

## Il lavoro a tempo parziale\*

Stefania Scarponi

1. Dalla prima alla seconda riforma del lavoro a tempo parziale.	265
2. Il contenuto dell'art. 46 d. lgs. n. 276 del 2003: le modifiche introdotte al testo del d. lgs. n. 61 del 2000.	266
3. Profili di contrasto della riforma con la direttiva 97/81 Ce alla luce della giurisprudenza costituzionale	268
4. La nuova nozione dell'orario di lavoro	271
4.1. Il lavoro a part - time orizzontale	271
4.2. segue: <i>e verticale</i>	272
4.3. Il campo di applicazione e la fattispecie del lavoro intermittente	272
5. La disciplina del lavoro supplementare e straordinario	273
5.1. Il lavoro supplementare e l'irrilevanza del consenso individuale "in presenza" della disciplina negoziale: profili di illegittimità.	274
5.2. Lavoro supplementare e autonomia individuale	274
5.3. Il lavoro straordinario	275
6. Elasticità e flessibilità della prestazione	276
6.1. Effetti dell'abrogazione della clausola di ripensamento e strumenti alternativi di tutela.	276
6.2. Le nozioni di "flessibilità" ed "elasticità".	277
6.3. Coordinamento tra autonomia collettiva e autonomia individuale	278
6.4. Persistenti limiti all'autonomia individuale come interpretazione costituzionalmente vincolata dell'art. 3, comma settimo	279
7. Le modifiche dell'apparato sanzionatorio e risarcitorio	280
8. Il criterio di computo dei lavoratori ai fini dell'applicazione del Titolo III dello Statuto dei lavoratori	281
9. Il rinvio ai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, ovvero alla contrattazione aziendale	282
10. La tutela delle patologie oncologiche	285

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 18/2004

11. Riferimenti bibliografici

286

## 1. Dalla prima alla seconda riforma del lavoro a tempo parziale.

Il contenuto della riforma dedicata alla disciplina del lavoro a tempo parziale (Alleva, 2003; Caruso 2003 a e 2003b; Voza 2004, 237) è fortemente influenzato dal dibattito originato dal primo decreto attuativo della direttiva 97/81 costituito dal d. lgs n. 61 del 2000. L'attuale riscrittura di molte sue disposizioni è basata sul presupposto della non conformità agli obiettivi di politica sociale posti dal diritto comunitario, ed indicati nei *considerando* della direttiva 97/81. Ce quale in particolare quello di *“facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da tener conto dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori”*, a causa del ritenuto sbilanciamento del primo atto di trasposizione a favore di questi ultimi (Tiraboschi - Russo 2003; Vallebona 2000, 353). Conviene, pertanto, in primo luogo soffermarsi su tale critica, in relazione al corretto adempimento degli obblighi comunitari. Al riguardo, va ricordato che il d. lgs. n. 61 del 2000 si era conformato anche ad altri obiettivi sociali emergenti dai *“considerando”* dell'Accordo europeo, costituiti dalla eliminazione delle discriminazioni dei lavoratori a tempo parziale ed alla promozione delle pari opportunità uomo – donna nel mercato del lavoro, nonché alla conciliazione tra vita familiare e vita professionale (Scarponi 1999, 399; Bavaro 2001; Roccella - Treu 2002, 168), predisponendo una gamma di soluzioni ora in larga misura oggetto di revisione o di abrogazione.

Anzitutto, veniva incentivata la diffusione del lavoro a tempo indeterminato, ispirata alla promozione di occupazione stabile, sia mediante sgravi contributivi sia attraverso restrizioni all'applicazione degli istituti della flessibilità dell'orario nei confronti del lavoro a termine. Questi ultimi, inoltre, erano filtrati mediante lo strumento della *doppia chiave*, ovvero attraverso la combinazione del rinvio all'autonomia collettiva con il riconoscimento della rilevanza giuridica del consenso individuale del lavoratore, a tutela delle istanze personali di flessibilità, coordinamento realizzato con modalità differenziate, a seconda che la modifica riguardasse la collocazione temporale oppure il lavoro supplementare (Bolego 2000, 430). Al riguardo, non possono essere trascurate neppure le critiche di segno opposto a quelle sopra ricordate, espresse nei confronti delle modalità con le quali i contratti collettivi hanno disciplinato la materia secondo il rinvio legislativo contenuto nel vecchio testo del d. lgs. n. 61, rendendo il lavoro a tempo parziale dotato di flessibilità in misura molto elevata, tale da sollevare fondati dubbi circa la sua compatibilità con la salvaguardia delle esigenze proprie dei lavoratori, ed ancor più delle lavoratrici, che costituiscono il maggior numero di coloro che sono disponibili ad essere assunte con tale tipo di contratto (Brollo 2002a, 723). Critiche che avrebbero dovuto indurre ad ulteriori restrizioni, semmai, nei confronti della contrattazione collettiva, onde rispettare il principio che, in omaggio alla *flexicurity*, tende ad evitare le conseguenze negative in termini di maggiore dequalificazione e precarizzazione nel mercato del lavoro ed a promuovere al contrario la *“qualità”* del lavoro a tempo parziale come strumento di effettiva inclusione sociale.

Il contemperamento con le esigenze di flessibilità organizzativa delle imprese era realizzato, oltre che nella determinazione dell'orario di lavoro affidata all'autonomia individuale, mediante la disciplina non particolarmente restrittiva del lavoro supplementare e straordinario prestato in deroga alle previsioni dei contratti collettivi, consentendo in tal modo una *“via di fuga”* dal contratto collettivo riservata all'autonomia individuale (Brollo 2002a, 723).

La disciplina descritta aveva combinato le diverse esigenze connesse al termine *“flessibilità”* (Perulli 2003c, 385) - secondo le teorie economiche che attribuiscono al rapporto a tempo parziale l'attitudine a realizzare con reciproco vantaggio interessi non coincidenti (Edwards - Robinson

1998) - mediante un modello inedito tendente a riconoscere l'adattamento organizzativo delle imprese, insieme alla funzione devoluta ai sindacati, dotati di una particolare rappresentatività, di controllo delle ripercussioni negative sull'occupazione derivanti da forme di eccessiva flessibilizzazione dell'orario del lavoro a tempo parziale, ed infine le istanze individuali connesse al tempo "di non lavoro" in modo da attenuare la subordinazione del lavoratore. Tenuto conto dell'equilibrio così realizzato, e dell'opera di razionalizzazione che ha investito altri profili - quali quelli inerenti al meccanismo sanzionatorio in caso di violazione del requisito della forma scritta, non più previsto *ad substantiam*, nonché l'applicazione del principio "*pro rata temporis*" al trattamento da riservare al lavoratore a tempo parziale, gli aspetti previdenziali, ed infine l'abrogazione della facoltà di introdurre "contingenti" limitativi del ricorso a rapporti di lavoro a tempo parziale (Missione 2000, 3065) - il d. lgs. n. 61, secondo il testo previgente, non può certo essere complessivamente considerato inadempiente all'obiettivo di eliminare gli ostacoli giuridici alla diffusione del lavoro a tempo parziale richiesto dalla direttiva 97/81. Ne è conferma la valutazione positiva operata in sede europea, secondo il recente rapporto presentato nell'agosto 2003 dalla European Foundation for the improvement of living and working condition di Dublino, dal titolo *Working time preferences and working – life balance in the EU: some policy considerations for enhancing the quality of life*(www.eurofound.eu.int).

## 2. Il contenuto dell'art. 46 d. lgs. n. 276 del 2003: le modifiche introdotte al testo del d. lgs. n. 61 del 2000.

Dell'assetto descritto restano invariate le disposizioni relative alla modalità di conclusione del contratto di lavoro, salvo il venir meno dell'obbligo relativo alla comunicazione alla Direzione provinciale del lavoro (art. 85, ult. comma del d. lgs. n. 276). Restano altresì invariate le norme relative al divieto di discriminazione ed applicazione del principio *pro rata temporis*, nonché gli artt. 9, riguardante il trattamento previdenziale, che ha subito soltanto alcuni aggiustamenti (Renga 2004), l'art. 10, riguardante il rapporto con le pubbliche amministrazioni, che resta escluso dal campo di applicazione della riforma, e l'art. 12 sulla verifica concertata. È stato introdotto altresì l'art. 12 - *bis*, che riguarda la tutela delle patologie oncologiche.

Le modifiche introdotte dal d. lgs. n. 276, all'art. 46, consistono in aggiornamenti, abrogazioni, sostituzioni del contenuto di alcune norme del d. lgs. n. 61. L'aggiornamento, reso necessario dalle intervenute modifiche del quadro normativo, riguarda la nozione di lavoro a tempo pieno, contemplata nella definizione del lavoro a tempo parziale, che viene ora riferita all'orario normale di lavoro di cui all'art. 3, comma primo, del d. lgs. n. 66 del 2003, e non più alla norma di cui all'art. 13 della legge n. 196 del 1997; nonché le assunzioni a termine, ora prive di limiti che non siano quelli previsti dal d. lgs. n. 68 del 2001.

Le modifiche del d. lgs. n. 61 del 2000 riguardano profili strutturali della disciplina in materia.

A) Si registra anzitutto il ridimensionamento del ruolo dei sindacati nazionali e del contratto collettivo "qualificato", dal momento che è stata eliminata l'assistenza da parte dei sindacati nazionali nei confronti dei soggetti sindacali a livello decentrato, ovvero le r. s. a. oppure le r. s. u. nella procedura di negoziazione (art. 1 del d. lgs. n. 61), ed abrogato il rinvio ai contratti collettivi nella determinazione delle modalità applicative del rapporto di lavoro a tempo parziale nel settore agricolo, che viene così "liberalizzato", pur non potendosi naturalmente escludere, in base al principio di libertà sindacale, la diffusione della contrattazione collettiva su base puramente volontaria.

Inoltre, la funzione dei contratti collettivi nel controllo della “flessibilità”, sia dell’orario sia delle forme del rapporto di lavoro a tempo parziale, è fortemente attenuata dal riconoscimento all’autonomia individuale della facoltà di regolare la materia in assenza della disciplina contrattuale collettiva.

B) Ciò non significa che sia privilegiata la concezione che assegna valore primario al consenso individuale. In senso contrastante alla tutela della “personalizzazione” del tempo di lavoro si prevede un nuovo regime del lavoro supplementare, che - oltre ad abrogare l’obbligo legale di corrispondere la maggiorazione retributiva, in caso di superamento dei limiti massimi posti dai contratti collettivi – non prevede come requisito necessario il requisito del consenso individuale, che secondo il regime previgente era comunque indispensabile, ma soltanto se la materia non sia oggetto di regolamentazione da parte dei contratti collettivi. Inoltre, pur essendo ribadito il principio, di fonte comunitaria, secondo il quale l’eventuale rifiuto non costituisce in nessun caso giustificato motivo di licenziamento, è stata abrogata la parte della disposizione che ne escludeva altresì il rilievo disciplinare. Viene meno, infine, il diritto al “consolidamento” del maggior orario relativo al lavoro supplementare svolto in via non meramente occasionale, che corrispondeva all’interesse del lavoratore all’aumento della durata, e della retribuzione.

C) La stessa critica va rivolta alla nuova disciplina in materia di clausole di elasticità e flessibilità, che è stata intensamente rivisitata.

Neppure in questo ambito è più riconosciuta la funzione autorizzatoria dei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi: sono le parti del contratto di lavoro, a mente del comma settimo dell’art. 3, che possono concordare clausole flessibili relative alla variazione della collocazione temporale della prestazione stessa. Dunque, se da un lato viene riconfermato il rinvio ai contratti collettivi per la determinazione delle condizioni e modalità in relazione alle quali il datore di lavoro può effettuare la variazione, dall’altro, in assenza di tale disciplina, le parti sono libere di pattuire al riguardo. Una seconda innovazione riguarda il fatto che sia prevista non soltanto la diversa collocazione temporale, ma anche la facoltà di aumentare la durata dell’orario, nella fattispecie riguardante il rapporto a tempo parziale verticale o misto, anche in questo caso sulla base del consenso individuale. Quanto ai presupposti procedurali per l’esercizio del potere di variare la collocazione oppure la durata dell’orario di lavoro, il periodo di preavviso viene ridotto da 10 a 2 giorni lavorativi, fatte salve intese fra le parti, mentre è ribadito il diritto a specifiche compensazioni, nella misura e nelle forme stabilite dai contratti collettivi.

Resta ferma, a tutela del principio di volontarietà, la previsione che condiziona la legittimità delle clausole in oggetto alla sottoscrizione di apposito patto scritto, il cui rifiuto non integra il giustificato motivo di licenziamento. Il patto potrà essere stipulato al momento dell’assunzione, con l’assistenza di un componente della rappresentanza sindacale aziendale, ma solo su richiesta del lavoratore.

È stato abrogato il diritto al “ripensamento”, che era previsto in favore del lavoratore il cui orario fosse stato modificato, in presenza di determinate circostanze giustificative<sup>697</sup> (Papaleoni 2000,

---

<sup>697</sup> Quest’ultima, a mente dell’art. 3, comma decimo, ora sostituito, consiste nel diritto in capo al lavoratore, decorsi cinque mesi dal mutamento di orario, di denunciare, in forma scritta, il patto di elasticità, in presenza di determinate condizioni, quali esigenze di

357; Bolego 2000, 437; Scarponi 2001, 23; Alessi 2001, 70), abrogazione che solleva numerose questioni, sia circa la tecnica di delega, sia di conformità ai principi costituzionali e alla “clausola di non regresso” (v. *infra* par. 3 e par. 6).

D) In materia di lavoro a tempo determinato, le restrizioni e gli incentivi verso la promozione dell'occupazione stabile non sono più previste. Infatti le clausole elastiche o flessibili, nel senso anzidetto, sono applicabili anche al rapporto di lavoro a termine, secondo l'art. 3, comma decimo, e gli incentivi economici, ricondotti nell'ambito della materia degli aiuti di Stato e della riforma sugli incentivi all'occupazione, sono previsti anche in caso di assunzioni a termine.

E) Relativamente all'apparato rimediabile e sanzionatorio, l'art. 8 del d. lgs. n. 61 contiene due nuovi commi – 8, comma secondo - *bis* e 8, comma secondo - *ter*. Il primo attiene allo svolgimento del rapporto secondo modalità flessibili senza il rispetto delle previsioni ricordate. In tal caso si prevede il diritto, oltre alla retribuzione dovuta, ad un ulteriore emolumento a titolo di risarcimento del danno. Il secondo ribadisce per le parti la possibilità di concordare direttamente le clausole elastiche o flessibili in caso di carenza dei contratti collettivi.

F) In materia di strumenti di incentivazione del lavoro a tempo parziale, di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 61, il diritto di trasformazione del rapporto del *part - timer* in caso di nuove assunzioni a tempo pieno è ora condizionato ad apposita previsione nel contratto individuale di lavoro; inoltre, in caso di richiesta di trasformazione del rapporto, nell'ipotesi di nuove assunzioni di lavoratori a tempo parziale, non è più prevista la motivazione dell'eventuale rifiuto da parte del datore di lavoro.

È stato rivisto il criterio di computo dei dipendenti impiegati a tempo parziale, ai fini della determinazione delle soglie occupazionali riferite all'applicazione del Titolo III dello Statuto dei lavoratori, che si conforma a quello già previsto negli altri casi, ovvero in modo direttamente proporzionale all'orario svolto.

G) Viene infine disciplinato *ex novo* il diritto alla riduzione dell'orario mediante trasformazione del rapporto in uno a tempo parziale, previsto nel solo caso del lavoratore affetto da patologie oncologiche, per il quale residui una ridotta capacità lavorativa, con modalità orizzontali oppure verticali, nonché la reversibilità su semplice richiesta, ai sensi del nuovo art. 12 – *bis*.

### 3. Profili di contrasto della riforma con la direttiva 97/81 Ce alla luce della giurisprudenza costituzionale

Per valutare la portata della recente riforma, che in materia ribadisce la natura di provvedimento di trasposizione della direttiva – come si evince dall'art. 3 della legge – delega n. 30 del 2003 – occorre ricordare l'ulteriore vincolo posto dalla Corte costituzionale<sup>698</sup> nella pronuncia di rigetto della richiesta di referendum abrogativo dell'art. 5 della legge n. 863 del 1984, che costituiva la prima fonte normativa del rapporto a tempo parziale: in particolare la necessità di non abrogare

---

carattere familiare, di tutela della salute, se certificate dal servizio sanitario pubblico, esigenze di svolgimento di un'altra attività, subordinata oppure autonoma, esigenze di studio o formazione, oppure altre che fossero individuate dai contratti collettivi, fornendo idonea documentazione. Tale denuncia non può avere effetto prima di un mese, salvo il consenso del datore di lavoro ad abbreviarne i termini.

<sup>2</sup> Corte costituzionale n. 45 del 2000, in *RGL*, 2000, II, 171.

tale disciplina valutata conforme alla direttiva, senza la contemporanea sostituzione con altre disposizioni conformi, onde non violare il principio di non regresso, del pari contenuto nell'atto comunitario (Alleva 2000, 3; Scarponi 2001, 23; Brollo 2001, 17). Alcune soluzioni contenute nel testo del d. lgs. n. 61, particolarmente in materia di flessibilità della prestazione e clausole elastiche, trovano qui la loro giustificazione. La revisione della materia verso margini più ampi di flessibilità rispetto a quelli previsti dall'art. 5 della legge n. 863, come interpretato dalla Corte costituzionale, secondo la sentenza n. 290 del 1992 (Bavaro – M. L. De Cristofaro 2000, 481), ha infatti dovuto approntare strumenti alternativi ed equivalenti di tutela del lavoratore, fra cui la c. d. "clausola di reversibilità". La sua abrogazione pone pertanto delicati problemi di violazione sia del principio costituzionale, sia del diritto comunitario, oltre a sollevare altre perplessità di cui si dirà nel prosieguo del paragrafo.

Una puntualizzazione è richiesta dalla formulazione della clausola 6.2 nell'Accordo – quadro, che – pur confermando il principio generale secondo il quale la trasposizione della Direttiva non costituisce giustificazione valida per ridurre il livello generale di protezione dei lavoratori nell'ambito coperto dall'atto normativo - ammette *il diritto degli Stati membri di sviluppare, tenuto conto dell'evoluzione della situazione, disposizioni legislative, normative o contrattuali differenti*. L'esercizio di tale prerogativa, che lascia un margine di valutazione al legislatore nella procedura di trasposizione, è tuttavia vincolato anzitutto al mutare della "situazione", formula che, sia pur vaga, implica l'esigenza di motivare la ragione che induce a modificare la disciplina interna, e circoscrive la discrezionalità sul punto, che altrimenti vanificherebbe il principio in questione. Opzioni differenti in materia di lavoro a tempo parziale potrebbero essere motivate, per es. dalla scarsa efficacia del quadro preesistente rispetto all'obiettivo della diffusione di tale rapporto, che dovrebbero peraltro essere comprovate da analisi appropriate, in senso sociologico e statistico, pur nella consapevolezza della difficoltà di ricavare dati certi ed utili alla complessa operazione di valutazione dell'impatto occupazionale di determinati provvedimenti legislativi. Al contrario, se si guarda ai dati Istat, risulta un incremento del ricorso al rapporto a tempo parziale nel 2002, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 61, pur rimanendo inferiore alla media europea

Neppure risulta rispettato l'ulteriore vincolo posto dalla direttiva 97/81, che impone di valorizzare l'autonomia collettiva nell'individuazione degli ostacoli di tipo giuridico o amministrativo che impediscono la diffusione del lavoro a tempo parziale. In tal senso, la clausola n. 5 dell'Accordo europeo, alla lett. a) impone agli Stati membri obblighi di consultazione nei confronti delle parti sociali al momento della trasposizione; alla lett. b), affida alle parti sociali il compito di individuare gli ostacoli di ordine giuridico ed amministrativo che possono essere rimossi. La prima si riallaccia alle regole in materia di trasposizione delle direttive comunitarie secondo il Patto di Natale del 1998, che ha previsto lo strumento della "concertazione sociale", come presupposto dell'emanazione degli atti normativi di trasposizione, che in questo caso è mancato rispetto alla legge – delega n. 30 del 2003.

La seconda previsione è stata solo formalmente rispettata dall'art. 3, lett. e) della legge – delega, che, oltre ad individuare alcune soluzioni tecniche ritenute conformi allo scopo della maggior

diffusione del lavoro a tempo parziale<sup>699</sup> ha stabilito quale norma di chiusura “l’abrogazione di ogni disposizione in contrasto con l’obiettivo dell’incentivazione del part - time, fermo restando il rispetto dei principi e delle regole contenute nella direttiva 97/81CE del Consiglio del 15 dicembre 1997” senza contemplare in alcun modo la previsione di procedure bilaterali, che avrebbe ridotto l’ampiezza della delega sul punto, a sua volta motivo di illegittimità (Caruso 2003a).

L’art. 46 del d. lgs. n. 276 del 2003, è doppiamente carente, pertanto, sotto il profilo dell’adempimento degli obblighi discendenti dal diritto comunitario, che pure avrebbero dovuto essere rispettati anche in virtù della riforma costituzionale, secondo il disposto di cui all’art. 117, comma primo, Cost.

Un ragionamento particolare richiede l’abrogazione del c. d. “diritto di ripensamento”, avvenuta in carenza di delega specifica sul punto, ed in contrasto, altresì, con la disciplina negoziale posta dai contratti collettivi dell’ultima tornata, che ne ha recepito in molti casi una versione analoga a quella prevista dal d. lgs. n. 61 del 2000, mostrando con ciò di non considerare tale istituto come un ostacolo ma anzi una soluzione opportuna per ampliare il grado di accettazione delle modalità elastiche e flessibili della prestazione lavorativa in capo ai lavoratori e delle lavoratrici (Stenico 2003). L’esistenza di tale disciplina negoziale non pone solo problemi di coordinamento con il nuovo quadro normativo in relazione al rapporto tra fonte legale e autonomia collettiva (v. *infra* § 6), ma riveste anche una valenza sistematica dall’angolo visuale del rispetto del diritto comunitario. Oltre ai dubbi sopra evidenziati di ordine procedurale, per violazione del metodo consensuale imposto dalla direttiva e per violazione della legge - delega che nulla prevede al riguardo, rileva la lacuna prodottasi sul piano normativo in relazione alla mancata previsione di adeguati strumenti a tutela di esigenze fondamentali del dipendente a tempo parziale, e corrispondenti ad obiettivi tipizzati dalla direttiva europea, quali la tutela della possibilità di intraprendere altra occupazione, di cura familiare e di accrescimento professionale, con la conseguenza di indurre ad una minor propensione degli stessi lavoratori, e soprattutto lavoratrici, alla costituzione di questo tipo di rapporto (*infra* par. 6.1).

Altri dubbi di legittimità vengono suscitati, dalle modifiche che infrangono la regola del “non regresso” come quelle appena segnalate che riducono la portata dell’incentivazione del lavoro a tempo parziale, in caso di nuove assunzioni, (supra § 2, F), e non si giustificano in alcun modo, essendo del tutto conformi al contenuto della D. 97/81 per la promozione del lavoro a tempo parziale.

Sotto altro angolo visuale, per quanto riguarda il perseguimento degli obiettivi di politica sociale, un fattore di contraddizione vistosa rispetto all’espansione del contratto di lavoro a tempo parziale è costituito dalla contestuale scelta del legislatore di favorire l’occupazione di categorie di soggetti, già considerati come destinatari del rapporto a tempo parziale, mediante altri contratti

<sup>699</sup> Essi consistono: a) nell’agevolazione del lavoro supplementare, nelle ipotesi di part-time orizzontale, secondo modalità o ipotesi individuate dai contratti collettivi, o in mancanza, sulla base del consenso del lavoratore interessato; b) nell’agevolazione delle forme c. d. *flessibili ed elastiche del lavoro a tempo parziale verticale e misto*, anche sulla base del consenso; c) nell’estensione per via legislativa di tali forme di flessibilità anche al contratto a tempo determinato e a *part - time*; d) nella revisione delle norme sulla tutela previdenziale che agevolino l’utilizzo del lavoro a tempo parziale da parte di lavoratori anziani, al fine di contribuire alla crescita del lavoro giovanile; e) nell’estensione del criterio applicativo *pro rata temporis* in proporzione all’orario svolto a tutte le norme legislative e contrattuali collegate alla dimensione dell’organico aziendale.

di lavoro subordinato che possono presentare fattori di maggior convenienza per il datore di lavoro, quali il contratto di inserimento oppure il contratto di lavoro intermittente, realizzando una competitività fra fattispecie negoziali a statuto giuridico differenziato che provoca il rischio di “destrutturazione del diritto del lavoro” (Mariucci 2002, 3; F. Carinci 2002, 3), oltre a sollevare dubbi di legittimità più stringenti, come nel caso della sottrazione della fattispecie del lavoro intermittente dall’ambito di applicazione del regime previsto per il lavoro a tempo parziale (v. *infra* par. 4. 3).

Infine, l’abbandono del necessario filtro dell’autonomia collettiva, alla cui carenza sopperisce l’autonomia individuale, lascia il dubbio che le forme di flessibilità accentuata consentite dalla riforma abbiano la funzione di volano per la diffusione del lavoro a tempo parziale rispondente soprattutto alle esigenze di aggiustamento organizzativo delle aziende, ovvero alla “adattabilità”, senza perseguire con altrettanto vigore l’obiettivo delle “pari opportunità” che pure costituisce parimenti uno dei pilastri delle politiche occupazionali europee.

#### 4. La nuova nozione dell’orario di lavoro

Tra le novità indotte dall’esigenza di aggiornamento rispetto alle recenti modifiche intervenute nel tessuto normativo, si segnala quella relativa alla definizione dell’orario nel rapporto a tempo pieno, parametro di riferimento necessario per la nozione del lavoro a tempo parziale orizzontale. Si è infatti proceduto, nel nuovo testo dell’art. 1, comma secondo, all’abrogazione del rinvio all’art. 13 della legge n. 196 del 1997 per sostituirlo con la nozione introdotta dall’art. 3, comma primo, del d. lgs. n. 66 del 2003 (Del Punta 2003d; Ricci 2003; Tiraboschi 2003g; Papaleoni 2003; Leccese 2004), il quale a sua volta ribadisce, senza variazioni sul punto rispetto al previgente art. 13, della legge n. 196 del 1997, la durata di 40 ore settimanali quale orario normale di lavoro, salva la possibilità di introdurre una durata media, mediante previsioni dei contratti collettivi, in un periodo non superiore all’anno. Resta invariato all’art. 1, comma secondo, il riferimento all’orario che risulta dalla minore durata indicata dai contratti collettivi, che, dunque, essendo rilevante per definire la fattispecie del rapporto a tempo parziale, dispiega effetti sul versante legale e non solo su quello contrattuale, come invece avviene per il rapporto a tempo pieno (Leccese 2004, 201). Tale riferimento è utile anche per superare il profilo problematico che si delinea nel coordinamento tra il nuovo quadro di riferimento inerente la materia del tempo di lavoro rispetto alla definizione del lavoro a tempo parziale “orizzontale” e “verticale”.

##### 4.1. Il lavoro a part- time orizzontale

Occorre puntualizzare che l’art. 1, lett. c), del d. lgs. n. 61 del 2003 è rimasto invariato, basando la definizione di lavoro a tempo parziale orizzontale sulla riduzione di orario rispetto all’orario normale “giornaliero” di lavoro. Al contrario del sistema previgente, quest’ultimo resta ora privo del riferimento alla nozione ricavabile dall’art. 1 del d. lgs. n. 692 del 1923, ovvero alla durata normale di otto ore (a cui potevano essere sommate due ore di lavoro straordinario), se si aderisce alla tesi dell’intervenuta l’abrogazione di tale disposizione, secondo il contenuto dell’art. 19, comma secondo, del d. lgs. n. 66 del 2003 (Del Punta 2003d; Ricci 2003; Allamprese 2003; Tartaglione 2003, 419; Papaleoni 2003, 443; D. Garofalo 2003, 997; *contra* dubitativamente Ricci 2004, 197). La durata dell’orario normale giornaliero potrà essere comunque ricavata dalla disciplina posta dai contratti collettivi, sia nazionali sia aziendali, secondo il più ampio rinvio disposto dalla riforma. Nelle ipotesi in cui anche tale definizione negoziale sia assente, si dovrà optare per l’applicazione del criterio del lavoratore comparabile a tempo pieno, di cui all’art. 4 del d. lgs. n. 61

del 2003, che riveste carattere di norma basilare per l'impianto dell'intera legge, così come della direttiva 81/97 Ce e nella citata Convenzione OIL (Scarponi 1999), affermandosi poi in altri ambiti (Chieco 2002,767).

La riforma non incide sulla soluzione data alla possibilità di introdurre l'orario multiperiodale, nel caso in cui sia tale l'orario giornaliero normale, praticato da chi lavora a tempo pieno "variabile", ovvero come durata media entro coordinate massime di durata settimanale (Bavaro 2001, 35), nel rispetto, tuttavia, dell'art.2, comma secondo, del d. lgs. n. 61 del 2000, invariato, a mente del quale nel contratto individuale è data "puntuale indicazione della durata e della collocazione temporale della prestazione lavorativa con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno". I margini di flessibilità, anche sulla base di pattuizioni individuali, per il lavoro a tempo parziale orizzontale riguardano esclusivamente la collocazione e non la durata (v. *infra* par. 6).

#### 4. 2. segue: *e verticale*

Per quanto attiene il lavoro a tempo parziale verticale, il riferimento all'orario di lavoro giornaliero, come è noto, è il parametro diretto per la determinazione dell'orario della prestazione lavorativa. L'assenza della nozione legale di orario normale induce a considerare rilevante per la determinazione dell'orario indicato nel contratto di lavoro quello risultante dalla disciplina posta dal contratto collettivo, nazionale oppure aziendale, ove applicato, o dall'orario praticato dal lavoratore "comparabile". La nuova regolazione dell'orario di lavoro introdotta dal d.lgs. n. 66 del 2003 solleva altresì la questione interpretativa circa la sopravvivenza o meno dei limiti di durata massima dell'orario giornaliero, a seguito delle abrogazioni conseguenti alla riforma in materia, rispetto alla quale si è profilata la tesi della ritenuta coincidenza con i limiti derivanti per differenza dalla durata del riposo giornaliero, a cui si oppone tuttavia la diversità di funzione tra i due istituti nonché l'incertezza sugli effetti abrogativi (Leccese 2004, 197).

Un secondo motivo di riflessione riguarda l'applicazione dell'orario modulare, secondo oscillazioni variabili da settimana a settimana, e conseguente utilizzazione della "durata media" della prestazione lavorativa per i lavoratori a tempo pieno. In materia l'art. 4 del d. lgs. n. 66 del 2003 prevede che non possa essere superata la durata massima delle 48 ore ogni 7 giorni, comprese le ore straordinarie, e che tale durata media sia riferita ad un periodo di 4 mesi, elevabile fino a 6, ovvero fino a 12 mesi, a fronte di ragioni obiettive. La sua applicazione anche al lavoratore a tempo parziale verticale è più problematica, dal momento che la durata del rapporto di lavoro potrebbe non essere estesa all'ambito temporale mensile o annuale rispetto al quale si calcola la "durata media". Il superamento dell'orario normalmente praticato in determinati periodi, se non è compensato in altri, si rifletterà pertanto sulla qualificazione della prestazione in eccedenza, vuoi come ore di lavoro straordinario, vuoi come "elasticità" della prestazione, ovvero variazione in aumento nella durata della prestazione, secondo le innovazioni contenute nell'art.3, c.7 d.lgs. n. 61, che potrà essere riferita anche alle oscillazioni della durata giornaliera dell'orario normale (v. *infra* par.6).

#### 4.3. Il campo di applicazione e la fattispecie del lavoro intermittente

Senza soffermarsi in questa sede sulla disciplina del lavoro intermittente, non possono tuttavia essere tralasciate alcune osservazioni, che prendono spunto dalla nozione di lavoro a tempo parziale. Data l'assenza di una soglia di durata minima di orario come requisito costitutivo della fattispecie, che corrisponde all'indicazione sul punto propria della direttiva 81/97 Ce, è dubbia la

legittimità dell'art. 33 del d. lgs. n. 276 del 2003, riguardante la fattispecie del lavoro intermittente, introdotta nel nostro ordinamento sulla base delle indicazioni del Libro Bianco e successivamente della legge – delega di riforma del mercato del lavoro.

In merito occorre rilevare come la scelta di politica sociale emersa nel diritto comunitario, e nell'Accordo europeo sul rapporto a tempo parziale, sia quella di evitare che, ponendo requisiti di soglia minima – che pure potrebbero svolgere funzione di garanzia di un minimo salariale – si escludano dal campo di applicazione della relativa disciplina quei rapporti la cui durata è talmente limitata da ritenersi occasionale, con una scelta di politica sociale che sarebbe gravata da forti dubbi di opportunità per il rischio di indurre fenomeni di precarizzazione (Romei 1996, 424). Benché la direttiva 81/97/Ce ammetta che gli Stati membri possano escludere dal suo campo di applicazione le prestazioni su base occasionale, in modo parziale o totale, si tratta di una eventualità che richiede il rispetto di tre condizioni: la preventiva consultazione con le parti sociali, secondo le norme o le prassi di relazioni sindacali in atto; l'esistenza di ragioni oggettive; e l'obbligo di rivedere periodicamente tale soluzione "esclusiva" per accertare se le ragioni obiettive che l'hanno determinata rimangano valide. Ciò indica la volontà del legislatore europeo di predisporre un processo di graduale riconduzione delle fattispecie diverse dallo *standard* tipico del lavoro a tempo parziale ad una fase a regime, in cui gli scostamenti da tale standard siano estremamente ridotti (Scarponi 1999, 406 ss.). Va ricordato, altresì, che anche altri ordinamenti presenti nel panorama europeo circondano tale istituto di molte cautele, per le stesse ragioni inerenti i possibili effetti di iper - precarizzazione che ne sono la conseguenza (Perulli 2003c, 335).

Al riguardo, come si è sopra ricordato, la distinzione strutturale della fattispecie del lavoro intermittente non è certo esente dal dubbio di aggiramento dei limiti alla configurabilità del rapporto di *part - time* a chiamata, risultante dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale, dovuto al fatto che si tratta di un rapporto di lavoro configurabile come rapporto di lavoro a tempo parziale verticale, il cui tempo di lavoro, concordato tra le parti, è di zero ore, salva la facoltà di "chiamata" da parte del datore di lavoro (Roccella 2003).

## 5. La disciplina del lavoro supplementare e straordinario

Una delle innovazioni più discusse, ancora in fase di elaborazione del decreto in esame, riguarda la modifica della disciplina in materia di lavoro supplementare e straordinario. Nella disciplina previgente, l'assenza di un obbligo giuridico di eseguire la prestazione eccedente l'orario normale, rafforzando la capacità di resistenza individuale, rendeva strutturalmente meno fragile l'autonomia del singolo lavoratore e più sfumata la sua subordinazione, e la valorizzazione del consenso ad ogni richiesta di eseguire lavoro supplementare, secondo l'approdo interpretativo in merito (Alessi 2001, 87) permetteva di correggere lo svolgimento in senso permissivo della disciplina di fonte collettiva, come è avvenuto in molti settori. Infine, il riconoscimento della volontà adesiva del lavoratore consentiva di integrare l'autonomia collettiva con quella individuale, rispettando i diversi ambiti e funzioni: alla prima 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, alla seconda di personalizzare, a seconda delle esigenze individuali in senso adesivo o contrario alla richiesta, il proprio tempo di lavoro e di non lavoro.

### 5.1. Il lavoro supplementare e l'irrelevanza del consenso individuale "in presenza" della disciplina negoziale: profili di illegittimità.

L'assetto attuale, nel prevedere il consenso individuale solo in carenza dei contratti collettivi, fa presumere che la disciplina posta da questi ultimi conferisca al datore di lavoro un potere unilaterale di variazione dell'orario di lavoro, rendendo irrilevante la "volontarietà" di tale svolgimento del rapporto nei confronti del lavoratore. Si tratta di una soluzione da respingere, tuttavia, per diverse considerazioni. Ma prima di approfondire tale profilo, va chiarito che in ogni caso lo svolgimento del lavoro supplementare incontra il limite applicativo connesso alla salvaguardia dei beni di rango costituzionale che sovente costituiscono la ragione della scelta del lavoratore verso il lavoro a tempo parziale – quali la conciliazione tra il lavoro professionale e l'essenziale funzione familiare, l'istruzione o la formazione professionale oppure ancora il diritto a raggiungere tramite altra occupazione il livello di retribuzione sufficiente. Il ricorrere di tali circostanze costituisce motivo di legittimo rifiuto da parte del lavoratore di svolgere la prestazione di lavoro supplementare, pena il venir meno, in caso contrario, della tutela di tali beni fondamentali, come era stato sostenuto anche in rapporto all'art. 5 della legge n. 863 del 1984, fondato sul divieto derogabile ad opera dei contratti collettivi (M. L. De Cristofaro 1992; Alessi 1995, 111). Si tratta di un'interpretazione che trova conferma anche nell'assetto fatto proprio dalla disciplina dei contratti collettivi dell'ultima tornata (Stenico 2003) e coerente con la direttiva europea, che impone, come si è più volte ricordato, di utilizzare modalità di regolazione del rapporto di lavoro a tempo parziale in modo da soddisfare contemporaneamente sia le esigenze del datore di lavoro sia quelle dei lavoratori e delle lavoratrici, nonché la promozione delle pari opportunità e della conciliazione con la cura familiare.

Anche così circoscritta la portata della nuova disposizione, emergono varie ragioni che inducono a prospettare l'illegittimità. In primo luogo, rispetto al diritto comunitario, il difetto della "volontarietà" che dovrebbe caratterizzare lo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo parziale, in maniera peculiare rispetto al rapporto a tempo pieno, secondo il principio previsto con carattere di prescrizione minima inderogabile dalla direttiva 97/81 Ce, rende la disciplina sul punto in contrasto con la direttiva europea. In secondo luogo, la mancanza del consenso personale allo svolgimento del lavoro supplementare non è coerente con la struttura del contratto a tempo parziale che, data la prestazione lavorativa ad orario ridotto come oggetto del contratto, fa ritenere che non si configuri in merito alcun esercizio del potere direttivo del datore di lavoro (Pinto 2003, 9; Voza 2004, 243), come è confermato dalla previsione relativa alla necessità del consenso del lavoratore in assenza del contratto collettivo. L'ipotesi, infatti, non è assimilabile a quella del lavoratore ad orario pieno a cui sia richiesto di prestare il lavoro straordinario, come già rilevato criticamente in dottrina in merito alla circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 3 aprile 2001 (Brollo 2002a, 743).

### 5.2. Lavoro supplementare e autonomia individuale

L'ipotesi di "carenza" di disciplina a carattere collettivo si è tradotta nella modifica dell'art.3, comma 3 (*ove la prestazione del lavoro supplementare non (è) prevista e regolamentata dal contratto collettivo*) che prevede l'ammissibilità del ricorso al lavoro supplementare, senza tuttavia infrangere il principio volontaristico basato sul consenso individuale. Una conseguenza rilevante riguarda possibili effetti sistemici sul versante sindacale in ordine alla minor propensione dei datori di lavoro alla contrattazione collettiva, e suscita anche in questo caso il dubbio della violazione del principio di non regresso in relazione alla diversa ed originaria disciplina sul punto, basata sulla

tecnica del divieto del lavoro supplementare individualmente inderogabile, secondo il disposto dell'art. 5 della legge n. 863 del 1984.

È ben vero che si potrebbe sostenere, in senso contrario, la tesi secondo la quale il consenso del lavoratore al ricorso al lavoro supplementare costituisce una soluzione in grado di tutelare efficacemente le esigenze personali di quest'ultimo, coerentemente al principio volontaristico ribadito dalla direttiva europea. Essa non appare convincente, tuttavia, considerando anzitutto che l'assenza della disciplina di fonte collettiva impedisce di definire i tetti massimi e le circostanze legittimanti il ricorso al lavoro supplementare, con la conseguenza che i soli limiti posti all'autonomia individuale consistono nel raggiungimento dell'orario normale proprio del tempo pieno, senza neppure l'obbligo di corrispondere alcuna maggiorazione retributiva. Se tale soluzione può al limite apparire conveniente nei confronti del lavoratore che abbia accettato il rapporto di lavoro a tempo parziale in mancanza di occasioni di lavoro a tempo pieno, ovvero nel c. d. *part - time* involontario, non lo è nelle ipotesi in cui la scelta sia dipesa da ragioni che impediscono di accettare un'occupazione a *full - time*. In quest'ultimo caso non è certo trascurabile l'obiezione tradizionale che pone in luce l'effetto deterrente del *metus* che caratterizza la situazione di subordinazione, a cui non pone adeguato presidio la previsione secondo la quale l'eventuale rifiuto non integra il giustificato motivo di licenziamento, essendo ben nota la possibilità in capo al datore di lavoro di esercitare pressioni in altre forme sul proprio dipendente, e se si considera poi che è stata abrogata l'esimente relativa alla responsabilità disciplinare.

Infine non va sottovalutata la conseguenza che potrebbe dispiegarsi sul più generale assetto dell'orario nel tempo parziale, ben potendosi stipulare contratti ad orario estremamente ridotto salvo richiesta di lavoro supplementare, senza diritto a compensi retributivi aggiuntivi, che aggirerebbero sostanzialmente sia l'obbligo di indicare nel contratto individuale, in modo puntuale, oltre alla collocazione, anche la durata della prestazione, sia la disciplina in materia di flessibilità ed elasticità della prestazione (v. *infra* par. 6).

### 5.3. Il lavoro straordinario

La riforma ha introdotto una modifica all'art. 3, comma quinto, d. lgs. n. 61, nel senso che è stata abrogata la parte della norma che consentiva il lavoro straordinario "*in relazione alle giornate di attività lavorativa*", e che aveva anche portata definitoria nel senso che erano da considerare prestazioni straordinarie quelle che coincidevano con il superamento dell'orario normale giornaliero corrispondente al tempo pieno (Bavaro 2001, 42; Alessi 2001, 95; Papaleoni 2000, 220). L'attuale abrogazione di questa parte della disposizione è da porre in relazione al nuovo referente normativo al riguardo, costituito dall'art. 1, lett. c), del d.lgs. n. 66 del 2003, che definisce lavoro straordinario "*la prestazione aggiuntiva rispetto all'orario normale, stabilita dall'art. 3*", ovvero quella contenuta nel limite delle 40 ore settimanali, o nel minor limite stabilito dai contratti collettivi, e fermo restando l'ammissibilità di "*durata media*" sulla base di disciplina di fonte collettiva. Se si applicasse al lavoratore a tempo parziale integralmente ed esclusivamente tale disciplina si arriverebbe al paradosso che le ore straordinarie sarebbero tali solo in caso di superamento del limite settimanale. È tuttora controverso, peraltro, che nel nuovo quadro normativo sia venuto meno definitivamente il limite normale di durata giornaliera (v. *supra* par. 5). Inoltre, la durata giornaliera rileva in via negoziale, dato l'obbligo di specificarla nel contratto individuale di lavoro, insieme agli altri referenti temporali, costituiti dalla settimana, mese, ed anno, ai sensi dell'art. 2, comma primo, del d. lgs. n. 61, rimasto invariato, che costituisce pertanto il parametro

per individuare altresì il lavoro straordinario giornaliero, fermo restando poi il quesito circa la durata massima giornaliera, di cui si è detto (v. *supra* par. 4.2).

Un'ulteriore novità si segnala circa la controversa questione relativa alla prestazione effettuata in altre giornate della settimana, o del mese o dell'anno, ulteriore rispetto a quella concordata, ma inferiore al limite settimanale di 48 ore. Essa va definita non come lavoro supplementare (Bavaro 2001, 34), che secondo la definizione legislativa di cui all'art. 3, comma primo, riguarda il solo rapporto a tempo parziale orizzontale, ma come "elasticità" della prestazione, consistendo nella variazione della durata, secondo il nuovo disposto dell'art. 3, comma settimo (v. *infra*, par. 6).

Un interrogativo è posto dal venir meno della regola del regime previgente, secondo la quale i limiti di durata dello straordinario, a carattere trimestrale e annuale, venivano riproporzionati in relazione alla ridotta durata della prestazione lavorativa (Allamprese 2000, 139; Alessi 2001, 91) secondo l'ultima parte dell'art. 3, comma quinto, ora abrogato. Anche in questo caso, l'abrogazione non dovrebbe tuttavia produrre conseguenze giuridiche apprezzabili, in quanto la regola in questione discende direttamente dall'applicazione di uno dei principi cardine della direttiva 97/81 Ce, ovvero il principio di *pro rata temporis*, secondo il quale le condizioni di lavoro ed il trattamento applicabile al lavoratore a tempo parziale si conformano al criterio del riproporzionamento dei diversi istituti alla minor durata della prestazione lavorativa.

## 6. Elasticità e flessibilità della prestazione

Come si è ricordato, la riforma ha modificato in parte il regime previsto per l'elasticità della prestazione lavorativa, pur mantenendo fermo il principio per cui l'introduzione di clausole che consentono al datore di lavoro di modificare la collocazione lavorativa, e ora anche la durata nell'ipotesi del lavoro a tempo parziale verticale o misto, è condizionata alla preventiva stipulazione di un apposito patto scritto, il cui rifiuto non può integrare in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento.

Le modifiche attengono a numerosi aspetti tra cui – oltre l'assenza di vincoli all'introduzione delle clausole elastiche nel contratto a tempo determinato, ed alla riduzione del periodo di preavviso da 10 a 2 giorni, salvo diverse intese fra le parti - spicca l'abrogazione della "clausola di ripensamento" mediante la quale si è notevolmente affievolito il margine di tutela delle istanze personali del lavoratore (v. *supra* par. 2), per cui nuovo quadro resta così privo di uno strumento indispensabile a garantire l'equilibrio tra le istanze contrapposte. Residua infatti ora esclusivamente la parte della disposizione che assevera l'elasticità soltanto in funzione delle esigenze del datore di lavoro, affidando alla contrattazione collettiva "la determinazione delle modalità e delle condizioni in relazione alle quali il datore di lavoro può modificare la collocazione della prestazione lavorativa oppure aumentarne la durata".

### 6.1. Effetti dell'abrogazione della clausola di ripensamento e strumenti alternativi di tutela.

Rinviando a quanto già osservato in merito alla illegittimità di tale tecnica di attuazione della legge – delega, occorre precisare che il disvalore attribuito alla clausola di "reversibilità", ritenuta ostacolo alla diffusione del rapporto di lavoro a tempo parziale, non pregiudica comunque la validità ed efficacia della disciplina di fonte negoziale volta alla predisposizione di analoghi strumenti di tutela delle istanze del dipendente, che anzi corrispondono agli obiettivi di politica sociale più volte ricordati e riconosciuti in ambito sovranazionale. D'altra parte, le finalità indicate dall'art. 3, comma settimo, del d. lgs. n. 61 per lo svolgimento della contrattazione collettiva non possono

preconstituire limiti alla attività negoziale secondo il principio di libertà sindacale: i contratti collettivi, nazionali oppure aziendali, oltre a stabilire i requisiti oggettivi che legittimano la variazione dell'orario di lavoro possono comunque prevedere particolari modalità che risultino idonee a salvaguardare anche le esigenze del prestatore di lavoro, come si è verificato nella recente tornata contrattuale, quali un preavviso più lungo oppure la richiesta presentata in forma scritta (Alessi 2001, 77). Né l'abrogazione del "diritto di ripensamento" dispiega alcun effetto immediato sulla disciplina dei contratti collettivi sviluppatasi in materia - come nel settore tessile, metalmeccanico - che oltre a stabilire i presupposti per la variabilità dell'orario ha introdotto peculiari soluzioni che riconoscono il diritto individuale di reversibilità oppure il diritto di rifiutare la modifica dell'orario di lavoro, a fronte di particolari circostanze (Stenico 2003), pur sollevando dubbi circa il mantenimento di tali discipline nel futuro. Anche in assenza di specifiche disposizioni al riguardo, non è priva di rilievo la posizione giuridica del lavoratore che abbia sottoscritto il patto di elasticità sulla base della cornice normativa precedente, di cui il diritto alla reversibilità costituiva un elemento portante, secondo il principio *tempus regit actum*.

Non va comunque trascurato il rilievo dispiegato dal rango costituzionale di taluni interessi protetti: dall'art. 4, comma primo, relativamente allo svolgimento di altra occupazione, all'art. 37, comma primo, circa l'essenzialità della cura familiare, all'art. 32 Cost, in materia di tutela della salute; o di interessi preminenti ai fini della realizzazione delle scelte di politica occupazionale europea quale la formazione professionale rispetto alla "occupabilità" del lavoratore. Esso determina, sul versante degli obblighi contrattuali legati al rapporto di lavoro, la configurazione di un giustificato motivo di rifiuto della variazione della collocazione della prestazione lavorativa, ove ricorrano circostanze legate alla protezione di tali interessi, invocabile anche in deroga al patto di flessibilità sottoscritto, posto che in caso contrario il lavoratore potrebbe essere costretto a rinunciare al posto di lavoro, in contrasto con gli obiettivi dichiarati sia dalla direttiva 97/81 sia dalla legge - delega. Tale conclusione è avvalorata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, sia in materia di clausole elastiche, sia in tema di criteri di trasposizione della direttiva europea sul lavoro a tempo parziale, sopra richiamate. Ne deriva l'illegittimità della sanzione disciplinare comminata in caso di rifiuto della variazione di orario connesso a situazioni di particolare importanza: si pensi alla mancata frequenza ad un corso di formazione che impedisca di ottenere un particolare titolo di studio, oppure la mancata assistenza ad un figlio o ad un familiare gravemente ammalato, oppure alla impossibilità di effettuare particolari terapie, uniche in grado di curare determinate patologie, che non rientrino nella fattispecie prevista dall'art. 12 - *bis* (v. *infra* par. 10).

## 6.2. Le nozioni di "flessibilità" ed "elasticità".

Altra novità della riforma, come è già stato segnalato, attiene alla facoltà di variare non soltanto la collocazione temporale – definita come *flessibilità* - ma altresì la durata della prestazione – definita come *elasticità* - nella sola fattispecie del contratto a tempo parziale verticale o misto. Quest'ultima innovazione è fondata sull'opinione che considerava legittima la variazione della durata in aumento della prestazione sulla scorta della ritenuta compatibilità con i principi sanciti dalla Corte costituzionale (Alaimo 1987, 466; Ichino 1988, 125; De Luca Tamajo 1987, 19; *contra*, Morgera 1990, 10; Alesse 1988, 236), e dunque non in contrasto con il principio del non regresso rispetto alla legislazione del 1984, benché nel più recente provvedimento legislativo non fosse contemplata neppure come variazione ad opera della contrattazione collettiva. L'attuale disciplina non è dunque del tutto esente da dubbi di conformità rispetto al quadro definito dalla Corte costituzionale e dal diritto comunitario.

### 6.3. Coordinamento tra autonomia collettiva e autonomia individuale

La legge mantiene il rinvio ai contratti collettivi, pur eliminandone la natura autorizzatoria, in quanto la mancanza della disciplina negoziale non impedisce alle parti di disciplinare l'istituto in questione. Il rapporto tra autonomia collettiva ed individuale si definisce in una pluralità di scenari.

A) Il primo attiene all'art. 3, comma settimo, seconda parte, che riproduce la formula *"i contratti collettivi (qualificati) stabiliscono le modalità e le condizioni"* in base alle quali il datore di lavoro può variare la collocazione o la durata della prestazione, e determinano i limiti massimi dell'aumento della durata della prestazione lavorativa, secondo la nuova fattispecie di clausole elastiche; mentre non esiste ora analogo obbligo per quanto riguarda le clausole di flessibilità nella collocazione temporale, che invece era previsto dal primo testo dell'art. 3, del d. lgs. n. 61, diversità di regime privo di giustificazione apprezzabile che rimanda alle questioni già ampiamente rilevate di abrogazione di vincoli ritenuti eccessivi nei confronti del datore di lavoro, ma in contrasto con il principio di non regresso.

Nell'ipotesi in cui i contratti collettivi abbiano disciplinato la materia non viene alterato il principio di inderogabilità tra autonomia collettiva ed autonomia individuale, neppure da parte dell'art. 3, comma settimo, che riconosce alle parti la facoltà di pattuire le clausole in questione. La sottoscrizione del patto individuale vale quale rinvio ed accettazione della disciplina posta dai contratti collettivi da parte dei soggetti individuali del rapporto di lavoro.

La stessa disposizione ha ribadito la funzione dell'autonomia collettiva di stabilire la maggiorazione retributiva spettante per la disponibilità richiesta al lavoratore, che tuttavia ora è priva di una sicura base di calcolo – in precedenza ancorata alla retribuzione globale di fatto – ed è rimessa alla libertà contrattuale.

B) Il secondo scenario concerne la diversa ipotesi in cui non vi sia una disciplina in materia posta dai contratti collettivi applicati o applicabili nell'unità produttiva, circostanza che dà luogo alla facoltà riconosciuta alle parti di disciplinare autonomamente le clausole di elasticità o di flessibilità, secondo la nuova previsione contemplata dall'art. 8, comma secondo – *ter*, che, tra l'altro, ha una collocazione incongrua nell'apparato sanzionatorio e rimediabile. Essa richiede un approfondimento particolare in relazione ai numerosi dubbi di legittimità sollevati con riferimento alla elaborazione della giurisprudenza costituzionale.

In primo luogo emerge il contrasto fra il riconoscimento della libertà negoziale delle parti individuali, senza alcun vincolo "in carenza" della disciplina collettiva, con il principio scaturente dalla affermazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 210 del 1992, in base al quale si esclude la legittimità non soltanto di decisioni unilaterali del datore di lavoro, ma anche di pattuizioni bilaterali che attribuiscono un tal potere al datore di lavoro, poiché: *"la collocazione temporale della prestazione lavorativa non può essere rimessa allo jus variandi del datore di lavoro, al fine di escludere l'assoggettamento dal lavoratore ad un potere di chiamata esercitabile non già entro coordinate contrattualmente o oggettivamente predeterminate, ma ad libitum, con soppressione di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita compreso quello non impegnato nell'attività lavorativa"*. Affermazione che vale a maggior ragione se si considera che il preavviso attualmente stabilito è di sole 48 ore, ed aggrava ulteriormente la posizione del soggetto che svolge lavoro a tempo parziale, rispetto sia alla variazione nella collocazione sia nella durata prevista per l'ipotesi del lavoro a tempo parziale verticale. Proprio su questa base, infatti,

era stata ritenuta legittima la precedente soluzione, in quanto aveva attribuito in via esclusiva ai contratti collettivi l'introduzione delle clausole di flessibilità (Biagi, Russo, Tiraboschi 2001,87).

A prima vista, pertanto, la disposizione in esame appare viziata da illegittimità, per contrasto diretto con i principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale. Il decreto non pone infatti vincoli espliciti all'autonomia individuale, senza alcun riferimento neppure alle ragioni di natura tecnica oppure organizzativa, che pur erano state indicate come contenuto da inserire nella disciplina in oggetto nel corso dell'elaborazione del provvedimento, in modo analogo alla fattispecie del contratto a termine.

In merito, la concezione secondo la quale la soggettività individuale deve prevalere nella definizione della dimensione temporale della prestazione, ben potendo le parti raggiungere un assetto equilibrato dei propri divergenti interessi, collide con i principi consolidati in materia, che non hanno ragione di essere rimessi in discussione, tenuto conto degli strumenti con i quali si vorrebbe garantire l'autenticità della volontà individuale nel momento in cui viene stipulato il patto. Le soluzioni apprestate dal legislatore al riguardo non sono appaganti. La previsione che <<il rifiuto di sottoscrivere il patto non integra in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento>>, secondo il testo rimasto in vigore, non elimina la possibilità di altre forme di pressione collegate ad altre manifestazioni del potere del datore di lavoro. Inoltre, è tuttora controverso se in presenza di circostanze oggettive, legate anche al rifiuto, come accade qualora vi sia l'impossibilità assoluta di utilizzazione del lavoratore nel turno prestabilito, non ricorra egualmente il giustificato motivo oggettivo di licenziamento (Ghera 2000, 637; *contra*, Vallebona 2003, 425). Se poi si considera la posizione del lavoratore rispetto alla richiesta di sottoscrivere il patto di elasticità al momento della costituzione del rapporto di lavoro, il decreto non realizza in pieno il modello della volontà privata assistita, dal momento che consente, ma solo su apposita richiesta, l'assistenza di un delegato sindacale, ed il lavoratore potrebbe essere indotto per compiacenza verso il datore di lavoro a rifiutarla. Infine nulla si prevede nel caso in cui nell'unità produttiva manchino le rappresentanze dei lavoratori, tenuto conto che il campo di applicazione del Titolo III dello Statuto dei lavoratori si restringe a seguito della modifica dell'art. 6 (v. *infra* par. 7).

#### 6.4. Persistenti limiti all'autonomia individuale come interpretazione costituzionalmente vincolata dell'art. 3, comma settimo

Occorre al riguardo considerare i principi individuati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, nella sentenza n. 210 del 1992<sup>700</sup>, quali fonte di limiti nell'ipotesi di variazione della collocazione della prestazione, da ritenere tuttora operanti, anche in virtù del complesso coordinamento tra il principio di non regresso enunciato dalla direttiva 97/81 ed il principio stabilito dalla sentenza Corte costituzionale n. 45 del 2000, come si è ricordato (v. *supra* par. 2) nel senso che la pre - conformazione della disciplina risultante dall'art. 5, della legge n. 863 del 1984 alla direttiva comunitaria implica, a mente della sentenza, che *"il nucleo minimo essenziale di tutela non possa essere rimosso, se non attraverso la contemporanea sostituzione con disposizioni a loro volta conformi"*. Non vi è dubbio che il nucleo minimo si riferisca anche alla materia della variabilità della prestazione, ed al principio posto dalla sentenza Corte costituzionale n. 210 del 1992, in relazione al quale l'interpretazione costituzionalmente vincolata consiste nel ritenere legittime unicamente

<sup>700</sup> Corte costituzionale. n. 210 del 1992, in *FI*, 1992, I, 3232, con nota di Alaimo; in *MGL* 1992, con nota di Rondo; in *RIDL*, 1992, II, 731, con nota di Ichino.

le clausole che introducano margini di flessibilità ancorate a causali obiettive o comunque predefinite, o di cui comunque siano preventivamente individuabili i nuovi parametri temporali (per es. dalla mattina al pomeriggio secondo gli orari di apertura dei negozi, oppure da cinque ore continuative a tre più due, oppure da determinati giorni della settimana ad altri), ed indipendenti dalla volontà del datore di lavoro. Tali sono pertanto i margini entro i quali si può esercitare legittimamente l'autonomia individuale di variare la distribuzione dell'orario, in modo da evitare di conferire al datore di lavoro un potere di condizionamento nei confronti del lavoratore, virtualmente in collisione con i suoi interessi (Ichino 1992, 731; Brollo 1993, 277; Alaimo 1992, 323; Bavaro 2000, 481) e che per analogia si estendono alla variazione della durata, pena, in caso contrario, l'illegittimità costituzionale della disposizione esaminata.

In secondo luogo, per quanto riguarda la flessibilità sia nella distribuzione sia nella durata lavorativa, va tenuto conto dell'ulteriore condizione richiesta per considerare legittime le clausole di variabilità, ovvero il riconoscimento di un adeguato compenso della disponibilità richiesta, secondo gli orientamenti relativi all'applicazione dell'art. 36, comma primo, Cost. (Venturoli 1987, 96 ss.; Ichino 1987, 125; Brollo 1991) e condivisi dalla Cassazione<sup>701</sup>. Il combinato disposto dell'art. 3, comma settimo, e 8, comma secondo - *ter*, anche se tutt'altro che chiaro al riguardo, porta a ritenere che il legislatore abbia riconosciuto il diritto in questione, come si evince dalla formulazione della disposizione di cui all'art. 3, comma settimo, riferita alla contrattazione collettiva, cui spetta di stabilire "la maggiorazione retributiva" relativa alla compensazione, e dunque il *quantum* e non l'*an* del diritto, la cui titolarità individuale risulta così indirettamente confermata pur in assenza di previsioni nel comma secondo - *ter* dell'art. 8. La maggiorazione, in assenza di previsioni tra le parti, potrà essere stabilita secondo criteri di equità da parte del giudice.

## 7. Le modifiche dell'apparato sanzionatorio e risarcitorio

Il contenuto dell'art. 8 del d. lgs. n. 61 è rimasto sostanzialmente invariato, salvo l'introduzione di due ulteriori commi – secondo - *bis* e secondo - *ter* – che riguardano le clausole di elasticità e di flessibilità. Si è appena detto del comma secondo - *ter*, che riconosce alle parti individuali la facoltà di pattuire le clausole in questione. Il comma secondo - *bis* stabilisce l'obbligo risarcitorio nell'ipotesi della violazione dei requisiti posti dall'art. 3, commi settimo, ottavo e nono in materia di variabilità della prestazione – ovvero il mancato rispetto della disciplina dei contratti collettivi, dell'obbligo di preavviso nonché di apposita compensazione, ed infine della sottoscrizione dello specifico patto da parte del lavoratore che attesta la sua disponibilità al riguardo. Va aggiunto che si tratta di ipotesi che autorizzano, anzitutto, il legittimo motivo di rifiuto della prestazione richiesta illegittimamente, secondo i principi di autotutela del lavoratore, e dunque implicano l'illegittimità del licenziamento o di altre sanzioni disciplinari<sup>702</sup>.

Il diritto al risarcimento completa il quadro sanzionatorio, sul presupposto, ormai acclarato, dell'impossibilità di configurare gli inadempimenti ricordati come causa di conversione del rapporto a tempo parziale in uno a tempo pieno. Tale soluzione si uniforma all'orientamento che ha indotto ad escludere parimenti tale conversione in caso di mancata indicazione delle modalità

<sup>701</sup> Per tutte Cass. 26 marzo 1997, n. 2691 e Cass. 17 marzo 1997, n. 2340, in *RIDL*, 1997, II, 750, con nota di Bollani, e in *MGL* 1987, con nota di Morgera.

<sup>702</sup> Il diritto al rifiuto in caso di mancanza del consenso individuale, come riflesso del diritto al rispetto dell'orario concordato e della sua distribuzione è stato ribadito da Cass. n. 3998 del 2003, in *RGL*, 2003, II, 583.

temporali della prestazione, secondo l'art. 8, comma secondo, che rinvia al giudice la determinazione delle modalità temporali di distribuzione della prestazione lavorativa, fermo restando il diritto al risarcimento per il periodo pregresso e la facoltà per le parti di concordare per il futuro l'introduzione di clausole flessibili.

Vero è che l'obbligazione risarcitoria non è completamente appagante dal punto di vista della efficacia deterrente, che avrebbe probabilmente richiesto altre soluzioni più incisive, come già rilevato per la violazione dell'obbligo di indicare la collocazione temporale (Morgera 1997, 190). Per coerenza con la funzione sanzionatoria occorre pertanto che la misura del risarcimento sia idonea anche a dispiegare effetti di questo tipo. In proposito va menzionata la giurisprudenza formatasi in ordine alla violazione del divieto di variazione unilaterale della collocazione della prestazione lavorativa, che ha tenuto conto sia delle conseguenze prodotte sulla sfera personale, sia delle circostanze che complessivamente hanno caratterizzato la fattispecie concreta.

Quanto ai parametri, secondo la tesi dell'eccessiva onerosità della prestazione "elastica", come ritiene la maggior parte della giurisprudenza<sup>703</sup> la misura del risarcimento va calcolata in base alla retribuzione corrisposta, utilizzando i criteri previsti per le maggiorazioni di fonte contrattuale relative al lavoro straordinario o supplementare<sup>704</sup>. Quanto all'onere della prova, in mancanza del consenso del lavoratore per non essere stato sottoscritto l'apposito patto, non vi è necessità di provare il danno subito, che è intrinseco alla stessa incertezza *a priori* sul tempo effettivamente libero da impegni lavorativi e alla impossibilità di programmare altri impegni<sup>705</sup>, dato anche il limitatissimo arco di tempo del preavviso ora previsto dalla norma, che è di soli 2 giorni, e riduce pertanto sensibilmente la possibilità di adeguate contromisure per ovviare alle difficoltà della variazione dell'orario. Il diritto al risarcimento è configurabile anche nell'ipotesi sopra esaminata, in cui le parti individuali si accordino per la variabilità della prestazione, in assenza di disciplina da parte dei contratti collettivi, ma senza il rispetto dei vincoli posti in luce come limiti connessi all'interpretazione costituzionalmente legittima della disposizione.

### 8. Il criterio di computo dei lavoratori ai fini dell'applicazione del Titolo III dello Statuto dei lavoratori

Le innovazioni introdotte nel metodo di calcolo dei dipendenti hanno abrogato la disposizione contenuta nell'art. 6, comma secondo, del d. lgs. n. 61, che prevedeva la deroga al criterio del *pro rata temporis* ai soli fini della definizione del campo di applicazione dei diritti sindacali, secondo il Titolo III dello Statuto dei lavoratori sul presupposto della peculiare natura di questi ultimi insuscettibili di essere "riproporzionati" (Brollo 2002b, 85) mentre restano invariate le parti della disposizione richiamata relative all'arrotondamento ad unità della frazione di orario superiore alla metà dell'orario pieno.

<sup>703</sup> In tal senso, nel periodo di vigenza della legge n. 863 del 1984, Pret. Firenze 7 gennaio 1993, in *RGL*, 1994, II, 156; Trib. Firenze 22 marzo 1994, in *RIDL*, 1993, II, 345; Cass. 26 marzo 1997, n. 2691, in *DL*, 1988, II, 15; Cass. 22 aprile 1997, n. 3451, in *MGC*, 1997, 622; secondo le quali la retribuzione dovrà essere riproporzionata ex art. 36 Cost. prendendo spunto dalla maggiorazione prevista per il lavoro straordinario; id. Trib. Milano 16 luglio 2002, in *D&L*, 2003, 115, che applica tali principi anche al periodo di vigenza del d. lgs. n. 61, ove manchi il consenso del lavoratore, e, peraltro, ritiene configurabile la responsabilità extracontrattuale, anche ai fini della prescrizione quinquennale (*contra*, Schettini 2003).

<sup>704</sup> Secondo Trib. Milano 13 ottobre 2001, in *GMil*, 2002, 330; Trib. Milano 16 luglio 2002, *cit.*; Trib. Milano 11 gennaio 2003, inedita, la percentuale oscilla fra il 25% e il 30% della retribuzione, secondo un criterio superiore a quello previsto per la maggiorazione retributiva della flessibilità oppure della elasticità, ed effettivamente compensativo.

<sup>705</sup> In tal senso cfr. Trib. Milano 16 luglio 2002, *cit.* nt. 23.

La nuova disciplina corrisponde al dettato della legge – delega, ispirato all'idea che in tal modo il ricorso al lavoro a tempo parziale sia reso più appetibile per le imprese, allineandosi al criterio che tende a prevalere ormai in modo pressoché generalizzato, benché in tal modo si creino le premesse per la riduzione del campo di applicazione della tutela nei confronti di tutti i lavoratori dipendenti dell'unità produttiva, e non soltanto di quelli a tempo parziale. In tal senso la modifica della disposizione è da considerare modificativa *in pejus* del regime giuridico previgente, ed in contrasto pertanto con il principio del "non regresso", tenuto conto degli ulteriori riflessi derivanti dalla portata generale del criterio in questione, in base al quale andrà rivisto anche il metodo di calcolo dei dipendenti ai fini dell'applicazione della CIG straordinaria, che secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, poteva avvenire *pro capite* e non *pro quota*<sup>706</sup> - posto che la disciplina di cui all'art. 1 della legge n. 223 del 1991, che fa riferimento al numero dei "lavoratori", non può essere interpretato in senso contrastante con il criterio definito dalla disposizione in esame, nell'unico comma rimasto dopo l'abrogazione, dato il chiaro tenore del suo contenuto.

Una questione già postasi nei confronti della precedente disciplina, che non conteneva alcuna regola al riguardo, attiene alla computabilità delle frazioni relative al lavoro supplementare e / o straordinario nella valutazione dell'orario da prendere in considerazione. Tale questione sicuramente potrebbe acquisire ulteriore spessore, secondo la nuova disciplina, tenuto conto delle minori restrizioni previste per il lavoro supplementare e straordinario ed altresì dei margini di elasticità nella durata della prestazione. La soluzione in senso positivo appare coerente sia con l'interpretazione letterale - in relazione al testo dell'art. 6, comma primo, secondo il quale il calcolo va effettuato in relazione all'orario svolto, dizione che presuppone l'obbligo di tener conto dell'entità effettiva delle ore lavorate, e non soltanto dell'orario contrattuale – sia con il principio proporzionalistico, secondo il criterio del *pro rata temporis*.

### 9. Il rinvio ai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, ovvero alla contrattazione aziendale

La disciplina attuale, abbandonando l'opzione iniziale risultante dal "*Libro bianco*" che prevedeva come criterio per l'individuazione dei firmatari dei contratti collettivi esclusivamente la rappresentatività "comparata", ha riproposto con una leggera variante il criterio dei sindacati "comparativamente più rappresentativi a livello nazionale" (d'ora in poi c.p.r) come già aveva fatto il legislatore del 2000 (Bavaro 2001, 45), nel senso che anziché la formula "dai sindacati c.p.r" utilizza la formula "da associazioni sindacali c.p.r". Si tratta di stabilire la portata di tale variazione semantica.

Come è noto, l'impiego della formula dei sindacati c.p.r è stato considerato il referente indispensabile per il rinvio all'autonomia collettiva con funzione integrativa o derogatoria o sussidiaria rispetto alla disciplina di fonte legale, quale è confermata dalla legge in esame, che attribuisce ai contratti collettivi la regolamentazione delle modalità di svolgimento del rapporto, dei presupposti e limiti per il ricorso al lavoro supplementare e straordinario, nonché per la flessibilità ed elasticità temporale, ed inoltre la funzione di parametro di riferimento per il giudice nella determinazione della collocazione dell'orario di lavoro, ai sensi dell'art. 8, c. 2.

<sup>706</sup> Da ultimo in tal senso Cass. 10 maggio 2003, n. 7170, in *MGL*, 2003, 752, con nota critica di Perina.

Il modello della “flessibilità controllata”, peraltro, non è stato interamente riproposto dalla riforma, in quanto, come si è posto in luce, il rinvio ai contratti collettivi avviene secondo forme di coordinamento tra autonomia collettiva ed individuale profondamente diverse da quelle privilegiate dal primo contenuto del d.lgs. n. 61/2000. Nel modello attuale, la riduzione delle materie oggetto di rinvio alla disciplina dei contratti collettivi e l’eliminazione della funzione “autorizzatoria” limitano fortemente il controllo da parte dei sindacati nei confronti delle modalità con cui avverrà la diffusione del lavoro a tempo parziale, secondo una concezione che si pone in contrasto non soltanto con il modello affermato nella legislazione degli anni novanta sulla flessibilità del mercato del lavoro, ma anche con le sollecitazioni provenienti dal diritto comunitario (*supra par.2 e 3*). La concorrenzialità con la legittimazione riconosciuta all’autonomia individuale può aprire vie di fuga dalla contrattazione collettiva che contrastano apertamente con la funzione di determinazione dei presupposti per l’esercizio del potere del datore di lavoro, in caso di flessibilità o elasticità, le cui conseguenze possono essere determinanti anche per l’assetto dell’interesse collettivo, ed in senso lato “generale”, della promozione dell’occupazione (Liso 1997, 45), nonché per il perseguimento degli obiettivi in senso conforme a quello auspicato da parte dell’Accordo quadro europeo, assumendo latamente funzione “comunitaria”. Per tali ragioni, nonostante alcune perplessità circa la pertinenza del criterio selettivo dei sindacati c.p.r. alla materia del lavoro a tempo parziale (Brollo 2002 a), 745), si giustifica il suo mantenimento, ma il diverso assetto delle fonti, che riconosce anche all’autonomia individuale la libertà di regolamentare la materia, ove manchi la disciplina dei contratti collettivi, costituisce un fattore di alterazione del modello sin qui consolidato.

Il ricorso alla formula della rappresentatività comparativamente maggiore, peraltro, a causa delle perplessità da tempo manifestate per la sua scarsa chiarezza e per l’assenza di “soglie minime”, avrebbe richiesto un diverso tipo di regolamentazione in materia di legittimazione a negoziare e di stipulazione del contratto collettivo, che al contrario costituisce il “grande assente” della riforma. Sarà l’attività interpretativa, pertanto, a dover risolvere gli interrogativi che potranno sorgere in via applicativa, ed è opportuno quindi ripercorrere brevemente le principali questioni al riguardo.

In primo luogo, i dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con il principio di libertà sindacale - dovuti al fatto che il criterio non è concepito come rinvio a “coalizioni contrattuali a confronto”, secondo l’ipotesi interpretativa avanzata per altre fattispecie (a D’Antona, 1999, 676 – 677), ma è concepito come selezione *ex ante* all’inizio della trattativa ed *ex post* al momento della stipulazione (Campanella 2001, 164) – possono essere superati, tenendo conto che la *ratio* di tale istituto è quella di evitare che i contratti collettivi siano sottoscritti da sindacati con scarso seguito nel settore e nel territorio di riferimento applicativo del contratto. Per evitare l’effetto “esclusivo” le associazioni c.p.r. sono da considerare soggetti negoziali necessari, ma non esclusivi della trattativa. Anche altre organizzazioni, pertanto, possono partecipare alla negoziazione sulla base del principio del reciproco riconoscimento, realizzando in tal modo un contemperamento tra il principio pluralista e l’utilizzo della formula connessa alla rappresentatività comparativamente maggiore.

Vero è che il quadro delineato incontra altresì, gli ostacoli dovuti all’assenza di parametri certi di comparazione, che inficia non poco l’individuazione delle organizzazioni sindacali in questione. Anche per tale ragione sembra poco plausibile la tesi che la sostituzione del termine “dai” (sindacati c.p.r.) con “da” (associazioni c.p.r.) avalli l’interpretazione secondo la quale è sufficiente la

sottoscrizione del contratto collettivo anche da parte di un solo sindacato a condizione di essere “comparativamente più rappresentativo” (Pinto 2003, 9-10; Voza 2003, 244). Di per sé, il riferimento letterale è labile in quanto mantiene pur sempre la declinazione al plurale; sotto il profilo sistematico, inoltre non è possibile individuare con certezza il possesso di tale requisito, in capo ad una singola associazione, senza la preventiva definizione di soglie minime e di criteri di misurazione. Per quanto riguarda il criterio di stipulazione del contratto collettivo, del resto, anche il rinvio ai sindacati comparativamente più rappresentativi non ha offerto soluzioni definitive. Il problema posto dalla situazione di dissenso tra sigle diverse, ciascuna delle quali tale da poter essere considerata dotata di un notevole grado di rappresentatività nell’ambito considerato richiama pertanto le diverse ipotesi interpretative connesse alle concezioni più generali in materia. Pertanto, si dovrà tuttora ritenere non appagante invocare il principio di libertà sindacale, assumendo che il contratto sia valido anche se sottoscritto da uno solo dei sindacati che possano essere considerati c.p.r. (Tosi 1998, 1294). È tuttora valida l’obiezione che la sottoscrizione con “chi ci sta” non sia coerente con il rinvio legislativo che fa presumere la selezione di soggetti capaci di operare ampie sintesi fra interessi diversi e contrapposti e di realizzare assetti stabili di interessi collettivi (D’Antona 1999, 687). Restano tuttavia irrisolte le controversie fra la tesi della necessaria unanimità della stipulazione del contratto con tutte le associazioni che risultano c.p.r., secondo la logica del rinvio al sistema sindacale di fatto (Lassandari, 2001, 447, Scarpelli 2000, 123, Roccella 2000, 336), oppure invece del riferimento al principio maggioritario (Pera 1997, 381, Del Punta 1998, 217, Lunardon 1999, 317, De Marinis 2002, 83), a sua volta ulteriormente declinabile, onde evitare “poteri di veto”, nel senso della corrispondenza alla volontà della maggioranza dei lavoratori coinvolti, secondo le prassi di democrazia sindacale invalse anche nell’esperienza e nelle regole endo ed intersindacali, che dovrebbero pertanto essere considerate dirimenti nel caso di accordi separati, pur in assenza di previsioni di diritto positivo al riguardo, per ragioni di razionalità del sistema contrattuale.

Neppure il rinvio agli accordi aziendali si presenta del tutto privo di problemi applicativi. Il venir meno dell’assistenza dei sindacati firmatari del contratto nazionale agli organismi di rappresentanza nei luoghi di lavoro – RSA e RSU - porta a ritenere che tali organismi abbiano la libertà di contrattare nelle materie indicate, anche in assenza di apposite disposizioni di rinvio da parte dei contratti collettivi nazionali. Ciò non incide molto sulla struttura della contrattazione: in materia di articolazione dell’orario di lavoro l’autonomia del secondo livello di contrattazione è sempre stata notevole, data l’attinenza della materia alle peculiarità organizzative aziendali. L’eventuale previsione di discipline a carattere derogatorio rispetto a quelle poste dal contratto nazionale si uniformerà, peraltro, ai principi generali che reggono il rapporto fra contratti collettivi di diverso livello ed alle regole intersindacali.

La sottoscrizione del contratto collettivo da parte delle RSU non pone in linea di massima forti questioni rispetto all’efficacia soggettiva, in relazione alla natura del soggetto stipulante che risponde all’insieme dei lavoratori che lo hanno eletto (Ghezzi Romagnoli, 2001, 156). Tuttavia, l’eventualità che sorgano dissensi nell’ambito dei soggetti legittimati a stipulare a livello aziendale non è risolvibile in modo certo data l’assenza di regole formalizzate, come dimostra la stipulazione di accordi “separati”, quale si è verificato nel noto caso Electrolux – Zanussi del 2001 (Biagi, Russo, Tiraboschi, 2001, 90). In proposito è ancora controversa l’applicazione del principio di maggioranza conseguente al fatto che si tratta di un organismo unitario (Monaco 2003, 122ss, Gragnoli

2003, I, 818-819), ben potendosi sostenere la valorizzazione delle regole endosindacali di democrazia diretta (Mariucci 1994, 66) soprattutto ove il contratto collettivo aziendale abbia contenuto derogatorio in senso peggiorativo rispetto a quello nazionale. Più problematica è la contrattazione da parte delle Rsa. a cui è stata riconosciuta la legittimazione a negoziare senza l'assistenza dei sindacati firmatari nazionali, tenuto conto che l'attuale regime, definito dall'art.19 St.Lav. rende possibile la costituzione di tali organismi anche da parte di associazioni ad ambito esclusivamente aziendale e sulla base del principio di effettività. Assumono pertanto ben maggiore rilevanza le questioni della legittimazione nei confronti dei lavoratori, nonché dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo se si prevedano deroghe peggiorative alla disciplina posta dai contratti collettivi nazionali: profili problematici non facilmente risolvibili, se non richiamandosi all'elaborazione in materia di contratti collettivi di diverso livello, che postula quanto meno l'identità organizzativa dei soggetti sindacali stipulanti, nonché alle ricostruzioni in materia di democrazia sindacale, particolarmente se il soggetto firmatario non rappresenta la maggioranza dei lavoratori.

#### 10. La tutela delle patologie oncologiche

La norma affronta per la prima volta la formalizzazione del diritto del lavoratore ad ottenere la trasformazione del rapporto a tempo pieno in uno ad orario ridotto, stabilendo altresì il diritto alla reversibilità, che riguarda un caso molto specifico, di tutela del dipendente che sia affetto da patologia oncologica per il quale residui una ridotta capacità lavorativa, anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita. Si tratta pertanto di situazione per così dire estrema, che ignora altre esigenze che potrebbero costituire altrettanti casi di diritto alla trasformazione del rapporto in uno a tempo parziale, già disciplinati in parte dalla contrattazione collettiva – come dal ccnl per il settore tessile, commercio, credito, nonché dalla contrattazione collettiva aziendale (Stenico 2003), relativi alla tutela della salute, ma anche alla cura familiare e all'accudimento dei figli, oppure alla promozione della formazione professionale, e secondo soluzioni proprie altresì di altri ordinamenti europei (Sciarra 2000).

Nell'ipotesi presa in considerazione dal legislatore, che comunque fa salve disposizioni di fonte negoziale più favorevoli nei confronti del prestatore di lavoro, il presupposto per l'esercizio del diritto alla riduzione dell'orario è costituito dall'accertamento della residua capacità lavorativa da parte di una Commissione medica istituita presso la Asl territorialmente competente. Il datore di lavoro è vincolato pertanto all'esito di tale accertamento, che lascia alla Commissione un margine di discrezionalità, poiché non vengono fissate soglie di nessun tipo circa la percentuale di tale residua capacità lavorativa. Resta poi affidato all'accordo delle parti la determinazione dell'orario ridotto, in conformità al principio di volontarietà che regge sia la costituzione sia lo svolgimento del rapporto, nonché al scelta fra modalità orizzontali oppure verticali. Va peraltro considerato che tale libertà riconosciuta alle parti non può prescindere dalla finalità a cui corrisponde l'istituto, che esige siano prescelte soluzioni tali da bilanciare lo svolgimento della prestazione con altre esigenze del lavoratore connesse al suo stato di malattia, come quelle di poter effettuare le terapie necessarie.

Il diritto ha carattere soggettivo, e dato il rango primario dell'interesse alla tutela della salute che vi è sotteso, oltre che di tutela della professionalità perseguibile mediante il continuato svolgimento del rapporto di lavoro, non può essere negato sulla base di contrastanti esigenze aziendali. Il diritto alla reversibilità presenta caratteristiche analoghe, trattandosi di un diritto potestativo, rimesso alla richiesta del prestatore di lavoro.

Infine, va sottolineato come la salvaguardia di disposizioni più favorevoli prefiguri la funzione integrativa da parte dell'autonomia collettiva o dell'autonomia individuale, che potrà ulteriormente regolamentare la materia.

### 11. Riferimenti bibliografici

Alaimo A. 1992, *La nullità della distribuzione dell'orario nel part-time: la Corte costituzionale volta pagina*, Fl. I, 323.

Alessi C. 2001, *La flessibilità della prestazione, in Il lavoro a tempo parziale*, a cura di Brollo, cit. 83

Alessi C. 1995, *Part-time e job sharing*, QDLRI, 111.

Allamprese A. 2003, *Osservazioni sul decreto n.66/2003 di attuazione della direttiva sull'orario di lavoro*, in [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro)

Alleva P.G. 2000, *Referendum sociali e rapporto di lavoro*, RGL.2000, 3 ss.

Alleva P.G.2003, *I punti critici della nuova disciplina sul mercato del lavoro*, RGL, I, 997

Arrigo G., *Il diritto del lavoro nell'unione europea*, II, Milano 2001

Bavaro V., De Cristofaro M.L. 2000, *Lavoro part-time. Aggiornamento* Dig.disc.priv. Sez. comm., I, 471, Torino: Utet

Bavaro V. 2000, *La riforma del part-time, in L'orario di lavoro nella legge e nella contrattazione collettiva*, a cura di Carinci F., Milano: IPSOA Bavaro V. 2001, *Il rapporto di lavoro a tempo parziale, in Il lavoro a tempo parziale*, a cura di Brollo M., Milano: Ipsoa

Biagi M.2000 (a cura di) *Il lavoro a tempo parziale*, Edizioni Il sole24ore, Milano

Bolego G., 2000*La gestione individualizzata dell'orario di lavoro nel "nuovo" part-time*, in RIDL, n.4, I;

Bolego G.2004, *Il lavoro straordinario*, Padova: Cedam

Bolego G. 2003, *Commento sub art.5, DLgs.n. 66/2003*, in Carabelli U. Leccese V. (a cura di ), *Orario di lavoro*, Milano: Ipsoa

Brollo M., 1993, *Part-time: la Corte costituzionale detta le istruzioni per l'uso e le sanzioni per l'abuso*, Giur.it. I, I, 277

Brollo M. 2001 (a cura di) *Il lavoro a tempo parziale*, Milano Ipsoa, Brollo M.2002 *Le flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuale*, ADL, 723 ss.

Brollo M. 2002, *Il lavoro a tempo parziale, flessibile, individualizzato*, in *Dal libro Bianco al disegno di legge – delega* a cura di Carinci F. Miscione M.

Campanella P. 2001, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti* Milano: Giuffré

Carinci F. 2002, *Introduzione*, in Carinci F. – Miscione M., *Dal Libro bianco al disegno di legge – delega*, Milano: Ipsoa

- Caruso B. 2003 a), *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, N.17/; WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona
- Caruso B., 2003 b), *Diritto invasivo e flessibilità a senso unico: la riregolazione del part-time nel d. lgs. 267/2003*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.
- Curzio P. 2004 (a cura di) *Lavoro e diritti*, Bari: Cacucci
- De Cristofaro M.L. 1992, *Lavoro a part-time*, Digesto disc. priv. Sez. comm., vol. VIII; Torino: Utet
- Del Punta R. 2003, *La riforma dell'orario di lavoro*, in DPL, inserto
- Del Punta R. 1998, *La fornitura di lavoro temporaneo nella legge 196 del 1997*, RIDL, I, 217.
- De Marinis A. 2003, *I modelli della rappresentanza sindacale tra lavoro privato e lavoro pubblico*, Torino: Giappichelli
- Edwards, Robinson G., 1998 *Flessibilità del mercato del lavoro e vantaggio competitivo*, DRI, 357
- Garofalo D. 2003, *Il D.lgs. n.66/2003 sull'orario e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in LG, n.11, 997
- Ghezzi G., Romagnoli U. 2001, *Il diritto sindacale*, Bologna: Zanichelli
- Gragnoli A. 2003, *Le rappresentanze sindacali unitarie e i contratti aziendali*, RGL, I, 818 –819
- Ichino P. 1992, *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte costituzionale*, RIDL, II, 731
- Lassandari A. 2001, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano: Giuffré
- Leccese V. 2004, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Lavoro e diritti*, Bari: cacucci
- Liso F. 1998, *Autonomia collettiva e occupazione*, in Atti Aidlass Congresso Milano 23-24 maggio 1997, Milano: Giuffré 45 ss.
- Lunardon F. 1999, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, Torino: Giappichelli
- Mariucci L.2002, *La forza di un pensiero "debole". Una critica del "libro bianco del lavoro"* LD, 3.
- Miscione M. 2000, *Nessun limite per il lavoro a tempo parziale*, DPL 3065.
- Monaco M.P. 2003, *Modelli di rappresentanza e contratto collettivo*, Milano, 122 ss.
- Papaleoni M., *Interrogativi applicativi sulla riforma dell'orario di lavoro e dei riposi*, in AdL 2003, I, 443 ss.
- Papaleoni M., 2000, *La riforma del part-time*, in RIDL., I, p.357 Pera G. 1997, *Note sui contratti collettivi pirata*, RIDL 1997, I, 381
- Perulli A. 2002, *Relazione alle giornate di studio AIDLASS, Pesaro–Urbino 2002, Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, DLRI, 335
- Pinto V. 2002, *Lavoro a part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, DLRI, 275
- Pinto V. 2003, *Impresa e rapporti di lavoro nello schema del decreto attuativo della legge 30/2003*, in Università e progetto, n.5, 7

- Renga S., 2004, *La tutela sociale dei lavoratori atipici*, in corso di pubblicazione
- Ricci G. 2003, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina italiana sull'orario di lavoro*, in [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro)
- Romei R., 2000, *Prime riflessioni sulla nuova legge sul lavoro a tempo parziale*, in ADL, I, 269
- Romei R., 1996, *Rapporti di lavoro atipici*, in *Dizionario del diritto del lavoro comunitario*, a cura di Baylos –Grau, Caruso B., D'Antona M., Sciarra S., Bologna: Cà Monduzzi, 424 ss.
- Roccella M. 2000, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, LD, 336
- Roccella M., *Manuale di diritto del lavoro*, Torino 2003
- Roccella M., Treu T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2002, 168 ss.
- Russo, La riforma del lavoro a tempo parziale, in Tiraboschi (a cura di ) Sameck M. - Semenza R., 2003., *Ricerca sull'applicazione del lavoro a tempo parziale*
- Scarpelli F. 2000, *Il Patto di Milano – lavoro, le ragioni del dissenso*, DRI, n.2, 123
- Scarponi S. 2001, *Questioni in tema di trasposizione dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, DRI, 23
- Scarponi S. 1999, *Luci e ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, RGL, I, 399
- Scarponi S. 2003, *Lavoro flessibili, autonomia collettiva tra diritto comunitario e interno*, LD 2003, 362
- Sciarra S. 2000, a cura di, *La reregolamentazione del part-time in Europa*, DLRI, 369
- Stenico E. 2003, *Relazione presentata al convegno "Flessibilità del tempo di lavoro e pari opportunità. Il lavoro a tempo parziale nella provincia di Trento"*, Commissione per le pari opportunità e Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento, Trento 18 dicembre 2003
- Tiraboschi M., 2003 *Verso una nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in Guida lav.10, 47 ss;
- Tiraboschi M. 2003, *La riforma "Biagi". Commentario allo schema del decreto attuativo della legge – delega sul mercato del lavoro n. 30/2003*, Guida dir supp. 4
- Traversa, 2003, *La protezione dei lavoratori a tempo parziale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, DRI, 329 ss.
- Tartaglione, *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in MGL, 2003, 419 ss;
- Tiraboschi M., *La riforma dell'orario di lavoro, quale ruolo per la contrattazione collettiva?* in *Contratti & contrattazione collettiva*, 2003, 5, 71 ss.
- Tiraboschi M. – Russo A., *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n.93/104 Ce*, in Guida lav. 2003, 17, 10
- Tremolada M. (a cura di ) *Il D.lgs. n.66/2003 - Prime interpretazioni*, Giuffrè 2003
- Vallebona A., *Manuale di diritto del lavoro*, 2003, 424

Vallebona A., 2000, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in MGL, 353

Venturoli C., *Intervento* in Atti Giornate di studio Aidlass *Il tempo di lavoro*, Milano 1987, 96 – 101

Voza R.2004, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in *Lavoro e diritti*, a cura di Curzio P., Bari: Cacucci