, in *RIDL*, I, p. 63.
- LAI M. (2010), *L'accordo di Pomigliano. Contrattazione collettiva e nuove relazioni industriali*, in *DPL*, p. 2749.
- LAMBERTUCCI P. (2009), *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale*, in *DLRI*, p. 551.

- LANDINI M., GALLINO L. (2010), *Dalla fabbrica alla politica: dopo il 16 ottobre, che fare?*, in *MicroMega*, n. 8, p. 5.
- LASSANDARI A. (1997), *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *LD*, p. 261.
- LASSANDARI A. (2001), *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, Giuffrè.
- LASSANDARI A. (2010a), *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in *RGL*, I, p. 45.
- LASSANDARI A. (2010b), *Campo di applicazione del contratto e Commissione paritetica nazionale di studio sui comparti*, in GAROFALO M.G., ROCCELLA M. (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Bari, Cacucci, p. 29.
- LASSANDARI A. (2011), *I giudici ed il conflitto intersindacale: imbarazzi tra libertà sindacale e diritto comune*, in *RGL*, II, p. 297.
- LASSANDARI A. (2012), *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in *LD*, p. 55.
- LAULOM S. (2011), *L'organisation du temps de travail sous l'influence des droit sociaux européens*, in *RDT*, p. 298.
- LAZZERONI L. (2009), *Appunti sulla flessibilità oraria del lavoro per una rilettura della subordinazione*, in VENEZIANI B., BAVARO V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, p. 109.
- LECCESE V. (1998), *L'orario di lavoro nel disegno di legge sulle «35 ore»*, in *DPL*, p. 1335.
- LECCESE V. (2001a), *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Bari, Cacucci.
- LECCESE V. (2001b), *La disciplina legale dell'orario di lavoro e il ruolo della contrattazione collettiva*, in CARINCI F. (a cura di), *Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva*, Milano, Ipsoa, p. 31.
- LECCESE V. (2004a), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro (d.lgs. n. 66/2003)*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, Cacucci, p. 189.
- LECCESE V. (2004b), *Commento all'art. 1*, in NAPOLI M. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *NLCC*, p. 1234.
- LECCESE V. (2004c), *Commento all'art. 7*, in NAPOLI M. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *NLCC*, p. 1322.
- LECCESE V. (2006a), *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, Cacucci, p. 255.
- LECCESE V. (2006b), *I limiti alla durata giornaliera e settimanale della prestazione nella nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, p. 399.
- LECCESE V. (2008), *Le innovazioni in materia di lavoro a tempo parziale e di lavoro intermittente nella l. n. 247/2007*, in *LD*, p. 475.
- LECCESE V. (2009), *Le tendenze attuali e l'evoluzione del diritto comunita-*

- rio in materia di tempi di lavoro: progetti di riforma della direttiva europea e giurisprudenza della Corte di Giustizia, in VENEZIANI B., BAVARO V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, p. 325.
- LECCESE V. (2010a), *Il tempo di lavoro e il diritto dell'Unione. La giurisprudenza della Corte di giustizia e le prospettive di riforma*, in www.europeanrights.eu.
- LECCESE V. (2010b), *Orario di lavoro e riposi*, in LAMBERTUCCI P. (a cura di), *Diritto del lavoro*, in IRTI N. (promosso da), *Dizionari del diritto privato*, Milano, Giuffè, p. 483.
- LECCESE V. (2011a), *L'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, tra problemi di costituzionalità e disciplina europea*, relazione all'incontro di studio organizzato dal CSM su *Il lavoro e la flexicurity* (Roma, 17-19 gennaio 2011), dattiloscritto.
- LECCESE V. (2011b), *Orario di lavoro, pause e riposi*, in CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, Ipsa, p. 165.
- LECCESE V. (2012), *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, relazione al XVII congresso nazionale A.I.D.La.S.S., Pisa, 7-9 giugno 2012, dattiloscritto.
- LECCESE V., ALLAMPRESE A. (2009), *Direttiva n. 2003/88 e disciplina italiana su orario e riposi del personale del SSN*, in RGL, I, p. 359.
- LELLA G. (2005), *Contratti collettivi e orario di lavoro*, in DPL, n. 21, inserto.
- LEONARDI S. (2010), *Pomigliano e gli accordi separati: un vulnus letale per le relazioni industriali*, in QRS, p. 355.
- LIEBMAN S. (2005), *Contrattazione collettiva e riforma del mercato del lavoro: dal "Libro Bianco" al d.lgs. 276/2003*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, II, Padova, Cedam, p. 1021.
- LIEBMAN S. (2011), *Sistema sindacale "di fatto", efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in ADL, p. 1281.
- LISO F. (1998), *Autonomia collettiva e occupazione*, in DLRI, p. 191.
- LISO F. (2004), *Analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003: spunti di riflessione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT n. 20.
- LISO F. (2005), *La tutela per la mancanza di lavoro dei lavoratori precari. Brevi considerazioni sulla decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di trattamento di disoccupazione e lavoro a tempo parziale verticale*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Padova, Cedam, tomo II, p. 1607.
- LISO F. (2011a), *Un primo commento ai decreti ex articolo 28 St. Lav. sull'applicazione del Ccnl separato dei metalmeccanici del 2009*, in RIDL, II, p. 700.
- LISO F. (2011b), *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. I, Napoli, Jovene, p. 439.
- LO FARO A. (1999), *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano, Giuffrè.

- LO FARO A. (2000), *Europei, comunitari e comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sopranazionalità*, in *RGL*, I, p. 861.
- LONGO E. (2011), *Corte di giustizia: la disciplina europea in materia di «orario di lavoro»*, in *QC*, p. 168.
- LUCIFREDI C.E. (2003), *Il tempo di lavoro: «révirement» della legislazione francese ed indirizzi comuni in Europa*, in *DRI*, p. 301.
- LUNARDON F. (1999), *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Torino, Giappichelli.
- LUNARDON F. (2012), *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *DLRI*, p. 21.
- LYON-CAEN A. (1997), *Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire*, in *DS*, p. 68.
- LYON-CAEN A. (2012), *Le forfait en jours, ou les épices du pluralisme*, in *DO*, p. 171.
- MAGNANI M. (2005), *La disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dei fatti*, in *RIDL*, I, p. 69.
- MAGNANI M. (2009), *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *ADL*, p. 1278.
- MAGNANI M. (2011), *Problemi vecchi e nuovi del diritto sindacale italiano*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. I, Napoli, Jovene, p. 467.
- MAGNANI M. (2012a), *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *DRI*, p. 1.
- MAGNANI M. (2012b), *La famiglia nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT* n. 146.
- MANGANIELLO E. (1998), *Novità in tema di orario di lavoro*, in *GHERA E. (a cura di), Occupazione e flessibilità. Commento alla legge n. 196/1997 e provvedimenti attuativi*, Napoli, Jovene, p. 117.
- MARCHETTI A. (2010), *Il tempo e il denaro. Saggi sul tempo di lavoro dall'età classica all'epoca della globalizzazione*, Milano, Franco Angeli.
- MARESCA A. (2011), *Prime interpretazioni del decreto*, in *Il diario del lavoro*, 29 agosto.
- MARESCA A. (2012), *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *DRI*, p. 16.
- MARIMPIETRI I. (2006), *L'indennità di disoccupazione nel part-time di tipo verticale su base annua al vaglio della Corte Costituzionale*, in *DRI*, p. 206.
- MARIUCCI L. (2004), *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, p. 7.
- MARIUCCI L. (2011a), *Back to the future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, in *LD*, p. 239.
- MARIUCCI L. (2011b), *Un accordo necessario, da attuare e non stravolgere*, in *www.cgil.it*.
- MARIUCCI L. (2011c), *Colpito il lavoro*, in *L'Unità*, 5 settembre.
- MARIUCCI L. (2011d), *Prime note sul caso Fiat: anomalia o modello?*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. I, Napoli, Jovene, p. 497.

- MARRA L. (1997), *Periodo di comporta e ferie maturate in costanza di malattia*, in *RIDL*, II, p. 545.
- MARTIN VALVERDE A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTÍERREZ F., GARCÍA MURCIA J. (2006), *Derecho del trabajo*¹⁵, Madrid, Editorial tecnos.
- MARX K. (2009, ma 1867), *Il capitale*, Torino, Utet.
- MATTAROLO M.G. (2009), *Ferie non godute senza volontà del lavoratore: permanenza del diritto o indennità sostitutiva?*, in *LG*, p. 467.
- MATTAROLO M.G. (2010a), *Ancora una sentenza della Corte di Giustizia sul diritto alle ferie del lavoratore malato*, in *LG*, p. 159.
- MATTAROLO M.G. (2010b), *Modifiche alla disciplina dell'orario nel Collegato lavoro 2010*, in *LG*, p. 49.
- MATTAROLO M.G. (2012), *I tempi di lavoro*, in MARTONE M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo I, *Contratto e rapporto di lavoro*, in PERSIANI M., CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, Padova, Cedam, p. 604.
- MATTEI A. (2010), *Sul blocco dello straordinario nelle Ferrovie: una conferma della Cassazione*, in *ADL*, p. 249.
- MATTONE S. (2012), *L'art. 8 della l. n. 148/2011 ed il "primato" della contrattazione aziendale*, in www.cgil.it.
- MAZZOTTA O. (1991), *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, p. 489.
- MAZZOTTA O. (2009), *Ragionare per modelli: conciliare lavoro e non lavoro nella crisi economica. Spunti per una riflessione*, in BALLESTRERO M.V., DE SIMONE G. (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Torino, Giappichelli, p. 3.
- MAZZOTTA O. (2012), *«Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo*, in *LD*, p. 19.
- MC BRITTON M. (2005), *Intervento*, in AA.VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, Milano, Giuffrè, p. 281.
- MC BRITTON M., BRANDI A., FERRAMOSCA L., SERRANO M. (2009), *Le dimensioni giuridiche del tempo di lavoro nel quadro costituzionale italiano*, in VENEZIANI B., BAVARO V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, p. 361.
- MENEGATTI E. (2000), *Il lavoro notturno: normativa comunitaria e disciplina nazionale*, in *DRI*, p. 375.
- MENGHINI L. (2012), *Contratto a termine: nuove regole*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, supplemento al n. 33 di *DPL*, p. 93.
- MENGGONI L. (1998), *I diritti sociali*, in *ADL*, p. 1.
- MERINO SENOVILLA H. (1998), *Distribución del tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, in *RDS*, n. 2, p. 207.
- MERUSI F. (2001), *Sul potere di regolamentazione provvisoria della commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici*, in *RIDL*, I, p. 13.

- MISCIONE M. (2001), *La legge sui congedi parentali per modificare la società*, in ID. (a cura di), *I congedi parentali*, Milano, Ipsoa, p. 3.
- MISCIONE M. (2010), *Metodi e contenuti del contratto collettivo (la teoria del contratto collettivo dopo Pomigliano d'Arco)*, in *LG*, p. 1159.
- MISCIONE M. (2011), *Le relazioni sindacali dopo gli accordi di Pomigliano e Mirafiori*, in *LG*, p. 337.
- MODUGNO F. (1995), *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- MOLERO MARAÑÓN M.L. (2011), *La necesaria reorientación de la conciliación de la vida profesional y familiar y la negociación colectiva*, in *RL*, n. 19, p. 11.
- MONACO M.P. (2004), *I poteri della commissione di garanzia alla luce degli ultimi interventi dei garanti*, in *RIDL*, I, p. 373.
- MOREL F. (2008), *Durée et aménagement du temps de travail*⁵, Paris, Groupe Revue Fiduciaire.
- MORENO DE TORO C. (2010), *El tiempo de trabajo en la Unión Europea y las líneas directrices para su reforma*, in *REDT*, p. 257.
- NAPOLI M. (2003), *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in GARILLI A., NAPOLI M. (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, p. 85.
- NAPOLI M. (2004), *Note introduttive*, in ID. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *NLCC*, p. 1231.
- NAPOLI M. (2005), *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in AA.VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004*, Milano, Giuffrè, p. 9.
- NAPOLI M. (2008a), *Diritto del lavoro e riformismo sociale*, in *LD*, p. 337.
- NAPOLI M. (2008b), *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Jus*, p. 59.
- NAPOLI M. (2009), *La riforma degli assetti contrattuali nelle intese tra le parti sociali*, in *Jus*, p. 443.
- NATULLO G. (2004), *La contrattazione «gestionale»: distinzioni reali ed apparenti dal contratto «normativo»*, in SANTUCCI R., ZOPPOLI L., BELLOMO S. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*², Torino, Giappichelli, p. 49.
- NICCOLAI A. (2003), *Indennità di disoccupazione e part-time verticale*, in *MGL*, 2003, p. 275.
- NICCOLAI A. (2009), *Orario di lavoro e resto della vita*, in *LD*, p. 243.
- NOGLER L. (1994), *Interessi collettivi indivisibili ed efficacia erga omnes del contratto collettivo aziendale*, in *RIDL*, 1994, II, p. 61.
- NOGLER L. (2012), *Crescita economica e riforma della disciplina dei rapporti di lavoro*, in *MGL*, p. 450.
- NOVELLA M. (2009a), *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, Giuffrè.
- NOVELLA M. (2009b), *Diritto alla conciliazione, conciliazione contrattata, conciliazione octroyée*, in M.V. BALLESTRERO, G. DE SIMONE (a cura di),

- Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Torino, Giappichelli, p. 133.
- NUNIN R. (2001), *Riequilibrio dei ruoli nel lavoro di cura e ricomposizione del conflitto tra lavoro "esterno" e responsabilità familiari: le risposte della nuova normativa in materia di tutela dei genitori lavoratori*, in MISCIONE M. (a cura di), *I congedi parentali*, Milano, Ipsoa, p. 32.
- OCCHINO A. (2004a), Art. 9, in NAPOLI M. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in NLCC, p. 1350.
- OCCHINO A. (2004b), Art. 10, in NAPOLI M. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in NLCC, p. 1361.
- OCCHINO A. (2004c), *Il congedo di maternità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: due variazioni sul tema*, in RIDL, II, p. 703.
- OCCHINO A. (2008), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in RGL, I, p. 182.
- OCCHINO A. (2010), *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli.
- OCCHINO A. (2012), *Orari flessibili e libertà*, in RIDL, I, p. 169.
- OJEDA AVILÉS A. (2011), *La riforma spagnola del mercato del lavoro: una pioggia sottile*, in DLRI, p. 275.
- OLINI G. (1994), *I regimi di orario nella contrattazione decentrata: le tendenze dal 1980 al 1992*, in LI, n. 2, p. 15.
- OLIVER P. (1991), *European developments section: Sunday trading and article 30 of the Treaty of Rome*, in ILJ, p. 298.
- ORLANDINI G. (2011), *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: molti dubbi e poche certezze*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org.
- PAGNI M. (1995), *In materia di malattia impeditiva del godimento delle ferie e di relativo onere probatorio*, in RIDL, II, p. 870.
- PALADINI R. (2008), *Il pasticcio degli straordinari*, in *Eguaglianza&Libertà*, 29 maggio.
- PALAZZI P. (1987), *Occupazione e orario di apertura dei negozi*, in EL, p. 19.
- PANZARANI R. (1999), *Lavoro festivo e domenicale*, in ADL, p. 121.
- PAPALEONI M. (2000), *La riforma del part-time*, in RIDL, I, p. 207.
- PAPALEONI M. (2004), *Il nuovo part-time nel settore privato e pubblico*, Padova, Cedam.
- PARISI N. (2009), *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in DUE, p. 653.
- PASQUALETTO E. (2003), *Commento all'art. 17*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, Giuffrè, p. 492.
- PASSALACQUA P. (2011), *L'assetto del lavoro a tempo parziale a seguito degli ultimi interventi del legislatore*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. II, Napoli, Jovene, p. 953.
- PEERS S. (2010), *Non-regression clauses: the fig leaf has fallen*, in ILJ, p. 436.
- PELAGGI L., PELAGGI A. (2000), *Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni di legge*, in MGL, 2000, p. 617.
- PELISSERO P. (2000), *La problematica dell'orario di lavoro a livello comunitario*, in RGL, I, p. 973.

- PELISSERO P. (2005), *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o race to the bottom?*, in *LD*, p. 363.
- PÉLISSIER J., SUPLOT A., JEAMMAUD A. (2006), *Droit du travail*²³, Paris, Dalloz.
- PELLACANI G. (2005), *Il contratto di lavoro a tempo parziale come strumento di conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro. Le incerte prospettive dopo il d.lgs. n. 276 del 2003*, in GALANTINO L. (a cura di), *Flessibilità dei tempi di lavoro e prospettive di conciliazione*, Torino, Giappichelli, p. 89.
- PERA G. (1985), *Il trentanovismo è nelle cose*, in *PD*, p. 503.
- PERONE G. (2012), *Diritto sindacale tra essere e dover essere*, in *ADL*, p. 1.
- PERSIANI M. (1999), *Contratti collettivi normativi e contratti gestionali*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, tomo I, Bari, Cacucci, p. 797.
- PERSIANI M. (2004), *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti di diritto del lavoro*, in *ADL*, p. 1.
- PERSIANI M. (2011), *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *ADL*, p. 451.
- PERULLI A. (1992), *Il potere direttivo*, Milano, Giuffrè.
- PERULLI A., SPEZIALE V. (2011), *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT n. 132.
- PERUZZI M. (2009), *I paradossi dello straordinario e il controllo individuale nell'era della detassazione*, in VENEZIANI B., BAVARO V. (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, p. 255.
- PESSA P. (1998), *Gli orari di lavoro nell'industria*, Roma, Ediesse.
- PESSI A. (2006), *Disoccupazione e part-time verticale*, in *ADL*, p. 813.
- PESSI R. (2011), *Contrattazione in deroga*, in CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, Ipsoa, p. 27.
- PESSI R. (2012a), *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva*, in *RIDL*, I, p. 537.
- PESSI R. (2012b), *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *DRI*, p. 57.
- PICCININI I. (2008), *Le recenti modifiche al lavoro part-time e a tempo determinato*, in *LG*, p. 465.
- PICCININI I., FERRARI P. (2005), *Spazi e funzioni dell'autonomia collettiva nella nuova disciplina sull'orario di lavoro*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, tomo I, Cedam, p. 407.
- PIETANZA E. (2009), *Il contributo della contrattazione collettiva alle istanze di conciliazione vita/lavoro*, in BAVARO V., CARABELLI U., SFORZA U., VOZA R. (a cura di), *Tempo comune*, Milano, Franco Angeli, p. 129.
- PIETROGIOVANNI V. (2012), *Ancora due nuove pronunce della Corte di Giustizia sul diritto alle ferie e la malattia del lavoratore*, in *LG*, p. 675.
- PINTO V. (1999), *Contratti di lavoro atipici. B) Parte prima: il contratto part-time*, in CARINCI F., VENEZIANI B. (diretto da), *Il commentario del con-*

- tratto collettivo dei metalmeccanici dell'industria privata*, Milano, Ipsoa, p. 128.
- PINTO V. (2002), *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *DLRI*, p. 275.
- PINTO V. (2004), *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma.
- PINTO V. (2005), *Intervento*, in AA.Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004*, Milano, Giuffrè, p. 272.
- PINTO V., VOZA R. (2002), *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, in *RGL*, I, p. 453.
- PIRKER B. (2009), *Arrêt «Schultz-Hoff et Stringer»*, in *RDUE*, p. 142.
- PIZZO T. (2008), *La detassazione sperimentale degli straordinari e dei premi individuali*, in *NInf*, n. 42, p. 48.
- PIZZOFERRATO A. (1994), *Sulla determinazione del periodo di godimento delle ferie*, in *RIDL*, II, p. 710.
- PIZZOFERRATO A. (2001), *Il ccnl quale strumento di attuazione delle direttive comunitarie: verso una possibile revisione del ruolo delle fonti in materia sociale*, in *LG*, p. 116.
- POIRIER M. (2010), *Le repos dominical après la loi du 10 août 2009*, in *DO*, p. 22.
- POLLASTRO D. (2003), *Le nuove disposizioni in materia di orario di lavoro (d.lgs. 8/4/03 n. 66)*, in *D&L*, p. 533.
- PROIA G. (1994), *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, Giuffrè.
- PROIA G. (2002), *Il contratto collettivo fonte e le "funzioni" della contrattazione collettiva*, in AA.Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia – Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Milano, Giuffrè, p. 112.
- PROSPERETTI G. (2009), *Autonomia collettiva e diritti sindacali*, in VALLEBONA A. (a cura di), *I contratti di lavoro*, Torino, Utet, p. 247.
- PUTATURO DONATI F.M. (2005), *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Torino, Giappichelli.
- PUTATURO DONATI F.M. (2008), *Le novità in materia di part-time*, in *GL*, n. 2, p. 71.
- PUTATURO DONATI F.M. (2009a), *La disciplina dell'orario di lavoro*, in CINNELLI M., FERRARO G. (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, tomo II, Torino, Utet, p. 159.
- PUTATURO DONATI F.M. (2009b), *Misure sperimentali per l'incremento della produttività del lavoro*, in *RGL*, I, p. 335.
- QUADRELLI I. (2012), *Promuovere la conciliazione tra responsabilità familiari e impegno lavorativo nei luoghi di lavoro*, Osservatorio nazionale sulla famiglia, *Working paper* n. 2.
- RAUSEI P., SCOLASTICI R. (2012), *Il lavoro a tempo parziale*, in MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, Giuffrè, p. 138.

- REALE A. (2000), *Il lavoro a tempo parziale tra ordinamento comunitario e diritto interno*, in *MGL*, p. 1262.
- RICCARDI A. (2012), *La Corte di giustizia interviene nuovamente sul diritto alla ferie e sul rapporto tra ferie e malattia*, in *RIDL*, II, p. 557.
- RICCI G. (1996), *Orario di lavoro*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S. (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, Monduzzi, p. 593.
- RICCI G. (1998), *L'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario*, in *LD*, p. 81.
- RICCI G. (2001), *La comunitarizzazione "leggera": la disciplina degli orari di lavoro in Gran Bretagna*, in *DLRI*, p. 233.
- RICCI G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Milano, Giuffrè.
- RICCI G. (2007), *Frazionamento del periodo di ferie annuali e principio di "non monetizzabilità": l'opinione della Corte di giustizia*, in *RIDL*, II, p. 509.
- RICCI G. (2009), *Orario di lavoro*, in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in AJANI G., BENACCHIO G. (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, p. 145.
- RICCI G. (2010a), *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT n. 79.
- RICCI G. (2010b), *Tutela della salute e orario di lavoro*, in SCIARRA S. (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, Giappichelli, p. 51.
- RICCI G. (2011), *Il diritto al "giusto" tempo di lavoro nel sistema costituzionale multilevel*, in CARUSO B., MILITELLO M. (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" Collective Volumes, n. 1, p. 60.
- RICCI M. (2004), *Le finalità del D.Lgs. n. 276/2003*, in MISCIONE M., RICCI M. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. I, Milano, Ipsoa, p. 4.
- RICCI M. (2006), *L'autonomia collettiva e individuale dopo la revisione legislativa del mercato del lavoro*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, p. 225.
- RICCI M. (2009), *L'Accordo quadro e l'Accordo Interconfederale del 2009: contenuti e modelli di relazioni industriali*, in *RIDL*, I, p. 353.
- RICCI M. (2012), *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *ADL*, p. 43.
- RICHARD E. (2011), *Forfait jours: l'accord collectif au secours de la loi*, in *DO*, p. 723.
- RIVELLINI F. (2009), *Riposo settimanale e disciplina sanzionatoria*, in *DPL*, p. 484.
- RIVELLINI F. (2010), *Direttiva sui tempi di lavoro: proposta di revisione*, in *DPL*, p. 959.

- RIVERSO R. (2006), *La nuova disciplina delle ferie tra obblighi comunitari e principi costituzionali*, in *LG*, p. 1163.
- ROCCELLA M. (1997), *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli.
- ROCCELLA M. (2000a), *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *LD*, p. 350.
- ROCCELLA M. (2000b), *La nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale: le ragioni delle scelte del legislatore*, in *Il rapporto di lavoro, nuove flessibilità e diritti*, Atti del convegno dell'Associazione Nazionale Cooperative di Consumatori, Firenze, 11 febbraio 2000, supplemento a *GTosc*, p. 71.
- ROCCELLA M. (2001a), *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, in *www.cgil.it*.
- ROCCELLA M. (2001b), *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *LD*, p. 329.
- ROCCELLA M. (2003), *Lavoro e costituzione nelle politiche del governo Berlusconi*, in *QG*, p. 5.
- ROCCELLA M. (2004a), *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, in *LD*, p. 43.
- ROCCELLA M. (2004b), *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT n. 23.
- ROCCELLA M. (2006a), *Lavori flessibili o lavori precari?*, in MARIUCCI L., *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, Il Mulino, p. 55.
- ROCCELLA M. (2006b), *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *DLM*, p. 109.
- ROCCELLA M. (2008), *"Vorrei ma non posso": storia interna della più recente riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, p. 411.
- ROCCELLA M. (2009a), *Il valore reale del lavoro che non c'è più*, in *Il Manifesto*, 25 gennaio.
- ROCCELLA M. (2009b), *Il rapporto tra le fonti del diritto del lavoro*, in AA.Vv., *Diritto sindacale e relazioni industriali dopo la rottura dell'unità contrattuale*, Atti del seminario organizzato dalla Cgil (Roma, 5 maggio 2009), supplemento al n. 25 di *QRS*, p. 25.
- ROCCELLA M. (2010a), *Le regole del gioco sindacale. Appunti per un dibattito*, in ANDREONI A. (a cura di), *Rappresentanza e rappresentatività nel sistema delle relazioni industriali*, Roma, Ediesse, p. 249.
- ROCCELLA M. (2010b), *Lavoratori senza diritti*, in *MicroMega*, n. 5, p. 141.
- ROCCELLA M. (2010c), *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?*, in *MicroMega*, n. 8, p. 171.
- ROCCELLA M. (2010d), *Manuale di diritto del lavoro*⁴, Torino, Giappichelli.
- ROCCELLA M., IZZI D. (2010), *Lavoro e diritto nell'Unione Europea*, Padova, Cedam.
- ROCCELLA M., TREU T. (2012), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*⁶, Padova, Cedam.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M.C. (1999), *The impact of the working time directive on Spanish labour law*, in KRAVARITOU Y. (ed.), *The regulation of working time in the European Union*, Bruxelles, P. Lang, p. 203.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER M. (2011), *La riforma spagnola del mercato del lavoro. Punti di vista della dottrina*, in *DLRI*, p. 265.
- ROMAGNOLI U. (1995), *Il lavoro in Italia*, Bologna, Il Mulino.
- ROMAGNOLI U. (2009), *Per il sindacato è una questione d'identità*, in *DLM*, p. 3.
- ROMAGNOLI U. (2011a), *È ora di attuare la Costituzione sul sindacato*, in *Eguaglianza&Libertà*, 17 maggio.
- ROMAGNOLI U. (2011b), *L'ambiguo compromesso del 28 giugno*, in *Eguaglianza&Libertà*, 22 luglio.
- ROMAGNOLI U. (2011c), *L'inquinamento delle falde del diritto*, in *Il Manifesto*, 25 settembre.
- ROMANI F. (2006), *Il trattamento di disoccupazione nel part-time verticale: un dietro front della Consulta?*, in *RDSS*, p. 755.
- ROMEI R. (2011), *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra d'agosto*, in *Nel Merito*, 16 settembre.
- ROSIELLO A. (2007), *Ancora sull'interruzione delle ferie per insorgenza di una malattia*, in *RIDL*, II, p. 532.
- ROTONDI F. (2009), *Orario di lavoro*, in *DPL*, p. 2721.
- RUSCIANO M. (2011), *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, in *Eguaglianza&Libertà*, 8 settembre.
- SANDULLI P., MARINELLI V.M. (2009), *La durata della prestazione di lavoro*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Torino, Utet, p. 593.
- SANNA P. (2009), *Deroghe al riposo giornaliero: i chiarimenti del Ministero*, in *GL*, n. 22, p. 29.
- SANTORO PASSARELLI G. (2010), *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *RIDL*, I, p. 487.
- SANTORO PASSARELLI G. (2011), *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *ADL*, p. 1224.
- SANTUCCI R. (2007), *Flexicurity e conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro*, in *DLM*, p. 581.
- SARACINI P. (2006), *La contrattazione collettiva e la recente legislazione sul lavoro flessibile: verso la destrutturazione del sistema contrattuale?*, in *DLM*, p. 621.
- SASSO C. (2010), *La fabbrica senza orari: ecco dove l'operaio sceglie quanto lavorare*, in *La Repubblica*, 14 aprile.
- SCARPELLI F. (1994), *Il fondamento giuridico dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale*, in *NGCC*, I, p. 48.
- SCARPELLI F. (2011a), *Una nuova pagina nel sistema di relazioni industriali: l'accordo sulle regole della rappresentatività e della contrattazione*, in *NInf*, n. 53, p. 1.
- SCARPELLI F. (2011b), *La norma Sacconi della manovra di agosto: non si sostiene così la contrattazione aziendale*, in *Nel Merito*, 9 settembre.
- SCARPELLI F. (2011c), *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT* n. 127.

- SCARPONI S. (1988), *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- SCARPONI S. (1998), *La recente disciplina legislativa in materia di orari di lavoro: l'inizio di una riforma?*, in *LD*, p. 133.
- SCARPONI S. (2004a), *Il lavoro a tempo parziale*, in *LD*, p. 153.
- SCARPONI S. (2004b), *Il lavoro a tempo parziale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT n. 18.
- SCARPONI S. (2004c), *Sub art. 46*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, Cedam, p. 554.
- SCARPONI S. (2005), *Rapporti ad orari ridotto e promozione dell'eguaglianza. Introduzione*, in *LD*, p. 191.
- SCIARRA S. (1993), *La direttiva comunitaria sull'orario di lavoro. Prime osservazioni*, in *LI*, nn. 23-24, p. 13.
- SENATORI I. (2012), *Il ruolo della contrattazione collettiva nella promozione del Welfare aziendale*, in *QFMB*, n. 2, p. 1.
- SERRANI L. (2012), *Spagna. Al via la riforma del mercato del lavoro*, Bollettino speciale *Adapt*, 17 febbraio, n. 4.
- SIMITIS S. (1990), *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *DLRI*, p. 87.
- SIMONATO D. (2003), *Commento all'art. 1, comma 2*, in CESTER C., MATAROLO M.G., TREMOLADA M. (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, Giuffrè, p. 38.
- SPEZIALE V. (2012), *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT n. 153.
- STROPPIANA L. (2010), *Cronache costituzionali dall'estero (settembre - dicembre 2009)*, in *QC*, p. 199.
- SUPIOT A. (1997), *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)*, in *LD*, p. 13.
- TARTAGLIONE L. (2003), *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *MGL*, p. 419.
- TERENZI G.M. (1969), *L'orario di lavoro e l'art. 36 della Costituzione*, in *RLav*, p. 609.
- TINTI A.R. (2009a), *Conciliazione e misure di sostegno. Sulle azioni positive di cui all'art. 9 della legge n. 53/2000*, in *LD*, p. 173.
- TINTI A.R. (2009b), *Il legislatore, la crisi, il sostegno alle misure di conciliazione dei tempi: misure di piccolo cabotaggio*, in BALLESTRERO M.V., DE SIMONE G. (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Torino, Giappichelli p. 219.
- TINTI A.R. (2011), *Fuga dalle regole: la disciplina dei trasferimenti alla prova nel caso Fiat*, in *LD*, p. 391.
- TIRABOSCHI M. (1990), *Brevi riflessioni in tema di durata massima della giornata normale di lavoro*, in *RIDL*, 1990, II, p. 175.
- TIRABOSCHI M. (2003), *Verso una nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *GL*, 10, p. 47.
- TIRABOSCHI M. (2005), *La legislazione del mercato del lavoro a sostegno*

- della famiglia dopo la riforma Biagi, in DONATI P. (a cura di), *Famiglia e lavoro: dal conflitto a nuove sinergie*, Alba, Edizioni San Paolo, p. 227.
- TIRABOSCHI M. (2008), *Le misure sperimentali per l'incremento della produttività del lavoro: la detassazione di straordinari e premi*, in ID. (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Milano, Giuffrè, p. 223.
- TIRABOSCHI M. (2009), *Orario di lavoro: garanzie effettive e no formalismi*, in *Il sole 24 ore*, 20 ottobre.
- TIRABOSCHI M. (2012), *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, in *DRI*, p. 78.
- TIRABOSCHI M., RUSSO A. (2003), *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/CE*, in *GL*, n. 17, p. 10.
- TOMKIN J. (2012), *Case C-243/09, Günter Fuß, judgment of the Court of Justice (second Chamber) of 14 October 2010; Case C-429/09, Günter Fuß, judgement of the Court of Justice (second Chamber)*, in *CMLR*, p. 1423.
- TOSI P. (2010), *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, in *ADL*, p. 1089.
- TOSI P. (2011a), *Uno sguardo d'insieme*, in CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, Ipsoa, p. 19.
- TOSI P. (2011b), *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autocomposizione del sistema contrattuale*, in *ADL*, p. 1212.
- TREMOLADA M. (2003), *Commento all'art. 1, comma 1*, in CESTER C., MATAROLO M.G., TREMOLADA M. (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, Giuffrè, p. 2.
- TREU T. (1979), *Art. 36*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti Economici, I*, Bologna, Zanichelli, p. 72.
- TREU T. (2002), *Il Libro Bianco sul lavoro e la delega del Governo*, in *DRI*, p. 115.
- TREU T. (2011a), *Vogliono balcanizzare il diritto del lavoro*, in *Europa*, 19 agosto.
- TREU T. (2011b), *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *DRI*, p. 613.
- TREU T. (2011c), *Il nuovo scenario delle relazioni industriali in Italia*, in *Nel Merito*, 11 novembre.
- TRILLO PÁRRAGA F.J. (2010), *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*, Valladolid, Lex Nova.
- TURSI A. (2012), *Contratti collettivi "separati", rappresentanza sindacale in azienda e condotta antisindacale: il "caso Fiat di Pomigliano" (nota a Trib. Torino 16 luglio-14 settembre 2011, n. 2583)*, in *DRI*, p. 151.
- VALBONESI C. (2010), *Verso una tutela effettiva del diritto alle ferie*, in *D&L*, p. 495.
- VALENTE L. (2012), *Estinzione del diritto alle ferie non godute per causa di malattia: la Corte di Giustizia ci ripensa (Corte di Giustizia Ue, 22 novembre 2011, causa C-214/10)*, in *RGL*, II, p. 273.
- VALLEBONA A. (1997), *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *DLRI*, p. 381.
- VALLEBONA A. (2000), *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *MGL*, p. 492.

- VALLEBONA A. (2004), *La riforma dei lavori*, Padova, Cedam.
- VALLEBONA A. (2011), *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *QFMB*, n. 2, p. 1.
- VALLEBONA A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*, Torino, Giappichelli.
- VENEZIANI B. (1993), *La flessibilità del lavoro e i suoi antidoti*, in *DLRI*, p. 235.
- VENEZIANI B. (1995), *Libertà contrattuale e contratto di lavoro. Lineamenti di diritto comparato*, in BIAGI M., SUWA Y. (a cura di), *Il diritto dei disoccupati. Studi in onore di Koichiro Yamaguchi*, Milano, Giuffrè, p. 429.
- VERICEL M. (2008), *La loi du 28 août 2008 relative au temps de travail: une loi de revanche?*, in *RDT*, p. 574.
- VERICEL M. (2009a), *La loi du 10 août 2009 relative au travail dominical: réaffirmation du principe du repos dominical ou généralisation du travail le dimanche?*, in *RDT*, p. 673.
- VERICEL M. (2009b), *Réglementation du travail de dimanche: modalités d'application de la loi 2009-974 du 10 août 2009*, in *RDT*, p. 859.
- VERICEL M., LECOCQ S. (2008), *Faut-il conserver le régime actuel du repos dominical?*, in *RDT*, p. 642.
- VERKINDT P.Y. (2010), *Les conventions de forfait*, in *DS*, p. 387.
- VETTOR T. (2010), *Lavoro a termine e causale sostitutiva. La sentenza Sorge, tra orientamenti comunitari e applicazioni interne*, in *RGL*, II, p. 617.
- VICECONTE M. (2003), *L'orario di lavoro nell'ordinamento inglese*, in *LPO*, p. 840.
- VICECONTE M. (2011), *Quale contratto collettivo va applicato nel settore metalmeccanico?*, in *LPO*, p. 406.
- VIDIRI G. (2012), *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *RIDL*, I, p. 109.
- VILLA P. (2005), *Lavoro a tempo parziale e modelli di partecipazione femminile al mercato del lavoro nei Paesi europei*, in *LD*, p. 201.
- VITALI E., CHIZZONITI A.G. (2010), *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè.
- VON PRONZYSKI F. (1994), *Council directive 93/104/EC concerning certain aspects of the organization of working time*, in *ILJ*, p. 92.
- VOZA R. (2004), *La destrutturazione del tempo di lavoro: part time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, Cacucci, p. 237.
- VOZA R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, Cacucci.
- WEISS M., SCHMIDT M. (2008), *Labour Law and Industrial relations in Germany*, The Hague, Kluwer.
- WINKLER B. (2009), *Nuove prospettive della Kurzarbeit: la riduzione dell'orario di lavoro come misura anticrisi*, in *DRI*, p. 1171.
- ZACHERT U. (1995), *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Trento, Università degli studi di Trento.
- ZILIO GRANDI G. (2011a), *La "rinascita" dell'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori e il caso del Ccnl metalmeccanici: brevi appunti su livelli con-*

- trattuali, problemi di rappresentanza sindacale e limiti al sindacato giurisdizionale*, in *DRI*, p. 300.
- ZILIO GRANDI G. (2011b), *Il prima e il dopo dell'Art. 8: ma cambia veramente qualcosa?*, in *QFMB*, n. 2, p. 1.
- ZMARZLIK J. (1994), *Das neue Arbeitszeitgesetz*, in *DB*, p. 1082.
- ZOLI C. (2005), *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in AA.Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004*, Milano, Giuffrè, p. 73.
- ZOLI C. (2011), *Gli accordi in deroga nella riforma della struttura della contrattazione collettiva*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. I, Napoli, Jovene, p. 681.
- ZOPPOLI A. (2011), *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT n. 131.
- ZOPPOLI L. (2002), *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in AA.Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro: atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia – Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001*, Milano, Giuffrè, p. 238.
- ZOPPOLI L. (2006), *Flessibilità del diritto del lavoro e accumulazione del capitale sociale*, in MARIUCCI L. (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa?*, Bologna, Il Mulino, p. 409.
- ZOPPOLI L. (2011), *Pluralità di contratti collettivi nazionali, condotta anti-sindacale e trattamenti discriminatori*, in *RIDL*, II, p. 709.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di ottobre dell'anno 2012
presso Effegi s.a.s. - Portici (Na)
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it

