

## La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004\*

Vito Leccese

1. L'impatto della nuova disciplina sul sistema previgente. Il problema del 'regresso' delle tutele	307
2. Segue. Il campo d'applicazione della nuova disciplina, le abrogazioni ed il regime sanzionatorio	313
3. La disciplina del tempo di lavoro nel d.lgs. n. 66: tutele legali e ruolo della contrattazione collettiva	319
4. La durata <i>normale</i> dell'orario di lavoro settimanale e la sua distribuzione 'multiperiodale'	322
4.1. Le deroghe all'art. 3. In particolare, le occupazioni discontinue e la nozione di "orario di lavoro"	325
5. La durata <i>massima</i> e la durata <i>complessiva media</i> dell'orario settimanale	331
6. La nuova disciplina dello straordinario	335
6.1. I nuovi obblighi procedurali per il lavoro straordinario	338
7. Le novità in materia di pause, riposi e ferie	340
7.1. Il riposo giornaliero	340
7.2. Le pause	349
7.3. I riposi settimanali	351
7.4. Le ferie	358
8. La nuova disciplina del lavoro notturno	361
9. Riferimenti bibliografici	366

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 40/2005

## 1. L'impatto della nuova disciplina sul sistema previgente. Il problema del 'regresso' delle tutele

Come noto, con il d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, è stata data attuazione, sulla base della delega contenuta nella l. 1° marzo 2002, n. 39 (*Legge comunitaria 2001*), alle direttive n. 93/104/Ce e n. 2000/34/Ce (le quali, peraltro, sono state di recente abrogate e sostituite dalla direttiva "di codificazione" n. 2003/88/Ce, del 4 novembre 2003<sup>975</sup>). Successivamente, con il decreto correttivo n. 213, del 19 luglio 2004, emanato ai sensi dell'art. 1, co. 4, l. n. 39, sono state introdotte modifiche agli artt. 2, 4, 10, 14 e 19, d.lgs. n. 66 e si è provveduto a dettare un apposito regime sanzionatorio (art. 18-bis), senza però alterare l'originario schema regolativo del decreto.

In tal modo, anche nel nostro Paese ha visto la luce un provvedimento 'organico' volto all'adeguamento dell'ordinamento interno alle disposizioni comunitarie in materia di orario di lavoro, sia pure con un ritardo enorme rispetto ai tempi previsti<sup>976</sup> ed a seguito di una condanna della Corte di giustizia (CGCE 9 marzo 2000, causa C-386/98); e tale adeguamento, è bene precisare, non può comunque considerarsi completo<sup>977</sup>.

Pur senza voler riproporre, in questa sede, le ragioni di tale ritardo e del fallimento dei numerosi tentativi di recepimento compiuti a partire dal 1993<sup>978</sup>, pare comunque utile rammentare che, nel novembre 1997, Confindustria e Cgil-Cisl-Uil avevano sottoscritto un *Avviso comune*, contenente "criteri di recezione della direttiva comunitaria 93/104 in materia di orario di lavoro", il quale, pur non essendo dotato di immediata efficacia normativa, era volto a formalizzare la posizione comune delle parti firmatarie nei confronti del Governo, il quale aveva appunto assunto l'impegno, nel Patto per il lavoro del settembre 1996, di recepire la direttiva n. 104 "secondo quanto stabilito nell'intesa tra le parti sociali".

<sup>975</sup> La dir. n. 2003/88 si è in realtà limitata, "per motivi di chiarezza" ed in considerazione delle modifiche introdotte dalla dir. n. 34, a "codificare" la dir. n. 93 (v. il *considerando* n. 1, dir. n. 88). A tal fine, ha soprattutto introdotto variazioni di struttura dell'articolato, rinumerando parte delle sue previsioni, senza peraltro alterarne in modo significativo i contenuti (v. RICCI G., 2003a; PELISSERO, 2005, pag. 363 s.; MONACO, 2005, pagg. 13-15).

<sup>976</sup> La direttiva n. 104, infatti, stabiliva il termine del 23 novembre 1996, mentre la n. 34 fissava nel 1° agosto 2003 la data per il recepimento delle proprie disposizioni, modificative della precedente. Sul contenuto di queste direttive v. LECCESE, 2001, cap. II ed i rinvii ivi operati (nonché pag. 415 ss., sui principali profili di inadeguatezza del nostro ordinamento rispetto alle loro previsioni), cui *adde* - tra i più recenti - ALLAMPRESE, 2003a, pag. 5 ss.; RICCI G., 2005, cap. II.

<sup>977</sup> Infatti, come espressamente previsto dall'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 66, con quest'ultimo non si era provveduto a dare attuazione né alle direttive n. 1999/63/Ce (orario di lavoro della gente di mare) e n. 2000/79/Ce (orario di lavoro del personale di volo nell'aviazione civile), pur ricomprese nella delega contenuta nella l. n. 39/2002, né alla dir. n. 2002/15/Ce (orario di lavoro delle persone che effettuano operazioni mobili di autotrasporto). Queste lacune sono state poi in parte sanate, poiché, dopo una nuova condanna da parte della Corte di Giustizia (CGCE 16 dicembre 2004, causa C-313/03), relativa al mancato recepimento della dir. n. 1999/63, quest'ultima e la dir. n. 2000/79 sono state attuate, rispettivamente, con il d.lgs. n. 108, del 27 maggio 2005 e con il d.lgs. n. 185, del 19 agosto 2005, sulla base della delega contenuta nella l. n. 306, del 31 ottobre 2003 (*Legge comunitaria 2003*). Per quanto attiene, invece, alla dir. 2002/15, essa rientra tra quelle da attuare ai sensi della l. n. 62, del 18 aprile 2005 (*Legge comunitaria 2004*); in quest'ultima legge è altresì contenuta la delega per il recepimento della citata dir. n. 2003/88, la quale, peraltro, proprio per le sue caratteristiche (v. nt. 1), non necessita di un nuovo e specifico intervento del nostro legislatore, salvo - ovviamente - che esso non si riveli necessario per sanare eventuali contrasti già rilevabili tra il dato normativo interno e i contenuti della dir. n. 104 (come modif. dalla n. 34), ora confluiti nella n. 88. Infine, va segnalato che la Corte di giustizia, con sentenza del 28 aprile 2005 (causa C-410/03), ha condannato l'Italia per non aver adottato le disposizioni necessarie per conformarsi agli artt. 3-7, 8, n. 2, e 9, di un'ulteriore direttiva, la n. 1999/95/Ce (concernente l'applicazione delle disposizioni relative all'orario di lavoro della gente di mare a bordo delle navi che fanno scalo nei porti della Comunità).

<sup>978</sup> Su questi profili v., anche per ulteriori rinvii, LECCESE, 2001, pag. 236 ss. e pag. 424 ss., nonché CARABELLI, LECCESE, 2002, parr. 3.1 e 3.2.

Nel testo dell'accordo, tra l'altro, le parti prevedevano, da un lato, che il limite legale dell'orario normale settimanale di lavoro fosse confermato in 40 ore (cfr. già art. 13, co. 1, l. n. 196/1997) e assumevano, quindi, una decisa posizione contro le proposte, che nel frattempo si erano affacciate nel dibattito politico e sindacale, tendenti all'abbassamento di quel limite a 35 ore; dall'altro, non si occupavano affatto dei criteri per il recepimento di una norma 'cardine' nel contesto della direttiva, cioè di quella che prevedeva un limite massimo complessivo (cioè comprensivo dello straordinario), medio (cioè da rispettare su un arco temporale di massimo 4 mesi), di 48 ore settimanali<sup>979</sup>; dall'altro ancora, non si preoccupavano di chiarire che le deroghe proposte nell'accordo, e relative alle norme sui riposi giornaliero e settimanale, dovessero soggiacere alla condizione che ai lavoratori fossero comunque "accordati periodi equivalenti di riposo compensativo" ovvero, in casi eccezionali in cui ciò non fosse stato possibile per motivi oggettivi, quantomeno "una protezione appropriata"<sup>980</sup>; infine, con alcune previsioni sconcertanti, per nulla giustificate dalla necessità di adeguare il nostro ordinamento alla direttiva e, per giunta, non rispettose sia del vincolo costituzionale fissato dall'art. 36, co. 2, Cost. ("la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge"), sia della clausola di non regresso contenuta nell'art. 18, par. 3, dir. n. 104 (v. ora art. 23, dir. n. 2003/88), su cui si tornerà tra breve, le parti suggerivano l'abrogazione delle vigenti disposizioni in materia di "durata massima normale della giornata di lavoro" e di "durata massima giornaliera e settimanale dello straordinario".

In realtà, che l'*Avviso comune* non potesse essere oggetto di una pedissequa trasposizione in un provvedimento legislativo era stato sottolineato da numerosi autori, sia pure con una pluralità (e diversità) di approcci critici, incentrati, talora, sulla sola difformità di taluni dei suoi contenuti rispetto a singole previsioni della direttiva; talaltra, anche sul mancato rispetto della clausola di non regresso e della citata previsione costituzionale<sup>981</sup>.

L'intesa, in ogni caso, fu espressamente considerata dal Governo nel d.d.l. n. 4753 del 1998, varato dal Consiglio dei ministri a seguito di un lungo confronto con le parti sociali e di una non agevole mediazione tra le diverse componenti della maggioranza dell'epoca. Il d.d.l., da un lato, conteneva previsioni volte a incentivare l'abbassamento dell'orario di lavoro settimanale a 35 ore; dall'altro, prevedeva l'emanazione di un decreto legislativo per il recepimento della dir. n. 104 e, a tal fine, stabiliva che il Governo, oltre a conformarsi ai principi e criteri direttivi da essa "desumibili", avrebbe dovuto valorizzare "la contrattazione collettiva quale strumento per disciplinare la materia dell'orario di lavoro" e 'tenere conto' del predetto *Avviso comune*. Quest'ultimo, quindi, avrebbe rappresentato *uno* dei punti di riferimento per la futura opera del legislatore delegato, che non sarebbe però stato vincolato al recepimento di tutte le proposte in esso contenuto, specie di quelle che si erano rivelate non rispettose delle previsioni della direttiva, e della clausola di non regresso in essa contenuta, ovvero dell'art. 36 Cost.

La mancata approvazione del d.d.l. n. 4753 ed il naufragio del difficile compromesso in esso sancito, determinò però anche il temporaneo accantonamento dell'*Avviso comune*, che neppure fu

<sup>979</sup> Cfr. art. 6, n. 2, e art. 16, n. 2, dir. n. 104. Le parti, ovviamente, tacevano anche sull'opportunità o meno di prolungare il periodo di riferimento da 4 a 6 o 12 mesi, come consentito, a certe condizioni, dall'art. 17 della direttiva.

<sup>980</sup> Questa clausola di salvaguardia, infatti, era imposta dalla direttiva n. 104, nella stessa previsione che consente l'introduzione di deroghe agli artt. 3 (riposo giornaliero) e 7 (riposo settimanale): cfr. ancora l'art. 17 (esordio del par. 2 e terzo comma del par. 3).

<sup>981</sup> V., tra i tanti, per i diversi approcci, ICHINO, 1998, pag. 164 s.; BELLOMO, 1999, pag. 154 s. (nonché, anche per ulteriori rinvii, ID., 2004b, par. I); LECCESE, 2001, spec. pag. 222 ss. e pag. 424 ss.; CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 3 ss.; ALLAMPRESE, 2003a, pag. 175 ss.; TIRABOSCHI, RUSSO A., 2003, pag. 13 ss.

menzionato nella l. 29 dicembre 2000, n. 422 (*Legge comunitaria 2000*), la quale - nel conferire al Governo una delega legislativa finalizzata appunto all'attuazione della direttiva n. 104 - si limitò ad individuare, quali principi e criteri direttivi, quelli contenuti nella stessa direttiva da attuare.

La delega risultò peraltro ineficace, anche a causa del termine della legislatura (maggio 2001): il nuovo Governo, infatti, preferì percorrere una diversa strada - aperta e delineata nel *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, diffuso nell'ottobre 2001 - consistente nell'inserire il recepimento della direttiva sull'orario nel più ampio progetto di riforma della disciplina lavoristica, poi riversato nel d.d.l. n. 848 del novembre 2001 (sul cui tronco è stata approvata la legge delega n. 30/2003 e, quindi, il d.lgs. n. 276/2003). L'obiettivo, infatti, non era più solo quello (imposto dalle norme comunitarie) di introdurre nel nostro ordinamento i diritti e i limiti alla durata della prestazione in esso non contemplati, ma previsti dalla dir. n. 104, bensì anche quello (coerente con le più generali linee di politica legislativa perseguite dal Governo) di sfruttare l'occasione della trasposizione della medesima direttiva per disciplinare in modo più flessibile anche questa materia<sup>982</sup>.

Ebbene, cogliendo l'occasione offerta dall'approvazione della *Legge comunitaria 2001* (l. n. 39/2002), il Governo ha poi ritenuto opportuno stralciare, dal d.d.l. n. 848, l'art. 6 (relativo, appunto, alla trasposizione della regolamentazione comunitaria in materia d'orario) e di inserire la delega da esso prevista nella citata legge, in modo da accelerare i tempi del recepimento e di sottrarli al più generale (e, per certi aspetti, aspro) confronto che, nel frattempo, si era aperto sui temi ed i contenuti della complessiva riforma prefigurata dal *Libro bianco*.

Venendo, quindi, al contenuto della l. n. 39/2002, va detto anzitutto che essa, nello stabilire i principi e criteri direttivi cui il Governo avrebbe dovuto attenersi, ne aveva anzitutto indicati taluni di carattere generale, valevoli per tutte le deleghe in essa previste, tra i quali erano espressamente richiamati, all'art. 2, co. 1, "quelli contenuti nelle direttive da attuare"; lo stesso art. 2, co. 1, alla lett. f, stabiliva altresì che i decreti legislativi avrebbero dovuto assicurare "in ogni caso che, nelle materie trattate da [tali direttive], la disciplina disposta [fosse] pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive medesime".

Inoltre, con specifico riferimento alle direttive sull'orario, la delega conteneva ulteriori e più specifici principi e criteri, consistenti nella "recezione dei criteri di attuazione di cui all'Avviso comune sottoscritto dalle parti sociali il 12.11.1997" (che veniva quindi *riscoperto*, in un contesto politico e di relazioni sindacali ben diverso da quello in cui era stato partorito) e nel "riconoscimento degli effetti dei contratti collettivi vigenti alla data di entrata in vigore del provvedimento di attuazione della direttiva" (art. 22, co. 2, l. cit.). Infine, sempre allo scopo "di garantire un corretto e integrale recepimento" delle medesime direttive, il Governo, previa consultazione delle associazioni datoriali e dei lavoratori comparativamente rappresentative, era stato autorizzato anche ad apportare modifiche al d.lgs. n. 532/1999 (lavoro notturno), alla l. n. 409/1998 (straordinario nelle imprese industriali) e alle discipline vigenti nei diversi settori (commercio, turismo, esercizi pubblici, agricoltura) (art. 22, co. 3).

<sup>982</sup> A proposito dell'orario di lavoro, il *Libro bianco* precisava, tra l'altro, che "l'implementazione della Direttiva [avrebbe consentito] in particolare di superare definitivamente alcune interpretazioni, tese a sminuire la riforma dell'orario di lavoro delineata nell'art. 13 della l. n. 196/1997, che ancora oggi vorrebbero subordinare la possibilità di modulare l'orario di lavoro su base settimanale, mensile o annuale al vincolo delle otto ore di lavoro giornaliera come orario di lavoro normale".

Dall'insieme delle previsioni contenute nella legge delega era possibile dedurre che il Governo avrebbe dovuto procedere ad un organico coordinamento dei diversi criteri direttivi, recependo le indicazioni provenienti dall'intesa tra le parti sociali, ma integrandole e, se del caso, correggendole, ove imposto dalla necessità di rispettare i principi e i criteri "contenuti nelle direttive da attuare"<sup>983</sup>, nonché dall'obbligo di assicurare in ogni caso la piena conformità delle norme delegate "alle prescrizioni delle direttive medesime" (cfr. ancora l'esordio dell'art. 2, co. 1, l. n. 39, nonché la lett. *f* del medesimo comma). Integrazioni e correzioni, in particolare, sarebbero state necessarie non solo per sanare le carenze e/o le contraddizioni che - come già segnalato - l'Avviso comune presentava rispetto a specifiche previsioni di tutela dettate dal legislatore comunitario, ma anche per garantire il rispetto della già citata clausola di non regresso, alla cui stregua, "fatto salvo il diritto degli Stati membri di fissare, alla luce dell'evoluzione della situazione, disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e convenzionali diverse nel campo dell'orario di lavoro", l'attuazione della direttiva stessa "non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori" (art. 18, par. 3, dir. n. 93/104/Ce). Infatti, proprio grazie alla formulazione dei predetti criteri direttivi ed in assenza di una specifica esclusione, il principio in essa sancito era certamente da annoverare tra i principi e criteri direttivi deducibili dalla direttiva n. 93/104, ai quali il legislatore delegato avrebbe dovuto attenersi ai sensi dell'art. 76 Cost.<sup>984</sup>.

Una simile opera di correzione e coordinamento, del resto, sarebbe stata comunque necessaria, oltre che in virtù di un'accorta valutazione dei criteri direttivi, anche nella diversa, ma confluyente, prospettiva di evitare la violazione degli obblighi comunitari, ricavabili, ancora una volta, sia dalle specifiche norme di tutela previste nelle direttive, sia dalla clausola di non regresso<sup>985</sup>.

Quest'ultima infatti, come osservato in altra sede, da un canto non pone in capo agli Stati membri un obbligo di *stand still* (non foss'altro perché essa li autorizza comunque a "fissare, alla luce dell'evoluzione della situazione, disposizioni [...] diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati"); d'altro canto, per la sua stessa formulazione ed in piena coerenza con l'obiettivo del *miglioramento* delle condizioni di vita e lavoro dei lavoratori in vista della loro parificazione *nel progresso*<sup>986</sup>, mira proprio ad evitare che l'attuazione della direttiva costituisca invece un paravento ("giustificazione") per il regresso delle previgenti tutele interne. Pare quindi evidente che lo Stato membro, quantomeno con il provvedimento con cui dà formale ed espressa attuazione alla direttiva sull'orario, non possa modificare *in peius* la preesistente disciplina nazionale, salvo che non provveda contestualmente ad esplicitare chiaramente le ragioni economiche e sociali che inducono ad una tale mo-

<sup>983</sup> V. CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 3.3.

<sup>984</sup> V., sul punto, CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 39 s.

<sup>985</sup> Un'analoga esigenza di oculata integrazione e correzione dei criteri provenienti dall'Avviso comune si poneva, infine, anche in una diversa ed ulteriore prospettiva, cioè quella di rispettare l'art. 36, co. 2, Cost.; ma sul punto sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a LECCESE, 2004b, pag. 1329 ss. V. anche PUTATURO DONATI, 2005, pag. 33 ss.

<sup>986</sup> Cfr. i *Considerando* nn. 1, 4, 7-8 della dir. n. 93/104, nonché gli artt. 117 e 118A del Trattato istitutivo (nel testo vigente all'epoca dell'adozione della direttiva) e, oggi, gli artt. 136 ss. del Trattato medesimo (a seguito delle modifiche apportate dai Trattati di Amsterdam e Nizza).

difica, in modo da rendere evidente che si tratti di una precisa scelta politica legata alla “evoluzione della situazione”, e non, appunto, un mero effetto dell’adeguamento del proprio ordinamento a quella direttiva. Insomma, se l’attuazione della direttiva “non costituisce [di per sé] una *giustificazione* per il regresso”, mentre la “evoluzione della situazione” potrebbe consentire di fissare diverse discipline (anche peggiorative rispetto al passato) nel campo dell’orario di lavoro, pare consequenziale ritenere che tale evoluzione debba essere esplicitata con chiarezza, affinché il regresso possa ritenersi *altrimenti* giustificato<sup>987</sup>.

Senonché, se si osservano ancora una volta i ricordati principi e criteri direttivi contenuti nella l. n. 39/2002, appare evidente che in essi manchi qualsiasi valutazione in merito alla necessità, sulla base di specifiche ragioni economico-sociali legate all’evoluzione della situazione, di addivenire ad un peggioramento delle previgenti tutele interne (ed è evidente che ad una simile carenza non avrebbe potuto sopperire il legislatore delegato). Né, in senso contrario, varrebbe invocare il richiamo, contenuto nell’art. 22 della legge delega, ai criteri di attuazione indicati dall’Avviso comune, poiché anche in quest’ultimo non v’è traccia di una simile valutazione, la quale, a sua volta, neppure può essere dedotta dal mero fatto che i contenuti dell’intesa sindacale, ove pienamente recepiti in sede di attuazione della direttiva, avrebbero comportato tale peggioramento<sup>988</sup>.

Ebbene, venendo alle previsioni del d.lgs. n. 66, appare evidente come il Governo, pur essendosi discostato in più punti dalle indicazioni dell’Avviso comune<sup>989</sup>, non ha però tenuto in alcuna considerazione la clausola di non regresso, seguendo invece pienamente le indicazioni provenienti dall’intesa sindacale proprio con riferimento al superamento di rilevanti tutele assicurate dalla precedente disciplina legale e ampliando, in modo speculare, gli spazi di flessibilità nella gestione temporale della forza lavoro da parte delle imprese

Sotto questo aspetto, l’impatto sul sistema previgente è innegabile. Il regresso nei livelli di tutela accordati ai prestatori di lavoro, infatti, appare evidente se si considera, ad esempio, che la nuova disciplina non contempla un limite legale al lavoro *straordinario giornaliero e settimanale*, già fissato, ad opera dell’art. 5, r.d.l. n. 692/1923, in 2 ore al giorno e 12 settimanali.

Inoltre, manca nel decreto un limite legale diretto alla durata *giornaliera massima, normale e complessiva*, della prestazione, in passato pari, rispettivamente, a 8 e 10 ore, secondo il combinato disposto degli artt. 1 e 5, r.d.l. n. 692/1923<sup>990</sup>. Un limite alla durata giornaliera complessiva

<sup>987</sup> Per gli argomenti sintetizzati in testo, v. CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 13 ss.; v. anche FERRANTE, 2004e, p. 1433 ss. Per ulteriori approfondimenti e per più ampi riferimenti al dibattito che si sta sviluppando in materia di clausole di non regresso, sia altresì consentito rinviare a CARABELLI, LECCESE, 2004b o 2005a.

<sup>988</sup> V., in tal senso, CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 3.3; v. anche CORSO I., 2003, pag. 150.

<sup>989</sup> Si pensi, a mero titolo di esempio, all’eliminazione del limite trimestrale di 80 ore per il lavoro straordinario (già prefigurato nell’avviso comune e poi introdotto, sia pure limitatamente alle imprese industriali, nel d.l. n. 335/1998, convertito dalla l. n. 409/1998), nonché, per converso, all’introduzione del limite massimo complessivo (cioè comprensivo dello straordinario), medio di 48 ore settimanali (che, come s’è detto in testo, era del tutto assente nell’Avviso comune), ovvero ancora, dopo le modifiche apportate all’art. 10 dal d.lgs. correttivo n. 213/2004, alla determinazione del periodo di godimento delle ferie.

<sup>990</sup> Per l’individuazione di tali limiti nella legislazione pregressa, anche sulla base di una sua lettura adeguatrice rispetto alla previsione di cui all’art. 36, co. 2°, Cost., e sulla sopravvivenza del limite normale giornaliero (e, conseguentemente, di quello complessivo di 10 ore), anche dopo l’intervento dell’art. 13, co. 1, l. n. 196/1997, v., anche per ulteriori rinvii, LECCESE, 2001, spec. pagg. 268 ss., 284 ss., 354 ss., 361 ss., 404 ss. In questa sede ci si limita ad osservare come gli argomenti proposti in quei luoghi sono ignorati o, a seconda dei casi, non paiono adeguatamente considerati da chi, nel porre giustamente il problema del regresso di tutele a seguito del d.lgs. n.

del lavoro, infatti, è ricavabile, ma solo *di fatto* e *indirettamente*, dalla previsione dell'art. 7, d.lgs. n. 66, il quale - imponendo un riposo minimo giornaliero di 11 ore consecutive ogni ventiquattro - consente oggi di esigere dal lavoratore sino a 13 ore (al lordo delle pause di cui all'art. 8) di lavoro giornaliero (il tetto, comunque più alto del precedente, è ulteriormente elevabile ove ricorrano le ipotesi derogatorie consentite dall'art. 17 del decreto; ma su questi aspetti v., *infra*, par. 7.1).

Ancora, manca nella nuova disciplina un limite legale alla durata *massima complessiva* della singola settimana lavorativa, la quale, nella previgente disciplina, era pari a 52 ore (40 ore di orario normale più 12 di straordinario: v. art. 13, l. n. 196/1997, nel combinato disposto con l'art. 5, r.d.l. n. 692/1923). Tale durata poteva poi essere temporaneamente superata sia in caso di ricorso al lavoro straordinario, ma per un massimo di nove settimane consecutive (v. artt. 5, r.d.l. n. 692; 9, co. 1, r.d. n. 1955/1923; 7, co. 1, r.d. n. 1956/1923), sia in caso di ricorso a moduli multiperiodali d'orario, fatta sempre salva - in entrambe le ipotesi - la necessità di rispettare il limite *complessivo* delle 60 ore settimanali (il quale rappresentava la proiezione, su sei giorni, del limite massimo complessivo di 10 ore giornaliere di lavoro)<sup>991</sup>. Adesso, invece, il compito di stabilire "la durata massima settimanale dell'orario di lavoro" è demandato ai "contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative" (v. art. 4, co. 1, e art. 1, co. 2, lett. *m*, d.lgs. n. 66), i quali, però, da un lato (sul piano giuridico), sono dotati nel nostro ordinamento di un'efficacia soggettiva limitata<sup>992</sup>; dall'altro (di fatto), potrebbero comunque non prevedere alcun tetto o contenere tetti più elevati di quelli stabiliti dalla precedente normativa legale.

Certo, anche in questo caso è comunque possibile dedurre, da altre norme del decreto, un limite *indiretto* alla durata massima complessiva della singola settimana, proiettando su sei giorni il menzionato limite minimo di riposo giornaliero (di cui all'art. 7, d.lgs.), ma l'effetto è pur sempre quello di ridurre le tutele rispetto al passato, ampliando gli spazi di flessibilità. Infatti, la mancanza nel decreto di un autonomo limite legale alla durata massima complessiva della prestazione lavorativa giornaliera e la contestuale configurazione del limite legale settimanale complessivo (48

66, ha però ritenuto che tale regresso non sussista poiché un autonomo limite normale (e quindi, aggiungiamo noi, complessivo) alla prestazione giornaliera o non è mai esistito o è stato abrogato dal citato art. 13, co. 1 (TIRABOSCHI, RUSSO A., pag. 19 ss.; in senso dubitativo si erano invece espressi i medesimi autori, prima però che gli estensori del decreto legislativo mettessero mano all'attuazione della delega: v. RUSSO A., TIRABOSCHI, 2002, pag. 83), ovvero, pur esistente ed ancora in vigore fino al d.lgs. n. 66, non potesse però operare in presenza di alcune modalità d'organizzazione dell'orario, come ad esempio l'uso congiunto di straordinario e multiperiodale (BOLEGO, 2003, pagg. 444 s. e 448 s.). È ovvio, quindi, che ove si ritenessero invece sussistenti, nella pregressa disciplina, i limiti di cui si è detto (per la giurisprudenza più recente, v. Cass., 4 dicembre 2000, n. 15419, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, 539, sul punto 545; cfr. anche Cass., 5 gennaio 2001, n. 89, *ivi*, 561, s.m.; Cass. 16 gennaio 2001, n. 512, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2001, 288, sul punto 291; Trib. Pisa 13 febbraio 2001, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 74; App. Firenze 6 giugno 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2732), il regresso di tutele sarebbe innegabile. Per la sussistenza del regresso, specie con riferimento al limite complessivo giornaliero di 10 ore, si esprimono, tra gli altri, CORSO I., 2003, pag. 149, e ALLAMPRESE, 2003b; cfr. anche SANDULLI P., MARINELLI, 2004, par. 4.

<sup>991</sup> Su questi aspetti della previgente disciplina, anche per la confutazione delle tesi che ritenevano comunque invalicabile - a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 13, co. 1, l. n. 196 - il limite delle 52 ore complessive settimanali, v. LECCESE, 2001, cap. IV.

<sup>992</sup> Salvo che non si voglia sostenere che, per qualche caratteristica propria dei contratti collettivi investiti dal rinvio legislativo in questione, ovvero per una pretesa proprietà intrinseca, di fondamento comunitario, dei contratti collettivi che, su rinvio della legge, danno attuazione alle norme di una direttiva comunitaria (in questo caso, l'art. 6, n. 1, dir. n. 104), ci si trovi dinanzi a contratti collettivi che, senza violare l'art. 39 Cost. (prima e seconda parte), sarebbero in grado di esprimere un'efficacia generale. Ma sulle ragioni che inducono a non condividere queste tesi, si rinvia a CARABELLI, LECCESE, 2005b, nonché, con specifico riferimento all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi che diano eventualmente attuazione a direttive comunitarie, a LECCESE, 2001, pag. 421 ss.

ore su di un arco mobile di 7 giorni) quale mero limite *medio*, e quindi di per sé flessibile, da rispettare in un periodo non superiore a 4 mesi (art. 4, co. 2 e 3, d.lgs. n. 66), consente di utilizzare un lavoratore fino a 13 ore al giorno per sei giorni, per un totale di 78 ore settimanali (sempre al lordo delle pause previste dall'art. 8, d.lgs.), per un periodo piuttosto prolungato, cioè fino a circa due mesi. L'unica condizione è che a tali periodi di superlavoro corrispondano cospicue riduzioni dell'attività, ad esempio nei mesi precedenti e/o successivi, al fine di rispettare la citata media. Ma periodi ancora più prolungati di lavoro eccessivo e, rispettivamente, tetti superiori a quelli indicati potrebbero essere ottenuti qualora i contratti collettivi consentissero di rispettare la media di 48 ore su di un periodo più elevato (sei mesi, elevabili in taluni casi a dodici: art. 4, co. 4; cfr. anche art. 17, co. 2) o, ancora, al ricorrere di una delle ipotesi derogatorie che, ai sensi dell'art. 17, possono essere introdotte all'art. 7 (riduzione del riposo minimo consecutivo).

Le esemplificazioni che precedono sono utili a dar conto, già in questa sede introduttiva, di talune tra le principali innovazioni introdotte dal decreto. Esse, soprattutto, rappresentano una buona testimonianza dell'impatto di alcune scelte, di certo non imposte dalla necessità di adeguare il nostro ordinamento alle direttive comunitarie, compiute dal legislatore delegato e di come, in Italia, il recepimento della direttiva abbia invero fatto da 'paravento' per realizzare (anche) l'arretramento delle tutele previgenti<sup>993</sup>. E ciò ha determinato, da un lato, la violazione degli obblighi comunitari (segnatamente, della clausola di non regresso); dall'altro, la violazione dell'art. 76 Cost., poiché non sono stati rispettati i criteri direttivi che, secondo la ricostruzione sopra prospettata, sono enucleabili dalla legge delega.

## 2. Segue. Il campo d'applicazione della nuova disciplina, le abrogazioni ed il regime sanzionatorio

Ancora con riferimento all'impatto del d.lgs. n. 66 sul preesistente regime, assumono particolare rilievo le norme che determinano il campo di applicazione della nuova disciplina e che dispongono l'abrogazione delle previgenti disposizioni, ivi comprese quelle sanzionatorie (v., rispettivamente, art. 2 e art. 19, co. 2, come modificati dal d.lgs. n. 213/2004).

Per quanto attiene, in particolare, al *campo di applicazione* del d.lgs. n. 66, va detto che esso ha un'estensione più ampia rispetto a quella del r.d.l. n. 692/1923, poiché le disposizioni del decreto "si applicano a tutti i settori di attività pubblici e privati", salvo talune eccezioni espressamente indicate (cfr. art. 2, co. 1 e 3)<sup>994</sup>. Specifiche esclusioni e/o adattamenti delle disposizioni generali sono poi previste con riferimento a numerose attività lavorative: si vedano, ad esempio, le previsioni dell'art. 17, quelle relative ai lavoratori a bordo di navi da pesca marittima (art. 18) e quelle sul personale delle aziende autoferrotranviarie (art. 17, co. 6 e art. 19, co. 3)<sup>995</sup>.

<sup>993</sup> Altri esempi sono ipotizzati da ALLAMPRESE, 2003b. Tra questi merita di essere segnalata l'applicazione integrale della nuova disciplina agli *apprendisti maggiorenni* (art. 2, co. 4, su cui v., anche per ulteriori rinvii, SANTUCCI, 2004, pag. 126), con conseguente arretramento, per taluni profili, delle tutele stabilite per costoro dalla normativa previgente (ma per una diversa valutazione sul punto, v. PUTATURO DONATI, 2005, pag. 19 s.).

<sup>994</sup> L'art. 2, co. 1, esclude dal campo di applicazione delle nuove disposizioni il lavoro del personale indicato nelle citate direttive nn. 1999/63/Ce, 2000/79/Ce e quello prestato dai "lavoratori mobili per quanto attiene ai profili di cui alla direttiva 2002/15/Ce" (v. *supra*, par. 1, nt. 3). Del contenuto dell'art. 2, co. 3, si dirà tra breve in testo.

<sup>995</sup> In generale, sul campo di applicazione della nuova disciplina v. SITZIA, 2003, nonché, dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 213/2004, SANTUCCI, 2004 e CORTI, 2004a (anche con riferimento alla disciplina dei settori esclusi); sulle deroghe di cui all'art. 17, PASQUALETTO, 2003; RICCI G., 2004; FERRANTE, 2004c; sulla specifica disciplina dettata dall'art. 18, PIZZONIA, 2003, RICCI G., COSENTINO, 2004, CORTI, 2004c; sulla disciplina dell'orario di lavoro degli autoferrotranvieri, CASOLA, 2004.

Una parziale limitazione del campo d'applicazione è poi prevista - ai sensi dell'art. 2, co. 2, nella formulazione successiva alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 213/2004 - "nei riguardi dei servizi di protezione civile, ivi compresi quelli del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, nonché nell'ambito delle strutture giudiziarie, penitenziarie e di quelle destinate per finalità istituzionali alla attività degli organi con compiti in materia di ordine e sicurezza pubblica, delle biblioteche, dei musei e delle aree archeologiche dello Stato". Rispetto a tali servizi ed attività, infatti, le disposizioni contenute nel decreto non trovano applicazione, ma "unicamente in presenza di particolari esigenze inerenti al servizio espletato o di ragioni connesse ai servizi di protezione civile, nonché degli altri servizi espletati dal Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, così come individuate con decreto del Ministro competente, di concerto con i Ministri del lavoro e delle politiche sociali, della salute, dell'economia e delle finanze e per la funzione pubblica, da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto"<sup>996</sup>.

L'ampiezza del catalogo di servizi ed attività contenuto nella previsione (ove compaiono anche biblioteche, musei ed aree archeologiche) potrebbe destare qualche perplessità relativa alla sua conformità alla disciplina comunitaria. L'art. 1, par. 3, dir. n. 93/104, infatti, prevede che la direttiva n. 104 "si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici, ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 89/391/CE" (cioè la cosiddetta direttiva quadro in materia di sicurezza e salute dei lavoratori). Pertanto, anche le disposizioni comunitarie in materia d'orario non si applicano "quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, per esempio nelle forze armate o nella polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongano *in modo imperativo*" (art. 2, par. 2, dir. 89/391).

Ebbene, come ha avuto modo di precisare la Corte di giustizia, le eccezioni al campo d'applicazione devono essere interpretate in *sensu restrictivo* e tenendo conto del fatto che le attività escluse devono risultare "*indispensabili* al buon funzionamento della vita sociale"<sup>997</sup>.

In particolare, la Corte ha affermato che l'esclusione disposta dall'art. 2, par. 2, dir. n. 89/391 "è stata adottata al solo fine di garantire il buon funzionamento dei servizi indispensabili alla tutela della sicurezza, della salute e dell'ordine pubblico in circostanze di gravità e ampiezza eccezionali - per esempio una catastrofe - che si caratterizzano per il fatto di non prestarsi, per loro natura, a una pianificazione dell'orario di lavoro delle squadre di intervento e di soccorso". Sulla scorta di tale premessa ha concluso che, ove appunto non sussistano le predette caratteristiche di eccezionalità, persino le attività di soccorso alle persone ferite o ammalate, pur relative ad "eventi

<sup>996</sup> Se ne è dedotto che la deroga applicativa, anche ove la si ritenesse legittima, non esplicherebbe comunque "alcuna efficacia decorso il termine di 120 giorni [...] senza (e fino a) che il decreto ministeriale sia intervenuto": così SOPRANI, 2003, pag. 1953 s., confutando la diversa opinione di DEL PUNTA, 2003, pag. VIII, secondo il quale - in attesa del d.m. - il compito di individuare le attività escluse spetta all'interprete; in quest'ultimo senso v. anche SANTUCCI, 2004, pag. 117, il quale sottolinea altresì la rilevanza che potrebbe assumere, in materia, l'autonomia collettiva. Sulla questione, anche per ulteriori rinvii, v. CORTI, 2004a, pag. 1280 s.

<sup>997</sup> Sulla base di queste premesse, la Corte ha ritenuto che "*in condizioni normali* [corsivo nostro], l'attività del personale delle unità di pronto soccorso non può essere assimilata ad attività di questo tipo": v. CGCE 3 ottobre 2000 (causa C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contro Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*), in *Guida al lav.*, 2001, n. 2, 10 (spec. parr. 34 ss.). V. anche CGCE 3 luglio 2001 (causa C-241/99, *Confederation Intersindacal Galega (CIG) contro Servicio Galego de Saúde*), ord., in *Foro it.*, 2001, IV, 412 (parr. 26 ss.); CGCE 5 ottobre 2004 (cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Bernhard Pfeiffer e altri contro Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e V*), in *Lav. giur.*, 2005, n. 7, 617 (par. 52 ss.).

che, per definizione, non sono prevedibili”, possono comunque essere organizzate preventivamente, anche per quanto riguarda gli orari di lavoro del personale che vi è addetto; a tali attività, pertanto, in condizioni normali, devono essere applicate le previsioni della direttiva n. 104<sup>998</sup>.

Si tratta, evidentemente, di indicazioni destinate a valere anche rispetto ad attività diverse rispetto a quelle considerate, nei casi ad essa sottoposti, dalla Corte e che devono quindi guidare l'opera di redazione dei decreti ministeriali chiamati ad individuare le particolari esigenze o ragioni in presenza delle quali le nuove disposizioni non trovano applicazione.

Una simile lettura adeguatrice del dato normativo interno rispetto a quello comunitario, come interpretato dalla Corte di giustizia, risulta invece meno agevole con riferimento alle previsioni di cui all'art. 2, co. 3. Quest'ultimo infatti, nella versione originaria, già escludeva del tutto dall'applicazione del decreto il personale della scuola (di cui al d.lgs. n. 297/1994), con una scelta fortemente criticata da una parte della dottrina per la sua difformità rispetto alla direttiva comunitaria<sup>999</sup>. Oggi, dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 213/2004, il comma in questione prevede altresì che le disposizioni del decreto non si applichino neppure “al personale delle Forze di polizia, delle Forze armate, nonché agli addetti al servizio di polizia municipale e provinciale, in relazione alle attività operative specificamente istituzionali” (gran parte di queste attività, nella versione originaria, rientravano tra quelle per le quali, ai sensi dell'art. 2, co. 2, si sarebbe dovuto provvedere con d.m. ad individuare le “particolari esigenze”, in presenza delle quali avrebbe operato l'esclusione)<sup>1000</sup>.

Per ciò che attiene, poi, all'*abrogazione* di precedenti disposizioni di legge, va segnalata la previsione dell'art. 19, co. 2, il quale dispone ora l'abrogazione di “tutte le disposizioni legislative e regolamentari nella materia disciplinata dal decreto legislativo medesimo, salve le disposizioni espressamente richiamate” (il testo riportato è quello risultante dalla modifica introdotta dal d.lgs. n. 213/2004: v. *infra*). A sua volta, l'art. 1, co. 1, nel delineare le finalità delle nuove disposizioni, chiarisce che esse, “nel dare attuazione organica alla direttiva n. 93/104/CE del Consiglio, del 23 novembre 1993, così come modificata dalla direttiva n. 2000/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 2000, sono dirette a regolamentare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale [...] i profili di disciplina del rapporto di lavoro connessi alla organizzazione dell'orario di lavoro”<sup>1001</sup>.

La formulazione dell'art. 19, co. 2, è stata evidentemente preferita rispetto alla redazione di un apposito elenco di norme abrogate (soluzione che era invece presente in una delle versioni dello

<sup>998</sup> CGCE 5 ottobre 2004 (caso *Pfeiffer*), cit., parr. 55 ss.

<sup>999</sup> V. SANTUCCI, 2004, pagg. 118-124; CORTI, 2004a, pag. 1277 ss.; GRIECO, 2005, pag. 632. In senso diverso cfr. TIRABOSCHI, RUSSO A., 2003, pag. 17; SITZIA, 2003, pag. 119.

<sup>1000</sup> Per una riflessione critica su queste nuove esclusioni, basata anche sul confronto con la diversa scelta operata dal legislatore delegato nella redazione del d.lgs. n. 626/1994 (art. 1), v. GRIECO, 2005, pag. 632 ss.; cfr. anche PELISSERO, 2005, pag. 390, nt. 29.

<sup>1001</sup> Con riferimento alla precisazione relativa all'applicazione della nuova disciplina a tutto il territorio nazionale, sia consentito il rinvio a LECCESE, 2004a, pag. 1242 s. V. anche TREMOLADA, 2003, pag. 9; BOLEGO, 2004b.

schema di d.lgs.), poiché da un tale elenco sarebbe potuta sfuggire qualcuna delle tante disposizioni in materia di orario sparse nella precedente legislazione<sup>1002</sup>. La medesima formulazione, da più parti criticata<sup>1003</sup>, lascia aperti non pochi problemi interpretativi, relativi, tra l'altro, al significato da attribuire alle espressioni: “*materia disciplinata dal [presente] decreto*” e “*salve le disposizioni [in esso] espressamente richiamate*”.

Partendo dalla prima questione, va anzitutto detto che sono ovviamente da ritenere abrogate tutte le disposizioni previgenti aventi ad oggetto istituti *compiutamente disciplinati* nel nuovo decreto (si pensi, ad esempio, alla legge n. 409/1998, sullo straordinario nelle imprese industriali, ovvero al d.lgs. n. 532/1999, sul lavoro notturno).

Ma tale considerazione non è sufficiente a risolvere tutti i dubbi, con particolare riguardo agli oggetti di disciplina che nel decreto non sono stati regolati in modo espresso<sup>1004</sup>. In questa sede, quindi, possono essere proposte talune ipotesi interpretative, dal cui accoglimento derivano effetti profondamente diversi sul piano che qui ci occupa.

L'interpretazione al momento assolutamente prevalente è quella che - ignorando o svalutando il riferimento alle direttive contenuto nell'art. 1 - muove da una lettura, per così dire, *totalizzante* delle espressioni “*materia disciplinata dal decreto*” (art. 19, co. 2) e/o “*profili di disciplina del rapporto di lavoro connessi alla organizzazione dell'orario di lavoro*” (art. 1, co. 1) e giunge così ad affermare l'abrogazione di qualsiasi norma previgente, non espressamente richiamata nel decreto, che abbia una qualche attinenza con l'organizzazione dell'orario (anzi, più in generale, con la durata della prestazione). L'abrogazione, però, non concernerebbe anche le disposizioni *speciali*, pur afferenti alla materia trattata dal decreto, in virtù del principio secondo cui una disciplina generale successiva non produce effetti abrogativi sulle discipline speciali preesistenti. In tal modo, sarebbero risolti i dubbi sulla sopravvivenza di rilevanti tutele, quali - ad esempio - quelle poste a limitazione della durata della prestazione dei minori o, ancora, quelle inerenti alle pause dei videoterminalisti. In realtà, va detto che la perdurante vigenza di queste ultime tutele è comunque garantita dal fatto che esse sono state emanate o modificate in adempimento di altre direttive comunitarie, dotate di peculiari finalità<sup>1005</sup>. Se mai, il problema concerne altre previsioni pregresse, non dotate di tali caratteristiche, quali, per esempio, l'art. 10, l. 20 maggio 1970, n. 300 (lavoratori studenti), l'art. 3, co. 1, l. 19 maggio 1971, n. 403 (massaggiatori e massofisioterapisti ciechi) e così via<sup>1006</sup>.

Una diversa ipotesi interpretativa potrebbe muovere, invece, dall'attribuzione di un rilievo preminente, anche in sede d'individuazione delle disposizioni abrogate, da un lato, all'obiettivo che la legge delega si prefiggeva, consistente nel recepimento delle direttive comunitarie (ed è questo,

<sup>1002</sup> Il che del resto è espressamente riconosciuto in un passaggio della relazione di accompagnamento al d.lgs. correttivo n. 213/2004, riportato con caustiche e condivisibili puntualizzazioni, da FERRANTE, 2004e, pag. 1430, nt. 22. In generale, sulla tecnica utilizzata dal legislatore per le abrogazioni, v., oltre all'autore appena citato, BERNARDO, 2003, par. 3 ss.; LELLA, 2004, parr. III e III.1.

<sup>1003</sup> V. ad esempio, già tra i primi commentatori, DEL PUNTA, 2003, pag. V.

<sup>1004</sup> Cfr. anche VICECONTE, 2003, pag. 1145 s.

<sup>1005</sup> V. gli artt. 15-23, l. 17 ottobre, 1967, n. 977 (minori), in parte modificati dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 345, che ha recepito, in attuazione della l. 24 aprile 1998, n. 128, la direttiva comunitaria n. 94/33 del 22 giugno 1994, relativa alla protezione dei giovani sul lavoro. V. inoltre, per i lavoratori che utilizzano attrezzature munite di videoterminali, l'art. 54, d.lgs. n. 626 del 1994 (in attuazione dell'art. 8 della direttiva n. 90/270 del 29 maggio 1990).

<sup>1006</sup> In proposito v. LELLA, 2005, pag. 530-534.

invero, l'oggetto della delega); dall'altro, all'espresso richiamo a tali direttive, operato dallo stesso decreto nell'illustrare le proprie finalità: v. l'art. 1, co. 1, cit.

Ebbene, ove il riferimento contenuto in quest'ultima previsione ai "profili di disciplina del rapporto connessi all'organizzazione dell'orario di lavoro" fosse interpretato in stretto collegamento con i contenuti delle direttive 93/104 e 2000/34 (alla cui "attuazione organica", come si esprime il medesimo art. 1, co. 1, è appunto finalizzato l'intero decreto), risulterebbero esclusi dalla "materia disciplinata dal decreto" i "profili" che, pur attenendo alla durata della prestazione, non siano stati affrontati ed espressamente disciplinati né nel decreto né nelle citate direttive. Per conseguenza, le previgenti disposizioni interne, legislative e regolamentari, relative a questi profili non risulterebbero colpite dall'effetto abrogativo disposto dall'art. 19, co. 2 (salvo che esse non risultino comunque abrogate implicitamente, poiché contrastanti con le nuove disposizioni e, quindi, non più applicabili ai casi futuri).

Così, per fare un esempio, né il d.lgs. n. 66, né le direttive n. 93/104 e n. 2000/34 (e, oggi, la dir. n. 2003/88) si preoccupano di fissare limiti generali alla durata massima complessiva giornaliera della prestazione<sup>1007</sup>. Pertanto, seguendo il ragionamento sin qui esposto, se ne potrebbe dedurre la perdurante vigenza delle norme volte a disciplinare tale durata (e ciò, per inciso, consentirebbe anche di scongiurare, almeno con riferimento a questo aspetto, i problemi relativi all'eccesso di delega e al mancato rispetto della clausola comunitaria di non regresso, cui si è fatto cenno nel par. 1)<sup>1008</sup>. Sennonché, è il caso di osservare, al fine di garantire l'effetto conservativo dei limiti alla durata complessiva della prestazione giornaliera, non sarebbe sufficiente affermare la salvezza dell'art. 1, r.d.l. n. 692, nella parte in cui disciplina la durata massima *normale* della giornata lavorativa (pari a 8 ore), ma bisognerebbe altresì ritenere quantomeno salvo - pur in presenza di una *compiuta* disciplina del lavoro straordinario all'interno del d.lgs. n. 66 - anche l'art. 5 del medesimo r.d.l., nella parte in cui prevede un limite giornaliero al lavoro straordinario (2 ore): infatti, solo attraverso la somma dei due limiti è possibile ricavare, appunto, un limite complessivo all'orario giornaliero. Per converso, optando per la conservazione del vigore dell'art. 1, cit., bisognerebbe forse ammettere che sono, corrispondentemente, rimaste in vigore anche *tutte* le previgenti disposizioni che ponevano deroghe al limite giornaliero in esso previsto (quali, ad esempio, le deroghe inerenti ai casi tipizzati dall'art. 4, r.d.l. n. 692).

Ad esiti ancora diversi si potrebbe poi giungere seguendo una terza linea interpretativa, intermedia tra quelle sin qui enunciate. In particolare, si potrebbe ritenere (svalutando anche in questo caso il contenuto delle direttive comunitarie richiamate nell'art. 1 e lasciando quindi comunque aperti i problemi appena ricordati) che risultino oggi abrogate tutte le disposizioni che attengono a profili rientranti, *anche solo implicitamente*, nel contenuto regolativo del decreto. Una simile

<sup>1007</sup> La direttiva n. 104 (e poi il d.lgs.) prevede, invero, solo un periodo minimo di riposo consecutivo di 11 ore, da rispettare su un arco temporale mobile di 24. Tale limite assolve però, come meglio si dirà nel par. 7.1, ad una funzione confluyente con (ma ben diversa da) quella svolta dalla fissazione di una durata massima della prestazione giornaliera.

<sup>1008</sup> Cfr., con argomenti in parte diversi, VICECONTE, 2003, pag. 1146 ss. In senso critico v., invece, FERRANTE, 2004e, pag. 1431 s., il quale ritiene tra l'altro insuperabile l'obiezione secondo cui la tecnica normativa utilizzata per disporre le abrogazioni è tale da indirizzare "la forza abrogatrice della legge [...] a tutte le norme della 'materia' [disciplinata dal decreto], indipendentemente dal contenuto normativo della legge" stessa. L'A., comunque, propone una diversa soluzione per garantire la conservazione delle soglie complessive previste dal r.d.l. 692/1923 (10 ore giornaliera e, nella proiezione di questo limite su sei giorni, 60 ore settimanali); il giudice ordinario, infatti, sarebbe oggi chiamato a disapplicare parzialmente la nuova disciplina, in virtù del principio comunitario di non regresso contenuto nella direttiva, il quale - a suo volta - sarebbe direttamente operativo nell'ordinamento interno (v. pagg. 1432-1439). Ma su quest'ultimo aspetto v., in generale, le valutazioni espresse in CARABELLI, LECCESE, 2005a, par. 11 (e, *ivi*, nt. 175).

opera interpretativa, beninteso, non è affatto agevole e potrebbe comunque condurre a soluzioni opinabili. Con riferimento all'esempio sopra prospettato, relativo alla durata giornaliera della prestazione, si potrebbe forse sostenere che le norme ad essa relative sarebbero state abrogate, poiché il nuovo decreto - a differenza della direttiva, che si occupa del "riposo giornaliero" (art. 3) e della "durata massima *settimanale* del lavoro" - disciplina sia l'"orario normale di lavoro" (art. 3), sia la "durata massima [*non solo settimanale*] dell'orario di lavoro" (art. 4), sia il "lavoro straordinario" (art. 5).

Venendo, poi, all'espressione che fa "*salve le disposizioni espressamente richiamate*" nel decreto, va detto che anche da essa derivano taluni problemi applicativi. Come si è osservato, infatti, il richiamo alle norme previgenti talora è da intendere in senso materiale (cioè come rivolto al suo contenuto) e non formale (cioè alla disposizione in sé)<sup>1009</sup>. E, comunque, le disposizioni richiamate devono essere lette in modo coerente con il nuovo assetto normativo nel quale sono destinate ad operare e, pertanto, "la loro interpretazione ed applicazione può risultare alquanto mutata"<sup>1010</sup>. Peraltro, questa non agevole opera interpretativa d'adeguamento, resa più complessa dall'approssimativa fattura di alcune previsioni del decreto, potrà addirittura condurre a svuotare in tutto o in parte di contenuto precettivo talune delle vecchie disposizioni, che resterebbero in vita solo al fine di determinare l'ambito di applicazione delle nuove norme (simili problemi si pongono soprattutto nei casi in cui il legislatore delegato ha richiamato la disciplina previgente al fine di individuare talune fattispecie escluse dall'ambito di applicazione di parti della nuova regolamentazione)<sup>1011</sup>.

Un ultimo riferimento va qui operato al regime delle *sanzioni*, rispetto al quale erano emersi complessi problemi interpretativi alla luce del testo originario del decreto, il quale si limitava a far salve, oltre alle disposizioni le disposizioni espressamente richiamate nel decreto, anche "*le disposizioni aventi carattere sanzionatorio*" (v., ancora, l'originaria versione dell'art. 19, co. 2), evitando quindi di dettare direttamente il nuovo apparato sanzionatorio.

In tal modo, si era riversato sull'interprete un compito che la legge delega aveva attribuito al legislatore delegato: infatti, l'art. 2, co. 2, lett c, l. n. 39/2002 aveva stabilito, tra l'altro, che "in ogni caso saranno *previste* [nei decreti legislativi, evidentemente] sanzioni identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni che siano omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi". Questa non agevole opera d'individuazione delle previgenti norme sanzionatorie ricollegabili, in via interpretativa, alle nuove norme sostanziali dettate dal d.lgs. n. 66, aveva invero già prodotto una pluralità di letture ed esiti<sup>1012</sup>. Né può essere taciuta la posizione secondo cui, non "essendovi corrispondenza genetica tra precetti e sanzioni", sarebbe stato addirittura inevitabile concludere - sempre alla luce dell'originaria previsione - per "l'inefficacia dell'apparato sanzionatorio" previgente e ritenere, quindi, del tutto "priva di tutela interna l'inosservanza delle disposizioni del d.lgs. n. 66/2003"<sup>1013</sup>.

<sup>1009</sup> DEL PUNTA, 2003, pag. V.

<sup>1010</sup> SANDULLI, 2003, par. 1.

<sup>1011</sup> Su questi aspetti v., anche per ulteriori rinvii, l'analisi di LELLA, 2004, pag. 525-528.

<sup>1012</sup> Si vedano le conclusioni cui erano giunti, tra gli altri, RAUSEI, 2003; CAIAZZA L., CAIAZZA R., 2003; GAROFALO D., 2003.

<sup>1013</sup> SOPRANI, 2003, pag. 1955 s.

Senonché, tali questioni sono destinate ormai a porsi solo con riferimento alla sanzionabilità delle violazioni verificatesi nel periodo ricompreso tra l'entrata in vigore del d.lgs. n. 66 (29 aprile 2003) e quella del d.lgs. correttivo n. 213/2004 (1° settembre 2004). Quest'ultimo, infatti, da un lato, ha soppresso le parole “*e le disposizioni aventi carattere sanzionatorio*”, contenute nella parte finale dell'originario art. 19, co. 2; dall'altro, al fine di dare - questa volta - corretta attuazione alla delega, ha introdotto nel corpo del d.lgs. n. 66 un nuovo articolo (l'art. 18-bis), il quale reca un'apposita ed organica disciplina sanzionatoria<sup>1014</sup>.

### 3. La disciplina del tempo di lavoro nel d.lgs. n. 66: tutele legali e ruolo della contrattazione collettiva

Come già traspare dal testo del primo comma dell'art. 1 - che, a differenza della dir. n. 104 (ed ora della dir. n. 2003/88), non menziona “*taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*”, bensì “*i profili di disciplina del rapporto connessi alla organizzazione dell'orario di lavoro*” - l'opera di adeguamento alla legislazione comunitaria sulla materia è stata realizzata attraverso la ‘riscrittura’ organica della disciplina relativa all'orario di lavoro. D'altra parte, stando almeno all'interpretazione assolutamente prevalente dell'art. 19, co. 2 (su cui v. il par. che precede), ciò è avvenuto mediante la contestuale abrogazione della gran parte delle previgenti disposizioni, ivi comprese quelle già emanate, nel recente passato, proprio al fine di recepire parti della direttiva n. 104<sup>1015</sup> o, comunque, convergenti verso l'obiettivo di adeguare il nostro ordinamento ai suoi contenuti<sup>1016</sup>. È stata invece scartata, tra le diverse possibili opzioni che si presentavano al legislatore nazionale, quella ‘minimalista’, o comunque ‘meno incidente’, consistente nella mera integrazione e/o modifica di quelle disposizioni, limitatamente alle parti che si rivelavano (ancora) inadeguate rispetto alle previsioni comunitarie.

Il legislatore delegato, inoltre, ha provveduto a riversare, all'interno del decreto, lo schema regolativo contenuto nella direttiva n. 93/104 (e ciò, tra l'altro, ha determinato la confluenza, in un unico testo normativo, delle norme sulla durata massima della prestazione e di quelle sui riposi). Pertanto, la tutela oggi assicurata in via generale e diretta dalla *legge* si realizza attraverso la fissazione di: un *orario massimo settimanale*, comprensivo anche delle prestazioni straordinarie, pari a 48 ore, che deve però essere rispettato come *media* su un arco temporale di quattro mesi, elevabile - a certe condizioni - sino a sei o a dodici mesi (cfr. artt. 4 e 17, co. 2; ma v. anche art. 6); un periodo minimo di *riposo giornaliero* (art. 7); *intervalli* (pause) per le prestazioni giornaliere che superino le sei ore (art. 8); un *riposo settimanale* (art. 9); un periodo minimo di *ferie annuali* (art. 10); una specifica tutela per i *lavoratori notturni* (artt. 11-15). A marcare tuttora le peculiarità del nostro ordinamento, è però rimasta la distinzione - della quale la direttiva si disinteressa, pur senza ignorarla (cfr. artt. 6, n. 2, e 8, n. 1, dir. n. 104) - tra “orario normale di lavoro” e “lavoro straordinario” (v. artt. 3 e 5, d.lgs. n. 66; ma cfr. anche art. 16), la quale assume comunque una

<sup>1014</sup> Per una più ampia disamina dei profili trattati in testo, nonché per la dettagliata analisi delle diverse ipotesi sanzionatorie, v. LELLA, 2004, par. IV; FERRANTE, 2004d; PENNESI, 2005; RAUSEI, 2005.

<sup>1015</sup> Ci si riferisce, in particolare, al d.lgs. 26 novembre 1999, n. 532, in materia di lavoro notturno.

<sup>1016</sup> Si pensi all'abbassamento a 40 ore della durata legale dell'orario di lavoro normale settimanale (art. 13, co. 1, l. n. 196/1997; il precedente limite, fissato come noto dall'art. 1, r.d.l. n. 692/1923, era pari a 48 ore), nonché all'introduzione di nuovi limiti quantitativi, annuali e trimestrali, al lavoro straordinario nelle imprese industriali (art. 5-bis, r.d.l. n. 692/1923, come sostituito dal d.l. n. 335/1998, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 409/1998).

rilevanza nettamente inferiore rispetto al passato, in virtù del complessivo affievolimento delle rigidità che caratterizzavano la precedente regolazione del lavoro straordinario (*infra*, par. 6).

All'esito, la scelta del legislatore delegato ha comportato l'abbandono - in gran parte sulla scorta delle indicazioni contenute nel già citato *Avviso comune* del 1997 - di taluni tra i più tradizionali profili di tutela assicurati dalla legge, dei quali non v'è traccia nel d.lgs. n. 66; in esso, come si è già detto, mancano infatti norme che fissino *direttamente* i tetti legali alla durata dello straordinario giornaliero e settimanale; alla durata massima, normale e complessiva, del lavoro giornaliero; alla durata massima complessiva della singola settimana di lavoro<sup>1017</sup>.

Per converso, la descritta operazione di 'riscrittura' organica sarebbe avvenuta attraverso la contestuale valorizzazione del ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina dell'orario di lavoro, espressamente enfatizzato nel primo comma dell'art. 1 (il quale precisa che la nuova regolamentazione è dettata "nel pieno rispetto dell'autonomia negoziale collettiva") e poi realizzato, nel corpo del decreto, attraverso l'abbondante uso dei rinvii ai contratti collettivi<sup>1018</sup>.

In realtà, osservando il concreto contenuto di tali rinvii, si trae agevole conferma del fatto che - sotto questo aspetto - la tecnica normativa utilizzata dal legislatore delegato si ascrive appieno nel disegno riformatore delineato del *Libro bianco* (del quale, come accennato *supra*, al par. 1, la riforma dell'orario costituiva un tassello), al cui interno il ruolo dell'autonomia collettiva risulta alquanto mutato rispetto al passato.

Anche nel caso della disciplina dell'orario, in particolare, la ricchezza dei richiami al contratto collettivo non può costituire un valido elemento di giudizio, poiché, se dal loro mero computo numerico si passa a verificare la 'qualità' dei richiami stessi, si scopre come molti di essi sono volti a 'legittimare' l'intervento negoziale in vista del miglioramento delle tutele e/o, più in generale, della (ri)definizione di vincoli al potere unilaterale del datore e/o a quello contrattuale delle parti nel singolo rapporto di lavoro, rispetto a *standards* legali che, come s'è detto, risultano meno protettivi rispetto al passato. Si pensi, ad esempio, alla previsione dell'art. 4, co. 1, il quale attribuisce alla contrattazione collettiva anche il compito di (re)introdurre un limite massimo complessivo del singolo settimanale di lavoro. In questi casi, insomma, al contratto collettivo viene richiesto non più, come sovente accadeva in passato, "di amministrare o aumentare il flusso della flessibilità attraverso le 'chiuse' create dal legislatore, bensì quello di costruire tali 'chiuse' in un regime di flusso ormai liberalizzato per l'autonomia individuale"<sup>1019</sup>.

L'assolvimento di un simile compito, inoltre, oltre a risultare tutt'altro che agevole (anzi improbo) in questa fase delle relazioni sindacali, rischia comunque di condurre ad un'accentuazione dei differenziali protettivi tra lavoratori, a seconda che essi appartengano o meno a categorie 'forti' (ciò, a causa della diversa forza contrattuale che il sindacato riesce ad esprimere nei vari ambiti -

<sup>1017</sup> Come pure s'è accennato, limiti alla durata giornaliera e settimanale complessiva (comunque molto più elevati di quelli previgenti) possono essere però dedotti, ma solo indirettamente, dalle disposizioni dettate in materia di riposi (v. *infra*).

<sup>1018</sup> V., per tutti, TIRABOSCHI, RUSSO A., 2003, pag. 11; BIANCHI D'URSO, VIDIRI, 2003, pag. 834.

<sup>1019</sup> CARABELLI, LECCESE, 2005b, par. 1; su questi aspetti, v. anche PUTATURO DONATI, 2005, pag. 185 ss.

categoriali e/o di livelli negoziali - di contrattazione)<sup>1020</sup>, ovvero che siano o meno coperti dall'applicazione di un contratto collettivo<sup>1021</sup>.

Inoltre, è bene precisare, simili richiami al contratto collettivo, proprio a causa della loro connotazione, sono riconducibili a quelli che sono stati condivisibilmente definiti come rinvii 'impropri', per indicare come, anche in loro assenza, il contratto collettivo ben sarebbe potuto intervenire a disciplinare la materia, contrattando condizioni di lavoro più vantaggiose (nel senso che apprestino una maggior tutela al lavoratore) rispetto a quelle previste da norme di legge (salvo che queste non siano inderogabili *in melius*<sup>1022</sup>). Essi, in definitiva, risultano, a ben vedere, superflui o, al massimo, indicativi di una sollecitazione ad intervenire rivolta dal legislatore alla contrattazione collettiva<sup>1023</sup>.

In altri casi, invece, alla contrattazione collettiva viene effettivamente riconosciuto (mediante rinvii definibili questa volta come 'propri', perché effettivamente legittimanti un intervento collettivo che troverebbe altrimenti ostacolo nella norma inderogabile), un più tradizionale potere di allentamento dei vincoli legali, in senso latamente 'peggiorativo' delle tutele da questi assicurate. Sennonché, come si è visto, tali vincoli sono spesso già delineati, nella nuova disciplina, in modo meno rigido rispetto al passato, sì che il rinvio alla fonte collettiva (cfr., ad esempio, l'art. 17, co. 1) appare come un invito ad aggiungere *ulteriore* flessibilità contrattuale (con conseguente, ulteriore, riduzione dei livelli di tutela) alla *nuova* flessibilità legale; ed anche in questo caso è evidente il rischio di un'accentuazione dei differenziali di tutela, a seconda della capacità di resistenza che, al riguardo, il sindacato è in grado di esprimere<sup>1024</sup>. Quell'invito, inoltre, è significativamente 'presidiato' dalla possibilità di un intervento sostitutivo del Ministro (art. 17, co. 2), che, in linea generale, finisce per sviluppare una pressione a dir poco anomala sull'esercizio dell'autonomia collettiva e rischia comunque, nei fatti, di sottrarre al sindacato una partita attiva (la flessibilità) da sfruttare in vista di altre contropartite negoziali<sup>1025</sup>.

La suddetta distinzione tra rinvii 'propri' e 'impropri', invero, rileva non solo al fine di sottolineare le mutate caratteristiche assunte, all'interno del decreto, dal rapporto tra legge e contrattazione collettiva, ma anche in vista di una più adeguata comprensione delle conseguenze derivanti dalla selezione legale dei soggetti competenti a negoziare sugli istituti oggetto di rinvio.

Da quest'ultimo punto di vista, uno specifico rilievo assume la definizione dettata dall'art. 1, co. 2, lett. *m*, con la quale il legislatore individua, appunto, i contratti collettivi destinatari dei vari

<sup>1020</sup> Cfr. MARESCA, 2005, pag. 44. Per un'analisi critica delle clausole in materia di orario di lavoro, riposi e ferie, contenute nei contratti di categoria stipulati successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 66, si rinvia sin d'ora a LELLA, 2005.

<sup>1021</sup> Cfr. quanto accennato *supra*, par. 1, nt. 18 e testo relativo.

<sup>1022</sup> Ipotesi, quest'ultima, della cui legittimità costituzionale si è peraltro discusso, com'è noto, in passato: per i necessari rinvii, anche alle pronunce della Corte costituzionale, CARABELLI, LECCESE, 2005b, par. 6; FERRANTE, 2004e, pag. 1425 ss.

<sup>1023</sup> Per un simile giudizio su tali rinvii, in materia di part-time, e per la distinzione tra rinvii 'propri' e 'impropri', v. PINTO, 2002, spec. pagg. 278 e 281 s. (in senso adesivo, VOZA, 2004, pag. 238 s.); cfr. anche, con riferimento ad alcuni rinvii contenuti nel d.lgs. n. 276/1993, CARINCI F., 2004, pag. LIII; TREU, 2004, pag. 117.

<sup>1024</sup> Cfr. ancora MARESCA, 2005, pag. 44, nonché la citata analisi di LELLA, 2005, relativa ai contratti collettivi stipulati dopo il decreto.

<sup>1025</sup> Sui profili sin qui trattati, anche per riferimenti al più generale dibattito sui mutamenti che hanno interessato il ruolo del soggetto collettivo nella più recente legislazione della flessibilità (dibattito invero incentrato soprattutto sui contenuti del d.lgs. n. 276/2003), nonché per una puntuale riconduzione dei diversi rinvii contenuti nel d.lgs. n. 66 ai due tipi menzionati in testo, si rinvia ancora a CARABELLI, LECCESE, 2005b.

rinvii contenuti nel decreto, stabilendo che essi sono quelli “stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative”.

Con riferimento a questa previsione va anzitutto sottolineato che essa è destinata ad integrarsi, al fine della sua concreta operatività, con ulteriori disposizioni che individuano specifici livelli negoziali (cfr. art. 13, co. 1, e art. 18, co. 2) e non opera affatto allorché altre norme - prescindendo del tutto dalla definizione generale in essa contenuta - selezionino direttamente livelli e caratteristiche soggettive dei contraenti che sono oggetto dello specifico rinvio (cfr. 17, co. 1). In secondo luogo, si deve ritenere, in assenza di limiti espressi, che il legislatore delegato con la generica (e, invero, ambigua) formulazione della citata lett. *m*, abbia inteso riferirsi a tutti i livelli contrattuali<sup>1026</sup>, ivi compreso quello aziendale; soluzione interpretativa, questa, che consente anche di fornire adeguata spiegazione alla presenza nel decreto di disposizioni che, come appena accennato, operando in via d'eccezione o integrazione rispetto alla norma generale, stabiliscono specificamente il livello competente<sup>1027</sup>.

Soprattutto, si deve sottolineare che la previsione in questione è formulata in modo da ingenerare il dubbio che la selezione in essa operata riguardi i rinvii ascrivibili ad entrambi i tipi sopra menzionati, ivi compresi i cosiddetti ‘rinvii impropri’. Sennonché, una simile interpretazione, oltre a rivelarsi irrazionale (poiché non si comprende per quale ragione un trattamento più protettivo rispetto allo *standard* legale possa essere dettato solo dai sindacati comparativamente più rappresentativi) e a cozzare contro la riportata dichiarazione programmatica contenuta nell'art. 1, co. 1, risulterebbe in insanabile contrastante con il principio di libertà di organizzazione (ed attività) sindacale di cui all'art. 39, co. 1, Cost., il quale include senz'altro il diritto di ogni soggetto collettivo (a qualsiasi livello ed indipendentemente dalla propria ‘rappresentatività’) di concludere contratti volti al miglioramento delle tutele assicurate ai propri rappresentati e/o alla limitazione, al medesimo fine, di poteri datoriali altrimenti non vincolati dalla legge. Quest'ultimo rilievo, che sembra risolutivo, induce quindi a ritenere che quella previsione espliciti un reale effetto selettivo solo con riferimento ai rinvii più sopra definiti come ‘propri’, con i quali, appunto, i contratti collettivi (stipulati da soggetti ritenuti maggiormente affidabili dal legislatore) sono chiamati a derogare, in senso ‘peggiorativo’, allo standard di tutela assicurato dalla legge<sup>1028</sup>.

#### 4. La durata *normale* dell'orario di lavoro settimanale e la sua distribuzione ‘multiperiodale’

Venendo, quindi, ai concreti profili di disciplina del d.lgs. n. 66, va anzitutto dato conto del contenuto del suo art. 3. La disposizione, intitolata all'orario normale di lavoro, ripropone, con talune variazioni, il testo della prima parte dell'art. 13, co. 1, l. n. 196/1997<sup>1029</sup>.

<sup>1026</sup> In tal senso, v. - tra gli altri - DEL PUNTA, 2003, pag. IX s.; GAROFALO D., 2003, pag. 998; SIMONATO, 2003, pagg. 78-81. Cfr. anche MARESCA, 2003, par. 4.2, secondo il quale non sarà comunque possibile che l'accordo sia raggiunto con la sola R.S.U., “per l'evidente ragione per cui un contratto concluso con tale soggetto sindacale non può essere considerato come un contratto” stipulato da un'organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa.

<sup>1027</sup> Per argomenti più analitici a sostegno di questa interpretazione e per ulteriori rinvii, anche alla dottrina contraria, v. CARABELLI, LECCESE, 2005b, par. 3; BOLEGO, 2004b, pag. 88 ss.

<sup>1028</sup> Ma in proposito sia ancora consentito rinviare alla più ampia trattazione svolta in CARABELLI, LECCESE, 2005b, spec. parr. 6 ss.

<sup>1029</sup> Il testo del citato art. 13, co. 1, era il seguente: “L'orario normale di lavoro è fissato in 40 ore settimanali. I contratti collettivi nazionali possono stabilire una durata minore e riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno”.

Partendo dagli elementi che segnano una *continuità* rispetto al passato, va detto che, come già nell'art. 13 cit., il legislatore, da un lato, fissa in 40 ore la durata normale della singola settimana di lavoro (art. 3, co. 1, la cui violazione è oggi sanzionata ai sensi dell'art. 18-bis, co. 6); dall'altro, opera due rinvii ai contratti collettivi, prevedendo che essi possano ridurre tale durata e consentire il ricorso a moduli multiperiodali d'orario (a condizione che l'orario normale sia rispettato nell'arco temporale di un anno) (art. 3, co. 2).

Ebbene, il primo rinvio è invero riconducibile ai cosiddetti rinvii 'impropri', poiché esso non toglie né aggiunge alcunché a quanto il contratto collettivo di diritto comune, in quanto atto di autonomia privata, potrebbe già di per sé fare (e, tradizionalmente, *ha fatto*). Ed infatti, la riduzione dell'orario settimanale di lavoro a parità di retribuzione si presenta come tipica manifestazione dei miglioramenti salariali e normativi perseguiti dall'autonomia collettiva, nell'esercizio della tradizionale funzione normativa del contratto collettivo<sup>1030</sup>.

Ben più pregnante è invece il secondo rinvio, poiché la sua attuazione nei contratti collettivi consente di incidere, in senso derogatorio e 'flessibilizzante', sullo standard protettivo assicurato dalla legge. L'accordo che istituisce l'organizzazione *multiperiodale* dell'orario normale settimanale si presenta, infatti, come un intervento contrattuale - autorizzato, appunto, dall'art. 3, co. 2 - volto a derogare il limite legale delle 40 ore di orario normale settimanale, in quanto, attraverso la sua trasformazione in limite medio su base plurisettimanale (entro l'arco temporale massimo di un anno<sup>1031</sup>), ne consente il superamento, sia pure a condizione di un successivo recupero compensativo.

Attraverso il rinvio in questione, quindi, anche il legislatore del 2003 riconosce e valorizza le forme di flessibilizzazione che la contrattazione collettiva ha già introdotto o potrà introdurre in futuro: i contratti collettivi, infatti, potranno prevedere che il prolungamento della durata del lavoro in certi periodi (ad esempio finalizzati a consentire incrementi d'attività o di produzione) sia bilanciato con corrispondenti riduzioni dell'orario in altri periodi ovvero con il godimento - in varie forme - di riposi compensativi (sempre a condizione che il bilanciamento avvenga effettivamente nell'arco dell'anno). Più in generale, è qui utile ribadire che, sulla base della generica formulazione della norma, il contratto collettivo potrebbe disciplinare direttamente la nuova distribuzione multiperiodale (nel qual caso esso svolgerebbe una funzione derogatoria di tipo regolativo, poiché sostituirebbe al limite legale delle 40 ore settimanali di orario normale una organizzazione multiperiodale predeterminata e vincolante); ovvero potrebbe attribuire al datore il potere di distribuire l'orario di lavoro anche su base multiperiodale, con settimane di orario normale superiore alle 40 ore (nel qual caso si sarebbe in presenza di un contratto collettivo con funzione derogatoria di tipo deregolativo); ed infine potrebbe perfino limitarsi a prevedere la possibilità del ricorso ad una distribuzione multiperiodale dell'orario del singolo lavoratore, previo accordo tra le parti del rapporto individuale (nel qual caso non sarebbe un contratto in se stesso derogatorio, bensì

<sup>1030</sup> Cfr. CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 4.1.

<sup>1031</sup> Da intendersi non come anno civile, ma come anno solare, cioè come periodo mobile intercorrente fra un qualsiasi giorno dell'anno e il corrispondente giorno dell'anno successivo, tenendo però conto, ovviamente, delle previsioni contenute nei contratti collettivi. In tal senso, v. la circ. Min. lav. 3 marzo 2005, n. 8 (in *Dir. e pratica lav.*, 2005, n. 14, Inserto, pag. XIX), che ripropone l'orientamento già espresso dal Ministero con riferimento all'art. 13, l. n. 196).

un contratto idoneo a trasformare il limite legale inderogabile in derogabile dall'accordo delle parti)<sup>1032</sup>.

Il vantaggio derivante per le imprese dall'adozione di questi modelli d'organizzazione degli orari sono ben noti e consistono, soprattutto, nell'evitare che le ore prestate in eccesso in alcune settimane siano qualificate come lavoro straordinario (con conseguente riduzione anche degli oneri economici derivanti dal ricorso a questo istituto: v. *infra*).

Ed è altresì evidente che, *in assenza di un'apposita disciplina collettiva*, il datore di lavoro non potrà ricorrere unilateralmente a moduli multiperiodali d'orario: il lavoro prestato oltre le 40 ore settimanali, infatti, ricadrà nella disciplina dello straordinario; ed analoga valutazione deve essere fatta per i casi in cui la distribuzione multiperiodale avvenga al di fuori dei limiti qualitativi (ipotesi, condizioni) e/o quantitativi (tetti d'orario) eventualmente posti dai contratti collettivi.

Passando, quindi, ad esaminare le *variazioni* che l'art. 3, d.lgs. n. 66, presenta rispetto al testo dell'art. 13, l. n. 196, va detto, in primo luogo, che la nuova previsione non contiene più la parola "*nazionali*", che, nella precedente, serviva ad individuare i contratti collettivi cui era riconosciuta la facoltà di rendere medie, su base annua, le 40 ore d'orario normale settimanale<sup>1033</sup>. L'art. 3, co. 2, del decreto riconosce oggi tale facoltà ai "*contratti collettivi di lavoro*", che sono quelli stipulati, v'è da ritenere a qualsiasi livello, "da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative" (art. 1, co. 2, lett. *m*, su cui v., *supra*, par. 3).

In secondo luogo, nella nuova norma è stato introdotto l'inciso - assente nell'art. 13 - secondo cui le eventuali riduzioni negoziali dell'orario normale settimanale legale (40 ore) valgono "ai [soli] fini contrattuali".

In proposito, va anzitutto osservato che questa espressione, alla luce della costruzione letterale dell'art. 3, co. 2, debba intendersi appunto riferita esclusivamente al rinvio relativo alla fissazione di un orario settimanale di durata inferiore alle 40 ore, e non anche a quello riguardante la possibilità di introdurre contrattualmente un'organizzazione multiperiodale dell'orario di lavoro, dal momento che essa è collocata dopo il verbo "stabilire", e non prima di esso o alla fine del periodo<sup>1034</sup>. Ciò, inoltre, fornisce conferma della necessità di considerare in modo separato i due rinvii e cioè come autonomi ed indipendenti l'uno dall'altro (a conferma, d'altronde, di quanto già affermato dalla dottrina maggioritaria in relazione alla formulazione dell'art. 13, co. 1, l. n. 196)<sup>1035</sup>.

<sup>1032</sup> Su questi aspetti v. già CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 43 s. Sui diversi modelli concretamente utilizzati nei più recenti rinnovi di categoria, v. LELLA, 2005, pagg. X-XII.

<sup>1033</sup> Per il vero, la lettera dell'art. 13, co. 1, l. n. 196, avrebbe potuto indurre a ritenere che il criterio selettivo valesse anche con riferimento alla possibilità di ridurre la durata dell'orario. Sennonché, così interpretata, la norma avrebbe finito per contrastare con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1, Cost., potendosi qui riproporre - con riferimento al livello negoziale competente a migliorare gli standard legali di tutela - le osservazioni sopra svolte con generale riferimento al significato da attribuire ai rinvii "impropri" (cfr. la conclusione del par. precedente).

<sup>1034</sup> CARABELLI, LECCESE, 2005b, pag. 371; PUTATURO DONATI, 2005, pag. 55 s.

<sup>1035</sup> V., anche per ulteriori rinvii, LECCESE, 2001, pag. 394; ALLAMPRESE, 2003a, pag. 86 s.; *contra*, BELLOMO, 2004a, spec. pagg. 156 ss. e 163 ss.

Va altresì precisato che l'inciso in questione, della cui utilità si è dubitato, risolve alla radice il problema del regime giuridico applicabile alla fascia oraria ricompresa tra l'orario normale legale e le nuove ed inferiori soglie normali previste dalla contrattazione collettiva. Si tratta, invero, di una fascia temporale, talora soggetta ad una regolamentazione negoziale *ad hoc*, che numerosi contratti collettivi definiscono tuttora come "lavoro supplementare" (o "straordinario *contrattuale*"), al fine di distinguerla dal "lavoro straordinario *legale*" (inteso, appunto, come lavoro prestato oltre la soglia normale legale) e di sottrarla, quindi, ai limiti che la legge pone per il ricorso a quest'ultimo.

Al riguardo può essere utile evidenziare come, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 13, co. 1, l. n. 196, in taluni rinnovi di categoria si era provveduto ad eliminare la suddetta distinzione, sopprimendo il riferimento al "lavoro supplementare"<sup>1036</sup>. La scelta, evidentemente, è stata compiuta sulla base del presupposto che i limiti settimanali normali *legale* e *contrattuale* fossero divenuti di fatto coincidenti, a causa dell'abbassamento del primo a 40 ore, ad opera dell'art. 13, cit. (in passato, come noto, il limite legale stabilito dall'art. 1, r.d.l. 692, era pari a 48 ore). Ma ciò, ovviamente, non è sempre vero, tanto che altri rinnovi non solo avevano conservato la distinzione, ma avevano anche introdotto la precisazione secondo cui non devono essere considerate quali ore straordinarie (ai fini legali) quelle prestate tra la trentasettesima e la quarantesima, in caso di regimi di orario basati su turni di 6 ore (6x6)<sup>1037</sup>.

Ebbene, la nuova formulazione consente di escludere la riproponibilità, nel nuovo contesto normativo, delle (invero risalenti) tesi dottrinarie e giurisprudenziali volte a sostenere l'automatico rifluire della fascia oraria di cui si discute nella disciplina legale del lavoro straordinario. Il richiamo "ai fini contrattuali", insomma, sembra inteso a confermare le conclusioni cui era già giunta altra parte della dottrina e della giurisprudenza nella vigenza della precedente disciplina, cioè a riaffermare la piena disponibilità sindacale del predetto spazio temporale, consentendo altresì di scongiurare l'applicabilità ad esso di quella disciplina legale, *anche in assenza di un'apposita precisazione* in tal senso ad opera del contratto collettivo<sup>1038</sup>.

#### 4.1. Le deroghe all'art. 3. In particolare, le occupazioni discontinue e la nozione di "orario di lavoro"

Rinviando al prosieguo della trattazione per l'esame delle deroghe contemplate dall'art. 17, co. 5, con riferimento "ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi" (le quali interessano invero numerose disposizioni del decreto, tra cui quella relative alla durata minima del riposo giornaliero: *infra* par. 7.1), in questa sede è opportuno dare conto delle deroghe disposte, con specifico riferimento alla disciplina dell'art. 3, ad opera dell'art. 16, d.lgs.

<sup>1036</sup> V., ad esempio, i ccnl o rinnovi degli alimentaristi Confapi (14 marzo 2000) e degli edili (cooperative, 9 febbraio 2000; artigiani, 15 giugno 2000; Confindustria, 29 gennaio 2000; Confapi, 22 giugno 2000).

<sup>1037</sup> V. i ccnl tessili Confapi (20 aprile - 19 maggio 2000) e Confindustria (19 aprile - 19 maggio 2000), nonché il rinnovo calzaturieri Confindustria (27 aprile 2000).

<sup>1038</sup> Ma sulla questione cfr., in senso parzialmente critico sull'attuale utilità della precisazione voluta dal legislatore, BELLOMO, 2004a, pag. 167 ss. Sulle diverse posizioni espresse in passato da dottrina e giurisprudenza in merito al regime giuridico applicabile al c.d. "straordinario *contrattuale*", v. LECCESE, 2001, pag. 336 ss.; BOLEGO, 2004a, pag. 40 ss.; PUTATURO DONATI, 2005, pag. 24 s.

n. 66, le cui previsioni offrono anche l'occasione per una breve riflessione sulla nozione di "orario di lavoro" accolta dal decreto.

L'art. 16, infatti, elenca una lunga serie di ipotesi (attività e prestazioni) che sono escluse dall'applicazione del limite settimanale normale (40 ore) e, per conseguenza, non sono soggette alla disciplina dello *straordinario*, la quale, evidentemente, è costruita sulla sussistenza di un limite *normale* (cfr. l'art. 5, d.lgs. n. 66 e, soprattutto, l'art. 1, co. 2, lett. c, del medesimo decreto, ove si definisce il lavoro straordinario come quello "prestato oltre l'orario normale di lavoro così come definito all'articolo 3")<sup>1039</sup>. Ciò non impedisce, tuttavia, che i contratti collettivi (come talora già accade, ad es., per i lavoratori discontinui<sup>1040</sup>) introducano condizioni di miglior favore, fissando specifici limiti *normali*, con conseguente previsione di maggiorazioni per le ore prestate in eccesso, e così via (in tal senso, del resto, dispone espressamente il periodo posto in esordio dell'art. 16, co. 1, anch'esso contenente un rinvio 'improprio', nel senso sopra chiarito).

Tra le fattispecie elencate nell'art. 16, una particolare attenzione meritano le "occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia elencate nella tabella approvata" con r.d. n. 2657/1923, e successive modificazioni ed integrazioni (art. 16, co. 1, lett. d, d.lgs. n. 66). Si tratta, come noto, di fattispecie che, nel vigore del r.d.l. n. 692 del 1923, erano del tutto escluse dall'applicazione dei limiti in esso previsti (cfr. anche art. 3, r.d.l. cit.)<sup>1041</sup>.

Nel nuovo quadro normativo, al contrario, la deroga opera - come ben chiaro dalla lettera dello stesso art. 16 - solo rispetto alla previsione dell'art. 3 del d.lgs. (con gli effetti appena descritti in merito all'inapplicabilità anche dell'art. 5) e, pertanto, anche con riferimento ai lavori discontinui o di semplice attesa o custodia (oltre che - evidentemente - alle ulteriori attività e prestazioni elencate nell'art. 16), vanno invece rispettati, sin dall'entrata in vigore del decreto, *tutte* le altre previsioni in esso contenute, ivi comprese, ad esempio, quelle relative alla durata minima del riposo giornaliero (art. 7), alle pause (art. 8), alla durata settimanale complessiva media (art. 4), salvo, ovviamente, che non si ricada nell'ambito d'operatività di altre deroghe, di cui si dirà nel prosieguo<sup>1042</sup>.

Pertanto, non si comprende cosa abbia inteso dire il Ministero, allorché ha affermato che le attività elencate nell'art. 16 "continuano a mantenere la loro specificità, salvo i necessari adeguamenti al principio della durata media settimanale delle 48 ore che dovranno essere adottati con i decreti di armonizzazione previsti dal secondo comma" del medesimo articolo<sup>1043</sup>.

In proposito, va invero osservato che il comma in questione prevede che, con appositi decreti ministeriali (da adottare sentite le oo.ss. nazionali maggiormente rappresentative e le organizza-

<sup>1039</sup> Sulle deroghe previste dall'art. 16 v., in generale, PIOVESANA, 2003; BELLOMO, 2004a, pagg. 171-182; BAVARO, 2004c.

<sup>1040</sup> Per una recente rassegna, v. LELLA, 2005, pag. IX s.

<sup>1041</sup> Sulla *ratio* di tali esclusioni e sui relativi problemi di costituzionalità v., anche per i necessari rinvii bibliografici e alle pronunce della Corte cost., LECCESE, 2001, pagg. 297-317.

<sup>1042</sup> Analogo ragionamento vale, ad esempio, per i commessi viaggiatori: cfr. l'art. 1, co. 2, r.d.l. 692 (che li escludeva dall'applicazione delle proprie tutele) e l'art. 16, co. 1, lett. e, d.lgs. n. 66 (che li esclude solo dall'applicazione dell'art. 3).

<sup>1043</sup> V. punto 4 della già citata circ. Min. lav. n. 8/2005.

zioni datoriali nazionali), gran parte delle attività e prestazioni elencate nel primo comma “verranno *aggiornate ed armonizzate* con i principi contenuti” nel d.lgs. n. 66. Ebbene, da una simile opera - che, par di capire, potrà anche condurre ad un ampliamento delle ipotesi escluse dall’applicazione dell’art. 3 - di certo non potrà invece derivare alcun effetto sul piano dell’integrale applicazione (anche) delle tutele previste dall’art. 4, la quale neppure può essere rinviata in attesa di eventuali e non meglio precisati “adeguamenti” ministeriali (né, ovviamente, di eventuali adattamenti da parte dell’autonomia collettiva)<sup>1044</sup>. Resta confermato, insomma, che le “specificità” delle attività in questione sono state tuttora considerate dal legislatore, ma con *esclusivo* riferimento al limite normale settimanale e conseguentemente, come si è detto, alla disciplina dello straordinario.

Una diversa interpretazione, del resto, si porrebbe in contrasto con la dir. n. 104 (come interpretata dalla Corte di giustizia) e, in particolare, con la nozione di orario di lavoro in essa contenuta. A questa nozione è bene dedicare una specifica attenzione, non solo ai fini del discorso sin qui condotto, ma anche perché essa riveste un ruolo nevralgico ai fini dell’applicazione non solo delle tutele comunitarie (e oggi nazionali) che pongono *tetti quantitativi* alla durata della prestazione (quale quello settimanale medio di 48 ore), ma anche di quelle che stabiliscono *durate minime* dei riposi (giornaliero e settimanale).

La direttiva, invero, nel delineare la nozione di *orario di lavoro* utile ai fini dell’applicazione delle tutele in essa previste (tra le quali, è bene ribadire, non rientra il limite all’orario normale), si riferisce a “*qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni [...]*” (art. 2, n. 1, dir. n. 104; la definizione è riproposta pedissequamente nell’art. 1, co. 2, lett. *a*, d.lgs. n. 66); in modo speculare, per *periodo di riposo* la direttiva intende “*qualsiasi periodo che non rientra nell’orario di lavoro*” (art. 2, n. 2, dir. n. 104; art. 1, co. 2, lett. *b*, d.lgs. n. 66).

Su tali nozioni si è già sviluppato un rilevante contenzioso in taluni degli Stati membri che hanno dato tempestiva attuazione alla direttiva; contenzioso che, a sua volta, ha dato origine alla proposizione di numerose questioni interpretative dinanzi alla Corte. Ebbene, come precisato dal quest’ultima, quelle sopra indicate “sono nozioni di diritto comunitario che occorre definire secondo criteri oggettivi, facendo riferimento al sistema e alle finalità” della dir. n. 104 e non in funzione delle diverse prescrizioni nazionali, essendo impedito agli Stati membri - proprio per il rispetto di quelle finalità - sia di “definire unilateralmente la portata” della nozione di orario, sia di “subordinare a qualsivoglia condizione il diritto dei lavoratori a che i periodi di lavoro e, correlativamente, quelli di riposo siano tenuti in debito conto”.

Alla luce di ciò, la Corte - con riferimento all’ipotesi del servizio di guardia medica prestato in regime di presenza fisica nell’ospedale - ha affermato che fattore determinante, al fine di valutare se un certo periodo di servizio rientri nella nozione di orario di lavoro, è costituito dal fatto che i lavoratori siano sottoposti ai due obblighi consistenti nell’essere “fisicamente presenti sul luogo indicato dal datore di lavoro” e nell’essere “a disposizione di quest’ultimo per poter fornire immediatamente” la propria opera; obblighi che, rendendo “impossibile ai medici interessati di scegliere il luogo in cui stare durante le [eventuali] attese, rientrano nell’esercizio delle loro funzioni”.

<sup>1044</sup> Del resto, in tal senso si era espresso lo stesso Ministro del lavoro, con propria nota del 26 settembre 2003 (in *Dir. e pratica lav.*, 2003, pag. 2652), relativa ai portieri di immobili urbani.

E ciò vale persino con riferimento alle fasi temporali in cui il lavoratore riposi o, addirittura, dorma: infatti, da un lato, la necessità del suo intervento dipende dalle concrete circostanze e non si presta ad una preventiva programmazione; dall'altro, il lavoratore stesso - essendo comunque costretto a "restare lontano dal suo ambiente familiare e sociale" e risultando impedita, o fortemente limitata, la sua libertà di gestire il proprio tempo - non può essere considerato in riposo, *neppure* in quelle fasi del suo servizio durante i quali "*non presta effettivamente la sua attività*". Questa sarebbe l'unica interpretazione conforme "all'obiettivo della direttiva [...] di garantire una tutela efficace della sicurezza e della salute dei lavoratori, facendo loro beneficiare *effettivamente* di periodi minimi di riposo"; essa, comunque, non può essere messa in discussione sulla scorta di obiezioni fondate sulle negative conseguenze di ordine economico e organizzativo che da essa possono derivare. Ad opposte conclusioni si deve invece giungere, sempre secondo i giudici comunitari, allorché il servizio sia reso in regime di *reperibilità*: tale regime, infatti, presuppone soltanto che il lavoratore "possa essere costantemente raggiunto, senza tuttavia imporre la sua presenza fisica sul luogo di lavoro", consentendogli anzi di scegliere il luogo dove soggiornare e le attività da svolgere durante le attese<sup>1045</sup>.

Si tratta di un approdo che, nel complesso, appare semplificante rispetto al dibattito in corso sulla concorrenza (cumulo) o alternatività (autonomia) dei criteri individuati dall'art. 2, n. 1, dir. n. 104 - questione sulla quale le conclusioni degli avvocati generali nelle cause sottoposte alla Corte sono molto più articolate<sup>1046</sup> - tanto da dar luogo a differenti valutazioni su quale sia la tesi sposata dal giudice comunitario<sup>1047</sup>. Né l'approdo stesso è di per sé idoneo a risolvere l'ulteriore interrogativo, pur emerso in dottrina ed adombrato nelle conclusioni degli avvocati generali, se gli indici contenuti nella direttiva siano effettivamente tre (essere al lavoro, cioè sul posto di lavoro, a disposizione del datore e nell'esercizio di proprie attività o funzioni); ovvero se il secondo e il terzo altro non siano che un'enunciazione specificativa del primo (il quale, a sua volta, non sarebbe però riferito alla mera presenza sul posto di lavoro, bensì proprio al *lavorare*)<sup>1048</sup>; ovvero ancora, come pure sarebbe sostenibile ove si ritenesse che il primo si riferisca alla mera presenza sul luogo di lavoro, se il secondo requisito (l'essere a disposizione) non sia in realtà superfluo poiché

<sup>1045</sup> I passaggi riportati sono tratti da CGCE 9 settembre 2003 (causa C-151/02, *Norbert Jaeger contro Landeshauptstadt Kiel*), in *Guida lav.*, 2003, n. 38, 11 (v. punti 58-71, 75 e 103; corsivi nostri). Ma la pronuncia riprende e sviluppa un ragionamento già condotto dalla Corte in precedenti occasioni: v., in particolare, CGCE 3 ottobre 2000 (caso *SIMAP*), cit. (spec. punti 46 e ss.), nonché CGCE 3 luglio 2001 (caso *CIG*), cit. Gli approdi descritti, inoltre, sono stati ancora di recente confermati, con riferimento alle fasi di inattività che possono verificarsi durante i "periodi di permanenza obbligatoria" garantiti dagli operatori di pronto soccorso, da CGCE 5 ottobre 2004 (caso *Pfeiffer*) cit. (spec. punti 93-95).

<sup>1046</sup> V., in particolare, le differenti valutazioni espresse dall'avv. generale Saggio (caso *SIMAP*, spec. punti 33-40 delle conclusioni) e dall'avv. generale Ruiz-Jarabo Colomer (caso *Jaeger*, spec. punti 19-52 delle conclusioni); cfr. anche, le più recenti conclusioni rese da quest'ultimo avv. gen. il 12 luglio 2005 nella causa C-14/04 (*Abdelkader Dellas e altri contro Secrétariat général du gouvernement*), non ancora decisa dalla Corte.

<sup>1047</sup> Per le diverse letture che la dottrina ha fornito, sotto questo aspetto, delle pronunce della Corte, v. - tra gli altri - SIMONATO, 2003, pag. 49 s.; BOLEGO, 2004b, par. III (e 2004a, pag. 31 ss.); PELISSERO, 2003, pag. 2869 (nonché ID., 2005, pag. 392 ss.); ALLAMPRESE, 2003c, pag. 1137; MORO, 2003, pag. 1089; RICCI G., 2003b, pag. 12. V. anche i riff. contenuti nel punto 28 (e nt. 14) delle conclusioni dell'avv. generale del caso *Jaeger*.

<sup>1048</sup> In tal senso SIMONATO, 2003, pag. 48 s., facendo leva anche sul fatto che il primo requisito è espressamente e inequivocabilmente riferito all'azione di lavorare sia nella versione inglese ("[...] the worker is working") che in quella tedesca ("[...] ein Arbeitnehmer [...] arbeitet"). Ma sulle differenze linguistiche che caratterizzano le diverse versioni nazionali, cfr. le osservazioni dell'avv. generale del caso *Jaeger*, il quale ne trae la conseguenza che un "esercizio comparativo [sarebbe] infruttuoso" (punto 31 delle conclusioni), dovendosi preferire un approccio teleologico.

già inevitabilmente implicato nel terzo (svolgimento della propria attività o funzioni, ovviamente nell'interesse del datore di lavoro).

Resta il fatto che gli esiti cui giunge la Corte sono, nella sostanza, conformi a quelli proposti, nelle diverse cause, dagli avvocati generali, sia pure limitatamente ai periodi che vanno considerati come rientranti nell'orario di lavoro. E ciò è reso possibile non solo grazie al ricorso ad un'interpretazione ampia del termine "funzioni" (si da consentire di ricondurre alla relativa nozione una serie di fasi temporali controverse), ma anche, e soprattutto, attraverso un'attenta valutazione proprio delle finalità protettive della direttiva e degli strumenti da essa previsti per la realizzazione delle finalità medesime<sup>1049</sup>.

In particolare, la necessità di assicurare ai lavoratori un effettivo riposo - pur non inducendo la Corte a negare che la nozione di quest'ultimo sia ricavata nella direttiva, per differenza, da quella di orario di lavoro - finisce però per condizionare (in modo, per così dire, circolare) la stessa interpretazione della nozione di orario.

Al riguardo, invero, la Corte non richiama espressamente la nozione di *riposo adeguato* (cioè quei "periodi di riposo regolari [...] e sufficientemente lunghi e continui per evitare che [i lavoratori] a causa della stanchezza della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a sé stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine"<sup>1050</sup>), del resto dettata, a seguito delle modifiche apportate dalla direttiva n. 2000/34, allo specifico fine di garantire una tutela anche a lavoratori ai quali talune disposizioni protettive neppure si applicano (si tratta, in particolare, dei lavoratori mobili e di quelli a bordo di navi da pesca).

Ma non v'è dubbio che la pietra miliare di tutto il ragionamento sia proprio rappresentata da un giudizio teleologico, che investe l'*adeguatezza* del riposo consentito al lavoratore rispetto al fine posto dalla direttiva: infatti, al di là della condivisibilità o meno del punto sul quale la Corte ha ritenuto di porre il *discrimen*, è proprio un simile giudizio a condurla agli esiti descritti. Così, persino la fase di sonno non configura riposo e, *quindi*, è orario di lavoro, se il lavoratore può essere chiamato all'opera al ricorrere di un evento non programmabile e, al contempo, è costretto a restare lontano dal suo ambiente familiare e sociale. Per converso, esistono altre fasi temporali (quali, ad avviso della Corte, la reperibilità<sup>1051</sup>) in cui egli, pur potendo essere chiamato prontamente a intervenire, può comunque gestire il proprio tempo, determinando liberamente il luogo dove soggiornare e le attività da svolgere nell'attesa; in tali casi, quel giudizio di adeguatezza può essere positivamente risolto e, *quindi*, quelle fasi non saranno configurabili come orario di lavoro.

La Corte, in definitiva, conferma la visione *duale* e reciprocamente esclusiva delle nozioni di orario e riposo (che secondo molti interpreti caratterizza la direttiva) e non affronta quello che, da questo punto di vista, rappresenta il vero nodo della questione, cioè la possibilità che un 'segmento

<sup>1049</sup> Questo aspetto è sottolineato, in particolare, da PELISSERO, 2003, pag. 2869 (che parla di un "colpo d'ala" della Corte).

<sup>1050</sup> La definizione è contenuta nel n. 9 dell'art. 2, dir. n. 104, introdotto dalla dir. n. 2000/34, ed è ora ripresa nell'art. 1, co. 2, lett. I, d.lgs. n. 66.

<sup>1051</sup> Ma v., in senso critico, PELISSERO, 2005, pag. 395.

temporale' della vita umana, pur non potendo essere considerato *orario* ai fini della determinazione di *tetti* di durata della prestazione (come quello delle 48 ore), non possa però neppure essere considerato come *riposo*, ai fini del rispetto delle finalità sottostanti alle norme che lo prevedono (si pensi agli artt. 3 e 5 della dir.; ora artt. 7 e 9, d.lgs. n. 66)<sup>1052</sup>. Né la Corte si esprime sulla più ampia questione dell'individuabilità di un *tertium genus* tra orario e riposo<sup>1053</sup>. Ma, probabilmente, da pronunce interpretative non ci si poteva aspettare uno sforzo ulteriore, il quale può essere invece certamente richiesto, in una prospettiva *de jure condendo*, al legislatore comunitario, oltre che, ovviamente, ad un legislatore nazionale *eventualmente* disposto a disciplinare la materia in modo da incrementare le tutele rispetto a quelle oggi garantite da quest'ultimo<sup>1054</sup>.

Resta il fatto che, al momento ed in attesa di eventuali modifiche del quadro normativo di riferimento<sup>1055</sup>, le decisioni della Corte, anche se riferite al servizio svolto da personale sanitario, hanno comunque una rilevanza che travalica le fattispecie concretamente sottoposte al suo giudizio. Pertanto, è auspicabile una (doverosa e) maggiore permeabilità dell'iter argomentativo seguito dagli interpreti, taluni dei quali - almeno in una prima fase - hanno invece tentato di leggere la nuova nozione alla luce del previgente dato normativo, incentrato sulla nozione di lavoro "effettivo"<sup>1056</sup>, utilizzando l'armamentario di riflessioni che su di esso si era sviluppato, al fine, appunto, di marcare - con differenti esiti - le similitudini e/o le differenze tra la vecchia e la nuova nozione. Da questo punto di vista, infatti, la pedissequa (e già sopra segnalata) riproposizione, nel testo dell'art. 1 del d.lgs. n. 66, delle definizioni contenute nella direttiva consente di tagliar corto su ogni eventuale dubbio in tal senso<sup>1057</sup>, poiché ha in realtà il rilevante effetto di rendere quelle

<sup>1052</sup> Questa tesi, invero, è stata sostenuta dall'avvocato generale nel caso *SIMAP*, il quale ritiene, appunto, che le ore di reperibilità durante le quali il lavoratore non svolga attività lavorativa, pur non rientrando nell'orario di lavoro, non possano neppure essere incluse "nell'orario di riposo", in virtù della limitazione che lo stato di reperibilità comunque impone alla disponibilità del proprio tempo (v. spec. punti 38 s. delle conclusioni).

<sup>1053</sup> Per il dibattito su questo profilo v. ICHINO, 1987, pag. 27; SUPLOT, 1997; ALLAMPRESE, 2001b.

<sup>1054</sup> Nessun dubbio può sorgere infatti al riguardo, non solo sulla base delle previsioni di cui agli artt. 15 e 18, par. 3, dir. n. 104 (cfr. PELISSERO, 2003, pag. 2870), ma già in base al Trattato, il cui art. 137, par. 5 (par. 4, secondo trattino, in seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Nizza), stabilisce che "le disposizioni adottate a norma del presente articolo non ostano a che uno Stato membro mantenga e stabilisca misure, compatibili con il presente Trattato, che prevedano una maggiore protezione"; disposizione, questa, che sancisce indubbiamente la derogabilità *in melius* della normativa comunitaria che qui ci interessa da parte di quella interna (ma per i problemi posti dal giudizio di compatibilità invocato dalla disposizione medesima, v. CARABELLI, LECCESE, 2005a).

<sup>1055</sup> Al riguardo, si consideri, da un lato, che molti Stati membri, proprio a seguito della (ed in reazione alla) rigorosa interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, hanno fatto ricorso o hanno annunciato di voler far ricorso (v. PELISSERO, 2005, pagg. 396-405) alla clausola della direttiva che ammette - a certe condizioni, tra cui il consenso del lavoratore - il superamento della media delle 48 ore (art. 18, par. 1, lett. b, punto i, dir. n. 104; ora art. 22, par. 1, dir. n. 2003/88); dall'altro, che anche la Commissione, nella sua proposta di direttiva del 29 settembre 2004 (COM(2004) 607 def.), volta a modificare la dir. n. 2003/88, si è preoccupata, agendo proprio sui profili definitori, di temperare gli effetti di quella interpretazione, ritenendoli evidentemente troppo penalizzanti per le esigenze di flessibilità del mondo imprenditoriale. Su questi aspetti della proposta, che tocca peraltro anche altri profili della dir. n. 2003/88, v. ancora PELISSERO, 2005, pag. 405 ss. e MONACO, 2005, pag. 24 ss., nonché, anche con riferimento ai cospicui emendamenti approvati, in un prospettiva certamente più garantista, dal Parlamento europeo l'11 maggio 2005, GRIECO, 2005, nt. 19 e 25; RICCI G., 2005 (che tiene anche conto della posizione successivamente assunta dalla Commissione nella proposta 'modificata' di direttiva, del 31 maggio 2005 (COM(2005) 246 def.).

<sup>1056</sup> Per la riflessione su questa previgente nozione (e sulle diverse accezioni che la dizione *lavoro effettivo* assolveva negli artt. 1 e 3, r.d.l. n. 692/1923), v., per tutti, ICHINO, 1987, pag. 28 ss.; MARTONE, 1998; RICCI G., 1999; SIMONATO, 2003, pag. 43 ss. (anche per ulteriori rinvii).

<sup>1057</sup> V. anche PELISSERO, 2003, pag. 2876.

definizioni, come interpretate dalla Corte di giustizia, immediatamente vincolanti per l'interprete<sup>1058</sup>.

È evidente, in particolare, che l'interpretazione delle disposizioni comunitarie fornita dalla Corte induca quantomeno ad escludere che la definizione interna di orario di lavoro, inequivocabilmente conforme a quella comunitaria, sia "indicativa del carattere di *effettività* del lavoro [...] quale requisito essenziale per il computo dell'orario" e consente altresì di smentire che in tale computo rientrino solo quei periodi in cui il lavoratore "è attualmente impegnato nell'adempimento della prestazione (in sostanza, *sta lavorando*)"<sup>1059</sup>.

Né alcun elemento in senso contrario può essere ovviamente tratto dal fatto che l'art. 16, co. 1, lett. *d*, d.lgs. n. 66, da cui si è sopra partiti, escluda le fattispecie relative ai lavori discontinui o di semplice attesa o custodia dalla disciplina dell'art. 3 del d.lgs.<sup>1060</sup>. Tale esclusione, infatti, è del tutto inconferente ai fini del discorso sin qui condotto, poiché - come s'è visto - le predette fattispecie, mentre nel vigore del r.d.l. n. 692/1923, erano effettivamente del tutto escluse dall'applicazione di tutti i limiti in esso previsti, nel nuovo quadro normativo sono invece escluse *solo* dall'applicazione dell'art. 3 (e, per conseguenza, dell'art. 5). Pertanto, ai fini dell'applicazione alle fattispecie in questione degli altri limiti previsti dal decreto, varranno pienamente - onde verificare la riconducibilità delle diverse fasi in esse implicate alla nozione di orario di lavoro e di riposo - le riportate indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia<sup>1061</sup>.

#### 5. La durata *massima* e la durata *complessiva media* dell'orario settimanale

La rubrica dell'art. 4 del d.lgs. si riferisce alla durata massima dell'orario di lavoro. Nell'articolo, peraltro, non viene disciplinata direttamente la durata *massima* della singola settimana lavorativa, la cui fissazione è invece rinviata ai contratti collettivi (art. 4, co. 1), ma solo la durata *complessiva* (cioè comprensiva anche delle prestazioni straordinarie) *media* (cioè da rispettare su un certo arco temporale) dell'orario di lavoro settimanale (art. 4, co. 1-4); nel medesimo articolo, inoltre, si stabilisce un apposito obbligo di comunicazione per l'eventualità che, in una singola

<sup>1058</sup> Per talune, anche contrastanti, soluzioni fornite dalla dottrina in merito alla riconducibilità di varie ipotesi (quali i tempi di trasferta, il c.d. tempo tuta, ecc.) alla nozione di orario di lavoro - elaborate talora anche alla luce del disposto dell'art. 8, co. 3 (*infra*, par. 7.2) e scaturenti, almeno in alcuni casi, da uno sforzo esegetico delle norme interne che tiene conto, appunto, anche delle finalità della direttiva, come interpretata dalla Corte di giustizia - si possono vedere, tra gli altri, DEL PUNTA, 2003, pag. VI s.; FRANCI, 2003, pag. 792 ss.; GAROFALO D., 2003, pag. 1000 ss.; PAPAIONE, 2003, pag. 449 ss.; VICECONTE, 2003, pag. 1153 ss.; GIULIANI A., 2003 e 2005a, pag. 58 ss.; MILLO, 2003; SIMONATO, 2003, pag. 54 ss.; BOLEGO, 2004a, pag. 21 ss. e 2004b, par. V; SPINELLI, 2004b, par. VII; SPOLVERATO, 2005, pag. IV s.; PUTATURO DONATI, 2005, pag. 9 ss.

<sup>1059</sup> In tal senso, invece, si esprime la circ. Confindustria 22 aprile 2003, n. 17490 (in *Guida al lav.*, n. 22/2003, 12, sul punto 13), dalla quale sono tratti i virgolettati, forse sulla base del *suggerimento* contenuto nell'Avviso comune (ma non recepito dal legislatore delegato), alla cui stregua i criteri di computo dell'orario sarebbero dovuti rimanere in qualche modo ancorati alle previsioni di cui agli artt. 1 e 3, r.d.l. n. 692/1923. È appena il caso ancora di osservare che le affermazioni riportate in testo non paiono considerare adeguatamente anche l'evoluzione della nostra giurisprudenza interna (anche di legittimità), che in diverse occasioni aveva già affermato la riconducibilità al lavoro effettivo di fasi temporali di mera attesa nelle quali il lavoratore era però a disposizione del datore (per alcuni riff., v. TIRABOSCHI, RUSSO A., 2003, 15; BOLEGO, 2004b, par. III).

<sup>1060</sup> Proprio dalla predetta esclusione, la circ. Confindustria 22 aprile 2003 (citata alla nt. che precede) trae, invece, "un'indiretta conferma del carattere effettivo dell'orario, come già definito dagli articoli 1 e 3", r.d.l. n. 692/1923.

<sup>1061</sup> V. anche BELLOMO, 2004a, par. III.1.

settimana, siano superate le 48 ore settimanali di lavoro, mediante il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario (4, co. 5, sul quale si tornerà più avanti, nel par. 6.1).

Con riferimento alla previsione di cui al co. 1, è anzitutto il caso di ribadire che essa contiene in realtà un rinvio 'improprio' (per il quale valgono, dunque, le osservazioni svolte *supra*, al par. 3<sup>1062</sup>). In secondo luogo, va sottolineato che la scelta complessivamente operata dal legislatore - consistente nella già illustrata soppressione del limite massimo complessivo settimanale legale e nella contestuale previsione di un ruolo 'sostitutivo' che dovrebbe (in ipotesi) essere svolto da parte di contratti collettivi<sup>1063</sup> - si pone in contrasto con la disciplina comunitaria e, in particolare, con l'art. 6, n. 1, dir. n. 93/104/Ce, ai sensi del quale gli Stati membri devono provvedere affinché, in funzione degli imperativi di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, "la durata settimanale del lavoro sia limitata mediante disposizioni legislative, regolamentari o amministrative oppure contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali" (e si tratta, è bene osservare, di una previsione autonoma rispetto a quella contenuta nel n. 2 del medesimo art. 6, che, insieme all'art. 16 n. 2, della direttiva, disciplina, invece, la durata complessiva media dell'orario settimanale). Orbene, come osservato in altra sede<sup>1064</sup>, la limitata efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune scaturente dalla mancata attuazione dell'art. 39, co. 2 ss., Cost. e dal principio di libertà sindacale (anche negativa) sancito dall'art. 39, co. 1, Cost.<sup>1065</sup>, impedisce al nostro legislatore ordinario di attribuire a quei contratti il compito di dare attuazione alle disposizioni di una direttiva, come sarebbe invece consentito - in linea generale - dall'art. 137 del Trattato CE (oltre che dall'art. 18, par. 1, lett. a, della stessa dir. n. 93/104), ma a condizione che lo Stato membro adotti "le misure necessarie che gli permettano di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti da detta direttiva" e quindi di assicurare, appunto, l'efficacia generalizzata e la stabilità temporale degli effetti dei contratti collettivi.

Venendo poi alla disciplina della durata *complessiva media* della settimana lavorativa (art. 4, co. 2 ss., la cui violazione è sanzionata ai sensi dell'art. 18-bis, co. 3), va detto che essa è fissata in 48 ore per *ogni* periodo di sette giorni (co. 2); tale *media*, in particolare, deve essere calcolata (cioè deve essere rispettata) con riferimento ad un arco temporale non superiore a quattro mesi (co. 3), elevabile - ad opera dei contratti collettivi selezionati ad opera del già citato art. 1, co. 2, lett. m - fino a sei mesi ovvero, "a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti", fino a dodici mesi (art. 4, co. 4)<sup>1066</sup>. Alla luce del chiaro tenore di quest'ultima previsione, risultano illegittime le clausole dei contratti collettivi che prevedono periodi di riferimento superiori ai sei mesi, senza però indicare le suddette ragioni, ovvero che rechino ragioni palesemente "incongrue" o "insussistenti"<sup>1067</sup>.

<sup>1062</sup> Cfr. altresì BELLOMO, 2004b, par. III.

<sup>1063</sup> Al momento, si tratta di casi rari: v. LELLA, 2005, pag. V.

<sup>1064</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 8 s.

<sup>1065</sup> Ma al riguardo v., *supra*, la nt. 18.

<sup>1066</sup> Si è osservato, condivisibilmente, che non può ritenersi impedita l'introduzione negoziale anche di un periodo di riferimento più contenuto, che garantirebbe una maggiore tutela per i lavoratori (BELLOMO, 2004b, pag. 202). Analogamente, i contratti collettivi potrebbero anche prevedere una riduzione (e non, ovviamente, un'elevazione) dello stesso limite complessivo medio delle 48 ore.

<sup>1067</sup> Le espressioni virgolettate sono, rispettivamente, di DEL PUNTA, 2003, pag. XIII, e di ROCCELLA, 2005, pag. 291; v. anche TOPO, 2003a, pag. 194. Per un rassegna di clausole di tal fatta e per le conseguenze sanzionatorie che possono derivare a carico del datore di lavoro che le applichi, v. LELLA, 2005, pagg. V ss. e XXVI.

Questo rinvio 'derogatorio' (quindi 'proprio' e selettivo) alla contrattazione collettiva è peraltro accompagnato dalla previsione di un ruolo 'sostitutivo' del Ministro. Infatti, ai sensi dell'art. 17, co. 2, del decreto, "in mancanza di disciplina collettiva", il Ministro del lavoro o, per i pubblici dipendenti il Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il primo, "su richiesta delle organizzazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative o delle associazioni nazionali di categoria dei datori di lavoro firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro" (non è quindi necessaria una richiesta congiunta), è chiamato ad adottare con proprio decreto, sentite le stesse parti (tutte, quindi), la deroga a numerose disposizioni del d.lgs. n. 66, tra le quali, appunto, l'art. 4, co. 3. In caso di intervento ministeriale, però, l'elevazione del periodo di riferimento per il calcolo della media settimanale è possibile nel limite di sei mesi, solo nei casi, comunque molto numerosi, elencati dal citato art. 17, co. 2, e nel rispetto della clausola di salvaguardia contenuta nel co. 4 dello stesso articolo<sup>1068</sup>.

Qualche esemplificazione può essere utile per una migliore comprensione della portata delle disposizioni in questione (le quali, è bene precisare, "non si applicano" ai lavoratori la cui durata del lavoro non è misurata o predeterminata o può essere da loro stessi determinata: v. più ampiamente *infra*, par. 7.1):

- qualora un'azienda adotti un modulo orario di 40 ore settimanali (cioè non utilizzi forme di orario multiperiodale), potrà far ricorso al lavoro straordinario (nel rispetto degli specifici limiti posti dall'art. 5, su cui si tornerà nel par. successivo) superando le 48 ore settimanali, anche in modo cospicuo e per un periodo piuttosto prolungato (ad es.: 54 ore complessive per due mesi; circa 42 ore complessive per gli altri due mesi: la media delle 48 è così rispettata nell'arco di 4 mesi). Gli spazi di flessibilità, evidentemente, aumentano in caso di presenza di contratti collettivi che abbiano elevato da quattro a sei o, ancora, a dodici mesi il periodo entro cui rispettare le 48 ore complessive come *media* (ad es., 56 ore complessive per due mesi; circa 42 ore complessive per quattro mesi). Per converso, quegli spazi si riducono se i medesimi contratti, in attuazione del rinvio contenuto nel citato co. 1 dell'art. 4, hanno introdotto specifici limiti massimi di durata settimanale (ad es. 52 ore);

- qualora un'azienda abbia invece già programmato - in presenza di un contratto collettivo che lo consenta - una distribuzione multiperiodale delle 40 ore d'orario normale (ad es. due mesi a 60 ore d'orario normale; due mesi a 20 ore d'orario normale), potrà anche in questo caso far ricorso significativo a prestazioni straordinarie (ad es., concentrandole nel periodo di riduzione d'orario, in modo da ottenere due mesi a 60 ore d'orario normale e due mesi a circa 36 ore, cioè 20 di orario normale e 16 di straordinario; ovvero, utilizzandole proprio nelle settimane per le quali è prevista una più elevata soglia di orario normale). Anche in questo caso, comunque, la previsione collettiva che eventualmente elevi il periodo di riferimento, fino a sei o dodici mesi, determinerà

<sup>1068</sup> L'art. 17, co. 4, riprendendo un'analoga previsione della dir. n. 104, stabilisce che l'elevazione del periodo di riferimento ad opera di un d.m. sia condizionata alla concessione di "periodi equivalenti di riposo compensativo", ovvero, per i casi eccezionali in cui tale concessione non sia possibile per motivi oggettivi, a che "ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata". Questa clausola di salvaguardia, per un evidente difetto di coordinamento tra le diverse norme del decreto, non è però dettata anche con riferimento all'ipotesi in cui la deroga al periodo di riferimento sia previsto dai contratti collettivi, com'è invece imposto dalla medesima direttiva (v. art. 17, par. 3, co. 3, dir. n. 104): sulla questione v., più ampiamente, BELLOMO, 2004b, pag. 212 ss.

un incremento degli spazi di flessibilità, così come, per converso, questi ultimi potranno ridursi se il contratto collettivo prevede specifici limiti settimanali massimi.

Uno specifico e rilevante problema interpretativo posto dalle disposizioni sin qui esaminate, come del resto dalle corrispondenti previsioni comunitarie, attiene al momento dal quale decorre il periodo di riferimento di quattro (ovvero sei o dodici) mesi. In particolare, alla tesi secondo cui tale periodo sarebbe *fisso*, cioè predeterminato e calendarizzato (con decorrenza dall'entrata in vigore della legge ovvero dei contratti collettivi che prevedano l'allungamento dell'arco temporale)<sup>1069</sup>, si può obiettare che - in tal modo - si rischierebbe di frustrare le finalità di protezione della salute dei lavoratori perseguite dal legislatore comunitario. Infatti, ove si segua tale tesi, ben sarebbe possibile che si verificino "superamenti del limite di quarantotto ore settimanali medie i quali, pur intervenendo nell'ambito di un periodo quadrimestrale, rimarrebbero insuscettibili sia di accertamento sia di sanzione: ciò accadrebbe quando tali scostamenti per eccesso derivino dalla somma degli orari osservati nell'ambito dei periodi quadrimestrali che siano collocati a cavallo tra un quadrimestre di calendario e quello successivo"<sup>1070</sup>.

Ma effetti ancora più perversi si produrrebbero in caso di ricorso - da parte della contrattazione collettiva - alle facoltà di deroga sopra descritte. Seguendo la tesi del periodo *fisso*, infatti, potrebbe addirittura accadere - in assenza di un autonomo limite legale valevole nella singola settimana - che ad un lavoratore possa essere legittimamente richiesto di lavorare fino a *77 ore* alla settimana<sup>1071</sup> per *dodici mesi consecutivi*, risultanti dalla somma di due periodi semestrali, posti, rispettivamente, al termine di un primo periodo fisso di dodici mesi e all'inizio del successivo<sup>1072</sup>.

In definitiva, l'unica interpretazione che consente di scongiurare simili fenomeni di 'rime incrociate' e garantire che il limite di 48 ore sia rispettato "in ogni caso" (secondo l'espressa previsione dell'art. 4) nell'arco temporale di riferimento è quella secondo cui quest'ultimo è da considerare *mobile*; pertanto, al fine di verificare il rispetto della soglia media in questione, andrebbe considerato ogni periodo di quattro (ovvero sei o dodici) mesi decorrente, a ritroso, a partire da ogni giorno di prestazione lavorativa<sup>1073</sup>.

Sempre con riferimento ai criteri di computo della media, va anche considerato che, ai sensi l'art. 6, co. 1, nel calcolo di quest'ultima non vanno presi in considerazione i periodi di ferie annue e quelli di assenza per malattia (art. 6, co. 1; l'elencazione, secondo una diffusa lettura della norma, non avrebbe peraltro carattere tassativo, potendo essere integrata dall'interprete con riferimento a tutte le situazioni in cui sia riscontrabile una identità di *ratio*, quali - ad esempio - maternità e infortunio<sup>1074</sup>). La previsione comporta una 'neutralizzazione' dei periodi in questione, che

<sup>1069</sup> V., per tutti, BAVARO, 2004a, pag. 287 ss.

<sup>1070</sup> In tal senso, condivisibilmente, BELLOMO, 2004b, pag. 204; v. anche LELLA, 2004, pag. 563 ss.

<sup>1071</sup> Limite derivante indirettamente, come già accennato, dall'art. 7.

<sup>1072</sup> V. anche LELLA, 2005, pag. V s. E' peraltro il caso di osservare che una simile evenienza potrebbe verificarsi ove i contratti collettivi intervenissero anche ad elevare il tetto annuale di lavoro straordinario previsto dall'art. 5, su cui v., *infra*, par. 6.

<sup>1073</sup> V., ancora, BELLOMO, 2004b, pag. 202 ss.; LELLA, 2004, pag. 563 ss., nonché pagg. 569 s. e 580 ss., con riferimento alle ragioni che inducono a ritenere irrilevante, ai fini della questione qui trattata, il diverso profilo dell'adempimento all'obbligo di comunicazione di cui all'art. 4, co. 5 (su cui v. *infra*, par. 6.1), il quale non può che essere stabilito a termine fisso.

<sup>1074</sup> V., anche per ulteriori rinvii e per i necessari riferimenti a quanti hanno sostenuto la tesi opposta, TOPO, 2003b; BELLOMO, 2004b, pag. 205 ss.; BAVARO, 2004a, pag. 280 ss. Cfr. anche circ. Min. lav. n. 8/2005, punti 7 e 11.

dovrebbe tradursi in un corrispondente 'scorrimento' (o 'slittamento') del periodo di riferimento<sup>1075</sup>.

Ai fini della media non si computano, poi, le ore di lavoro straordinario, se il lavoratore abbia beneficiato di un riposo compensativo previsto dai contratti collettivi, ai sensi dell'art. 5, co. 5, in alternativa o in aggiunta alla relativa maggiorazione (art. 6, co. 2). Simili meccanismi di compensazione sono ormai presenti - sia pure con talune differenze, anche significative - in quasi tutti i contratti pubblici e privati, assumendo spesso la definizione di banca delle ore o di crediti-ore<sup>1076</sup>. Al riguardo è opportuno rilevare che molti contratti collettivi consentono che il recupero avvenga dopo molto tempo dall'erogazione delle prestazioni straordinarie o, addirittura, non avvenga affatto e sia, quindi, monetizzato. Sennonché, è evidente che - al fine di evitare il superamento del limite medio complessivo delle 48 ore di cui all'art. 4 nel periodo di riferimento di 4, 6 o 12 mesi (a seconda delle previsioni dei contratti collettivi o dell'eventuale d.m.) - il recupero deve avvenire realmente entro il periodo medesimo. In proposito, può essere considerato dirimente l'inciso, contenuto nell'art. 6, co. 2, alla cui stregua il mancato computo dello straordinario nella media opera se, in quel periodo, il lavoratore "ha beneficiato" del riposo (cioè, ne ha già beneficiato) e non se lo ha meramente "maturato". Una diversa interpretazione, del resto, porrebbe in contrasto la nostra disciplina con quella comunitaria che ammette sì deroghe al limite medio delle 48 ore, ma solo con riferimento al periodo entro cui calcolare la media.

## 6. La nuova disciplina dello straordinario

Decisamente innovativa è la disciplina dello straordinario contenuta nel d.lgs. n. 66, che ricalca in parte, ma con significative innovazioni, le previsioni dell'art. 5-bis, r.d.l. n. 692/1923, come sostituito dal d.l. n. 335/1998 (conv. con modif. nella l. n. 409/1998), il quale conteneva specifiche limitazioni per le sole imprese industriali<sup>1077</sup>. In tal modo si realizza una piena equiparazione tra tutti i datori di lavoro (datori non imprenditori, imprese industriali ed imprese non industriali) in merito al regime legale delle prestazioni straordinarie.

L'art. 5, dopo aver enunciato il principio generale secondo cui "il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario deve essere contenuto" (art. 5, co. 1)<sup>1078</sup>, affida però ai contratti collettivi (qualificati ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett *m*) il compito di regolamentare "le eventuali modalità di esecuzione delle prestazioni di lavoro straordinario", sia pure "fermi restando i limiti di cui all'art. 4" (art. 5, co. 2). I medesimi contratti sono poi chiamati a prevedere le maggiorazioni retributive con cui lo straordinario (il quale va comunque computato a parte) deve essere compensato e possono consentire che, "in alternativa o in aggiunta" a tali maggiorazioni, "i lavoratori usufruiscano di riposi

<sup>1075</sup> BELLOMO, 2004b, pag. 206; GIULIANI A., 2005a, pag. 73; cir. Min. lav. n. 8/2005, punti 7 e 11. *Contra*, BAVARO, 2004a, pag. 290 ss.; LELLA, 2004, pag. 565 ss.

<sup>1076</sup> Per l'analisi di diversi modelli di banca delle ore, v. LECCESE, 2002, pag. 79 ss.

<sup>1077</sup> Su questa disciplina v., tra gli altri, FERRANTE, 1999; ALLAMPRESE, 2001a; LECCESE, 2001 (spec. pag. 356 ss.).

<sup>1078</sup> L'affermazione di principio potrebbe avere un significato ulteriore rispetto a quello di mera 'introduzione' alla disciplina concretamente dettata nell'art. 5, ove messa in connessione con la disciplina in tema di salute e sicurezza del lavoro: cfr. LAI, 2004a, pag. 82, il quale osserva come, poiché lo svolgimento di lavoro straordinario può costituire uno specifico rischio per il lavoratore, in capo al datore di lavoro gravi sia l'obbligo di risarcire i danni derivanti da superlavoro (come già riconosciuto in giurisprudenza), sia quello di valutare tale rischio e, ove ritenuto sussistente, di adottare le necessarie misure in materia di informazione, formazione, sorveglianza sanitaria (ai sensi del d.lgs. n. 626/1994).

compensativi” (art. 5, co. 5: l’ultima parte della previsione, unita a quella contenuta nel menzionato art. 6, co. 2, si traduce in un incentivo del ricorso a quelle forme di *banca-ore* che, come s’è detto, già sono previste nella contrattazione collettiva)<sup>1079</sup>.

È ben evidente la distanza tra la nuova disposizione e l’originaria previsione dell’art. 5, r.d.l. n. 692, il quale *imponesse* limiti quantitativi allo straordinario (2 ore al giorno e 12 settimanali) e stabiliva un’entità minima della maggiorazione (10%)<sup>1080</sup>, oltre a richiedere espressamente l’accordo tra le parti.

La nuova norma, invece, rinvia - nei termini anzidetti - alla contrattazione collettiva il compito di intervenire sulla materia (e ciò, per inciso, fa salve anche le disposizioni contrattuali già vigenti) e si preoccupa di dettare una disciplina che supplisca ad una eventuale carenza della prima. Infatti, “in difetto di disciplina collettiva applicabile, il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore per un periodo che non superi le 250 ore annuali” (art. 5, co. 3, d.lgs. n. 66)<sup>1081</sup>. Ciò significa che la disciplina negoziale cui rinvia il secondo comma dell’art. 5 del d.lgs. può elevare, oltre che ridurre, il limite quantitativo da ultimo menzionato<sup>1082</sup> (si tratta di un limite ormai solo annuale, mentre l’*Avviso comune* del 1997 e, poi, l’art. 5-bis, r.d.l. n. 692, come sostituito dalla l. n. 409/1998, prevedevano per le imprese industriali anche un limite trimestrale di 80 ore); inoltre, secondo l’interpretazione prevalente, quella disciplina potrebbe anche imporre al singolo - mediante “un’apposita precisazione”<sup>1083</sup> - lo svolgimento del lavoro straordinario, superando così il principio di volontarietà dello stesso, stabilito dall’art. 5, co. 3.

Il medesimo art. 5 del d.lgs. precisa poi che, “salvo diversa previsione dei contratti collettivi il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario è *inoltre* ammesso” (par di capire, anche in deroga al principio di volontarietà ed al di là dei limiti quantitativi di 250 ore annue<sup>1084</sup>, che peraltro, come s’è appena detto, possono comunque essere elevati dai medesimi contratti) nelle seguenti ipotesi:

<sup>1079</sup> Merita qui di essere richiamato un modello di *banca-ore* peculiare, ma di particolare interesse alla luce del tenore letterale dell’art. 5, co. 5. Si tratta del modello previsto dal contratto collettivo dei chimici artigiani (v. il rinnovo del 12 luglio 2000), il quale prevede, da un lato, che la maggiorazione non sia corrisposta, ma tradotta “in termini di quantità orarie”; dall’altro, che il lavoratore, il quale accetti questa modalità di recupero delle ore supplementari e straordinarie, abbia diritto al riconoscimento di un’ulteriore quantità di ore di permesso retribuite pari al 5% delle ore accumulate.

<sup>1080</sup> Sulla permanenza del diritto del lavoratore ad una maggiorazione retributiva e sui problemi relativi alla sua quantificazione, v. FERRANTE, 2004a, pagg. 1309-1314 (anche con riferimento alle pertinenti pronunce della Corte costituzionale).

<sup>1081</sup> Si è giustamente sottolineato che il principio del consenso individuale rischia di venire frustrato ove l’azienda ricorra a moduli multiperiodali d’orario (v., *supra*, par. 4) senza procedere ad una preventiva ‘calendarizzazione’ dei periodi di superamento e, conseguentemente, di riduzione delle 40 ore; in tali casi, infatti, l’eventuale superamento della media delle 40 ore sarebbe verificabile solo a consuntivo (ALLAMPRESE, 2004, pag. 233 s.; cfr. anche BAVARO, 2004b, pag. 1298 s.).

<sup>1082</sup> Con riferimento a tali evenienze, si è ritenuto, che la sanzione amministrativa prevista dall’art. 18-bis, co. 6, scatti al superamento del tetto negoziale, se superiore a quello legale, ovvero al superamento di quest’ultimo, ove i contratti collettivi abbiano invece previsto una soglia più contenuta (v., per tutti, ALLAMPRESE, 2004, pag. 230, LELLA, 2004, pag. 573; v. anche la Circ. Min. lav. n. 8/2005, cit., punto 10).

<sup>1083</sup> V. ALLAMPRESE, 2004, pag. 232; v. anche LELLA, 2005, pag. XV (cui si rinvia anche per la disamina - a pp. XIII-XV - delle clausole dei contratti collettivi relativi sia a questo profilo, sia agli altri menzionati in testo); BOLEGO, 2004a, pag. 111 ss.

<sup>1084</sup> V. BARRACO, 2003, pag. 220 s.; ALLAMPRESE, 2004, pag. 234 ss.; FERRANTE, 2004a, pag. 1315 ss.; GIULIANI A., 2005b, pag. 96.

“a) casi di eccezionali esigenze tecnico-produttive e di impossibilità di fronteggiare attraverso l’assunzione di altri lavoratori;

b) casi di forza maggiore o casi in cui la mancata esecuzione di prestazioni di lavoro straordinario possa dare luogo a un pericolo grave e immediato ovvero a un danno alle persone o alla produzione;

c) eventi particolari, come mostre, fiere e manifestazioni collegate alla attività produttiva, nonché allestimento di prototipi, modelli o simili, predisposte per le stesse, preventivamente comunicati agli uffici competenti ai sensi dell’articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, come sostituito dall’articolo 2, co. 10, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e in tempo utile alle rappresentanze sindacali aziendali”<sup>1085</sup>.

Alla luce di quanto sin qui esposto, non si può negare che il decreto ha determinato un ampliamento delle possibilità d’utilizzo del lavoro straordinario. Un simile effetto, invero, è immediatamente percepibile già se si pensa alla sua ampia utilizzabilità nella singola giornata o settimana (in virtù del ricordato abbandono dei limiti giornalieri e settimanali alle prestazioni straordinarie<sup>1086</sup>). A ciò si aggiunga l’eliminazione, per le imprese industriali, del limite trimestrale di 80 ore e, per le altre imprese, di tutti i limiti procedurali imposti, almeno sulla carta, dalle norme attuative del r.d.l. n. 692 del 1923<sup>1087</sup> (ma sui nuovi obblighi procedurali, v. *infra*, par. 6.1). D’altra parte, lo spazio lasciato all’intervento della contrattazione collettiva è talmente ampio da rendere possibile un ulteriore allentamento, come del resto un irrigidimento, negoziale della disciplina.

Va poi rammentato che - per quanto sopra detto (v. par. 4.1) - *tutti* i limiti allo straordinario non si applicano per le attività e le prestazioni elencate nell’art. 16, oltre che per i lavoratori la cui attività abbia le caratteristiche previste dall’art. 17, co. 5 (dirigenti, personale direttivo, manodopera familiare, ecc.), salvo diverse previsioni dei contratti collettivi, che possono ovviamente garantire una maggiore tutela, indipendentemente dal fatto che il decreto contenga (come nel caso dell’art. 16, co. 1) o meno una specifica previsione in tal senso.

Un’ultima osservazione concerne la sopravvivenza dello specifico disincentivo allo svolgimento di prestazioni straordinarie previsto dall’art. 2, co. 18-21, della l. n. 549/1995, con il quale il legislatore ha imposto penalizzazioni contributive in caso di superamento della quarantesima ora di lavoro settimanale. Ebbene, poiché tali previsioni non sono “espressamente richiamate” nel d.lgs.

<sup>1085</sup> Il richiamo all’art. 19, l. n. 241/1990 (come modificato dalla l. 537/1993), contenuto nella lett. c (ma già presente nel testo dell’art. 5-bis introdotto dalla l. n. 409/1998), sembra comportare un’attività di controllo e d’inibizione dell’organo pubblico, sia pure con esclusivo riferimento agli eventi particolari, come mostre, fiere, manifestazioni, ecc. L’art. 19, l. n. 241, infatti, prevede che, in tutti i casi in cui l’esercizio di un’attività sia subordinata ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla-osta, permesso o altro consenso, il cui rilascio dipenda dal mero accertamento di presupposti e requisiti di legge, l’atto di consenso s’intende sostituito da una denuncia di inizio attività da parte dell’interessato alla p.a. competente. Inoltre, a seguito della denuncia, l’autorità amministrativa ha sessanta giorni per verificare se sussistano i presupposti e requisiti di legge e disporre, se del caso, “il divieto di prosecuzione dell’attività e la rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l’interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro il termine prefissatogli dall’amministrazione stessa”.

<sup>1086</sup> Per il vero, secondo una non condivisibile opinione (espressa a suo tempo dal Ministero del lavoro), le imprese *industriali*, già a seguito della l. n. 409, non erano più tenute a rispettare i limiti giornalieri e settimanali fissati dall’art. 5, r.d.l. n. 692, ma solo quelli indicati dal nuovo testo dell’art. 5-bis, cioè “i limiti temporali [...] stabiliti dalla contrattazione collettiva e, in mancanza, dalla legge (80 ore trimestrali e 250 annue)” (v. circ. Min. lav. 15 febbraio 2000, n. 10). Per una critica v. LECCESE, 2001, pag. 362 ss.

<sup>1087</sup> Cfr. artt. 9 e 8, r.d. n. 1955/1923 e artt. 7 e 5, r.d. n. 1956/1923.

n. 66, se ne potrebbe dedurre, ove si opti per un'interpretazione estensiva della norma abrogativa contenuta nell'art. 19, co. 2, del decreto, che esse siano venute meno con l'entrata in vigore di quest'ultimo. La conclusione opposta, che sembra al momento prevalere<sup>1088</sup>, potrebbe invece trarre argomento dalla specialità delle previsioni contenute nella l. n. 549, le quali non incidono sui presupposti e sui limiti per il ricorso al lavoro straordinario, ma hanno l'unico obiettivo di rendere meno *conveniente* il suo utilizzo, sì da incentivare la riduzione degli orari - se non altro di quelli di fatto - in vista dell'incremento dei livelli occupazionali.

In proposito giova comunque rammentare che la l. n. 549 esclude che la penalizzazione contributiva si verifichi in presenza di regimi multiperiodali previsti dai contratti collettivi: la contribuzione, infatti, non è dovuta quando la soglia delle 40 ore sia rispettata come media, in un periodo di riferimento non superiore a 12 mesi, "nel caso di regime di orario plurisettimanale previsto dai contratti collettivi nazionali ovvero, in applicazione di questi ultimi, dai contratti collettivi di livello inferiore" (art. 2, co. 18). Inoltre, profilo questo di estremo interesse, la medesima penalizzazione è altresì esclusa quando "lo svolgimento di lavoro straordinario crei in capo al lavoratore, secondo i criteri stabiliti dalla contrattazione collettiva, il diritto ad una corrispondente riduzione dell'orario normale di lavoro e tale riduzione venga effettivamente goduta" (art. 2, co. 21). L'ampia formulazione di quest'ultima previsione lascia intendere che la competenza possa essere direttamente riconosciuta ad ogni livello contrattuale e che le modalità delle riduzioni possano essere le più varie, quali i permessi individuali finalizzati a ridurre l'orario di lavoro (r.o.l.), i crediti-ore e così via<sup>1089</sup>.

#### 6.1. I nuovi obblighi procedurali per il lavoro straordinario

Come già accennato, l'art. 4, co. 5, stabilisce un apposito obbligo di comunicazione per l'eventualità che siano superate le 48 ore settimanali di lavoro, mediante il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario. La nuova previsione unifica il sistema degli obblighi procedurali, che in passato risultavano differenziati a seconda che si trattasse di imprese non industriali e di datori di lavoro non imprenditori (tenuti al rispetto delle procedure dettate, in via generale, negli artt. 9 e 8, co. 3 ss., r.d. n. 1955/1923 e, per le aziende agricole, negli artt. 7 e 5, co. 3 ss., r.d. n. 1956/1923), ovvero di imprese industriali (per le quali operava l'art. 5-bis, co. 1, r.d.l. n. 692, come sostituito dalla l. n. 409/1998<sup>1090</sup>, nonché il d.m. 3 agosto 1999, emanato ai sensi dell'art. 1, co. 2-bis, della stessa l. n. 409). In tal modo, tra l'altro, vengono superati taluni problemi interpretativi che si erano posti in merito alla necessità o meno, per le imprese industriali, di rispettare *anche* le norme che prevedevano le procedure generali (problema, invero, reso meno rilevante alla luce della sostanziale ineffettività delle norme medesime).

Il nuovo obbligo, appositamente sanzionato (v. art. 18-bis, co. 5), è così delineato: "in caso di superamento delle 48 ore di lavoro settimanale, attraverso prestazioni di lavoro straordinario,

<sup>1088</sup> V., per tutti, BOLEGO, 2004a, pag. 132 ss.

<sup>1089</sup> La circ. Min. lav. 10 luglio 1996, n. 100 ha infatti escluso che siano computabili, ai fini del superamento delle 40 ore, i periodi non lavorati aventi finalità di ridurre l'orario, quali ferie aggiuntive e permessi, o di tutela della salute (pausa pasto o riposi intermedi).

<sup>1090</sup> Il testo del citato art. 5-bis, co. 1, era il seguente: "Nelle imprese industriali, in caso di superamento delle 45 ore settimanali, attraverso prestazioni di lavoro straordinario, il datore di lavoro informa, entro 24 ore dall'inizio di tali prestazioni, la Direzione provinciale del lavoro - Settore ispezione del lavoro competente per territorio, che vigila sull'osservanza delle norme di cui al presente articolo".

per le unità produttive che occupano più di dieci dipendenti, il datore di lavoro è tenuto a informare, entro trenta giorni dalla scadenza del periodo di riferimento di cui ai precedenti commi 3 e 4, la Direzione provinciale del lavoro – Settore ispezione del lavoro competente per territorio. I contratti collettivi di lavoro possono stabilire le modalità per adempiere al predetto obbligo di comunicazione” (il testo è quello risultante dalla modifica disposta dal d.lgs. n. 213/2004).

Com'è evidente, la norma recepisce la logica di fondo della l. n. 409, poiché non prevede alcuna procedura autorizzatoria (invece contemplata dalle citate disposizioni dei rr.dd. nn. 1956 e 1957 del 1923), ma solo un obbligo di comunicazione successiva. Peraltro, essa si differenzia dai contenuti di tale legge per diversi e rilevanti profili:

- la comunicazione è oggi dovuta in caso di superamento, con prestazioni straordinarie<sup>1091</sup>, delle 48 settimanali e non più delle 45;
- sono soggetti obbligati tutti i datori di lavoro e non più solo le imprese industriali;
- l'obbligo concerne solo le unità produttive che occupino più di 10 dipendenti;
- la comunicazione va resa non più entro 24 ore dallo svolgimento delle prestazioni straordinarie, ma solo entro trenta giorni<sup>1092</sup> dal termine del periodo di riferimento *quadrimestrale* previsto dall'art. 4, co. 3, per il rispetto del limite medio complessivo di 48 ore ovvero - qualora i contratti collettivi abbiano fatto uso delle facoltà di deroga concessa dall'art. 4, co. 4 - al termine del *semestre* o dell'*anno* (si rammenti che, ai sensi dell'art. 17, co. 2, il ministro può, con determinate procedure, supplire alla mancanza di una disciplina collettiva, elevando con proprio d.m. il periodo di riferimento, nel limite però dei sei mesi)<sup>1093</sup>;
- è scomparsa, quanto ai termini e alle modalità di effettuazione delle comunicazioni, la previsione che rinviava la loro determinazione ad un apposito d.m., per i “casi in cui i contratti collettivi di lavoro riferiscono l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo plurisettimanale” (art. 1, co. 2-bis, l. n. 409)<sup>1094</sup>. Tale competenza è oggi invece attribuita ai contratti collettivi (qualificati ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. m), i quali “possono stabilire le *modalità*

<sup>1091</sup> È quindi evidente che non è dovuta alcuna comunicazione se il superamento avvenga *esclusivamente* mediante il ricorso alla distribuzione multiperiodale, preventivamente autorizzata dai contratti collettivi ai sensi dell'art. 3 (*supra*, par. 4).

<sup>1092</sup> Questa puntualizzazione, assente dal testo originario del d.lgs. n. 66 (il quale si limitava a far riferimento, per indicare il momento della comunicazione, alla scadenza del periodo di riferimento), è stata introdotta dal d.lgs. n. 213/2004. Pertanto sono ormai superate le diverse valutazioni espresse, in proposito, nelle circ. Min. lav. del 30 luglio 2003, n. 27, e dell'11 settembre 2003 (prot. 5/27373/70); al contrario, la modifica legislativa non incide sulle indicazioni fornite dalla citata circ. n. 27/2003 con riferimento ai contenuti della comunicazione.

<sup>1093</sup> Come già accennato, il periodo di riferimento va considerato - a differenza di quanto accade ai fini della verifica del rispetto delle 48 ore come media (*supra*, par. 5) - a termine fisso e non mobile (v. LELLA, 2004, pag. 577 ss.; cfr. ora la circ. Min. lav. n. 8/2005, cit., punti 7 e 11).

<sup>1094</sup> Pertanto, non può più essere applicato il d.m. 3 agosto 1999 (emanato ai sensi del citato art. 1, co. 2-bis), il quale prevedeva che i datori di lavoro i quali, in applicazione di contratti collettivi, avessero riferito l'orario normale di lavoro alla media delle prestazioni lavorative in un periodo plurisettimanale, avrebbero dovuto rendere la prescritta informazione al servizio ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro, “entro il primo giorno feriale lavorativo successivo a quello in cui è stata effettuata la prestazione straordinaria, ogni qualvolta nel corso del mese solare vi sia una prestazione eccedente venti ore complessive nell'arco del mese considerato, rispetto all'orario normale di lavoro individuato dal contratto” (art. 2). Peraltro, ove l'orario normale programmato su base plurisettimanale avesse ecceduto le quarantacinque ore, la predetta comunicazione doveva essere effettuata in caso di superamento delle “tre ore nell'arco della settimana”. Ulteriori chiarimenti ed esemplificazioni su queste ultime previsioni erano state dettate nella circ. Min. lav. 15.2.2000, n. 10.

per adempiere al predetto obbligo di comunicazione” (art. 4, co. 5, ultimo periodo, d.lgs. n. 66): nonostante l’ambiguità della previsione, pare infatti che l’intervento della contrattazione collettiva su questo profilo abbia senso proprio nei casi in cui sia consentita, ai sensi dell’art. 3, co. 2, d.lgs., una distribuzione multiperiodale dell’orario settimanale<sup>1095</sup>.

## 7. Le novità in materia di pause, riposi e ferie

Il capo III del decreto - relativo alle pause, ai riposi e alle ferie - contiene previsioni fortemente innovative per il nostro ordinamento.

Tali previsioni, in particolare, sono dirette a colmare il divario esistente tra la disciplina nazionale previgente e le disposizioni comunitarie: si pensi alla norma sul riposo minimo consecutivo di 11 ore su di un arco temporale mobile di 24 ore (art. 3, dir. n. 104), che era assente nella nostra legislazione; al regime delle pause (art. 4, dir. n. 104), delle quali la disciplina interna del 1923 si occupava unicamente al fine di stabilire la loro computabilità o meno come lavoro effettivo<sup>1096</sup>, mentre apposite tutele concernevano solo taluni lavoratori (ad esempio, minori ed addetti ai videoterminali)<sup>1097</sup>.

Altri profili d’inadeguatezza rispetto alla dir. n. 104 concernevano, poi, l’intreccio tra riposo giornaliero e riposo settimanale - poiché nessuna norma interna imponeva e garantiva espressamente che il lavoratore godesse di un periodo di riposo di almeno 35 ore per ogni periodo di sette giorni<sup>1098</sup> (v. art. 5, par. 1, dir. n. 104, ma anche le deroghe consentite dal par. 3 del medesimo articolo, oltre che dagli artt. 16, n. 1, e 17) - e la fissazione di una durata delle ferie retribuite pari almeno a 4 settimane (art. 7, dir. n. 104), dal momento che - salvo talune previsioni speciali - quella durata era fissata in sole tre settimane ad opera della Conv. Oil n. 132 del 1970, ratificata dall’Italia con la l. n. 157 del 1981<sup>1099</sup>.

### 7.1. Il riposo giornaliero

Venendo al dettaglio delle nuove previsioni, va anzitutto menzionato l’art. 7 del d.lgs., il quale prevede che, ferma restando la durata normale dell’orario settimanale (40 ore che, come s’è detto, possono però essere rispettate come media entro l’anno, ove ciò sia previsto dai contratti collettivi qualificati ai sensi dell’art. 1, co. 2, lett. m), “il lavoratore ha diritto a undici ore di riposo consecutivo *ogni ventiquattro ore*”.

In proposito va osservato che la differenza lessicale che si riscontra tra questa previsione e l’art. 3, dir. n. 104 (il quale prevede che il lavoratore debba beneficiare, “nel corso di ogni periodo di

<sup>1095</sup> V. anche ALLAMPRESE, 2004, pag. 240 s. Ma sull’attuazione del rinvio nei contratti di categoria, v. LELLA, 2005, pag. VIII s.

<sup>1096</sup> V. art. 5, r.d. n. 1955/1923; art. 4, r.d. n. 1956/1923.

<sup>1097</sup> Su queste tutele e sulla loro permanenza in vigore v. DE MOZZI, 2003, pag. 252 ss.; SPINELLI, 2004b, pag. 333 s.; CORTI, 2004b, pag. 1345 ss.

<sup>1098</sup> Ma v. sin d’ora Corte cost. n. 102/1976, su cui si tornerà *infra*, in conclusione del par. 7.3.

<sup>1099</sup> Sulla cui efficacia, peraltro, sono stati sollevati dubbi (per alcuni rinvii v. LECCESE, 2004b, pag. 1322, nt. 3); in generale, sulla mancanza di precettività delle tutele previste in materia da fonti internazionali, seppur ratificate dal nostro paese, in mancanza di specifiche norme legislative attuative (il problema concerne ovviamente anche l’art. 2, n. 3, della Carta sociale europea, il quale, nel testo revisionato dal Consiglio d’Europa nel 1996, prevede un minimo di quattro settimane di ferie annuali), v. DEL PUNTA, 2004, pag. 383.

ventiquattro ore, di un periodo minimo di riposo di 11 ore consecutive”) è assolutamente irrilevante ai fini dell’individuazione del precetto e della verifica in concreto delle condizioni necessarie affinché il medesimo sia rispettato. Alla luce di entrambe le formulazioni, infatti, è necessario che, *da qualsiasi momento si inizino a conteggiare le 24 ore* (le quali costituiscono, quindi, un arco temporale non fisso, ma *mobile*), sia riscontrabile: (a) un lasso temporale di riposo, compreso tra la fine di una prestazione e l’inizio dell’altra, pari a 11 ore, le quali (b) siano godute in modo consecutivo<sup>1100</sup>; ed il mancato rispetto anche solo di una delle due condizioni previste dall’art. 7 determina - dopo le modifiche apportate dal d.lgs. correttivo n. 213 - l’applicazione di sanzioni amministrative (v. art. 18-bis, co. 4, d.lgs. n. 66, introdotto dal d.lgs. n. 213/2004).

Il riposo in questione, peraltro, può essere concesso anche in modo non consecutivo per “le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata” (v. il secondo periodo dell’art. 7); questa deroga al principio della consecutività è ammessa dalla direttiva n. 104, la quale si riferisce, in particolare, al “personale addetto alle attività di pulizia” (art. 17, par. 2.3, lett. b, dir. n. 104). La norma è chiara nel consentire il frazionamento del riposo solo ove il (corrispondente) frazionamento della prestazione lavorativa sia dovuto alle *caratteristiche* dell’attività svolta, cioè in presenza di “specifiche ragioni intrinseche o strutturali” della medesima attività, che lo rendano necessario<sup>1101</sup>.

D’altra parte, le disposizioni dell’art. 7 (come quelle dei successivi artt. 8, 12 e 13) possono essere derogate “mediante contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale tra le organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro o, conformemente alle regole fissate nelle medesime intese, mediante contratti collettivi o accordi conclusi al secondo livello di contrattazione” (art. 17, co. 1). In questo caso, quindi, il rinvio legale è riferito ad una contrattazione collettiva specificamente selezionata anche con riferimento al livello competente, a differenza di quanto previsto - in via generale - dall’art. 1, co. 2, lett. m.

Si tratta di una facoltà di deroga che, dal punto di vista causale, risulta *incondizionata*, nel senso che essa non è limitata dall’individuazione legislativa di presupposti oggettivi (ad esempio, i contratti collettivi potranno prevedere una deroga per i lavori discontinui, di cui si è detto *supra*, par. 4.1). Ampio è poi il possibile *oggetto* della deroga, poiché essa può riguardare, alternativamente o cumulativamente, il principio della consecutività del riposo (la quale può essere quindi esclusa anche in ipotesi diverse da quelle già contemplate dal secondo periodo dell’art. 7, di cui si è già detto), nonché la durata del riposo stesso.

<sup>1100</sup> Si pensi, ad esempio, a un lavoratore che abbia prestato il proprio lavoro secondo il seguente orario: domenica, riposo settimanale; lunedì, dalle ore 11,00 alle ore 19,00; martedì, dalle ore 5,00 alle ore 13,00. Ebbene, se il rispetto delle condizioni previste dalla norma fosse valutato e verificato solo all’interno delle singole giornate di calendario, si dovrebbe concludere che, nell’esempio dato, la norma è stata rispettata sia il lunedì (godimento di 11 ore di riposo consecutivo dalle 0,00 alle 11,00), che il martedì (dopo le 13,00). Al contrario, la norma risulta violata se si osserva *ogni* lasso temporale di 24 ore, anche se non coincidente con la giornata di calendario: infatti, tra le ore 19,00 del lunedì e le ore 5,00 del martedì risultano effettuate solo 10 ore di riposo consecutivo. Per una critica alla formulazione della nostra norma interna, v. peraltro SANDULLI P., MARINELLI, 2004, par. 4.b, ove si ritiene, comunque, che - nonostante la differente dizione - l’effettiva operatività della disposizione italiana, grazie ad “un ragionevole processo di assestamento interpretativo, e proprio grazie alla capacità di diretta applicazione delle norme europee, finirà per riallinearsi con il contenuto della disposizione europea”.

<sup>1101</sup> In tal senso, v. CONFINDUSTRIA, Nota del 2 luglio 2003, in *Dir. e pratica lav.*, 2003, pag. 2599 ss., quesito n. 32 (ove si esclude che la condizione richiesta dalla norma sia soddisfatta mediante la mera adozione di un orario spezzato, salvo che essa non sia appunto resa necessaria dalle particolari caratteristiche dell’attività); SPOLVERATO, 2003, pag. 243 s.; PASQUALETTO, 2003, pag. 518 (ove si formulano gli esempi del commercio e dei pubblici esercizi); SPINELLI, 2004a, pag. 300 s. V. anche la circ. Min. lav. n. 8/2005, cit., punto 12.

L'intervento negoziale è invece sottoposto ad un diverso e rilevante limite, consistente nel fatto che "ai prestatori di lavoro siano accordati *periodi equivalenti di riposo compensativo*, o in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata" (art. 17, co. 4, d.lgs. n. 66). Con questa formulazione, che riproduce pedissequamente la corrispondente previsione comunitaria (art. 17, par. 3, co. 3, dir. n. 104), il legislatore nazionale non ha quindi introdotto alcuna specificazione in merito alle concrete modalità di godimento del riposo compensativo, ai casi eccezionali che legittimano una deroga anche rispetto a questa tutela 'sostitutiva' e alle garanzie minime che devono comunque essere assicurate (cioè allo specifico contenuto della "protezione appropriata").

Pertanto, ove i contratti collettivi qualificati ai sensi dell'art. 17, d.lgs. n. 66, provvedano a sfruttare la possibilità di deroga offerta dalla norma, senza però dettare clausole dirette a disciplinare questi profili, spetterà all'interprete il compito di valutare se le concrete modalità di godimento dei riposi siano adeguate rispetto alle finalità di tutela della salute perseguite sia dalla disciplina comunitaria, sia dalla legislazione interna che ne costituisce attuazione. D'altra parte, un'analoga valutazione dovrà essere compiuta anche qualora la deroga negoziale contenga specifiche previsioni in merito agli aspetti sopra menzionati; e, in questo caso, il giudizio di adeguatezza sarà compiuto prendendo in considerazione direttamente la clausola collettiva.

In ogni caso, una simile valutazione non potrà prescindere da quanto precisato in proposito dalla Corte di giustizia. Secondo la Corte, infatti, affinché sia rispettato l'obiettivo della direttiva n. 104 (consistente nel proteggere in modo efficace la sicurezza e la salute dei lavoratori), i *riposi compensativi* "devono essere immediatamente successivi all'orario di lavoro che sono intesi a compensare, al fine di evitare uno stato di fatica o sovraccarico del lavoratore dovuti all'accumulo di periodo di lavoro consecutivi". Insomma, l'eventuale riduzione del riposo deve essere compensata con riposi "costituiti da un numero di ore consecutive corrispondenti alla riduzione praticata e di cui il lavoratore deve beneficiare *prima* di cominciare il periodo lavorativo seguente". Solo in "circostanze del tutto eccezionali" (cioè quando la concessione di equivalenti periodi di riposo compensativo *non sia possibile* per ragioni oggettive), infatti, la direttiva consente un'ulteriore riduzione della tutela, prescrivendo comunque che al lavoratore sia concessa "una protezione appropriata"<sup>1102</sup>.

La Corte, invero, non si pronuncia sulla portata da attribuire a questa sorta di norma di chiusura (che fa riferimento, appunto, alla necessità di garantire ai lavoratori una *protezione appropriata*). Al riguardo, come osservato in altra sede<sup>1103</sup>, si può ritenere che tale protezione debba comunque tradursi quantomeno nella garanzia di "periodi di riposo regolari, la cui durata è espressa in unità di tempo, e sufficientemente lunghi e continui per evitare che [i lavoratori], a causa della stanchezza della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a se stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine", cioè di

<sup>1102</sup> In questo senso, la già citata CGCE 9 settembre 2003 (causa C-151/02, caso *Jaeger*), spec. parr. 94 ss. La chiara posizione assunta dalla Corte è destinata a riverberare immediatamente i suoi effetti anche sull'attuazione di clausole collettive, per il vero introdotte prima della sua pronuncia, che consentirebbero invece l'adozione di regimi di riposo non rispettosi dei principi in essa affermati. Per un esempio, relativo alla disciplina contenuta nel contratto *Poste italiane* dell'11 luglio 2003, v. LECCESE, 2004b, pag. 1325; per ulteriori esemplificazioni v. LELLA, 2005, pag. XX s.

<sup>1103</sup> V. LECCESE, 2001, pag. 193.

quel *riposo adeguato* che, a seguito delle modifiche apportate dalla dir. n. 2000/34, il legislatore comunitario intende assicurare - come già accennato - persino a lavoratori ai quali talune disposizioni protettive neppure si applicano (lavoratori mobili e lavoratori a bordo di navi da pesca). Si può qui aggiungere che tale interpretazione, riferita al d.lgs. n. 66, contribuisce ad attribuire un significato alla riproposizione, nella disciplina interna, della suddetta definizione di riposo adeguato, in considerazione del fatto che il legislatore delegato, pur inserendola tra le definizioni utili ai fini dell'applicazione del decreto (v. art. 1, co. 2, lett. l), ha ommesso del tutto di stabilire che tale riposo va comunque garantito ai lavoratori mobili (v. l'art. 17, co. 6, d.lgs. n. 66, su cui si tornerà *infra*).

Operate queste precisazioni, va poi rammentato che il legislatore delegato ha previsto, anche con riferimento alle deroghe relative all'art. 7 (come già a proposito dell'art. 4, co. 3), un'opera di supplenza del Ministro, la quale è condizionata alla sussistenza di taluni presupposti, consistenti - come s'è detto - nella mancanza di una disciplina collettiva, nella preventiva richiesta formulata ad opera di selezionate organizzazioni sindacali o datoriali, nella previa audizione delle medesime organizzazioni (v. art. 17, co. 2). Anche le deroghe che possono essere introdotte ad opera di un decreto ministeriale sono ammesse a condizione che siano rispettati i limiti posti dall'art. 17, co. 4; pertanto, pure rispetto ad esse vale quanto appena precisato in merito all'interpretazione di questa norma.

Va peraltro considerato che l'eventuale intervento della fonte secondaria è possibile solo nei casi contemplati nell'art. 17, co. 2, nonché, alle condizioni appena richiamate, in quelli previsti dall'art. 17, co. 3, il quale si riferisce alla "attività di lavoro a turni"<sup>1104</sup> (ma solo quando "il lavoratore cambia squadra e non può usufruire tra la fine del servizio di una squadra e l'inizio di quello della squadra successiva di periodi di riposo giornaliero": art. 17, co. 3, lett. a) e alle "attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata, in particolare del personale addetto alle attività di pulizia" (art. 17, co. 3, lett. b)<sup>1105</sup>. È evidente, per quanto sopra detto, che simili deroghe ben possono essere introdotte dalla fonte collettiva qualificata ai sensi dell'art. 17, co. 1, per la quale il legislatore non prevede alcun condizionamento tipologico<sup>1106</sup>.

<sup>1104</sup> Le definizioni di "lavoro a turni" e di "lavoratore a turni" sono dettate dall'art. 1, co. 2, lett. f e g. Tali definizioni finiscono per essere rilevanti solo al fine di stabilire l'ambito di operatività delle deroghe ammesse dal decreto (e già dalla direttiva) rispetto al riposo giornaliero e a quello settimanale (*infra*, par. 7.3), poiché in tutto il d.lgs. non compare alcuna disposizione volta specificamente a garantire - com'è richiesto invece dalla direttiva - che anche i turnisti (oltre che i lavoratori notturni) beneficino "di un livello di protezione in materia di sicurezza e salute adattato alla natura del loro lavoro" e di "servizi o mezzi appropriati di prevenzione e protezione [...] equivalenti a quelli applicabili agli altri lavoratori e [...] disponibili in ogni momento" (art. 12, nn. 1 e 2, dir. n. 93/104/Ce).

<sup>1105</sup> Come si può notare, la deroga relativa alle attività frazionate è prevista, con riferimento al diritto di cui all'art. 7, in due distinte disposizioni, cioè nel medesimo art. 7, secondo periodo e nell'art. 17, co. 3. La differenza è però rilevante: nel primo caso la deroga è prevista direttamente dal legislatore, senza alcuna indicazione esemplificativa e, soprattutto, è relativa alla sola consecutività e non alla durata del riposo; nel secondo, invece, la deroga può essere introdotta con d.m. (ma la contrattazione collettiva può farlo liberamente e incondizionatamente ai sensi dell'art. 17, co. 1), è riferita, in particolare, al personale addetto alle attività di pulizia (l'esempio non è comunque tassativo) e, soprattutto, può riguardare anche la durata del riposo (e ciò giustifica il motivo per cui è essenziale il rispetto della già descritta clausola di salvaguardia di cui all'art. 17, co. 4).

<sup>1106</sup> In proposito, potrebbero ritenersi tuttora in vigore, quali deroghe ammesse ai sensi dell'art. 17, co. 1, le norme dei contratti collettivi che, nel delineare i regimi dei turni, comportano la mancata fruizione di 11 ore consecutive di riposo in taluni periodi di 24 ore, a condizione che sia rispettato il precetto di cui all'art. 17, co. 4, di cui si è detto. In mancanza di tali norme i regimi di turnazione dovranno essere immediatamente adeguati alla regola del riposo consecutivo di 11 ore (salvo il successivo intervento di un apposito d.m., che però potrà riguardare solo l'ipotesi del cambio squadra, ai sensi dell'art. 17, co. 3, oltre che le altre ipotesi previste dall'art. 17, co. 2).

Inoltre, come già accennato, anche la tutela assicurata dall'art. 7 non si applica, sia pure "nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori [...], ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti, di personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; c) di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose; d) di prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di tele-lavoro" (art. 17, co. 5).

A questi lavoratori, invero, non si applicano neppure le tutele previste dagli artt. 3 (orario normale), 4 (durata massima dell'orario), 5 (straordinario), 8 (pause), 12 e 13 (modalità di organizzazione del lavoro notturno, relativi obblighi di comunicazione e durata del medesimo lavoro). Ad essi, in definitiva, si applicano solo le disposizioni relative alle ferie (art. 10), nonché le rimanenti tutele stabilite in caso di lavoro notturno (artt. 11, 14 e 15). Per ciò che attiene al riposo settimanale, poi, va detto che l'art. 17, co. 5, non richiama l'art. 9, il quale contiene al suo interno quasi tutte le ipotesi derogatorie oggi ammesse (v., *infra*, par. 7.3).

In merito alla scelta compiuta dal legislatore delegato va anzitutto precisato che il decreto, come già la direttiva n. 104 (art. 17, par. 1), non richiede espressamente la fissazione di equivalenti periodi di riposo compensativo (o, in casi eccezionali, la garanzia di una protezione appropriata), com'è invece previsto per altre ipotesi derogatorie di cui si è detto, ma si limita a stabilire che le deroghe operino "nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori".

Con riguardo all'identica previsione contenuta nella direttiva, si era già avuto modo di osservare in altra sede<sup>1107</sup> che essa, quantunque generica, non potesse però essere intesa - per il fatto stesso di essere contenuta all'interno di un provvedimento volto a perseguire l'obiettivo protettivo attraverso la limitazione della durata della prestazione - come un mero e, quindi, superfluo, richiamo ai principi già previsti nella dir. n. 89/391. Essa sembrava invece confermare che - come affermato dalla Commissione europea - lo Stato membro non potesse ricorrere, nell'esercizio della facoltà di deroga che qui ci occupa, ad "un'esclusione totale" dei menzionati lavoratori dalla specifica tutela in materia di orario<sup>1108</sup>.

Ebbene, il legislatore delegato, limitandosi a riproporre pedissequamente la suddetta previsione, ha evidentemente ritenuto, al contrario, che non fosse necessaria una specificazione delle modalità attraverso cui garantire - tramite, appunto, una limitazione della durata della prestazione - le finalità protettive comunque sancite dalla previsione stessa. V'è dunque spazio per ipotizzare che, per i lavoratori interessati dalla deroga in questione, possano essere quantomeno confermati gli orientamenti giurisprudenziali (invero non univoci, ma maturati alla luce di pronunce della Corte costituzionale con riferimento a lavoratori in passato esclusi dall'applicazione del r.d.l. n. 692)

<sup>1107</sup> LECCESE, 2001, pag. 188.

<sup>1108</sup> V. le *Conclusioni* della *Relazione* della Commissione del 1° dicembre 2000, sullo stato d'applicazione della direttiva (COM(2000) 787 def.), ove sembra attribuirsi rilievo assorbente al fatto che l'art. 17, par. 1, dir. n. 93/104 - a differenza dell'art. 1, par. 3, della medesima direttiva e dell'art. 2, par. 2, dir. n. 89/391 (cui si è fatto cenno *supra*, in esordio del par. 2) - configuri un'ipotesi *derogatoria* e non un'*esclusione*.

secondo cui è pur sempre possibile individuare un limite di ragionevolezza della prestazione ed assicurare, in caso di suo superamento, un'ideale compensazione economico-retributiva<sup>1109</sup>.

Una seconda osservazione attiene al catalogo dei lavoratori esclusi dalle tutele sopra menzionate, che si presenta più ampio di quello contenuto nell'art. 17, par. 1, dir. n. 104, alla cui stregua la facoltà di deroga concessa agli Stati membri opera "quando la durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; o c) di lavoratori del settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose".

Com'è evidente, invero, il presupposto oggettivo è delineato dalla direttiva - attraverso l'utilizzo dell'espressione "in particolare" - in modo da indurre a ritenere che l'elencazione contenuta nella norma, ancorché da interpretare in modo restrittivo, non sia tassativa - e pertanto può essere anche ampliata dal singolo Stato membro - e che la deroga sia ammessa per ogni attività nella quale, a causa delle sue caratteristiche, la durata dell'orario "non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi"<sup>1110</sup>. Se questo è vero, non può però essere sottovalutato il fatto che - al fine di ritenere conforme il dato normativo interno a quello comunitario - l'effettiva sussistenza delle caratteristiche menzionate deve essere riscontrata non in linea astratta, bensì alla luce del concreto atteggiarsi del singolo rapporto. Insomma, l'esclusione della tutela non può scaturire da una "definizione", ma deve consentire, quantomeno, la prova contraria: così, ad esempio, la fattispecie derogatoria non può ritenersi integrata in presenza della mera attribuzione della qualifica dirigenziale, o del mero inquadramento del lavoratore nell'ambito del c.d. personale direttivo<sup>1111</sup>, ovvero ancora dal solo svolgimento *a distanza* del rapporto (telelavoro)<sup>1112</sup>.

Un'ulteriore esclusione dall'applicazione dell'art. 7 riguarda poi, come accennato, i lavoratori mobili (per la relativa definizione, v. art. 1, co. 2, lett. h), sia pure - anche in questo caso - nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute (v. art. 17, co. 6, d.lgs. n. 66, il

<sup>1109</sup> Sulle pertinenti pronunce della Corte costituzionale (in materia di lavori discontinui e, soprattutto, di personale direttivo) e della Suprema Corte (che ha affermato la spettanza di un compenso per lavoro straordinario quando una durata massima normale dell'orario di lavoro è stabilita dai contratti collettivi o dall'accordo individuale, ovvero deriva da una decisione unilaterale del datore di lavoro, spingendosi talora a riconoscere quel compenso persino quando gli stessi contratti collettivi lo escludano esplicitamente), v. - anche per ulteriori rinvii - LECCESE, 2001, pag. 303 ss. (spec. nt. 209) e pag. 318 ss. (spec. nt. 234).

<sup>1110</sup> Cfr. anche l'*Introduzione* della già citata *Relazione* della Commissione, ove si precisa che l'elenco, benché non sia "esauriente", debba comunque essere "interpretato in modo *restrittivo*".

<sup>1111</sup> Cfr., tra le più recenti, Cass. 17 agosto 2004, n. 16050 (sia pure relativa ad una fattispecie antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 66), ove si richiama - tra le proprie precedenti pronunce - Cass. 30 marzo 1992 n. 3914, secondo la quale, anche sulla scorta della previsione di cui all'art. 3, n. 2, r.d. n. 1955/1923, era da escludere che "l'inquadramento nella categoria del personale direttivo [potesse] derivare dal mero dato formale del conferimento della qualifica e tantomeno dal solo esonero esplicito dall'obbligo di timbrare il cartellino o, addirittura, di sottostare alle limitazioni di orario". Sull'interpretazione del citato r.d., v. LECCESE, 2001, pag. 314-317.

<sup>1112</sup> Per ulteriori approfondimenti su questo aspetto, si possono vedere, tra gli altri, LECCESE, 2004b, pag. 1327 s.; QUARANTA, 2004, pag. 544 ss.; SPINELLI, 2004b, par. IV; RICCI G., 2004, par. VII; PASQUALETTO, 2003, pag. 439. Con specifico riferimento al telelavoro v., da ultimo, PUTATURO DONATI, 2005, pag. 139 ss.

quale esclude tali lavoratori anche dalle tutele di cui agli artt. 8, 9 e 13)<sup>1113</sup>. Al riguardo si può però osservare che la deroga non è stata delineata in modo pienamente conforme alla direttiva (cfr. art. 17-bis, dir. n. 93/104, introdotto dalla dir. n. 2000/34).

Quest'ultima, infatti, prevede espressamente che gli stati membri debbano comunque adottare "le misure necessarie per garantire che tali lavoratori mobili abbiano diritto a un *riposo adeguato*" (art. 17-bis cit., par. 2), cioè a quei "periodi di riposo regolari [...] lunghi e continui" che, come s'è detto *supra*, consentano di evitare che i lavoratori "a causa della stanchezza della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a sé stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine" (la definizione è contenuta nel n. 9 dell'art. 2, dir. n. 104, anch'esso introdotto dalla dir. n. 34). Uniche eccezioni ammesse sono quelle relative alle circostanze previste dall'art. 17, par. 2, punto 2.2 della direttiva, cioè nei casi previsti dall'art. 5, par. 4, dir. 89/391/CEE<sup>1114</sup>, nonché in caso di incidente o di rischio di incidente imminente (v., ancora, l'art. 17-bis, par. 2, della dir. n. 104).

Al contrario, il legislatore delegato, pur introducendo la nozione di riposo adeguato (v. l'art. 1, co. 2, lett. l, d.lgs. n. 66, che ripropone pedissequamente la definizione comunitaria appena riportata), ha poi, inspiegabilmente, ommesso di prevedere che esso debba essere comunque garantito ai lavoratori mobili, limitandosi, come accennato, al mero (e ben più generico) richiamo del necessario rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori (v., ancora, l'art. 17, co. 6, d.lgs. n. 66)<sup>1115</sup>. Al fine di evitare il contrasto con la disciplina comunitaria, si potrebbe peraltro riconoscere che proprio l'introduzione nell'art. 1 del d.lgs. della sopra riportata definizione di riposo adeguato consente, pur in mancanza di un esplicito richiamo della medesima nel corpo del decreto, di effettuare un'interpretazione adeguatrice al dato comunitario, attribuendo uno specifico contenuto ai predetti più generici principi di tutela della sicurezza e della salute del lavoratore<sup>1116</sup>.

Tornando a profili di carattere più generale, è utile sottolineare che la funzione del limite previsto dall'art. 7 (e già dall'art. 3 della dir. n. 104) consiste nel garantire che - in caso di ricorso a moduli di orario a turni o, più in generale, caratterizzati dalla collocazione variabile della prestazione<sup>1117</sup> in diversi momenti di più giornate successive - al lavoratore sia assicurato un adeguato intervallo di riposo consecutivo tra una prestazione e l'altra, sia pure nell'arco mobile di 24 ore. L'obiettivo, nuovo per il nostro ordinamento, è quindi quello di escludere che due prestazioni contigue, ancorché in ipotesi contenute, risultino però così ravvicinate da impedire comunque al lavoratore di reintegrare le proprie energie<sup>1118</sup>; e si tratta di un obiettivo diverso da (ancorché confluyente

<sup>1113</sup> Per i lavoratori mobili dipendenti da aziende autoferrotranviarie continuano a trovare applicazione, ai sensi del medesimo art. 17, co. 6, le disposizioni del r.d.l. n. 2328/1923 e della l. n. 138/1958, il cui perdurante vigore è comunque sancito dall'art. 19, co. 3, del d.lgs. n. 66, sia pure nei limiti e alle condizioni ivi previste (in proposito v. CASOLA, 2004).

<sup>1114</sup> Questa norma prevede che gli Stati membri possono escludere o diminuire la "responsabilità dei datori di lavoro per fatti dovuti a circostanze loro estranee, eccezionali e imprevedibili, o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili, malgrado la diligenza osservata".

<sup>1115</sup> V., più ampiamente, RICCI G., 2004, par. VIII.

<sup>1116</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 7.

<sup>1117</sup> V. già DELL'OLIO, 1998, pag. 377.

<sup>1118</sup> In proposito va però ricordato che, come precisato in testo, tra i casi in cui è possibile (con d.m. e alle condizioni sopra menzionate) derogare alla previsione dell'art. 7, rientra anche "l'attività di lavoro a turni", ma solo quando "il lavoratore cambia squadra e non può

con) quello tipico di una disposizione che fissi, in attuazione della riserva di legge contenuta nell'art. 36, co. 2, Cost., la durata massima (endo)giornaliera della prestazione lavorativa, consistente nell'evitare che l'eccessivo prolungamento dell'orario di lavoro nella singola giornata (cioè dalle 0,00 alle 24,00) possa costituire un fattore di rischio per il lavoratore e, quindi, nel prevenire il danno alla salute che potrebbe derivarne<sup>1119</sup>.

Come osservato in altra sede, insomma, il limite di durata giornaliera è volto *direttamente* ad impedire che nell'arco della giornata lavorativa venga addossato al prestatore un sovraccarico *carico di lavoro* dannoso per la sua salute, nonché, *di fatto e indirettamente* - e a condizione che le prestazioni svolte in due diverse giornate non siano contigue o, addirittura, consecutive - a consentire il recupero delle energie psico-fisiche (c.d. tempo di *ricarica* fisio-psicologica) (oltre che a garantire uno spazio di tempo libero, di non lavoro, utile allo svolgimento della vita sociale); per converso, il limite previsto dall'art. 7, che potremmo definire *distanziale*, mira - in modo del tutto *reciproco* rispetto al primo - ad assicurare *direttamente* che tra due prestazioni intercorra un intervallo sufficiente a consentire al lavoratore un'adeguata ricarica fisio-psicologica (e ad assicurare uno spazio di tempo libero), ma anche, *di fatto e indirettamente* - e a condizione che la sua durata sia sufficientemente lunga - ad impedire l'eccessivo carico giornaliero di lavoro<sup>1120</sup>. Di tale distinzione funzionale, d'altra parte, ha mostrato piena consapevolezza lo stesso legislatore comunitario, come dimostrato dal fatto che i due tipi di limiti sono espressamente e separatamente disciplinati dalla direttiva n. 94/33 del 22 giugno 1994 (relativa alla protezione dei giovani sul lavoro), approvata pochi mesi dopo la dir. n. 93/104. La direttiva sui minori, infatti, non si limita a dettare una disposizione che, rispondendo alla stessa *ratio* dell'art. 3, dir. n. 104, impegna gli Stati membri a prendere le misure necessarie affinché, "per ogni periodo di 24 ore, i bambini fruiscano di un periodo minimo di riposo di 14 ore consecutive" e gli adolescenti di 12 ore consecutive; essa, al contrario, stabilisce *anche* specifici limiti all'orario di lavoro *massimo giornaliero* (oltre che settimanale), i quali sono fissati, per i bambini, in 7 o 8 ore al giorno (a secondo di variabili relative al tipo di lavoro, all'età, e così via) ed in 8 ore al giorno per gli adolescenti<sup>1121</sup>.

Simili considerazioni avevano indotto a ritenere - prima dell'emanazione del d.lgs. n. 66 - che il legislatore italiano, in sede di recepimento della disciplina comunitaria, avrebbe dovuto adeguare il nostro ordinamento alla direttiva con riferimento ad un aspetto (quello relativo, appunto, alla durata minima del riposo consecutivo su di un arco temporale mobile) che in passato non era stato oggetto di un'adeguata e generale disciplina, senza peraltro abbandonare l'ulteriore nucleo regolativo (la durata massima della singola giornata lavorativa) prescelto dal Costituente in vista della tutela della salute del lavoratore ed al quale lo stesso Costituente ha attribuito rilievo *diretto* e *centrale* nella definizione del modello di intervento relativo all'orario di lavoro. Un modello di

---

usufruire tra la fine del servizio di una squadra e l'inizio di quello della squadra successiva di periodi di riposo giornaliero" (art. 17, co. 3, lett. a).

<sup>1119</sup> V. già LECCESE, 2001 (pag. 215 ss.), cui si rinvia anche per gli argomenti a sostegno della effettiva sussistenza di una riserva di legge nell'art. 36, co. 2, e del suo carattere assoluto e non relativo (cap. I).

<sup>1120</sup> Per queste precisazioni v. CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 25.

<sup>1121</sup> I due profili di tutela sono considerati, rispettivamente, dall'art. 10, par. 1 (lett. a e b) e dall'art. 8 (parr. 1 e 2), dir. n. 94/33. Sull'utilità del richiamo a queste norme, proprio al fine di supportare la distinzione funzionale tra i predetti profili di tutela (peraltro comunque evidente, già alla luce degli argomenti esposti in testo), v. LECCESE, 2001, pag. 218 ss., anche per la sottolineatura di quanto risulti 'improbabile' la soddisfazione delle diverse istanze protettive di cui si discute con un'unica disposizione polifunzionale.

recepimento, questo, che tra l'altro sembrava compatibile anche con il complesso dei criteri direttivi dettati dalla legge delega n. 39/2002<sup>1122</sup>.

La scelta del legislatore delegato, peraltro, è stata di altro segno, poiché è evidente che la tutela delle (pur indubitabilmente) diverse istanze protettive appena evidenziate è oggi affidata alla sola norma sul riposo giornaliero (salvo, come s'è detto *supra*, par. 2, che non si accolga la tesi secondo cui l'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 66, non avrebbe determinato l'abrogazione dei previgenti limiti alla durata della singola giornata di lavoro); e si tratta di una scelta che non può che sollevare dubbi di costituzionalità.

È evidente infatti, che, ove si affermi l'impossibilità, sul piano giuridico, di accogliere la tesi secondo cui la riserva di legge di cui all'art. 36, co. 2, Cost., possa essere "realizzata con una norma *indiretta* con una tecnica *a contrariis*"<sup>1123</sup>, bisognerebbe riconoscere la possibilità, da un lato, di un'opera di supplenza da parte dell'interprete, al fine di colmare la *lacuna* determinatasi nell'ordinamento a causa dell'abrogazione dei previgenti limiti giornalieri; dall'altro, di una pronuncia della Consulta che dichiari l'illegittimità costituzionale della norma abrogatrice (cioè della norma che ha determinato la lacuna; in tal caso, l'art. 19, co. 2), con conseguente reviviscenza di quella idonea a soddisfare l'obbligo posto dalla costituzionale<sup>1124</sup>.

D'altra parte, specifici problemi di costituzionalità si pongono anche se si enfatizza l'elemento *fattuale*, costituito dalla limitazione *indiretta* della durata giornaliera della prestazione derivante dall'art. 7. Come già precisato, infatti, essa - nell'imporre un riposo minimo giornaliero di 11 ore consecutive ogni ventiquattro - impedisce un prolungamento del lavoro giornaliero oltre le 13 ore complessive (fatte salve, comunque, le pause previste dall'art. 8, d.lgs.)<sup>1125</sup>. Ebbene, oltre al fatto che alla Consulta non può essere negata la possibilità di verificare se, nella quantificazione (sia pure *indiretta*) di questo nuovo tetto, il legislatore non abbia operato in modo da vanificare l'*an* della tutela (pregiudicando così lo stesso nucleo essenziale del diritto del singolo lavoratore al contenimento della durata massima giornaliera della prestazione), appare altresì evidente che la concessione - da parte dell'art. 17 - di rilevanti poteri derogatori ad altri soggetti rende la previsione, pur conforme alla direttiva n. 104, certamente in contrasto con l'art. 36, co. 2, Cost. L'esercizio di tali poteri, infatti, pur concepito dal legislatore con riferimento al limite di cui all'art.

<sup>1122</sup> Ma su questo specifico aspetto v., anche per ulteriori rinvii, LECCESE, 2004b, pag. 1330 s.

<sup>1123</sup> Per una decisa critica a quella tesi, v. SANDULLI P., MARINELLI, 2004, par. 4b; cfr. anche ROCCELLA, 2004, pag. 52 s.

<sup>1124</sup> Per una più analitica trattazione e per i necessari rinvii, v. LECCESE, 2004b, pag. 1332 s., nonché, 2001, pag. 307 ss. e 129 ss. (con riferimento al ruolo del giudice e ai limiti intrinseci del suo intervento in simili evenienze), pag. 141 ss. (per richiami alle tesi che si confrontano in tema di reviviscenza di norma abrogata da disposizione poi dichiarata costituzionalmente illegittima).

<sup>1125</sup> È anche il caso di rammentare che, proiettando su sei giorni il limite minimo di riposo giornaliero, si ottiene un limite di 78 ore complessive settimanali (al lordo delle pause previste dall'art. 8). Ciò consente alle imprese di concentrare parte della propria attività in un determinato arco temporale, riducendola in modo significativo in un altro periodo. Volendo proporre un esempio estremo, un'impresa potrebbe richiedere ai propri dipendenti di lavorare per due mesi a 77 ore (al netto delle citate pause), per poi ridurre la prestazione, nei due mesi successivi, a 19 ore la settimana, in modo da rispettare il limite complessivo *medio* di 48 ore stabilito dall'art. 4, co. 2 e 3, del decreto; inoltre, un'ulteriore dilatazione del periodo in cui è possibile l'utilizzo di questo modello 'estremo' potrebbe verificarsi ove i contratti collettivi portino a sei o dodici mesi l'arco temporale in cui rispettare il predetto limite medio (art. 4, co. 4). Si tratta, invero, di un modello di distribuzione dell'orario che presuppone la sussistenza di esigenze organizzative molto particolari e non frequentemente riscontrabili; in ogni caso, la sua reale attuazione dipende anche dalla presenza o meno di norme collettive che disciplinino la distribuzione multiperiodale della prestazione (art. 3, co. 2) e/o stabiliscano tetti alla durata massima settimanale (art. 4, co. 1) e/o prevedano limiti specifici al lavoro straordinario (art. 5, co. 2).

7, potrebbe riverberare i suoi effetti - in senso espansivo - anche sul tetto delle 13 ore, senza che dalla legge sia desumibile un (ulteriore) limite giornaliero comunque insuperabile e, per quanto attiene all'autonomia collettiva, senza l'indicazione di limiti tipologici. Appare quindi evidente che le norme che concedono quei poteri derogatori violano la riserva di legge di cui alla citata norma costituzionale, indipendentemente dalla tesi che si intenda preferire in merito al suo carattere assoluto o relativo, nella misura in cui consentono - benché, ancora una volta, in via indiretta - a soggetti diversi dal legislatore di determinare il descritto effetto espansivo<sup>1126</sup>.

## 7.2. Le pause

L'art. 8 del d.lgs. n. 66 prevede poi - con un precetto tuttora sprovvisto di sanzione (pur dopo l'introduzione nel decreto dell'art. 18-bis, ad opera del d.lgs. n. 213/2004)<sup>1127</sup> - il diritto del lavoratore a beneficiare di un "*intervallo per pausa*", la cui entità e le cui modalità di godimento sono determinate dai contratti collettivi stipulati dai soggetti qualificati di cui all'art. 1, co. 2, lett. m. La pausa, peraltro, spetta solo qualora l'orario di lavoro giornaliero ecceda il limite di sei ore ed essa è finalizzata al recupero delle energie psico-fisiche e della eventuale consumazione del pasto, anche al fine di attenuare il lavoro monotono e ripetitivo (art. 8, co. 1).

A fronte di questo ampio rinvio all'autonomia collettiva (già prefigurato dall'art. 4 della dir. n. 104), il legislatore ha però dettato, anche in questo caso, una regolamentazione destinata ad operare "in difetto di disciplina collettiva applicabile".

Infatti, ove quest'ultima non preveda "un intervallo a qualsivoglia titolo attribuito" (corsivo nostro), al lavoratore spetterà una pausa non inferiore a dieci minuti, da godere anche sul posto di lavoro, la cui collocazione deve essere compresa tra l'inizio e la fine di ogni periodo giornaliero di lavoro e, comunque, tenendo conto delle esigenze tecniche del processo lavorativo (art. 8, co. 2).

In assenza di previsioni collettive, tali esigenze costituiscono quindi il parametro sulla cui base il datore di lavoro dovrà programmare l'interruzione individuale (e non necessariamente collettiva) del lavoro, sia pure in modo tale da garantire il perseguimento delle finalità protettive sottese alla norma<sup>1128</sup>. Tale interruzione, inoltre, potrà anche non essere collocata allo scadere delle sei ore e, comunque, la sua durata potrà essere pari a 10 minuti anche nel caso in cui il lavoro giornaliero sia significativamente protratto oltre le sei ore (l'art. 8, co. 2, insomma, impone solo una pausa al giorno anche nei casi in cui un lavoratore lavori 13 ore al giorno)<sup>1129</sup>. D'altra parte, in presenza di modalità di distribuzione dell'orario che comportino di per sé la soluzione di continuità della prestazione (ad es., orario spezzato), si da consentire il soddisfacimento delle finalità indicate nell'art. 8, co. 1, e più sopra illustrate, neppure si pone il problema di far godere al lavoratore un (ulteriore) intervallo per pausa<sup>1130</sup>.

<sup>1126</sup> Su questi aspetti v., più ampiamente, LECCESE, 2001, pag. 133 ss. e pag. 223 ss.; CARABELLI, LECCESE, 2004a, par. II.1.

<sup>1127</sup> Ma per l'esperibilità di un'azione risarcitoria in caso di violazione delle previsioni dell'art. 8, v., tra gli altri, DE MOZZI, 2003, pag. 270; SPINELLI, 2004b, pag. 332 s.

<sup>1128</sup> V. da ultimo, anche per ulteriori rinvii, BELLOMO, 2005, pag. 125 s.

<sup>1129</sup> Ma per l'ammissibilità di un controllo giudiziale di "adeguatezza" dell'estensione (oltre che della collocazione e/o dell'eventuale frazionamento) dell'intervallo per pausa, anche qualora esso risulti pari o superiore a quello previsto dalla legge, v. i condivisibili argomenti di BELLOMO, 2005, pag. 123 s. (cfr. anche p. 128).

<sup>1130</sup> Cfr. TARTAGLIONE, 2003, pag. 427; DE MOZZI, 2003, pag. 263; SPINELLI, 2004b, pag. 327.

Un problema interpretativo attiene, invece, alla possibilità di concedere la pausa proprio all'inizio o subito prima della fine della giornata di lavoro (come la lettera della legge sembrerebbe consentire). Una simile soluzione contrasta però con la *ratio* dell'istituto che è quella di assicurare al lavoratore un intervallo per recuperare le energie psico-fisiche, consumare eventualmente il pasto, attenuare il lavoro monotono e ripetitivo (art. 8, co. 1); nell'ipotesi formulata, insomma, non si tratterebbe di un *intervallo* per pausa, ma di una mera riduzione dell'orario che non è in grado di soddisfare le finalità appena esposte<sup>1131</sup>.

Va però considerato che anche rispetto alle pause operano, ai sensi dell'art. 17, le facoltà di deroga (oltre che le esclusioni) già citate con riferimento alla disciplina dell'art. 7 (salvo quelle previste dall'art. 17, co. 3, che riguardano il solo riposo giornaliero). Non si può quindi escludere che collocazioni quali quelle sopra illustrate siano autorizzate dai contratti collettivi 'qualificati', nell'esercizio dei poteri derogatori attribuiti loro dal rinvio contenuto nell'art. 17, co. 1<sup>1132</sup>; è peraltro evidente che, in tale ultima evenienza, le 'pause' collocate all'inizio o alla fine della giornata di lavoro non potrebbero comunque essere considerate come periodi di riposo utili al fine di integrare il rispetto delle 11 ore di riposo giornaliero consecutivo (di cui si è parlato al par. precedente), a causa della diversità delle funzioni assolte dalle due tutele.

L'art. 8 contiene, poi, una rilevante previsione alla cui stregua, fatte salve le disposizioni (evidentemente più favorevoli) contenute nei contratti collettivi, "rimangono non retribuiti o computati come lavoro ai fini del superamento dei limiti di durata i periodi di cui all'articolo 5 r.d. 10 settembre 1923, n. 1955, e successivi atti applicativi, e dell'articolo 4 del r.d. 10 settembre 1923, n. 1956, e successive integrazioni" (art. 8, co. 3).

In particolare, i periodi previsti dall'art. 5, co. 1, r.d. n. 1955 sono: i riposi intermedi che siano presi sia all'interno che all'esterno dell'azienda, il tempo impiegato per recarsi al posto di lavoro, le soste di lavoro non inferiori a 10 minuti e complessivamente non superiori a due ore, comprese tra l'inizio e la fine di ogni periodo della giornata di lavoro, durante le quali non sia richiesta al lavoratore alcuna prestazione. Al contrario, vanno computate le soste, anche superiori ai 15 minuti, concesse nei lavori molti faticosi, allo scopo di rimettere il lavoratore in condizioni fisiche da riprendere il lavoro (art. 5, co. 1, n. 3, ultimo periodo).

In proposito, è il caso di segnalare che l'art. 8, co. 3, d.lgs. n. 66, deve (e ben può) essere letto in senso conforme al dato comunitario, come interpretato dalla Corte di giustizia, cioè come legittimante l'esclusione dal computo dell'orario solo di quegli intervalli, soste e fasi temporali durante i quali i lavoratori, oltre ovviamente a non prestare alcuna attività lavorativa nell'interesse del datore<sup>1133</sup>, non siano neppure sottoposti ad obblighi rientranti nell'esercizio delle loro funzioni, potendo invece godere (secondo il giudizio di adeguatezza di cui si è detto *supra*, par. 4.1) di un riposo effettivo<sup>1134</sup>. Per altro verso, va detto che dal computo della durata del lavoro non possono

<sup>1131</sup> In senso conforme, SPINELLI, 2004b, pag. 330; CORTI, 2004b, pag. 1340; BELLOMO, 2005, pag. 124 s.

<sup>1132</sup> È questa la valutazione espressa nella circ. Min. lav. n. 8/2005, cit., punto 13, dove si precisa altresì che, in virtù della clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 17, co. 4, non sarebbe ammissibile la previsione negoziale di una mera compensazione economica della pausa non goduta. Ma in proposito, v. SPINELLI, 2004b, pag. 331 s.

<sup>1133</sup> Ove ciò si verifici, infatti, non si vede come tali fasi possano essere escluse dalla nozione di orario: si pensi alla, anacronistica, ma tuttora vigente, esclusione «del tempo necessario per le martellature della falce», prevista dall'art. 4, r.d. n. 1956/1923 (anch'esso espressamente richiamato, appunto, dall'art. 8, co. 3, d.lgs. n. 66).

<sup>1134</sup> Sulla questione v., più ampiamente, SPINELLI, 2004b, pag. 334 ss.; CORTI, 2004b, pag. 1347 ss.

essere più esclusi i lavori preparatori e complementari, poiché manca sia nell'art. 8, co. 3, sia nel resto del decreto, qualsiasi richiamo alla possibilità di deroga consentita al riguardo dall'art. 6, r.d.l. n. 692/1923 (v. anche art. 8, r.d. n. 1956 del 1923 e art. 10, r.d. n. 1955 del 1923: quest'ultima previsione è tra l'altro richiamata dall'art. 16, d.lgs. n. 66, ma al solo fine di escludere le fattispecie in essa previste dall'applicazione dell'art. 3).

Una specifica questione interpretativa attiene poi alla riferibilità della previsione di cui all'art. 8, co. 3, anche alla pausa prevista proprio dall'art. 8. Ebbene, si può ritenere che, fatta salva ogni determinazione collettiva, anche la pausa non inferiore a 10 minuti prevista dall'art. 8, co. 2, sia riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 5, r.d. n. 1955 del 1923, in quanto rientra tra "i riposi intermedi che siano presi sia all'interno che all'esterno dell'azienda" (art. 5, co. 1, n. 1, r.d. cit.).

Una diversa e rilevante questione interpretativa, derivante anch'essa dalla formulazione dell'art. 8, co. 3, ma specificamente connessa alla scelta del legislatore delegato di non elencare direttamente le norme abrogate (*supra*, par. 2), attiene alla sopravvivenza o meno della previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 5, r.d. n. 1955, il quale stabilisce che "i riposi normali" (tra cui, come s'è detto, può considerarsi rientrante l'intervallo per pausa), "perché possano essere detratti dal computo del lavoro effettivo, debbono essere prestabilite ad ore fisse ed indicati nell'orario di cui all'art. 12" del medesimo regio decreto.

La risposta negativa potrebbe essere argomentata sulla base del fatto che il richiamo dell'art. 5 non è riferito alla sua disciplina, ma solo alle fattispecie in esso elencate (l'art. 8, co. 3, infatti, non completa il rinvio con la precisazione: "alle condizioni ivi indicate")<sup>1135</sup>. Pare comunque evidente che, ove si opti - al contrario - per l'integrale sopravvivenza dell'art. 5, co. 2, si dovrebbe ritenere ancora in vigore anche l'art. 12, da esso richiamato, il quale impone l'obbligo di esposizione dell'orario di lavoro (con indicazione anche degli intervalli di riposo) e la sua trasmissione ai servizi ispettivi presso le direzioni territoriali del lavoro (si tratta, tra l'altro, di un obbligo la cui violazione è appositamente sanzionata dall'art. 17, lett. a, del medesimo r.d. n. 1955)<sup>1136</sup>. V'è peraltro spazio anche per una tesi intermedia, alla cui stregua, pur dovendosi escludere la perdurante vigenza dell'obbligo di cui all'art. 12, permarrrebbe invece tuttora l'onere di preventiva predeterminazione e comunicazione (al lavoratore), il cui assolvimento sarebbe necessario "ai soli fini della [non] computabilità e retribuitività delle pause"<sup>1137</sup>.

### 7.3. I riposi settimanali

Passando alla disciplina dell'art. 9, relativa ai *riposi settimanali*, va anzitutto detto che essa, pur innovativa rispetto al passato, rinvia comunque a talune delle previsioni contenute nella l. n. 370/1934 che, pertanto, sia pure nel mutato quadro regolativo e nei limiti di compatibilità con quest'ultimo, conservano vigore (v. art. 19, co. 2, d.lgs., su cui ci è soffermati *supra*, par. 2).

<sup>1135</sup> In tal senso si è poi espresso anche il Ministero del lavoro, nella propria circolare n. 8/2005, cit., punto 12.

<sup>1136</sup> La sopravvivenza dell'art. 5, co. 2, e - pare di intendere - dell'art. 12 cit., è data per certa da MILLO, 2003, pag. 2586; in senso contrario, v. ancora la circ. Min. lav. n. 8/2005.

<sup>1137</sup> BELLOMO, 2005, pag. 127.

Il precetto più rilevante, dal punto di vista del rafforzamento delle tutele imposto dalla direttiva comunitaria, è quello che stabilisce espressamente il *cumulo* tra il riposo settimanale e quello giornaliero<sup>1138</sup>. L'art. 9, co. 1, infatti, prevede che "il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo di almeno ventiquattro ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero di cui all'articolo 7" (la violazione di questa previsione è oggi espressamente sanzionata ai sensi dell'art. 18-bis, co. 4).

Com'è evidente, restano confermati alcuni precetti fondamentali già contenuti nella legge del 1934 e, in particolare: la *durata* del riposo, pari a 24 ore, e la sua *consecutività* (art. 1, co. 1, l. n. 370); la *periodicità settimanale* del riposo medesimo<sup>1139</sup>; la sua coincidenza con la *domenica*, salvo eccezioni (art. 3, co. 1, l. n. 370). Manca però una specifica precisazione in merito alla *decorrenza* del riposo da una mezzanotte all'altra, prevista invece dall'art. 3, co. 2, l. n. 370, da ritenere ora abrogato. Quest'ultima disposizione, peraltro, contemplava comunque la possibilità di una diversa decorrenza, prevista dai contratti collettivi o, in loro mancanza e allorché lo avesse richiesto "la natura dell'esercizio", dall'ispettorato del lavoro; il co. 3 dell'art. 3, inoltre, stabiliva che, per il lavoro a squadre, il riposo decorresse "dall'ora di sostituzione di ciascuna squadra".

Alla disposizione contenuta nell'art. 9, co. 1, fanno poi eccezione una serie di ipotesi, direttamente e tassativamente elencate nell'art. 9, co. 2, le quali concernono: a) le attività di lavoro a turni ogni volta che il lavoratore cambi squadra e non possa usufruire, tra la fine del servizio di squadra e l'inizio di quello della squadra successiva, di periodi di riposo giornaliero o settimanale; b) le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata; c) per il personale che lavora nel settore dei trasporti ferroviari: le attività discontinue; il servizio prestato a bordo dei treni; le attività connesse con gli orari del trasporto ferroviario che assicurano la continuità e la regolarità del traffico ferroviario.

Si tratta di deroghe, consentite dalla dir. n. 104 (v. art. 17, par. 2.3 e par. 2.1, lett. e) che - in assenza di una diversa precisazione ad opera del decreto, come del resto della direttiva - dovrebbero riguardare tutti i profili di tutela sopra menzionati e non solo la regola della normale coincidenza del riposo settimanale di 24 ore consecutive con la *domenica* (come del resto confermato dal fatto che il successivo co. 3 del medesimo art. 9, d.lgs. n. 66, prevede ulteriori ipotesi derogatorie, ma relative, questa volta, unicamente a questa regola)<sup>1140</sup>. Ma sul punto si tornerà in conclusione di questo paragrafo, con riferimento ai problemi di costituzionalità posti dalla nuova disciplina.

La lett. d del co. 2, inoltre, consente ai contratti collettivi di "stabilire previsioni diverse, nel rispetto delle condizioni previste dall'articolo 17, comma 4". Pertanto, a quei contratti sembra attribuita, anche in questo caso, una facoltà di deroga *incondizionata*, cioè non sottoposta ad alcuna limitazione tipologica, purché "ai prestatori di lavoro siano accordati periodi equivalenti di riposo

<sup>1138</sup> Ma v., già sulla scorta del previgente quadro normativo, Corte cost. n. 102/1976, su cui si tornerà in conclusione del presente paragrafo

<sup>1139</sup> Al riguardo va però precisato che mentre la nuova disposizione - riprendendo il contenuto della direttiva - prevede il diritto al godimento di 24 ore di riposo "ogni sette giorni" (si tratta quindi certamente di un periodo mobile), l'art. 1, co. 1, l. n. 370 prevedeva che il riposo fosse dovuto "ogni settimana", determinando così taluni problemi interpretativi in merito alla sua coincidenza o meno con la settimana di calendario.

<sup>1140</sup> V. anche, con specifica argomentazione fondata sul tenore della lett. a dell'art. 9, co. 2, GAROFALO D., 2003, pag. 1013.

compensativo, o in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata" (art. 17, co. 4); anche rispetto alle tutele in questione paiono dunque utilizzabili le valutazioni formulate, con riferimento al riposo giornaliero, dalla Corte di giustizia in merito alla collocazione del riposo compensativo, nonché gli argomenti sopra addotti in relazione al contenuto della "protezione appropriata" (v. par. 7.1).

Al riguardo, vanno però compiute alcune precisazioni. In primo luogo, si deve registrare una grave omissione del legislatore, consistente nella mancata specificazione che il rispetto delle condizioni di cui all'art. 17, co. 4, è necessario anche con riferimento alle eccezioni contemplate dalle lett. *a-c*, dell'art. 9, co. 2; è infatti la direttiva comunitaria ad imporlo, anche rispetto alle ipotesi contemplate in tali lettere (v. l'art. 17, par. 2, dir. n. 104, nel combinato disposto con l'art. 17, par. 2.1, lett. *e*, e 2.3). In secondo luogo, poiché l'art. 9, co. 2, lett. *d*, del d.lgs. n. 66 prevede che le deroghe possano essere introdotte dai "contratti collettivi", v'è da intendere che il rinvio sia rivolto ai contratti individuati, senza limitazione di livello, dall'art. 1, co. 2, lett. *m*; sennonché la dir. n. 93/104, consente agli Stati membri di attribuire una simile facoltà di deroga ai "contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali a livello nazionale o regionale", ovvero anche ai "contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali ad un livello inferiore", ma solo "conforme alle regole fissate" nelle intese di livello superiore (v. art. 17, par. 3, della direttiva, le cui previsioni sono state sostanzialmente trasfuse solo nell'art. 17, co. 1, del decreto e non anche, per un evidente difetto di coordinamento, nell'art. 9)<sup>1141</sup>. Infine, il vastissimo potere derogatorio attribuito alla contrattazione collettiva da parte dell'art. 9, co. 2, lett. *d*, pur poggiando su di una specifica facoltà concessa dal legislatore comunitario (art. 17, par. 3, cit.), attiene ad un profilo di disciplina di rilevanza costituzionale, ponendo significativi problemi di legittimità, per i quali si rinvia ancora a quanto si dirà in conclusione di questo paragrafo.

Sempre con riferimento alle descritte deroghe, va altresì considerata la previsione, di non limpida fattura, contenuta nell'art. 9, co. 5, ove si stabilisce che, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (ovvero, per i pubblici dipendenti, del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il primo), adottato sentite le organizzazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative nonché le organizzazioni nazionali dei datori di lavoro, "saranno individuate le attività aventi le caratteristiche [...] di cui al comma 2, lett. *d*, salve le eccezioni di cui alle lettere *a*, *b* e *c*". Sempre con d.m. (e con le modalità descritte), si provvederà "all'aggiornamento e alla integrazione delle predette attività". Peraltro, "nel caso di cui al comma 2, lett. *d*, e salve le eccezioni di cui alle lettere *a*, *b* e *c*, l'integrazione avrà senz'altro luogo decorsi trenta giorni dal deposito dell'accordo presso il Ministero stesso".

Par di capire, anzitutto, che il legislatore delegato - a parte la ribadita sottolineatura della salvezza delle deroghe già elencate nelle prime tre lettere dell'art. 9, co. 2 - abbia inteso attribuire anche in questo caso un potere sostitutivo del Ministro in caso di assenza di accordo collettivo. A differenza, però, delle altre ipotesi in cui si è previsto un tale potere (v., in particolare, l'art. 17, co. 2 e 3), l'opera del Ministro non è sottoposta a limiti tipologici, poiché di tali limiti non v'è traccia né nel co. 5, né nel co. 2, lett. *d*, dell'art. 9 (la lettera *d*, invero, non contiene alcun elemento o "caratteristica" idonei a guidare l'opera di individuazione di nuove attività escluse dall'applicazione

<sup>1141</sup> Su questo aspetto v. CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 10.

del co. 1). Inoltre, pare di intendere che il medesimo legislatore abbia voluto sottoporre la facoltà di deroga concessa alle parti sociali ad un onere procedurale, consistente nel “deposito dell'accordo presso il Ministero”. All'organo pubblico, peraltro, non è espressamente attribuito alcun potere di valutazione e, del resto, non si vede quali criteri possano guidare un'eventuale attività valutativa, dal momento che - come ribadito - nessun limite tipologico è stato inserito nella più volte citata lett. *d* del co. 2. D'altra parte, è lo stesso art. 9, co. 5, a prevedere che - decorsi trenta giorni - “l'integrazione [delle attività escluse dall'applicazione del co. 1] avrà senz'altro luogo”<sup>1142</sup>.

Per altro verso, come accennato, l'art. 9, co. 3, contempla specifiche ipotesi in cui è possibile derogare alla sola regola della normale coincidenza del riposo settimanale di 24 ore consecutive con la *domenica*. Infatti, quel riposo “può essere fissato in un giorno diverso dalla domenica e può essere attuato mediante turni per il personale interessato a modelli tecnico-organizzativi di turnazione particolare ovvero addetto alle attività aventi le [...] caratteristiche” indicate dallo stesso co. 3 (lett. *a-g*). In realtà, la norma ripropone - con talune variazioni ed ampliamenti - la previsione e l'elencazione dell'art. 5, l. n. 370, il quale si chiudeva con un rinvio ad apposito d.m. per la concreta determinazione delle attività rientranti nella deroga (v., infatti, il d.m. 22 giugno 1935, successivamente modificato e integrato). Si comprende quindi la ragione per cui, ai sensi del già citato co. 5 dell'art. 9, d.lgs. n. 66, le attività aventi le caratteristiche elencate nel co. 3, ma che non siano già ricomprese nel d.m. 22 giugno 1935 e successive modifiche e integrazioni, devono essere individuate con un apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (ovvero, per i pubblici dipendenti, con decreto del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il primo), adottato sentite le organizzazioni sindacali e datoriali sopra menzionate. Anche in questo caso, con le stesse modalità, si provvederà “all'aggiornamento e all'integrazione delle predette attività”.

Una specifica esclusione dall'applicazione dell'art. 9 è poi prevista per il “personale mobile” (la cui definizione è fornita, come già rammentato, nell'art. 1, co. 2, lett. *m*), sia pure “nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori” (v. art. 17, co. 6). Ed anche in questo caso devono essere ribadite le perplessità, sopra formulate, inerenti alla non piena conformità della disciplina interna dei lavoratori mobili rispetto alla direttiva comunitaria (v. *supra*, par. 7.1), cui si aggiungono specifici problemi di costituzionalità, su cui si tornerà in conclusione di paragrafo.

Questa variegata gamma di deroghe, direttamente contenuta nei commi 2 e 3 dell'art. 9, e potenzialmente espandibile, a seconda dei casi, ad opera della contrattazione collettiva e della fonte secondaria, è stata però ritenuta non esaustiva dal legislatore delegato, il quale si è premurato di sancire comunque la salvezza delle “disposizioni speciali che consentono la fruizione del riposo settimanale in giorno diverso dalla domenica nonché [del]le deroghe previste dalla legge 22 febbraio 1934, n. 370” (art. 9, co. 4).

---

<sup>1142</sup> Su questi aspetti v., da ultimo, anche con riferimento alle interpretazioni ministeriali contenute nella circ. n. 8/2005, cit., LELLA, 2005, pag. XIX s., ove ulteriori rinvii.

La formulazione di quest'ultima disposizione pone il problema di quali, tra le deroghe contemplate dalla legge del 1934, siano state fatte salve, se solo quelle relative alla collocazione del riposo in giorno diverso dalla domenica, oppure tutte, ivi comprese, ad esempio, quelle che prevedono la *parziale esclusione* della tutela (cfr. spec. art. 1, co. 2, l. n. 370 e, su tale norma, Corte cost. n. 76/1962 e n. 23/1982), la *riduzione* del riposo settimanale, la possibilità di *frazionarlo o sospenderlo*, il *raggruppamento* di più giornate di riposo<sup>1143</sup>.

Per la risposta affermativa sembra deporre, anzitutto, la formulazione della previsione, che fa salve in modo autonomo, da un lato, le deroghe alla collocazione domenicale previste in leggi speciali e, dall'altro ("nonché"), le deroghe previste dalla l. n. 370 (senza alcuna specificazione e, quindi, limitazione in merito ai profili di tutela oggetto della deroga). Ulteriore conferma potrebbe essere tratta dalla collocazione della previsione, dettata in un apposito comma e non all'interno del co. 3 (relativo, appunto, alla sola deroga alla coincidenza del riposo con la domenica).

È bene comunque precisare che, ove si ritenessero vigenti tutte le deroghe in questione, per talune di esse si porrebbero oggi, oltre ai tradizionali problemi di legittimità per contrasto con l'art. 36, co. 3, Cost., anche nuovi problemi di eventuale difformità rispetto alle disposizioni comunitarie. Per converso, ove si optasse per la loro integrale caducazione, si dovrebbe coerentemente ritenere che, per taluni lavoratori, il legislatore delegato non ha inteso porre in atto le deroghe, consentite dalla direttiva, da esso stesso utilizzate con riferimento ad altri profili di tutela. Si tratta, in particolare, dei dirigenti e del personale direttivo, della manodopera familiare, dei lavoratori a domicilio, ai quali non si applicava il principio della periodicità settimanale del riposo sancito dalla l. n. 370 (cfr. art. 1, nn. 4, 1 e 3) e che sono oggi esclusi, come s'è detto, da quasi tutte le tutele contenute nel nuovo decreto sulla base della previsione dell'art. 17, co. 5, il quale, però, non menziona tra le disposizioni ad essi non applicabili proprio l'art. 9<sup>1144</sup>.

Per altro verso, va osservato che il nuovo impianto regolativo non pare incidere su talune rilevanti e non nuove questioni, attinenti alla necessità che il disagio derivante al singolo a causa del lavoro domenicale e/o dello slittamento o anticipazione del riposo (quantunque in ipotesi legittimo in virtù di deroghe legali o negoziali) sia adeguatamente compensato mediante maggiorazioni previste dalla contrattazione collettiva o, in mancanza, determinate dal giudice<sup>1145</sup>.

In conclusione di questa rapida trattazione, una riflessione va dedicata ai problemi di costituzionalità che, come si è accennato nel corso della precedente esposizione e come avvertito già dai primi commentatori<sup>1146</sup>, riguardano la nuova disciplina per contrasto con l'art. 36, co. 3, Cost.: "il

<sup>1143</sup> Sulla questione v. anche ALLAMPRESE, LELLA, 2004, pag. 356 ss.

<sup>1144</sup> È opportuno rammentare che Corte cost., 4 febbraio 1982, n. 23, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 81, aveva tra l'altro dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero co. 2, dell'art. 1, l. n. 370, nella parte in cui consentiva che il riposo dovuto ai lavoratori in esso elencati corrispondesse a 24 ore non consecutive. Dalla sentenza, interpretativa di accoglimento, derivava che l'esclusione disposta dalla norma continuasse ad operare con riferimento alla periodicità del riposo. Va poi considerato che per i lavoratori domestici vigevano specifiche norme di tutela (cfr. art. 2243 c.c.; l. n. 339/1958, spec. art. 7), non menzionate dal decreto e la cui sopravvivenza si potrebbe giustificare in virtù della loro specialità (v., in generale, *supra*, par. 2; LELLA, 2004, pag. 530 ss.).

<sup>1145</sup> Sul ricco contenzioso giurisprudenziale in materia v., per tutti, ALLAMPRESE, 2002, nonché - dopo il decreto - ALLAMPRESE, LELLA, 2004, parr. VI e VII. Per la giurisprudenza successiva al decreto v., con riferimento al godimento del riposo in giornata diversa della domenica, Trib. Ravenna, 26 gennaio 2005, in *Lavoro giur.*, 2005, 773, con commento di NAVILLI, *ivi*, pag. 778 ss.

<sup>1146</sup> Cfr. DEL PUNTA, 2003, pag. XXII; MAZZOTTA, 2003, par. 6.

lavoratore ha diritto al riposo settimanale [...] e non può rinunziarvi". Su ques'ultima previsione, infatti, si è sviluppata una pluriennale e ben nota giurisprudenza della Corte costituzionale, alla cui stregua vanno lette e interpretate le varie disposizioni derogatorie sopra illustrate.

Pertanto, devono essere qui ribadite le valutazioni già espresse in altra sede<sup>1147</sup>:

- innanzitutto, *nessun lavoratore* può essere privato del diritto costituzionale al riposo settimanale (cfr. Corte cost. n. 76/1962 e, *incidenter tantum*, Corte cost. nn. 146/1971 e 101/1975). È dunque in radicale contrasto con l'art. 36, co. 3, Cost. la previsione contenuta nell'art. 17, co. 6, d.lgs. n. 66, che stabilisce l'inapplicabilità dell'art. 9 al personale mobile (sia pure, come s'è detto, "nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori"), nella misura in cui tale inapplicabilità possa essere interpretata come esclusione di questi lavoratori dal diritto al riposo settimanale. Tale valutazione va poi riferita - come, in verità, occorre già fare prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 66, sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale - anche a tutti i lavoratori che ai sensi dell'art. 1, co. 2, l. n. 370, erano esclusi dall'applicazione della precedente disciplina;

- inoltre, al fine di scongiurarne l'illegittimità costituzionale, l'art. 9, co. 2, va interpretato nel senso che non è comunque consentita la compressione, da un lato, del diritto a 24 ore *consecutive* di riposo (poiché la consecutività costituisce elemento essenziale del riposo settimanale: Corte cost. n. 23/1982, nel richiamare le proprie pronunce nn. 150/1967 e 102/1976) e, dall'altro, del diritto al *non riassorbimento* o *non sovrapponibilità* (totale o parziale) del riposo giornaliero da parte di quello settimanale (Corte cost. n. 102/1976 e n. 23/1982<sup>1148</sup>); e ciò vale sia per le tre ipotesi legalmente nominate dall'art. 9, co. 2, lett. *a*, *b* e *c*, sia per quelle ulteriori individuabili da parte della contrattazione collettiva, autorizzata dalla lett. *d*<sup>1149</sup>;

- più complesso, poi, è il discorso relativo alla *periodicità settimanale* del riposo di 24 ore poiché nell'evoluzione delle pronunce della Corte sembra di scorgere, in proposito, un progressivo irrigidimento nell'ammettere una deroga a tale principio (v. Corte cost. n. 150/1967; n. 146/1971; n. 101/1975<sup>1150</sup>); ciò in virtù della crescente considerazione dell'esigenza di tutela degli interessi del

<sup>1147</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 32-36. Per le questioni trattate in testo v. anche BELLUMAT, 2003; ALLAMPRESE, LELLA, 2004; OCCHINO, 2004a; GIULIANI A., 2005c.

<sup>1148</sup> Nella prima pronuncia, la Corte, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 3, co. 3, l. n. 370/1934 (decorrenza del riposo settimanale per i lavori a squadre), ha sorretto il suo giudizio osservando, per quel che qui interessa, che "dall'insieme delle norme che disciplinano l'orario di lavoro giornaliero, il riposo settimanale e le ferie [...] risulta in modo evidente che al lavoratore dipendente debbono essere assicurate tre forme *inderogabili ed infungibili* di riposo: giornaliero, settimanale, annuale". Nella seconda sentenza, poi, il ragionamento è direttamente condotto alla luce delle finalità rinvenibili nella previsione costituzionale e si conclude con l'affermazione secondo cui "è necessario che il riposo settimanale non coincida *nemmeno in parte* con il riposo giornaliero, ma da questo rimanga ben distinto" (il che, tra l'altro, esclude che possano verificarsi frazionamenti del riposo settimanale, che comportino la sovrapposizione delle diverse frazioni con il riposo giornaliero).

<sup>1149</sup> D'altronde, si potrebbe dire che, almeno per ciò che attiene al riassorbimento del riposo giornaliero in quello settimanale, il legislatore abbia implicitamente inteso soddisfare i principi derivanti dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale, in quanto non ha utilizzato la possibilità derogatoria offerta sul punto, in presenza di condizioni giustificatrici oggettive, tecniche o di organizzazione del lavoro, dall'art. 5, par. 3, della dir. n. 104.

<sup>1150</sup> Nella prima pronuncia, la Corte ha affermato che la periodicità ebdomadaria può essere legittimamente alterata ove ciò sia ragionevolmente imposto dalle esigenze della produzione nell'industria, nel commercio, nei trasporti, nell'agricoltura ecc., derivanti "dalla grande varietà di regimi di lavoro" ovvero connesse "alle varie specie di attività lavorative caratterizzate da peculiari circostanze", precisando altresì che, in ogni caso, è necessario che la diversa periodicità sia ristretta "ai casi di *evidente necessità* a tutela di altri

lavoratore, in particolare della sua *salute*, ma anche, ed anzi soprattutto, in ragione del richiamo, cui è infine giunta la Corte, alla necessità che le deroghe al principio di periodicità rispondano ad una logica di *eccezionalità* (v. ancora Corte cost. n. 101/1975);

- al contrario, data l'indifferenza dell'art. 36, co. 3, Cost., in merito alla coincidenza del riposo settimanale con la domenica, nessun problema di legittimità costituzionale pongono l'art. 9, co. 2, 3 e 4, del d.lgs. n. 66, nonché le altre disposizioni della l. n. 340 che consentono, per determinati lavoratori e attività, di derogare al principio, sancito nel co. 1 dell'art. 9, della coincidenza del riposo settimanale con la giornata della domenica;

- per quanto attiene, infine, alle deroghe già previste dalla legge del 1934 (e fatte salve dall'art. 9, co. 4, d.lgs. n. 66), ci si può qui limitare ad accennare che la loro sopravvivenza determina la riproposizione dei dubbi di costituzionalità già sollevati, nel tempo, dalla dottrina con riferimento a tutti i casi in cui le vecchie disposizioni prevedevano una mera riduzione del riposo, senza recuperi successivi, ovvero il suo frazionamento<sup>1151</sup>.

In definitiva, della giurisprudenza costituzionale in questa materia dovrà certamente tenere conto la contrattazione collettiva (il cui intervento non pone problemi di legittimità, mancando una riserva di legge nell'art. 36, co. 3, Cost.: cfr. Corte cost. n. 146/1971), la quale dovrebbe operare, in forza dell'art. 9, co. 2, lett. *d*, soltanto, appunto, nel rispetto dei confini, tendenzialmente sempre più rigorosi, posti dalla Corte<sup>1152</sup>. Quanto invece alle tre ipotesi tipizzate dal decreto al co. 2, lett. *a*, *b* e *c*, mentre non sembrano sorgere dubbi in relazione all'ipotesi *sub c* (dove è implicato l'effettivo godimento della libertà costituzionale di circolazione di cui all'art. 16 Cost.), qualche perplessità potrebbe forse sorgere in relazione alle ipotesi *sub a* e *b*, una volta che si desse rilievo

---

interessi apprezzabili" e che, nel ciclo di lavoro di un certo periodo di tempo, rimanga comunque ferma la media di ventiquattro ore di riposo dopo sei giornate lavorative (risultando di conseguenza illegittime le previsioni che non soddisfano quest'ultimo requisito, poiché consentono - a causa della loro imprecisione e vaghezza - la concentrazione dei riposi) (Corte cost. n. 150/1967). Nella seconda sentenza, la Corte ha in sostanza ribadito tali conclusioni, confermando, tra l'altro, che non devono essere superati i limiti di ragionevolezza rispetto sia alle esigenze particolari della specialità del lavoro, sia - e trattasi di un significativo sviluppo della precedente pronuncia - rispetto alla tutela degli interessi del lavoratore soprattutto per quanto riguarda *la sua salute* (Corte cost. n. 146/1971). Nella terza pronuncia, infine, la Corte ha ancora richiamato le proprie precedenti valutazioni, ma ha anche precisato, nel confermare l'esigenza che non vengano superati i già menzionati limiti di ragionevolezza, che deve trattarsi - ed in ciò è rinvenibile un nuovo e significativo elemento nel ragionamento del Giudice delle leggi - di "situazioni idonee a giustificare un *regime eccezionale*" (Corte cost. n. 101/1975).

<sup>1151</sup> Si v., in particolare, VENTURA, 1968, pag. 67 ss.; TREU, 1979, pag. 128 s.; ICHINO, 1987, pag. 160; GALLI, 1987, pag. 546 ss., nonché, per un riepilogo delle diverse ipotesi derogatorie contenute nella l. n. 370/1934 e dei problemi di costituzionalità che esse pongono, ALLAMPRESE, LELLA, 2004, pag. 360 ss.

<sup>1152</sup> Per l'applicazione dei principi qui riepilogati ai rinnovi di categoria sottoscritti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 66, v. l'analisi critica di LELLA, 2005, pag. XVI ss. Il profilo pare, poi, adeguatamente considerato nella risposta ad istanza di interpellato resa, di recente, dal Min. lav.-Direzione generale per l'attività ispettiva (1° settembre 2005, prot. n. 2186), nella quale si precisa che l'accordo collettivo può disciplinare ipotesi *eccezionali* (cioè "casi eccezionali connessi ad oggettive ed imprescindibili esigenze aziendali") di superamento dei sei giorni lavorativi, ma non prevedere un regime ordinario di prolungamento delle giornate lavorative. Per una questione già emersa in giurisprudenza, v. Trib. Ravenna, 26 gennaio 2005, cit.: nella pronuncia si afferma (condivisibilmente, per quanto sopra argomentato) che anche le deroghe concesse dall'art. 9 in tema di periodicità ebdomadaria del riposo debbano essere interpretate alla luce delle precedenti pronunce della Corte cost., anche se il giudicante preferisce poi utilizzare, ai fini della soluzione del caso concreto, quella parte del ragionamento della Corte in cui si afferma che la deroga deve essere giustificata da una "evidente necessità", piuttosto che rifarsi al passaggio, presente nella più recente delle pronunce citate in nt. 176, dove si parla di "situazioni idonee a giustificare un *regime eccezionale*".

alle affermazioni della Corte relative, da un lato, alle esigenze di tutela degli interessi del lavoratore e, dall'altro, alla natura eccezionale del regime derogatorio (v., ancora, Corte cost. n. 150/1967; n. 146/1971; n. 101/1975)<sup>1153</sup>.

#### 7.4. Le ferie

Un'altra rilevante innovazione introdotta dal decreto è relativa alla disciplina delle *ferie*, cui è dedicato l'art. 10, il quale, come si vedrà, è peraltro tra quelli più significativamente incisi dalle modifiche apportate dal decreto correttivo n. 213/2004.

L'art. 10, invero, fa espressamente salvo (nella vecchia come nella nuova formulazione del suo co. 1) quanto previsto dall'art. 2109 c.c. e, pertanto, continuano ad operare i seguenti principi: le ferie spettano anche in caso di durata del rapporto inferiore all'anno (Corte cost. n. 66/1963); il periodo di ferie deve essere goduto possibilmente in modo continuativo; il datore di lavoro stabilisce il "tempo" (cioè il periodo) di godimento delle ferie, "tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro", e lo comunica preventivamente a quest'ultimo; il periodo di preavviso di cui all'art. 2118 c.c. non può essere computato nelle ferie<sup>1154</sup>.

Le novità rispetto al quadro normativo previgente concernono, invece:

- la fissazione per legge di un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane (art. 10, co. 1, primo periodo, d.lgs. n. 66), più elevato, quindi, di quello stabilito dalla citata Conv. Oil n. 132 del 1970, ratificata con l. n. 157/1981<sup>1155</sup>. Ed è evidente che la nuova durata minima si è imposta, sin dall'entrata in vigore del decreto, anche in presenza di previsioni collettive che fissavano durate inferiori<sup>1156</sup>;

- l'espressa previsione (imposta dall'art. 7, par. 2, della dir. n. 104) che il periodo minimo di quattro settimane non può essere sostituito dall'indennità per ferie non godute, salvo che in caso di risoluzione del rapporto (art. 10, co. 2, d.lgs. n. 66). La norma - nel sancire espressamente quanto già invero deducibile, almeno secondo alcune tesi, dall'art. 36, co. 3, Cost. ("il lavoratore ha diritto [...] a ferie annuali retribuite e non può rinunciarvi") - ha esercitato "un [immediato] impatto invalidante" sulle previsioni dei contratti collettivi che consentivano, decorso un certo periodo di tempo, la monetizzazione delle ferie non godute<sup>1157</sup>; anche se - va detto - una simile possibilità è stata poi esplicitamente soppressa ad opera dei rinnovi contrattuali successivi alla riforma<sup>1158</sup>;

- la previsione secondo cui i contratti collettivi stabiliscono criteri e modalità di "erogazione" delle ferie per le ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 3, co. 2, l'orario normale di lavoro di 40 ore settimanali sia espresso come media nell'anno (art. 10, co. 3). Questo rinvio, strettamente collegato a quello 'derogatorio' previsto dall'art. 3, co. 2, in materia di orario multiperiodale, prefigura la stipula di

<sup>1153</sup> Anche per queste conclusioni v. CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 36.

<sup>1154</sup> Su questi aspetti v., per tutti ed anche per l'analisi dei problemi interpretativi posti dalla (tuttora vigente) disciplina codicistica, GIULIANI A., 2005d, pagg. 163-180.

<sup>1155</sup> Sulla convenzione v. però *supra*, nt. 125.

<sup>1156</sup> V. anche, tra gli altri, DEL PUNTA, 2003, pag. XXIII; LAI, 2004a, pag. 89.

<sup>1157</sup> Cfr. ancora, per tutti, DEL PUNTA, 2003, pag. XXIII.

<sup>1158</sup> V. i rinnovi citati da LELLA, 2005, pag. XXII s.

clausole collettive, che si prospettano come parte integrante della deroga contemplata in quest'ultima previsione, volte a garantire, presumibilmente, una collocazione delle ferie idonea a soddisfare un reale reintegro delle energie psico-fisiche<sup>1159</sup>.

Come si è accennato in apertura di paragrafo, l'art. 10 ha subito rilevanti modifiche ad opera del d.lgs. n. 213/2004. In particolare, nell'originaria versione del suo co. 1, secondo periodo, si prevedeva che i contratti collettivi potessero “stabilire condizioni di miglior favore” e nulla si diceva in merito al termine entro il quale le ferie annuali dovessero essere concesse e godute. In tal modo, da un lato, l'intervento dei contratti collettivi era concepito solo in funzione migliorativa dello standard legale (si trattava, pertanto, di un rinvio ‘improprio’<sup>1160</sup>) e, in particolare, in funzione dell'elevazione della durata delle ferie; dall'altro, veniva eluso il nodo essenziale costituito dalla sussistenza o meno di un termine massimo entro cui le ferie dovessero comunque essere godute (e, poi, dalla sua quantificazione)<sup>1161</sup>. A ciò si aggiunga che mancava del tutto la previsione di sanzioni per l'eventuale violazione della disciplina in materia di ferie<sup>1162</sup>.

Al contrario, la versione attuale dell'art. 10, co. 1, dopo aver confermato che “[...] il prestatore di lavoro ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane”, prosegue stabilendo che “tale periodo, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva [...], va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione”. Inoltre, il co. 3 dell'art. 18-bis (introdotto dal decreto correttivo) prevede una specifica sanzione per l'ipotesi in cui siano violate, tra l'altro, le disposizioni di cui all'art. 10, co. 1.

Ebbene, dalla nuova formulazione dell'art. 10, co. 1, derivano taluni problemi di costituzionalità e di conformità del dato normativo interno rispetto alla disciplina comunitaria.

Per quanto concerne i primi, si può qui anzitutto confermare - rinviando, per una più ampia argomentazione, a quanto affermato in altra sede<sup>1163</sup> - che la nuova previsione, nello stabilire che due settimane di ferie devono essere godute nell'anno di maturazione, fissa la “quota minimale di ferie [...], evidentemente individuata [dal legislatore nazionale] come quella la cui fruizione *tempestiva* è indispensabile per proteggere la salute del lavoratore ampiamente intesa”<sup>1164</sup>. Quanto meno rispetto a tale quota dovranno quindi valere i principi elaborati, interpretando l'art. 36, co. 3, Cost., dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 543/1990. Secondo la Corte, infatti, il diritto al godimento infra-annuale del periodo feriale può essere compresso - in considerazione della “particolare natura” e del “fine” che lo connotano - “solo per l'insorgere di situazioni eccezionali non previste né prevedibili, e non per generiche e immotivate *esigenze di servizio*”; in particolare,

<sup>1159</sup> V. DEL PUNTA, 2004, pag. 385; cfr. anche BERTOCCO, 2003, pag. 338 s.

<sup>1160</sup> Cfr. anche DEL PUNTA, 2004, pag. 384.

<sup>1161</sup> DEL PUNTA, 2004, pag. 382 s. e parr. IV-V.

<sup>1162</sup> Per la confutazione delle tesi secondo la quale si sarebbero potute applicare le sanzioni previste dal d.lgs. n. 626/1994, v. LELLA, 2004, pag. 593.

<sup>1163</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 36 ss.

<sup>1164</sup> DEL PUNTA, 2004, pag. 394 (corsivo nostro).

il “sacrificio di tale diritto può essere legittimo solo allorché le esigenze di servizio assumano carattere di *eccezionalità*, e come tali siano  *motivate e comunicate* ai lavoratori, i cui periodi feriali siano già fissati o debbano ancora essere fissati”<sup>1165</sup>.

Orbene, la previsione legislativa della necessità che il predetto periodo di due settimane sia goduto nell’anno di maturazione sembra diretto a soddisfare quanto richiesto dalla citata norma costituzionale, come interpretata dalla Corte, e cioè, parafrasando ulteriori affermazioni contenute nella citata sentenza, a garantire che il lavoratore goda effettivamente - salvo le predette ragioni eccezionali - di un periodo feriale corrispondente a quello “ritenuto adeguato dalle norme di legge” ed oggi quantificato, appunto, in due settimane. Al contrario, uno specifico problema di costituzionalità deriva dal rinvio ‘in bianco’ alla contrattazione collettiva (ora contenuto nell’art. 10), che le consente di introdurre deroghe *anche* peggiorative rispetto alle modalità temporali di godimento delle ferie previste dall’ art. 10, co. 1. In particolare, risulta sicuramente in contrasto con l’art. 36, co. 3, Cost., la previsione della possibilità - per la contrattazione collettiva - di intervenire a modificare il vincolo legale secondo cui il periodo di due settimane di ferie va goduto nell’arco dell’anno di maturazione, consentendo che anche solo una frazione di esso possa slittare oltre tale limite temporale in assenza di “eccezionali, motivate esigenze di servizio”. Di modo che, a meno di non voler esporre la norma alla sanzione di illegittimità costituzionale, sarà necessario interpretarla coerentemente con tale principio, ritenendo vincolata ad esso la stessa contrattazione collettiva<sup>1166</sup>.

Per quanto attiene, invece, alle questioni relative alla conformità del nuovo testo dell’art. 10 rispetto alle disposizioni comunitarie, va anzitutto segnalato che esso - nel prevedere che una parte del periodo di ferie possa essere goduto oltre il termine dell’anno di maturazione (cioè nei 18 mesi successivi) - è apparsa, “a prima vista, contrastante con quelle” disposizioni e, in particolare con l’art. 7, n. 1, della dir. n. 93/104, come interpretato dalla Corte di giustizia<sup>1167</sup>. L’evidenza di un simile contrasto, in particolare, risulterebbe dalle affermazioni della Corte secondo cui, da un lato, l’art. 7, n. 1 non è derogabile e la sua “attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla stessa direttiva”<sup>1168</sup>; dall’altro, le competenze attribuite dallo stesso articolo ai legislatori nazionali, in merito alla fissazione delle

<sup>1165</sup> V. Corte cost. n. 543/1990, cit.; nella pronuncia, a differenza di quanto riferito dalla citata circ. Min. lav. n. 8/2005, non sono invece menzionate le mere “esigenze aziendali serie”, le quali, evidentemente, non integrano necessariamente i caratteri di *eccezionalità* cui fa riferimento la Corte.

<sup>1166</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 38 s., cui si rinvia anche per alcune annotazioni critiche sulla possibilità, concessa dalla norma, di ‘frazionare’ il periodo di ferie di due settimane.

<sup>1167</sup> ROCCELLA, 2005, pag. 300.

<sup>1168</sup> CGCE 18 marzo 2004 (causa C-342/01, *María Paz Merino Gómez contro Continental Industrias del Caucho SA*), punto 29; ma v. già CGCE 26 giugno 2001 (causa C-173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) contro Secretary of State for Trade and Industry*), punto 43. La prima pronuncia, a parte i profili che rilevano ai fini del discorso riferito in testo, merita di essere menzionata anche perché in essa si interpretano gli artt. 7, n. 1, dir. n. 93/104, 11, n. 2, lett. a, dir. 92/85 (sicurezza e salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento) e 5, n. 1, dir. 76/207 (parità di trattamento fra gli uomini e le donne) nel senso che “una lavoratrice deve poter godere delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello del suo congedo di maternità, anche in caso di coincidenza tra il periodo di congedo di maternità e quello stabilito a titolo generale, da un accordo collettivo, per le ferie annuali della totalità del personale”; e tale principio, alla luce dell’art. 11, n. 2, lett. a, della citata dir. 92/85, riguarda - sempre secondo la Corte - anche la quota aggiuntiva di ferie annuali, eventualmente prevista dalla normativa nazionale, rispetto al minimo di 4 settimane contemplato dalla dir. n. 93/104.

“condizioni di ottenimento e di concessione” delle ferie, devono essere esercitate in modo da garantire “che le modalità di applicazione nazionali” siano comunque rispettose del “diritto a ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane”<sup>1169</sup>.

Da questo punto di vista, perplessità ancora maggiori solleva - anche con riferimento alla disciplina comunitaria - l'introduzione nell'art. 10 di un rinvio 'in bianco' alla contrattazione collettiva, quale quello più sopra descritto, che potrebbe condurre ad un ulteriore peggioramento della tutela. Nella direttiva n. 93/104, infatti, non v'è traccia della possibilità, per il legislatore nazionale, di prevedere un simile rinvio, mentre il suo art. 7 si limita a stabilire che ogni lavoratore debba beneficiare “di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali”; né, d'altro canto, come già osservato in altra sede, parrebbe possibile interpretare il richiamo alle “prassi” come riferibile anche alla contrattazione collettiva, poiché questa lettura non risulterebbe affatto coerente con la presenza, in altra previsione della stessa direttiva, di un contestuale riferimento sia “alle legislazioni e/o prassi nazionali”, sia “ai contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali” (cfr. l'art. 8, co. 2, dir. n. 93/104)<sup>1170</sup>.

Un'ultima osservazione va dedicata alle conseguenze derivanti dalla previsione di apposite sanzioni, introdotte dal d.lgs. n. 213/2004, per l'ipotesi in cui sia violato l'art. 10, co. 1. Ebbene, da un lato, essa non incide ovviamente sulla praticabilità dei normali rimedi civilistici<sup>1171</sup> e, dall'altro, comporta il venire meno di un argomento (l'assenza appunto, nella versione originaria del decreto, di un apposito apparato sanzionatorio), sul quale l'Inps aveva costruito la propria posizione in merito all'assoggettamento a contribuzione dell'indennità per ferie non godute “a prescindere dalla effettiva erogazione del compenso in questione”<sup>1172</sup> (posizione, invero, criticabile già alla luce della previgente versione dell'art. 10<sup>1173</sup>).

## 8. La nuova disciplina del lavoro notturno

La disciplina del lavoro notturno era già stata dettata, al fine di adeguare l'ordinamento interno alla direttiva n. 104, dal d.lgs. n. 532/1999<sup>1174</sup>. Essa, però, è stata riscritta ad opera del d.lgs. n. 66 (v. artt. 11-15, nonché art. 1, co. 2, lett. *d* ed *e*), che ha introdotto talune rilevanti novità. Le disposizioni del nuovo decreto, a parte i profili definitori<sup>1175</sup>, sono costituite da tre blocchi principali.

<sup>1169</sup> CGCE 18 marzo 2004 (*Merino Gómez*), cit., punto 31, la cui rilevanza rispetto al profilo qui trattato è enfatizzata, appunto, da ROCCELLA, 2005, pag. 300.

<sup>1170</sup> CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 11.

<sup>1171</sup> Ma in proposito v. le posizioni di DEL PUNTA, 2004, par. III e pag. 397 s.; OCCHINO, 2004b, pag. 1367 ss.; GIULIANI A., 2005d, pag. 184 ss.

<sup>1172</sup> V. i messaggi Inps n. 79 del 27 giugno 2003 e n. 118 dell'8 ottobre 2003.

<sup>1173</sup> Cfr. DEL PUNTA, 2003, pag. XXIII; PAPALEONI, 2003, pag. 462; GAROFALO D., 2003, pag. 1014. V. ora DEL PUNTA, 2004, pag. 401 ss.

<sup>1174</sup> Sul d.lgs. n. 532 v., per tutti, FERRANTE, 2000; RICCI G., 2000; CALAFÀ, 2003.

<sup>1175</sup> L'art. 1, co. 2, lett. *d* ed *e*, nel riprendere, con talune variazioni, le definizioni contenute nel d.lgs. n. 532/1999, definisce, come “periodo notturno”, il “periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l'intervallo tra la mezzanotte e le cinque del mattino” (lett. *d*) e, come “lavoratore notturno”, “qualsiasi lavoratore che durante il periodo notturno svolga almeno tre ore del suo tempo di lavoro giornaliero impiegato in modo normale”, nonché “qualsiasi lavoratore che svolga durante il periodo notturno almeno una parte del suo orario di lavoro secondo le norme definite dai contratti collettivi di lavoro. In difetto di disciplina collettiva è considerato lavoratore notturno qualsiasi lavoratore che svolga lavoro notturno per un minimo di ottanta giorni lavorativi all'anno; il suddetto

Al primo blocco, attinente ai profili sostanziali, è riconducibile la disciplina di cui all'art. 11, co. 2 (obbligatorietà del lavoro notturno e relative esclusioni e divieti) e all'art. 13 (limiti alla durata del lavoro notturno).

Nell'art. 11, in particolare, si rinviene l'esplicitazione di un vero e proprio obbligo di prestare lavoro notturno in capo a tutti i lavoratori, senza alcuna distinzione basata sul sesso; quest'obbligo non è peraltro assoluto, poiché permangono alcune esclusioni che, come si è osservato, risultano "graduate in base alla fonte normativa che le individua (legge o contratto collettivo) e alle situazioni cui esse si riferiscono"<sup>1176</sup>.

La legge, infatti, stabilisce anzitutto il divieto assoluto - cioè non derogabile in alcun modo dall'autonomia privata, individuale e collettiva - e penalmente sanzionato (art. 18-bis, co. 1) di svolgimento del lavoro, tra le ore 24 e le 6, per le donne in gravidanza e fino al compimento di un anno di età del bambino (art. 11, co. 2, secondo periodo; cfr. già art. 53, d.lgs. n. 125/2001 e, in precedenza, art. 17, l. n. 25/1999).

In secondo luogo, è rimessa alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare ulteriori requisiti in base ai quali escludere altri lavoratori dal suddetto obbligo, qui senza alcuna distinzione fondata sul sesso (art. 11, co. 2, primo periodo): si tratta di un rinvio 'improprio', nel senso più sopra descritto, poiché - ferma restando la facoltà, ormai riconosciuta al datore di lavoro, di richiedere lavoro notturno - la previsione da parte dei contratti collettivi di requisiti soggettivi in presenza dei quali i lavoratori non possono esservi adibiti costituisce un intervento limitativo di un potere datoriale altrimenti non vincolato dalla legge (salvo che nei casi già previsti dal medesimo art. 11, co. 2).

Infine, sono individuate specifiche esigenze familiari, in presenza delle quali i lavoratori non sono obbligati a prestare lavoro notturno (lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o, in alternativa, lavoratore padre convivente con la stessa; lavoratrice o lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni; lavoratrice o lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni)<sup>1177</sup>. In questi casi, quindi, lo svolgimento o meno del lavoro notturno è rimesso

---

limite minimo è riproporzionato in caso di lavoro a tempo parziale" (lett. e). Con riferimento alla definizione di cui alla lett. d, si è osservato che essa finisce per rimettere l'esatta collocazione del periodo notturno alla libera decisione del datore di lavoro, "sulla base degli orari praticati in concreto e [pur sempre] nel rispetto delle [eventuali] previsioni contrattuali", nonché - ovviamente - nel rispetto delle coordinate legali sopra indicate: v. FERRANTE 2004b, pag. 1377 (ma già 2000, pag. 548); BOLEGO, 2004b, pag. 83; MATTAROLO, 2003a, pag. 343 s. (anche per l'indicazione di talune ipotesi di fasce temporali: 22-5; 23-6; 24-7; in quest'ultimo senso, cfr. anche il punto 18 della circ. Min. lav. n. 8/2005, cit.; LEPORE, 2005, pag. 103 s.). La definizione di cui alla lett. e, poi, contiene due distinte ipotesi, *alternative* tra loro, nel senso che è sufficiente il verificarsi anche solo di una delle medesime affinché il lavoratore sia sottoposto alla tutela prevista per i lavoratori notturni (v., oltre agli autori e alla circolare appena citati, la risposta ad istanza di interpello, resa dal Min. lav.-Direzione generale per l'attività ispettiva, del 12 aprile 2005, prot. n. 388, in *Dir. e pratica lav.*, 2005, n. 22, 1223); con riferimento alla seconda ipotesi, inoltre, il legislatore ha previsto un intervento della contrattazione collettiva la quale, integrando la legge al fine di individuare, appunto, la nozione di lavoratore notturno, potrebbe stabilire condizioni sia di miglior favore, sia peggiorative, rispetto al limite degli ottanta giorni lavorativi annui (v. CARABELLI, LECCESE, 2004a, pag. 53 s., nonché 2005b, pag. 413 ss.).

<sup>1176</sup> Su questi aspetti v. LEONE, 2004a, pag. 412 ss. (anche per la ricostruzione delle vicende che avevano già condotto l'Italia, dopo l'intervento della Corte comunitaria di giustizia, ad abrogare il divieto di lavoro notturno per le donne, salvo il caso della gravidanza e del puerperio: v. art. 17, co. 1, l. n. 25/1999 ed ora art. 53, d.lgs. n. 151/2001).

<sup>1177</sup> È invece scomparsa la previsione, contenuta nel d.lgs. n. 532/1999 (art. 3, co. 1), secondo cui dovevano essere adibiti al lavoro notturno, "con priorità assoluta", coloro che ne avessero fatto richiesta, sia pure "tenuto conto delle esigenze organizzative aziendali".

integralmente all'autonomia individuale, nel senso che l'esclusione dall'obbligo può essere rimossa da una manifestazione di volontà, in tal senso, dei lavoratori indicati (v. art. 11, co. 2, lett. a, b e c; cfr. già art. 53, d.lgs. n. 125/2001 e, in precedenza, art. 17, l. n. 25/1999). Va poi detto che l'art. 18-bis, co. 1, del decreto (introdotto dal d.lgs. n. 213/2004), contempla ora una sanzione penale per l'ipotesi in cui i lavoratori in questione siano adibiti "al lavoro notturno nonostante il loro dissenso espresso in forma scritta e comunicato al datore di lavoro entro 24 ore anteriori al previsto inizio della prestazione"<sup>1178</sup>.

Altre previsioni di carattere sostanziale, come si accennava, sono poi quelle riguardanti la *durata* del lavoro notturno, che - nell'attuale formulazione - pongono qualche problema interpretativo. L'art. 13, co. 1, infatti, dopo aver stabilito che "l'orario di lavoro dei lavoratori notturni non può superare le otto ore *in media* nelle ventiquattro ore", fa salva "l'individuazione da parte dei contratti collettivi, anche aziendali, di un periodo di riferimento *più ampio* sul quale calcolare come media il suddetto limite"<sup>1179</sup>.

In proposito, va anzitutto osservato che anche nella nuova norma (la cui violazione è oggi sanzionata ai sensi dell'art. 18-bis, co. 7) manca una qualsivoglia specificazione in merito alla natura del limite stesso (che non è qualificato come *normale*) e, pertanto, risulta confermato che il limite di 8 ore è un limite complessivo (cioè comprensivo del lavoro straordinario)<sup>1180</sup>.

Per converso, a prima vista, la nuova formulazione avrebbe invece reso più flessibile la durata del lavoro notturno, consentendo - a differenza di quanto previsto dall'art. 4, d.lgs. n. 532/1999 - che essa sia rispettata, *come media*, su di un arco temporale diverso (e più ampio) rispetto alle 24 ore, anche in assenza di una specifica previsione collettiva in tal senso. Sennonché, manca nel d.lgs. n. 66 una specifica indicazione del periodo di riferimento entro cui calcolare le 8 ore come *media*, se si eccettua l'ipotesi relativa al settore della panificazione non industriale, rispetto alla quale l'art. 13, co. 5, stabilisce che "la media di cui al comma 1 del presente articolo va riferita alla settimana lavorativa". È quindi evidente che, fatta eccezione per quest'ultimo settore, le 8 ore non potranno che essere rispettate proprio all'interno delle 24 ore, salvo, appunto, che i contratti collettivi non intervengano a prevedere uno specifico periodo di riferimento sul quale calcolare le 8 ore come media<sup>1181</sup>. Il decreto precisa, poi, che il periodo minimo di riposo settimanale

E si tratta di un ulteriore profilo di regresso delle tutele previgenti, anche se realizzato rispetto ad una disposizione successiva alla direttiva (ma su questo aspetto v., in generale, CARABELLI, LECCESE, 2005a, par. 8.1)

<sup>1178</sup> V'è da ritenere che la previsione, limitandosi a determinare i presupposti per la non irrogabilità della sanzione, non incida invece sulla norma sostanziale e, pertanto, il rifiuto del lavoratore potrà essere legittimamente esercitato anche in forma diversa: cfr. LEONE, 2004a, pag. 418 s.; LELLA, 2004, pag. 596. In senso diverso sembra la circ. Min. lav. n. 8/2005, cit., punto 18.

<sup>1179</sup> Il riferimento anche ai contratti "aziendali" contrasta con l'art. 16, n. 3, della dir. n. 93/104/Ce, il quale si riferisce espressamente ai soli "contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale o regionale" (in senso analogo, v. FORTUNATO, 2003, pag. 403).

<sup>1180</sup> Con riferimento alla precedente previsione del d.lgs. n. 532, v. CARABELLI, LECCESE, 2002, par. 2.5.

<sup>1181</sup> In sostanza, non vi sarebbero state variazioni, per questo aspetto, rispetto alla precedente regolamentazione (in proposito, v. anche DEL PUNTA, 2003, pag. XX, il quale attribuisce la differenza lessicale tra la vecchia e la nuova disciplina, ad "una svista concettuale", in cui sarebbe incorso il legislatore delegato del 2003; CALAFÀ, 2004, pag. 441; FERRANTE, 2004b, pag. 1382 s.). Ed infatti, non si comprende come il limite possa essere ritenuto applicabile, pur "in mancanza di una esplicita previsione normativa [...]", su di un periodo di riferimento pari alla settimana lavorativa" (è questa, invece, l'opinione del Ministero del lavoro, espressa nella circ. n. 8/2005, a supporto della quale si adduce la considerazione secondo cui "il legislatore ha in più occasioni adoperato l'arco settimanale quale parametro per la quantificazione della durata della prestazione", come negli articoli 3 e 4, d.lgs. n. 66/2003; sennonché tale considerazione è ovviamente irrilevante, sia perché la puntualizzazione dell'arco di riferimento, contenuta in altre norme del decreto

previsto dall'art. 9 "non viene preso in considerazione per il computo della media quando coincide con il periodo di riferimento stabilito dai contratti collettivi di cui al comma 1" (art. 13, co. 4).

Nel decreto (art. 13, co. 3) è altresì contenuto il riferimento a lavorazioni per le quali il limite di 8 ore va comunque rispettato nel corso di ogni periodo di 24 (si tratta di lavorazioni che comportano rischi particolari, da individuare con d.m.: *infra*).

Va poi osservato che il rinvio alla contrattazione collettiva non si esaurisce nei profili indicati poiché ad essa è anche affidata, anzitutto, l'eventuale definizione delle riduzioni dell'orario di lavoro o dei trattamenti economici indennitari nei confronti dei lavoratori notturni; e al riguardo sono anche fatte salve le disposizioni collettive relative ai trattamenti economici e alle riduzioni di orario per i lavoratori notturni, "anche se non concesse a titolo specifico" (art. 13, co. 2)<sup>1182</sup>. In secondo luogo, ai contratti collettivi qualificati ai sensi dell'art. 17, co. 1, è attribuita una facoltà di deroga *incondizionata* alle previsioni dell'art. 13, sia pure nel rispetto delle previsioni dell'art. 17, co. 4; pure in questo caso, comunque, si prevede l'eventuale opera di supplenza da parte del Ministro, esercitabile solo nelle ipotesi indicate dalla legge (art. 17, co. 2 e 4).

Si deve infine rammentare che anche l'art. 13 non si applica ai lavoratori per i quali la durata dell'orario di lavoro non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi (art. 17, co. 5, su cui ci si è soffermati *supra*, par. 7.1), nonché al personale mobile (art. 17, co. 6, rispetto al quale valgono, anche in questo caso, le osservazioni critiche formulate nel par. 7.1).

Un secondo blocco di norme è connesso agli aspetti procedurali ed è contenuto nell'art. 12 del decreto (intitolato alle "*modalità di organizzazione del lavoro notturno e obblighi di comunicazione*"), il quale impone due obblighi distinti.

Il primo obbligo è posto al fine di consentire il controllo sindacale sulla "introduzione del lavoro notturno" (non, quindi, sull'adibizione del singolo lavoratore al lavoro notturno, per la quale vigono le tutele di cui si dirà tra breve). Tale introduzione, infatti, deve essere preceduta, secondo criteri e modalità "previsti dai contratti collettivi, dalla *consultazione* delle rappresentanze sindacali in azienda, se costituite, aderenti alle organizzazioni firmatarie del contratto collettivo applicato dall'impresa". In mancanza di tali rappresentanze, la "consultazione va effettuata con le organizzazioni territoriali dei lavoratori come sopra definite [cioè aderenti alle oo.ss. firmatarie del contratto] per il tramite dell'Associazione cui l'Azienda aderisca o conferisca mandato" (art. 12, co. 1). L'eventuale introduzione del lavoro notturno senza il rispetto della descritta procedura potrà dar luogo ad un ricorso ai sensi dell'art. 28, l. 300/1970 e, secondo alcune tesi, risulterebbe comunque illegittima<sup>1183</sup> e i singoli lavoratori potrebbero legittimamente rifiutarsi di svolgere lavoro notturno<sup>1184</sup>. Va comunque considerato che "la consultazione va effettuata e conclusa entro un periodo di almeno sette giorni" (art. 12, co. 1, ultimo periodo); in caso di esito negativo, il

---

con riferimento a diverse ipotesi, rende ancor più evidente la differenza tra queste ed il caso che qui ci occupa, sia perché nel decreto sono presenti altri parametri temporali, come quello quadrimestrale di cui allo stesso art. 4, i quali - seguendo il non condivisibile ragionamento del Ministero - potrebbero anch'essi 'ambire' ad essere applicati in questa circostanza).

<sup>1182</sup> Sui profili relativi alla sussistenza di un diritto individuale alla maggiorazione e alla sua quantificazione, v. FORTUNATO, 2003, pag. 411 ss.; CALAFÀ, 2004, pag. 440; FERRANTE, 2004b, pag. 1375 ss.

<sup>1183</sup> DEL PUNTA, 2003, pag. XX.

<sup>1184</sup> MATTAROLO, 2004b, pag. 374; CALAFÀ, 2004, pag. 436 s.

datore di lavoro, decorso tale termine, potrà comunque procedere all'introduzione del lavoro notturno.

Sul datore incombe poi uno specifico obbligo d'informazione, poiché egli è tenuto ad informare per iscritto e con periodicità annuale (eventualmente per il tramite dell'associazione cui aderisca o conferisca mandato) i servizi ispettivi della Direzione provinciale del lavoro competente per territorio dell'esecuzione "di lavoro notturno svolto in modo continuativo o compreso in regolari turni periodici, salvo che esso sia disposto dal contratto collettivo. Tale informativa va estesa alle organizzazioni sindacali di cui al comma che precede" (art. 12, co. 2).

Anche rispetto all'art. 12 operano le facoltà di deroga e le esclusioni sopra riferite con riferimento all'art. 13, eccetto quella relativa ai lavoratori mobili (v. art. 17, co. 1-2 e 4-6)<sup>1185</sup>.

Il terzo blocco di disposizioni relative al lavoro notturno ha l'obiettivo specifico di tutelare la salute dei lavoratori notturni. A tale proposito, il legislatore si occupa, anzitutto, dell'idoneità allo svolgimento del lavoro notturno, attraverso una fitta trama normativa nella quale, agli accertamenti periodici sullo stato di salute dei lavoratori (almeno ogni due anni: art. 14, co. 1, nel testo modificato dal d.lgs. n. 213/2004; v. anche la sanzione penale prevista dall'art. 18-bis, co. 2), si aggiungono quelli preventivi (sia rispetto all'eventuale assunzione che, in costanza di rapporto, rispetto all'adibizione *ex novo*). Va qui segnalato, in particolare, che il legislatore del 2003 rimuove uno dei problemi posti dal decreto del 1999, giacché supera la competenza "secca" lì attribuita in materia al medico competente ai sensi del d.lgs. n. 626/94, per le verifiche in corso di rapporto, affiancando a quest'ultimo le competenti strutture pubbliche (v. art. 14, co. 1, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004; cfr. anche art. 15, co. 1): la previsione non è di poco conto giacché la figura del medico competente non è presente in tutte le realtà aziendali<sup>1186</sup>.

Il decreto, peraltro, nulla dice in ordine alle conseguenze derivanti da un eventuale giudizio di inidoneità, salvo il caso della cd. inidoneità sopravvenuta – presumibilmente riscontrata in uno dei controlli periodici – dalla quale consegue la possibilità di adibire il lavoratore al lavoro diurno, in mansioni equivalenti, ma solo "se esistenti e disponibili" (art. 15, co. 1) e, quindi, senza che si possa configurare un obbligo in capo al datore di lavoro di modificare la sua organizzazione produttiva ove tali mansioni non siano presenti<sup>1187</sup>. Riprendendo quanto osservato dalla dottrina sul d.lgs. n. 532/1999 è possibile riprodurre in questa sede il modello costruito dalla giurisprudenza sulla generica inidoneità sopravvenuta del lavoratore, modello che si fonda sulla possibilità del datore di lavoro di adibire il lavoratore anche a mansioni inferiori e, solo ove anche questa possibilità non sia percorribile, di procedere a licenziamento per g.m.o. In ogni caso, il rinvio all'autonomia collettiva contenuto nell'art. 15, co. 2 (il quale chiama quest'ultima a definire le modalità di applicazione dell'art. 15, co. 1 e ad individuare apposite soluzioni, per il caso che l'assegnazione ad altre mansioni "non risulti applicabile"), sembra affidare ad essa il compito di chiarire e integrare le lacunose disposizioni legislative.

<sup>1185</sup> Per talune di tali deroghe si pongono, in questo caso, problemi di compatibilità con le disposizioni comunitarie: v. MATTAROLO, 2003b, pag. 375 ss.; PASQUALETTO, 2003, pag. 504 s.; RICCI G., 2004, pag. 470 s.

<sup>1186</sup> Su tutti questi aspetti v., più ampiamente, con riferimento al testo risultante dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 213/2004, LEONE, 2004b; LAI, 2004a.

<sup>1187</sup> V. FERRANTE, 2000, pag. 553; cfr. anche LAI, 2004b, pag. 1393; LIMENA, 2003, pag. 446 ss.

Sempre al fine di tutelare la salute dei lavoratori notturni, il decreto prevede inoltre che il datore, oltre alla sorveglianza sanitaria di cui si è già detto, garantisca altresì - previa informativa alle rappresentanze sindacali in azienda, se costituite, aderenti alle oo.ss. firmatarie del contratto collettivo applicato - "un livello di servizi o di mezzi di prevenzione o protezione adeguato ed equivalente a quello previsto per il lavoro diurno" (art. 14, co. 2): si tratta di un riferimento che ben può essere inteso come relativo "ad ogni aspetto della sicurezza sui luoghi di lavoro (informazione, formazione dei lavoratori, procedure di emergenza e di pronto soccorso, ecc.)"<sup>1188</sup>. Colpisce negativamente, tuttavia, che il decreto imponga, come unico onere formale, quello dell'informazione preventiva alle menzionate rappresentanze sindacali, trascurando il fatto che i soggetti sindacali in materia di sicurezza sono i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e che non sempre essi coincidono con le RSU o con le RSA.

Va infine evidenziato che l'art. 13, co. 3, rinvia ad un apposito d.m., da adottare entro 120 giorni dall'entrata in vigore del d.lgs., la redazione di un elenco di lavorazioni che comportano rischi particolari o rilevanti tensioni fisiche o mentali e per le quali, quindi, le tutele necessitano di un'applicazione particolarmente rigorosa. Per le lavorazioni che saranno individuate con d.m., infatti, si prevede che, come accennato, la durata del lavoro notturno non possa mai superare le 8 ore nell'arco di ogni periodo di 24 (art. 13, co. 3, la cui violazione è sanzionata ai sensi dell'art. 18-bis, co. 7) e che il datore di lavoro - previa consultazione con le rappresentanze sindacali sopra menzionate - disponga, ai sensi degli artt. 40 ss., d.lgs. n. 626/1994, "appropriate misure di protezione personale e collettiva" (art. 14, co. 3).

Ai contratti collettivi di lavoro (anche in questo caso, si tratta di quelli previsti dall'art. 1, co. 2, lett m) è invece affidato il compito di prevedere, eventualmente, "modalità e specifiche misure di prevenzione" per i lavoratori sieropositivi o tossicodipendenti, adibiti a prestazioni di lavoro notturno (art. 14, co. 4, che richiama la l. n. 135/1990 e la l. n. 162/1990).

## 9. Riferimenti bibliografici

AA. VV. (2005), *Orari e tempi di lavoro: le nuove regole*, in *I saggi di NGL*, n. 6, Bancaria ed., Roma.

ALLAMPRESE A. (2001a), *Il lavoro straordinario dalle politiche di divieto al «realismo sociale»*, in CARINCI F. (a cura di), *Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva*, Ipsoa, Milano, pag. 115.

ALLAMPRESE A. (2001b), *La nozione europea di orario di lavoro e il suo recepimento in Francia: spunti di riflessione per il legislatore italiano*, in *Lavoro giur.*, pag. 1122.

ALLAMPRESE A. (2002), *Commento all'art. 2109 c.c.*, in CENDON P. (a cura di), *Commentario al codice civile - Aggiornamento 1991-2001*, vol. III, Utet, Torino.

ALLAMPRESE A. (2003a), *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro*, Kluwer Ipsoa, Milano.

ALLAMPRESE A. (2003b), *Profili di incompatibilità dello schema di decreto legislativo (di attuazione della direttiva n. 93/104 in materia di orario di lavoro, come modificata dalla direttiva n. 2000/34) con la direttiva di riferimento*, in [www.cgil.it/giuridico](http://www.cgil.it/giuridico)

ALLAMPRESE A. (2003c), *Attività di guardia medica e orario di lavoro*, in *Lavoro giur.*, pag. 1134.

<sup>1188</sup> In tal senso LEONE, 2004b.

- ALLAMPRESE A. (2004), *Il lavoro straordinario*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 216.
- ALLAMPRESE A. (2005), *Una riflessione sulla recente riforma dell'orario di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, pag. 85.
- ALLAMPRESE A., LELLA G. (2004), *Riposi settimanali*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 341.
- BARRACO E. (2003), *Commento all'art. 5*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 210.
- BAVARO V. (2004a), *Algebra e diritti nei criteri di computo dell'orario di lavoro*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 270.
- BAVARO V. (2004b e 2004c), *Commento agli artt. 3 e 4; Commento all'art. 16*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1288 e pag. 1395.
- BELLOMO S. (1999), *Limiti e flessibilità dell'orario di lavoro giornaliero dopo la legge 24 giugno 1997, n. 196*, in *Arg. dir. lav.*, pag. 145.
- BELLOMO S. (2004a e 2004b), *L'ambivalenza funzionale dell'orario normale di lavoro, tra dimensione retributiva e delimitazione dell'impegno lavorativo ordinario; Il limite massimo dell'orario settimanale ed il suo difficile trasferimento dall'ordinamento europeo alla legislazione nazionale*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 136 e pag. 191.
- BELLOMO S. (2005), *Il bilanciamento tra impegno lavorativo quotidiano e salvaguardia dell'integrità psicofisica: la disciplina della pausa e del riposo giornaliero nel d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in AA. VV. (2005), pag. 113.
- BELLUMAT S. (2003), *Commento all'art. 9*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 273.
- BERNARDO P. (2003), *Commento all'art. 19*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 574.
- BERTOCCO S. (2003), *Commento all'art. 10*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 312.
- BIANCHI D'URSO F., VIDIRI G. (2003), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro tra vincoli e opportunità*, in *Mass. giur. lav.*, pag. 832.
- BOLEGO G. (2003), *Orientamenti giurisprudenziali in tema di lavoro straordinario*, in *Dir. lav. mer.*, pag. 421.
- BOLEGO G. (2004a), *Il lavoro straordinario. Fattispecie, disciplina e tecniche di tutela*, Cedam, Padova.
- BOLEGO G. (2004b), *Finalità e definizioni*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 62.
- CAIAZZA L., CAIAZZA R. (2003), *Orario di lavoro: abrogazioni, norme vigenti e sanzioni*, in *Guida al lav.*, n. 20, pag. 10.
- CALAFÀ L. (2003), *Lavoro notturno*, in *Digesto disc. priv. comm.*, Aggiornamento, pag. 619.
- CALAFÀ L. (2004), *La disciplina del lavoro notturno: organizzazione e durata*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 431.

CARABELLI U., LECCESE V. (2002), *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia* (Rapporto sull'Italia presentato al Séminaire de recherche européen: leçons d'une réduction de la durée du travail, Bordeaux, 5-6 dicembre 2002), in [www.unicz.it/lavoro/lavoro.htm](http://www.unicz.it/lavoro/lavoro.htm)

CARABELLI U., LECCESE V. (2004a), *Il d.lgs. n. 66 del 2003, di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 3.

CARABELLI U., LECCESE V. (2004b), *Parere su: "L'interpretazione delle clausole di non regresso"*, in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, pag. 535.

CARABELLI U., LECCESE V. (2005a), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impr. Europa*, in corso di stampa.

CARABELLI U., LECCESE V. (2005b), *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol I, Cedam, Padova, pag. 345.

CARINCI F. (2004), *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in MISCIONE M., RICCI M. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, vol. I del *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., Ipsoa, Milano, pag. XXIX

CASOLA M. (2004), *Il settore autoferrotranviario*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 603.

CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano.

CORSO I. (2003), *Commento all'art. 3*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 127.

CORTI M. (2004a, 2004b e 2004c), *Commento all'art. 2; Commento all'art. 8; Commento all'art. 18*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1251, pag. 1334 e pag. 1410.

DELL'OLIO M. (1998), *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, in *Arg. dir. lav.*, pag. 369.

DEL PUNTA R. (2003), *La riforma dell'orario di lavoro*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 22, Inserto.

DEL PUNTA R. (2004), *La nuova disciplina delle ferie*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 378.

DE MOZZI B. (2003), *Commento all'art. 8*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 247.

FERRANTE V. (1999), *La nuova legge in tema di lavoro straordinario*, in *Nuove leggi civ.*, pag. 799.

FERRANTE V. (2000), *La disciplina del lavoro notturno*, in *Nuove leggi civ.*, pag. 534.

FERRANTE V. (2004a, 2004b, 2004c, 2004d e 2004e), *Commento agli artt. 5 e 6; Commento agli artt. 11, 12 e 13; Commento all'art. 17; Commento all'art. 18-bis; Commento all'art. 19*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1307, pag. 1373, pag. 1402, pag. 1417 e pag. 1425.

FORTUNATO A. (2003), *Commento all'art. 13*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 380.

- FRANCI R. (2003), *L'orario di lavoro e le modalità della prestazione*, in *Lavoro e prev. oggi*, pag. 775.
- GALLI G. (1987), *I riposi settimanali ed infrasettimanali*, in *Dir. lav.*, I, pag. 545.
- GIULIANI A. (2003), *La nuova nozione di orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003 e il «vecchio» criterio della «effettività»*, in *Arg. dir. lav.*, pag. 769.
- GIULIANI A. (2005a, 2005b, 2005c e 2005d), *Orario normale e durata massima della prestazione lavorativa; Il lavoro straordinario; Il riposo settimanale; Le ferie annuali*, in AA.VV. (2005), rispettivamente, pag. 51, pag. 81, pag. 141 e pag. 163.
- GAROFALO D. (2003), *Il decreto legislativo 8.4.2003 e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *Lavoro giur.*, pag. 997.
- GRIECO A. (2005), *Corte di giustizia e orario di lavoro: il campo di applicazione della disciplina comunitaria e la sua attuazione in Italia*, in *Lavoro giur.*, n. 7, pag. 617.
- ICHINO P. (1987), *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- ICHINO P. (1998), *Il tempo di lavoro nell'Unione europea. Direttiva comunitaria e tendenze degli ordinamenti nazionali*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 153.
- LAI M. (2004a), *Nuova disciplina del tempo di lavoro e tutela della salute e della sicurezza: riflessioni sul d.lgs. n. 66/2003*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 63.
- LAI M. (2004b e 2004c), *Commento all'art. 14; Commento all'art. 15*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1385 e pag. 1392.
- LECCESE V. (2001), *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari.
- LECCESE V. (2002), *Orario di lavoro e part-time*, in *La contrattazione. Tra passato e futuro*, numero monografico di *Economia e lav.*, n. 3, pag. 75.
- LECCESE V. (2004) (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano.
- LECCESE V. (2004a e 2004b), *Commento all'art. 1; Commento all'art. 7*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1234 e pag. 1322.
- LELLA G. (2004), *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 513.
- LELLA G. (2005), *Contratti collettivi e orario di lavoro. L'applicazione della nuova disciplina tra omissioni, errori interpretativi e "creatività"*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 21, Inserto.
- LEONE G. (2004a e 2004b), *La disciplina del lavoro notturno: fra potere del datore di lavoro e suoi limiti (art. 11, comma 2); La disciplina del lavoro notturno: accertamento dell'idoneità e tutela della salute dei lavoratori (artt. 11, comma 1, 14 e 15)*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 412 e pag. 447.
- LEPORE A. (2005), *L'orario di lavoro notturno*, in AA. VV. (2005), pag. 101.

- LIMENA F. (2003), *Commento all'art. 15*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 436.
- MARESCA A. (2003), *Cenni sulla nuova disciplina del lavoro straordinario*, relazione al convegno Paradigma su *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 19 giugno 2003 (i rinvii puntuali si intendono operati al dattiloscritto).
- MARTONE M. (1998), *Sulla nozione di «lavoro effettivo»*, in *Arg. dir. lav.*, pag. 463.
- MARESCA A. (2005), *Contratto collettivo e lex superveniens: brevi considerazioni su innovazione legislativa e apporti dell'autonomia sindacale*, in AA. VV. (2005), pag. 41.
- MATTAROLO M.G. (2003a e 2003b), *Commento all'art. 11; Commento all'art. 12*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), rispettivamente, pag. 341 e pag. 369.
- MAZZOTTA O. (2003), *Novità in materia di organizzazione dell'orario*, relazione al convegno Paradigma su *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 19 giugno 2003 (i rinvii puntuali si intendono operati al dattiloscritto).
- MILLO A. (2003), *Nuova definizione di orario di lavoro*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 38, pag. 2585.
- MONACO M.P. (2005), *Aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro nella normativa comunitaria di riferimento (direttive n. 104 del 1993 e n. 34 del 2000)*, in AA. VV. (2005), pag. 13.
- MORO G. (2003), *Orario di lavoro: la Corte di giustizia interpreta la direttiva*, in *Dir. e pratica lav.*, pag. 1087.
- NAPOLI M. (2004) (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, n. 6.
- NAVILLI M. (2005), *Il D.lgs. n. 66/2003 e il riposo settimanale domenicale*, in *Lavoro giur.*, pag. 778.
- OCCHINO A. (2004a e 2004b), *Commento all'art. 9; Commento all'art. 10*, in NAPOLI M. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 1350 e pag. 1361.
- PAPALEONI M. (2003), *Interrogativi applicativi sulla riforma dell'orario di lavoro e dei riposi*, in *Argomenti dir. lav.*, pag. 443.
- PASQUALETTO E. (2003), *Commento all'art. 17*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 492.
- PELISSERO P. (2003), *Orario di lavoro e periodi di riposo: i servizi di guardia in ospedale*, in *Dir. e pratica lav.*, pag. 2867.
- PELISSERO P. (2005), *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o race to the bottom?*, in *Lav. dir.*, pag. 363.
- PENNESI P. (2005), *La nuova disciplina sanzionatoria in materia di orario di lavoro*, in AA. VV. (2005), pag. 197.
- PIOVESANA A. (2003), *Commento all'art. 16*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 456.
- PINTO V. (2002), *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, pag. 275.

- PIZZONIA D. (2003), *Commento all'art. 18*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 545.
- PUTATURO DONATI F.M. (2005), *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino.
- QUARANTA M. (2004), *Information communication technology e orario di lavoro: flessibilità e controllo sindacale*, in *Dir. rel. ind.*, pag. 525.
- RAUSEI P. (2003), *Le sanzioni in materia di orario di lavoro*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 25, pag. 1646.
- RAUSEI P. (2005), *La disciplina delle sanzioni*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 14, Inserto su *Orario di lavoro: luci e ombre della disciplina*, pag. X.
- RICCI G. (1999), *Sulla riconducibilità del c.d. «tempo-tuta» alla nozione di lavoro effettivo: recenti orientamenti giurisprudenziali a confronto*, in *Foro it.*, I, c. 3610.
- RICCI G. (2000), *Lavoro notturno: le tappe della riforma*, in *Guida al lav.*, n. 12, pag. 50.
- RICCI G. (2003a), *La direttiva comunitaria «di codificazione» sull'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Guida lav.*, n. 48, pag. 21.
- RICCI G. (2003b), *Nozione di orario di lavoro: ancora una pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Guida lav.*, n. 39, pag. 10.
- RICCI G. (2004), *Le deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, diritto alla pausa, lavoro notturno e durata media della prestazione di lavoro*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 466.
- RICCI G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione del diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano.
- RICCI G., COSENTINO S. (2004), *La disciplina dell'orario dei lavoratori a bordo di navi da pesca marittima*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 498.
- ROCELLA M. (2004), *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, in *Lav. dir.*, pag. 43.
- ROCELLA M. (2005), *Manuale di diritto del lavoro*, 2a ed., Giappichelli, Torino.
- RUSO A., TIRABOSCHI M. (2002), *La durata massima della giornata lavorativa: la contrattazione come strumento di flessibilità*, in *Contratti e contrattazione*, n. 2, pag. 77.
- SANDULLI P. (2003), *Tempi di applicazione della nuova normativa, disposizioni transitorie ed abrogazioni*, relazione al convegno Paradigma su *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 19 giugno 2003 (i rinvii puntuali si intendono operati al dattiloscritto).
- SANDULLI P., MARINELLI (2004), *Orario di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento.
- SANTUCCI R. (2004), *Il campo di applicazione della nuova disciplina*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), pag. 101.
- SIMONATO D. (2003), *Commento all'art. 1, secondo comma*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 37.
- SITZIA A. (2003), *Commento all'art. 2*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 86.

- SOPRANI P. (2003), *Orario di lavoro: alcuni nodi da sciogliere*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 29, pag. 1952.
- SPINELLI C. (2004a e 2004b), *Il riposo giornaliero e la durata massima della giornata lavorativa; La disciplina delle pause*, in LECCESE V. (2004) (a cura di), rispettivamente, pag. 296 e pag. 324.
- SPOLVERATO G. (2003), *Commento all'art. 7*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 179.
- SPOLVERATO G. (2005), *L'intervento ministeriale lascia aperte alcune questioni*, in *Dir. e pratica lav.*, n. 14, Inserto su *Orario di lavoro: luci e ombre della disciplina*, pag. III.
- SUPIOT A. (1997), *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)*, in *Lav. dir.*, pag. 15.
- TARTAGLIONE L. (2003), *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, pag. 419.
- TIRABOSCHI M., RUSSO A. (2003), *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce*, in *Guida al lav.*, n. 17, pag. 10.
- TOPO A. (2003a e 2003b), *Commento all'art. 4; Commento all'art. 6*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), rispettivamente, pag. 179 e pag. 233.
- TREMOLADA M. (2003), *Commento all'art. 1, primo comma*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M. (2003) (a cura di), pag. 2.
- TREU T. (1979), *Commento all'art. 36*, in BRANCA Giu. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, t. I, Bologna-Roma, pag. 72.
- TREU T. (2004), *Il decreto legislativo 276/03 e la contrattazione collettiva*, in PEDERSINI R. (a cura di), *Oltre la flessibilità*, Ed. Lavoro, Roma, pag. 111.
- VENTURA L. (1968), *Il riposo settimanale: questioni recenti e recentissime di interpretazione e di costituzionalità*, in *Riv. giur. lav.*, I, pag. 43.
- VICECONTE M. (2003), *La nuova organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Lavoro e prev. oggi*, pag. 1145.
- VOZA R. (2004), *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, pag. 237.