



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Giancarlo Ricci

Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 79/2010



© Giancarlo Ricci 2010
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Catania
gricci@lex.unict.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

**Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi
e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata
(fra Costituzione italiana e Carta dei diritti
fondamentali dell'Unione europea) ***

**Giancarlo Ricci
Università di Catania**

1. Il tempo di lavoro nel costituzionalismo italiano e sovranazionale.....	2
2. Gli artt. 36, co. 2, Cost. e 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: convergenze e divergenze.....	13
3. Dal "limite derogabile" alla "flessibilità temperabile": effetti della europeizzazione sul diritto nazionale. Le questioni di "conformità costituzionale".....	18
4. Il bilanciamento fra sfera sociale e libertà economiche: il riposo settimanale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia.	26
5. La collocazione domenicale del riposo e la regola della periodicità: problematiche italiane ed europee.....	32
6. Il diritto alle ferie annuali fra Costituzione e codice civile. La vis espansiva del diritto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.....	35
7. Gli apporti della Corte di Giustizia. L'uso proclamato e non praticato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.....	37
8. Influenze della giurisprudenza comunitaria sull'ordinamento italiano: la discussa questione delle modalità di fruizione delle ferie.....	40
9. Osservazioni conclusive.....	44

* Di prossima pubblicazione in Rassegna di diritto pubblico europeo, n. 2/2009.

1. Il tempo di lavoro nel costituzionalismo italiano e sovranazionale.

L'adempimento della funzione "codificatoria" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti CDFUE), esplicitata nel Preambolo della stessa mediante il proposito di "riaffermazione" dei "diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri"¹ rendeva imprescindibile - nel quadro di una "panoplia" dei diritti sociali ormai equiparati, sotto il profilo del valore simbolico e giuridico, ai classici diritti civili e di libertà² -

¹ Sulla funzione ricognitivo-rafforzativa di diritti già complessivamente radicati nello spazio giuridico europeo (e pur con qualche incidenza "novativa", specie in materia di bioetica e diritto alla *privacy*) assolta dalla CDFUE - proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000, riproclamata con adattamenti il 12 dicembre 2007 a Strasburgo e definitivamente incorporata nel Trattato sull'Unione europea dopo Lisbona - fra i contributi più recenti, cfr. CARETTI, *La dimensione sovranazionale*, in Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Bari, 2009, spec. 186 ss.; GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2009, spec. 23 ss.; BARBERIS, *L'Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008, spec. 187 ss.; CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in Bassanini, Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2008, 89 ss.; EAD., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, spec. 31 ss. La letteratura formatasi sulla Carta di Nizza, dall'indomani della sua proclamazione e nella prospettiva, rivelatasi poi parzialmente infruttuosa, della "costituzionalizzazione", è sterminata: fra i contributi più significativi, in quanto capaci di coniugare l'approccio analitico-descrittivo con una visione dei complessi problemi ordinamentali posti dalla CDFUE, è necessario segnalare TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir. Pubblico*, 2001, spec. 441 ss.; PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002; POIARES MADURO, *The Double Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in Hervey, Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon, 2003, 269 ss. Sull'uso giudiziale della Carta, specie nella prospettiva del dialogo fra Corti europee e nazionali, cfr. CARUSO, MILITELLO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, III, 147; POLLICINO, SCIARRABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2008, 101; riferimenti anche in CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Dir. pubblico*, 2009, 544; PINELLI, *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, in *Pol. Dir.*, 2008, 45.

² Anche sulla configurazione dei diritti sociali nella CDFUE la bibliografia è amplissima: senza necessaria pretesa di completezza cfr. BALLESTRERO, *Dalla politica ai diritti. I diritti sociali nella Carta dell'Unione europea*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, 3; SALAZAR, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: un "viaggio al termine della notte"?*, in Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, 239; SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 391; AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile: il valore delle regole e l'interpretazione della giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 613; DEL PUNTA, *I diritti sociali fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in

l'enunciazione del diritto "a una limitazione della durata massima del lavoro" e alla fruizione "di periodi di riposo giornalieri e settimanali e di ferie annuali retribuite" (art. 31, par. 2)³.

Tale diritto è, infatti, fra i più antichi che si possano rinvenire nella complessa geografia delle Carte e dei *Bill of Rights* nazionali e sovranazionali. La sua consacrazione coincide con la nascita dell'Organizzazione internazionale del lavoro, avvenuta nel 1919. L'art. 427 del Trattato di Versailles, istitutivo dell'organismo internazionale, dopo avere sancito che "il lavoro non deve essere considerato come una merce o un articolo commerciale", nei paragrafi 4 e 5 indica, fra i principi per l'organizzazione delle condizioni di lavoro, la "adozione della giornata di 8 ore o della settimana di 48, come scopo da raggiungere qualora non già ottenuto", nonché "l'adozione di un riposo universale di 24 ore al

Vettori (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Cedam, Padova, 2002, 169; DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti e principi sociali nella «Carta dei diritti fondamentali»*, in Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Bari, 2003, 192; GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, n. 27, 9; KENNER, *Economic and Social Rights in the Legal Order: the Mirage of Indivisibility*, in Hervey, Kenner (eds.), *op. cit.*, 1; LORBER, *Labour Law*, in Peers, Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*, 2004, 211; PINELLI, *Diritti e politiche sociali nel progetto di Trattato costituzionale europeo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, 477; GRECO, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, 519; HENDRICKX, *Fundamental Social Rights in Pre- and Post-Constitutional Terms*, in *Comp. Lab. Law Ind. Rel.*, 2006, vol. 22, n. 3, 407; MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, 89; RUSCIANO, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 891; SCIARRA, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, in Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 41; VENEZIANI, *La Costituzione europea e le icone della solidarietà*, in Garofalo, M. Ricci (a cura di), *op. cit.*, 13; ARRIGO, *Dopo l'Eurocrisi: i diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, t. I, Cacucci, Bari, 2008, 41; BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in Bassanini, Tiberi (a cura di), *op. cit.*, 109; CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in Sciarra, Caruso (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea. Vol. V. Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2009, 707; ORLANDINI, *Riflessioni a margine del dibattito sui diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, 65.

³ Sull'art. 31, par. 2 della CDFUE v. GIORGIS, *Art. 31. Condizioni di lavoro eque e giuste*, in Bifulco, Cartabia, Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, 228 ss.; HUNT, *Fair and Just Working Conditions*, in Hervey, Kenner (eds.), *op. cit.*, 45; O'LEARY, *Solidarity and Citizenship Rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in De Búrca (ed.), *EU Law and the Welfare State*, Oxford University Press, 2005, spec. 76 ss.; KENNER, *op. cit.*, 21 ss.; v. anche ALBI, *Il patrimonio costituzionale europeo e il diritto alle ferie come diritto fondamentale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 115.

minimo, che dovrebbe comprendere la domenica qualora ciò sia possibile⁴.

E' però con la *golden age* del "costituzionalismo" del secondo dopoguerra che il diritto alla limitazione del tempo di lavoro diviene parte essenziale del patrimonio costituzionale di molti paesi europei.

Fra questi l'Italia: l'art. 36, commi 2 e 3, Cost. include il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro e al godimento di adeguati periodi di riposo nel catalogo dei diritti sociali fondamentali, trasformando in principi (ma con accentuato contenuto "regolativo") di rango costituzionale le anteriori prescrizioni di legge ordinaria⁵. Proprio la Costituzione italiana costituirà fonte di ispirazione specialmente per quelle Carte Costituzionali che vedranno la luce in epoca successiva, dopo la tardiva caduta dei regimi dittatoriali, in Spagna⁶ e Portogallo⁷.

Nell'art. 36 Cost., "la durata massima della giornata lavorativa" costituisce oggetto di una riserva di legge (comma 2), mentre i diritti al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite sono qualificati come irrinunciabili (comma 3), ergendosi ad invalicabile barriera tra la dimensione del tempo lavorato e quella del tempo "affrancato" dall'obbligo lavorativo⁸.

⁴ Superando il modello minimale della prima legislazione sociale – norme "di ordine pubblico" dirette a limitare l'uso smodato della forza lavoro nell'epoca del proto-industrialismo (su cui ampiamente BALLESTRERO, *Orario di lavoro*, in *Enc. Dir.*, 1980, XXX, 618) – le discipline sull'orario di lavoro subiscono, in attuazione di principi e regole contenuti nelle fonti dell'ILO, un processo di "internazionalizzazione" del quadro normativo. Attraverso le ratifiche nazionali, o semplicemente promuovendo effetti emulativi, quelle fonti hanno infatti contribuito a generare una produzione normativa a carattere generalista, la quale ha profondamente contrassegnato la storia del diritto del lavoro europeo, e non solo, nei primi decenni del XX secolo: per una dettagliata ricostruzione della legislazione di diritto internazionale in materia di tempo di lavoro e riposi, sia consentito rinviare a G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005, 80 ss.; da ultimo, per una (peraltro scarsamente plausibile) proposta di *revirement* della disciplina internazionale mediante una nuova Convenzione ILO in materia di tempo di lavoro, cfr. MURRAY, *Time For a New Working Time Convention? Ideas, Themes and Possibilities*, in *Labour & Industry*, 2008, vol. 18, n. 3, 1. Sulle funzioni del diritto dell'ILO nel sistema giuridico globalizzato, v. inoltre S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, 52 ss.

⁵ Il riferimento è alla disciplina dell'orario di lavoro e dei riposi che vide la luce fra gli anni venti e trenta: v. *infra* par. 2.

⁶ L'art. 40, comma 2 della Costituzione spagnola del 1978 attribuisce al lavoratore il diritto ad un adeguato riposo, attraverso la limitazione dell'orario di lavoro e la determinazione di un periodo di ferie retribuite, la cui attuazione è rimessa ai "pubblici poteri".

⁷ L'art. 59, comma 1, lett. d), della Costituzione portoghese del 1976 stabilisce che "ogni lavoratore ha diritto al riposo e al tempo libero, ad un limite massimo alla giornata lavorativa, ad un periodo di riposo settimanale e a un periodo di ferie retribuite".

⁸ Illuminante, sulla funzione di tutela dell'integrità fisica, non disgiunta dal profilo della dignità e libertà del lavoratore, la lettura dei lavori preparatori in Assemblea Costituente,

Il diritto al "giusto tempo" nel rapporto di lavoro fa in tal modo il suo ingresso nel "Pantheon" dei diritti sociali (cc.dd. diritti di terza generazione), *sub specie* di diritto incondizionato o con efficacia orizzontale, il cui soddisfacimento, cioè, non implica il tipico "dovere di prestazione" dei poteri pubblici, quanto piuttosto l'osservanza da parte del datore di lavoro di severi limiti nell'esercizio del potere direttivo-organizzativo⁹, ma anche l'assunzione di comportamenti di cooperazione con il lavoratore in vista del godimento da parte di quest'ultimo di quote essenziali di tempo di non lavoro.

Non va sottovalutata, in questo contesto, la rilevanza della *sedes materiae*. La collocazione del diritto entro il nucleo dell'art. 36 Cost. sottolinea non solo il legame intrinseco fra la dimensione temporale della prestazione di lavoro e l'obbligazione retributiva¹⁰, ma con ogni probabilità il nesso fra il controllo sul tempo di lavoro e la "dignità" del lavoratore, evocata appunto nel primo comma dell'art. 36, sicché il diritto al "giusto tempo" diviene non solamente funzionale alla tradizionale finalità di tutela della salute e sicurezza del lavoratore, ma più

con particolare riferimento agli interventi di Bibolotti, Meda e Colitto: per una sintetica, ma esaustiva ricostruzione cfr. COLAPIETRO, *sub art. 36*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 742.

⁹ Cfr. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, 214-215; PIZZORUSSO, *op. cit.*, 67; GAMBINO, *op. cit.*, 127. Annovera l'art. 36 Cost. fra i "diritti sociali di partecipazione", enfatizzandone la dimensione regolativa collettiva, ma con ciò sottovalutando incomprensibilmente l'esistenza, nel 2° comma, di una riserva di legge in materia di durata della giornata lavorativa, BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003, 11. Nel senso che l'art. 36 è fondativo di "diritti soggettivi privati, immediatamente efficaci nei confronti del datore di lavoro come norme di fonte costituzionale incorporate nella disciplina legale inderogabile del contratto di lavoro" v. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 7. Inoltre, per un approccio storico-comparatistico cfr. PILIA, *I diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2005.

¹⁰ Sul quale cfr. BANO, *Il tempo come criterio di verifica dell'adempimento: riflessi sulla retribuzione*, in Gaeta, Loffredo (a cura di), *I nuovi scenari della prestazione di lavoro*, ESI, Napoli, 1999, 122; riferimenti anche in CARUSO, *La retribuzione e l'orario di lavoro "alla corte" della flessibilità (le manovre sull'orario di lavoro come strumento di flessibilizzazione della retribuzione)*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1995, n. 17, 79.

complessivamente della sua "personalità" nel rapporto di lavoro¹¹, ivi incluso appunto il rispetto della sua dignità¹².

V'è quanto basta per poter affermare che la nostra Costituzione collochi ad uno stadio particolarmente avanzato la tutela della persona nella dimensione temporale del rapporto di lavoro, andando al di là della più generica affermazione contenuta nell'art. 24 della quasi coeva Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo¹³, secondo cui "ogni individuo ha diritto al riposo e allo svago, comprendendo in ciò una ragionevole limitazione delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite"¹⁴.

Da allora è il costituzionalismo nella dimensione europea a conoscere una significativa stagione di espansione, inducendo fenomeni

¹¹ SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, 331; per più recenti riflessioni cfr. AVIO, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001; ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087 cod. civ.*, in *Commentario Schlesinger al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 2008, spec. 50 ss. Sulla rilevanza dell'elemento personalistico nella Costituzione italiana e nel modello sociale europeo, v. ampiamente RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, spec. 37 ss. e, soprattutto, ID., *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Roma, 2007.

¹² In tal senso riferimenti specifici in D'EUFEMIA, *L'orario di lavoro e i riposi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, terza edizione, Cedam, Padova, 1959, 201-202. Sulla rilevanza del concetto di "dignità" nella Costituzione italiana, v. da ultimo GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. Soc.*, 2008, 31; per un'utile rassegna sulla valenza della "dignità" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale v. BELLOCCI, PASSAGLIA, (a cura di), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, 2007, <http://www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegniSeminari.asp>; infine, per un approccio giuridico-filosofico, cfr. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Bari, 2009.

¹³ Sulla profonda valenza simbolica, non supportata da un'equivalente efficacia giuridica, della Dichiarazione, vale la pena ricordare quanto affermato da Norberto Bobbio: "la Dichiarazione è qualcosa di più che un sistema dottrinale, ma qualcosa di meno che un sistema di norme giuridiche" (BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, p. 24). Per una lettura in chiave "giusnaturalistica" della Dichiarazione, v. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. Dir.*, 2009, 183 ss. Si sofferma, invece, sulla natura composita della Carta, frutto del raccordo fra le matrici giusnaturalistica, statualistica e nazionalistica, A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari, 2009, 37 ss. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è stata ripubblicata di recente, nel sessantennio del suo anniversario: *Il contesto storico della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, Barbera editore, Trento, 2008, con introduzione di FLORES; sempre nell'ottica della "ricorrenza" va altresì letto il contributo, tarato sulla parte relativa ai diritti sociali, di SWEPSTON, *The Universal Declaration and Workers' Rights – 60 Years Later*, in *Web Journal of Current Legal Issues*, 2009, n. 1, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2009/contents1.html>.

¹⁴ Sempre nell'orbita dell'ONU si colloca il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966, dotato di effetti programmatici, il cui art. 7, lett. d) ritorna, con una formulazione maggiormente dettagliata, sulla limitazione dell'orario di lavoro e i riposi, attribuendo ad ogni individuo il diritto di godere di giuste e favorevoli condizioni di lavoro, fra cui "il riposo, gli svaghi, una ragionevole limitazione delle ore di lavoro, e le ferie periodiche retribuite, nonché la remunerazione per i giorni festivi" (sul Patto del '66 cfr. A. CASSESE, *op. cit.*, 43; CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani*, cit., 552).

di diffusione o, al limite, di consolidamento del patrimonio acquisito negli ordinamenti nazionali¹⁵. Le più importanti Carte europee dei diritti, per quel che in questa sede rileva, contengono espliciti richiami alle garanzie in materia di tempo di lavoro e riposi. Il riferimento è all'art. 2 della Carta sociale europea adottata in seno al Consiglio d'Europa nel 1961 (e riveduta nel 1996)¹⁶, nonché alla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, approvata dal Consiglio europeo di Strasburgo nel dicembre 1989¹⁷.

Da ultimo, poi, la CDFUE, nell'inaugurare la nuova stagione del "costituzionalismo" del XXI secolo, s'incarica di "tirare le fila" della produzione costituzionale nazionale, internazionale e comunitaria maturata nel secolo precedente, codificando, come detto, i diritti derivanti da una tradizione ormai consolidata a vari livelli, tutti espressamente richiamati (tradizioni costituzionali comuni, Trattati internazionali e Carte comunitarie, giurisprudenza delle Corti europee). Tale passaggio istituzionale sancisce il definitivo superamento del *gap* in termini di "qualità" dei diritti, fra ordinamento nazionale ed europeo, generalmente giustificato dall'assenza, nel sistema giuridico comunitario, di un catalogo

¹⁵ Per una prima ma esauriente ricostruzione, cfr. BARTOLE, *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, in *Dir. pubblico*, 2009, 569.

¹⁶ L'art. 2 della Carta Sociale Europea dispone che: "Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad eque condizioni di lavoro, le parti s'impegnano: 1. a fissare una durata ragionevole per il lavoro giornaliero e settimanale in vista di ridurre gradualmente la settimana lavorativa a condizione che ciò sia consentito dall'aumento della produttività e dagli altri fattori in gioco; 2. a prevedere giorni festivi retribuiti; 3. a garantire il godimento di ferie annuali retribuite di un minimo di quattro settimane; 4. ad eliminare i rischi inerenti ai lavori pericolosi o insalubri e, quando tali rischi non possano essere eliminati o sufficientemente ridotti, a garantire ai lavoratori impiegati in tali occupazioni sia una riduzione della durata del lavoro sia ferie retribuite supplementari; 5. a garantire un riposo settimanale che coincida per quanto possibile con il giorno della settimana generalmente ammesso come giorno di riposo dalla tradizione o dagli usi del paese o della regione; 6. a vigilare che i lavoratori siano informati per iscritto il prima possibile ed in ogni modo non oltre due mesi dopo l'inizio del lavoro riguardo agli aspetti essenziali del contratto o del rapporto d'impiego; 7. a fare in modo che i lavoratori che svolgono un lavoro notturno beneficino di misure che tengano conto del carattere particolare di detto lavoro". In dottrina, da ultimo, OLIVERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 509.

¹⁷ L'art. 8 della Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori dispone che "ogni lavoratore della Comunità europea ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite i cui periodi devono essere via via ravvicinati, in modo da ottenere un progresso, conformemente alle prassi nazionali". Sulla base di questa disposizione, fu predisposto il Piano di azione sociale del 1990, che costituì la base operativa per l'adozione della direttiva comunitaria n. 93/104/Cee, su taluni aspetti concernenti l'organizzazione dell'orario di lavoro. In dottrina, spunti di analisi in DE LUCA, *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: profili problematici e prospettive*, in *Foro it.*, 1990, V, 129; LA MACCHIA, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 769; da ultimo, riferimenti in CARUSO, *op. cit.*, 719 ss.

dei diritti fondamentali (e dunque dei diritti sociali fondamentali), laddove le Carte comunitarie dei diritti manifestavano un'efficacia programmatica in realtà priva di effetti cogenti. Il *gap*, è bene ricordarlo brevemente, era stato parzialmente colmato per via "pretoria", attraverso il "*poker di decisioni*" con cui la Corte di Giustizia avocava a sé la competenza a garantire l'osservanza dei diritti fondamentali, alla stregua di "principi generali" del diritto comunitario, ma pur sempre risultanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)¹⁸. Tale "modello comunitario di tutela dei diritti fondamentali (intesi come principi), desunti da una serie di materiali normativi"¹⁹ ha finito per divenire esso stesso "principio" chiave del sistema giuridico comunitario. Dapprima, l'art. 6, par. 2 del Trattato sull'Unione europea, così come modificato dal Trattato di Maastricht, ha sancito il rispetto, da parte dell'Unione, dei diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario²⁰. Nella versione consolidata dopo il Trattato di Lisbona, il TUE prevede, all'art. 6, par. 3, che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"²¹. Infine, come detto inizialmente, la CDFUE annovera le "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" fra i principi ispiratori riaffermati in sede di Preambolo, collegandovi l'esigenza di una interpretazione conforme da parte dei giudici comunitari e nazionali²².

¹⁸ Il riferimento è alle note sentenze rese dalla Corte di Giustizia nei casi *Stauder* (1969), *Internationale Handelsgesellschaft* (1970), *Nold* (1974), *Rutili* (1975), su cui ARRIGO, *op. cit.*, 45 ss.; CARETTI, *op. cit.*, 184 ss.; GAMBINO, *op. cit.*, 77 ss.

¹⁹ CARETTI, *op. cit.*, 185.

²⁰ Cfr. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 19 ss.

²¹ Sui diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona, oltre a CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, cit., cfr. ROSSI, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, in *Yearbook of Eur. Law*, 2008, vol. 27, 65; SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *Com. Intern.*, 2009, 43; SYRPIS, *The Treaty of Lisbon: Much Ado...But About What?*, in *Ind. Law Journ.*, 2008, vol. 37, n. 3, 219.

²² Tuttavia, con il Protocollo aggiuntivo n. 30 al Trattato di Lisbona, s'introduce una clausola di parziale *opt-out* per Polonia e Regno Unito, escludendo che la Corte di Giustizia dell'UE e le Corti nazionali possano sindacare la conformità di leggi, regolamenti e pratiche amministrative ai diritti e alle libertà previsti dalla CDFUE, con particolare riferimento al Titolo IV della Carta, in materia di "Solidarietà" (secondo STROZZI, *Limiti e controlimiti all'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi dell'integrazione europea*, 2009, 28-29, si tratta della "formalizzazione di un controlimito da parte di due Stati alla superiorità del diritto comunitario", il che non toglie però che "il regime generale del primato del diritto comunitario deve ritenersi confermato in via generale"). Va ricordato, peraltro, che con la

Attraverso tali "passaggi" istituzionali, si sublima al massimo livello l'incontro fra il diritto nazionale e il diritto europeo, nella misura in cui il patrimonio costituzionale comune degli Stati membri viene inglobato fra le fonti di ispirazione del diritto comunitario²³. La CDFUE costituisce per l'appunto l'ultimo anello della catena, portando a compimento il processo di *cross fertilization* fra ordinamenti (*recte*: i principi fondativi e i diritti che ne sono espressione) ampiamente posto in evidenza dalla dottrina²⁴. Entro uno schema assiologicamente orientato, in cui i diritti sono elencati nella logica della completezza ed indivisibilità²⁵, s'inseriscono, sparse nella Carta, ma con una netta prevalenza nel corpo del Capo IV, rubricato "Solidarietà", le disposizioni sui diritti dei lavoratori²⁶.

Fra queste, l'art. 31 CDFUE, dopo avere enunciato il diritto del lavoratore a "condizioni di lavoro eque e giuste" (par. 1), specifica nel paragrafo successivo che tra tali condizioni si colloca il diritto a "una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite" (par. 2). Anche in questo caso, la *sedes materiae* non è indifferente: il diritto al "giusto tempo" è collocato nel corpo del Capo IV, come detto intitolato alla Solidarietà, ancorché siffatta allocazione si palesi non esaustiva delle

Dichiarazione n. 62 allegata al Trattato, la Polonia afferma di rispettare pienamente i diritti sociali e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione europea e, in particolare, quelli ribaditi nel Titolo IV della CDFUE.

²³ Per una interessante riflessione su questa fase del processo di integrazione fra ordinamenti connotata da "aumento dei soggetti e della complessità dei rapporti tra i diritti" v. BARBERIS, *op. cit.*, 2008, 269 ss.; spunti di rilievo, ma a partire da una prospettiva "interna", anche in ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale*, Relazione al Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008, <http://www.astrid-online.it/>; inoltre v. BARTOLE, *op. cit.*, spec. 588; MASTROIANNI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Costituzioni nazionali*, Convegno presso la Corte di Cassazione, Roma, 21 gennaio 2009, <http://www.astrid-online.it/>; RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Incontro di studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura, 28 febbraio – 2 marzo 2007, <http://www.forumcostituzionale.it/site/>; ID., *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, Convegno su Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa, Bari, 29-30 aprile 2009, <http://www.astrid-online.it/>.

²⁴ *Ex multis*, cfr. ONIDA, *op. cit.*, 6, il quale segnala l'instaurarsi di "un sistema circolare nel quale i sistemi costituzionali come il nostro respirano attraverso i nessi con il diritto costituzionale prodotto ad altri livelli nazionali e sovranazionali", determinandosi "l'apertura del tessuto costituzionale a questi apporti sovranazionali, che non contraddicono, ma integrano la Costituzione, nella logica che si è detta di internalizzazione del costituzionalismo".

²⁵ Cfr. LOIODICE, *La Carta di Nizza quale parametro assiologico*, in Ferrari (a cura di), *cit.*, 211.

²⁶ V. la bibliografia richiamata *supra*, alla nota 2.

potenzialità del diritto²⁷. Come si è efficacemente sottolineato, “non è per solidarietà che il datore di lavoro non può far lavorare qualcuno per 18 ore al giorno (...): è per rispettare, anche dentro l’impresa, la sua libertà e dignità di lavoratore”²⁸.

In ogni caso, il cerchio si chiude. Quasi a distanza di un secolo dalla sua primordiale “internazionalizzazione”, il diritto alla limitazione del tempo di lavoro e alla fruizione dei riposi, transitato attraverso l’esperienza del costituzionalismo nazionale, approda sulle sponde dell’ordinamento costituzionale europeo.

* * * *

Lo studio dei processi comunicativi (*sub specie* di contatti, incroci, sovrapposizioni) fra la dimensione costituzionale nazionale e quella sovranazionale del diritto al tempo di lavoro e di non lavoro richiede uno sforzo analitico serio e per certi versi innovativo.

Il compito, occorre avvertire, non è agevole, specie per l’obiettivo di difficoltà di ritrovare un comune terreno di radicamento di modelli costituzionali strutturalmente non omogenei²⁹. Anche se, bisogna sottolineare, il completamento dell’ulteriore fase costituente, con l’approvazione e l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, consente di ritenere, ai sensi del novellato art. 6, par. 1, TUE, che la CDFUE acquisisca ora lo stesso valore giuridico dei Trattati³⁰. Non è la nuova Costituzione europea, ma è di sicuro scongiurato quel processo di “decostituzionalizzazione” da più parti paventato, proprio perché il nuovo

²⁷ Nel senso che la solidarietà fonda i doveri più che i diritti, cfr. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. e dir.*, 1995, 572-573. Per RESCIGNO, *Stato sociale e diritti sociali*, in *Dir. lav.*, 2003, 683, la riconduzione al profilo della solidarietà, pur suscitando sentimenti di “viva partecipazione anche sentimentale (...) non sembra il modo esatto di qualificare diritti che sono nati in termini di conflitto e che conservano una innegabile carica di insuperabile conflittualità”.

²⁸ DEL PUNTA, *op. cit.*, 192.

²⁹ Emblematico, a questo riguardo, l’ammonimento formulato, nella consueta suggestiva prosa, da ROMAGNOLI, *Verso l’Europa dei diritti di libertà: quale libertà?*, 5 maggio 2009, in <http://www.eguaglianzaeliberta.it>, a proposito del grado di improprietà del confronto fra “materiali costituzionali” diversi, non tenendosi nel dovuto conto che “il processo costituente dell’Europa dei diritti è una sperimentazione priva di precedenti un po’ perché pretende di dimostrare di potere fare a meno della forma-Stato e un po’ perché, avendo un numero imprecisato di padri, non ha la certezza che tutte le madri siano oneste”.

³⁰ Inoltre, la dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, relativa alla CDFUE, sancisce espressamente che la Carta “ha forza giuridicamente vincolante”.

Trattato accentua la propria "sostanza" costituzionale, ivi compreso il catalogo dei diritti fondamentali, pur senza averne assunto la "forma"³¹.

Resta il problema del *come* costruire le coordinate di un sistema che affonda le proprie radici nel "multilevel constitutionalism", sicché, come ancora di recente ricorda Ingolf Pernice, l'ordinamento dell'UE e gli ordinamenti nazionali si configurano quali sistemi formalmente autonomi, ma operanti sulla base di rodati meccanismi di coordinamento al punto da farne, nella sostanza, un'unitaria "entità costituzionale"³².

Le "disposizioni generali" della CDFUE paiono fornire conferma della complessità dei rapporti fra i piani nell'assetto multilivello. Al riconoscimento *pleno iure* del catalogo dei diritti fondamentali fanno da contrappeso limiti e controlimiti di diversa natura: da un lato, quel riconoscimento non comporta un ampliamento delle competenze già definite dai Trattati (art. 51, par. 2; art. 6, par. 1, TUE), né si escludono "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti o delle libertà riconosciuti dalla presente Carta" purché siano "previste dalla legge" e rispettino "il contenuto essenziale di detti diritti e libertà" (art. 52, par. 1); dall'altro, si sperimentano clausole di salvaguardia dei livelli nazionali di protezione, alla cui stregua i diritti fondamentali riconosciuti dalla CDFUE in quanto derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri "sono interpretati in armonia con dette tradizioni" (art. 52, par. 4) e, in ogni caso, nessuna disposizione della CDFUE "deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti (...) dalle Costituzioni degli Stati membri" (art. 53)³³.

Vi è poi un ulteriore fattore di difficoltà, per così dire culturale: quella sorta di vocazione degli studiosi a farsi attrarre dalla "insostenibile leggerezza" dei diritti fondamentali europei, testimoniata da un'attenzione nettamente prevalente verso i "diritti moderni e sottili" a scapito dei "diritti fondamentali classici"³⁴. L'osservazione ora richiamata ha un suo innegabile fondamento – ancorché non vada assunta in termini dogmatici: si pensi al dibattito di questi ultimi anni sulla proiezione comunitaria del diritto di sciopero, a seguito della nota giurisprudenza

³¹ In tal senso MANZELLA, *Un Trattato necessitato*, in Bassanini, Tiberi (a cura di), *op. cit.*, 431.

³² PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *Columbia Journ. Eur. Law*, 2009, vol. 15, n. 3, 379.

³³ Per una semplice ma efficace sintesi dei complessi meccanismi di comunicazione fra le dimensioni dei diritti fondamentali europei e dei diritti fondamentali nazionali, alla luce della CDFUE, A. CASSESE, *op. cit.*, 77 ss.

³⁴ FLICK, *Ombre ed immagini dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine del sessantesimo anniversario della Costituzione e della Dichiarazione Universale*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 2009, n. 1, 11.

della Corte di Giustizia nei casi *Laval, Viking e Ruffert*³⁵ – e però rende ancor più pressante il tentativo di costruire una teoria della dimensione costituzionale “integrata” del diritto “fondamentale classico” alla limitazione del tempo di lavoro e ai riposi.

Il percorso può articolarsi come segue:

(a) In primo luogo, si tratta di porre a diretto confronto le disposizioni della Costituzione italiana e della CDFUE, rivelandone analogie e differenze. Questa parte dell’analisi investirà principalmente il diritto all’apposizione di limiti massimi al tempo di lavoro, perché è su questo versante che si segnalano alcuni scostamenti, anzitutto sotto il profilo della formulazione dei diritti, in apparenza poco significativi, ma che invece risultano emblematici di una concezione non equivalente, in sede nazionale e sovranazionale, circa la portata dei diritti e l’intensità della tutela loro accordata. In questa sede, si potrà sperimentare l’eventuale presenza di strumenti che consentano di risolvere siffatte antinomie, anche tenendo conto del sistema di limiti e controlimiti che, anteriore alla CDFUE e al Trattato di Lisbona, pare come vivificato dall’approvazione di quest’ultimo.

(b) Secondariamente, laddove l’indagine comparativa si riveli poco significativa, in ragione dei modesti margini di alterità del dettato costituzionale europeo rispetto a quello nazionale – il che è quel che si verifica in materia di diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite – sarà necessario dirigere il *focus* analitico sul materiale normativo e giurisprudenziale incidente sulla dimensione giuridica nazionale e sovranazionale degli istituti considerati, per rintracciare i punti di equilibrio fra i sistemi, nella prospettiva del ricongiungimento fra le diverse dimensioni costituzionali.

E’ utile avvisare che l’accennato approccio analitico dovrà tener conto di un basilare presupposto. Allorché si affronta la tematica dei diritti che afferiscono alla dimensione temporale del rapporto di lavoro, similmente e forse ancor più che per altri profili della disciplina lavoristica, non si può non tenere in conto che quei diritti, per quanto fondamentali, non possono essere considerati “assoluti”. Non solo in virtù di quella che Norberto Bobbio ne definirebbe la relatività “storica”, ma soprattutto perché non è infrequente che i diritti fondamentali siano indotti a confrontarsi, attraverso delicati meccanismi di bilanciamento, con diritti o libertà di pari rango³⁶. Nel caso che ci occupa, l’avvertenza vale allorché ci si occupi sia dei vincoli relativi all’orario di lavoro

³⁵ Cfr. da ultimo CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009, cui si rinvia anche per una vasta appendice bibliografica.

³⁶ BOBBIO, *op. cit.*, 9 e 11; cfr. anche ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 281 ss.

(definizione della sua durata), sia degli altri diritti costituzionalizzati (riposo settimanale e ferie annuali retribuite), tutti destinati ad entrare in relazione con le libertà economiche ovvero con altri diritti della persona, derivandone le opportune esigenze di bilanciamento, ben messe in evidenza dalla giurisprudenza costituzionale italiana e di altri Stati membri (nel caso del riposo settimanale), così come dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (specialmente nel caso del diritto alle ferie annuali retribuite).

2. Gli artt. 36, co. 2, Cost. e 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: convergenze e divergenze.

Uno dei tratti connotativi del processo di "costituzionalizzazione" del diritto al "giusto tempo" nel rapporto di lavoro è la sequenza *diritto di matrice legale / diritto di rango costituzionale*.

Prima che gli ordinamenti giuridici nazionali più avanzati si dotassero di Carte costituzionali (e ciò si è sostanzialmente verificato, in vari *round*, nel periodo seguente alla fine della seconda guerra mondiale), molti di quelli che saranno poi definiti diritti sociali fondamentali costituivano oggetto di regolamentazione, talora anche ampia, nella legislazione ordinaria. In questo senso si può dunque definire la costituzionalizzazione dei diritti sociali come il passaggio dal paradigma *legalistico* al paradigma *positivistico-costituzionale*³⁷.

Le vicende italiane della disciplina in materia di orario di lavoro risultano paradigmatiche di un simile processo. Nel nostro ordinamento, la disciplina generalista dell'orario di lavoro ha costituito parte costitutiva dell'esperienza giuridica proto-fascista, ancorché con modalità anomale, se è vero che il progetto di legge in materia – poi divenuto il r.d.l. n. 692 del 1923, conv. in l. n. 473 del 1925 – era stato compiutamente elaborato dall'illustre deputato socialista Filippo Turati, al quale toccò l'infausta sorte di essere depredata di quel progetto, su cui molto si era

³⁷ Il fenomeno è illustrato in maniera esemplare da FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Bari, 2009, spec. 97 e 154 ss.; ID., *Fine o metamorfosi?*, in Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna, 2009, 57 ss.; v. anche ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, 19; ID., *La legge e la sua giustizia*, cit., 124 ss.; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, 35; RODOTA, *La vita e le regole*, cit., 32 sottolinea come "con un significativo mutamento linguistico, si ricorra sempre più spesso all'aggettivo fondamentale, al posto del tradizionale 'inviolabile', per mettere in evidenza l'intrinseco valore assunto da alcuni diritti nel caratterizzare non solo le posizioni individuali, ma il sistema politico-istituzionale nel suo complesso".

speso anche dal punto di vista dell'elaborazione tecnico-scientifica³⁸, e poi costretto all'esilio come perseguitato politico. Pienamente dentro l'ordinamento corporativo è poi la legge n. 370 del 1934, che regola il diritto al riposo settimanale, abrogando uno dei "pezzi" della legislazione sociale d'inizio secolo, ossia la legge n. 489 del 1907. L'entrata in vigore del codice civile, nella fase terminale dell'esperienza fascista-corporativa, non muta granché il segno complessivo della medesima: infatti, come sottolineato da autorevole dottrina, gli artt. 2107-2109 cod. civ. sono stati concepiti "sostanzialmente come norme quadro, quasi di natura costituzionale", ma di fatto limitandosi "a riformulare in termini generali alcuni principi già sanciti dalle leggi speciali e dalle norme corporative"³⁹.

Per la verità, si registra in quell'epoca anche un tentativo di elevare i diritti del lavoratore subordinato (compresi quelli riguardanti la dimensione del tempo di lavoro) ad un superiore livello di gerarchia, mediante la Carta del Lavoro del 1927: tentativo sostanzialmente fallito, posto che tale fonte non assumerà alcuna effettiva valenza giuridica, se non per un brevissimo periodo fra l'approvazione del codice del '42 e la fine dell'ordinamento fascista corporativo⁴⁰.

E' dunque solo nell'*humus* del costituzionalismo europeo del dopoguerra che il tempo di lavoro assume la natura giuridica di diritto

³⁸ V. infatti TURATI, *L'orario di lavoro delle 8 ore*, Ed. Treves, Milano, 1920. Per una recente testimonianza dell'impegno del deputato socialista sul versante dell'edificazione del diritto del lavoro v. PASSANITI, *Filippo Turati giuslavorista*, Laicata Ed., Manduria – Bari – Roma, 2008.

³⁹ Cfr. ICHINO, *Trattato di diritto civile e commerciale. Vol. II. Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 346.

⁴⁰ Cfr. ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Donzelli, Roma, 2009, 46. La Carta del lavoro attribuisce al contratto collettivo (allora "corporativo", con tutti i risaputi effetti sul piano dell'efficacia giuridica) la competenza a disciplinare l'orario di lavoro (dichiarazione XI, par. 3) nel rispetto di alcuni principi: "il prestatore di lavoro ha diritto al riposo settimanale in coincidenza con le domeniche. I contratti collettivi applicheranno il principio tenendo conto delle norme esistenti, delle esigenze tecniche delle imprese, e nei limiti di tali esigenze, procureranno altresì che siano rispettate le festività civili e religiose secondo le tradizioni locali. L'orario di lavoro dovrà essere scrupolosamente e intensamente osservato dal prestatore d'opera" (dichiarazione XV); "dopo un anno di ininterrotto servizio il prestatore d'opera, nelle imprese a lavoro continuo, ha diritto ad un periodo annuo di riposo feriale retribuito" (dichiarazione XVI). Peraltro, al di là dei discorsi sulla sua valenza giuridica, la Carta del lavoro offre testimonianza – lo rileva giustamente SCOPPOLA, *La Costituzione italiana tra democrazia e diritti sociali*, in Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Einaudi, Torino, 1996, 126-127 – del fatto che il riconoscimento dei diritti sociali non è in grado di contraddistinguere lo Stato democratico: mentre, infatti, i diritti civili e politici rappresentano un'autentica discriminante fra un sistema totalitario e un sistema democratico, lo stesso non può dirsi per i diritti sociali.

sociale fondamentale, sganciandosi dalla limitata logica della regolazione legale⁴¹.

Ma ad una analisi più approfondita, la sequenza diritti legali / diritti costituzionali rivela un dato degno di nota: la sostanziale continuità fra l'esperienza della positivizzazione dei diritti e quella della loro costituzionalizzazione, come se la prima avesse decisamente influenzato la seconda.

E' interessante, per esempio, che il secondo comma dell'art. 36 Cost. configuri una riserva di legge in materia di "durata massima della giornata lavorativa", nella consapevolezza che la stessa fosse già soddisfatta dall'anteriore art. 1, r.d.l. n. 692 del 1923. Al punto che, nel dibattito successivo all'approvazione della Carta costituzionale, l'attenzione degli studiosi si rivolgerà verso un diverso aspetto, attinente alla natura assoluta o relativa della riserva di legge, questione particolarmente importante dato l'incombere della contrattazione collettiva come fonte privilegiata di regolazione della materia. D'altra parte, l'esigenza di assicurare il riposo settimanale era già legislativamente soddisfatta dalla l. n. 370 del 1934, che in più sanciva la coincidenza, ma non senza eccezioni, del riposo con la giornata della domenica.

In altre parole, all'indomani dell'approvazione della Carta costituzionale, i "due terzi" dei diritti costituzionali in materia di tempo di lavoro erano già coperti dalla legislazione ordinaria, ancorché di derivazione pre-repubblicana. Il che non toglie, naturalmente, che si sia realizzata l'attrazione dei diritti di matrice legale nella sfera dell'intangibilità costituzionale, con la conseguente esigenza di rileggere, anche in sede giudiziale, quei diritti alla luce dei sopravvenuti enunciati costituzionali⁴².

Inoltre, non bisogna dimenticare che alla Costituzione si deve l'enunciazione del "terzo diritto", alle ferie annuali retribuite, allora sconosciuto alla regolamentazione legale, se si eccettuano le scarne

⁴¹ Assai appropriate, al riguardo, le notazioni di SERRANO, *Sul carattere fondamentale dei diritti sociali*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 70/2009, 25, che intravede nel processo di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali un doppio fenomeno: "da un lato, i diritti vengono costituzionalizzati, vengono, cioè sottratti all'influenza diretta del potere politico e affermati come antecedenti l'autorità dello Stato, divenendo una 'dotazione giuridica propria dei loro titolari indipendentemente dalla legge'. Dall'altro, la legge, che nella Costituzione trova il proprio fondamento, assume una propria funzione politica legata al perseguimento di interessi pubblici non riconducibili meramente alla realizzazione dei diritti o alla difesa e promozione di interessi individuali, ma alla regolamentazione della vita sociale".

⁴² Il meccanismo dell'interpretazione costituzionalmente orientata è ben illustrato da BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, Bari, 2006, 101.

disposizioni contenute nell'art. 2109, commi 2 e 3, cod. civ. (che oltre ad essere attributivo del diritto, regolamentava, e regola tuttora, l'esercizio del potere datoriale di assegnazione del periodo di ferie), e le blande previsioni della Convenzione ILO n. 52 del 1936, peraltro prive di efficacia giuridica interna, dal momento che la sua ratifica avverrà solo molti anni dopo⁴³. Con la conseguenza che il diritto alle ferie resterà a lungo regolato dalla contrattazione collettiva, con effetti di incertezza applicativa, suscettibili di sconfinare in esiti sperequativi di considerevole portata.

La sequenza *diritto di matrice legale / diritto di rango costituzionale* contraddistingue anche l'esperienza giuridica comunitaria. Non c'è dubbio, infatti, che l'art. 31, par. 2 della CDFUE sia "figlio" della direttiva comunitaria n. 93/104/Ce, poi codificata nella direttiva n. 2003/88/CE⁴⁴, a sua volta discendente dalla base giuridica del Trattato originario (art. 118A Trattato Ce, ora art. 153 TFUE). A dimostrazione, ancora una volta, del fatto che nell'ordinamento comunitario sono, in fin dei conti, i Trattati a costituire la "materia costituzionale"⁴⁵, laddove la CDFUE svolge la funzione, già prima ricordata, di codificazione della sequela di diritti costituzionali già formati *aliunde*.

Sin qui l'analogia, per così dire, procedurale. Ma il confronto sui contenuti fra l'art. 36 Cost. e l'art. 31, par. 3, CDFUE mette in luce una significativa divergenza.

La Costituzione italiana, preoccupata di fissare condizioni di inviolabilità del diritto della persona a orari di lavoro rigidamente delimitati, individua nella riserva di legge lo strumento più adeguato per evitare invasioni di campo del potere esecutivo su una materia così delicata, fissando inoltre la nozione di durata massima della giornata di lavoro. Al riconoscimento della riserva di legge affianca quello del diritto a un congruo riposo su base settimanale e annuale.

Lo schema logico-testuale invalso nella CDFUE è differente, sicché risulta superficiale liquidare come sostanzialmente sovrapponibili le due

⁴³ Con l. n. 1305 del 1952. La Convenzione originaria costituirà oggetto di revisione, in senso più garantistico, mediante Convenzione n. 132 del 1970, che sarà ratificata in Italia con l. n. 157 del 1981.

⁴⁴ In tal senso, espressamente, O'LEARY, *op. cit.*, 77; KENNER, *op. cit.*, 21. Che la direttiva costituisca fonte di ispirazione per le disposizioni della CDFUE è inoltre precisato nelle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in G.U.U.E., 14 dicembre 2007, C 303, 26.

⁴⁵ Oltre a MANZELLA, *op. cit.*, cfr. PATRUNO, *La «lotta per l'egemonia» nella formazione del diritto comunitario*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 823.

disposizioni: è proprio quella coincidenza "quasi" letterale a rappresentare, infatti, un elemento differenziale di non poco conto⁴⁶.

Dopo avere genericamente sancito il diritto alla "limitazione della durata massima del lavoro", l'art. 31, par. 2 istituisce la triade riposo giornaliero, settimanale, annuale. Non c'è alcuno specifico riferimento non solo al *quantum* del limite di durata (il che si può agevolmente comprendere: lo stesso avviene nell'art. 36, comma 2, Cost.), ma neppure al *quomodo*, cioè all'unità temporale di riferimento per il calcolo del limite. In particolare, pare evidente che la disposizione della Carta eluda la configurazione del limite di durata giornaliera, che va semmai desunto, indirettamente, una volta delimitata la durata del riposo giornaliero.

Non è eccessivo sostenere – riprendendo il ragionamento intorno alla sequenza procedurale *diritto legale* (in questo caso derivante da fonte comunitaria di diritto secondario) / *diritto di rango costituzionale* – che in questo schema sia interamente riversata la logica della direttiva comunitaria sull'orario di lavoro: la quale, pur essendo fondata su una base giuridica che autorizza l'adozione di misure normative finalizzate alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, non disdegna una tecnica di regolamentazione fortemente ispirata ai canoni della flessibilità dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, successivamente delimitata attraverso la "barriera" – peraltro non invalicabile – del diritto ai riposi, variamente articolati nei segmenti temporali di riferimento: la giornata, la settimana, l'anno⁴⁷.

In questo contesto si colloca la principale divergenza regolativa: l'art. 1, r.d.l. n. 692 del 1923, attuativo *in parte qua* della riserva di legge costituzionale, fissa in 8 ore giornaliera (incrementabili sino a 10 in caso

⁴⁶ Cfr. COLAPIETRO, *op. cit.*, 754, secondo il quale l'art. 31, par. 2 utilizza una formula "che riprende quasi letteralmente quella contenuta nella Costituzione italiana".

⁴⁷ L'ambivalenza della direttiva comunitaria sull'orario di lavoro risulta con chiarezza già dalla lettura del preambolo: ai sensi del *considerando* n. 4, "il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico", mentre, alla diversa stregua del *considerando* n. 11, "in funzione dei problemi che possono essere sollevati dall'organizzazione dell'orario di lavoro nell'impresa, pare opportuno prevedere una certa flessibilità nell'applicazione di certe disposizioni della presente direttiva, garantendo nel contempo il rispetto dei principi della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori". Tale ambivalenza è stata, inoltre, sostanzialmente certificata da Corte Giust. 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio UE* (c.d. *WTD Case*), che, nel proporre non scontati elementi di riflessione sulla portata complessiva della direttiva, finisce tuttavia per ridurre la complessità sicché, facendo ricorso ad un giudizio di prevalenza degli scopi di tutela della salute e sicurezza sui profili di gestione del tempo di lavoro a fini di flessibilità e di politica occupazionale, giunge a giustificare l'adozione di una certa base giuridica (l'allora art. 118A del Trattato CE, ora art. 153 TFUE).

di utilizzo di lavoro straordinario) il limite di orario, laddove la direttiva n. 93/104/Ce fissa esclusivamente un limite relativo al tempo di non lavoro, pari a 11 ore consecutive di riposo giornaliero, da cui, solamente *a contrario*, è possibile desumere un limite di durata, palesemente amplificato sino a un massimo possibile di 13 ore giornaliere.

A quanto pare, dunque, quella sequenza procedurale, costituente il tratto comune dell'esperienza nazionale e comunitaria, risulta declinata in modo da determinare esiti divergenti sul piano strettamente regolativo. Mentre la Costituzione italiana costruisce i limiti a protezione del tempo di lavoro secondo la logica tipicamente "fordista" e di rigidità delle tutele, riversata nella previsione di una riserva di legge in materia di orario massimo giornaliero, la CDFUE non nega l'obiettivo di fondo, ma lo persegue stando dentro lo schema della direttiva comunitaria, evocando quindi generiche esigenze di fissazione di limiti di orario massimo, per poi affidare la determinazione della durata della "giornata lavorativa" alla mediazione indiretta della disposizione sul riposo giornaliero.

Che cosa comporti la diversa declinazione del diritto alla limitazione dell'orario di lavoro nei due sistemi costituzionali lo vedremo fra breve. Ma non prima, naturalmente, di avere speso ancora qualche parola sull'art. 36, comma 2, della Costituzione italiana e, soprattutto, sulle vicende che ne hanno contrassegnato l'attuazione.

3. Dal "limite derogabile" alla "flessibilità temperabile": effetti della europeizzazione sul diritto nazionale. Le questioni di "conformità costituzionale".

La riserva di legge contenuta nell'art. 36, comma 2, Cost., su cui in precedenza ci si è soffermati, ha rappresentato lo strumento attraverso il quale il costituente ha inteso "rappresentare il riconoscimento dell'interesse generale a che la giornata lavorativa (la sua durata) sia contenuta entro un limite massimo inderogabile"⁴⁸. Su queste basi, è stata edificata la disciplina legale orientata a fissare il limite dell'orario "impregnandolo" dell'originaria (e mai del tutto dismessa) finalità di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori⁴⁹. Il dato rilevante, già prima sottolineato, è che il soddisfacimento della riserva di legge sia stato assicurato dall'art. 1, r.d.l. n. 692 del 1923, ancorché alla stregua di un

⁴⁸ SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1978, 87, il quale mette in evidenza come la riserva si occupi testualmente solo dell'orario giornaliero e non sia espressamente estesa al limite di durata settimanale, peraltro ugualmente regolato dall'originario r.d.l. n. 692 del 1923.

⁴⁹ Cfr. Barassi, *Il diritto del lavoro. Vol. II*, Giuffrè, Milano, 1949, 345; Cassi, *La durata della prestazione di lavoro. Vol. I*, Giuffrè, Milano, 1956, 15 ss.

giudizio di conformità *ex post* del disposto di legge pre-costituzionale con i canoni costituzionali. Quella disposizione ha garantito lungamente un assetto di disciplina tendenzialmente rigido, imperniato sul limite di orario giornaliero, completato dal riferimento – non espressamente richiesto, invero, dall'art. 36, comma 2, Cost. – al limite di durata settimanale.

La rigidità di quell'assetto non era priva di spazi di derogabilità. La stessa legge, in particolare, escludeva dallo spettro applicativo un congruo numero di soggetti o tipologie di lavori: il personale addetto ai lavori domestici, il personale direttivo delle aziende, i commessi viaggiatori e, in generale, le occupazioni richiedenti "un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia" (artt. 1 e 3, r.d.l. n. 692 del 1923).

Proprio il fatto che quel dato legale fosse antecedente all'art. 36, comma 2, ha accresciuto i dubbi intorno alla legittimità costituzionale di tali esclusioni. L'impianto della disciplina derogatoria è stato però asseverato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, pronunziatasi, a partire dagli anni '70⁵⁰, soprattutto sulle fattispecie dei *lavoratori discontinui* e del *personale direttivo*.

(A) Sui lavoratori discontinui, Corte Cost. n. 99 del 1971 (in riferimento all'art. 36, comma secondo, Cost.)⁵¹ – confermata da Corte Cost., ord. n. 155 del 1976 (in riferimento all'art. 3, Cost.)⁵² – nel chiarire che la riserva di legge contenuta nell'art. 36, comma 2, Cost. non impone che "il limite della giornata lavorativa debba essere fissato dalla legge in modo uniforme per ogni tipo di lavoro", ha ritenuto conforme ad un "criterio di razionalità" una differenziazione di trattamento fra le prestazioni di lavoro continuo e discontinuo, da un lato, e fra le stesse "prestazioni di lavoro continuativo, data la varietà dei modi in cui queste si esplicano", dall'altro. La Corte ha peraltro statuito che le esigenze di tutela della salute del lavoratore, cui la disciplina dell'orario è principalmente mirata, possano essere ripristinate non solo nelle fattispecie esulanti dall'ambito di applicazione del r.d.l. n. 692 del 1923, ma in tutti i casi in cui, in assenza di disciplina speciale, si ponga

⁵⁰ Da qui il giudizio, circa il "singolare ritardo" con cui prese piede il dibattito nella giurisprudenza costituzionale, espresso da TREU, *sub art. 36*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Tomo I. Rapporti economici*, Zanichelli, Bologna – Roma, 1979, 119.

⁵¹ Corte Cost. 11 maggio 1971, n. 99, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 239.

⁵² Corte Cost. ord. 20 dicembre 1976, n. 255, in *Mass. giur. lav.*, 1977, 305. In precedenza, Corte Cost. 28 dicembre 1968, n. 137 (in *Mass. giur. lav.*, 1968, 473) aveva giudicato inammissibile analoga questione di costituzionalità, in quanto sollevata dal giudice *a quo* con riferimento ad una norma regolamentare (l'articolo unico del r.d. n. 2657 del 1923), priva di forza di legge e pertanto sottratta al suo giudizio.

l'esigenza di applicare un "vincolo d'orario", in tal caso "sempre deducibile dall'ordinamento secondo le disposizioni sulla legge in generale"⁵³.

(B) Anche il "personale direttivo" è stato escluso *sic et simpliciter* dall'applicazione della disciplina limitativa sull'orario di lavoro. Esclusione tradizionalmente giustificata non tanto dal carattere discontinuo o meno usurante della prestazione dirigenziale⁵⁴ (ancorché si tratti di elementi in effetti presenti nella fattispecie) quanto dalla sussistenza di un peculiare *elemento fiduciario*⁵⁵, intrinseco alla natura della funzione direttiva "per cui l'imprenditore si affida alle doti di capacità ed esperienza del dirigente, conferendogli poteri di iniziativa ed autonomia nell'esercizio di un'attività di lavoro qualitativamente superiore, che ammette e spesso richiede interruzioni e discontinuità e per la quale non possono stabilirsi vincoli normali e costanti di orario, proprio perché la sua durata è essenzialmente legata alla speciale natura delle funzioni e alle connesse responsabilità e, quindi, necessariamente variabile"⁵⁶. Per tali ragioni, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la validità costituzionale (ai sensi dell'art. 36, comma 2, Cost.), dell'esclusione del personale direttivo dai limiti legali, pur temperandola con l'affermazione per la quale "un limite quantitativo globale, ancorché non stabilito dalla legge o dal contratto in un numero massimo di ore di lavoro, sussiste pur sempre, anche per il personale direttivo, anzitutto in rapporto alla necessaria tutela della salute ed integrità fisio-psichica, garantita dalla Costituzione a tutti i lavoratori", sicché "al giudice è sicuramente consentito di esercitare, nelle singole fattispecie, un controllo sulla ragionevolezza della durata delle prestazioni di lavoro pretese dall'imprenditore con riguardo alla natura delle funzioni espletate ed alle effettive condizioni ed esigenze del servizio, secondo i diversi tipi di imprese"⁵⁷.

⁵³ Per un'analisi della richiamata giurisprudenza cfr. SILVAGNA, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di orario di lavoro, riposi, ferie*, in AA. VV., *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, 181 ss.; TREU, *op. cit.*, 132-133.

⁵⁴ In tal senso CORRADO, *Il lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, t. II, dir. da Riva Sanseverino, Mazzoni, Padova, 1971, 208; D'EUFEMIA, *op. cit.*, 214.

⁵⁵ Cfr. BARASSI, *op. cit.*, 357, secondo il quale "è infatti evidente che le funzioni direttive hanno bisogno di una certa elasticità che consenta tutto il loro massimo rendimento"; *contra*, CASSI, *op. cit.*, 65-66, per il quale l'ampia accezione di "personale direttivo" ai sensi dell'art. 3, r.d. n. 1955 del 1923 non può che spiegarsi con una valutazione legislativa del "carattere discontinuo dell'attività" svolta da questi lavoratori.

⁵⁶ Cfr. Corte cost. 7 maggio 1975, n. 101, in *Riv. it. dir. lav.*, 1975, II, 64, confermata da Corte Cost., ord. 20 dicembre 1979, n. 155, in *Giur. cost.*, 1979, II, 1152.

⁵⁷ Cfr. Corte Cost. 7 maggio 1975, n. 101, cit., spec. 65. In dottrina, per un confronto fra la giurisprudenza sui lavoratori discontinui e quella sui dirigenti, cfr. LECCESE, *L'orario di lavoro*, Cacucci, Bari, 2001, 319 ss.

Con la riforma della legislazione sull'orario di lavoro, attuata con il d. lgs. 6 aprile 2003, n. 66 (modificato dal d. lgs. n. 213 del 2004 e dalla legge n. 133 del 2008), quel modello regolativo ha subito significative trasformazioni.

In primo luogo, come si è rilevato in precedenza, si è incrinata la struttura limitativa dell'orario di lavoro, nel momento in cui la legislazione nazionale, recependo lo schema della direttiva comunitaria, ha abrogato implicitamente il limite orario giornaliero, sostituendolo con il limite relativo al riposo giornaliero, di per sé largheggiante e, per giunta, non esente da deroghe, suscettibili di essere introdotte per via contrattuale, se non addirittura per via regolamentare (art. 7, 16 e 17, d. lgs. n. 66 del 2003).

Secondariamente, la *conventio ad excludendum* nei confronti dei lavori discontinui e dei dirigenti, avallata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, pur nel quadro dei "controlimiti" che possono sfociare nella ricostituzione, anche per via giudiziale, di un limite massimo a tutela della salute del lavoratore, è stata significativamente riassorbita nel contesto del d. lgs. n. 66 del 2003, in linea, ancora una volta, con le prescrizioni della direttiva comunitaria. Il corretto recepimento della direttiva ha, difatti, imposto, l'inclusione dei lavoratori discontinui nel campo d'operatività della nuova disciplina nazionale, eccezion fatta per l'art. 3, d. lgs. n. 66 del 2003, sull'orario normale di quaranta ore settimanali (o la minore durata stabilita dai contratti collettivi).

Per i dirigenti, la tecnica normativa utilizzata è differente, ma risponde pur sempre a una logica di fedeltà traspositiva nei confronti della direttiva comunitaria. Pur sottoposti, nel sistema del d. lgs. n. 66 del 2003, all'applicazione della disciplina generale, essi soggiacciono ora ad un ampio "spettro" di deroghe, ai sensi dell'art. 17, comma 5⁵⁸. In sostanza, la disposizione legale circoscrive indirettamente il perimetro normativo applicabile: oltre alle disposizioni del capo I del decreto, sono fatte salve le garanzie in materia di diritto alle ferie (art. 10) e lavoro notturno (limitatamente agli artt. 11, 14 e 15); in verità, risulta in linea di principio applicabile anche l'art. 9, sul riposo settimanale, in riferimento al quale bisogna tenere però in debito conto le deroghe

⁵⁸ Il quale stabilisce che "nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, le disposizioni di cui agli artt. 3, 4, 5, 7, 8, 12 e 13 non si applicano 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 poteri di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; c) di lavoratori del settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose; d) di prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro".

individuata dai commi 3, lett. f) e 4, della medesima disposizione. Si richiama, inoltre, quale clausola di chiusura, il rispetto dei principi generali di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori⁵⁹.

In definitiva, dall'analisi condotta emerge un profilo d'indubbia rilevanza. A seguito della trasposizione della direttiva comunitaria sull'organizzazione dell'orario di lavoro, attuata con il menzionato d. lgs. n. 66 del 2003, paradossalmente sono proprio le disposizioni generali in materia di limiti di orario a risentire della crescente influenza del modello di regolamentazione flessibile promosso dalla direttiva del 1993, a fronte di una riconduzione della disciplina in deroga al campo di applicazione generale, già di per sé contaminato da significative aperture in termini di flessibilità.

Su questo punto la disciplina legale s'intreccia con la dimensione costituzionale "incrociata" del tempo di lavoro. Si ripercorra, infatti, il *tracciato sequenziale* che conduce all'esito prima enunciato: a) la normativa nazionale originaria è stata considerata come attuativa, seppure *ex post*, dell'art. 36, comma 2, Cost. e della relativa riserva di legge: ne è scaturito un assetto di disciplina tendenzialmente rigido, imperniato sulla fissazione di precisi limiti di orario giornaliero e settimanale; b) la direttiva comunitaria invece si distingue per un cambiamento di *ratio*, cosicché la flessibilità dell'orario di lavoro, tesa a destrutturare i rigidi limiti di orario giornaliero (ma anche settimanale), diviene la regola, ancorché *temperabile* dalla contrattazione collettiva; c) la legislazione italiana di trasposizione della direttiva (d. lgs. n. 66 del 2003) fa proprio lo schema della direttiva comunitaria; d) tale schema, nel frattempo, si era proiettato, conformandolo, sull'art. 31, par. 2 CDFUE; e) la divergenza fra l'ordinamento nazionale e quello sovranazionale è stata appianata dalla legislazione italiana di trasposizione della direttiva; f) resta però immutata l'altra divergenza, sul piano dei principi costituzionali: l'art. 36, comma 2, Cost. e l'art. 31, par. 2 CDFUE non parlano la medesima lingua, posto che quest'ultimo "certifica" un modello normativo che, sul punto della limitazione dell'orario massimo di lavoro, non è caratterizzato dalla medesima prospettiva di garanzia offerta dall'art. 36, comma 2, Cost., bensì si apre

⁵⁹ Il parametro per definire la latitudine dei soggetti esclusi dall'applicazione di una parte consistente della disciplina *standard* è di natura "oggettiva": va verificato cioè se si tratti di attività lavorative in riferimento alle quali non sia possibile misurare o predeterminare la durata dell'orario di lavoro o in cui prevale il potere di autodeterminazione del lavoratore. Ciò induce, sul piano esegetico, due effetti: da un lato, di considerare non tassativa l'elencazione contenuta nell'art. 17, comma 5; dall'altro, in senso opposto, di escludere le categorie di lavoratori ivi contemplate dai limiti della disciplina *standard* solamente nel caso in cui si concretino i presupposti oggettivi indicati dalla direttiva.

a considerevoli margini di flessibilizzazione della dimensione temporale della prestazione lavorativa.

Lo scenario che si prospetta è dunque quello della "tutela del patrimonio costituzionale nazionale"⁶⁰ (nel nostro caso italiano) dalle incursioni deregolative del diritto dell'UE⁶¹. Il caso è certamente complesso, configurandosi un'antinomia per così dire sopravvenuta fra le disposizioni costituzionali nazionale e sovranazionale. Inoltre, il confronto non è fra una disposizione che nega tutele e un'altra che le assicura, ma fra disposizioni che istituiscono differenti livelli di intensità delle tutele. Ci si chiede, pertanto, se si possano ravvisare elementi di ricomposizione delle antinomie e, dunque, di raccordo fra le diverse dimensioni costituzionali.

Le prime elaborazioni dottrinali sul punto faticano, comprensibilmente, ad indicare prospettive che vadano al di là di un sindacato diffuso della Corte di Giustizia sul "fondamento essenziale ed inalienabile" dei diritti riconosciuti dall'art. 31, par. 2, CDFUE, al fine di verificare se nelle direttive comunitarie "dietro le mentite spoglie dell'attuazione di uno o più di quei diritti, non siano in realtà poste le basi per una loro vanificazione", sicché in definitiva la Corte di Lussemburgo sarebbe chiamata a esprimersi sulla "adeguatezza del diritto derivato" a garantire l'effettivo godimento del diritto alla limitazione dell'orario di lavoro⁶². La proposta – pur collocandosi nell'alveo del più comprensivo dibattito sul ruolo della Corte di Giustizia nell'implementazione dei diritti fondamentali europei, destinato a rinverdire dopo l'inglobamento della CDFUE nel diritto dei Trattati – non fa i conti con il dato della tendenziale conformità della direttiva comunitaria sull'orario di lavoro all'art. 31, par. 2, della CDFUE. Poco avrebbe da dire, sia detto in altri termini, la Corte di Giustizia circa il rapporto di congruità fra le due fonti sovranazionali, laddove il problema è di altra natura, riguardando appunto i rapporti fra la regolamentazione europea e l'ordinamento costituzionale italiano.

Stante la peculiare natura dell'antinomia, qualche elemento d'interesse in più racchiude, allora, la recente proposta finalizzata a

⁶⁰ Cfr. DE SIERVO, *Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa. Una introduzione generale*, relazione introduttiva al Convegno su Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa, Bari, 29-30 aprile 2009, <http://www.astrid-online.it/>.

⁶¹ In argomento qualche riferimento in DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti e principi sociali nella «Carta dei diritti fondamentali»*, in Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Bari, 2003, 195-196.

⁶² LECCESE, *Analyse des tendances actuelles et de l'évolution du droit social européen en matière de temps de travail. Projet de réforme de la directive européenne et jurisprudence de la CJCE*, paper presentato alla International Conference on The Evolution of Labour Law in Europe Under the Pressure of (Neo) Liberal Economics, Paris, 2009, dattiloscritto, 50.

riscoprire, in una dimensione "dinamica" vivificata dal processo di riforma dei Trattati e dall'incorporazione in questi ultimi della CDFUE, la teoria dei "controlimiti" costituzionali⁶³, scarsamente implementata negli anni passati a dispetto di una sofisticata elaborazione dottrinale⁶⁴.

Il presupposto della tesi è che il diritto alla limitazione "diretta" dell'orario di lavoro giornaliero scaturisca dall'applicazione del già richiamato art. 53 CDFUE al quale si collega, a seguito degli "adattamenti" di Strasburgo, l'art. 52, par. 4 CDFUE⁶⁵. Il diritto, così come scaturente dalla "tradizione costituzionale nazionale", vanterebbe infatti un livello di protezione più elevato rispetto a quello assicurato dall'art. 31, par. 2; dovendo interpretarsi il vincolo relativo alla durata massima dell'orario in conformità con la tradizione costituzionale, ne deriverebbe l'obbligo per la Corte Costituzionale di giudicare della legittimità della disposizione di diritto comunitario derivato utilizzando quale parametro di giudizio la norma costituzionale nazionale fondativa del diritto⁶⁶.

Così ragionando, però, non si va troppo lontano. Poiché, nel caso in esame, il contrasto fra la norma di diritto europeo e il principio costituzionale nazionale risulta formalmente appianato dalla legislazione italiana di trasposizione della direttiva comunitaria, il giudizio di non conformità della disposizione di diritto europeo – in forza del "controlimite" costituzionale – ha senso solamente se in grado di produrre l'illegittimità "derivata" anche della norma di diritto interno.

Ma a quel punto, poiché l'esito sarebbe a ben guardare il medesimo⁶⁷, risulta più lineare il ricorso al tradizionale giudizio di legittimità costituzionale delle disposizioni del d. lgs. n. 66 del 2003, sotto

⁶³ In particolare cfr. CELOTTO, GROPPI, *Primaute e controlimiti nel Progetto di Trattato Costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 868 ss; riferimenti anche in GAMBINO, *op. cit.*, 72 ss.

⁶⁴ Una esaustiva ricostruzione della dottrina dei controlimiti in VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, intervento al seminario di studio su "Diritto comunitario e diritto interno", Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, in <http://www.europeanrights.eu/>.

⁶⁵ V. *supra* par. 1

⁶⁶ CELOTTO, GROPPI, *op. cit.*, 869.

⁶⁷ E' bene ricordare che, secondo una diversa impostazione, sarebbe necessario ricorrere alla "doppia pregiudiziale", con la previa rimessione del giudizio alla Corte di Giustizia e il successivo ritorno alla Corte Costituzionale: cfr. MASTROIANNI, *op. cit.*, 40 ss. Sulla riproponibilità della teoria dei controlimiti, v. la critica di STROZZI, *op. cit.*, 37 ss. che ne ravvisa la contrarietà con la logica ormai compiuta dell'integrazione europea. Da ultimo, tuttavia, lo schema dei controlimiti è riproposto dalla sentenza della Corte Costituzionale di Karlsruhe sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con l'ordinamento costituzionale tedesco: per un'ampia rassegna delle opinioni, v. le relazioni presentate al Convegno "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea", Roma, 21 settembre 2009, disponibili alla pagina *web* <http://www.astrid-online.it/>

il profilo dell'osservanza della riserva di legge *ex art. 36, comma 2 Cost.*, nella parte in cui omette di porre limiti diretti alla durata giornaliera della prestazione di lavoro⁶⁸; assume rilevanza, a tal fine, il fatto che il diritto al riposo giornaliero conosca possibili compressioni, mediante deroghe introdotte mediante contratto collettivo o fonte regolamentare, sulla base del rinvio legale⁶⁹, mentre in un caso il legislatore ha addirittura previsto *sic et simpliciter* la sua inapplicabilità, rinviando in toto la definizione di quei limiti alla contrattazione collettiva⁷⁰.

L'esito del giudizio di costituzionalità sarebbe, tuttavia, tutt'altro che scontato. Qualora infatti la Corte ritenesse probante la soluzione ministeriale⁷¹, per la quale il riposo giornaliero sostituisce l'antecedente disposto sul limite di durata, non avrebbe motivo di non ritenere soddisfatta la riserva di legge, non spettando ad essa una valutazione circa la condivisibilità o meno della scelta di politica del diritto praticata dal legislatore del 2003. Al contempo, sul versante del carattere assoluto della riserva di legge, la legislazione del 2003, aprendo un'ampia prospettiva regolativa per le fonti "secondarie", finisce di fatto per avallare la lettura dottrinale secondo cui la riserva di legge costituzionale debba considerarsi eminentemente "relativa", con riferimento sia alla contrattazione collettiva, che al ruolo eventuale della decretazione ministeriale⁷². Non è detto che la Corte Costituzionale non potrebbe

⁶⁸ Per un riepilogo delle questioni, v. LECCESE, *Durata della prestazione e tutela della persona, tra vecchie e nuove regole sull'orario di lavoro*, in Santucci, Bellini, Quaranta (a cura di), *ICT e lavoro flessibile. Modelli organizzativi, contrattazione collettiva e contrattazione individuale*, Franco Angeli, Milano, 2008, 147 ss.; l'a. (*ivi*, 148) non esclude peraltro che possa darsi luogo ad un'opera di diretta supplenza da parte del giudice, al fine di colmare la lacuna derivante dall'abrogazione del limite. Similmente NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, t. II, Cacucci, Bari, 2008, 760, che istituisce una sorta di analogia con la giurisprudenza in materia di retribuzione sufficiente.

⁶⁹ Come già riferito *supra*, par. 3.

⁷⁰ L'art. 3, comma 85, l. n. 244/2007 (legge Finanziaria 2008) ha introdotto nell'art. 17 del d. lgs. n. 66 del 2003 un comma *6-bis*, ai sensi del quale "le disposizioni di cui all'articolo 7 [del d.lgs. n. 66] non si applicano al personale del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale, per il quale si fa riferimento alle vigenti disposizioni contrattuali in materia di orario di lavoro, nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori" (su cui, specie per le questioni di conformità rispetto alla direttiva comunitaria, v. ALLAMPRESE, LECCESE, *Direttiva n. 2003/88 e disciplina italiana su orario di riposi del personale del SSN*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, I, 366 ss.).

⁷¹ Secondo la circolare ministeriale n. 8 del 2005, la legittimità costituzionale non sarebbe compromessa, in virtù dell'effetto "secondario" imputabile alla disposizione sul riposo giornaliero, che comunque sarebbe in grado di soddisfare la riserva di legge costituzionale. Già in tal senso la Relazione ministeriale di accompagnamento al d. lgs. n. 213 del 2004.

⁷² Cfr. ICHINO, *op. cit.*, 377.

essere indotta a prenderne atto, escludendo dunque la violazione dell'art. 36, comma 2, anche sotto questo profilo.

Infine, esiste una terza possibile chiave di composizione dell'antinomia, tutta interna alle relazioni fra le fonti di diritto derivato, riguardando il rapporto fra la direttiva comunitaria e la legislazione nazionale traspositiva. Si contesta, da una parte della dottrina, la violazione della "clausola di non regresso" contenuta nella direttiva comunitaria (art. 23), nella misura in cui l'adeguamento ad essa parrebbe costituire il pretesto per introdurre elementi di peggioramento nelle condizioni che concernono la limitazione dell'orario di lavoro⁷³. Tale prospettiva deve però far i conti con le incertezze sul valore e l'efficacia della "clausola comunitaria di non regresso", che secondo una nota giurisprudenza della Corte di Giustizia, non garantisce lo *stand-still*, non potendosi escludere che una *reformatio in peius* dei livelli di tutela possa essere introdotta autonomamente dal legislatore nazionale, per il perseguimento di interessi non necessariamente connessi con il recepimento dell'atto normativo comunitario⁷⁴.

Resta il fatto che, a distanza di alcuni anni dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 66 del 2003, né la Corte Costituzionale, né la Corte di Giustizia sono state investite di questioni relative alla legittimità costituzionale e/o conformità ai principi del diritto comunitario del d. lgs. n. 66 del 2003. Neppure si registra l'avvio di una prassi giurisprudenziale di qualche significato. E' probabile che la contrattazione collettiva funzioni come fattore di equilibrio del sistema⁷⁵; mentre, laddove essa non arriva, i rapporti di forza riescono, evidentemente, a governare più efficacemente di quanto non si possa pensare le dinamiche delle relazioni di lavoro.

4. Il bilanciamento fra sfera sociale e libertà economiche: il riposo settimanale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia.

Non particolarmente fruttuoso appare il raffronto fra la Carta costituzionale e la CDFUE in tema di riposo settimanale e ferie⁷⁶. I due testi sono accomunati dall'eloquente – ancorché privo di specificazioni

⁷³ Cfr. FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008, 114.

⁷⁴ Sulla quale v. Corte Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold c. Helm*.

⁷⁵ Per le prime ricostruzioni v. SPOLVERATO, *Contrattazione collettiva e attuazione normativa*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 1249; LELLA, *Contratti collettivi e orario di lavoro*, *ibid.*, 2005, n. 21, Inserto.

⁷⁶ Già in termini critici sulla capacità di incidenza delle disposizioni costituzionali, di cui si denunciano i "termini scarsamente innovativi", v. TREU, *op. cit.*, 119.

contenutistiche – riconoscimento dei diritti, differenziandosi per il riferimento all'irrinunciabilità degli stessi, sancita dalla disposizione costituzionale, ma non dall'art. 31, par. 2, CDFUE. Giocoforza, l'analisi si sposta sulle connessioni fra la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana, da un lato, e della Corte di Giustizia, dall'altro: analisi condotta sul filo dell'interpretazione delle normative secondarie e tenendo nel dovuto conto i termini della dialettica fra la tipica dimensione garantista dei diritti e quell'altra dimensione in cui si situano le "esigenze del mercato", come fattore condizionante il loro godimento. Come si avrà modo di constatare, infatti, anche in tema di diritto al riposo e alle ferie, i modelli interpretativi elaborati dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria metabolizzano il confronto fra istanze di tutela di differenti beni giuridici, ugualmente caratterizzanti le tavole dei valori costituzionali nazionali e sovranazionali.

L'art. 36, comma 3, Cost. stabilisce anzitutto il diritto del lavoratore a fruire di un riposo settimanale. Quest'ultimo è funzionale all'esigenza primordiale di tutela della salute e della sicurezza del lavoratore, anche se non si può disconoscerne l'ulteriore finalità, di assicurare quote di tempo libero per il lavoratore e la sua famiglia⁷⁷.

Da questo punto di osservazione, potrebbe sembrare che la tematica si esaurisca nella definizione del *quantum* di tutela, implicitamente desumibile dalla medesima formulazione costituzionale: per riposo settimanale intendendosi, come è di tutta evidenza, la fruizione di una giornata di riposo con cadenza settimanale⁷⁸.

Ma è, invece, sul diverso terreno della collocazione temporale e delle modalità di fruizione del riposo, che si segnalano le esigenze di bilanciamento fra valori (e principi costituzionali) eterodossi: il diritto al riposo *versus* la libertà di iniziativa economica privata (e in particolare di commercio); il diritto al riposo *versus* i diritti dei cittadini a che certe attività lavorative vengano prestate (e taluni servizi erogati) anche nella giornata della domenica; ma anche il diritto al riposo del lavoratore di culto cattolico *versus* il diritto di chi professa l'ebraismo o altre fedi religiosi di fruire del riposo settimanale in un giorno diverso dalla domenica⁷⁹.

⁷⁷ In tal senso, ICHINO, *op. cit.*, 412.

⁷⁸ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 91, il quale ricorda come "la norma costituzionale non offre invece alcuna garanzia riguardo al godimento di ulteriori giorni di riposo (festività nazionali e infrasettimanali) retribuiti, nel corso dell'anno".

⁷⁹ Il tema del riposo settimanale e le sue paradigmatiche implicazioni in ordine alla questione del bilanciamento fra beni costituzionalmente rilevanti, è ampiamente evocato da ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 283.

Mentre l'ultima questione è risolta dalla legislazione ordinaria⁸⁰, mediante il riconoscimento "non incondizionato" del diritto del richiedente a fruire del riposo in giorno alternativo alla domenica⁸¹, sulle prime due si registra una significativa elaborazione della giurisprudenza costituzionale, tarata sulle disposizioni della legge n. 370 del 1934, anch'essa attuativa *ex post* del disposto dell'art. 36, comma 3, Cost. Al centro di tale elaborazione è la collocazione del riposo e la sua eventuale coincidenza con la giornata della domenica, nonché il profilo, strettamente connesso, della cadenza obbligatoriamente (o meno) ebdomadaria del riposo settimanale. Su queste articolazioni della disciplina si manifesta la dialettica fra diritti o fra diritti e libertà, tutti di rango costituzionale, il cui contemperamento implica un'attenta declinazione della dimensione rigidamente protettiva o, al contrario, flessibilmente elastica, dell'istituto del riposo settimanale.

(A) Sul punto della *collocazione temporale* del periodo di riposo, è certamente significativo che la disposizione costituzionale adotti un approccio *laico*, imponendo il vincolo del riposo settimanale, ma senza fare riferimento al carattere domenicale del riposo⁸².

⁸⁰ Si pensi alle disposizioni sul diritto al riposo sabbatico per coloro che professano la religione ebraica, in un periodo compreso fra la mezz'ora prima del tramonto del sole del venerdì ad un'ora dopo il tramonto del sabato (art. 4, legge n. 101 del 1989), nonché il diritto al riposo nella giornata del sabato per i lavoratori dell'Unione delle chiese cristiane avventizie del settimo giorno (art. 17, legge n. 516 del 1988).

⁸¹ In particolare, l'art. 17 della legge n. 516 del 1988, stabilisce che il diritto per gli "avventisti del settimo giorno" di fruire, a richiesta, del riposo sabbatico come riposo settimanale "è esercitato nel quadro della flessibilità dell'organizzazione del lavoro", salvo il recupero delle ore di lavoro non prestato nella domenica o altro giorno della settimana, senza diritto a maggiorazioni per straordinario. Tale disposizione ha costituito oggetto di numerose sentenze, con riferimento ai limiti connessi alla flessibilità dell'organizzazione del lavoro: segnatamente, Pret. Monza – Desio 20 marzo 1992, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, 633, pur affermando l'esistenza del diritto, ha individuato un limite nelle esigenze produttive dell'impresa, peraltro ritenute nella specie non prevalenti; invece, Pret. Bologna, ord. 9 marzo 1996, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 826 e Pret. circondariale Roma 6 novembre 1998, in *Dir. Eccles.*, 2000, II, 95 hanno interpretato la nozione di "flessibilità dell'organizzazione del lavoro" quale "possibilità concreta per l'azienda di adattare l'utilizzazione dei dipendenti e le loro prestazioni alle diverse e mutevoli esigenze del servizio svolto", in qualche modo addossando all'impresa la responsabilità, ove non eccessivamente onerosa, di predisporre una diversa organizzazione dei turni di lavoro, in attuazione del diritto (e non di un "privilegio") del lavoratore avventista a fruire del riposo sabbatico.

⁸² La proposta di introdurre la formula del "riposo festivo" – specificamente alludendo alla domenica anche "in ossequio agli orientamenti religiosi della stragrande maggioranza dei lavoratori italiani" – formulata in Assemblea Costituente (v. COLAPIETRO, *op. cit.*, 742), non venne accolta, probabilmente per evitare di "costituzionalizzare la scelta della domenica e delle altre feste religiose come giorno di riposo generalizzato" (ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, t. I, Giuffrè, Milano, 1984, 182, nota 103; v. anche DE LUCA TAMAJO, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav., rel. ind.*, 1986, 450). Il risultato – si è detto – è una norma costituzionale "formulata in modo da indicare un preciso

Per contro, l'art. 3, legge n. 370 del 1934 – già vigente al momento dell'entrata in vigore della Costituzione – dettava un criterio direttivo più stringente, disponendo che "il riposo di 24 ore consecutive *deve essere dato* la domenica, salvo le eccezioni stabilite dagli articoli seguenti" (del resto, la stessa rubrica della legge recava il titolo "riposo domenicale e settimanale"). Successivamente, l'art. 2109, comma 1, cod. civ. ha disposto una coincidenza del riposo settimanale "di regola" con la domenica. La *ratio* delle disposizioni era chiaramente fondata su una specifica tecnica normativa, che detta la regola, ammettendo però l'eccezione, nel senso che la giornata della domenica assurge a "giorno normale di pausa settimanale", fermo restando il fatto che "la realtà delle strutture produttive di beni e di servizi dell'attuale società organizzata possono comportare la necessità di prestare attività lavorativa anche nel giorno della domenica"⁸³.

Orbene, fra la seconda metà degli anni '60 e la prima metà degli anni '70, la Corte costituzionale è intervenuta più volte, contribuendo a "de-sacralizzare", per così dire, la dimensione del riposo settimanale come necessariamente domenicale, affermando che "una siffatta rigida disciplina non potrebbe, oggi, ritenersi imposta dal principio costituzionale che tutela il diritto (irrinunciabile) dei lavoratori al riposo settimanale (oltre che alle ferie annuali). Nessun accenno alla domenica o ad altro giorno determinato si rinviene, infatti, nel terzo comma dell'art. 36, che – come questa Corte ha già avuto occasione di affermare nelle sentenze n. 150 del 1967 e n. 146 del 1971 – si limita ad enunciare il principio del riposo settimanale, senza regolarne l'esercizio e senza prescrivere, per tutte le possibili ipotesi, una rigorosa periodicità"⁸⁴.

(B) Anche in merito alla *cadenza ebdomadaria* del riposo, la Corte ha manifestato evidenti aperture verso le esigenze di flessibilità ed elasticità della disciplina, realizzando la sopra descritta funzione di bilanciamento fra diritti (e libertà) di rango costituzionale. Dopo avere affermato che il riposo settimanale deve essere caratterizzato da una

regime di riposo, cioè un regime rigido per quanto riguarda la periodicità ricorrente e flessibile per quanto riguarda la giornata di calendario nella quale il riposo può essere goduto" (così VENTURA, *Il riposo settimanale: questioni recenti e recentissime di interpretazione e costituzionalità*, in *Riv. giur. lav.*, 1968, I, 58). Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale e, soprattutto, la più recente legislazione si faranno carico di smentire l'assunto circa la rigidità del termine di periodicità del riposo (v. infatti *infra*).

⁸³ PANZARANI, *Lavoro festivo e domenicale*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 125. Sulla *ratio* sottesa alla regola "di derivazione millenaria" del riposo domenicale, prefigurato come forma di "tempo libero qualificato", cfr. ICHINO, *op. cit.*, 412.

⁸⁴ Corte Cost. 15 giugno 1972, n. 105, in *Giur. Cost.*, 1972, I, 1196; in dottrina, cfr. SILVAGNA, *op. cit.*, in AA.VV., *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, 189.

specifica cadenza di 24 ore ogni sette giorni di lavoro (o, in altri ma equivalenti termini, di 24 ore dopo sei giorni di lavoro), ha infatti precisato che è possibile derogare a questo principio, laddove ricorrano determinate condizioni: 1) che la differente periodicità sia giustificata da specifiche esigenze della produzione nei diversi settori interessati, fermo restando il contemperamento di queste esigenze con le finalità di tutela della salute dei lavoratori; 2) che è altresì necessario che tale diversa periodicità sia ristretta ai casi di evidente necessità a tutela di altri "apprezzabili" interessi; 3) che nel ciclo di lavoro assunto a riferimento, rimanga ferma la media di 24 ore di riposo dopo sei giornate lavorative, in modo da non snaturare o eludere la periodicità tipica della pausa settimanale⁸⁵.

Come si è detto in precedenza, la CDFUE si limita a codificare il diritto al riposo settimanale – facente del resto ampiamente parte del patrimonio costituzionale comune agli Stati europei – senza null'altro aggiungere.

In ambito comunitario, riferimenti si traggono invece dalla direttiva n. 93/104/Ce, costituente il ceppo originario dell'attuale direttiva n. 2003/88/CE e sul quale si è giocata, alcuni anni or sono, un'importante battaglia non solo di principio. Il riferimento alla collocazione del riposo settimanale "in linea di principio nella giornata della domenica", contenuta nella direttiva n. 93/104/Ce, è stato infatti espunto a seguito della sentenza della Corte di Giustizia 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio UE (c.d. WTD Case)*. In quell'occasione, la Corte ha ritenuto non giustificabile sotto il profilo delle esigenze di tutela della

⁸⁵ Corte Cost. 15 dicembre 1967, n. 150, in *Giur. cost.*, 1967, II, 1746, successivamente specificata da Corte Cost. 30 giugno 1971, n. 146, *id.*, 1971, II, 164. L'orientamento ha originato un cospicuo indirizzo giurisprudenziale tendente ad ammettere la derogabilità della periodicità ebdomadaria, laddove sussistano le condizioni giustificative indicate dalla Corte Costituzionale (Cass. 14 aprile 2001, n. 5592, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, 759; 21 settembre 2000, n. 12518, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1105; 30 agosto 2000, n. 11419, *ibid.*, voce cit., n. 1133; 22 luglio 1995, n. 8014, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 591), fatto salvo il diritto ad una maggiorazione retributiva in caso di "slittamento" del riposo al di là del settimo giorno, purché ne resti impregiudicata la fruizione *medio tempore*, con la conseguente osservanza del rapporto di sei giorni lavorativi e uno di riposo (Cass. 8 ottobre 2003, n. 15046, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 345; Cass. 9 gennaio 2002, n. 179, in *Foro it.*, 2002, I, 1787; Cass. 28 giugno 2001, n. 8820 e 28 novembre 2001, n. 15044, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 833; 17 febbraio 2000, n. 1769, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1142.). Per una più ampia rassegna di giurisprudenza, v. ALLAMPRESE, LELLA, *Riposi settimanali*, in Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa di italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 2004, 349-350.

salute e sicurezza dei lavoratori la fissazione di un riposo domenicale, così abrogando la disposizione della direttiva originaria⁸⁶.

L'effetto è stato quello di lasciare "mano libera" agli Stati membri nella definizione del *quando* del riposo settimanale, secondo una linea interpretativa già invalsa nel contesto della *Sunday Trading Legal Saga*, originata dalla famosa sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Torfaen*⁸⁷. In quel caso, si poneva dinanzi alla Corte di Giustizia un problema di raffronto fra principi di libertà economica (la libera circolazione delle merci in ambito comunitario, sancita dall'art. 30 del Trattato Cee, ora art. 34 TFUE) e il diritto del lavoratore subordinato a fruire di una garanzia sociale quale il riposo domenicale. La Corte, pur escludendo che disposizioni nazionali sul divieto di apertura domenicale degli esercizi possano comportare restrizioni alla libera circolazione delle merci, ha al contempo affermato che normative del genere costituiscono "espressione di determinate scelte politiche ed economiche, in quanto sono intese a garantire una ripartizione degli orari di lavoro e di riposo rispondente alle peculiarità socioculturali nazionali o regionali, la cui valutazione spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri"⁸⁸. Tali principi sono stati successivamente ribaditi dalla Corte di Lussemburgo⁸⁹, anche con riferimento a normative nazionali contenenti un esplicito divieto di lavoro domenicale⁹⁰.

Pare di poter dire che sia nel *WTD Case*, sia nella giurisprudenza *Torfaen*, la Corte di giustizia manifesti anch'essa un approccio *laico* rispetto al problema, liberando il riposo settimanale dall'ipoteca della cadenza domenicale, ancorché in nome di finalità molto differenti fra loro: la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, nel primo caso, la rimozione di ostacoli alla libera circolazione delle merci, nel secondo.

Occorre avvertire, tuttavia, che un simile ricongiungimento, sul piano dei principi, fra l'ordinamento costituzionale italiano e il sistema

⁸⁶ Per un recente *excursus*, cfr. NOWAK, *Working Time Directive and the European Court of Justice*, in *Maastricht Journ.*, 2008, vol. 15, n. 4, 448 ss.

⁸⁷ Corte Giust. 23 novembre 1989, causa C-145/88, *Torfaen*.

⁸⁸ La Corte di Giustizia aveva già escluso interferenze fra normative nazionali che vietano il lavoro notturno nel settore della panificazione e delle pasticcerie e principio della libera circolazione delle merci: cfr. Corte Giust. 14 luglio 1981, causa C-155/80, *Oebel*.

⁸⁹ Cfr. Corte Giust. 16 dicembre 1992, causa C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent e altri c. B & Q*; Corte Giust. 24 novembre 1993, cause C-267 e 268/91, *Keck*; Corte Giust. 2 giugno 1994, cause C-401 e 402/92, *Tankstation't Heukske vof*; Corte Giust. 2 giugno 1994, cause C-69 e 258/93, *Soc. Punto Casa*, in *Racc.*, 1994, 2363; Corte Giust. 20 giugno 1996, cause C-418, 419, 420, 421/93, 460-462/92, 464/93, 9-11/94, 14-15/94, 23-24/94, 332/94, *Semeraro Casa Uno srl*, in *Racc.*, 1996, 2975.

⁹⁰ Cfr. Corte Giust. 28 febbraio 1991, causa C-312/89, *Conforama* (sulla normativa francese); Corte Giust. 28 febbraio 1991, causa C-332/89, *André Marchandise* (sulla legislazione belga).

giuridico comunitario, ulteriormente sanzionato dalla CDFUE sempre all'insegna del fattore della "laicità", non può certo condurre a prefigurare ipotesi interpretative definitive. Si pensi solamente all'impellente urgenza di ridimensionare gli effetti della pronunzia della Corte di Giustizia nel *WTD Case*, tradottasi nella Risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 1996, in cui si forniscono chiare indicazioni in merito al "carattere particolare" della domenica come giorno di riposo, in ragione – per richiamare una formula quasi abusata in questi ultimi anni – delle radici cattoliche della società europea⁹¹.

5. La collocazione domenicale del riposo e la regola della periodicità: problematiche italiane ed europee.

L'incerta configurazione del diritto al riposo settimanale, sotto il profilo della sua collocazione e delle modalità di fruizione, si riverbera sugli assetti della legislazione nazionale di riforma, traspositiva della disciplina comunitaria.

In parziale continuità con quanto disposto dalla l. n. 370 del 1934, l'art. 9, comma 1, d. lgs. n. 66 del 2003 stabilisce infatti 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". L'intenso dibattito sviluppatosi in Italia a ridosso della trasposizione della direttiva comunitaria è sfociato, pertanto, nel mantenimento dell'originaria collocazione "domenicale" del riposo settimanale⁹², coincidenza che rimane, come già nel vigore della legislazione anteriore, del tutto tendenziale, in forza del vasto apparato di deroghe predisposto dall'art. 9, commi 2, 3 e 4, d. lgs. n. 66 del 2003, che consentono la fruizione del riposo in un giorno diverso dalla domenica. Resta fermo, attesa la natura giuridica del riposo domenicale quale "tempo libero qualificato"⁹³, il diritto del lavoratore domenicale a fruire in ogni caso di una maggiorazione retributiva, la cui entità è determinata dal giudice, ove non prevista dal contratto collettivo⁹⁴.

Occorre però sottolineare un ulteriore profilo normativo d'interesse, che ha di recente preso corpo. Aderendo ad un'indicazione

⁹¹ La Risoluzione è pubblicata in *Quad. dir. pol. eccles.*, 1997, 532, con nota di ASTORRI. E' bene ricordare che l'art. 2 della Carta sociale europea del 1961 riconosce il diritto a fruire di "un riposo settimanale che coincida per quanto possibile con il giorno della settimana generalmente ammesso come giorno di riposo dalla tradizione o dagli usi del paese o della regione".

⁹² Lo enfatizza NAPOLI, *op. cit.*, 760.

⁹³ V. *supra*, nota 83.

⁹⁴ Così come afferma la costante giurisprudenza: *ex multis* Cass. 4 febbraio 2008, n. 2610, *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Lavoro* (rapporto), n. 88.

contenuta nella direttiva comunitaria (art. 16, par. 1, lett. a) ma in un primo tempo ignorata, il legislatore italiano ha modificato il d. lgs. n. 66 del 2003, ora prevedendo che il riposo settimanale possa essere "calcolato come media in un periodo non superiore a quattordici giorni" (art. 41, comma 5, l. n. 133 del 2008). In virtù di tale disposto, il datore di lavoro è posto nella condizione di richiedere lo svolgimento di una prestazione lavorativa per dodici giorni consecutivi, fatto salvo il diritto del lavoratore di fruire di un riposo "compattato" sui rimanenti due giorni, collocati nella tredicesima e quattordicesima giornata dell'arco temporale di riferimento⁹⁵.

A tale alterazione del principio di periodicità del riposo settimanale, di norma calibrato sulla regola sei giorni di lavoro / uno di riposo, sembrerebbe fare da scudo la menzionata giurisprudenza della Corte costituzionale, orientata a legittimare l'alterazione della cadenza ebdomadaria del riposo settimanale⁹⁶. La differenza risiede però nel fatto che, secondo quella giurisprudenza, ciò era possibile solo in presenza di particolari esigenze della produzione e preservando la tutela della salute del lavoratore, mentre nel nuovo regime normativo la deroga diviene, all'evidenza, implementabile in via del tutto ordinaria.

Non può inoltre sfuggire il formarsi di una contraddizione "interna" alla trama legislativa. Se, infatti, il riposo può concentrarsi sulla parte finale di un arco temporale bi-settimanale, questo vorrà dire che, almeno laddove il datore di lavoro opti per il modello di computo flessibile del riposo settimanale, verrà meno il rispetto della sua cadenza domenicale. In tal modo, si rafforza l'idea per cui il riposo domenicale è, almeno dal punto di vista della disciplina legale, una "regola" ormai dimidiata, atteggiandosi sempre di più come variabile dipendente dalle esigenze della produzione, la cui "gestione" è rimessa al potere (unilaterale, in assenza di limiti introdotti dalla contrattazione collettiva) di determinazione del datore di lavoro⁹⁷.

I complessi sviluppi della legislazione italiana confermano, dunque, la validità del principio enunciato, a suo tempo, dalla Corte Costituzionale: l'art. 36, comma 3, Cost. scolpisce il diritto soggettivo perfetto ed irrinunciabile al riposo settimanale, ma non ne definisce "le

⁹⁵ Per un approccio più complesso v. BELLOMO, *Orario di lavoro: le modifiche introdotte dalla legge 133 del 2008 e le prospettive di riforma della normativa europea*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 835-836. Per una prima ricognizione ministeriale sul sistema dei riposi settimanali dopo la l. n. 133 del 2008, v. le risposte ad interpello nn. 29/2009 e 60/2009, leggibili in <http://www.lavoro.gov.it/Lavoro/Strumenti/interpello/tempidilavoro.htm>.

⁹⁶ V. *supra*, nota 85.

⁹⁷ Cfr. FERRANTE, *op. cit.*, 442, il quale nega che possa parlarsi di "contraddizione palese", anche se poi ammette che "il principio della tendenziale coincidenza [con la domenica] sia, per così dire, dimezzato".

condizioni di esercizio”, rimesse in definitiva alla legislazione ordinaria e alla sottostante normazione regolamentare. Dal diritto dell’UE non si traggono elementi in senso divergente. La giurisprudenza, costituzionale e comunitaria, si è poi incaricata di costruire il quadro entro cui operare il bilanciamento fra il diritto al riposo strettamente inteso e il soddisfacimento di beni giuridici di pari rilevanza costituzionale (in particolare, la libertà d’iniziativa economica privata).

Ma proprio questo versante, del bilanciamento fra principi (con riflessi inevitabili sul campo di operatività delle regole), è quanto mai mutevole, risentendo delle sensibilità che, di volta in volta, in diversi contesti storici o geo-politici, possono in concreto manifestarsi. Lo testimonia il recente andamento del dibattito costituzionale sulla legislazione in materia di apertura domenicale degli esercizi commerciali in due Stati europei come la Germania e la Croazia (quest’ultima autorevole candidata all’ingresso nell’UE).

Mentre, infatti, la Corte Costituzionale tedesca, con sentenza del 1° dicembre 2009, ha ritenuto costituzionalmente illegittima, ai sensi dell’art. 139 Cost. (che, nell’incorporare alcuni principi della Costituzione weimariana, stabilisce che “la domenica e le altre festività riconosciute vanno legalmente protette come giorni del riposo e dell’elevamento spirituale”), una legge della Città-Stato di Berlino che autorizzava l’apertura degli esercizi commerciali nelle quattro domeniche dell’Avvento⁹⁸, dando prevalenza alle “esigenze di tutela della persona” a scapito della libertà di commercio, la Corte Costituzionale della Croazia, con sentenza del 19 giugno 2009 ha, tutto al contrario, dichiarato costituzionalmente illegittima una norma di legge che vietava, per l’appunto, l’apertura domenicale dei negozi, attribuendo stavolta prevalenza alle esigenze costituzionalmente protette (art. 49, comma 1, della Costituzione croata) del libero mercato⁹⁹.

E’ la riprova che il terreno di bilanciamento di beni giuridici ugualmente presenti nel patrimonio costituzionale comune agli Stati europei non si definisce una volta per tutte. Come non sentire, nuovamente, l’eco degli autorevoli ammonimenti circa la relatività storico-funzionale dei diritti e delle libertà fondamentali?¹⁰⁰

⁹⁸ La sentenza è leggibile, in lingua tedesca, alla pagina *web* <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/index.html>.

⁹⁹ La sentenza è leggibile, in lingua inglese, alla pagina *web* <http://www.usud.hr/default.aspx>.

¹⁰⁰ Cfr. BOBBIO, cit. *supra*, nota 36.

6. Il diritto alle ferie annuali fra Costituzione e codice civile. La vis espansiva del diritto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

La vicenda del diritto alle ferie annuali retribuite è alquanto curiosa. Ultimo fra i "diritti al riposo" ad essere concepito dal legislatore nazionale, dopo la consacrazione nella Carta Costituzionale del '48 e il successivo riconoscimento nella Carta sociale europea del 1961, ha conosciuto un'intensa stagione di fioritura, anche attraverso l'apporto interpretativo/rafforzativo della Corte Costituzionale e, più di recente, della Corte di Giustizia, chiamata a pronunziarsi su profili di conformità alla direttiva comunitaria n. 93/104/Ce (ora n. 2003/88/CE) della legislazione di diversi Stati membri (Germania, Gran Bretagna, Olanda, Spagna).

In ambito nazionale, il diritto alle ferie annuali retribuite nasce e si sviluppa in un contesto essenzialmente extra-legislativo. L'art. 36, comma 3, Cost., nel sancirlo senza stabilirne durata e modalità di fruizione, rinviava implicitamente alle fonti sottostanti il compito di regolarlo. Compito lungamente assolto dalla contrattazione collettiva, pur nella cornice di alcuni principi di derivazione codicistica (art. 2109, commi 2 e 3, cod. civ.). Solo con la legge n. 157 del 1981, di ratifica della Convenzione ILO n. 52 del 1936, sarà introdotta la "quantificazione" del diritto nella misura di tre settimane annue. Mentre un riferimento al minimo di quattro settimane di ferie retribuite si ricava indirettamente (e non senza incognite sul piano dell'effettiva cogenza della previsione) dall'art. 2, n. 3, della Carta Sociale Europea, nel testo revisionato dal Consiglio d'Europa nel 1996, ratificata con legge n. 30 del 1996¹⁰¹.

Nondimeno, nella vigenza dell'art. 2109, cod. civ., la Corte costituzionale aveva provveduto a modellare il disposto codicistico secondo il principio di adeguatezza costituzionale, sancendo l'illegittimità, ai sensi dell'art. 36, comma 3, Cost., della disposizione, nella parte in cui escludeva il riconoscimento del diritto in caso di rapporto di lavoro di durata inferiore ad un anno. Da qui il c.d. principio di intrannualità delle ferie, computabili in proporzione alla durata contrattuale del lavoro, senza alcun pregiudizio per i rapporti di breve durata¹⁰².

Ma l'apporto per certi versi più significativo che è venuto dalla Corte Costituzionale inferisce il legame giuridico fra il diritto all'assenza per malattia e il diritto alle ferie. La vicenda, che ha riguardato

¹⁰¹ La Parte III della Carta Sociale, infatti, autorizza la parziale attuazione degli "impegni" previsti dalla Parte II della Carta (fra cui appunto la previsione relativa al diritto alle ferie), così inducendo non pochi dubbi sulla cogenza, *in parte qua*, della legge di ratifica.

¹⁰² Corte Cost. 10 maggio 1963, n. 66, in *Giur. Cost.*, 1963, 569.

specificamente il caso di sopravvenienza dello stato di morbilità durante la fruizione delle ferie, risultò all'epoca non poco controversa, dando luogo ad orientamenti giurisprudenziali prevalentemente orientati a negare l'effetto interruttivo¹⁰³.

Una svolta si è avuta a seguito di Corte costituzionale 30 dicembre 1987, n. 616¹⁰⁴. Quest'ultima, facendo leva sulla *ratio* composita del diritto del lavoratore "a fruire di congruo periodo di riposo con conseguente sottrazione al lavoro, sicché egli possa ritemprare le energie psico-fisiche usurate dal lavoro e possa altresì soddisfare le sue esigenze ricreativo-culturali e più incisivamente partecipare alla vita familiare e sociale", ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – sempre per contrasto con l'art. 36, comma 3, Cost. – dell'art. 2109, comma 2, cod. civ., nella parte in cui non prevedeva l'effetto interruttivo indotto dal sopravvenire dello stato di malattia¹⁰⁵.

Ulteriore conferma circa l'intangibilità del diritto alle ferie, sotto il profilo del suo riconoscimento, è venuto, infine, dalla più recente Corte Costituzionale 22 maggio 2001, n. 158¹⁰⁶, che ha ritenuto costituzionalmente illegittima la mancata garanzia del periodo di ferie per il lavoratore detenuto che svolga attività lavorativa all'interno dell'istituto penitenziario, quantunque con gli adattamenti richiesti dallo *status* del lavoratore e dalle connesse peculiarità del rapporto di lavoro.

¹⁰³ Per un riepilogo cfr. ICHINO, *L'orario di lavoro e i riposi, Artt. 2107-2109*, in *Commentario Schlesinger al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 1987, 188, nota 76; in dottrina, nel senso ormai superato che il periodo di ferie è assorbente "anche dei diversi riposi, ai quali [il lavoratore] sia costretto per malattia sopravvenuta durante le ferie (non importa se imputabile o non imputabile al lavoratore)" cfr. CORRADO, *op. cit.*, 219.

¹⁰⁴ In *Foro it.*, 1988, I, 1062 e 2153.

¹⁰⁵ La pronunzia ha generato un nuovo indirizzo giurisprudenziale, volto per lo più ad asseverare il *dictum* della Consulta, ma anche a chiarirne i limiti, sicché il principio è sottoposto ad un'eccezione di non poco conto nel caso in cui il datore di lavoro provi l'effettiva compatibilità dello stato di malattia con il godimento del periodo di ferie: cfr. Cass. sez. un. 23 febbraio 1998, n. 1947, in *Foro it.*, 1998, I, 1065; Cass. 8 novembre 1999, n. 1406, in *Impresa*, 1999, 1837; 11 giugno 1999, n. 5772, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1236; Trib. Milano 4 dicembre 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 134. Il principio rinviene un'ulteriore eccezione per il caso in cui il lavoratore, assente per malattia ed impossibilitato a riprendere servizio, al fine di evitare la perdita del posto di lavoro a seguito dell'esaurimento del periodo di comporto, chieda al datore di lavoro di fruire delle ferie durante il periodo di malattia; la giurisprudenza ammette tale possibilità, fermo restando l'obbligo di presentazione della domanda da parte del lavoratore, valutando il fondamentale interesse del richiedente al mantenimento del posto di lavoro (cfr. Cass. 3 marzo 2009, n. 5078, *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Lavoro* (rapporto), n. 64; 22 aprile 2008, n. 10352, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 787; 27 febbraio 2003, n. 3028, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, 598).

¹⁰⁶ In *Foro it.*, 2001, I, 2139.

7. Gli apporti della Corte di Giustizia. L'uso proclamato e non praticato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Al pari del diritto al riposo settimanale, il diritto a fruire di un congruo periodo di ferie annuali è costantemente richiamato nelle Carte dei diritti internazionali ed europee, sino all'art. 31, par. 2, CDFUE.

Nel sistema giuridico dell'UE, peraltro, la fonte di più immediata rilevanza è la direttiva n. 2003/88/CE, erede, come detto, dell'originaria direttiva n. 93/104/Ce, il cui art. 7 regola il diritto alle ferie in maniera più compiuta rispetto a quanto facesse, almeno all'epoca della sua approvazione, il diritto italiano. Su tale disposizione si è concentrata una significativa giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, nel contesto di un'impostazione rigorista tesa ad escludere deroghe di qualsiasi natura, ha rafforzato la portata "comunitaria" del diritto alle ferie, negando che la sua esistenza ed intensità possa essere subordinata alle scelte dei legislatori nazionali, meno che mai se guidate da istanze di natura mercantile, negatorie delle finalità sociali del diritto¹⁰⁷.

La "cifra" dell'orientamento in parola ben si evince dalle motivazioni della prima sentenza interpretativa sull'art. 7 della direttiva, resa dalla Corte di Giustizia nel caso *BECTU*¹⁰⁸. Sul presupposto che il diritto alle ferie annuali retribuite si configuri alla stregua di un "principio particolarmente importante del diritto comunitario", i giudici comunitari hanno dichiarato in contrasto con l'art. 7 della direttiva una disposizione di legge britannica (Reg. 13, par. 7, delle *Working Time Regulations*) che subordinava all'acquisizione di un periodo di anzianità di servizio, pari ad almeno 13 settimane, il riconoscimento del diritto alle ferie, così di fatto escludendo dall'applicazione dell'istituto i lavoratori impiegati con contratti di lavoro di breve durata¹⁰⁹. In tal modo, sottraendo il diritto alle ferie annuali alla discrezionalità del legislatore nazionale, la Corte ha ridimensionato, nel caso specifico, gli eccessi di flessibilità della disciplina britannica, indicando più generalmente agli Stati membri un modello di riferimento, in cui la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori non può piegarsi alle esigenze datoriali di mero contenimento del costo del lavoro.

¹⁰⁷ Cfr. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 48 ss.

¹⁰⁸ Corte Giust., 26 giugno 2001, C-173/99, *The Queen c. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*.

¹⁰⁹ Sulla trasposizione della direttiva comunitaria in materia di orario di lavoro nel sistema britannico si rinvia a G. RICCI, *Modelli e tecniche di flessibilizzazione dell'orario di lavoro in Gran Bretagna*, in Santucci, Bellini, Quaranta (a cura di), *op. cit.*, spec. 152 ss.

L'operazione di trasposizione "verso il basso" dell'art. 7 della direttiva è nuovamente contrastata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Robinson-Steele e Clarke*, sempre vertente sull'interpretazione della normativa britannica¹¹⁰. Si trattava di valutare la conformità alla direttiva di disposizioni legali e regolamentari che prevedevano, secondo una prassi ricorrente nel sistema britannico, modalità integrate di pagamento delle ferie annuali retribuite, in cui cioè il compenso per il periodo feriale è "spalmato" sull'arco annuale e corrisposto congiuntamente alla retribuzione per i periodi di lavoro effettivo (c.d. *rolled up holiday pay*)¹¹¹. La Corte di Giustizia ha sancito l'illegittimità di tali pratiche retributive. Secondo la Corte, il momento del pagamento delle ferie annuali non è stabilito dalla direttiva, perché rientrando fra le "condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali" (art. 7, par. 1, della direttiva). La Corte sottolinea, tuttavia, come la definizione da parte degli Stati membri delle modalità di applicazione debba tenere conto dei limiti imposti dalla direttiva medesima. In particolare, l'obbligo datoriale di pagare la retribuzione ordinaria dovuta per il periodo feriale "è volto a mettere il lavoratore, in occasione di tali ferie, in una situazione che, dal punto di vista della paga, è paragonabile ai periodi di lavoro". Ciò vale anche ad evitare che il regime retributivo integrato, con versamento scaglionato della retribuzione dovuta per il periodo feriale, generi situazioni in cui il periodo minimo di ferie annuali retribuite sia di fatto sostituito da un'indennità finanziaria, in violazione del par. 2 dell'art. 7 della direttiva. Tale ultima disposizione assurge, pertanto, a criterio direttivo per l'interpretazione di una clausola nazionale, così consolidando il principio di effettività del diritto alle ferie già sancito in *BECTU*¹¹².

Ancor prima di *Robinson-Steele e Clarke*, la Corte, nella sentenza *Merino Gómez*¹¹³, aveva chiarito che l'eventuale sovrapposizione fra il congedo annuale e il periodo dedicato al congedo per maternità non può pregiudicare la fruizione del primo, in quanto ciò determinerebbe non solo la lesione del diritto fondamentale della lavoratrice a fruire di un periodo di ferie di almeno quattro settimane, ex art. 7 della direttiva, ma altresì la violazione delle disposizioni poste a tutela di diritti "collegati al contratto di lavoro" della lavoratrice in maternità (art. 11 della direttiva n.

¹¹⁰ Corte Giust. 16 marzo 2006, C-131/04 e C-257/04, *C. D. Robinson-Steele c. R. D. Retail Services Ltd; Michael Jason Clarke c. Frank Staddon Ltd e J. C. Caulfield e a. c. Hanson Clay Products Ltd*.

¹¹¹ Cfr. ZAMPINI, *L'inclusione del pagamento delle ferie annuali nella retribuzione contrasta con la direttiva sull'orario di lavoro*, in *Europa e diritto*, 2006, n. 2, 43 ss.

¹¹² In tal modo BAVARO, *Il principio di effettività del diritto alle ferie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 1341-1342.

¹¹³ Corte Giust., 18 marzo 2004, C-342/01, *María Paz Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho SA*.

92/85/CEE) e di parità di trattamento fra lavoratori e lavoratrici nelle condizioni di lavoro (art. 5, n. 1 della direttiva n. 76/207/CEE). Ne consegue che una lavoratrice deve poter godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello in cui fruisce del congedo di maternità, anche in caso in cui la coincidenza sia contemplata da una specifica disposizione di accordo collettivo¹¹⁴.

La breve rassegna è completata dalle più recenti sentenze rese dalla Corte nei casi *Schultz-Hoff e Stringer*¹¹⁵ e *Vicente Pereda*¹¹⁶. Si tratta di due pronunzie per certi versi complementari. Nella prima si fa applicazione del principio di effettività del diritto alle ferie già elaborato in *Merino Gómez*, per desumere l'esigenza della non sovrapponibilità del periodo di assenza per malattia con il periodo dedicato al godimento del riposo annuale, in ragione della diversa *ratio* dei due diritti¹¹⁷. Aggiunge la Corte che l'eventuale cessazione del rapporto di lavoro che pregiudichi l'effettiva fruizione del periodo di ferie, in quanto "occupato" dall'assenza per malattia, non esclude il diritto del lavoratore a percepire l'indennità per ferie non godute¹¹⁸. La seconda pronunzia completa il precedente *decisum*, riconoscendo il diritto del dipendente a godere delle ferie annuali, eventualmente "slittate" in virtù della coincidenza con la malattia, anche in un periodo successivo all'anno di maturazione, atteso il permanente interesse del lavoratore ad un'eventuale fruizione posticipata.

L'attenzione che molti commentatori hanno dedicato alle Conclusioni formulate dall'Avv. Gen. Tizzano nel caso *BECTU* e, più di recente, dall'Avv. Gen. Trstenjak in *Schultz-Hoff e Stringer* – nella parte

¹¹⁴ Cfr. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *La coincidencia temporal de la baja por maternidad y las vacaciones: adaptación necesaria de la jurisprudencia española al derecho comunitario*, in *Relaciones laborales*, 2004, n. 9, 61; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad*, in *Temas laborales*, 2004, 305; PÉREZ DEL RIO, *Suspensión por maternidad y derecho a vacaciones*, in *Revista de derecho social*, 2004, 107.

¹¹⁵ Corte Giust. 20 gennaio 2009, causa C-350/06; 520/06, *Schultz-Hoff c. Deutsche Rentenversicherung Bund*; *Stringer and others v HM Revenue & Customs*.

¹¹⁶ Corte Giust. 10 settembre 2009, causa C-277/08, *Vicente Pareda c. Madrid Movilidad SA*.

¹¹⁷ Secondo la Corte, infatti, "lo scopo del diritto alle ferie annuali retribuite è consentire al lavoratore di riposarsi e di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione. Tale finalità è diversa da quella del diritto al congedo per malattia, accordato al lavoratore affinché possa ristabilirsi da una malattia" (punto 25 delle motivazioni).

¹¹⁸ Per i primi commenti, cfr. MATTAROLO, *Ferie non godute senza volontà del lavoratore: permanenza del diritto o indennità sostitutiva?*, in *Lav. giur.*, 2009, 471; DI FRANCESCO, *Malattia e spostamento del periodo di ferie annuali*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 801; CAPONETTI, *Il diritto alle ferie tra prassi nazionale e giurisprudenza comunitaria*, *ibid.*, 804; RUANO ALBERTOS, *Incapacidad laboral y derecho a las vacaciones anuales*, in *Tribuna Social*, 2009, n. 221, 44; VALDÉS ALONSO, *Disfrute aplazado de vacaciones por incapacidad temporal*, in *Documentación Laboral*, 2009, n. 86, 143.

in cui operano un richiamo all'art. 31, par. 2 CDFUE come direttamente fondativo di un diritto sociale fondamentale – si ridimensiona nel momento in cui si pongono a confronto le Conclusioni con le successive sentenze della Corte di Giustizia. Il tentativo di fare emergere i diritti fondamentali nelle sedi giudiziali comunitarie, attraverso il richiamo della CDFUE¹¹⁹, pare infatti non essere andato al di là di un semplice *wishful thinking*. La Corte, forse preoccupata di prendere posizione sugli incerti effetti giuridici della CDFUE, ha preferito rifarsi, in motivazione, a principi di diritto internazionale ed europeo ben più risalenti (e assai meno forieri di nodi problematici), come quelli contenuti nel Patto sui diritti economici sociali e culturali del 1966 e nella Carta dei diritti sociali fondamentali del 1989, e in ogni caso fondando conclusivamente le proprie decisioni – né del resto poteva essere diversamente – sulle disposizioni della direttiva comunitaria richiamate a fondamento del rinvio dal giudice nazionale¹²⁰.

8. Influenze della giurisprudenza comunitaria sull'ordinamento italiano: la discussa questione delle modalità di fruizione delle ferie.

E' significativo che la giurisprudenza della Corte di Giustizia cui sin qui si è fatto riferimento non abbia sortito sull'ordinamento nazionale alcun effetto diverso rispetto a quelli generati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (sulle regole dell'intrannualità del diritto o sul rapporto fra ferie e malattia) ovvero da disposizioni legislative (sulla "non sovrapponibilità" fra congedo per ferie e congedo per maternità)¹²¹.

In questo contesto, v'è però un segmento dell'articolato braccio giurisprudenziale sulle ferie che interseca l'ordinamento italiano. La questione, di notevole rilevanza, afferisce alle modalità temporali di fruizione del diritto.

¹¹⁹ Secondo HUNT, *op. cit.*, 61 "ancorché cautamente e pragmaticamente, *BECTU* sembra suggerire che la Corte è pronta a prendere sul serio i diritti sociali" (elencati nella CDFUE) estendendone la portata al di là degli ambiti ricoperti dalle fonti internazionali in materia di diritti umani e sociali; v. anche SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee*, cit., 48; HARDY, *Harmonising European Working Time in an Enlarged EU: a Case of Failed Humanization?*, in *Intern. Journ. Comp. Labour Law Ind. Rel.*, 2006, vol. 22, n. 4, 598; HENDRICKX, *Fundamental Social Rights in Pre- and Post-Constitutional Terms*, in *Intern. Journ. Comp. Labour Law Ind. Rel.*, 2006, vol. 22, n. 3, 424; O'LEARY, *op. cit.*, 78 ss.

¹²⁰ Per un significativo raffronto, proprio con riferimento al caso *BECTU*, fra le "posizioni pionieristiche (...) assunte da alcuni Avvocati Generali" e "l'approccio (...) senz'altro più cauto" della Corte di Giustizia v. CARUSO, MILITELLO, *op. cit.*, 171 e 180; assai scettico sulla capacità della Corte di costituzionalizzare i diritti sociali per via pretoria è ORLANDINI, *op. cit.*, 69.

¹²¹ Sui primi due, v. *supra*, par. 6. Per quanto riguarda il divieto di sovrapposizione fra congedo di maternità e periodo di ferie v. l'art. 22, d. lgs. n. 151 del 2001.

Occorre rammentare, anzitutto, che l'art. 10, d. lgs. n. 66 del 2003 ha ridefinito il *quantum* di ferie spettante al lavoratore su base annua, ora fissato in un periodo non inferiore a quattro settimane, una in più delle tre previste dalla legge n. 157 del 1981¹²². La medesima disposizione stabilisce che il "predetto periodo minimo" non possa essere sostituito dalla relativa indennità per ferie non godute, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro, nel quale, logicamente, si pone un problema di oggettiva impossibilità per il lavoratore di fruire materialmente del periodo di ferie già maturato¹²³.

Su questo nucleo di disciplina s'innesta la novità introdotta dal d. lgs. n. 213 del 2004. Il legislatore ha infatti previsto la frazionabilità delle ferie, secondo un meccanismo in due tempi. Le prime due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, vanno fruito nel corso dell'anno di maturazione, le restanti due entro un arco temporale di diciotto mesi successivi all'anno di maturazione. Resta ferma la possibilità di diversa determinazione in sede di contrattazione collettiva.

La disposizione ha ingenerato numerose perplessità fra i commentatori in ordine tanto alla sua legittimità costituzionale, quanto alla conformità della disciplina rispetto alla direttiva comunitaria, così come interpretata dalla Corte di Giustizia.

Sul primo aspetto, è significativo che la dottrina abbia ricercato con fatica un soddisfacente punto di compromesso fra l'esigenza di non penalizzare (o di non penalizzare eccessivamente) la continuità nella fruizione delle ferie e una certa flessibilità sotto il profilo del *quomodo*, con il possibile frazionamento del periodo, anche in archi temporali successivi all'anno di maturazione¹²⁴.

Un colpo di freno a disposizioni e prassi che prevedono lo "slittamento" al di là dell'anno di maturazione di una parte del periodo di ferie è giunto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 543 del

¹²² Non è inutile ricordare che, ai sensi dell'art. 17, comma 5, d. lgs. n. 66 del 2003 il diritto alle ferie è riconosciuto anche al personale con qualifica dirigenziale. Nel regime normativo anteriore, invece, al mancato riconoscimento del riposo si ricollegava la negazione del diritto all'indennità per ferie non godute, tranne per il caso dei dirigenti sprovvisti del potere di autodeterminazione del periodo di riposo (da ultimo, v. Cass. 16 giugno 2009, n. 13953, *inedita*; Cass. sez. un. 17 aprile 2009, n. 9146, in *Guida lav.*, 2009, n. 26, 34).

¹²³ La Circolare del Ministero del lavoro n. 8 del 2005 discutibilmente include nell'eccezione l'estinzione del rapporto di lavoro a tempo determinato di durata inferiore all'anno.

¹²⁴ Emblematica, a tal proposito, la posizione di SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 92-93: se, da un lato, egli sottolinea che "può legittimamente stabilirsi, rispetto al precetto costituzionale, che le ferie cadano nei più diversi periodi dell'anno e anche in anni successivi", dall'altro avverte che "si potrebbe profilare pur sempre una frode alla legge, e addirittura a quella costituzionale, nei casi in cui l'assegnazione del periodo di ferie al lavoratore avvenisse ricorrentemente in epoche degli anni successivi del tutto diverse, così da impedirgli sostanzialmente il godimento di un periodo di riposo annuale".

1990¹²⁵. Nel pronunciarsi sulla legittimità di un regime normativo speciale per gli autoferrotranvieri, che consentiva per l'appunto lo scaglionamento del periodo delle ferie in un arco temporale superiore all'anno di maturazione, la Corte ha in verità espresso la sua opinione sulla conformità alla Costituzione di un modello normativo in qualche modo incline al soddisfacimento di interessi ulteriori rispetto a quelli dei lavoratori, quale l'interesse degli utenti a fruire di servizi pubblici essenziali o anche del datore di lavoro a una più articolata modulazione del periodo delle ferie.

I principi di diritto enunciati dalla Corte sono in sostanza due: a) se è vero che spetta al datore di lavoro la scelta del tempo in cui le ferie debbono essere fruite, nel contemperamento delle esigenze dell'impresa e degli interessi del lavoratore (art. 2109 cod. civ.), tuttavia tale potere non può essere esercitato in modo da vanificare le finalità cui è preordinato l'istituto. Ciò avviene, secondo la Corte, "laddove vi sia la frantumazione del riposo feriale in brevi o brevissimi periodi, ed altresì qualora non si consenta al lavoratore di usufruire integralmente nel corso dell'anno del periodo di ferie che annualmente gli compete, pur nell'ambito delle collocazioni temporali decise dal datore di lavoro o definite in sede di accordo collettivo"; b) la Corte, d'altra parte, non nega la possibilità di prevedere delle deroghe, ma "tale compressione, per la particolare natura e per il fine del diritto che ne è l'oggetto, può avvenire solo per l'insorgere di situazioni eccezionali non previste né prevedibili, e non per generiche e immotivate esigenze di servizio".

La pronuncia della Corte Costituzionale è all'origine dei cennati dubbi di costituzionalità dell'art. 10, d. lgs. n. 66 del 2003, nella parte aggiunta dal decreto correttivo del 2004, relativa alle modalità di fruizione del diritto secondo il meccanismo dei due tempi¹²⁶.

Vi sono, però, elementi per ritenere che la *ratio* di tale previsione ecceda l'ambito entro cui si era formata la vecchia giurisprudenza della Corte Costituzionale, rendendo datato e, in fin dei conti, inapplicabile lo schema di ragionamento sotteso alla sentenza n. 543 del 1990.

Bisogna considerare, in primo luogo, che è mutato sensibilmente il quadro economico e sociale di riferimento. La realtà produttiva non è più quella fordista, contraddistinta dalla tendenza al raggruppamento dei periodi di ferie in archi temporali socialmente "sincronici", in coincidenza con la chiusura in determinati periodi dell'anno (specie estivi) delle

¹²⁵ In *Foro it.*, 1991, I, 391.

¹²⁶ Cfr. A. PESSI, *Il diritto alle ferie tra vecchie e nuove problematiche*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 803; *contra*, LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d. lgs. n. 66/2003, come modificato dal d. lgs. n. 213/2004*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti, a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 320.

imprese e il conseguente riconoscimento di periodi di non lavoro collettivamente condivisi. Il mutamento del modello di temporalità sociale prevalente, con la diluizione dell'attività produttiva e dunque lavorativa su periodi estesi, ha imposto quale essenziale criterio di organizzazione il frazionamento delle ferie in più periodi.

Secondariamente, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 543 del 1990, risolve un problema di compatibilità fra il diritto del lavoratore all'effettivo riposo e le contrapposte esigenze di organizzazione flessibile dell'impresa (ma anche di fruizione dei servizi pubblici da parte degli utenti), e lo fa imponendo lo schema rigido della non frazionabilità del periodo al di fuori dell'anno di maturazione, salvo "deroghe motivate". Anche da questo punto di vista, il contesto appare oggi del tutto differente. Il legislatore del 2003/04, con l'innovativa disposizione sulla distribuzione delle ferie, finisce per tenere conto di un diretto interesse dello stesso lavoratore dipendente a potere materialmente fruire di un periodo di riposo, entro un arco di tempo più lungo dell'anno, ma così riducendo il rischio di perdita o, comunque, di monetizzazione dello stesso.

In altre parole, emerge una lettura costituzionalmente "evoluta" dell'art. 10, d. lgs. n. 66 del 2003, che tiene nella dovuta considerazione il tentativo del legislatore delegato di rimediare al "cortocircuito" fra le enunciazioni di principio circa il carattere fondamentale e irrinunciabile del diritto alle ferie (art. 36, comma 3, Cost.) e gli effetti, di segno opposto, indotti dalla contrattazione collettiva e dalla pratica giudiziale, in ragione di uno schema che consente la monetizzazione delle ferie non godute entro un certo termine, per il presunto venir meno dell'interesse del lavoratore a fruire del riposo annuale¹²⁷.

Tale impostazione (distribuzione su base multiperiodale *versus* garanzie di effettivo godimento del periodo di ferie) risulta convalidata

¹²⁷ Per il riconoscimento del diritto all'indennità sostitutiva, in caso di mancata fruizione non addebitabile ad alcuna delle due parti ovvero imputabile esclusivamente al datore di lavoro, laddove invece il diritto si estingue in ipotesi di irragionevole rifiuto del prestatore di lavoro cfr. Cass. 30 gennaio 2006, n. 2016, in *Guida lav.*, 2006, n. 11, 39; 25 ottobre 2004, n. 20673, in *Lav. giur.*, 2005, 127; nel diverso senso che il rifiuto del lavoratore preservi il diritto all'indennità sostitutiva, escludendo però la responsabilità datoriale per danni ulteriori, Cass. 29 novembre 2007, n. 24905, *Foro it.*, 2008, I, 509. In dottrina, sull'idoneità delle nuove regole in materia di fruizione delle ferie a coniugarsi con il negletto principio costituzionale di irrinunciabilità v. DEL PUNTA, *La nuova disciplina delle ferie*, in Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro*, cit., spec. 389; per contro, ICHINO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 440, tiene rigidamente distinta la pattuizione in deroga (nulla) dalla mancata fruizione di fatto, senza cioè alcuna rinuncia dichiarata da parte del lavoratore, di tutto o parte del riposo annuale.

dalla recente sentenza della Corte di Giustizia nel caso *FNV*¹²⁸, alla quale va peraltro riconosciuto di aver fugato i dubbi, avanzati in dottrina, circa la conformità dell'art. 10, d. lgs. n. 66 del 2003 rispetto alla direttiva comunitaria¹²⁹. In *FNV*, i giudici seppure in un *obiter dictum*, hanno riscontrato la validità della disposizione nazionale che autorizza la frazionabilità delle ferie, sicché la frazione del periodo feriale, solo perché *riportata* in un arco temporale successivo a quello di maturazione, non potrà essere surrogata da un'indennità per ferie non godute. Il principio di diritto è stato ribadito dalle più recenti sentenze *Schultz-Hoff e Stringer* e *Vicente Pereda*, al fine di affermare il diritto del lavoratore in malattia a fruire del periodo di ferie, originariamente programmato e poi non goduto a causa dell'insorgere dello stato di morbilità, anche in un arco temporale eccedente quello ordinariamente previsto (vale a dire l'anno di maturazione).

Su questo crinale, il diritto nazionale si ricongiunge con il diritto dell'UE, nell'interpretazione che di questo hanno fornito le Corti. Di più. Si delinea un modello di ricostruzione del sistema conforme ai parametri costituzionali "integrati" che è sostanzialmente il seguente: il diritto alle ferie annuali è fondamentale, irrinunciabile e non condizionabile (profilo dell'*an*); tuttavia, i meccanismi di concessione e le modalità di fruizione (profilo del *quomodo*) sono definibili mediante misure nazionali che terranno opportunamente conto dell'interesse del lavoratore a fruire materialmente del diritto alle ferie annuali, anche in archi temporali più estesi rispetto al canonico anno di maturazione.

9. Osservazioni conclusive

L'analisi del modello di integrazione fra le dimensioni costituzionali (nazionale e sovranazionale) del tempo di lavoro conduce ad alcune riflessioni conclusive.

Si è visto, in primo luogo, che la limitazione della durata della prestazione di lavoro e il riconoscimento del diritto a fruire di quote di tempo di non lavoro concorrono a formare l'*ubi consistam* della disciplina lavoristica, costitutivo del patrimonio costituzionale nazionale e, ora, della tavola di valori "sostanzialmente" costituzionali consacrata a livello europeo.

¹²⁸ Corte Giust. 6 aprile 2006, causa C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Gov. Paesi Bassi*.

¹²⁹ Cfr. PELISSERO, *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o race to the bottom?*, in *Lav. dir.*, 2005, p. 379, nota 14; ROCCELLA, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2006, p. 119.

Ciò non esclude, però, che le regole sulla durata e sui riposi siano sottoposte a consistenti pressioni, tanto sul versante nazionale che su quello europeo, che rischiano di ridimensionarne la tradizionale attitudine protettiva. Incidono, primariamente, i fattori di "funzionamento del mercato", che si traducono in scelte regolative (o, per meglio dire, deregolative) atte a promuovere l'elasticità e la flessibilità delle modulazioni temporali del rapporto di lavoro (principalmente in materia di durata della prestazione di lavoro giornaliera e settimanale). La libertà d'iniziativa economica, ma anche il riconoscimento e la promozione di altri diritti o altre libertà condizionano, poi, la "tenuta" dei diritti al riposo, suscitando questioni non certo in ordine alla loro configurabilità, quanto, questo sì, alle modalità di articolazione e distribuzione temporale dei riposi: da qui i problemi di compatibilità con le garanzie sociali del lavoratore, talvolta più evidenti (il caso del riposo settimanale/domenicale), talaltra più apparenti che reali (il caso del diritto alle ferie, posto che l'elasticità nel *modus* di fruizione del diritto in un arco temporale esteso si converte in una tecnica di flessibilità che può avvantaggiare il lavoratore, piuttosto che penalizzarlo). In queste ultime fattispecie, il "dialogo" fra le giurisprudenze (Corte Costituzionale e Corte di Giustizia) ha fatto chiarezza sulle tecniche e soprattutto sulle modalità di bilanciamento fra beni giuridici di comparabile rilevanza costituzionale.

In questo contesto, si è altresì constatato come il diritto dell'UE sia maggiormente sensibile alle spinte verso l'affievolimento delle tutele tradizionali, avendo indotto – in tema di durata della prestazione di lavoro su base giornaliera – un adattamento verso il basso della disciplina nazionale, riverberatasi in una divergente declinazione del diritto alla limitazione dell'orario di lavoro nei due sistemi costituzionali.

Però ricercare nella logica del "conflitto" fra i sistemi normativo-costituzionali posti a confronto la chiave di soluzione dei problemi è illusorio e, come si è visto, neppure la strada giudiziaria, seppure nella forma del "dialogo" fra le Corti, serve a ridurre i margini di tale incertezza¹³⁰. E' invece nella prospettiva dei "sistemi integrati" o del "diritto intercostituzionale"¹³¹ che vanno ritrovati i meccanismi di composizione di tali antinomie, o meglio ancora, le ragioni, le risorse e le

¹³⁰ Sul punto v. anche LUCIANI, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea*, relazione al Convegno "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea", Roma, 21 settembre 2009, disponibile alla pagina web <http://www.astrid-online.it/>

¹³¹ Cfr. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Nuove autonomie*, 2009, 47.

tecniche per una ripresa dell'iniziativa politico-strategica sul tempo di lavoro.

A partire da un assunto: fermi restando i valori (e i principi) di fondo e il contrasto alle forme incontrollate di deregolazione, è poco sostenibile l'idea che, magari attraverso l'ausilio della giurisprudenza, si possa ribadire (o ricostituire) il tipico assetto "solido" di disciplina – *id est*: rigido e con finalità esclusivamente garantistica – che ha connotato la regolamentazione del tempo di lavoro in età fordista.

Stiamo assistendo, come si è autorevolmente scritto, alla "fine di un'epoca" nella regolamentazione dell'orario di lavoro. Si è rarefatta la sua tradizionale funzione "securitaria", mentre la flessibilità, prevalente nel disegno normativo, è in larghissima misura di tipo organizzativo. Ciò si riflette pure sugli assetti delle fonti. La disciplina "pesante", incentrata sul ruolo dominante della legge, lascia progressivamente il posto ad un assetto "liquido", in cui prevalgono le fonti secondarie: il contratto collettivo principalmente, ma anche le fonti regolamentari¹³².

Orbene, se non si vuole lasciare che il campo sia occupato esclusivamente dai poteri di gestione unilaterale dell'azienda¹³³, rivendicando al più il diritto del lavoratore con orario flessibile o superflessibile, oppure in situazione di disponibilità temporale, a vantare una compensazione economica per il sacrificio richiesto¹³⁴, occorre immaginare un moderno approccio, calibrato sul "costo umano" della flessibilità/disponibilità nella dimensione temporale della prestazione di lavoro.

Si prenda atto del fatto che la regolamentazione dell'orario di lavoro, nell'epoca della post-modernità, "accompagna e influenza l'evoluzione dei rapporti sociali"¹³⁵. Dunque, non solo orario di lavoro e retribuzione, ma gestione complessiva dei tempi, al fine di "preservare un tempo vivibile dal punto di vista individuale e sociale"¹³⁶. La flessibilità è accettabile se si coniuga con sistemi di bilanciamento adeguati. Solo per fare qualche esempio: i tempi flessibili in entrata e uscita dai luoghi di lavoro, considerando i disagi, talvolta ragguardevoli, legati al tragitto casa-lavoro; una seria conciliazione fra tempi di lavoro e tempi di vita, in

¹³² Cfr. FAVENNEC – HERY, *Le droit de la durée du travail, fin d'une époque*, in *Droit Social*, 2009, 255-256.

¹³³ Secondo quel che BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla deoggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari, 2008, 264, definirebbe "la fenomenologia giuridica del potere sulla eterogeneità del tempo".

¹³⁴ Secondo la prospettiva della "patrimonialità del tempo" proposta da FERRANTE, *Il tempo di lavoro*, cit., 179 ss.

¹³⁵ Debbo ancora la suggestione a FAVENNEC – HERY, *op. cit.*, p. 251.

¹³⁶ SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano, 162.

particolare nel periodo della maternità e della post-maternità, per la cura familiare o per fruire di congedi per formarsi e qualificarsi; il miglioramento delle condizioni materiali e immateriali di lavoro, specie per i turnisti e i lavoratori notturni. E' tutt'altro che estraneo a simile prospettiva, occorre aggiungere, il raccordo fra il diritto al "giusto" tempo di lavoro e quello a conciliare la vita familiare e la vita professionale, sancito dall'art. 33 CDFUE¹³⁷.

Per far ciò, non serve ritornare alla dimensione rigida e totalizzante della regolamentazione "solida", ma occorre aprirsi a prospettive nuove o di approfondimento di altre finora solo parzialmente praticate. Spetterà agli attori e alle risorse regolative, in ambito nazionale ed europeo, anche mediante gli opportuni raccordi, interpretare adeguatamente il bisogno di "canalizzare" entro circuiti individualmente e collettivamente sostenibili il flusso "liquido" della regolamentazione post-moderna dell'orario di lavoro.

¹³⁷ Per qualche riferimento, da ultimo, NICCOLAI, *Orario di lavoro e resto della vita*, in *Lav. dir.*, 2009, 243.