

L' ORARIO DI LAVORO:
ORARIO NORMALE E
ORARIO MASSIMO DI LAVORO

Autore: Paola Darioli

Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero degli autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza

INDICE

Introduzione	p. iii
CAP. I. Evoluzione storica: la disciplina dell'orario di lavoro.	
I.1 Dalle origini agli anni 70. L'evoluzione dell'orario di lavoro.	P. 1
I.2 La direttiva CEE 104/93.	p. 5
I.3 Il patto per il lavoro del 1996 e il Pacchetto Treu.	p. 6
I.4 Dall'Avviso comune del 12 novembre 1997 al D. Lgs. n. 66/2003.	p. 11
I.5 Il D. Lgs. n. 66/2003.	p. 14
CAP. II. La durata della prestazione di lavoro.	
II.A. La durata dell'orario giornaliero.	
II.A.1 Il problema della sopravvivenza del limite giornaliero di durata della prestazione lavorativa.	p. 17
II.A.2 La tesi dell'abrogazione del limite orario giornaliero ad opera dell'art. 13 della L. 196/1997.	p. 21
II.A.3 La tesi dell'abrogazione per ridisciplina dell'intera materia.	p. 23
II.A.4 La tesi dell'abrogazione per incompatibilità con le previsioni contenute nel D. Lgs. 66/2003.	p. 25
II.A.5 La questione della clausola di " non regresso".	p. 25
II.A.6 Problemi di legittimità costituzionale.	P. 29
II.A.7 La tesi dell'abrogazione "innominata".	P. 34
II.A.8 Il riposo giornaliero.	P. 35
II.A.9 Le pause.	p. 44
II.B. La durata dell'orario settimanale.	
II.B.1 La durata normale dell'orario di lavoro settimanale e la sua distribuzione "multiperiodale".	p. 47
II.B.2 La durata massima e la durata complessiva media dell'orario settimanale.	p. 57
II.B.3 Il riposo settimanale.	p. 63
II.B.4 La nuova disciplina dello straordinario.	p. 69
II.B.4 bis Le novità introdotte dal D.L. n. 93 del 27 maggio 2008.	p. 78
II.B.4.1 I nuovi obblighi procedurali per il lavoro straordinario.	p. 79
II.C Le ferie annuali.	P. 82
CAP. III. Il D. Lgs. n. 213/2004 .	
III.1 La travagliata vicenda dell'art. 19 del D. Lgs. n. 66/2003.	p. 85
III.2 Il sistema sanzionatorio introdotto con l'art. 18 bis	p. 90
III.3 Vigilanza sull'orario di lavoro.	p. 92
CAP. IV. La sicurezza del lavoro.	
IV.1 Prestazione lavorativa e tutela prevenzionistica.	P. 97
IV.2 D. Lgs. n. 66/2003: valenza applicativa trasversale.	P. 98
Conclusioni.	P. 100
Appendice	p. 103
Note bibliografiche.	p. 107

Introduzione.

La tematica dell'orario di lavoro rappresenta sicuramente uno degli aspetti più rilevanti nell'ambito della vita lavorativa (e non solo) di ciascun individuo.

Già in passato si era compresa l'importanza di individuare, nell'arco della giornata, spazi temporali delimitati, da riservarsi alle diverse attività.

In proposito, un grande apporto è da attribuirsi al sindacato, il quale, con le sue lotte, fin dall'800, rivendicava minori tempi di lavoro. I suoi primi slogan, ineggianti: "8 - 8 - 8", aspiravano ad una suddivisione della giornata in 3 fasce orarie, ciascuna della durata di 8 ore, da dedicarsi 1) all'attività lavorativa 2) alla vita sociale, familiare e allo svago ed infine 3) al meritato ed adeguato riposo.

Anche a livello comunitario si è ricercata una maggiore flessibilità dei tempi di lavoro, tesa ad ottenere una migliore distribuzione del tempo da dedicarsi all'attività lavorativa rispetto a quello da destinarsi alle attività familiari, sociali e di svago, oltre che, naturalmente, di riposo.

Altro aspetto considerevole è il ruolo che si vuole attribuire al riconoscimento del cospicuo valore dei diritti fondamentali della persona e alla conseguente necessità di assicurare ad essi un'adeguata tutela in ragione del loro rilievo costituzionale.

Grande rilevanza è inoltre assegnata all'esigenza sempre maggiore di una rafforzata tutela della salute e della sicurezza del lavoratore.

CAPITOLO I

Evoluzione storica: la disciplina dell'orario di lavoro.

I.1. Dalle origini agli anni 70. L'evoluzione dell'orario di lavoro.

La disciplina dell'orario di lavoro nella legislazione italiana trova una prima regolamentazione organica e sistematica nel Regio Decreto Legge 15 marzo 1923, n. 692¹, che ha introdotto il limite massimo delle otto ore di lavoro giornaliero o quarantotto settimanali.

Tale disciplina è stata completata da due regolamenti di attuazione: il primo, approvato con R.D. 10 settembre 1923, n. 1955², riguardante la determinazione del limite massimo dell'orario di lavoro per gli operai e gli impiegati delle aziende industriali o commerciali di qualunque natura; il secondo, approvato con R.D. 10 settembre 1923, n. 1956³, riguardante l'approvazione della limitazione dell'orario di lavoro a favore dei lavoratori agricoli.

L'evoluzione dell'orario di lavoro

Anno	previsione normativa	orario giornaliero e/o settimanale
1923	R.D.L. n. 692	8 ore giornaliero o 48 settimanali
1926	R.D.L. n. 1096	9 ore giornaliero
1933	L. 527	8 ore giornaliero
1937	R.D.L. n. 1768	40 ore settimanali
1940	L. 1109	8 ore giornaliero o 48 settimanali

¹ R.D.L. 15 marzo 1923, n. 692, convertito nella L. 17 aprile 1925, n. 472, "*Limitazioni dell'orario di lavoro per gli operai e gli impiegati delle aziende industriali o commerciali di qualunque natura*", G.U. n. 84 del 10 aprile 1923.

² R.D. 10 settembre 1923, n. 1955, "*Approvazione del regolamento relativo alla limitazione dell'orario di lavoro per gli operai e gli impiegati delle aziende industriali o commerciali di qualunque natura*", G.U. n. 228 del 28 settembre 1923.

³ R.D. 10 settembre 1923, n. 1956, "*Approvazione del regolamento relativo alla limitazione dell'orario di lavoro ai lavoratori delle aziende agricole*", G.U. n. 228 del 28 settembre 1923.

Ad una prima lettura della disposizione di cui all' art. 1 del R.D.L. n. 692, è possibile rilevare le sue imprecisioni causate dal fatto che il legislatore non si è limitato solo a definire la durata massima della giornata lavorativa, ma ha anche determinato il limite dell'orario settimanale⁴.

Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sulla questione relativa all'interpretazione della disgiuntiva "o" posta tra il limite giornaliero e quello settimanale, dalla risoluzione della quale dipende la definizione dell'orario "normale" legale quale soglia oltre la quale il lavoro deve essere inteso come straordinario e, in quanto tale, da retribuirsi con le maggiorazioni relative.

Parte della dottrina⁵, sostenendo un'interpretazione letterale di questa disgiuntiva, ritiene che essa debba essere letta come un "aut" (oppure) non negando, conseguentemente, la possibilità di orari giornalieri superiori alle 8 ore, ma entro le 48 ore settimanali, senza considerare il lavoro aggiuntivo come straordinario e quindi senza maggiorazioni retributive. Questa è la tesi dell'alternatività tra limite giornaliero e settimanale, cioè quella più flessibile, che potrebbe trovare una delle ragioni sulla constatazione che, se i due limiti dovessero essere intesi come concorrenti, essendo già in vigore nel 1923 il principio del riposo settimanale⁶, quello delle 48 ore diventerebbe inutile, non essendo possibile superare le 48 ore a settimana, lavorando 8 ore al giorno per 6 giorni⁷.

Altra parte della dottrina⁸ ha invece sostenuto che la "o" deve essere letta come un "vel" (e) e che i due limiti dovrebbero essere considerati in modo

⁴ ICHINO P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 275.

⁵ A sostegno di tale tesi: D'EUFEMIA G. *L'orario di lavoro e i riposi*, in *Trattati di diritto del lavoro*, diretto da BORSI U. e PERGOLESI F., vol III, Padova, 1953; DE LUCA TAMAJO R., *Il tempo di lavoro (Il rapporto individuale di lavoro)* in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, AIDLASS, Genova 4-5 aprile 1986, Milano, 1987, p. 6 e ss.; SANDULLI P., *Orario di lavoro. 1) Rapporto di lavoro privato*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma 1990, p. 7 e ss.

⁶ Vedi Legge 409/1907, art. 7.

⁷ ICHINO P., *Orario di lavoro* in *Digesto*, Disc. Priv., Sez. Comm., Torino, 1994, pag. 393; ICHINO P., *L'orario di lavoro e i riposi. Commento agli artt. 2107 e 2109*, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1987, p. 21 e ss.

⁸ Sostenitori della tesi della concorrenza: PERA G., *Diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1996, p. 460-461; CASSI V., *La durata della prestazione di lavoro*, vol II, Milano, 1956, pp. 34-35; BALLESTRERO M. V., *Orario di lavoro*, in *Enc. Giur. Dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 623; CARABELLI U. - LECCESE V., *Orario di lavoro: limiti legali e poteri della contrattazione collettiva*, in *QDLRI*, 1995, n. 17, p. 35; SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Milano, 1998, pp. 95 e ss.

congiunto, evidenziando, inoltre, la necessità di adeguare l'interpretazione dell'art. 1 al successivo dettato costituzionale (art. 36, comma 2). La riserva di legge in tema di fissazione della durata massima della giornata lavorativa contenuta nella norma costituzionale, avrebbe, infatti, carattere assoluto e non consentirebbe, pertanto, la possibilità di adottare discipline di origine contrattuale che stabiliscano il superamento del limite legale delle 8 ore giornaliere o di quello globale di 10 ore, comprensivo del lavoro straordinario⁹. Tale lettura, secondo i suoi sostenitori, è confermata anche dal dettato dell'art. 5 del R.D.L. del 1923, il quale, definendo lo straordinario come "*l'aggiunta alla giornata normale di lavoro di cui all'art. 1*" di un determinato periodo di tempo, presuppone, di conseguenza, una durata fissa e non variabile della giornata lavorativa. Integrando il disposto dell'art. 1 con quello dell'art. 3, si giungerebbe quindi ad escludere che la giornata lavorativa possa eccedere le 8 ore giornaliere, alle quali potrebbero essere aggiunte al massimo 2 ore di lavoro straordinario.

Neppure sul fronte giurisprudenziale si è riusciti a tracciare una via certa ed univoca. Infatti sia la Suprema Corte che i giudici di merito, per lungo tempo, hanno oscillato tra le due sponde interpretative. Agli inizi degli anni '80, la Cassazione, sebbene avesse già appoggiato la tesi della concorrenza¹⁰, sosteneva ancora che la particella "o" potesse assumere solo un significato disgiuntivo e che, pertanto, i limiti delle 8 ore giornaliere e delle 48 ore settimanali fossero tra di loro alternativi¹¹. Tale panorama interpretativo è però mutato nel corso degli anni '90. Infatti la Cassazione, riallacciandosi ad una decisione del 1983, ha sostenuto la tesi della concorrenza, ritenendo che "*ai fini del diritto alla corresponsione della maggiorazione retributiva per la prestazione di lavoro straordinario, la disposizione dell'art. 1 del R.D.L. n. 692/1923 debba essere*

⁹ CARABELLI U. E LECCESE V., *Orario di lavoro: limiti legali e potere della contrattazione collettiva*, in *QDLRI*, 1995, n. 17, p. 35; SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 95; opinione non condivisa da DE LUCA TAMAJO R., *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, n. 31, p. 447, secondo cui "*la genericità del dettato costituzionale non impone vincoli aprioristici e non preclude quindi al legislatore ordinario di operare all'insegna della flessibilità attraverso la previsione di una durata massima media nell'ambito della settimana*".

¹⁰ A sostegno della tesi della concorrenza si sono esposti: *Trib. di Firenze*, 24 giugno 1989, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, p. 168, con nota critica di TIRABOSCHI, *Brevi riflessioni in tema di durata massima della giornata di lavoro*; *Pretura di Roma*, 27 aprile 1993, *Giur. Lav. Lazio*, 1994, p. 419, con nota critica di GALGANI B.; in senso contrario *Pretura di Catania*, 21 novembre 1985, in *Dir. Prat. Lav.*, 1986, p. 1227; *Trib. di Cremona*, 28 aprile 1985, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 860.

¹¹ *Cass. 17 maggio 1958*, n. 1632, in *Riv. Giur. Lav.*, 1958, p. 379; *Cass. 22 ottobre 1971*, in *Foro It.*, 1971, I, p. 1709; *Cass. Sez. Pen.*, 2 giugno 1984, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984, p. 520.

interpretata nel senso che il limite dell'orario giornaliero normale, ivi indicato, sia autonomamente considerato rispetto a quello settimanale, in considerazione della finalità della normativa e del carattere più usurante e, in ogni caso, comportante un maggior costo personale del lavoro eccedente la prevista durata massima della giornata lavorativa¹²".

Comunque, nonostante l'ambiguità della previsione, si è andata sempre più affermando la tesi secondo la quale i due limiti debbano ritenersi concorrenti e non alternativi (nel senso che la settimana lavorativa può avere una durata massima normale di 48 ore, ripartite su 6 giorni di 8 ore, con il settimo giorno di riposo¹³).

Il R.D.L. n. 692 del 1923 fu quasi subito modificato dal R.D.L. n. 1096 del 1926, che disponeva l'aumento di un'ora di lavoro alla settimana per tutte le aziende. Con la L. 16 marzo 1933, n. 527, venne ripristinato il limite generale delle otto ore giornaliere per le aziende industriali pubbliche e private, ma, nel 1937, il R.D.L. n. 1768 intervenne per abrogare la legge del 1933, riducendo il limite massimo della settimana lavorativa normale a quaranta ore. La L. 16 luglio 1940, n. 1109, dispose la sospensione di quest'ultimo provvedimento e il ritorno in vigore della disciplina dell'orario contenuta nel R.D.L. del 1923.

Il Codice Civile del 1942 e la Costituzione del 1948 non hanno apportato modificazioni al quadro normativo fissato nel 1923. L'articolo 2107 del codice civile stabilisce, infatti, che la durata giornaliera e settimanale della prestazione di lavoro non può superare i limiti stabiliti dalla leggi speciali o dalle norme corporative, mentre il comma 2 dell'art. 36 della Costituzione stabilisce che la durata massima della giornata lavorativa è fissata dalla legge.

Con la L. 30 ottobre 1955, n. 1079, sono state introdotte modifiche al R.D.L. del 1923 sulla limitazione dell'orario di lavoro ed, in particolare, è stato inserito l'articolo 5-bis, che disciplina lo svolgimento di lavoro straordinario delle imprese industriali.

¹² Cass. Civ. Sez. Lav., 2 agosto 1996, n. 6995, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, p. 28.

¹³ Ciò in conformità con l'art. 36, comma 3°, Cost., secondo il quale "il lavoratore ha diritto al riposo settimanale..." e alla L. 22/02/1934, n. 370, che, in particolare, all'art. 3, co. I°, stabilisce che "il riposo di 24 ore consecutive deve essere dato la domenica", salvo specifiche eccezioni.

La disciplina legale dell'orario di lavoro è rimasta pressoché immutata per decenni. Negli anni '60 il CNEL ha elaborato un progetto di legge "*sull'orario di lavoro e il riposo settimanale dei lavoratori dipendenti*", che viene presentato in Parlamento nel 1967, prevedendo, tra l'altro, il limite delle quarantacinque ore di lavoro settimanali.

I.2 La Direttiva CEE 104/93.

Negli anni '90 si ripropone la necessità di un intervento legislativo in materia di orario di lavoro, in conseguenza del vincolo comunitario di attuazione della direttiva 1993/104/Ce¹⁴, "*concernente alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*", il cui recepimento è avvenuto in forma completa solo con il D. lgs. n. 66/2003.

La direttiva viene emanata in attuazione dell'art. 118 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (ora articolo 137 CE), che prevede che il Consiglio adotti, mediante direttiva, prescrizioni minime per promuovere, in particolare, il miglioramento dell'ambiente di lavoro e per garantire un più elevato livello di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

Nonostante l'ampiezza delle prospettive d'intervento delineatesi negli atti degli organi comunitari precedenti all'emanazione della direttiva in esame¹⁵, è infine prevalsa nel legislatore comunitario la tendenza a regolare solo i limiti temporali della prestazione di lavoro e i regimi temporali in cui maggiormente si avverte l'esigenza di tutelare le condizioni di sicurezza e di salute dei lavoratori. Essendo, pertanto, la protezione della salute e la sicurezza dei lavoratori l'unica finalità dell'intervento normativo, la direttiva si limita a stabilire una durata settimanale complessiva massima della prestazione lavorativa, pari a quarantotto ore, e una durata minima dei riposi giornalieri, settimanali e annuali, pari,

¹⁴ Direttiva 93/104/Ce del Consiglio del 23 novembre 1993, n. 104, "*concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*", G.U.C.E. n. 307 del 13 dicembre 1993.

¹⁵ Raccomandazione del Consiglio 22 luglio 1975, n. 199 in G.U.C.E. 30 luglio 1975, sulla riduzione del limite legale dell'orario di lavoro a 40 ore; Progetto di raccomandazione sulla riduzione e ristrutturazione del tempo di lavoro - 23 settembre 1983; Direttiva n. 391 del 1989.

rispettivamente, a undici ore, ventiquattro ore e quattro settimane. Aspetti ritenuti importanti per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori¹⁶.

Numerose sono state le critiche sollevate nei confronti della direttiva comunitaria¹⁷, che, con il suo scarso contenuto innovativo, considerato arretrato e rinunciatorio, sostanzialmente si allinea alle discipline già praticate dagli Stati membri. E' stata infatti sottolineata la carenza di norme che fissino limiti massimi giornalieri e l'inattuabilità di quelle che fissano la durata media settimanale a 48 ore (a fronte di una media europea di circa 40 ore settimanali), mentre abbondano norme che introducono eccezioni e deroghe che consentono agli Stati membri di sottrarsi a talune disposizioni imperative¹⁸. Tale direttiva è stata infatti considerata da molti come un intervento legislativo debole, che ha avuto anche il demerito di allargare gli spazi di fuga dal reticolato della disciplina protettiva nazionale¹⁹.

La L. 28 dicembre 1995, n. 549²⁰, è intervenuta in particolare sugli aspetti contributivi connessi con lo svolgimento del lavoro straordinario. Viene, innanzitutto, considerato lavoro straordinario quello che supera le quaranta ore settimanali o la media di quaranta ore nel caso di orario plurisettimanale e, per disincentivare il ricorso a lavoro straordinario, sono stati previsti maggiori oneri a carico delle aziende.

I.3 Il Patto per il lavoro del 1996 e il Pacchetto Treu.

La materia torna ad essere dominante con la sigla del "*Patto per il lavoro*" tra Governo e parti sociali, sottoscritto il 24 settembre 1996.

L'accordo prevede:

- l'esigenza del recepimento della direttiva comunitaria n. 104 del 1993, previa intesa con le parti sociali;

¹⁶ ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 355.

¹⁷ ICHINO P., *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, n. 2, pp 155-156.

¹⁸ In merito vedi LAI M., *Normativa CEE e orario di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1993, n. 41, p. 2688; SCIARPA S., *La direttiva comunitaria sull'orario. Prime osservazioni*, in *Lav. Inf.*, 1993, nn. 23-24, p. 13.

¹⁹ LAI M., *Normativa CEE e orario di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1993, n. 41, p. 2688.

²⁰ L. 18 dicembre 1995, n. 549, *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*, G.U. n. 302 del 29 dicembre 1995.

- la determinazione legislativa del nuovo orario di lavoro in quaranta ore settimanali;
- l'incentivazione per le riduzioni contrattate dell'orario di lavoro e la promozione per la rimodulazione dell'orario di lavoro sulla base di orari multiperiodali;
- una redistribuzione di parte degli oneri contributivi a carico delle imprese diretti a incentivare gli orari ridotti con un nuovo sistema di aliquote basato su quattro fasce orarie e a disincentivare il ricorso sistematico al lavoro straordinario²¹.

Il 23 novembre 1996, intanto, scade il termine per recepire la direttiva n. 104.

Ad aggiornare la fonte legale dell'orario di lavoro, in attuazione degli indirizzi indicati dalle parti sociali, interviene l'articolo 13 della L. 24 giugno 1997, n. 196²², recante "*Norme in materia di promozione dell'occupazione*" (c.d. *Pacchetto Treu*), con la quale si recepisce solo parzialmente la direttiva comunitaria. Tale legge ha introdotto significative forme di flessibilità nella prospettiva già indicata dalla concertazione generale tra Governo e parti sociali, per la quale la rinuncia a talune rigidità garantistiche è ripagata dalla contropartita di un più basso tasso di disoccupazione²³. L'esigenza di modernizzare la legislazione italiana, peraltro, è stata chiaramente espressa dalle numerose proposte di iniziativa sindacale e parlamentare avanzate per una disciplina di legge, di vita e di flessibilità. Di notevole interesse è il documento del CNEL²⁴, in materia di tempo di lavoro e di flessibilità dell'orario, che però non ha trovato largo consenso, a causa delle ampie divergenze delle parti sociali.

Mettendo a confronto la *ratio* ispiratrice della disciplina del 1923 e quella contenuta nell'art. 13 della L. n. 196/97, si può affermare che, mentre nella prima la principale preoccupazione del legislatore era quella di tutelare la salute

²¹ *Agenda per l'amministrazione del personale delle aziende industriali*, Jandi Sapi Editori, 2002, p.473.

²² L. 24 giugno 1997, n. 196, "*Norme in materia di promozione dell'occupazione*", G.U. n. 154 del 4 luglio 1997.

²³ PICCININI I. – FERRARI P., *Orario di lavoro ed esperienza sindacale*, in *Arg. Dir. Lav.* 1998, n. 2, p. 402.

²⁴ Si rinvia al documento del CNEL, *Tempo di lavoro e flessibilità dell'orario*, vol. 2, Roma, 1995.

dei lavoratori, nella seconda prevale la tendenza a favorire la flessibilità²⁵. La prima *ratio* era coerente con il contesto storico, dove le condizioni di lavoro erano, specie in alcuni settori, durissime, trovandosi il lavoratore in una posizione di inferiorità socio-economica nei confronti del datore di lavoro. Essendo nel tempo mutato sia il clima culturale, sia le condizioni di lavoro, l'esigenza di protezione ha ormai lasciato il campo a quella della flessibilità.

Viene fissato, ai sensi del I° comma del citato art. 13, il limite normale di ore lavorative in 40 ore settimanali, assegnando alla contrattazione collettiva nazionale la facoltà di stabilire una durata inferiore, abrogando, così, il precedente limite contenuto nel regio decreto legge e la possibilità di modulare la soglia delle 40 ore settimanali come durata media riferita ad un periodo non superiore all'anno.

Ad una prima lettura, con riferimento alla materia dell'orario di lavoro, sembra che questo I° comma abbia una forte portata innovativa, ma esaminando l'argomento in modo più approfondito, possiamo sottolineare come il legislatore del 1997, sostanzialmente, si sia ricollegato al limite delle 40 ore settimanali fissato dalla contrattazione collettiva²⁶, alla quale, fin dagli anni '70, la materia degli orari di lavoro era stata lasciata volutamente in gestione. Conseguentemente, il legislatore introduce un limite di fatto privo di contenuto, perché superato in partenza dall'assetto degli orari recepito anche dalla contrattazione collettiva meno avanzata²⁷.

La novità più rilevante è rappresentata dalla mancanza della parola "*massimo*", che caratterizzava invece l'art. 1 R.D.L. n. 692/1923. Infatti, mentre quest'ultimo stabiliva l'orario normale massimo di lavoro, l'art. 13, co. 1, del Pacchetto Treu definisce solo l'orario normale di lavoro.

La disciplina non contiene alcuna indicazione sulla durata massima giornaliera e tale omissione ha generato un ampio dibattito sulla permanenza o

²⁵ MAIO V. – VALENTINI V., *L'orario di lavoro: innovazione normativa e campo di applicazione*, in *Arg. Dir. Lav.* 1998, n. 2, p. 417.

²⁶ PINTO V., *I contenuti dei contratti collettivi*, in *AA.VV. L'orario di lavoro*, QDLRI, 1995, n. 17, pag. 157.

²⁷ MISCIONE M., *La rivoluzione prospettata dell'orario di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1998, n. 34, inserto p. VIII.

meno del limite giornaliero delle otto ore contenuto nel R.D.L. n. 629 del 1923. Il valore di tale omissione, proseguendo nella lettura dell'art. 13, sembra rafforzarsi. La previsione che i contratti collettivi nazionali possano stabilire una durata minore conferma la volontà del legislatore, poiché tale specificazione non sarebbe stata necessaria in presenza di un limite massimo²⁸. La possibilità di stabilire una durata minore è riservata quindi solo ai contratti collettivi nazionali e perciò preclusa a qualsiasi altro tipo di contratto.

Per quanto concerne la durata del nuovo orario normale, il cambiamento non si ha tanto nella fissazione del nuovo limite settimanale a 40 ore, bensì nella definizione di un unico tetto massimo su base settimanale, a differenza di quanto previsto dal R.D.L. n. 629/1923, che invece imponeva un limite giornaliero oltre a quello settimanale.

A questo punto occorre chiedersi se la nuova norma comporti o meno l'abrogazione implicita di quella precedente. Anche in questo caso (come accadde in relazione all'interpretazione della "o" in senso disgiuntivo o congiuntivo nel co. 1, art. 1, del R.D.L. n. 692 del 1923) si prospettano due soluzioni opposte.

La prima, che si potrebbe definire "*minimalista*", sostiene che venga abbattuta solo la soglia oraria settimanale di 48 ore (non viene perciò abrogata implicitamente la vecchia norma), rimanendo in vigore il precedente limite giornaliero di 8 ore. In sostanza, pertanto, la durata massima normale non potrebbe eccedere le 8 ore giornaliere o le 48 ore settimanali.

Anche all'interno di questo orientamento si sono però venute a creare due opposte ricostruzioni: da una parte coloro i quali ritengono che il limite delle 8 ore sia rimasto in vigore nella formulazione disgiuntiva rispetto al limite settimanale, consentendo pertanto il travalicamento, a condizione però che si resti entro i limiti della ragionevolezza²⁹; dall'altra coloro che, affermando la vigenza del limite giornaliero, lo considerano autonomo rispetto a quello

²⁸ MISCIONE M., *La rivoluzione prospettata dell'orario di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1998, n. 34, inserto p. X.

²⁹ A favore di questa tesi interpretativa si sono schierati: MAIO V. – VALENTINI V., *L'orario di lavoro: innovazione normativa e campo di applicazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, n. 2, p. 421; MARTONE M., *Sulla nozione di lavoro effettivo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, n. 2, p. 466; BELLOMO S., *Limiti e flessibilità dell'orario giornaliero, dopo la legge 24 giugno del 1997, n. 196*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, n. 1, pp. 158-159.

settimanale, sottolineando che le prestazioni svolte oltre le 8 ore assumono necessariamente la natura di lavoro straordinario³⁰.

Secondo questa interpretazione il nuovo limite dell'orario normale settimanale non ha eliminato il limite giornaliero, visto che la necessaria determinazione legale di tale limite è sancita sia dall'art. 36, co. 2, della Cost., il quale dispone che *"la durata massima della giornata lavorativa sia stabilita dalla legge^{31"}*, sia dall'art. 2107 c.c., nonché dalla previsione stabilita a livello comunitario dall'art. 3 della direttiva Ce, n. 103/1993, secondo cui il lavoratore deve beneficiare di un periodo di riposo giornaliero pari ad 11 ore consecutive tra una prestazione e l'altra.

A questa interpretazione se ne contrappone una seconda³², che, viceversa, valorizza il significato innovativo della norma, proponendola come disciplina generale e completa in materia. La volontà legislativa, chiara ed inequivocabile, non lascia spazio ad eventuali limiti complementari: *"l'orario normale di lavoro è fissato in 40 ore settimanali"*, né si può pensare che il limite giornaliero sia stato omissso, dandolo per scontato.

Si può ritenere di conseguenza che, all'abbattimento del limite settimanale, si aggiunge la soppressione, per abrogazione implicita, del limite delle 8 ore. La prestazione sarà quindi svolta in orario normale, anche allorché si superi tale soglia giornaliera, purché la media settimanale non superi il limite delle 40 ore settimanali.

³⁰ A favore di quest'altra tesi: SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro, Appendice di aggiornamento alla 4^a edizione*, Napoli, Jovene, 1997, p. 12; MANGANIELLO E., *Novità in tema di diritto del lavoro*, in *Occupazione e flessibilità legge 196/97 e provvedimenti attuativi*, a cura di GHERA E., Napoli, Jovene, 1998, p. 122-123; LAI M., *Le implicazioni derivanti dall'abbassamento dell'orario legale a quaranta ore settimanali*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, n. 38, p. 2719.

³¹ GAROFALO D., *Intervento sull'orario di lavoro e incentivi alla riduzione*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, n. 30, p. 2090; MANGANIELLO E., *Novità in tema di orario di lavoro*, in *Occupazione e flessibilità, legge 196/97 e provvedimenti attuativi*, a cura di GHERA E., Napoli, Jovene, 1998, pp. 122-123. L'autore sostiene che l'abrogazione da parte della legge 196/97 del limite giornaliero delle 8 ore previsto dal R.D.L. del 1923, impedendo l'individuazione della giornata massima lavorativa, comporterebbe l'illegittimità costituzionale della nuova disciplina, nella parte in cui non stabilisce la durata massima della giornata lavorativa.

³² La tesi espressa a favore dell'abrogazione del limite giornaliero è sostenuta da BELLOMO S., *La disciplina dell'orario tra normativa comunitaria, legge e contrattazione collettiva*, in *Flessibilità e diritto del lavoro*, a cura di SANTORO PASSARELLI G., vol. II, Torino, Giappichelli, 1997, p. 71; SCARPONI S., *La recente disciplina legislativa in materia di orario di lavoro, l'inizio di una riforma*, in *Lav. Dir.*, 1998, n. 1, p. 138.

La decisione del legislatore nazionale di intervenire solo sul limite settimanale è influenzata dal recepimento della direttiva comunitaria n. 104/1993, che, infatti, circoscrive l'impegno lavorativo solo su base settimanale, imponendo però, all'art. 3, l'obbligo di un riposo giornaliero di almeno 11 ore consecutive.

Tuttavia, la mancanza, all'art. 13 della L. n. 196/1997, della previsione della durata della giornata lavorativa (sia massima, sia normale) contrasta, come già affermato, con i contenuti sia dell'art. 36, co. 2 Cost., sia dell'art. 2107 c. c., i quali, al contrario, ne prevedono la determinazione legale.

Effettuando quindi un'analisi sull'intervento legislativo si può osservare che la L. n. 196/1997 ha ribadito sostanzialmente la tradizionale linea politica del diritto italiano, orientata ad introdurre elementi negoziati di flessibilità organizzativa ed occupazionale, nell'uso della forza lavoro, ma contraria ad ogni forma di deregolamentazione incontrollata. Il legislatore, pertanto, non volendo introdurre nello statuto protettivo del lavoratore subordinato elementi peggiorativi, è rimasto nel solco del c.d. "*garantismo flessibile*"³³.

I.4 Dall' Avviso comune del 12 novembre 1997 al D. Lgs. n. 66/2003.

Il 12 novembre 1997, l' Avviso comune tra CGIL, CISL, UIL e Confindustria rappresenta una proposta di ridisegno organico della materia dell' orario di lavoro che le parti sociali indicano al Parlamento in applicazione della direttiva europea.

L' Avviso prevede come orario normale le quaranta ore settimanali con la possibilità per la contrattazione collettiva di ridurlo e di prevedere il suo riferimento ad una media plurisettimanale su periodi di massimo dodici mesi. Il ricorso al lavoro straordinario deve essere contenuto e, in difetto della disciplina collettiva, deve essere ammesso solo previo accordo tra datore di lavoro e prestatore per un periodo che non superi le duecentocinquanta ore annuali e le ottanta trimestrali. E' previsto un riposo minimo giornaliero di undici ore, un

³³ GHERA E, *Occupazione e flessibilità, legge 196/1997 e provvedimenti attuativi*, Napoli, Jovene, 1998, p. XXIII.

riposo settimanale minimo di ventiquattro ore e quattro settimane di ferie annuali.

Nel 1998 il Consiglio dei Ministri approva il disegno di legge delle trentacinque ore. Il disegno di legge, composto di cinque articoli, ricalca le indicazioni del documento firmato tra Prodi e Bertinotti il 15 ottobre 1997: riduzione dell'orario legale di lavoro dal 1 gennaio 2001 per le aziende con più di quindici addetti; verifica, tramite un incontro con le parti sociali previsto per il novembre dell'anno 2000, della incidenza economica e produttiva della riduzione. Fino a quella data l'applicazione sarà sperimentale. La riduzione di orario di lavoro per legge ha rischiato di mettere in crisi il sistema della concertazione tra le parti sociali. All'annuncio del disegno di legge gli imprenditori abbandonano il tavolo delle trattative minacciando di denunciare l'intero accordo; i sindacati hanno manifestato perplessità sul provvedimento dato che il 12 novembre 1997 avevano firmato un'intesa per la riduzione dell'orario a quaranta ore settimanali, in attuazione dell'art. 13 della legge n. 196 del 1997 (pacchetto Treu) e della direttiva n. 104 del 1993. Il 15 dicembre il Fondo Monetario Internazionale, in una lettera al governo italiano, raccomanda che la questione dell'orario "*deve rimanere nell'ambito della contrattazione delle parti sociali*".

Il governo Prodi, però, cade, lasciando inadempito l'obbligo comunitario, conseguentemente, la Commissione delle comunità Europee, il 26 ottobre 1998, presenta un ricorso contro l'Italia e apre una procedura di infrazione degli obblighi comunitari.

La legge 27 novembre 1998, n. 409 introduce nuove norme sulle prestazioni straordinarie per le imprese industriali, fissandone i limiti legali e dispone il rispetto di un periodo massimo di ricorso al lavoro straordinario che non potrà superare, in assenza di disciplina collettiva, il limite di duecentocinquanta ore annue e 80 trimestrali.

Un'ulteriore e significativa fase di recepimento dei contenuti della direttiva comunitaria n. 104 è rappresentata dal decreto legislativo 26 novembre 1999, n. 532, in materia di lavoro notturno, che detta una disciplina, solo transitoria,

fino all'approvazione della legge organica in materia di orario di lavoro. Viene introdotta, per la prima volta, nel nostro ordinamento, la figura del "*lavoratore notturno*" e la nozione di "*lavoro notturno*", in precedenza non disciplinate sul piano legale. Infatti il lavoro notturno era regolamentato prevalentemente dai contratti collettivi, in correlazione anche con l'art. 2188 del codice civile, che stabilisce solo l'obbligo, per il datore di lavoro, di corrispondere una maggiorazione retributiva nel caso di lavoro notturno non ricompreso in regolari turni periodici. Ci si preoccupa soprattutto di regolare gli aspetti del lavoro notturno relativi alla tutela della salute dei lavoratori, in coerenza di quanto contenuto nella direttiva comunitaria e viene quindi attribuito il diritto alla maggiorazione retributiva a chi presta lavoro notturno, sia continuativamente che a turni.

Sempre nel 1999, l'Unione emana due specifiche direttive per la disciplina dell'orario di lavoro di due settori esclusi dal campo di applicazione della Direttiva n. 104 (la 99/63/Ce per la "*gente di mare*" e la 99/95/Ce per la "*gente di mare a bordo di navi presso i porti dell'Unione Europea*").

Al termine del procedimento per infrazione degli obblighi comunitari, nonostante il ricorso del Governo, la Corte di Giustizia Europea condanna l'Italia per la mancata o incompleta attuazione della direttiva n. 104. Vengono, comunque, sospese le sanzioni previste dai trattati internazionali e prorogata ad aprile 2003 la scadenza per il definitivo recepimento nazionale. Intanto viene emanata la Direttiva n. 34 del 2000 che modifica la direttiva 104, comprendendovi i settori e le attività precedentemente esclusi.

Nel frattempo il Governo aveva avviato un dialogo tra le parti sociali per pervenire ad una nuova disciplina dell'orario di lavoro sulla base delle indicazioni contenute nell'accordo interconfederale del 12 novembre 1997, adattandole alle specificità di settori quali il turismo, l'agricoltura e il commercio, soprattutto relativamente al lavoro notturno e straordinario che presentano, in tali settori, caratteristiche diverse da quelle del settore industriale.

Nel 2001 il Governo presenta un disegno di legge delega n. 848 per la riforma del mercato del lavoro. In particolare, l'art. 6 delega il Governo ad

emanare uno o più decreti legislativi per dare attuazione alla direttiva n. 104 del 1993 in materia di orario di lavoro.

I principi e i criteri direttivi per la predisposizione di un decreto legislativo sulla materia dell'orario di lavoro sono stati indicati dal Governo nella legge 1 marzo 2002, n. 39 (legge comunitaria 2001), all'art. 22 e sono:

- recepimento dei criteri di attuazione di cui all'avviso comune sottoscritto dalle parti sociali il 12 novembre 1997;
- riconoscimento degli effetti dei contratti collettivi vigenti alla data di entrata in vigore del provvedimento di attuazione della direttiva comunitaria.

Nel settembre 2002 viene rilanciato il metodo del dialogo sociale con la richiesta a tutte le parti sociali di un avviso comune per la trasposizione della direttiva, che però non ha esito positivo. Il Governo avvia quindi i lavori per la redazione del decreto di attuazione della norma comunitaria.

Il testo del decreto viene approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri e trasmesso alla Commissione XI della Camera dei deputati e XI del Senato della Repubblica, che hanno dato i pareri di competenza, sulla base dei quali vengono apportate alcune modifiche al testo che viene tradotto nel decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, entrato in vigore il 29 aprile 2003³⁴.

I.5 Il D. Lgs. n. 66/2003.

Con il D. Lgs. n. 66/2003 si è finalmente data attuazione, sulla base della delega contenuta nella legge comunitaria 2001, L. 39/2002, alle Direttive 93/104/Ce e 2000/34/Ce (recentemente abrogate e sostituite dalla Direttiva di codificazione n. 88/2003³⁵).

³⁴ Decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 “Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE, concernenti taluni aspetti della organizzazione dell'orario di lavoro”, G.U. n. 87 del 14 aprile 2003.

³⁵ La direttiva n. 88/2003 si è limitata, per motivi di chiarezza ed in considerazione delle modifiche introdotte dalla Direttiva n. 34, a codificare la Direttiva n. 93, introducendo variazioni di struttura dell'articolato, rinumerando parte delle sue previsioni, senza alterare in modo significativo i contenuti.

Successivamente, con il decreto correttivo n. 213/2004, si sono apportate alcune modifiche e, in particolare, si è provveduto ad adottare un apposito regime sanzionatorio (art. 18 bis), prima dimenticato. In tal modo, anche nel nostro Paese, ha visto la luce un provvedimento organico e sistematico, finalizzato all'adeguamento dell'ordinamento interno alle disposizioni dettate in ambito comunitario, in materia di orario di lavoro, sebbene con notevole ritardo rispetto ai tempi previsti³⁶ e a seguito della condanna della Corte di Giustizia europea (CGCE 9 marzo 2000, causa C-386/98).

Le disposizioni contenute nel decreto sono volte a regolamentare i profili della disciplina del rapporto di lavoro, connessi all'organizzazione dell'orario, nel pieno rispetto dell'autonomia negoziale collettiva (art. 1, co. 1), in modo uniforme su tutto il territorio nazionale (si esclude, di conseguenza, in materia, una competenza legislativa concorrente delle Regioni, fondata sull'art. 117, Cost., così come riformulato dalla Legge costituzionale n. 3/2001)³⁷.

Si è tenuto conto, nel regolare tale materia, così come previsto dall' art. 22, co. 2, lett. A) della legge delega, delle previsioni dell'Accordo Interconfederale 12 novembre 1997, stipulato da Confindustria, CGIL, CISL e UIL contenente un avviso comune per la ricezione nel nostro ordinamento della Direttiva n. 104/93.

Per quanto attiene il campo di applicazione³⁸ la norma prevede, al co. 2 dell'art. 1, un'estensione più ampia rispetto a quella prevista dal R.D.L. n. 692 del 1923, poiché le sue disposizioni si applicano a *"tutti i settori di attività, sia pubblici che privati"*, salvo alcune eccezioni espressamente indicate.

Si deve pertanto all'obbligo comunitario, la predisposizione di una disciplina uniforme che non differenzia fra lavoro pubblico e privato, applicandosi anche al personale in regime di diritto pubblico.

³⁶ La Direttiva 104 stabiliva infatti come termine il 23 novembre 1986, mentre la Direttiva 34 fissava al 1 agosto 2003 la data per il recepimento delle proprie disposizioni modificative delle precedenti.

³⁷ TARTAGLIONE L., *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, n. 6, p. 419.

³⁸ SANTUCCI R., *Il campo di applicazione della nuova disciplina*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 101

L'inclusione del settore pubblico nel campo di applicazione è rilevante perché si riconosce e si conferma l'opportunità della scelta ormai decennale³⁹ di regolamentare uniformemente il settore privato e quello pubblico, in relazione ad aspetti fondamentali ed essenziali del rapporto di lavoro, in particolare tempo di lavoro e di riposo del lavoratore.

³⁹ Vedi al riguardo D. Lgs. n. 29/1993 ed ora D. Lgs. n. 151/2001.

CAPITOLO II

La durata della prestazione di lavoro

A) - La durata dell'orario giornaliero.

II.A.1 Il problema della sopravvivenza del limite giornaliero di durata della prestazione lavorativa.

Con la nuova normativa l'orario massimo è previsto solo nella sua dimensione settimanale. Ciò, conseguentemente, apre il delicato interrogativo sulla sopravvivenza o meno di un limite massimo di durata giornaliera della prestazione lavorativa, così come previsto ai sensi del R.D.L. del 1923.

A tal proposito, parte della dottrina ritiene che tale limite, a seguito dell'entrata in vigore della norma del 2003, sia scomparso⁴⁰; altra parte che sia venuto meno⁴¹. La maggior parte degli autori ritengono, in modo concorde, che nel nostro ordinamento non esiste più un limite di durata massima della giornata lavorativa⁴².

Già dopo l'approvazione della L. n. 196/1997, poiché il legislatore era intervenuto solo sulla determinazione dell'orario normale settimanale, erano sorte dispute in dottrina⁴³ e in giurisprudenza⁴⁴ in merito alla implicita

⁴⁰ GAROFALO D., *Il D. Lgs. n. 66/2003 sull'orario e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *Lav. Giur.*, 2003, n. 11, pp. 1007-1008.

⁴¹ TARTAGLIONE L., *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, n. 6, p. 423; RICCI G., *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Milano, 2005, pp. 319 e 338.

⁴² DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. V.

⁴³ Per l'abrogazione si pronunciavano, anche se a volte in modo dubbioso: BELLOMO S., *Orario di lavoro: legge, norme comunitarie e contrattazione collettiva*, in SANTORO PASSARELLI G., *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, 1997, pp. 71 e ss.; SCARPONI S., *La recente disciplina in materia di orario di lavoro: l'inizio di una riforma?*, in *Lav. Dir.*, 1998, p. 135

Per la sopravvivenza: MAIO V. – VALENTINI V., *L'orario di lavoro: innovazione normativa e campo di applicazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, n. 2, p. 422; DELL'OLIO M., *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, p. 375; CARABELLI U. – LECCESE V., in *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia*, Rapporto al seminario di ricerca europeo *Leçons d'une réduction de la durée du travail*, Bordeaux, 5-6 dicembre 2002, in www.unicz.it.lavoro/CARABELLI_LECCESE.pdf, in part. n. 2.2

⁴⁴ Unanimità della giurisprudenza, sia di merito, sia di legittimità, nel sostenere la tesi della sopravvivenza: *Trib. Pisa*, 13 febbraio 2001, *RIDL*, 2002, II, p. 74; *Cass.* 4 dicembre 2000, n. 15419, in *LG*, 2001, p. 431; *Cass.* 16 gennaio 2001, n. 512 e 21 gennaio 2001, n. 857, in *Rep. Giur. Lav.*, luglio 2000-giugno 2001, p. 181. Ci sono,

abrogazione o meno del limite di 8 ore di orario normale massimo di lavoro quotidiano, fissato dall'art. 1 del R.D.L. del 1923. Era, così, stata posta in discussione la perdurante vigenza del limite di durata massima della giornata lavorativa, pari a 10 ore, risultanti dalla somma tra le 8 ore di lavoro normale e le 2 ore di lavoro di durata massima giornaliera del lavoro straordinario (art. 5, R.D.L. n. 692/1923), con rilevanti conseguenze sul piano dell'effettivo rispetto della riserva di legge di cui all'art. 36, co. 2, Cost.

A seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 66/2003, l'opinione prevalente, con alcune eccezioni⁴⁵, propende per l'intervenuta abrogazione del vecchio limite di durata massima giornaliera, poiché nella nuova regolamentazione legale non si fa espresso richiamo alle citate norme del R.D.L. del 1923 e per la deducibilità del nuovo limite dall'art. 7 dello stesso decreto⁴⁶, ricavato "a contrariis", poiché nello stesso non è presente una sua determinazione esplicita.

La previsione di un periodo minimo di riposo di 11 ore, calcolato su un arco temporale di 24 ore, permette di individuare, per mera sottrazione e quindi indirettamente, nelle restanti 13 ore complessive, il limite massimo della giornata lavorativa.

Tuttavia gli autori favorevoli a questa interpretazione non sono così concordi quando si tratta di esprimere una valutazione sulla legittimità del nuovo limite.

però, anche alcune decisioni di segno opposto dei giudici di legittimità: *Cass. Civ., sez. lav., 16 luglio 2002, n. 10312*, in *Lav. Giur.*, pp. 1159 e ss.; *Cass. Civ., sez. lav., 5 gennaio 2001, n. 89*, in *Foro It.*, 2001, I, p. 459.

⁴⁵ Per tutti vedi MAIO V., *Abrogazione o vigenza del limite legale di durata massima della giornata lavorativa*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2006.

⁴⁶ GAROFALO D., *Il d.Lgs. n. 66/2003 sull'orario e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *Lav. Giur.*, 2003, n. 11, p. 1008; TARTAGLIONE L., *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, n. 6, pp. 423-424; DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. XIV, il quale afferma che un limite alla durata giornaliera della prestazione di lavoro deriva indirettamente dalla previsione (art. 7, che promana dall'art. 3 della direttiva comunitaria) di un diritto a 11 ore di riposo consecutivo ogni 24 ore.

Alcuni⁴⁷ ritengono comunque soddisfatto il precetto costituzionale dell'art. 36, co. 2, relativo alla fissazione per legge del limite assoluto di durata giornaliera della prestazione lavorativa (strettamente collegato all'esigenza di tutela del diritto costituzionale alla salute di cui all'art. 32, Cost.), ammettendo anche modalità indirette di definizione legale, le quali sarebbero sufficienti ad escludere profili di illegittimità; altri⁴⁸, invece, dimostrano maggior cautela e avanzano dubbi sulla legittimità costituzionale della norma, anche in merito alla sua stessa idoneità a realizzare la riserva di legge con una tecnica "a contrariis"⁴⁹ e pure con riferimento sia al fine di tutela da perseguire, sia all'ampia possibilità di deroghe ammesse, per cui neppure il diritto a 11 ore consecutive di riposo giornaliero è assoluto e intangibile⁵⁰, il che ammetterebbe un eventuale incremento del limite delle 13 ore giornaliere, derivante da una fonte diversa dalla legge.

La *ratio* di tutela della salute dei lavoratori è naturalmente sottesa sia alla previsione di derivazione comunitaria del riposo giornaliero, sia a quella di fonte costituzionale della durata massima giornaliera della prestazione lavorativa, tuttavia sono diversi, anche se complementari, i profili di tutela cui tali limiti sono rivolti. Infatti la funzione propria del periodo di riposo giornaliero consiste nel fissare un periodo di intervallo minimo tra prestazioni svolte in 2 giornate consecutive, mentre la funzione svolta dal limite massimo di durata giornaliera è evitare un eccessivo prolungamento dell'orario di lavoro nella singola giornata⁵¹.

Altra ipotesi di contrasto tra la nuova disciplina dell'orario di lavoro e la direttiva comunitaria, sempre in relazione alla determinazione indiretta della durata massima giornaliera della prestazione lavorativa, si ravvisa in termini di mancata osservanza della regola di "non regresso", che costituisce un criterio

⁴⁷ TARTAGLIONE L., *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, n. 6, pp. 423-424; TIRABOSCHI M. – RUSSO A., *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce*, in *Guida Lav.*, n. 17, 2003, pp. 19-21; *Circ. Confindustria 22 aprile 2003, n. 17490*, in *Guida Lav.*, 2003, 14, 17.

⁴⁸ GAROFALO D., *Il d. Lgs. n. 66/2003 sull'orario e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *Lav. Giur.*, 2003, n. 11, p. 1012.

⁴⁹ SANDULLI P. – MARINELLI V.M., *Orario di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2003, p. 9.

⁵⁰ DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. XIV; ALLAMPRESE A., *Osservazioni sul decreto 66/2003 di attuazione della direttiva sull'orario di lavoro*, in <http://www.unicz.it/lavoro/ALLAMPREE.htm>, p. 8.

⁵¹ CARABELLI U. – LECCESE V., *Attuazione delle direttive sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, pp. 22 ss.

essenziale da tenersi in considerazione in sede di attuazione di direttive comunitarie che la prevedano. Vero è che alcuni ritengono che tale regola non ponga alcun limite reale alla libera scelta degli Stati membri in ordine alla revisione in senso meno garantista delle originarie tutele interne, a condizione, però, che tale revisione non preveda come giustificazione l'attuazione della direttiva, proprio ciò che, invece, il legislatore delegato si propone di fare nel caso di specie⁵².

In particolare, la riduzione della tutela assicurata in precedenza ai lavoratori a vantaggio di un ampliamento degli spazi di flessibilità per le imprese è palese, laddove si consideri l'elevazione del tetto di durata massima giornaliera da 10 a 13 ore, con l'eventuale possibilità di ulteriori incrementi nelle ipotesi derogatorie previste all'art. 17. Infatti anche le disposizioni dell'art. 7 *"possono essere derogate mediante contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale tra le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro"*. Conseguentemente la possibilità per i contratti collettivi di introdurre o mantenere un limite di durata giornaliera dell'orario di lavoro e persino di derogare alla norma del riposo di 11 ore consecutive⁵³; fattispecie che va ad accrescere la propria rilevanza nell'ambito di una riforma dell'orario di lavoro volta a moltiplicare gli spazi di flessibilità temporale richiesti dalle imprese basata com'è sull'individuazione diretta del solo valore limite della durata media settimanale, che consente così possibili e significative fluttuazioni verso l'alto dell'orario di lavoro in determinati periodi dell'anno⁵⁴.

Pertanto parte della dottrina propende per l'abrogazione del limite di durata massima della giornata lavorativa. Il D. Lgs. n. 66 del 2003, all'art. 19, stabilisce che *"sono abrogate tutte le disposizioni legislative e regolamentari nella materia disciplinata dal decreto legislativo medesimo, salvo le disposizioni*

⁵² ALLAMPRESE A., *Osservazioni sul decreto 66/2003 di attuazione della direttiva sull'orario di lavoro*, in <http://www.unicz.it/lavoro/ALLAMPREE.htm>, pp. 7-8.

⁵³ DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. XV.

⁵⁴ CARABELLI U. – LECCESE V., *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia*, Rapporto al seminario di ricerca europeo *Leçons d'une réduction de la durée du travail*, Bordeaux 5-6 dicembre 2002, in www.unicz.it/lavoro/CARABELLI_LECCESE.

espressamente richiamate” e, anche in questo caso, le interpretazioni in dottrina differiscono.

Alcuni danno una lettura *totalizzante* del concetto di materia che comporta l’abrogazione di qualsiasi norma previgente, non espressamente richiamata nel decreto, che abbia attinenza con l’organizzazione dell’orario di lavoro, eccetto le norme speciali⁵⁵.

Altri, seguendo un percorso interpretativo volto a valorizzare l’obiettivo del recepimento della direttiva comunitaria, arriverebbero ad escludere dalla materia gli aspetti non affrontati ed esplicitamente disciplinati, né dal decreto delegato, né dalla direttiva⁵⁶, affermando quindi la salvezza della norma interna che fissava un limite alla durata massima giornaliera dell’orario di lavoro, dal momento che, né la direttiva 93/104/Ce, né il D. Lgs. n. 66/2003, intervengono su questo aspetto⁵⁷.

Altri, ancora, sostengono una soluzione interpretativa intermedia, rispetto alle due precedenti, fondata sul principio per cui risulterebbero abrogate tutte le disposizioni che attengono ai profili rientranti, anche solo implicitamente nel contenuto regolativi del decreto⁵⁸.

Oggi prevale la prima tesi interpretativa.

II.A.2 La tesi dell’abrogazione del limite orario giornaliero ad opera dell’art. 13 della L. n. 196/1997.

In seguito all’ emanazione della L. n. 196/1997, erano sorti contrasti, in dottrina e in giurisprudenza, in merito alla implicita abrogazione o meno del limite di 8 ore di orario normale massimo di lavoro giornaliero, fissato dalla precedente normativa, in particolare all’art. 1 del R.D.L. n. 692/1923.

⁵⁵ LECCESE V., *La nuova disciplina dell’orario di lavoro*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Bari, 2004, pp. 196 ss.

⁵⁶ LECCESE V., *La nuova disciplina dell’orario di lavoro*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Bari, 2004, pp. 197.

⁵⁷ VICECONTE M., *La nuova organizzazione dell’orario di lavoro*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2003, p. 1145.

⁵⁸ LECCESE V., *La nuova disciplina dell’orario di lavoro*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Bari, 2004, pp. 196 ss.

Alcuni autori hanno sostenuto l'abrogazione di detto limite ai sensi dell'art. 13 della L. n. 196/1997⁵⁹, che era una *lex specialis*, frammentaria e disorganica, che volutamente ometteva di disciplinare proprio la dimensione giornaliera della prestazione⁶⁰; altri⁶¹, invece, ritengono che il suddetto articolo non disciplinasse appositamente al proprio interno la dimensione giornaliera della prestazione lavorativa. Conseguentemente il legislatore avrebbe omesso, intenzionalmente, ogni riferimento espresso alla durata della giornata lavorativa per evitare un intervento su un aspetto coperto da garanzia costituzionale. Pertanto la legge del 1997, non avendo l'obiettivo di abrogare la disciplina precedente in materia di limite massimo di orario giornaliero, era destinata a coesistere con la previgente normativa, in attesa di una annunciata nuova regolamentazione generale della materia⁶².

Della stessa opinione è stata anche la giurisprudenza, che, pronunciandosi su fattispecie *ratione temporis* regolate dalla legge del 1997, ha ritenuto vigente il limite delle otto ore di lavoro giornaliero⁶³.

In particolare, in alcune sentenze ravvicinate, i giudici di legittimità hanno rilevato come, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 13 della legge del 1997, l'eventuale previsione convenzionale di un orario normale settimanale

⁵⁹ TIRABOSCHI M. – RUSSO A., *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce*, in *Guida Lav.*, n. 17, 2003, p. 20; BASENGHI F., *La riduzione e la rimodulazione degli orari di lavoro*, in GALANTINO L., *Il Lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Milano, 1997, pp. 334 ss.

⁶⁰ La tesi sostenuta da BASENGHI F., in *La riduzione e la rimodulazione degli orari di lavoro*, opera citata, fondata su ciò che non sarebbe credibile che il legislatore del 1997 abbia omesso il riferimento al limite orario giornaliero, mentre sarebbe credibile che lo abbia soltanto dato per scontato, appare difficilmente sostenibile oggi, considerato che il legislatore, una seconda volta, nel 2003, nell'ambito di una ben più ampia riforma, continua a non fare riferimento alcuno alla durata della giornata lavorativa. Appare, invece, perlomeno parimenti sostenibile la tesi contraria, secondo cui il legislatore avrebbe omesso scientemente ogni riferimento espresso alla durata della giornata lavorativa in considerazione della difficoltà ad intervenire su di un aspetto espressamente coperto da garanzia costituzionale, vedi MAIO V. – VALENTINI V., *L'orario di lavoro: innovazione normativa e campo di applicazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, pp. 420-421 e ALLAMPRESE A., *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro, quadro normativo e poteri individuali*, Milano, 2003, pp. 71-72.

⁶¹ MAIO V., *Abrogazione o vigenza del limite legale di durata massima della giornata lavorativa*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2006, p. 140.

⁶² MAIO V., *Abrogazione o vigenza del limite legale di durata massima della giornata lavorativa*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2006, p. 140.

⁶³ *Cass. 28 maggio 2004, n. 10350*, in *Or. Giur. Lav.*, p. 374; *Cass. 6 aprile 2002, n. 4953*, in *Foro It.*, 2002, I, col. 2732. Fra la giurisprudenza di merito confermano la sopravvivenza del limite giornaliero imposto dall'art. 1 del R.D.L. n. 692/1923, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 13 della L. 196/1997, sulla base della considerazione che il legislatore del 1997 è intervenuto soltanto sul criterio della durata massima (e media) settimanale, nulla disponendo a proposito del limite giornaliero, *Corte Appello Firenze, 6 giugno 2002*, in *Foro it.*, 2002, I, col. 2732 e *Trib. Pisa, 13 febbraio 2001*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, p. 74, con nota di E. RIPEPE, *Che fine ha fatto il limite orario giornaliero di lavoro?*

secondo *"il criterio della cd. media multiperiodale e, cioè in termini più flessibili"* è ancora *"condizionata al rispetto del limite delle otto ore giornaliere"*, in quanto, da un lato la nuova norma non contiene *"alcuna disposizione in merito all'orario normale massimo di giornaliero"*, dall'altro lato *"è da escludere che la contrattazione collettiva possa derogare al suddetto limite, in considerazione sia della rilevanza costituzionale della durata massima della giornata lavorativa sia dell'autonomia -e non alternatività- dell'orario giornaliero rispetto all'orario settimanale"*⁶⁴.

II.A.3. La tesi dell'abrogazione per ridisciplina dell'intera materia.

Alcuni autori sostengono che il D. Lgs. n. 66/2003 abbia risolto la questione dell'abrogazione o vigenza del limite giornaliero della durata della prestazione, in quanto all'art. 19, rubricato *"Disposizioni transitorie e abrogazioni"*, dispone che *"sono abrogate tutte le disposizioni legislative e regolamentari nella materia disciplinata dal decreto legislativo medesimo, salvo le disposizioni espressamente richiamate"*. Come noto, infatti, una delle forme di cessazione di efficacia della legge è l'abrogazione in forza del fenomeno di successione di norme, ai sensi dell'art. 15 delle dispos. prel. Cod. Civ.⁶⁵. Tale abrogazione può essere espressa, quando vengono puntualmente identificate le disposizioni che si intendono abrogare, o tacita, sia per incompatibilità tra le nuove norme e quelle previgenti, sia per ridisciplina dell'intera materia. Alcuni autori⁶⁶, appunto, ritengono questo il caso del decreto del 2003. Il legislatore dichiara espressamente di voler considerare abrogate tutte le disposizioni normative precedentemente intervenute nella materia affrontata.

Tradizionalmente si riconduce l'effetto abrogativo alla *"delimitazione dell'efficacia della norma abrogata ai fatti verificatisi nel periodo antecedente l'abrogazione"* o anche *"alla definitiva inapplicabilità della norma abrogata ai fatti futuri che si verificheranno a partire dal momento in cui è possibile fissare l'effetto stesso"*⁶⁷, in virtù del concorso del principio di irretroattività e del

⁶⁴ Cass. 16 gennaio 2001, n. 512 e Cass. 4 dicembre 2000, n. 15419; Cass. 28 maggio 2004, n. 10350.

⁶⁵ SANDULLI A., (Voce) legge, in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, 1968, IX, p. 651.

⁶⁶ BERNARDO P., *Commento all'art. 19*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 2004, p. 577.

⁶⁷ Cfr. MODUGNO F., (voce) *Abrogazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 3.

principio cronologico⁶⁸. Di regola, quindi, fatti salvi i casi in cui sia diversamente previsto e/o consentito dalla disposizione di rango superiore, una norma può abrogare solo norme classificate di pari grado o di grado inferiore nel sistema della gerarchia delle fonti giuridiche.

Il D. Lgs. n. 66 dunque prevale sulle leggi, sugli atti aventi forza di legge e su tutta la normativa subordinata alla legge nel sistema delle fonti con relativi regolamenti esecutivi, i quali "*cessano di avere efficacia, a condizione che siano abrogate le norme legislative delle quali disciplinano l'esecuzione*"⁶⁹.

Altri autori⁷⁰, all'opposto, ritengono che il decreto n. 66 non si interessa della disciplina riguardante la durata massima della giornata lavorativa, considerato che la direttiva n. 104/93, cui il decreto ha dato attuazione, era destinata a regolare solo alcuni degli aspetti o profili relativi all'organizzazione dei tempi di lavoro. Conseguentemente non è possibile ritenere che siano state abrogate le discipline speciali di legge che si riferiscono ad aspetti diversi da quelli regolati in sede comunitaria⁷¹. Assume quindi rilevanza il c.d. *criterio di specialità* secondo il quale, stante un conflitto tra una norma generale ed una speciale, si fa prevalere quest'ultima in forza del principio *lex specialis derogat generali*. La prevalenza della disposizione speciale non comporta, quindi, in alcun modo, l'eliminazione della disposizione generale, conservando quest'ultima la sua portata normativa che potrà manifestarsi in altre fattispecie, in particolar modo in quelle in cui non pertiene la norma considerata speciale.

Le norme speciali sono quelle che prevedono regole diverse da quelle generali in considerazione di aspetti particolari dei soggetti o dei fatti cui si riferiscono o, ancora, quelle emanate in considerazione di particolari esigenze di disciplina giuridica di determinati settori della realtà, individuati con riferimento a complessi soggetti di cose o a specifici nuclei di rapporti o di attività.

⁶⁸ MODUGNO F., (voce) *Abrogazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 3.

⁶⁹ PUGLIATTI S., (voce) *Abrogazione*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1958, I, p. 146.

⁷⁰ MAIO V., *Abrogazione o vigenza del limite legale di durata massima della giornata lavorativa*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2006, p. 148; SANDULLI P. – MARINELLI V.M., *Orario di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2003, p. 9.

⁷¹ MAIO V., *Abrogazione o vigenza del limite legale di durata massima della giornata lavorativa*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2006, p. 146.

In conclusione, quindi, dal momento che il D. Lgs. n. 66 non si occupa della durata massima della giornata lavorativa⁷², non è possibile neppure affermare l'abrogazione del limite delle 8 ore per ridisciplina dell'intera materia⁷³.

II.A.4. La tesi dell'abrogazione per incompatibilità con le previsioni contenute nel D. Lgs. n. 66/2003.

L'abrogazione tacita opera quando sussiste un'incompatibilità, un obiettivo contrasto, tra le norme nuove e quelle precedenti, tale da non rendere possibile la loro applicazione contemporanea. In tale ipotesi non c'è alcuna indicazione da parte del legislatore sulle norme da abrogare, ma è l'interprete che, dovendo scegliere, tra una serie di disposizioni incompatibili fra di loro, quale norma dover applicare ad una data fattispecie, utilizza il criterio cronologico, dichiarando l'abrogazione della norma precedente.

In via generale, si ritiene che per configurare l'abrogazione implicita di una legge, debba riscontrarsi tra le nuove e le precedenti norme un'incompatibilità evidente, tale da rendere impossibile l'applicazione contemporanea, di modo che dall'osservanza e dall'applicazione della nuova legge, derivi inevitabilmente l'inosservanza e la disapplicazione dell'altra⁷⁴.

Secondo alcuni⁷⁵, come detto, dal momento che il decreto n. 66 non regola la durata massima della giornata lavorativa, non si può affermare alcuna incompatibilità con la disposizione del 1923 che fissa, come noto, il limite di durata massima dell'orario giornaliero e, conseguentemente, non può dirsi tacitamente abrogata. Non si può, pertanto, ravvisare alcuna incompatibilità tra

⁷² SANDULLI P., *Il quadro generale di riferimento*, in SANDULLI P., MARINELLI V.M., (voce) *Orario di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2003, aggiornamenti, p. 9 della bozza di stampa, rileva che "l'impianto del decreto ignora totalmente il problema della durata della giornata lavorativa". Nondimeno, l'autore sembra propendere per l'abrogazione. Lo stesso disinteresse è stato rilevato anche dall'INPS, che, con la circolare n. 181 del 1 dicembre 2003, osserva che "il d. lgs. n. 66 del 2003 non stabilisce un limite legale giornaliero di durata dell'orario di lavoro, definendo, per converso, soltanto il diritto al riposo giornaliero del lavoratore".

⁷³ MAIO V., *Abrogazione o vigenza del limite legale di durata massima della giornata lavorativa*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2006, p. 149.

⁷⁴ Cass. Sez. lav., 10 agosto 1998, n. 7840, in *Mass.*, 1998, secondo cui "L'incompatibilità tra le nuove disposizioni e quelle precedenti si verifica soltanto quando fra le leggi considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicché dall'applicazione ed osservanza della nuova legge, non possono derivare la disapplicazione e/o l'inosservanza dell'altra".

⁷⁵ MAIO V., *Abrogazione o vigenza del limite legale di durata massima della giornata lavorativa*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2006, p. 151.

la previsione del limite di durata giornaliera, volto ad evitare un eccessivo prolungamento dell'orario nella singola giornata, e la previsione di un periodo di riposo, la cui funzione è quella di fissare un periodo di intervallo minimo fra prestazioni svolte in due giornate consecutive. Quindi l'art. 7 non è incompatibile con l'art. 1 del R.D.L. del 1923: le due norme hanno funzioni diverse e possono, pertanto, coesistere nel sistema, per cui non c'è alcuna ragione per ritenere che l'una abbia abrogato tacitamente l'altra⁷⁶.

II.A.5 La questione della clausola di "non regresso".

Come sappiamo, nel novembre 1997, Confindustria, CGIL, CISL e UIL hanno sottoscritto un Avviso comune, contenente criteri di ricezione della direttiva comunitaria n. 104 del 1993 in materia di orario di lavoro, che costituiva un'intesa intersindacale non dotata di efficacia normativa⁷⁷, con cui le parti sociali firmatarie avevano inviato al Governo un messaggio comune, chiaro e formale, sui contenuti, da loro suggeriti, della futura legge sull'orario. Ciò in coerenza, sia con l'impegno assunto dal Governo stesso nel patto trilaterale per il lavoro del settembre 1996, di recepire appunto la direttiva "secondo quanto stabilito nella futura intesa tra le parti sociali", sia con quanto previsto dal successivo Patto trilaterale per lo sviluppo e l'occupazione del 1998.

Nei confronti dei contenuti dell'intesa intersindacale, da varie parti era stata ipotizzata la violazione di alcune norme della direttiva n. 104/1993, evidenziandosi, da un lato, la mancata previsione, da parte dello stesso Avviso comune, di un limite massimo di durata settimanale della prestazione lavorativa (a fronte del limite di 48 ore previsto dalla normativa comunitaria, quale limite medio da calcolarsi su archi di tempo variabili), e, dall'altro, l'arretramento di tutele che la stessa intesa sanciva rispetto alla legislazione interna all'epoca vigente, in contrasto con la clausola di *non regresso* prevista dalla medesima direttiva all'art. 18, par. 3 (ora art. 23 direttiva n. 88/2003).

⁷⁶ MAIO V., *Abrogazione o vigenza del limite legale di durata massima della giornata lavorativa*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2006, p. 153-154.

⁷⁷ ICHINO P., *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea. Direttiva comunitaria e tendenze degli ordinamenti nazionali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 1998, p. 164; LECCESE V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, p. 224.

Tale clausola, la cui vincolatività giuridica non è da tutti condivisa⁷⁸, non pone certamente un obbligo di *stand still* in capo ai singoli Stati membri, in virtù del fatto che viene fatto salvo il diritto di questi ultimi di "fissare, alla luce dell'evoluzione della situazione, disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e convenzionali diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati". Siffatta clausola mira ad evitare che la trasposizione della direttiva rappresenti una scusante per il peggioramento delle tutele già vigenti. Infatti la sua attuazione non può costituire "una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione"⁷⁹. E' però vero che, a fronte della clausola di non regresso, l'art. 18, par. 3, direttiva n. 104, ha espressamente consentito la deroga, in modo che lo Stato membro, con il provvedimento di attuazione della direttiva, può modificare anche *in peius* la preesistente disciplina interna, a condizione, da un lato, che le ragioni economiche e sociali che inducono ad una simile modifica siano esplicitate con chiarezza, tali da rendere evidente che si tratti di una precisa scelta politica legata all'evoluzione della situazione e, dall'altro, che comunque i requisiti minimi previsti dalla direttiva siano rispettati. D'altronde, che "la Comunità e gli Stati membri" abbiano come obiettivo anche "il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che consenta la loro parificazione nel progresso" (art. 136, par. 1, Trattato CE), è principio comunitario essenziale in materia di politica sociale. Non c'è pertanto da meravigliarsi se lo stesso Trattato precisi altresì, da un lato, che non vi è alcun obbligo ma solo una facoltà di ciascun Stato membro di mantenere e stabilire "misure compatibili con il presente Trattato, che prevedano una maggiore protezione" (art. 137, par. 5); dall'altro, che le direttive, finalizzate al perseguimento di tale obiettivo, debbano contenere "prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascun Stato membro" (art. 137, par. 2). E' quindi possibile comprendere il motivo per cui, a fronte dell'affermazione della regola di non

⁷⁸ CARABELLI U. – LECCESE V., *L'attuazione delle direttive sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 13, i quali ritengono che della vincolatività giuridica della clausola di non regresso "non si può certo dubitare". Contra DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. IV.; GAROFALO L., *Le clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *Riv. Giur. Prev. Soc.*, 2004, I, pp. 39 ss.

⁷⁹ LECCESE V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 196 ss.

regresso, l'art. 18, par. 3, direttiva n. 104, abbia ritenuto di dover espressamente consentire la deroga, di modo che, lo Stato membro, con il provvedimento con cui dà formale ed esplicita attuazione alla direttiva sull'orario, può modificare *in peius* la preesistente disciplina interna, a condizione che, da un alto, le ragioni economiche e sociali che inducono ad una simile modifica siano esplicitate con chiarezza, così dar rendere evidente che si tratti di una precisa scelta politica legata all'evoluzione della situazione e, dall'altro, che comunque i requisiti minimi previsti dalla direttiva siano rispettati⁸⁰.

Ulteriori problemi sollevati dalla clausola di non regresso sono quelli dell'ambito entro cui essa deve ritenersi operante, nonché quello del criterio da adottare per la verifica della sussistenza effettiva di tale regressione di tutele. Con riferimento a tali aspetti, l'art. 18, par. 3, della direttiva comunitaria, fa riferimento sia al "*campo dell'orario di lavoro*", sia al "*regresso del livello generale di protezione*".

Per quanto concerne la verifica relativa all'esistenza o meno, nella nuova disciplina, di profili di arretramento di tutela, essa, si rileva soprattutto con riferimento alla disciplina dell'orario di lavoro, specificamente, in rapporto alla durata della prestazione di lavoro.

Innanzitutto, la norma non contempla un limite legale al lavoro straordinario giornaliero e settimanale, già fissato ad opera dell'art. 5, R.D.L. n. 692/1923, in 2 ore giornaliere e 12 settimanali.

Manca, inoltre, nel decreto, un limite legale diretto alla durata giornaliera massima, normale e complessiva, della prestazione, in passato pari, rispettivamente, a 8 e 10 ore, secondo il combinato disposto degli artt. 1 e 5, R.D.L. n. 692/1923. Dal decreto n. 66 deriva, solo in via indiretta, attraverso la previsione di un riposo giornaliero di 11 ore consecutive ogni 24 ore (art. 7), un limite massimo assoluto della durata giornaliera della prestazione pari a 13 ore e, conseguentemente, un limite assoluto settimanale di 78 ore (o meglio di 77 ore,

⁸⁰ CARABELLI U. –LECCESEV., *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia*, Rapporto al seminario di ricerca europeo *Leçons d'une réduction de la durée du travail*, Bordeaux 5-6 dicembre 2002, in www.unicz.it/lavoro/CARABELLI_LECCESE pdf, in part. n. 3.3.

una volta detratti i 60 minuti corrispondenti a 6 pause giornaliere di 10 minuti -art. 8-, dal momento che è dovuta una sola pausa⁸¹, quale che sia la durata complessiva della giornata lavorativa). Tali limiti, però, risultano comunque superiori a quelli previgenti e, pertanto, implicano un peggioramento rispetto alla tutela assicurata della passata disciplina. Inoltre non sono stati configurati come limiti assoluti, bensì flessibili, dato che il decreto consente, ferme restando le clausole di salvaguardia previste dall'art. 17, co. 4, l'introduzione, per via contrattuale o amministrativa, di deroghe, sia incondizionate, che condizionate, in merito alla fruizione tanto del riposo giornaliero, quanto della giornata di riposo settimanale.

Quanto detto dimostra come in Italia il recepimento della direttiva comunitaria abbia portato ad un arretramento del livello generale di protezione dei lavoratori garantito da leggi precedenti⁸², in particolare in contrasto con quanto previsto dalla ricordata clausola di non regresso.

II.A.6 Problemi di legittimità costituzionale.

Il possibile conflitto di varie disposizioni del D. Lgs. n. 66 con la direttiva comunitaria non esaurisce i motivi di una certa fragilità tecnico-giuridica della nuova disciplina dell'orario di lavoro, atteso che vi sono altri aspetti di essa che suscitano perplessità, in particolare relativamente alla conformità a vari principi sanciti dalla Costituzione⁸³. È importante, pertanto, riconoscere la centrale rilevanza dei diritti fondamentali e la necessità di assicurare loro un'adeguata tutela in ragione del loro rilievo costituzionale.

L'art. 36, comma 2°, della Costituzione italiana nel sancire che spetta alla legge il compito di fissare la durata massima (cioè assoluta) della prestazione

⁸¹ LECCESE V., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, p. 221.

⁸² CARABELLI U. – LECCESE V., *Il D. Lgs. n. 66/2003 di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 11.

⁸³ CARABELLI U. – LECCESE V., *Il D. Lgs. n. 66/2003 di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 20.

lavorativa, fa riferimento alla necessità di apporre un limite temporale che deve "essere preso sul serio", in quanto derivante direttamente dall'esigenza di tutela del *diritto alla salute*, sancito dall'art. 32 della stessa Costituzione; non può perciò essere sminuito né a mera opzione interpretativa, né ad una lettura che consentirebbe al legislatore di fissare il limite giornaliero come mera media da rispettare nell'arco della settimana. Quest'ultima scelta interpretativa, da un punto di vista tecnico-giuridico, è estremamente debole, in quanto la norma costituzionale parla di "*durata massima della giornata*" e non di durata media massima della giornata, né di durata massima della settimana; pertanto non si capisce il motivo per cui dovrebbe ammettersi un'interpretazione che riduca il grado di resistenza della tutela di un diritto fondamentale della persona, per lo più attraverso una forzatura del dato letterale⁸⁴. Inoltre, la tesi della media settimanale è ispirata dalle nuove e sempre maggiori esigenze di flessibilità, espresse dalle trasformazioni nei processi produttivi, ritenute meritevoli di tutela privilegiata, anche in una prospettiva occupazionale; ma tali esigenze, che pure sono riconosciute ai sensi degli artt. 41 e 4 della Costituzione, assumono una secondaria rilevanza rispetto al valore primario della tutela e protezione della salute del singolo lavoratore e, pertanto, devono soccombere nel conflitto con quest'ultimo, sia sul piano legislativo, sia sul piano dottrinale e giurisprudenziale⁸⁵.

Come sappiamo, l'attuale disciplina in materia di orario di lavoro non fissa direttamente un limite *giornaliero* di durata della prestazione lavorativa, ma solo un limite *settimanale* di durata complessiva del lavoro –orario normale più straordinario- pari a 48 ore, valore medio da rispettare nell'arco di un quadrimestre (periodo che i contratti collettivi possono aumentare a 6 e, in presenza di peculiari esigenze, persino a 12 mesi). Sicuramente la norma rispetta la direttiva comunitaria, ma non può essere considerata conforme all'art. 36 della Carta Costituzionale, il quale impone al legislatore italiano di fissare un vincolo giornaliero, idoneo alla tutela della salute del lavoratore. In sostanza, benché apparentemente rigido, in quanto non superabile come valore

⁸⁴ CARABELLI U. – LECCESE V., in *Se tredici ore vi sembrano poche*, articolo pubblicato sul sito Eguaglianza & Libertà on line, 2008, p. 1.

⁸⁵ CARABELLI U. – LECCESE V., in *Se tredici ore vi sembrano poche*, articolo pubblicato sul sito Eguaglianza & Libertà on line, 2008, p. 2.

medio, il limite delle 48 ore non esprime un valore assoluto con riferimento alla singola settimana ed è pertanto inidoneo a soddisfare l'esigenza garantista prevista dalla norma costituzionale.

Come osservato in precedenza, secondo alcuni autori, il D. Lgs. n. 66, nell'assicurare, in conformità con la normativa comunitaria, il diritto individuale ad un riposo giornaliero di 11 ore ogni 24 (ai sensi dell'art. 7), avrebbe per tale via altresì fissato una durata massima assoluta della giornata lavorativa pari a 13 ore e, di conseguenza, una durata settimanale di 78 ore, al lordo delle pause giornaliere (previste dall'art. 8)⁸⁶. Così facendo, il legislatore delegato, dettando un limite che si potrebbe definire *polifunzionale*, non si sarebbe sottratto al compito affidatogli dall'art. 36, co. 2, della Costituzione, seppure in maniera indiretta. Come sottolineato, però, la previsione di un periodo minimo di riposo di 11 ore, calcolato su un arco temporale mobile di 24, assolve ad una funzione confluyente con, ma ben diversa da, quella svolta dalla fissazione di una durata massima assoluta della prestazione giornaliera. Infatti, mentre il limite massimo di durata giornaliera è volto ad evitare un eccessivo prolungamento dell'orario di lavoro nella singola giornata, la funzione del riposo consiste, invece, nel fissare un periodo di intervallo minimo tra le prestazioni svolte in due giornate consecutive⁸⁷. In tale prospettiva quindi, emergono due profili di tutela della salute del lavoratore derivanti l'uno dalla garanzia costituzionale, l'altro da quella comunitaria, che non si escludono, bensì si integrano perfettamente tra loro, ma che, tuttavia, vanno tenuti distinti anche dal punto di vista giuridico, soprattutto in virtù del fatto che ciascuno di essi deve essere disciplinato in modo da assicurare non un tutela qualsiasi, ma una tutela reale ed effettiva⁸⁸.

Alla luce di quanto argomentato, se non si può negare il presupposto fattuale da cui muove quella parte della dottrina che afferma la c.d. *polifunzionalità* del limite contenuto nell'art. 7, cioè la presenza, nell'attuale legislazione, di un tetto di 13 ore di lavoro complessivamente erogabili da

⁸⁶ Vedi par. 1, p. 18.

⁸⁷ SPINELLI C., *Il riposo giornaliero e la durata massima della giornata lavorativa*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 300 ss.

⁸⁸ CARABELLI U. – LECCESE V., *Il D. Lgs. n. 66/2003 di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 25.

ciascun lavoratore nella singola giornata, va pur detto che, da tale osservazione, derivano rilevanti questioni di costituzionalità, relative, da un lato, alla stessa quantificazione di questo tetto e, dall'altro, alla mancata configurazione di quel limite e, di conseguenza, del tetto che ne deriva, come assoluto ed intangibile⁸⁹.

Per quanto concerne la prima questione, è necessario ricordare che tale tetto è stato considerato da alcuni⁹⁰ foriero di una dimensione temporale del lavoro "apocalittica"; infatti un tetto di 13 ore giornaliere (78 settimanali) è sicuramente devastante ed esposto ad un giudizio di non conformità al dettato costituzionale, in quanto inidoneo a soddisfare le finalità di tutela della salute del lavoratore.

Venendo poi alla seconda questione di costituzionalità, è opportuno ricordare che il limite posto dall'art. 7 non ha un valore assoluto ed intangibile. Infatti il decreto consente l'introduzione di deroghe anche in merito alla fruizione del riposo giornaliero, ad opera della contrattazione collettiva, ovvero, in mancanza di questa, da parte della fonte secondaria, condizionatamente però alla sussistenza di uno tra i molti casi predeterminati dalla legge. Da ciò deriva quindi, che ogni deroga convenzionale o introdotta con D.M. alla durata minima del riposo consecutivo su di un arco mobile di 24 ore, inciderà anche sul tetto giornaliero delle 13 ore. Proprio per questo motivo, alcuni⁹¹ sostengono l'esistenza di un profilo di incostituzionalità, attinente alla violazione, da parte dei commi dal primo al terzo dell'art. 17, della riserva di legge di cui all'art. 36, co. 2, Cost., nella misura in cui attribuiscono, a soggetti diversi dal legislatore, il potere di modificare verso l'alto il tetto giornaliero di 13 ore di lavoro. Riserva di legge che deve intendersi come "assoluta" poiché impedisce al legislatore di riversare su altre fonti la funzione che la Costituzione gli attribuisce, e non come

⁸⁹ CARABELLI U. – LECCESE V., *Il D. Lgs. n. 66/2003 di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 26.

⁹⁰ DELL'OLIO M., *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, p. 377.

⁹¹ CARABELLI U. – LECCESE V., *Il D. Lgs. n. 66/2003 di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V., (a cura di) *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 28.

riserva "relativa", che, in quanto tale, ammetterebbe il rinvio a fonti diverse⁹². Infatti, laddove si versi in un'ipotesi di riserva relativa, il legislatore è tenuto comunque ad individuare almeno i principi fondamentali o generali della disciplina, non potendosi limitare ad un mero rinvio in bianco alla fonte subordinata. Anche volendo ipotizzare la possibilità di intendere la riserva in questione in senso "debole", essa solleverebbe comunque dubbi di legittimità costituzionale⁹³. Infatti, in merito ai contenuti minimi di una legge che contempli l'intervento di altri soggetti in una materia coperta da riserva (anche relativa), è evidente che, tali principi avrebbero dovuto vertere, innanzitutto, sulla determinazione del nuovo – e più ridotto - limite minimo di riposo consecutivo e, conseguentemente, del nuovo – e più elevato - tetto massimo assoluto del lavoro giornaliero; in secondo luogo, sulle ipotesi e condizioni legittimanti la deroga, cioè il passaggio da un regime generale, ad un diverso regime, meno protettivo⁹⁴.

In definitiva, il legislatore non ha considerato, nell'effettuare le sue scelte, la specifica previsione costituzionale in materia di durata giornaliera della prestazione lavorativa, ma si è dato come unico obiettivo il rispetto delle prescrizioni poste dalla direttiva, esponendo così la nuova disciplina all'inevitabile contrasto con quella previsione. Tale problema non si sarebbe posto se il legislatore delegato avesse compiuto una diversa scelta, consistente nella conservazione, o fissazione, di un autonomo ed adeguato limite all'orario giornaliero massimo assoluto, cui affiancare il diritto-dovere, per il lavoratore, al riposo minimo consecutivo su un arco temporale mobile di 24 ore.

Sono pertanto molti e noti i dubbi di legittimità costituzionale che una eventuale abrogazione "secca" del limite orario giornaliero solleva⁹⁵. Anche la

⁹² LECCESE V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 83 ss.; CARABELLI U. – LECCESE V., *Orario di lavoro: limiti legali e poteri della contrattazione collettiva*, in QDLRI, 1995, n. 17.

⁹³ DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. XIV.

⁹⁴ CARABELLI U. – LECCESE V., *Il D. Lgs. n. 66/2003 di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, ISPOA, Milano, 2004, p. 30.

⁹⁵ Il tema della compatibilità-legittimità costituzionale della abrogazione del limite orario giornaliero può essere svolto anche con riferimento a quello di teoria generale dei possibili rimedi in caso di comportamento omissivo del legislatore, v., MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1971, V, col 160 e ss.. In particolare l'illustre Autore afferma

Corte costituzionale, pronunciandosi sull'ammissibilità di una richiesta di abrogazione referendaria, ha affermato che, se da un lato, *"le leggi attraverso le quali di volta in volta si realizza la tutela del lavoro, nelle sue diverse manifestazioni, pur essendo costituzionalmente necessarie, non sono a contenuto vincolato"*, nondimeno *"esse, in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento"*⁹⁶.

II.A.7 La tesi dell'abrogazione "innominata".

Il legislatore del 2003, all'art. 19 del D. Lgs. n. 66, invece di disporre la elencazione delle leggi e dei regolamenti soppressi⁹⁷, ha optato per l'abrogazione di *"tutte le disposizioni"* preesistenti *"nella materia disciplinata dal decreto legislativo"*, eccezion fatta per quelle *"espressamente richiamate"* nel medesimo

incidentalmente che *"così a voler esemplificare fra le ipotesi di omissione da parte della legge delle modalità necessarie a precisare il come del godimento di un diritto, si può richiamare il secondo comma dell'art. 36 Cost. che affida ad essa la determinazione della durata massima della giornata lavorativa, non sembrando dubbia l'incostituzionalità della mancata disciplina di un diritto, quale quello menzionato, attinente ai supremi valori della personalità e dignità del lavoratore e, conseguentemente il potere del giudice di effettuarla nei singoli casi sulla base di criteri non diversi, per quanto riguarda l'iter da seguire, da quelli che si sono visti invocabili per stabilire il salario sufficiente"*. Ora, la possibilità, che, *in extremis rebus*, e cioè nell'ipotesi di colpevole disinteresse del legislatore, sia il giudice a determinare la durata massima della giornata lavorativa, mediante richiamo al contratto collettivo, non sembra argomento capace di giustificare sotto il profilo teorico e della legittimità costituzionale una legge che abrogasse la previsione del limite orario giornaliero. Questo perché, a meno di forzati contorsionismi, il passo dalla illegittimità costituzionale della mancata disciplina di un diritto alla illegittimità costituzionale della legge che quel diritto semplicemente ed irrimediabilmente si limita ad abrogare, appare, oggettivamente, breve.

⁹⁶ Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 49, che ha dichiarato *"inammissibile, in quanto avente ad oggetto disposizioni costituzionalmente necessarie, la richiesta di referendum abrogativo della L. 18 dicembre 1973, n. 877"*. Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di inabrogabilità a mezzo di referendum popolare, non soltanto delle leggi *"a contenuto costituzionalmente vincolato"*, ma anche di quelle c.d. *"costituzionalmente necessarie"*, in base al principio della (ritenuta) scongiurabile *"disattuazione attiva della Carta"* che si configura in caso di abrogazione, con conseguente interdizione della *"caducazione non sostitutiva"* delle stesse, vedi le notazioni fortemente critiche di CARNEVALE P., *Inabrogabilità di leggi "costituzionalmente obbligatorie" ed inammissibilità di referendum "puramente" abrogativi: ancora una "svolta" nella giurisprudenza costituzionale referendaria*, in *Giur. Cost.*, 1987, pp. 309 ss.

⁹⁷ Soluzione adottata in una delle precedenti versioni dello schema di decreto. Mentre la scelta finale, vedi LECCESE V., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro (d. lgs. n. 66/2003)*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Bari, 2004, pp. 189 e ss. e p. 195, si spiega perché *"da un tale elenco sarebbe potuta sfuggire qualcuna delle tante disposizioni in materia"*.

decreto. E' così ricorso all'abrogazione c.d. "innominata"⁹⁸ che, come tale, "in sé non vale come abrogazione, né espressa né tacita" ma è "anzitutto un atto di pigrizia del legislatore"⁹⁹, e, ancor più, con l'aggravante della inutilità¹⁰⁰.

L'uso piuttosto diffuso da parte del legislatore di formule abrogative generiche¹⁰¹, come nel caso di specie, non consente di identificare automaticamente le singole norme oggetto di abrogazione e, conseguentemente, è necessaria la mediazione interpretativa del giudice. Inoltre non incide sul grado di discrezionalità della valutazione di compatibilità di leggi successive che il giudice è chiamato ad operare.

Quindi, le leggi che dispongono l'abrogazione innominata, pur avendo l'apparenza di una abrogazione espressa, producono gli stessi effetti dell'abrogazione tacita.

II.A.8 Il riposo giornaliero.

L'art. 7 del D. Lgs. n. 66 introduce per la prima volta nel nostro ordinamento il principio per cui "il lavoratore ha diritto a 11 ore di riposo consecutivo ogni 24 ore". Quindi, i principi sanciti da tale articolo sono almeno due: il primo, che sancisce che il lavoratore ha diritto a 11 ore di riposo ogni 24

⁹⁸ GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA G. e ZATTI P., Milano, 1993, p. 299; CARNEVALE P., *Riflessioni sul problema dei vincoli all'abrogazione futura: il caso delle leggi contenenti clausole di "sola abrogazione espressa" nella più recente prassi legislativa*, in *Dir. e Soc.*, 1998, p. 416. L'espressione "abrogazione innominata" è relativamente recente, risale a RESCIGNO G.U., *Note preliminari sulle principali manchevolezze nella tecnica legislativa*, in AA. VV., *Fattibilità e applicabilità delle leggi*, Rimini, 1983, p. 152. Di questa tipologia di abrogazione si hanno anche esempi risalenti nel tempo, v. SAREDO G., (voce) *Abrogazione delle leggi (dir. pubbl. interno)*, in *Digesto it.*, Vol. I, 1884, p. 128, nn. 46-50.

⁹⁹ GIANNINI M.S., *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in *Annali Fac. Giur., Univ. Perugia*, Padova, 1942, p. nota 23. Non si può escludere che l'uso della tecnica dell'abrogazione innominata si spieghi, più che per un atto di pigrizia, proprio per la incapacità politica del legislatore storico, stante l'ingombrante presenza dell'art. 36, co. 2, Cost., di dire a chiare lettere che è stato abrogato il limite giornaliero di durata della prestazione lavorativa. In tal senso, dovremmo parlare di un atto di irrisolutezza, e quindi debolezza, del legislatore, che nel dubbio, tenta di aggirare, o addirittura rimuovere, il problema, forse nella convinzione che una soluzione prima o poi verrà dall'esito del contenzioso giudiziario.

¹⁰⁰ QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA A. - BRANCA G., Art. 10-15 Dispos. sulla legge in generale, Bologna-Roma, 1974, p. 180; CELOTTO A., *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto*, 3^a ed., Torino, 2000, p. 180.

¹⁰¹ CELOTTO A., *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie*, op. cit., pp. 180 ss.;

ore, il secondo, non meno importante, che stabilisce che il riposo deve essere fruito in modo consecutivo¹⁰².

La differenza lessicale riscontrabile tra la questa previsione e l'art. 3 della direttiva comunitaria (il quale prevede che il lavoratore debba beneficiare, "*nel corso di ogni periodo di 24 ore, di un periodo minimo di riposo di 11 ore consecutive*") è irrilevante, ai fini dell'individuazione del precetto e della verifica, in concreto, delle condizioni necessarie affinché il medesimo sia rispettato. Alla luce di entrambe le formulazioni è infatti necessario che, da qualsiasi momento si inizi a conteggiare le 24 ore (le quali costituiscono un arco temporale mobile e non fisso), sia riscontrabile: a) un lasso temporale di riposo pari a 11 ore, le quali b) siano godute in modo consecutivo¹⁰³. Conseguentemente, il mancato rispetto -anche solo di una delle due condizioni previste dall'art. 7- determina l'applicazione di sanzioni amministrative (art. 18-bis, co. 4, D. Lgs. n. 66, introdotto dall'art. 1, lett. f), D. Lgs. n. 213/2004).

Il riposo in questione, peraltro, può essere concesso anche in modo non consecutivo per "*le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata*". Tale deroga al principio della consecutività è ammessa dalla direttiva n. 104, la quale si riferisce "*al personale addetto alle attività di pulizia*" (art. 17, par. 2.3, lett. B, dir. n. 104/93; ora art. 17, par. 4, lett. B, dir. n. 88/2003). La norma, quindi, consente il frazionamento del riposo, solo dove il corrispondente frazionamento della prestazione lavorativa sia dovuto alle caratteristiche dell'attività svolta, cioè in presenza di "*specifiche ragioni intrinseche o strutturali*" della medesima attività, che lo rendano necessario¹⁰⁴.

¹⁰² SPOLVERATO G., *Commento all'art. 7*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 2004, p. 237

¹⁰³ Si pensi, ad es., ad un lavoratore che abbia prestato il proprio lavoro secondo il seguente orario: domenica, riposo settimanale; lunedì: dalle ore 11:00 alle ore 19:00; martedì: dalle ore 5:00 alle ore 13:00. Ebbene, se il rispetto delle condizioni previste dalla norma fosse valutato e verificato solo all'interno delle singole giornate di calendario, si dovrebbe concludere che, nell'esempio dato, la norma è stata rispettata, sia il lunedì (godimento di 11 ore di riposo consecutivo dalle 0:00 alle 11:00), sia il martedì (dopo le 13:00). Al contrario, la norma risulta violata se si osserva ogni lasso temporale di 24 ore, anche se non coincidente con la giornata di calendario: infatti, tra le ore 19:00 del lunedì e le ore 5:00 del martedì risultano effettuate solo 10 ore di riposo consecutivo.

¹⁰⁴ Vedi *CONFINDUSTRIA, nota del 2 luglio 2003*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, p. 2599 ss., quesito n. 32 (ove si esclude che la condizione richiesta dalla norma sia soddisfatta mediante la mera adozione di un orario spezzato, salvo che essa non sia appunto resa necessaria dalle particolari caratteristiche dell'attività); SPOLVERATO G., *Commento all'art. 7*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 2004, p. 243 ss.; SPINELLI C., *Il riposo giornaliero e la durata massima della giornata*

Le disposizioni dell'art. 7, inoltre, possono essere derogate "mediante contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale tra le organizzazioni sindacali più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro o, conformemente alle regole fissate nelle medesime intese, mediante contratti collettivi o accordi conclusi al secondo livello di contrattazione". In questa ipotesi, quindi, il rinvio legale è riferito ad una contrattazione collettiva selezionata in modo specifico, anche con riferimento al livello competente¹⁰⁵. Dal punto di vista causale, quindi, la facoltà di delega riconosciuta ai contratti collettivi risulta incondizionata, nel senso che essa non è limitata dall'individuazione legislativa di presupposti oggettivi. Ampio è poi il possibile oggetto della deroga, poiché essa può riguardare, alternativamente o cumulativamente, il principio della consecutività del riposo, nonché la durata del riposo stesso.

L'intervento negoziale è invece sottoposto ad un diverso limite, consistente nel fatto che "ai prestatori di lavoro siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo, o in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata" (art. 17, co. 4, D. Lgs. n. 66). Con tale formulazione, il legislatore nazionale non ha introdotto alcuna specificazione in merito alle concrete modalità di godimento del riposo compensativo, ai casi eccezionali che legittimano una deroga rispetto a questa tutela e alle garanzie che devono -comunque- essere assicurate. Conseguentemente, ove i contratti collettivi provvedano a sfruttare la possibilità di deroga offerta dalla norma, bisognerà valutare -caso per caso- se le concrete modalità di godimento dei riposi siano adeguate rispetto alle finalità di tutela della salute, perseguite sia dalla disciplina comunitaria, sia della legislazione interna, che ne costituisce attuazione¹⁰⁶.

lavorativa, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 300 ss.

¹⁰⁵ LECCESE V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d. Lgs. n. 66/2003, come modificato dal d. Lgs. n. 213/2004, I working papers del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", n. 40/2006*, consultabile sul sito internet www.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione, p. 50.

¹⁰⁶ LECCESE V., *Commento all'art. 7*, in Napoli M., *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, n. 6, 2004, p. 1324.

Comunque, in ogni caso, la descritta valutazione deve tenere conto di quanto affermato in proposito dalla Corte di Giustizia Europea secondo cui, affinché sia rispettato l'obiettivo della direttiva n. 104, i riposi compensativi devono, in primo luogo, sottrarre il lavoratore ad ogni obbligo nei confronti del datore, in modo tale da consentirgli di *"dedicarsi, liberamente, e senza interruzioni, ai suoi propri interessi al fine di neutralizzare gli effetti del lavoro sulla sicurezza e la salute dell'interessato"*; inoltre *"devono essere immediatamente successivi all'orario di lavoro che sono intesi a compensare, al fine di evitare uno stato di fatica o sovraccarico del lavoratore dovuti all'accumulo di periodo di lavoro consecutivi"*. Perciò l'eventuale riduzione del riposo deve essere compensata con riposi *"costituiti da un numero di ore consecutive corrispondenti alla riduzione praticata e di cui il lavoratore deve beneficiare prima di cominciare il periodo lavorativo seguente"*. Solo quando la concessione di equivalenti periodi di riposo compensativo non sia possibile per ragioni oggettive e, quindi, in circostanze del tutto eccezionali, la direttiva consente un'ulteriore riduzione della tutela, prescrivendo, comunque, che al lavoratore sia concessa *"una protezione appropriata"*¹⁰⁷.

Si deve evidenziare che l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia deve essere tenuta in conto dal giudice nazionale, in quanto tale interpretazione ha carattere integrativo del diritto comunitario, come si desume dall'art. 234 del Trattato istitutivo CEE, che attribuisce alla Corte medesima il compito di assicurare l'applicazione del diritto comunitario medesimo in modo uniforme presso tutti gli Stati membri¹⁰⁸.

Dubbi, tuttavia, sorgono in merito all'individuazione di un ragionevole periodo entro il quale deve essere fruito tale riposo equivalente, vale dire su che cosa si debba intendere per periodo immediatamente successivo, secondo la

¹⁰⁷ CGCE, 9 settembre 2003, (causa 151/03, *Landeshauptstadt Kiel c. Norbert Jaeger*), in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, 3.

¹⁰⁸ L'obbligo da parte del giudice nazionale di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'interpretazione del diritto comunitario può essere oggi fondato, anche in diritto interno, sul disposto dell'art. 117, co. 1, Cost., secondo cui lo Stato e le regioni sono soggette al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Il fatto che il legislatore della revisione costituzionale del 2001 abbia utilizzato l'espressione *"ordinamento comunitario"*, senza specifico riferimento ad una particolare fonte del diritto comunitario, autorizza l'interprete a far rientrare, entro la previsione costituzionale, anche le sentenze della Corte di Giustizia le quali, proprio in virtù del Trattato, costituiscono parte dell'ordinamento della Comunità europea. Sul punto v. PIZZETTI F. G., *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003, pp. 233 ss.; *Corte cost.*, 23 aprile 1985, n. 113; *Corte cost.*, 18 aprile 1991, n. 168.

giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si deve rilevare che, in proposito, era stata avanzata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio una proposta recante modifiche alla direttiva 2003/88/CE, che prevedeva, nei casi di deroga alla disciplina dettata in materia di riposo giornaliero, di concedere ai lavoratori equivalenti periodi di riposo compensativo, entro un limite ragionevole, non superiore a 72 ore¹⁰⁹. Tale proposta rappresenta un tentativo di circoscrivere i tempi di fruizione del riposo equivalente al fine di tutelare la salute del lavoratore. Tuttavia, la procedura di codecisione, avviata il 22 settembre 2004, ad oggi risulta essere sospesa dopo l'ultima discussione avvenuta in Consiglio in data 7 novembre 2006.

La tutela dell'art. 7 non si applica, inoltre, sia pure *"nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute, 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 di dirigenti, di personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; di manodopera familiare; di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose; di prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio o di tele-lavoro"* (art. 17, co. 5).

Con riferimento a tale previsione, bisogna precisare che il decreto, come la direttiva n. 104, non richiede espressamente la fissazione di equivalenti periodi di riposo compensativo, come è invece previsto per altre ipotesi derogatorie, ma si limita a stabilire che le deroghe *"operino nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori"*. Con riguardo, invece, alla previsione comunitaria, essa, anche se generica, non può essere intesa come un semplice richiamo ai principi già presenti nella direttiva n. 391/1989, ma sembra, piuttosto, confermare che lo Stato membro non possa ricorrere, nell'esercizio della facoltà di deroga prevista dall'art. 17, par. 1, direttiva n. 104, ad una esclusione totale dei suddetti lavoratori dalla specifica tutela in materia di orario¹¹⁰.

¹⁰⁹ Vedi l'art. 1, par. 4, della proposta di direttiva 2004/0209 (COD) del Parlamento Europeo e del Consiglio.

¹¹⁰ Vedi le Conclusioni della Relazione della Commissione del 1° dicembre 2000, sullo stato di applicazione della direttiva (COM(2000) 787 def.), ove sembra attribuirsi rilievo al fatto che l'art. 17, par. 1, dir. n. 104/1993,

Un'ulteriore esclusione dall'applicazione dell'art. 7 riguarda i lavoratori mobili, sia pure nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute (art. 17, co. 6 D. Lgs. n. 66, il quale esclude tali lavoratori anche dalle tutele di cui agli artt. 8, 9 e 13)¹¹¹.

In sostanza, la funzione del limite previsto dall'art. 7 consiste nel garantire che, in caso di ricorso a moduli di orario a turni caratterizzati dalla collocazione variabile della prestazione¹¹² in diversi momenti di più giornate successive, al lavoratore sia garantito un adeguato intervallo di riposo compensativo tra una prestazione e l'altra, sia pure nell'arco mobile di 24 ore. L'obiettivo è quindi quello di evitare che due prestazioni contigue, anche se contenute, risultino così ravvicinate da impedire comunque al lavoratore di reintegrare le proprie energie. Obiettivo, pertanto, diverso rispetto a quello tipico di una disposizione che fissi, in attuazione della riserva di legge contenuta nell'art. 36, co. 2, Cost., la durata massima giornaliera della prestazione lavorativa, consistente nell'evitare che l'eccessivo prolungamento dell'orario di lavoro nella singola giornata possa costituire un fattore di rischio per il lavoratore e, quindi, nel prevenire il danno alla salute che potrebbe derivarne¹¹³.

Il limite di durata giornaliero è volto quindi direttamente a tutelare l'integrità psicofisica del lavoratore interessato, dei suoi colleghi e dei soggetti terzi che interagiscono con il medesimo e ad impedire che nell'arco della giornata lavorativa venga addossato al prestatore un eccessivo carico di lavoro dannoso per la sua salute, nonché, di fatto e indirettamente, a consentire il recupero delle energie psicofisiche; per converso, il limite previsto nell'art. 7, che possiamo definire *distanziale*, mira in modo del tutto reciproco rispetto al primo, ad assicurare direttamente che tra due prestazioni intercorra un intervallo sufficiente a consentire al lavoratore un'adeguata ricarica psico-fisiologica, ma

a differenza dell'art. 1, par. 3, della medesima direttiva e dell'art. 2, par. 2, dir. n. 391/1989, configuri un'ipotesi derogatoria e non una mera esclusione.

¹¹¹ Per i lavoratori mobili dipendenti da aziende autoferrotranviarie continuano a trovare applicazione, ai sensi dello stesso art. 17, co. 6, le disposizioni del R.D.L. n. 2328/1923 e della legge n. 138/1958, il cui perdurante vigore è sancito dall'art. 19, co. 3, del D. Lgs. n. 66, sia pure nei limiti e alle condizioni nello stesso previste. Vedi CASOLA M., *Il settore autoferrotranviario*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana in attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 603.

¹¹² DELL'OLIO M., *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1988, p. 377.

¹¹³ LECCESE V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, p. 215 ss.

anche di fatto e indirettamente, e a condizione che la sua durata sia sufficientemente lunga, ad impedire l'eccessivo carico giornaliero di lavoro¹¹⁴.

La distinzione funzionale tra queste due tipologie di limiti è evidente, così come è chiaro che la seconda, pur indirizzandosi verso il medesimo fine protettivo sottostante all'art. 36, co. 2, Cost., coglie un profilo di rischio diverso da quello considerato dalla disposizione costituzionale, soddisfacendo in tale modo esigenze che non esauriscono quelle poste alla base di quest'ultima.

Le disposizioni di cui agli artt. 7 e 17, co. 1, del D. Lgs. n. 66/2003, si pongono quindi in contrasto con l'art. 32 Cost., in quanto, non fissando un tetto massimo di durata giornaliera, potrebbero legittimare, e di fatto legittimano, la contrattazione collettiva a prevedere una deroga al riposo giornaliero, che, contro ogni ragionevolezza, potrebbe ledere il diritto alla integrità psicofisica del lavoratore, che, con felice intuizione, è l'unico che il costituente ha espressamente qualificato come diritto "*fondamentale*" dell'individuo.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui un contratto collettivo stabilisca, in deroga alla disciplina di legge, che il riposo giornaliero minimo debba essere di 7 ore anziché di 11¹¹⁵. In tal modo il datore di lavoro potrebbe richiedere al lavoratore una prestazione giornaliera pari a 17 ore (in realtà 16 ore e 50 minuti) –pur nel rispetto dell'art. 4, D. Lgs. n. 66/2003, relativo alla durata massima settimanale dell'orario di lavoro–, esponendo quest'ultimo ad una eccessiva concentrazione di lavoro in un periodo di tempo relativamente breve e privandolo, di fatto, della possibilità di un adeguato recupero delle energie psicofisiche spese. Senza contare il rischio di infortuni che si prospetterebbe, non solo per il lavoratore interessato, ma anche per i terzi che con quest'ultimo operano. In questo senso la disciplina sul riposo giornaliero si porrebbe in contrasto, altresì, con l'art. 41, co. 2, Cost., secondo il quale l'attività di impresa privata non può svolgersi in modo da arrecare danno alla sicurezza e alla dignità umana.

¹¹⁴ CARABELLI U. – LECCESE V., *Il D. Lgs. n. 66/2003 di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 23

¹¹⁵ Ipotesi verificatasi in concreto, vedi sentenza del Tribunale di Saluzzo, Sez. Lavoro 3 aprile 2007, n. 28

L'ulteriore previsione legislativa della soglia invalicabile di 48 ore settimanali, di cui all'art. 4, D. Lgs. n. 66/2003, non rappresenta una tutela in senso assoluto del diritto alla salute del lavoratore, in quanto tale soglia deve essere raggiunta in media in un arco temporale che può essere incrementato dalla contrattazione collettiva fino addirittura ad arrivare a 12 mesi. Pertanto, riportandoci all'esempio sopra enunciato, nell'ipotesi di un contratto collettivo che preveda un riposo minimo giornaliero pari a 7 ore, e un arco temporale di 6 mesi entro il quale calcolare le 48 ore di media settimanale, un datore di lavoro potrebbe – teoricamente – far lavorare un prestatore 6 giorni alla settimana per un mese anche 16 (16 ore e 50 minuti) ore al giorno, fino al raggiungimento della soglia di 96 (101 ore) ore alla settimana per 12 settimane, lasciando poi il lavoratore a riposo per le settimane rimanenti, senza incorrere in alcuna violazione di legge¹¹⁶. Una simile previsione pur essendo conforme al dettato legislativo e contrattuale non potrebbe che avere effetti negativi sulla salute del lavoratore, impedendo un reale recupero delle energie psicofisiche.

Inoltre le disposizioni sopra citate si potrebbero considerare in contrasto anche con l'art. 36, co. 2, Cost., laddove la dottrina dominante sostiene che tale previsione costituzionale (relativa alla durata massima lavorativa giornaliera) introduce una "*riserva assoluta di legge*"¹¹⁷. Pertanto, l'ipotesi della riserva assoluta impedirebbe al legislatore di consentire ad altre fonti di intervenire a dettare una disciplina che la Costituzione attribuisce solo ed esclusivamente alla legge.

Ma quand'anche si ritenesse che la previsione costituzionale da ultimo richiamata preveda solamente una "*riserva relativa di legge*" si deve rilevare

¹¹⁶ In realtà di questa problematica sembra essersi accorto solamente il Ministero del Lavoro che, con Circolare n. 8/2005, ha precisato che l'arco temporale, entro il quale calcolare le 48 ore medie settimanali, deve intendersi come termine mobile, per cui per il calcolo del periodo di riferimento si deve procedere ad un calcolo a ritroso a partire dalla data dell'accesso ispettivo. Vedi anche LELLA G., *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in LECCESE V (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 563 ss.

¹¹⁷ Si veda in proposito LECCESE V., *L'orario di lavoro. La disciplina legale dell'orario di lavoro ed il ruolo della contrattazione collettiva*, in *Leggi e lavoro*, (a cura di) CARINCI F., Milano, 2004, p. 44 e ss. e 53 e ss.; DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro*, in *Diritto e Pratica del lavoro*, 22/2003, inserto, XIV; GAROFALO D., *Il D. Lgs. n. 66/2003 sull'orario di lavoro e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2003, p. 997. Contra vedi TIRABOSCHI M. – RUSSO A., *Prime osservazioni sull'attuazione delle direttiva n. 93/104/Ce*, in *Guida Lav.*, 2003, n. 17, p. 10; TARTAGLIONE L., *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, p. 419.

innanzitutto che, anche secondo questa interpretazione, il legislatore dovrebbe comunque individuare, quantomeno, i principi fondamentali o generali della disciplina cui eventuali altre fonti si dovrebbero attenere, in maniera da ridurre la discrezionalità di quanti siano chiamati ad intervenire sui profili rientranti nella materia ricoperta da riserva, non potendosi limitare ad un mero rinvio in bianco alla fonte subordinata.

Inoltre, sembra corretto ritenere che la legge non potrebbe comunque delegare la disciplina in materia di durata massima della giornata lavorativa alla contrattazione collettiva di diritto comune, che non può annoverarsi tra le fonti del diritto in senso proprio¹¹⁸.

Sul punto non si può neppure obiettare che la direttiva comunitaria attribuisca espressamente alla contrattazione collettiva la possibilità di introdurre deroghe, in quanto queste ultime si riferiscono alla durata del riposo giornaliero e non anche alla durata massima dell'attività lavorativa giornaliera che, in nessun caso, può essere stabilita, alla luce di quanto detto, dai contratti collettivi, ma deve essere fissata dalla legge. Per quanto sopra esposto, è solamente la legge che dovrebbe indicare, accanto alla durata del riposo giornaliero, anche la durata massima della giornata lavorativa, che rappresenta nel contempo il limite minimo del riposo giornaliero. Di conseguenza, la deroga contrattuale del riposo giornaliero non potrà mai superare "a contrariis" il limite massimo stabilito dal legislatore per la durata giornaliera.

Appare, infatti, troppo semplicistico considerare il limite massimo giornaliero dell'orario normale di lavoro come risultante per differenza dal totale delle ore giornaliere (24) dedotto il riposo giornaliero minimo (11) e quindi 13 ore. In primo luogo, perché tale riposo è appunto un riposo minimo, per cui potrebbe essere anche superiore, e poi perché se è vero che tale riposo è minimo, non è detto che non possa essere fissato un massimo di orario

¹¹⁸ Fonti del diritto in senso proprio potrebbero considerarsi solamente i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali registrate ai sensi dell'art. 39 Cost., attesa l'efficacia *erga omnes* riconosciuta a questi ultimi contratti dalla stessa disposizione costituzionale. Tale normativa, tuttavia, non ha trovato attuazione con la conseguenza di attribuire ai contratti collettivi di diritto comune l'efficacia limitata ai datori di lavoro che aderiscono al contratto collettivo nazionale medesimo.

giornaliero normale inferiore, diverso da quello risultante dall'operazione di sottrazione.

Naturalmente, tale problema non si sarebbe posto se il legislatore avesse compiuto una scelta diversa, e costituzionalmente orientata, consistente in un autonomo e adeguato limite orario giornaliero massimo assoluto, cui affiancare il diritto al riposo minimo su un arco temporale mobile di 24 ore.

Inoltre, come già sottolineato, l'abrogazione (anche se innominata) del limite orario giornaliero, realizzerebbe un significativo arretramento del livello generale di protezione dei lavoratori garantito, invece, dalle previgenti disposizioni di legge e in contrasto con la clausola di *non regresso* prevista nella normativa comunitaria.

II.A.9 Le pause.

L'art. 8 del D. Lgs. N. 66/2003 introduce per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina delle pause giornaliere. Nel previgente contesto normativo, il nostro legislatore si era occupato di pause giornaliere esclusivamente per individuare i tempi non computabili come orario di lavoro "effettivo", ai fini del superamento dei limiti di durata massima (fatta eccezione per alcune specifiche norme adottate per particolari categorie di lavoratori, per ragioni di sicurezza, in relazione all'attività svolta, come ad es. minori e addetti ai videoterminali). La disciplina dei riposi era, dunque, dettata dalle disposizioni dei contratti collettivi, che, in quanto prive di efficacia *erga omnes* nel nostro ordinamento, non potevano costituire un idoneo strumento di trasposizione della direttiva. A questa lacuna ha posto rimedio il suddetto articolo, che ha introdotto, per la prima volta, una disposizione generale sulle pause, che prevede che i lavoratori, il cui orario giornaliero superi il limite di sei ore, devono beneficiare di un intervallo di pausa.

Atteso che la collocazione della pausa rientra indubbiamente nel potere del datore di lavoro di distribuire unilateralmente il tempo della prestazione, che si iscrive nella sfera delle sue prerogative, questa disposizione introduce un limite legale al suo esercizio, come del resto, in quanto norma posta a tutela della

salute, lo introduce rispetto al potere negoziale delle parti. Di conseguenza, una pattuizione individuale, con la quale il lavoratore acconsentisse ad un'esecuzione ininterrotta della prestazione eccedente le sei ore giornaliere, sarebbe radicalmente nulla per violazione di norma imperativa. Allo stesso modo sarebbe nulla una clausola del contratto collettivo che escludesse la previsione di una pausa durante lo svolgimento di un'attività lavorativa giornaliera di durata superiore a sei ore, considerato che il rinvio legale all'autonomia collettiva concerne unicamente la determinazione della durata e le modalità di fruizione della pausa. Solo in mancanza di disposizioni della contrattazione collettiva interviene la previsione legale che prevede un intervallo non inferiore a 10 minuti. Esso non può essere sostituito da compensazioni economiche. Devono dunque ritenersi superate dalle disposizioni di legge, quelle pattuizioni collettive o individuali che prevedono al posto della pausa la sola compensazione economica.

Per quanto riguarda la collocazione, l'eventuale "concentrazione" della pausa all'inizio o alla fine della giornata lavorativa, che determina, in sostanza, una riduzione dell'orario di lavoro, è considerata lecita dalla circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 8/2005, come disciplina derogatoria, ex art. 17, co. 1 e per il legittimo esercizio della quale è necessario accordare ai lavoratori degli equivalenti periodi di riposo compensativo o, comunque, assicurare una appropriata protezione.

Come afferma la suddetta circolare "le funzioni per le quali è previsto il diritto alla pausa sono individuate nell'esigenza di consentire il recupero delle energie, nell'eventuale consumazione del pasto e nell'attenuazione del lavoro ripetitivo e monotono". Tuttavia, la dottrina maggioritaria ritiene che la collocazione a ridosso dell'inizio o della fine della prestazione lavorativa, debba ritenersi illegittima, non essendo compatibile con la *ratio* dell'istituto, e nemmeno con la lettera della norma, dal momento che non vi sarebbe più un "intervallo" nello svolgimento della prestazione, cioè una sua temporanea interruzione seguita da una ripresa dell'attività lavorativa¹¹⁹.

¹¹⁹ SPINELLI C., *La disciplina delle pause*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 330.

In sintonia con quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'esercizio dei poteri del datore di lavoro deve essere orientato al rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede, onde circoscriverne l'ambito di discrezionalità (*Cass. 26 maggio 2003, n. 8350, in Mass. Giust. Civ., 2003, 5; Cass. 5 agosto 2003, n. 11821, in Mass. Giust. Civ., 2003, 7-8*), le determinazioni unilaterali con cui il datore di lavoro stabilisce la collocazione temporale e le modalità di fruizione delle pause sono sindacabili da parte del giudice ordinario con riferimento all'eventuale violazione di quegli obblighi.

Inoltre, la circolare ministeriale n. 8/2005 richiama il regime delle pause per particolari attività. In particolare essa prevede che i lavoratori che utilizzino un'attrezzatura munita di videoterminali in modo sistematico o abituale, per venti ore settimanali, hanno diritto, qualora svolgano tale attività per almeno quattro ore consecutive, ad una pausa stabilita, nelle modalità, dalla contrattazione collettiva. Qualora quest'ultima nulla disponga, i lavoratori hanno diritto a 15 minuti di pausa ogni 120 minuti di applicazione continuativa al videoterminale, senza possibilità di cumulo all'inizio e al termine dell'orario di lavoro. Il tempo di pausa, in questo caso, è considerato come orario di lavoro. Il periodo di pausa di cui all'art. 8 è assorbito da quello appena indicato quando quest'ultimo comporti una interruzione dell'attività lavorativa e non consista in un cambiamento della stessa.

Modifiche al regime delle pause per lavoratori addetti a videoterminali sono state introdotte con l'approvazione del recente T.U. in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (D. Lgs n. 81 del 2008), in particolare all'art. 173 si definisce quale lavoratore addetto ai VDT *"il lavoratore che utilizza un'attrezzatura munita di videoterminali, in modo sistematico o abituale, per venti ore settimanali, dedotte le interruzioni ex articolo 175..."*.

La nuova formulazione presenta due novità: la prima consiste nell'alternatività della presenza dei requisiti di sistematicità e di abitualità; la seconda è la soppressione del doppio limite, giornaliero e settimanale, sostituito con il solo limite settimanale di 20 ore.

Permane quindi il diritto per il lavoratore ad una interruzione della sua attività mediante pause (15 minuti ogni 120 minuti di lavoro) o cambiamento di attività. Le pause sono considerate a tutti gli effetti parte integrante dell'orario di lavoro e, come tale, non sono riassorbibili all'interno di accordi che prevedono la riduzione dell'orario complessivo di lavoro.

B) – La durata dell'orario settimanale

II.B.1 La durata normale dell'orario di lavoro e la sua distribuzione "multiperiodale".

L'art. 3 del D. Lgs. n. 66/2003, rubricato "orario normale di lavoro", stabilisce che "l'orario normale di lavoro è fissato in 40 ore settimanali" e che "i contratti collettivi di lavoro possono stabilire, ai fini contrattuali, una durata minore e riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno". L'orario normale rappresenta, quindi, la misura dell'estensione temporale ordinaria della prestazione lavorativa, e, di conseguenza, il limite temporale oltre il quale le prestazioni cessano di essere "ordinarie" e divengono "straordinarie"¹²⁰. Di solito, perciò, quando si parla di orario normale, ci si riferisce all'orario collettivo osservato presso un'impresa. Tuttavia, è evidente che l'orario normale, così inteso, non è che la risultante degli orari di lavoro praticati (e dovuti) da ciascun lavoratore singolarmente considerato, intesi come comprensivi, per quanto detto, dei periodi di mera disponibilità delle energie lavorative.

La formulazione dell'art. 3 non è tuttavia nuova, ma riproduce il primo periodo dell'art. 13 della legge n. 196/1997, ribadendo quindi l'esistenza, nell'ordinamento giuridico italiano, di un "orario normale"¹²¹. Proprio il legame del decreto n. 66 del 2003 con la direttiva comunitaria ha indotto alcuni ad evidenziare che la norma comunitaria, al contrario di quella nazionale, non prevede alcun vincolo all'orario normale, avendo stabilito solo un limite

¹²⁰ DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. IX..

¹²¹ BAVARO V., *Commento agli artt. 3 e 4*, in NAPOLI M., *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, n. 6, 2004, p. 1290.

complessivo¹²². Ciò però non è vero perché, se così fosse, la direttiva stessa non avrebbe specificato che tale ammontare di orario non deve superare le 48 ore, comprese le ore di lavoro straordinario¹²³, riconoscendone in tal modo l'esistenza. Ebbene, se esiste un orario straordinario, deve esistere un orario ordinario, cioè "normale".

L'orario normale, a sua volta, non deve essere confuso con l'orario massimo. L'art. 1 del R.D.L. n. 692 del 1923 stabiliva un "orario normale massimo", a differenza dell'art. 13 della legge n. 196/1997 e dell'art. 3 del D. Lgs. n. 66/2003, che regolano l'orario normale, senz'altra aggettivazione. La dottrina¹²⁴ e la giurisprudenza¹²⁵ sono state pressoché unanimi nel ritenere che tra le due nozioni non sussista alcuna differenza suscettibile di una qualche rilevanza pratica, e che, di conseguenza, il limite delle 40 ore settimanali, introdotto dalla legge n. 196/1997 e confermato dal D. lgs n. 66/2003, abbia semplicemente sostituito quello delle 48 ore previsto dall'art. 1, co. 1, R.D.L. n. 692¹²⁶.

Innanzitutto deve escludersi che l'orario menzionato dal c.c. agli artt. 2107 e 2108 possa essere identificato con la durata della prestazione prevista nel contratto individuale, cassandosi in tal modo la connotazione eminentemente collettiva del concetto¹²⁷. Infatti, la valenza collettiva dell'orario normale fa sì che la fonte di regolamentazione non possa essere determinata dall'autonomia individuale, ma che rinvii alle fonti, sia legali sia collettive. In tale prospettiva, quale che sia la fonte di riferimento, la *normalità* indica "la misura della prestazione ordinariamente richiesta al lavoratore", come previsto dalla generale regola della determinazione dell'oggetto del contratto¹²⁸. La normalità dell'orario,

¹²² DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. X, il quale sostiene che la direttiva comunitaria non distingue l'orario straordinario da quello normale.

¹²³ Vedi l'art. 6, n. 2 della direttiva n. 104 del 1993.

¹²⁴ ALLAMPRESE A., *Riduzione e flessibilità dell'orario di lavoro*, in *DLRI*, 2001, p. 110; BELLOMO S., *Il rapporto tra legge e autonomia collettiva nella giurisprudenza in tema di orario di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, p. 112.

¹²⁵ *Cass. 4 dicembre 2000, n. 15419*, in *LG*, 2001, p. 431; *Cass. 16 gennaio 2001, n. 512* e *Cass. 22 gennaio 2001, n. 857*, in *Rep. Giur. Lav.*, luglio 2000 – giugno 2001, p. 181.

¹²⁶ CORSO I., *Commento all'art. 3*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 2004, pp. 136-137.

¹²⁷ ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, II, Milano, 2003, p. 378.

¹²⁸ FERRANTE V., *Nuova disciplina dell'orari di lavoro*, in *Nuove leggi civ.*, Cedam, Padova, 1998, p. 1313. In senso contrario, ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, II, Milano, 2003, p. 367, il quale contesta tale affermazione

quindi, concorre a determinare il contenuto dell'obbligazione contrattuale di lavoro subordinato, determinando la durata oltre la quale la prestazione di lavoro non sarebbe esigibile, non tanto per vincoli legati alla tutela della salute, quanto per vincoli legati all'oggetto del contratto. Conseguentemente, l'esigibilità oltre l'orario normale non è esclusa in modo assoluto, ma è eccezionale e, quindi, "non normale", tanto che l'ordinamento giuridico ne regola l'esercizio (del lavoro straordinario) distintamente rispetto all'orario normale¹²⁹. Inoltre, bisogna riconoscere che la legge, attraverso la normalità, pone un vincolo insuperabile alla libertà negoziale (8 ore giornaliere ieri, 40 settimanali oggi). Dunque, se la normalità è "l'essere secondo la norma"¹³⁰, esso rappresenta la dimensione oggettiva del tempo di lavoro obbligato, ai sensi dell'art. 3, co. 1, D. Lgs. n. 66/2003, secondo cui l'orario costitutivo dell'obbligazione temporale di lavoro subordinato è pari a 40 ore settimanali, in quanto orario normale.

Come abbiamo visto, l'art. 3, co. 1 del D. Lgs. n. 66/2003, ripetendo la disposizione dell'art. 13, co. 1, del "Pacchetto Treu", fissa "l'orario normale" in 40 ore settimanali. Poiché tale norma parla specificatamente di "ore settimanali", si deve intendere che assuma come parametro di riferimento la settimana di calendario¹³¹, e non, più genericamente, periodi di sette giorni, come, invece, l'art. 4, co. 2, del D. Lgs n. 66/2003. Tale scelta è rilevante perché non esclude che nei sette giorni a cavallo di due settimane consecutive la prestazione di lavoro possa svolgersi per un numero di ore superiore alle 40.

Il 2° co. dell'art. 3 del D. lgs n. 66, invece, prevede che "i contratti collettivi di lavoro possono stabilire, ai fini contrattuali, una durata minore" della settimana lavorativa. Ebbene, con l'attribuzione di tale facoltà all'autonomia collettiva, il legislatore conferma l'opportunità di riservare la determinazione dell'orario normale settimanale al di sotto delle 40 ore alla contrattazione collettiva, e di non imporlo con legge, dato che è quella la sede più appropriata

sostenendo che "l'indicazione precisa della quantità della prestazione lavorativa promessa non costituisce un elemento essenziale del contratto di lavoro subordinato, ben potendo essere sufficiente la determinazione, o determinabilità, del contenuto delle mansioni e l'entità del relativo compenso".

¹²⁹ BAVARO V., *Commento agli artt. 3 e 4*, in NAPOLI M., *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, n. 6, 2004, p. 1291.

¹³⁰ IRTI N., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, p. 8.

¹³¹ In questo senso *Cass. 4 dicembre 2000, n. 15419*, in *LG*, 2001, p. 431; *Cass. 16 gennaio 2001, n. 512* e *Cass. 22 gennaio 2001, n. 857*, in *Rep. Giur. Lav.*, luglio 2000 – giugno 2001, p. 181.

per verificare la compatibilità con le esigenze organizzative di ciascun settore merceologico¹³². La novità, rispetto all'art. 13 della legge n. 196/1997, sta nel fatto che non ci si riferisce più ai soli contratti collettivi "nazionali", bensì ai contratti collettivi *tout court*, quindi anche di livello sub-nazionale, ossia regionale, territoriale e, persino, aziendale. Ciò rientra in un'evidente tendenza del decreto ad incentivare le attuali inclinazioni al decentramento del sistema di contrattazione collettiva, togliendo peso al contratto nazionale di categoria e attribuendo poteri normativi anche ai livelli inferiori¹³³.

In secondo luogo, nella nuova norma è stato introdotto l'inciso, assente nell'art. 13 del "Pacchetto Treu", secondo cui le eventuali riduzioni negoziali dell'orario normale settimanale legale (40 ore) valgono "ai soli fini contrattuali"¹³⁴. Dunque, la riduzione dell'orario normale, disposta dai contratti collettivi, opererebbe esclusivamente nell'ambito di operatività/efficacia di questi ultimi, senza modificare la soglia oltre la quale poter qualificare il lavoro svolto come straordinario, che resta fissato in 40 ore settimanali.

La precisazione del legislatore attuata mediante l'espressione "ai fini contrattuali" avrebbe, in conclusione, il fine di escludere che, quando una qualsiasi disposizione normativa utilizzi semplicemente la locuzione "orario normale", questa possa essere riferita alla durata della settimana lavorativa fissata dai contratti collettivi invece che alle 40 ore previste dall'art. 3, co. 2, del D. Lgs. n. 66. Tale effetto non dovrebbe però escludere l'applicazione di norme che fonti legislative riferiscono all'orario normale, nell'ipotesi in cui il contratto collettivo le richiami espressamente e le dichiari applicabili in seguito al superamento dell'orario normale definito dal contratto collettivo. In tal caso, l'unico limite che il contratto collettivo potrebbe incontrare sarebbe quello di non poter incidere sull'ambito di applicazione di norme aventi carattere pubblicistico,

¹³² PERO L., *Politiche contrattuali e cambiamenti degli orari di lavoro*, in *DL*, 1998, pp. 118 ss.

¹³³ DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n., 22, p. IX.

¹³⁴ Secondo LECCESE V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d. Lgs. n. 66/2003, come modificato dal d. Lgs. n. 213/2004*, *I working papers del Centro Studi di diritto del lavoro Europeo "Massimo D'Antona" n. 40/2002*, consultabile sul sito internet www.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione. La precisazione risolve alla radice il problema del regime giuridico applicabile alla fascia oraria ricompresa tra l'orario normale legale e le nuove ed inferiori soglie normali previste dalla contrattazione collettiva. Allo stesso modo CORSO I., *Commento all'art. 3*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 2004, pp. 142-143.

come quelle che prevedevano comunicazioni ad enti pubblici (ad es. art. 4, co. 5, D. Lgs. n. 66) o dispongano sanzioni¹³⁵.

Possiamo pertanto concludere che il nostro ordinamento ammette la compresenza di due nozioni di "orario normale": una fissata dall'art. 3, co. 1, del D. Lgs. n. 66 e rilevante ai fini legali ed una fissata ex art. 3, co. 3 del D. Lgs. n. 66 dai contratti collettivi "ai fini contrattuali". Tale dualismo impone di qualificare *c.d. lavoro supplementare* le ore comprese tra i due limiti¹³⁶, determinandone l'assoggettamento alla sola disciplina collettiva, nella quale dovrebbe essere compresa anche la definizione della obbligatorietà o meno delle ore da svolgersi oltre l'orario normale contrattuale¹³⁷.

Non tutti i lavoratori subordinati sono però assoggettati al limite di durata settimanale di 40 ore stabilito dall'art. 3 del decreto n. 66 del 2003. Tale norma, infatti, ha un ambito di applicazione limitato non solo dall'art. 2, ma anche dall'art. 16. Fra queste due disposizioni esiste un rapporto di integrazione poiché la prima delimita il campo di applicazione dell'intero decreto legislativo, mentre l'art. 16 si preoccupa di delimitare il campo di applicazione della norma sulla durata normale. Queste due delimitazioni avvengono con una tecnica normativa diversa, poiché l'art. 3 – prima – afferma che le norme "si applicano a tutti i settori di attività pubblici e privati" e – poi – esclude eccezionalmente "il lavoro della gente di mare", il "personale di volo dell'aviazione civile" e, per certi versi, i "lavoratori mobili". Inoltre, lo stesso articolo, al comma 2, stabilisce che "le disposizioni contenute nel presente decreto non trovano applicazione in presenza di particolari esigenze inerenti al servizio espletato e di ragioni connesse ai servizi di ordine e sicurezza pubblica, di difesa e protezione civile" nel caso dei lavoratori delle forze armate, della polizia, della protezione civile, delle strutture

¹³⁵ Evidenziamo la rilevanza dell'espressione "ai fini contrattuali" in relazione alle norme sanzionatorie: FRANCI R., *L'orario di lavoro e le modalità della prestazione*, in *Lavoro e Prev. Oggi*, 2003, p. 804; RAUSEI P., *Le sanzioni in materia di orario di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 25, 2003, p. 1648.

¹³⁶ PAPALEONI M., *Interrogativi applicativi sulla riforma dell'orario di lavoro e dei riposi*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 2, 2003, pp. 453-454, il quale prospetta la possibilità di configurare lavoro *c.d. supplementare* le ore comprese tra le 40 e le 48 ore settimanali, sulla base dell'art. 4, co. 5, del D. Lgs. n. 66.

¹³⁷ Contra MANGANIELLO R., *Art. 13 – Novità in tema di orario di lavoro*, in GHERA E., *Occupazione e flessibilità. Legge n. 196/1977 e provvedimenti alternativi*, Napoli, Jovene, 1998, p. 123, secondo cui la prestazione di lavoro *c.d. supplementare*, diversamente da quello straordinario, non richiede il consenso del lavoratore.

giudiziarie e penitenziarie, nonché delle biblioteche, musei e aree archeologiche dello Stato.

L'art. 16, invece, adotta una tecnica diversa perché integra la disposizione generale secondo la quale la durata normale di 40 ore è valida per tutti i settori lavorativi, ad esclusione di quelli sopra elencati, elencando appunto, una serie di fattispecie assoggettate al decreto legislativo, cui non si applica la sola disposizione dell'art. 3. Ciò comporta, per un verso l'applicabilità dell'art. 4 sui limiti di durata massima della settimana lavorativa e, per l'altro, l'inevitabile inapplicabilità dell'art. 5 sul lavoro straordinario¹³⁸.

Passando all'esame delle singole ipotesi, la prima fattispecie esclusa (*lett. a*) richiama espressamente l'art. 4 del R.D.L. n. 692/1923 e corrisponde ai *"lavori agricoli e agli altri lavori per i quali ricorrano necessità imposte da esigenze tecniche o stagionali"*. Si tratta di casi che già la stessa legge del 1923 sottraeva all'obbligo di osservare l'orario massimo normale nell'ambito della predisposizione di moduli multiperiodali ultra-settimanali¹³⁹ ma che, comunque, corrispondono a due criteri diversi: in un caso il riferimento è ad un particolare settore produttivo, quale l'agricoltura, nell'altro caso, caratteristiche organizzative e produttive che possono riguardare diversi settori¹⁴⁰. Per quanto riguarda il primo, ne deriva che, qualsiasi rapporto di lavoro agricolo è escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 3. L'altro criterio discretivo, invece, è dato dai *"lavori per i quali ricorrano necessità imposte da esigenze tecniche o stagionali"*. Nella stessa *lett. a*) c'è poi il richiamo delle fattispecie indicate nell'art. 10 del R.D. n. 1955/1923 che riguarda *"quei periodi che siano strettamente necessari per predisporre il funzionamento degli impianti e dei mezzi di lavoro, per apprestare le materie prime, per la pulizia, per l'ultimazione e lo sgombrò dei prodotti ed in genere per tutti gli altri servizi indispensabili ad assicurare la regolare ripresa e cessazione del lavoro nelle industrie a funzionamento non continuativo, limitatamente al personale addetto a tali lavori"* (art. 10, co. 1). In

¹³⁸ LECCESE V., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Bari, 2004, pp 202-203; GAROFALO D., *Il D. Lgs. n. 66/2003 sull'orario e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *Lav. Giur.*, 2003, p. 1006.

¹³⁹ Nella stessa legge c'era l'art. 2 che applicava le disposizioni legali ai soli avventizi delle aziende agricole, rinviando ad un apposito regolamento l'applicabilità ai lavoratori salariato.

¹⁴⁰ BAVARO V., *Commento all'art. 16*, in NAPOLI M., *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove Leggi civ.*, n. 6, 2004, p. 1396

tal caso, però, non ricorre né la stagionalità, né l'esigenza tecnica data dalla continuità del processo produttivo. Lo stesso vale per altri lavori quali: *a) riparazione, costruzione, manutenzione, pulizia e sorveglianza degli impianti e gli altri servizi che non possono compiersi durante l'orario normale di lavoro, senza inconvenienti per l'esercizio o pericolo per gli operai; b) compilazione dell'inventario dell'anno; c) custodia o vigilanza dell'azienda; d) verifiche e prove straordinarie* (art. 10, co, 2). Inoltre, l'esenzione dovrebbe riguardare, nelle industrie stagionali, anche i *"lavori preparatori, quelli che precedono la messa in attività delle fabbriche e per i quali il prolungamento dell'orario è indispensabile per assicurare il tempestivo e regolare inizio o proseguimento della lavorazione"* (art. 10, co. 3)¹⁴¹.

Diverso è il criterio discrezionale riguardante le *"industrie di ricerca e coltivazione di idrocarburi, sia in mare che in terra, di posa di condotte ed installazione in mare"* (lett. c), per il quale è indicato il settore specifico, senza meglio precisare le caratteristiche del processo produttivo o situazioni particolari. In tal caso, se la ragione della delega è da rinvenire nella peculiarità dell'attività produttiva, è possibile dedurre che il termine *"industrie"* è utilizzato impropriamente, dovendosi riferire a qualsiasi impresa che svolge attività di ricerca e coltivazione di idrocarburi ed altro indicato.

L'esclusione riguarda anche le *"occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia"*, elencate nella tabella approvata con R.D. n. 2657/1923 e successive modificazioni ed integrazioni (art. 16, co. 1, lett. d), D. Lgs. n 66/2003). Si tratta di fattispecie che, nel vigore del R.D.L. n. 692 del 1923, erano del tutto escluse dall'applicazione dei limiti in esso previsti. Nel nuovo quadro normativo, invece, la deroga opera solo rispetto alla previsione dell'art. 3 del decreto citato e, pertanto, con riferimento anche ai lavori discontinui o di semplice attesa o custodia.

Quindi, mentre prima si sosteneva che i lavoratori discontinui non erano assoggettabili ai limiti massimi perché la caratteristica di questo tipo di

¹⁴¹ Per un'analisi della fattispecie in vigenza della disciplina giuridica del 1923, vedi CARABELLI V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 378 ss.

occupazioni non rendeva necessaria l'osservanza di quei limiti per tutelare la loro salute psico-fisica, oggi il D. Lgs. n. 66/2003 ha rimosso tale peculiarità, introducendo la non applicabilità del solo art. 3, con la conseguenza di non applicare ai lavori discontinui la sola disciplina del lavoro straordinario¹⁴². Vanno, invece, rispettate, fin dall'entrata in vigore del decreto, tutte le previsioni in esso contenute, ivi comprese, ad esempio, quelle relative alla durata minima del riposo giornaliero (art. 7), alle pause (art. 8), alla durata settimanale complessiva media (art. 4).

L'art. 16 esclude anche i "*commessi viaggiatori o piazzisti*". La ragione di tale esclusione è rinvenibile nella circostanza che la prestazione di lavoro di costoro, data l'autonomia gestionale di cui godono, non è misurabile. Infatti, il commesso viaggiatore ha uno straordinario potere di gestione del tempo nell'alternatività fra estensione ed intensità¹⁴³. Tuttavia, tale caratteristica della prestazione, non li esclude comunque dall'applicazione dell'art. 4, in merito alla durata massima della settimana lavorativa per la cui attuazione, invece, occorre misurare il tempo di lavoro¹⁴⁴. Resta il fatto che, a differenza di altri tipi di contratto di lavoro per i quali è la legge stessa ad escludere l'applicabilità dell'intera disciplina dell'orario, ai commessi viaggiatori non si applica né la disposizione sulla limitazione dell'orario normale, né quella sul lavoro straordinario.

¹⁴² Cass. 20 aprile 2004, n. 7577, in *Mass. Giur. It.*, 2004, secondo la quale anche per i lavori discontinui è configurabile l'espletamento di lavoro straordinario allorché sia convenzionalmente prefissato un preciso orario di lavoro e il relativo limite risulti in concreto superato. Cass. 3 luglio 2003, n. 10542, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce Lavoro, n. 344, secondo la quale il principio di ragionevolezza, in base al quale l'orario di lavoro deve comunque rispettare i limiti imposti dalla tutela del diritto alla salute, si applica anche alle mansioni discontinue o di semplice attesa per le quali la variabilità, caso per caso, della relativa onerosità –la quale dipende dalla intensità e dalla natura della prestazione ed è diversa a seconda che questa sia continuativa, anche se di semplice attesa, o discontinua– impedisce limitazione dell'orario in via generale da parte del legislatore; la valutazione in ordine al superamento, in concreto, del suddetto limite, spetta al giudice del merito ed è incensurabile in sede di legittimità se assistita da motivazione logica e sufficiente. Cass. 5 novembre 2001, n. 13622, in *Not. giur. lav.*, 2002, 53, secondo la quale in tema di lavoro discontinuo, caratterizzato da attese di non lavoro durante le quali il dipendente può reintegrare con pause di riposo le energie psico-fisiche consumate, è configurabile l'espletamento di lavoro straordinario allorché, malgrado detta discontinuità, sia convenzionalmente prefissato un preciso orario di lavoro e il relativo limite risulti in concreto superato -occorrendo, all'uopo, che venga fornita la prova relativamente a modalità e tempi del servizio prestato nell'arco compreso fra l'orario iniziale e quello finale dell'attività lavorativa, in modo da consentire di tener conto delle pause di inattività– e, in ogni caso, allorché l'attività lavorativa prestata dal dipendente oltre il limite dell'orario massimo legale, non operante nei suoi confronti, sia, alla stregua del rapporto di lavoro, irrazionale e pregiudizievole del bene dell'integrità fisica del lavoratore stesso.

¹⁴³ ICHINO P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, II, Milano, 1985, pp. 259 ss.

¹⁴⁴ PIOVESANA V., *Commento all'art. 16*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 472.

Un'ulteriore esclusione riguarda il "*personale viaggiante dei servizi pubblici di trasporto terrestre*" (*lett. f*). Si tratta di tutto il personale presente su un mezzo pubblico di trasporto e non solo dell'impresa concessionaria del servizio. Pertanto, nel caso di trasporto ferroviario, ad esempio, la non applicazione dell'art. 3 riguarderà sia i dipendenti dell'impresa di trasporto, sia i dipendenti dell'impresa che assicura il servizio ristorazione a bordo.

Altra eccezione ha ad oggetto il settore dell'informazione. Da una parte si collocano i giornalisti professionisti, praticanti e pubblicisti dipendenti da imprese editrici di giornali, periodici, o agenzie di stampa o da imprese radiotelevisive (*lett. h*); dall'altra si colloca "*il personale addetto ai servizi di informazione radiotelevisiva*" (*lett. l*). La differenza sta nel fatto che, mentre nel primo caso si tratta di una esclusione basata sulla "*specialità*" del rapporto di lavoro, nel secondo caso si tratta di esclusione basata sull'attività produttiva.

La stessa cosa può dirsi per i giornalisti delle agenzie di stampa rispetto al personale poligrafico addetto alle attività produttive delle medesime agenzie (*lett. i*).

Infine, sono esclusi dall'applicazione dell'art. 3, anche i dipendenti da imprese gestori di impianti di distribuzione carburante ubicati sulla rete stradale ordinaria senza riguardare i distributori autostradali (*lett. o*), e il personale non impiegatizio dipendente da stabilimenti balneari, marini, fluviali, lacuali e piscinali (*lett. p*). Nel primo caso il criterio selettivo è l'ubicazione rispetto alla rete stradale, nel secondo caso, la mansione in un'attività produttiva¹⁴⁵.

Per quanto riguarda la c.d. distribuzione *multi-periodale* dell'orario di lavoro, il 2° comma dell'art. 3 del D. Lgs. n. 66, prevede che "*i contratti collettivi possono riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno*". Ai contratti collettivi, quindi, di qualsiasi livello e purché stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi, è lasciata la facoltà di prevedere orari c.d. *multi-periodali*, ossia calcolati rapportando l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un

¹⁴⁵ BAVARO V., *Commento all'art. 16*, in NAPOLI M., *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, n. 6, 2004, p. 1399

periodo che può allungarsi, come massimo, fino alla soglia di un anno. Il sistema di distribuzione multiperiodale previsto dall'art. 3 del D. Lgs. n. 66/2003 costituisce, quindi, una forma di ripartizione dell'orario di lavoro settimanale che è qualificabile di c.d. "mutualità pura"¹⁴⁶, in quanto rende possibile il superamento del limite di durata settimanale senza che ciò comporti il pagamento delle maggiorazioni per straordinario, purché, sulla base del periodo di riferimento, vi sia una compensazione tra le ore lavorate oltre la soglia e quelle recuperate rispetto alla stessa.

Ebbene, in tale opera di flessibilizzazione i contratti collettivi devono pur sempre rispettare il limite massimo settimanale dell'orario, come previsto dagli artt. 4 e 6 D. Lgs. n. 66/2003¹⁴⁷. Inoltre, nell'ipotesi in cui i contratti collettivi dispongano di una riduzione dell'orario, un suo uso flessibile, entro il limite medio delle 40 ore settimanali, necessita, comunque, di una previsione contrattuale legittimante e non è attuabile unilateralmente dal datore di lavoro, perché comporta il superamento del numero di ore in cui il lavoratore è obbligato ad eseguire la propria prestazione nell'arco della settimana, tenendo presente che le ore comprese tra l'orario normale contrattuale e quello legale sono qualificabili come lavoro c.d. supplementare¹⁴⁸.

Al fine di inquadrare il regime della multiperiodalità, bisogna ricordare come l'individuazione della quantità di ore che il lavoratore è tenuto a mettere a disposizione del datore di lavoro concorre alla definizione dell'oggetto del contratto, mentre, la loro collocazione nell'ambito della settimana lavorativa e di ciascuna giornata è espressione del potere direttivo del datore di lavoro, in quanto attiene alle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa¹⁴⁹. Poiché il ricorso alla multiperiodalità non incide sul limite della durata della settimana lavorativa, ma ne legittima una diversa modalità di calcolo, ne deriva che,

¹⁴⁶ LECCESE V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 380 e ss.

¹⁴⁷ DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. X.

¹⁴⁸ CORSO L., *Commento all'art. 3*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 2004, pp. 156-157.

¹⁴⁹ LAI M., *Le implicazioni derivanti dall'abbassamento dell'orario legale a 40 ore settimanali*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 38, 1997, p. 2718, con riferimento al contenuto dell'art. 13, co. 1, della legge n. 196 del 1997, distingue un profilo quantitativo, attinente alla determinazione dell'orario normale in 40 ore e un profilo distributivo con riferimento alla multiperiodalità.

quando i contratti collettivi ammettono che il datore di lavoro possa ricorrere a tale forme di flessibilità, concorrono ad arricchire il potere unilaterale del datore di collocare la prestazione lavorativa sulla base delle proprie esigenze organizzative¹⁵⁰.

II.B.2 La durata massima e la durata complessiva media dell'orario settimanale.

L'art. 4 del D. Lgs. n. 66/2003 detta disposizioni in merito alla durata massima settimanale dell'orario di lavoro, avendo come preciso riferimento applicativo l'art. 6 della direttiva comunitaria n. 104/1993. Tale articolo, in particolare al comma 1, dispone che siano i contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a stabilire la durata massima dell'orario di lavoro, con riferimento alla singola settimana lavorativa di calendario, operandosi, in tal modo, un generale rinvio della legge alla contrattazione collettiva per la determinazione del relativo limite massimo. Esso detta una norma che, per il proprio contenuto, è da ricondurre immediatamente alla tutela della sicurezza del lavoratore: stabilisce infatti uno standard minimo di protezione volto a garantire la sicurezza del lavoro in attuazione della direttiva n. 104 del 1993, la quale, all'art. 6, impone agli Stati membri dell'Unione di adottare misure affinché *"la durata dell'orario di lavoro, per ogni periodo di 7 giorni, non superi 48 ore, comprese le ore di straordinario"*, proprio per garantire *"un più elevato livello di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori"*. Il limite massimo di orario, inoltre, assolvendo anche il fine di eguagliare le condizioni normative minime sulla base delle quali le imprese si organizzano, deve essere eguale in tutta l'Unione europea e non può non imporsi anche agli enti locali, i quali, autonomi sotto il profilo normativo ed amministrativo, derivino la propria sovranità da uno degli Stati membri¹⁵¹. Le regioni, quindi, non potrebbero legiferare sul limite massimo dell'orario di

¹⁵⁰ CARABELLI U. – LECCESE V., *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia*, Rapporto al Seminario di ricerca europeo *Leçons d'une réduction de la durée du travail*, Bordeaux, 5-6 dicembre 2002, in www.unicz.it/lavoro/CARABELLI_LECCESE.pdf, in part. n. 2.1.

¹⁵¹ L'affermazione non esclude il fatto che la limitazione legale dell'orario di lavoro assolva anche il fine ulteriore di distribuire fra inoccupati la quantità di lavoro disponibile sul mercato. Sul punto vedi MISCIONE M., *Dialoghi di diritto del lavoro*, Kluwer-IPSOA, Milano, 2000, p. 224.

lavoro¹⁵², non solo innalzando il limite rigido stabilito dalla direttiva e dalla legge che vi si uniforma, ma anche regolando quegli aspetti, non quantitativi, che concorrono a definire la disciplina della fattispecie delineata dall'art. 4 del D. Lgs. n. 66/2003, a meno che non si tratti di "*disposizioni più favorevoli alla protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori*", secondo quanto ammesso dall'art. 15 della direttiva n. 104/1993.

La soglia delle 48 ore settimanali, calcolata come media nel quadrimestre, rappresenta oggi il limite massimo della prestazione di lavoro applicabile, in generale, al settore pubblico e privato. Tale limite non vincola, invece, le categorie sottratte all'applicazione del decreto, elencate all'art. 2, che, come abbiamo visto, sono quelle della gente di mare, il cui orario di lavoro è regolato dalla direttiva n. 63/1999, il personale di volo dell'aviazione civile, assoggettato alla direttiva n. 79/2000 e i lavoratori mobili autonomi e subordinati, assoggettati alla direttiva n. 15/2002.

Il limite delle 48 ore settimanali trova applicazione anche nei confronti degli apprendisti ultradiciottenni. Sotto questo profilo, il D. Lgs. n. 66 ha reso potenzialmente più gravoso il lavoro, o, comunque, meno favorevole, il livello di tutela previsto dalla previgente legge per questa categoria di lavoratori. Come è noto, infatti, la legge n. 25/1955, all'art. 10, assoggettava gli apprendisti al diverso ed inferiore limite di 44 ore settimanali, limite abrogato dal co. 4, dell'art. 2 del D. Lgs. n. 66, il quale afferma, in generale, l'applicabilità della disciplina sull'orario di lavoro agli apprendisti maggiorenni¹⁵³. In virtù del 5° comma dell'art. 17, il limite massimo delle 48 ore non si applica nemmeno a quei 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*".

¹⁵² TIRABOSCHI M. – RUSSO A., *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/CE*, in *Guida Lav.*, n. 17, p. 14, non nascondono che il nesso fra disciplina dell'orario di lavoro e tutela della sicurezza potrebbe essere foriero di problemi dal momento che la Costituzione ripartisce le competenze in materia di tutela e sicurezza del lavoro fra Stato e regioni, mentre l'impostazione centralista del decreto non si conforma perfettamente alla normativa costituzionale, che, come detto, rinvia sul punto alla legislazione concorrente regionale.

¹⁵³ Cfr. DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. lgs 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. IX.

L'art. 4, come visto, si apre con la disposizione che affida, prima di tutto ai contratti collettivi, il compito di stabilire la durata massima settimanale dell'orario di lavoro. La differenza, rispetto al R.D.L. n. 692/1923, nonché alla legge n. 196/1997, è evidente. E' però possibile notare anche una differenza rispetto all'art. 3 dello stesso decreto n. 66. Infatti, in tal caso, la norma ha stabilito la durata normale legale, salvo poi consentire alla contrattazione collettiva di stabilire una durata inferiore. Nell'art. 4, invece, sembra che la fonte sia l'autonomia collettiva: infatti, è la contrattazione collettiva a stabilire la durata massima, anche se lo stesso articolo stabilisce poi un tetto legale settimanale pari a 48 ore, comprensive di lavoro straordinario. Quindi, in assenza di regolamentazione collettiva, la durata massima dell'orario di lavoro, ivi compreso il lavoro straordinario, non potrà superare il limite legale delle 48 ore per ogni periodo di 7 giorni, arco di tempo individuato dal legislatore, anche in ottemperanza al dettato comunitario¹⁵⁴. E' evidente, dunque, che il limite massimo settimanale è insuperabile. Esso però non è assolutamente inderogabile, e, pertanto, l'autonomia privata ha la facoltà di stabilire una misura inferiore alle 48 ore settimanali. La stessa legge, peraltro, non vieta prestazioni di lavoro che superino, nell'arco di 7 giorni, le 48 ore. Tale limite, sempre secondo la legge, deve essere calcolato come media da rispettare in un periodo più ampio della settimana, "*non superiore a 4 mesi*". Il computo ai sensi di "*media*", consentito dalla legge, produce, di conseguenza, il risultato pratico di permettere l'effettuazione di prestazioni di lavoro che ammontano a più di 48 ore per settimana, cioè consente che vi siano settimane lavorative con più di 48 ore di lavoro e settimane in cui viene effettuata una prestazione di durata complessiva inferiore, che non superi il parametro limite¹⁵⁵. L'art. 4, co. 3, nello stabilire l'arco di tempo con riferimento al quale deve essere calcolata la media, non fissa rigidamente un periodo, limitandosi ad imporre che esso non superi i 4 mesi, e consente, quindi, alle parti, di stabilire il termine, in relazione agli interessi da soddisfare.

Tali regole sono valide, in generale, sia per i rapporti assoggettati a disciplina collettiva, sia per quelli regolati solo da contratto individuale. La

¹⁵⁴ Artt. 5 e 6 della direttiva comunitaria n. 104/1993.

¹⁵⁵ TOPO A., *Commento all'art. 4*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 2004, p. 186.

regolamentazione dell'orario di lavoro complessivamente intesa si differenzia, tuttavia, nei due diversi casi, in relazione alla circostanza per cui, nel lavoro non assoggettato a regole collettive, la distribuzione dell'orario normale, di cui all'art. 3, è rigidamente fissata dalla legge che prevede un limite insuperabile di 40 ore settimanali, non calcolabili come media nel periodo. Invece, nel caso in cui il rapporto individuale sia assoggettato a disciplina collettiva, l'organizzazione dell'orario di lavoro può articolarsi in modo più flessibile di quanto non sia consentito dalla mera applicazione delle norme di legge o delle clausole pattuite individualmente. Tale flessibilità comporta, però, come contropartita, l'attribuzione di nuove responsabilità alle organizzazioni sindacali¹⁵⁶.

La contrattazione collettiva, infatti, nel fissare la quantità di lavoro dovuto nell'arco della settimana lavorativa, gode di un'importante facoltà, cioè del potere di stabilire la quantità di prestazione dovuta, superando la rigidità di una misura sempre costante e uguale a se stessa. Se, infatti, anche la contrattazione collettiva incontra un limite insuperabile pari a 48 ore per ogni periodo di 7 giorni, essa può articolare l'applicazione del criterio di calcolo in modo tale per cui le 48 ore andranno calcolate come media da rispettare in un arco di tempo variabile, in relazione agli interessi delle parti.

La regola del rispetto del limite massimo si articola in modo diverso e consente appunto alla contrattazione collettiva di rendere più flessibile la divisione dell'orario. Solo alla contrattazione collettiva è permesso distribuire in un arco di tempo, superiore a 4 mesi e fino a 6, le ore di lavoro che non dovranno essere, a consuntivo, più di 48 ore a settimana. Addirittura la contrattazione collettiva può individuare come base di calcolo un arco di tempo superiore a 6 mesi, che può arrivare fino a 12, allorquando lo ritenga opportuno a soddisfare specifiche, oggettive, esigenze. In sostanza, mentre un ampliamento dell'arco temporale sino a 6 mesi può essere introdotto *de plano* dai contratti collettivi, se vogliono spingersi oltre (fino a 12 mesi legalmente consentiti), essi

¹⁵⁶ ALLAMPRESE A., *Osservazioni sul decreto 66/2003 di attuazione della direttiva sull'orario di lavoro*, in <http://unicz.it/lavoro/ALLAMPRESE.htm>, a pag. 2 del dattiloscritto afferma che il mutamento di alcune nozioni fondamentali in materia di orario di lavoro “*fa pensare che il legislatore si stia muovendo in una direzione diversa rispetto al passato, quella per cui un limite rigido protettivo viene considerato non più necessario, confidandosi essenzialmente nella forza e nell'estensione della contrattazione collettiva*”.

hanno l'onere di giustificare tale deroga attraverso la specificazione di ragioni obiettive, causalmente correlate¹⁵⁷.

Un'eventuale previsione derogatoria potrà essere ritenuta nulla, e quindi improduttiva di effetti, solo nel caso in cui manchi del tutto la specificazione delle ragioni giustificatrici e nell'ipotesi in cui siano state adottate ragioni palesemente incongrue o insussistenti¹⁵⁸. Si dà, così, attraverso la facoltà di deroga concessa ai contratti collettivi, la possibilità di un notevole ampliamento temporale entro il quale valutare il rispetto dell'orario massimo. Di conseguenza, il datore di lavoro che riuscirà ad articolare un orario massimamente compatibile con le esigenze produttive, concentrando in alcuni periodi la produzione e riducendo il tempo di lavoro in altri, potrà realizzare una gestione efficiente dei fattori produttivi, una gestione che la legge stessa incentiva, consentendo di definire "*ore di lavoro straordinario*", solo quelle che effettivamente, a consuntivo, avranno superato l'orario normale, calcolato come media nell'arco dell'anno, o che non saranno state "*recuperate*" attraverso riposi compensativi.

Uno specifico problema attiene al momento dal quale decorre il periodo di riferimento di 4, ovvero 6 o 12 mesi. Ebbene, alla tesi secondo cui tale periodo sarebbe "*fisso*", cioè predeterminato e calendarizzato¹⁵⁹, si contrappone quella secondo cui esso è da considerarsi "*mobile*"; pertanto, al fine di verificare il rispetto della soglia della media in questione, sarebbe considerato ogni periodo di 4, 6 o 12 mesi, decorrente, a ritroso, a partire da ogni giorno di prestazione lavorativa. La dottrina prevalente¹⁶⁰ sembra propendere per questa seconda impostazione.

¹⁵⁷ DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. XIII.

¹⁵⁸ LECCESE V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d. Lgs. n. 66/2003, come modificato dal d. Lgs. n. 213/2004, I working papers del Centro Studi di diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona" n. 40/2006*, consultabile sul sito internet www.unicz.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

¹⁵⁹ BAVARO V., *Algebra e diritti di computo dell'orario di lavoro*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 289.

¹⁶⁰ LECCESE V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d. Lgs. n. 66/2003, come modificato dal d. Lgs. n. 213/2004, I working papers del Centro Studi di diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona" n. 40/2006*, consultabile sul sito internet www.unicz.it/eurolabor/ricerca/presentazione; BELLOMO S., *Il limite massimo dell'orario settimanale ed il suo trasferimento dall'ordinamento europeo alla legislazione nazionale*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, pp. 202-203; LELLA G., *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, pp. 563 ss.

Secondo quanto poi previsto dall'art. 6, co. 1, del D. Lgs. n. 66/2003, i periodi di ferie annue e i periodi di assenza per malattia (da ritenersi comprensivi anche dei periodi di assenza per infortunio sul lavoro, per gravidanza e per puerperio, cioè in genere dei periodi di sospensione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 2110 c.c.) non devono essere presi in considerazione ai fini del computo della media in questione. Così come non si computano le ore di lavoro straordinario, se il lavoratore abbia beneficiato di un riposo compensativo previsto dai contratti collettivi, ai sensi dell'art. 5, co. 5, in alternativa o in aggiunta alla relativa maggiorazione (art. 6, co. 2).

L'art. 4 del D. lgs n. 66 si conclude con una disposizione che stabilisce un onere a carico del datore di lavoro. Si tratta del dovere di comunicare alla Direzione provinciale del lavoro (settore ispezione) l'avvenuto superamento del limite massimo di 48 ore settimanali, attraverso prestazioni di lavoro straordinario¹⁶¹. La legge stabilisce che, nel caso di orario calcolato come media nel periodo plurisettimanale, la comunicazione debba essere effettuata alla fine del periodo di riferimento, essendo possibile solo alla fine di detto periodo¹⁶² stabilire se è stata superata la media imposta dalla legge e stabilire, nel contempo, se il superamento è dovuto a prestazioni straordinarie¹⁶³. Tale onere grava solo sul datore di lavoro che, nell'unità produttiva alla quale il lavoratore è assegnato, occupi almeno 10 dipendenti.

Lo stesso art. 4 non dice nulla per quanto riguarda le sanzioni che devono essere comminate nel caso di superamento del limite di orario massimo settimanale. Inoltre, l'art. 19 co. 2, del decreto n. 66, disposizione che ha ad oggetto la definizione delle sanzioni relative alle violazioni in materia di orario, è sintetico e, riferendosi alle sanzioni già stabilite nel sistema preesistente al fine di permetterne l'applicazione nel nuovo regime, non facilita il compito dell'interprete, che in tal modo potrebbe dover correlare vecchie sanzioni a nuovi

¹⁶¹ La disposizione, secondo alcuni, riprodurrebbe essenzialmente il vecchio art. 5 bis, co. 1, del R.D.L. n. 692 del 1923. Vedi al riguardo BARRACO E., *Commento all'art. 5*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 2004, p. 227.

¹⁶² Il calcolo solo alla fine del periodo è possibile laddove si applichi la "banca-ore", istituto che compensa ore di straordinario con riposi.

¹⁶³ Cfr. DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. XVIII, osserva che "solo in quel momento, cioè ex post, sulla base di un calcolo complessivo delle ore lavorate nell'arco temporale di riferimento, si può avere contezza del superamento del limite delle 48 ore settimanali".

precetti, andando in questo modo a comporre una sorta di mosaico normativo, fatto di tessere in parte tratte dal decreto n. 66, in parte ricavate dalla normativa abrogata. Il governo è quindi intervenuto emanando il decreto correttivo n. 213 del 2004, che ha introdotto l'art. 18-bis, separando la disciplina delle abrogazioni, che rimane regolata dall'art. 19 comma 2 del decreto n. 66, da quella delle sanzioni, inserita appunto nell'art. 18-bis.

II.B.3 Il riposo settimanale.

L'art. 9 del D. lgs. n. 66/2003 detta la nuova disciplina in tema di riposo settimanale e domenicale. La legislazione previgente in materia (L. 22 febbraio 1934, n. 370 e art. 2109, co. 1, c.c., per giunta precedenti all'approvazione dell'art. 36, comma 3, Cost.) appariva eccessivamente datata, a fronte, viceversa, di una giurisprudenza costituzionale ed ordinaria particolarmente attiva, sui vari argomenti della disciplina (di "*funzione di supplenza del giudice*", parlava già Treu nel 1979)¹⁶⁴. Un ruolo decisivo, in particolare, era stato giocato dalla Corte costituzionale che, in una serie di sentenze relative alla L. n. 370/1934, aveva definito i limiti di operatività dell'art. 36, comma 3, Cost. ("*il lavoratore ha diritto al riposo settimanale*"), con particolare riferimento al rapporto tra la norma costituzionale e l'ampio regime di deroghe previsto dalla legge ordinaria. L'affermazione della Corte costituzionale per cui "*l'art. 36 riconosce al lavoratore un diritto soggettivo perfetto e irrinunciabile*"¹⁶⁵ non ha impedito alla Corte di interpretare le norme ordinarie in materia, in modo tale da modulare la rigidità del principio costituzionale e consentire un regime di deroghe a tale principio.

La norma, quindi, è stata, al tempo stesso, adattata alla realtà dei rapporti economici dell'epoca, dopo aver contribuito a modificarla. Come ricordato dalla dottrina, infatti, l'affermarsi del principio costituzionale nel nostro Paese non è stato affatto privo di difficoltà. "*In molti settori queste difficoltà sembravano insuperabili. Era infatti accaduto che, ad un costume di rigoroso rispetto del riposo settimanale, era subentrata, fra la fine del secolo scorso e l'inizio di*

¹⁶⁴ TREU T., *Commento all'art. 36*, in BRANCA G., (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, I, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 126.

¹⁶⁵ *Sentenza n. 76, Corte cost., 7 luglio 1972*, in *Giur. Cost.*, 1962, 894.

*questo, una certa infatuazione produttivistica e di incontrollata concorrenza, che aveva quasi fatto sparire la pratica del riposo settimanale. Ora si è in una fase di più ordinata vita produttiva*¹⁶⁶.

L'evoluzione giurisprudenziale descritta, e le indicazioni derivanti dalla disciplina comunitaria, che prevede all'art. 5 della direttiva n. 93/104/CE (ora art. 5, Dir. n. 2003/88/Ce) una disciplina specifica per il riposo settimanale, hanno imposto al legislatore di intervenire sul sistema previgente; tale modifica, così come avvenuto a livello comunitario, è stata coerentemente inserita all'interno della nuova disciplina dell'orario.

Il primo comma dell'art. 9, D. Lgs. n. 66/2003, stabilisce che *"il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo di almeno 24 ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero di cui all'art. 7"*.

A prima vista non sembrano esservi grandi mutamenti rispetto al passato: il termine settimana, utilizzato dell'art. 1 della L. n. 370/1934, che tante discussioni aveva sollevato in dottrina, viene sostituito dalla locuzione *"ogni sette giorni"*, ma la novità è più apparente che reale, atteso che da tempo la giurisprudenza aveva attribuito questo significato alla parola settimana. La scelta del legislatore delegato era del resto obbligata, dal momento che, tanto la normativa comunitaria, quanto l'Avviso comune del 1997, utilizzano la formula del *"periodo di sette giorni"*.

Le novità più importanti sono rappresentate, piuttosto, dalla previsione espressa dal *cumulo tra il riposo settimanale e quello giornaliero e dall'abrogazione della regola della decorrenza del riposo da una mezzanotte all'altra, nonché dall'attribuzione di una amplissima facoltà derogatoria alla contrattazione collettiva*. In merito al secondo profilo di novità, va sottolineata la mancanza di una specifica precisazione in merito alla decorrenza del riposo da una mezzanotte all'altra, che era, invece, prevista dall'art. 3, co. 2, L. n. 37/1934, da ritenere ora abrogato. Quest'ultima disposizione prevedeva

¹⁶⁶ PROSPERETTI U., *Valore del diritto irrinunciabile al riposo settimanale*, in *Giur. cost.*, 1962, 894.

anche la possibilità di una diversa decorrenza, disposta dai contratti collettivi o, in loro mancanza ed allorché lo avesse richiesto *"la natura dell'esercizio"*, dall'ispettorato del lavoro; il comma 3 dell'art. 3, inoltre, stabiliva che, per il lavoro a squadre, il riposo decorresse *"dall'ora di sostituzione di ciascuna squadra"*. Tuttavia, - come anticipato - tale norma deve ritenersi abrogata.

La norma prevede, inoltre, come riconosce la circolare ministeriale n. 8/2005, *"una intricata disciplina in materia di eccezioni e deroghe ai principi indicati in materia di riposi settimanali"*. Per quanto riguarda l'ampissima facoltà di deroga attribuita alla contrattazione collettiva, occorre segnalare che la formulazione della norma di rinvio (art. 9, co. 2, *lett. d)*) indica chiaramente l'intenzione del legislatore di consentire alle parti sociali un ulteriore ampliamento dei margini di flessibilità previsti dalla legge, rimuovendo alcuni dei limiti fissati nel primo comma della stessa norma. Si tratta, limitatamente alle fattispecie di cui alle *lett. a), b) e c)*, di attività per le quali il legislatore prevede una facoltà di deroga molto ampia. Esse, infatti, *"fanno eccezione all'intero comma 1"*. La formulazione della norma lascerebbe intendere che la facoltà di deroga non abbia alcun limite, potendo attenersi a tutti i principi enunciati: il diritto al riposo ogni sei giorni; la consecutività di tale riposo nei termini previsti dalla legge (24 ore); l'obbligo di cumulo con il riposo giornaliero; la coincidenza *"di regola"* con la domenica¹⁶⁷. In realtà la situazione è piuttosto diversa. Non si deve, infatti, dimenticare che sul terreno dei riposi settimanali alcuni limiti inderogabili a tutela della salute del lavoratore sono fissati dalla Costituzione¹⁶⁸. Non a caso, in dottrina, sono subito emerse perplessità sulla legittimità costituzionale di tale norma¹⁶⁹, che vanno superate attraverso un'interpretazione adeguatrice della stessa agli insegnamenti della Corte costituzionale.

Nell'interpretazione dell'art. 9 non si potrà dunque prescindere dall'art. 36, comma 3, Cost., secondo cui *"il lavoratore ha diritto al riposo settimanale (...) e*

¹⁶⁷ In questo senso GAROFALO D., *Il D. Lgs. n. 66/2003 sull'orario di lavoro e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *Lav. Giur.*, 2003, p. 1013.

¹⁶⁸ Sul diritto al riposo settimanale ed a quello annuale come diritto attinente alla tutela della personalità del lavoratore, vedi SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pp. 376 ss.

¹⁶⁹ DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 22, 2003, Inserto, XXII; CARABELLI U. - LECCESE V., *Introduzione*, par. II.2, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, pp. 31 ss.

*non può rinunziarvi*¹⁷⁰. Come chiarito da autorevole dottrina "le esigenze della produzione" non possono infatti giustificare la compressione delle esigenze di tutela della salute fisica e psichica del lavoratore, atteso che "non è questa la scala di valori fissata dal nostro ordinamento, quale risulta non solo da molteplici disposizioni costituzionali, ma anche dall'esistenza dell'art. 2087 cod. civ., che impone tassativamente determinati obblighi in capo all'imprenditore, indipendentemente da qualsiasi valutazione di costi"¹⁷¹, ed indipendentemente, si dovrebbe aggiungere, da qualsiasi diversa valutazione operata dalle parti sociali in sede di contrattazione.

Ebbene, va anzitutto chiarito che i dubbi di legittimità costituzionale non attengono alla collocazione del giorno di riposo in coincidenza con la domenica, in quanto – come stabilito dalla stessa Consulta – non vi è alcuna norma costituzionale dalla quale sia possibile desumere questo principio¹⁷².

Al contrario, con riferimento al principio di consecutività del riposo settimanale, la Corte costituzionale, con sentenza 4 febbraio 1982, n. 23¹⁷³, ha chiarito che esso non può ritenersi derogabile, in quanto "la consecutività delle ventiquattro ore è un elemento essenziale del riposo settimanale".

Assai più flessibile appare l'atteggiamento della Corte in riferimento alla cadenza settimanale del riposo. Ad avviso della Consulta, l'art. 36, co. 3, Cost., configurerebbe la periodicità settimanale del riposo come principio generale, destinato ad informare la disciplina dell'istituto, senza che siano previste "le modalità di esercizio di tale diritto" (Corte cost. 15 dicembre 1967, n. 150) e senza precludere pertanto l'introduzione di regimi derogatori speciali. La regolarità costituzionale di siffatte discipline è tuttavia subordinata – secondo un consolidato orientamento della stessa Corte – alla ricorrenza di alcuni presupposti: a) mantenimento di una media di 6 giorni di lavoro e di uno di

¹⁷⁰ MENGHINI V., *Premessa*, in MENGHINI V., (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, IPSOA, 2002, p. 28, secondo il quale "tra i tradizionali strumenti di ermeneutica normalmente utilizzabili vi è anche il canone della interpretazione adeguatrice, che impone di scegliere tra più significati possibili della medesima disposizione, quello che risulti conforme alla Costituzione ed ora pure alla normativa comunitaria".

¹⁷¹ VENTURA L., *Il riposo settimanale: questioni recenti e recentissime di interpretazione e costituzionalità*, in *Riv. Giur. lav.*, 1, 1968, p. 43.

¹⁷² *Corte cost. 15 giugno 1972, n. 105*, in *Dir. lav.*, 1972, II, p. 377.

¹⁷³ Il testo della sentenza è pubblicato in *Riv. It. Dir. lav.*, 1983, II, p. 81.

riposo, con riferimento ad un arco temporale complessivo ed in modo da non snaturare o eludere la periodicità tipica della pausa; b) "evidente necessità" delle eccezioni a tutela di altri "apprezzabili" interessi, identificabili di norma con quelli produttivi¹⁷⁴, ma soltanto in "situazioni idonee a giustificare un regime eccezionale" (Corte cost., n. 146 del 1971); c) ragionevole contemperamento tra le esigenze della salute dei lavoratori e quelle, particolari, di speciali attività produttive (Corte cost. 7 maggio 1975, n. 101¹⁷⁵).

Tali limiti alla derogabilità del principio di cadenza settimanale meritano di essere evidenziati, in quanto, troppo spesso, dimenticati anche dai commentatori più attenti agli insegnamenti del giudice delle leggi. Anche le clausole dei contratti collettivi che dispongono modifiche alla periodicità del riposo settimanale dovranno essere interpretate, ove possibile, alla luce dei citati insegnamenti forniti dalla Corte costituzionale e, se incompatibili con tale interpretazione, dovranno considerarsi illegittime.

L'ultimo principio contenuto nel comma 1 dell'art. 9 è rappresentato dall'obbligo di cumulare il riposo settimanale con le undici ore di riposo giornaliero, di cui all'art. 7 del D. Lgs. n. 66/2003. Dal punto di vista della legittimità costituzionale delle deroghe a tale principio, va ricordato che esso non era previsto nell'ordinamento previgente e, di conseguenza, non è possibile rinvenire indicazioni dirette dalla Corte costituzionale. Tuttavia, la Corte, nella sentenza 28 aprile 1976, n. 102, ha affermato il principio – assai prossimo a quello del cumulo – della non sovrapponibilità dei riposi settimanali e giornaliero.

Si tratta, evidentemente, di un profilo parzialmente diverso che, tuttavia, viene affrontato dalla Corte attraverso una categoria, quella dell' "infungibilità", che può tornare utile anche in relazione alla questione in esame. L'eventuale assenza del cumulo potrebbe difatti comportare un effetto di assorbimento del

¹⁷⁴ Sul significato di tali espressioni vedi, tra le altre, Cass. 17 aprile 1996, n. 3634, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 2938.

¹⁷⁵ Il testo della sentenza è pubblicato in *Riv. Giur. lav.*, 1975, II, p. 335. Nello stesso senso Corte cost., 15 dicembre 1967, n. 150, in *Giur. cost.*, 1967, II, p. 17; in termini adesivi, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 4 novembre 1997, n. 10836, in *Rep. Foro it.*, 1997, Lavoro (rapporto), p. 986; Cass. 27 gennaio 1996, n. 623, *ibid.*, 1996, p. 1096.

riposo giornaliero in quello settimanale, con la conseguente violazione di quanto affermato dalla Suprema Corte nella citata sentenza.

In conclusione, la questione della legittimità costituzionale delle deroghe ai principi contenuti nell'art. 9, co. 1, si deve risolvere riconoscendo che, con riferimento al comma 2 dello stesso articolo, dovrà prevalere un'interpretazione adeguatrice dell'art. 9 al dato costituzionale, così come interpretato dalla Corte costituzionale, nel senso che: a) sono consentite le deroghe al principio della coincidenza del riposo settimanale con la domenica; b) sono consentite, ma con i limiti definiti nelle citate sentenze della Suprema Corte, le deroghe al principio della periodicità del riposo settimanale; c) sono da escludere, attraverso appunto una interpretazione adeguatrice del dato normativo alla luce del dettato costituzionale, le deroghe al principio di consecutività del riposo settimanale; d) sono consentite le deroghe al principio del cumulo fra riposo giornaliero e settimanale, a condizione che non si determini contestualmente, anche la sovrapposizione tra i due riposi.

Per quanto riguarda, poi, la possibilità che sia l'autonomia collettiva (ed anche individuale) a derogare il principio della periodicità del riposo settimanale ed a quello della coincidenza con la domenica, lo stesso giudice costituzionale ha precisato che, come per la disciplina delle ferie, ed a differenza di quanto riscontrabile per i limiti massimi dell'orario di lavoro, anche per l'istituto in oggetto non è rinvenibile nella Costituzione una riserva di legge¹⁷⁶. L'autonomia collettiva potrà, pertanto, operare deroghe a tali principi, fermo restando il rispetto di cui all'art. 17, co. 4, ove si prevede la concessione di "*periodi di riposo compensativo o, in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata*"¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Corte cost. 30 giugno 1971, n. 146, in *Foro it.*, 1971, I, p. 2140

¹⁷⁷ Sul punto v. RICCI G, *Le deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, diritto alla pausa, lavoro notturno e durata media della prestazione di lavoro*, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, pp. 466 ss.

II.B.4 La nuova disciplina dello straordinario.

In materia di lavoro straordinario, ferme le previsioni generali contenute nell'art. 2108 c.c., secondo cui " *In caso di prolungamento dell'orario normale, il prestatore di lavoro deve essere compensato per le ore straordinarie con un aumento di retribuzione rispetto a quella dovuta per il lavoro ordinario*" e " *I limiti entro i quali sono consentiti il lavoro straordinario e la misura della maggiorazione sono stabiliti dalla legge*", la normativa generale a cui fare riferimento è stata per lungo tempo quella contenuta nel già citato R.D.L. n. 692 del 1923. L'art. 5 di detto decreto disponeva in merito al lavoro straordinario che " *E' autorizzata quando vi sia l'accordo tra le parti, l'aggiunta alla giornata normale di lavoro, di un periodo straordinario che non superi le 2 ore al giorno e le 12 ore settimanali, o una durata media equivalente entro un periodo determinato, a condizione che, in ogni caso, il lavoro straordinario venga computato a parte e remunerato con un aumento di paga, su quella del lavoro ordinario, non inferiore al 10%*". Ebbene, considerato che la giornata normale di lavoro, così come previsto dall'art. 1 del R.D.L. medesimo, era di 8 ore giornaliere (48 ore settimanali, poi portate a 40 ore settimanali, con l'innovazione introdotta dall'art. 13 della legge n. 196/1997), ne conseguiva che il lavoro straordinario era quello che eccedeva tali limiti.

Il D. Lgs. n. 66/2003, all' art. 1, co. 2, lett. c), definisce invece il lavoro straordinario come " *il lavoro prestato oltre l'orario normale di lavoro così come definito all'art. 3*", e, dunque, quello prestato oltre le 40 ore settimanali, o, meglio, oltre la media delle 40 ore settimanali nel periodo di riferimento multisettimanale, non superiore all'anno¹⁷⁸. Pertanto, affinché una prestazione possa essere definita straordinaria, è necessario che il lavoratore, nella settimana o nel diverso periodo eventualmente stabilito dall'accordo collettivo, abbia completato l'orario normale. In effetti, il lavoro straordinario è sempre stato considerato quello che eccede l'orario massimo normale di lavoro, legale o contrattuale, per far fronte ad esigenze diverse rispetto a quelle legittimanti le deroghe alla durata normale del lavoro¹⁷⁹.

¹⁷⁸ TARTAGLIONE L., *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, n. 6, p. 425.

¹⁷⁹ *Cass. 17 febbraio 2000, n. 1773.*

Quindi, il disposto legislativo della riforma del 2003 cancella il limite ordinario giornaliero massimo, corrispondente un tempo a 8 ore, collocando in tal modo lo straordinario nella sola dimensione settimanale, secondo quanto dettato dall'art. 2, lett. c) e dall'art. 3 del D. Lgs. n. 66/2003. Ciò comporta che, ove vi sia un prolungamento della giornata lavorativa, senza che si superi il limite settimanale di cui all'art. 3, co. 1 (pari a 40 ore), non si avrà pagamento di alcuna maggiorazione. Analogo risparmio si otterrà, inoltre, ove la contrattazione collettiva, sulla scorta delle previsioni dell'art. 3, co. 2, del decreto in questione, riferisca l'orario normale "*alla media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno*", di modo che prestazioni settimanali più lunghe di 40 ore, possano essere compensate con permessi goduti in una diversa settimana nel corso del quadrimestre (o del diverso periodo stabilito dalla contrattazione collettiva). In questa ipotesi, quindi, lo straordinario viene staccato dalla stessa dimensione settimanale, per essere invece calcolato su base esclusivamente annua (o comunque multiperiodale)¹⁸⁰.

L'omissione dell'aggettivo "*massimo*" potrebbe inoltre fare chiarezza sulla configurabilità del lavoro c.d. *supplementare*, superando la dualità delle interpretazioni suggerite dalla lettera dell'art. 1, co. 1, del R.D.L. n. 692.

La prima, condivisa dalla maggior parte della dottrina¹⁸¹ e riproposta con riferimento all'art. 13, co. 1, della legge n. 196/1997, si fondava sul fatto che, di regola, l'efficacia riconosciuta dall'ordinamento giuridico ad una disposizione non può che dipendere dalla natura dell'atto in cui è contenuta e, pertanto, se essa è inserita in un contratto collettivo, non può assumere una rilevanza ai fini legali.

Ne conseguiva quindi che le ore lavorate, comprese tra l'orario normale massimo fissato dalla legge e quello inferiore previsto dai contratti collettivi, venivano qualificate lavoro c.d. *supplementare* e, di conseguenza, erano sottratte alle restrizioni, in primo luogo quantitative, previste dalla legge per il lavoro straordinario e soggette alla sola disciplina collettiva.

¹⁸⁰ FERRANTE V., *Commento agli artt. 5 e 6*, in NAPOLI M., *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, n. 6, 2004, p. 1308.

¹⁸¹ VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 134; MANGANIELLO E., *Novità in tema di orario di lavoro*, in *Occupazione e flessibilità, legge n. 196/1997 e provvedimenti attuativi*, a cura di GHERA E., Napoli, Jovene, 1998, p. 123.

La seconda interpretazione, fondata invece su una valorizzazione del precetto dell'art. 1, co. 1 del R.D.L. n. 692, quale limite preordinato alla determinazione negoziale dell'orario normale, affermava una saldatura del lavoro straordinario direttamente a quello contrattuale e subordinava, quindi, la configurabilità del c.d. lavoro supplementare ad una espressa precisazione in questo senso da parte dei contratti collettivi¹⁸². Il fatto che la legge n. 196/1997 e il D. lgs n. 66/2003 abbiano proceduto alla definizione normativa dell'orario normale, esclude la possibilità di configurare il limite legale quale vincolo esterno ad una definizione ad opera dell'autonomia individuale ed impone una determinazione legale migliorabile ad opera della contrattazione collettiva.

Sul punto del lavoro straordinario, l'art. 5 del decreto in esame dispone innanzitutto che *"Il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario deve essere contenuto"*. Tale obiettivo, fermo restando i limiti posti in materia di durata massima settimanale dell'orario di lavoro, è perseguito prevedendo che, in assenza di disciplina collettiva applicabile, il ricorso al lavoro straordinario sia ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore, per un periodo che non superi le 250 ore annuali (art. 5, co. 3). Ciò significa che la disciplina negoziale, cui rinvia il 2° comma dell'art. 5, può elevare, oltre che ridurre, il limite quantitativo da ultimo menzionato¹⁸³; inoltre, quella disciplina potrebbe anche imporre al singolo, attraverso un'apposita precisazione, lo svolgimento del lavoro straordinario, superando così il principio di volontarietà dello stesso, stabilito dall'art. 5, co. 3.

Il previgente art. 5 bis, co. 2, R.D.L. n. 692/1923 prevedeva poi, accanto al limite delle 250 ore annue, il concorrente limite delle 80 ore trimestrali. Attualmente tale limite è venuto a cadere per sopravvenuta inadeguatezza, in

¹⁸² FERRANTE V., *Nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Nuove leggi civ.*, 1998, p. 1314.

¹⁸³ Con riferimento a tali evenienze, si è ritenuto che la sanzione amministrativa prevista dall'art. 18-bis, co. 6, scatti al superamento del tetto negoziale, se superiore a quello legale, ovvero al superamento di quest'ultimo, ove i contratti collettivi abbiano invece previsto una soglia più contenuta. Al riguardo vedi ALLAMPRESE A., *Il lavoro straordinario*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 230; LELLA G., *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 573.

quanto si sarebbe difficilmente conciliato con il limite quadrimestrale (ovvero semestrale o annuale) di cui all'art. 4, commi 3 e 4¹⁸⁴.

Accanto alla disciplina "ordinaria", di cui ai commi 2° e 3°, l'art. 5 del decreto prevede, al co. 4, che il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario è "inoltre ammesso" (quindi anche in deroga al principio di volontarietà e al di là dei limiti quantitativi di 250 ore annue, che, peraltro, possono comunque essere elevati dai medesimi contratti) in presenza di tre causali giustificatrici predeterminate per legge.

La prima è integrata dai "casi di eccezionali esigenze tecnico-produttive e di impossibilità di fronteggiarle attraverso l'assunzione di altri lavoratori".

La seconda dai "casi di forza maggiore o casi in cui la mancata esecuzione di prestazioni di lavoro straordinario possa dare luogo ad un pericolo grave e immediato ovvero a un danno alle persone o alla produzione".

La terza da "eventi particolari come mostre, fiere e manifestazioni collegate alla attività produttiva, nonché allestimento di prototipi, modelli e simili, predisposti per le stesse, preventivamente comunicati agli uffici competenti e, in tempo utile, alle rappresentanze sindacali aziendali".

Per quanto concerne il trattamento retributivo, l'art. 5, co. 5, del decreto n. 66/2003 stabilisce che " il lavoro straordinario deve essere computato a parte e compensato con le maggiorazioni previste dai contratti collettivi di lavoro". Viene in tal modo abrogato il disposto di cui all'art. 5 R.D.L. n. 692/1923, secondo cui il lavoro straordinario doveva, "in ogni caso", venire remunerato con un aumento di paga, su quella del lavoro ordinario, non inferiore al 10%. La cancellazione di tale articolo, che aveva dato luogo in giurisprudenza ad una lunga *querelle*¹⁸⁵ consente, innanzitutto, una riduzione per via negoziale delle

¹⁸⁴ *Circ. Confindustria 22 aprile 2003, n. 17490, in Guida Lav., 2003, 22, 16.*

¹⁸⁵ Le questioni erano due: se per il lavoro intercorrente fra il limite contrattuale e quello legale (c.d. lavoro supplementare) dovesse applicarsi la maggiorazione di legge, o anche una inferiore, e se potesse farsi luogo al calcolo della maggiorazione attraverso sistemi diversi da quelli previsti dal legislatore. A riguardo del primo interrogativo, si è imposta una soluzione che rinvia alla volontà delle parti in concreto manifestata, in conformità, ad es., a quanto espresso da *Cass., sez. lav., 17 febbraio 2000, in Rep. Foro It., 2000, voce "Lavoro*

percentuali di maggiorazione retributiva, aprendo in tal modo la strada al ripetersi della nota prassi di compensare le ore straordinarie con percentuali che, solo in apparenza, costituiscono un incremento retributivo, poiché la base, su cui esse sono calcolate, risulta ridotta rispetto alla paga oraria effettivamente corrisposta per le ore di lavoro ordinario. Si tratta di un risultato che, anziché disincentivare il ricorso allo straordinario, finisce per conseguire l'effetto opposto, a motivo della maggiore convenienza che l'impresa riscontra nel prolungamento degli orari rispetto all'assunzione di nuovo personale. Ci si deve allora chiedere se continui a sussistere comunque un obbligo di maggiorazione retributiva per il lavoro straordinario, anche a fronte del fatto che il riferimento alla contrattazione collettiva, contenuto nel 5° comma, perde di significato nei rapporti istaurati senza un rinvio (implicito o esplicito) alle pattuizioni collettive. Al riguardo, per le ipotesi non ricomprese nel campo di applicazione dell'abrogato art. 5 R.D.L. n. 692 del 1923 la giurisprudenza di legittimità si era espressa nel senso di ritenere comunque sussistente un diritto alla maggiorazione, in quanto desumibile dalla previsione di cui all'art. 36 Cost., a fronte di una maggiore gravosità del lavoro¹⁸⁶, in ciò riprendendo un noto orientamento della giurisprudenza costituzionale che attribuisce al giudice ordinario il compito di individuare i limiti massimi per i lavoratori discontinui e per il personale direttivo¹⁸⁷.

Una recente pronuncia del Giudice delle leggi¹⁸⁸ ha, però, respinto l'interpretazione che coglieva nell'art. 36 Cost. la tutela della maggiore gravosità

(rapporto)", n. 117, secondo cui tale prestazione va "qualificata come straordinario e retribuita a norma dell'art. 2108 c.c., a meno che non venga provata l'esistenza di un accordo fra le stesse parti avente per oggetto il prolungamento dell'orario normale contrattuale fino al limite di quello normale legale o pattuito in sede collettiva". Riguardo al secondo quesito, la soluzione consolidatasi è riassunta, ad es., da Cass, sez. lav., 17 gennaio 2000, n. 453, in Rep. Foro It., 2000, p. 67, secondo cui "è ammessa l'utilizzabilità di altri meccanismi di calcolo" quando "in concreto consegua un trattamento migliorativo o comunque non peggiorativo di quello legale".

¹⁸⁶ Cass. Sez. lav., 20 marzo 1997, n. 2476, in Rep. Foro it., 1997, voce "Lavoro (rapporto)", n. 972, nonché Cass. Sez. lav., 23 agosto 1996, n. 7773, ivi, 1996, voce cit., n. 689, in relazione al personale direttivo, con un rinvio "all'integrità fisiopsichica garantita dalla Costituzione a tutti i lavoratori", nonché Cass., sez. lav., 14 aprile 2000, n. 4886, in Rep. Foro it., 2000, voce cit., n. 203, relativa al personale addetto ai trasporti di persone e di merci.

¹⁸⁷ Al riguardo Corte cost. n. 101/75 e n. 99/71. Secondo la Corte "in applicazione del principio costituzionale di tutela dell'integrità fisica del lavoratore, la disciplina della durata delle attività lavorative di tipo diverso dal lavoro discontinuo, ove manchi una normazione speciale, è sempre deducibile dall'ordinamento, secondo le disposizioni sulla legge in generale". Per la maggiore penosità del lavoro prestato su turni cfr. altresì Corte cost. 22 gennaio 1987, n. 16.

¹⁸⁸ La sentenza 22 novembre 2002, n. 470 può leggersi in Foro it., 2003, I, c. 1981 ss. con nota di CASOLA, Riflessioni sul lavoro straordinario dei ferrovieri dopo il nuovo intervento della Corte costituzionale.

del lavoro prestato oltre una soglia standard, legittimando una disposizione che, limitatamente ad alcuni settori finanziari a carico del bilancio statale, finiva con il consentire, per il lavoro straordinario, un compenso inferiore al lavoro ordinario. La legge, quindi, non conferisce più il diritto ad una maggiorazione retributiva minima ed automatica, ma lascia la fissazione del *quantum* alla totale disponibilità delle parti collettive¹⁸⁹.

Sembra allora inevitabile il ricorso al principio di proporzionalità della retribuzione alla quantità del lavoro prestato, sancito dall'art. 36, co. 1¹⁹⁰. In tale prospettiva, l'eventuale determinazione giudiziale che dovesse rendersi necessaria dovrà per forza essere parametrata sulle percentuali fissate dai contratti collettivi applicati nel medesimo settore o in settori contigui. Direttamente o indirettamente, dunque, saranno sempre i contratti collettivi a fissare la percentuale di maggiorazione retributiva, limitando la fonte legale ad una residuale disciplina di cornice.

Resta, comunque, un margine di incertezza rispetto all'ipotesi di mancanza di contratti collettivi applicabili al rapporto di lavoro; in tal caso è pacifico che la determinazione delle somme dovute a fronte del lavoro svolto oltre le 40 ore settimanali (cioè il limite normale valevole anche in assenza di contratti collettivi) possa essere richiesta al giudice in applicazione del combinato disposto dagli artt. 36, co. 1, Cost. e 2099, co. 2, c.c.: tuttavia, anche con riferimento a questa eventualità rimane l'interrogativo se il giudice sia comunque tenuto a liquidare un compenso proporzionalmente più elevato per le ore di lavoro straordinario ovvero se il magistrato possa anche attenersi ad un rapporto di stretta proporzionalità e riconoscere al lavoratore il diritto a percepire la sola retribuzione oraria, dal momento che l'art. 36, co. 1, Cost., non impone al giudice di operare una quantificazione separata delle singole voci retributive, quanto piuttosto di verificare la rispondenza del trattamento retributivo complessivamente percepito dal lavoratore rispetto ai criteri costituzionali della proporzionalità e della sufficienza¹⁹¹.

¹⁸⁹ BARRACO E., *Commento all'art. 5*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 2004, p. 222.

¹⁹⁰ FRANCI R., *L'orario di lavoro e le modalità della prestazione*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2003, p. 812.

¹⁹¹ Come ricorda anche ALLAMPRESE A., *Il lavoro straordinario*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 256, questa

L'art. 5, co. 5, inoltre, prevede che *"i contratti collettivi possono in ogni caso consentire che, in alternativa o in aggiunta, alle maggiorazioni retributive, i lavoratori usufruiscano di riposi compensativi"*. In quest'ultima ipotesi, le ore di lavoro straordinario prestate non si computano ai fini della media per il calcolo della durata massima settimanale dell'orario di lavoro, così come prevede il co. 2, dell'art. 6, del D. Lgs. n. 66. Il regime della *"banca ore"*, già diffuso nella contrattazione collettiva, non solo trova in tal modo un espresso riconoscimento, ma diviene altresì destinatario di una disciplina incentivante. Attraverso tale istituto, infatti, è stata introdotta la possibilità, per ciascun lavoratore, di accantonare individualmente le ore eventualmente prestate oltre l'orario normale di lavoro, salvo poi recuperarle in un secondo momento attraverso dei correlativi riposi compensativi, a meno che l'impossibilità sopravvenuta di usufruirne lasci la residua possibilità di monetizzare le stesse, secondo la misura stabilita per il compenso del lavoro straordinario¹⁹².

Sul profilo contributivo della banca ore, nulla dispone il D. Lgs. n. 66, dovendosi, in tal caso, ritenere invariato quanto previsto dall'art. 12, co. 9, della legge n. 153/1969, come riformato dall'art. 6, D. Lgs. n. 314/1997, secondo cui l'utilizzo della banca ore comporta una deroga al principio generale di competenza dell'obbligazione contributiva. L'obbligazione contributiva, pertanto, può essere differita, senza incorrere in sanzioni, al mese di godimento dei riposi compensativi, per quanto attiene alla contribuzione ordinaria, o a quello della monetizzazione delle ore accantonate e non godute (principio di cassa), per quanto attiene sia alla contribuzione ordinaria, sia, per le imprese interessate,

tematica è stata affrontata, anche se indirettamente, in due recenti interventi della Corte costituzionale. Nel primo di essi (*Corte cost.*, 17 giugno 1999, n. 242, in *Lav. Giur.*, 1999, 739, con nota di Fili) il giudice della legge ha rilevato come un'ora di lavoro straordinario risulti *"notoriamente più gravosa"* rispetto alla prestazione ordinaria. Nella seconda sentenza (*Corte cost.* 22 novembre 2002, n. 470, in *Lav. Giur.*, 2003, 649, con nota di Pantano), la Corte costituzionale ha però puntualizzato come la considerazione secondo la quale il lavoro straordinario comporterebbe inevitabilmente un incremento della retribuzione oraria rispetto a quella accordata per la normale prestazione lavorativa ha una portata *"più descrittiva, che prescrittiva"*, considerata anche la rilevanza (sia pure meramente parametrica) che in questa materia viene riconosciuta alla contrattazione collettiva. Pertanto, la Corte ha concluso riallacciandosi al suo precedente insegnamento secondo il quale *"il silenzio dell'art. 36 Cost. sulla struttura della retribuzione e sull'articolazione delle voci che la compongono significa che è rimessa insindacabilmente alla contrattazione collettiva la determinazione degli elementi che concorrono a formare, condizionandosi a vicenda, il trattamento economico complessivo dei lavoratori, del quale il giudice potrà poi essere chiamato a verificare la corrispondenza ai minimi garantiti dalla norma costituzionale"* (*Corte cost.* 28 aprile 1994, n. 164, in *Foro it.*, 1994, I, 1647).

¹⁹² TARTAGLIONE L., *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, n. 6, p. 426.

alla contribuzione aggiuntiva¹⁹³. Di conseguenza, il momento impositivo per la contribuzione previdenziale e assistenziale, relativo alle ore di straordinario, è il seguente: per le ore straordinarie retribuite (con la prevista maggiorazione contrattuale), lo stesso mese di esecuzione; la contribuzione ordinaria e aggiuntiva segue il consueto principio della competenza e le consuete modalità (il relativo valore, sempre che al soggetto non si debba applicare un salario convenzionale, concorre a formare reddito imponibile per il calcolo della contribuzione ordinaria e si somma alle altre retribuzioni del mese, nel rispetto dei minimali e massimali previsti dalla legge).

Per le ore straordinarie accantonate nella banca ore, la contribuzione, solo quella ordinaria, verrà assolta unitamente alla retribuzione corrente del mese di godimento del riposo compensativo.

In caso di monetizzazione delle ore accantonate, invece, la contribuzione, ordinaria e aggiuntiva, verrà assolta unitamente alla retribuzione corrente del mese di pagamento delle ore maturate. In tale ipotesi, quindi, occorre verificare per le imprese industriali, in quale misura è dovuta la contribuzione aggiuntiva riferita alle ore straordinarie¹⁹⁴. Le eventuali ore straordinarie effettuate nel mese di monetizzazione vanno conteggiate a parte e la relativa contribuzione aggiuntiva va versata secondo i consueti criteri.

Infine, l'art. 17, co. 5, del decreto in questione, sancisce una serie di deroghe alla suddetta disciplina del lavoro straordinario. Sono esclusi dall'ambito di applicazione di tale disciplina i lavoratori (ai quali infatti non si applica il regime dell'orario normale settimanale) la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle particolari caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata (o misurabile), non è predeterminata (o predeterminabile) ovvero può essere determinata dai lavoratori stessi, ed in particolare, dirigenti e personale direttivo delle aziende o altre persone aventi potere di decisione autonomo, manodopera

¹⁹³ GAROFALO D., *Il d. Lgs. n. 66/2003 sull'orario e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *Lav. Giur.*, 2003, n. 11, p. 1011.

¹⁹⁴ L'INPS, con circolare del 17 febbraio 2000, n. 39, ha precisato che per le imprese industriali detta contribuzione vada versata imputando, convenzionalmente, le ore monetizzate alle fasce contributive settimanali del mese in cui è effettuato il pagamento delle ore.

familiare, lavoratori del settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose, lavoratori a domicilio e tele-lavoratori.

Restava in vigore, in quanto disciplina speciale ai soli fini contributivi, la previsione normativa di cui all'art. 2, co. 18 e 19, della legge n. 549/1995, secondo la quale l'esecuzione di lavoro straordinario comporta, per le imprese con più di 15 dipendenti, il versamento a favore del Fondo prestazioni temporanee dell'INPS di un contributo aggiuntivo pari al 5% della retribuzione spettante per le ore di straordinario compiute; contributo che può essere innalzato, per le imprese industriali con più di 15 dipendenti, al 10% per le ore eccedenti le 44 ore ed al 15%, indipendentemente dal numero di dipendenti, per le ore eccedenti le 48¹⁹⁵. Pare, infatti, che le materie formanti oggetto del D. Lgs. n. 66/2003 e della legge n. 549/1995 non siano sovrapponibili. Mentre il decreto, come si evince dallo stesso titolo, si occupa di *"taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro"*, andando quindi ad incidere sul piano del rapporto individuale di lavoro e sulle relazioni sindacali, la legge n. 549 del 1995 contiene determinate *"misure di razionalizzazione della finanza pubblica"*, in relazione al diverso piano della fiscalità generale e della politica economica. In altre parole si ritiene che la legge n. 545/1995 abbia forgiato una nozione specifica (e cioè ai soli fini contributivi) di lavoro straordinario¹⁹⁶, come reso evidente dall'inciso *"ai fini dell'applicazione del comma diciannovesimo"*, che apre l'art. 2, co. 18, della legge da ultimo citata.

Il governo Prodi, nel protocollo sul welfare, ha eliminato la contribuzione aggiuntiva del 5%, 10% e 15% sullo straordinario eccedente le 40, 44 e 48 ore, a carico delle imprese industriali.

¹⁹⁵ TARTAGLIONE L., *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, n. 6, p. 426; BONATI G., *Campo di applicazione, definizioni, orario normale, durata, lavoro straordinario*, in *Guida Lav.*, 2003, n. 17, 32; DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. XVII.

¹⁹⁶ ALLAMPRESE A., *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro. Quadro normativo e poteri individuali*, Kluwer-IPSOA, 2003, p. 112.

II.B.4.bis Le novità introdotte dal D.L. n. 93 del 27 maggio 2008.

Il D.L. 27 maggio 2008, n. 93, *"Misure urgenti in materia fiscale"*¹⁹⁷, reca importanti novità in relazione alla detassazione del lavoro straordinario e dei premi aziendali. Si introduce, infatti, per tutti i lavoratori dipendenti del settore privato (per ora rimane escluso il pubblico impiego), con reddito annuo del 2007 inferiore ai 30.000= . euro, una tassazione fissa per i redditi da lavoro straordinario e/o collegati alla produttività (con una franchigia di importo pari ad €. 3.000=.) del 10%. Gli sgravi partiranno da luglio in busta paga per il primo periodo di sperimentazione che scadrà a fine 2008.

Con questa misura –ripetiamo di natura sperimentale- il Governo ha inteso *"premiare la crescita delle componenti meritocratiche e la parte del salario che si collega alla flessibilità organizzativa delle imprese"*, come affermato dal neo Ministro del Welfare, Sacconi. Inoltre, la detassazione *"incoraggia"* la riforma del modello contrattuale che da qui a breve sarà al centro del confronto tra sindacati e imprese. A trarre vantaggio saranno in primo luogo i lavoratori, mentre l'impresa ci guadagnerà in termini di crescita della produttività e di sviluppo di relazioni industriali basate sulla condivisione degli obiettivi.

Naturalmente, diverse e contrastanti sono state le dichiarazioni dei leaders del sindacato: Epifani, leader della CGIL, ritiene che il provvedimento divida i lavoratori, tra pubblici e privati, e non serva ad aumentare la produttività oraria; Polverini, rappresentate dell'UGL, mostra alcune perplessità pur apprezzando la scelta di un provvedimento sperimentale e della inclusione di premi e incentivi che evita la penalizzazione eccessiva per le donne; Angeletti, UIL, ritiene tale proposta rispondente alla richiesta di puntare sulla crescita dei salari e della produttività; Bonanni, CISL, definisce interessante la proposta, in quanto serve per stimolare consumi bassi e sostenere l'accordo tra sindacati ed imprese ma richiede l'estensione del provvedimento anche ai lavoratori del pubblico impiego.

Bisognerà comunque attendere i prossimi mesi per poter valutare i reali effetti di tale disposizione.

¹⁹⁷ Pubblicato sulla G.U. n. 124 del 28 maggio 2008.

II.B.4.1 I nuovi obblighi procedurali per il lavoro straordinario.

L'art 4. co. 5, D. Lgs. n. 66/2003 pone un limite di carattere procedurale al ricorso al lavoro straordinario. Viene infatti previsto che *"in caso di superamento delle 48 ore di lavoro settimanale, attraverso prestazioni di carattere straordinario, per le unità produttive che occupano più di 10 dipendenti il datore di lavoro è tenuto ad informare la Direzione provinciale del lavoro –Settore ispezione del lavoro– competente per territorio"*. Ai contratti collettivi viene conferita la possibilità di stabilire le *"modalità"* con cui effettuare le comunicazioni. A fronte della possibilità, prevista dal medesimo art. 4, commi 3 e 4, di calcolare la durata massima settimanale dell'orario di lavoro con riferimento ad un periodo che può arrivare sino a 4 mesi (o 6 o addirittura 12, nel caso di deroghe collettive), la predetta comunicazione andrà effettuata soltanto *"alla scadenza del periodo di riferimento di cui ai precedenti commi 3 e 4"*. In effetti è solo in quel momento, cioè *ex post*, sulla base di un calcolo complessivo delle ore lavorate nell'arco temporale di riferimento che si può avere contezza del superamento delle 48 ore settimanali¹⁹⁸.

La nuova previsione unifica il sistema degli obblighi procedurali, che in passato risultavano differenziati a seconda che si trattasse di imprese non industriali e di datori di lavoro non imprenditori (tenuti al rispetto delle procedure dettate, in via generale, negli artt. 8 e 9, co. 3 ss., R.D. n. 1955/1923 e, per le aziende agricole, negli artt. 5 e 7, co. 3 ss., R.D. n. 1956/1923), ovvero di imprese industriali (per le quali operava l'art. 5-bis, co. 1, R.D.L. n. 692/1923, come sostituito dalla legge n. 409/1988¹⁹⁹, nonché il D.M. 3 agosto 1999, emanato ai sensi dell'art. 1, co. 2-bis, della stessa L. n. 409)²⁰⁰.

Come è evidente, la norma recepisce la logica di fondo della legge n. 409, poiché non prevede alcuna procedura autorizzativa ma solo un obbligo di

¹⁹⁸ DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 22, p. XVIII.

¹⁹⁹ Il testo del citato art. 5-bis, co. 1, era il seguente: *"Nelle imprese industriali, in caso di superamento delle 45 ore settimanali, attraverso prestazioni di lavoro straordinario, il datore di lavoro informa, entro 24 ore dall'inizio di tali prestazioni, la Direzione provinciale del lavoro –Settore ispezione del lavoro – competente per territorio, che vigila sull'osservanza delle norme di cui al presente articolo"*.

²⁰⁰ LECCESE V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d. Lgs. n. 66/2003, come modificato dal d. Lgs. n. 213/2004, I working papers del Centro Studi di diritto del lavoro Europeo "Massimo D'Antona" n. 40/2006*, consultabile sul sito internet www.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione, p. 46.

comunicazione successiva. Peraltro, essa si differenzia dai contenuti di tale legge, per diversi e rilevanti profili. Innanzitutto, la comunicazione oggi è dovuta in caso di superamento, con prestazioni straordinarie²⁰¹, delle 48 ore settimanali e non più delle 45; sono soggetti obbligati, tutti i datori di lavoro e non più le sole imprese industriali; l'obbligo concerne solo le unità produttive che occupino più di 10 dipendenti; la comunicazione va resa non più entro 24 ore dallo svolgimento delle prestazioni straordinarie, ma solo entro 30 giorni²⁰² dal termine del periodo di riferimento quadrimestrale, previsto dall'art. 4, co. 3, per il rispetto del limite medio complessivo di 48 ore ovvero, qualora i contratti collettivi abbiano fatto uso della facoltà di deroga concessa dal citato articolo, al termine del semestre o dell'anno; è scomparsa, quanto ai termini e alle modalità di effettuazione delle comunicazioni, la previsione che rinviava la loro determinazione ad un apposito D. M., per i *"casi in cui i contratti collettivi di lavoro riferiscono l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo plurisettimanale"* (art. 1, co. 2-bis, L. n. 409).

Rispetto al passato è altresì scomparso l'obbligo di informazione sindacale. L'art. 5-bis, co. 3-bis, R.D.L. n. 692/1923 prevedeva che, nei casi di ricorso al lavoro straordinario a fronte di eccezionali esigenze tecnico-produttive o per forza maggiore, il datore di lavoro dovesse darne comunicazione *"entro 24 ore dall'inizio di tali prestazioni, alle rappresentanze sindacali unitarie, ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali e, in mancanza, alle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale"*. Ebbene, anche quest'obbligo di informazione, relativa alle sole imprese industriali, è venuto meno.

In sostanza, anche sotto il profilo degli obblighi di informazione, si è avuto un allentamento dei vincoli rispetto alla normativa previgente, con conseguente affievolimento degli organi ispettivi e maggiore liberalizzazione del ricorso al lavoro straordinario. E' anche vero però che la complessiva disciplina degli

²⁰¹ E' quindi evidente che non è dovuta alcuna comunicazione se il superamento avvenga esclusivamente mediante il ricorso alla distribuzione multiperiodale, preventivamente autorizzata dai contratti collettivi ai sensi dell'art. 3.

²⁰² Questa puntualizzazione, assente dal testo originario del D. Lgs. n. 66, è stata introdotta dal D. Lgs. n. 213/2004. Pertanto sono ormai superate le diverse valutazioni espresse in proposito nelle Circolari Ministero Lavoro del 30 luglio 2003, n. 27 e dell'11 settembre 2003; al contrario, la modifica legislativa non incide sulle indicazioni fornite dalla citata Circ. n. 27/2003, con riferimento ai contenuti della comunicazione.

obblighi di comunicazione non fa altro che riflettere fedelmente l'ambigua natura dell'odierno lavoro straordinario, la cui individuazione è molto spesso possibile solo "a consuntivo"²⁰³. Del resto, la tesi secondo cui "qualora sia stato adottato il regime dell'orario multiperiodale l'individuazione del lavoro straordinario possa farsi solo a consuntivo, cioè alla fine del periodo di compensazione contrattualmente stabilito", è ora avallata dalla stessa giurisprudenza di legittimità²⁰⁴.

Le differenze tra l'art. 5-bis, co. 1, del R.D.L. n. 692/1923 e l'art. 4, co. 5 del D. Lgs. n. 66/2003, lungi dall'essere soltanto formali, sono un indizio della *ratio* completamente diversa delle due norme. La prima rappresentava infatti lo strumento individuato dal legislatore per assicurare un monitoraggio continuo sull'effettuazione di lavoro straordinario nelle imprese industriali, al fine di verificare il rispetto dei limiti previsti e di garantire il contenimento dello stesso, in una fase in cui l'attenzione generale era focalizzata sulla riduzione dell'orario di lavoro, come strumento per combattere la disoccupazione. La nuova norma, al contrario, prevede una comunicazione formale di limitato interesse per gli organi ispettivi, che potranno utilizzarla come un semplice campanello d'allarme rispetto al quale verificare la proporzionale riduzione dell'orario nel resto del periodo su cui calcolare la media; un allarme assai flebile peraltro, se si considera che, alla luce della circ. Min. Lav. n. 27 del 30 luglio 2003, l'individuazione dei lavoratori che hanno superato le 48 ore deve essere soltanto "numerica e cumulativa", impedendo sostanzialmente all'organo di controllo di operare una valutazione sulla base dei contenuti delle comunicazioni. Tale soluzione, tuttavia, potrebbe rivelarsi un *boomerang* per le aziende, atteso che i servizi ispettivi potrebbero decidere di verificare la corretta gestione degli orari attraverso un accesso ispettivo in azienda, che avrebbero potuto evitare se tutti gli elementi necessari fossero stati inseriti nella comunicazione ex art. 4.

²⁰³ Sulla relazione tra la natura del lavoro straordinario e l'attenuazione degli obblighi di informazione vedi TIRABOSCHI M. –RUSSO A., *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/CE*, in *Guida Lav.*, n. 17, 2003, p. 19.

²⁰⁴ *Cass. 4 dicembre 2000, n. 15419*, in *LG*, 2001, 436, con nota di MARTINUCCI G., *Il lavoro straordinario nell'orario multiperiodale*, sostiene infatti che il lavoro straordinario debba "essere calcolato nell'arco della settimana di calendario ovvero, qualora il contratto collettivo lo preveda, entro il più lungo arco temporale ultrasettimanale".

C) - Le ferie annuali.

L'art. 10 del D. Lgs.vo n. 66/2003 detta la nuova disciplina in materia di ferie annuali. Tale disposizione non supera definitivamente la disciplina previgente: essa fa espressamente salvo (al 1° comma) quanto previsto dall'art. 2109 c.c., che rientra quindi tra quelle "*disposizioni espressamente richiamate*" che restano sottratte, ex art. 19, co. 2 (come modificato dal D. Lgs. n. 213/2004), all'ampio effetto abrogativo prodotto da tale disposizione.

Anzi, l'art. 10 – nella versione anteriore al decreto correttivo – si limitava a prescrivere lo stretto necessario per ottemperare alle prescrizioni dell'art. 7 della direttiva 93/104/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 23 novembre 1993 (assorbita dalla direttiva consolidata 2003/88/CE del Parlamento europeo²⁰⁵ e del Consiglio del 4 novembre 2003) e rappresentava a sua volta la pedissequa trasposizione di quanto era stato concordato fra le parti sociali nell'Avviso comune del 12 novembre 1997. Il D. Lgs. n. 213/2004 ha dato maggior corpo all'impianto normativo, lasciando inalterato il rapporto con la disciplina anteriore. Essa era, innanzitutto, rappresentata dall'art. 36, co. 3, Cost., che tutela il diritto del lavoratore ad un periodo di ferie annuali retribuite cui lo stesso non può rinunciare.

L'art. 2109, co. 2, c. c., dispone poi che la durata delle ferie è fissata dalla legge, dai contratti collettivi, dagli usi e secondo equità; che il momento di godimento delle ferie è stabilito dal datore di lavoro che deve tenere conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del lavoratore; che il periodo feriale deve essere possibilmente continuativo; che il periodo feriale deve essere retribuito. Inoltre, la Convenzione OIL n. 132 del 24 giugno 1970 (ratificata con L. 10 aprile 1981, n. 157) prevedeva un periodo minimo di tre settimane di cui due da godere ininterrottamente, aggiungendo che la fruizione del periodo bisettimanale

²⁰⁵ La direttiva n. 2003/88/CE, pubblicata sulla G.U.U.E., del 18 novembre 2003, raccoglie e coordina le disposizioni contenute nella direttiva n. 93/104/CE alla luce delle successive modifiche ed integrazioni, in particolare quelle apportate dalla direttiva n. 2000/34/CE e le sostituisce rispettandone la sostanza e limitandosi a raggruppare le tematiche e ad apportarvi le sole modificazioni formali rese necessarie dall'opera di codifica. Il testo coordinato della direttiva n. 2003/88 si segnala per l'evidenza attribuita all'organizzazione dell'orario di lavoro in funzione della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori durante il lavoro "*un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere meramente economico*". Alla luce di questo principio, la direttiva regola i periodi minimi di riposo giornaliero, settimanale e ferie annuali.

"dovrà essere accordata e usufruita entro il termine di un anno al massimo, e il resto del congedo annuale pagato entro il termine di diciotto mesi, al massimo, a partire dalla fine dell'anno che dà il diritto al congedo". Inoltre "ogni parte di congedo annuale che superi un minimo stabilito potrà, con il consenso della persona impiegata interessata, essere rinviata, per un periodo limitato, oltre i limiti indicati" in precedenza.

Il D. Lgs. n. 66/2003 si è inserito in questo contesto normativo disponendo che *"il prestatore di lavoro ha diritto a un periodo di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane".* A questa previsione l'art. 1, co. 1, lett. d) del decreto correttivo n. 213/2004, ha aggiunto che *"tale periodo, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva o dalla specifica disciplina riferita alle categorie di cui all'art. 2, co. 2, va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione".*

Il legislatore delegato è quindi intervenuto nel 2004 riscrivendo il primo comma della norma in esame stabilendo un doppio limite massimo per il godimento delle quattro settimane di ferie: l'anno di maturazione per le prime due settimane; i 18 mesi successivi per le restanti due settimane. Il nuovo art. 10, co. 1, tuttavia, fa salvo il potere derogatorio della contrattazione collettiva. Il legislatore, difatti, ha previsto la facoltà per l'autonomia collettiva di intervenire sul profilo assai rilevante della collocazione delle due settimane di ferie, senza fissare alcun paletto a tale facoltà²⁰⁶.

Anche in questo caso, dunque, sembrerebbe configurarsi un potere di deroga illimitato a favore della contrattazione collettiva. In realtà, va innanzitutto ribadito che, come chiarito dalla dottrina, tale facoltà, ove interpretata in senso *bidirezionale*, non dovrebbe comunque comportare *"la compressione del diritto al godimento infra-annuale delle prime due settimane di ferie"*, se non con i limiti fissati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 453 del 1990²⁰⁷ (in questa

²⁰⁶ Di *"una logica di esasperata flessibilizzazione"* a questo proposito parla DEL PUNTA R., *La nuova disciplina delle ferie*, in LECCESE V., (a cura di) *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 399.

²⁰⁷ CARABELLI U.-LECCESE V., *Introduzione*, par. II.2, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004.

sentenza la Corte costituzionale ha affermato che il godimento infra-annuale dell'intero periodo di ferie deve essere contemperato con le esigenze di servizio che hanno carattere di eccezionalità o comunque con esigenze aziendali serie), a pena di nullità delle clausole in questione.

A ciò va aggiunto, in relazione alle ulteriori due settimane di ferie, che la contrattazione collettiva non potrà comunque consentire alle parti del rapporto individuale (e, tanto meno, al potere unilaterale del datore di lavoro) il rinvio a tempo indeterminato della loro fruizione²⁰⁸. Ciò contrasterebbe, infatti, non soltanto con una corretta interpretazione del dato costituzionale, ma anche con la *ratio* della direttiva comunitaria²⁰⁹.

La norma è palesemente strutturata sul modello dell'art. 9, par. 1, della convenzione OIL: la prima quota minimale di ferie è evidentemente individuata come quella la cui fruizione tempestiva è indispensabile per proteggere la salute del lavoratore ampiamente intesa; per la seconda, invece, si dà spazio alla flessibilità organizzativa del datore di lavoro, che disporrà di margini abbastanza ampi per posizionare al meglio il periodo feriale di ciascun dipendente, fatti salvi eventuali ed ulteriori limiti previsti in sede contrattuale.

Il D. Lgs. n. 66/2003 ha inoltre introdotto per la prima volta in Italia, in modo espresso, il divieto di monetizzare il periodo di ferie corrispondente alle quattro settimane previste dalla legge, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro nel corso dell'anno (art. 10, co. 2). Le clausole dei contratti collettivi contrarie devono ritenersi nulle di diritto perché contrarie a norma imperativa di legge. Per quanto riguarda i contratti a tempo determinato, di durata inferiore all'anno, è sempre ammissibile la monetizzazione delle ferie.

²⁰⁸ DEL PUNTA R., *La nuova disciplina delle ferie*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 400 ss.; vedi anche *Corte cost. 19 dicembre 1990, n. 543*, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 541, sentenza che sancisce che "il diritto alle ferie può essere compresso solo quando l'esigenza di servizio sia contrassegnata da una motivata eccezionalità".

²⁰⁹ "Le ferie annuali retribuite costituiscono un diritto sociale direttamente conferito dalla direttiva ad ogni lavoratore in quanto prescrizione minima necessaria per assicurare la tutela della sua sicurezza e della sua salute", *CGCE 26 giugno 2001, C-173/99*, in *Not. Giur. lav.*, 2001, 694.

CAPITOLO III

Il D. Lgs. n. 213/2004.

III.1 La travagliata vicenda dell'art. 19 del D. Lgs. n. 66/2003.

La formulazione originaria dell'art. 19, co. 2, del D. Lgs. n. 66/2003, ha rappresentato un chiaro esempio della scarsa attenzione mostrata dal legislatore per l'apparato sanzionatorio²¹⁰; piuttosto che riscrivere le sanzioni connesse all'inosservanza delle nuove norme sull'orario di lavoro, il legislatore delegato del 2003 aveva preferito richiamare genericamente le norme sanzionatorie esistenti²¹¹, salvandole dall'abrogazione prevista, per tutte le altre norme precedenti, dal medesimo art. 19 e provocando, contestualmente, un inestricabile dilemma interpretativo sulla scelta delle sanzioni applicabili alle nuove fattispecie, risolto solo con il successivo, indispensabile, intervento correttivo del D. Lgs. n. 213/2004.

Tutto questo è avvenuto nonostante la previsione contenuta nell'art. 2, co. 1, lett. c), della legge delega, la L. n. 39/2002, all'interno del quale il legislatore delegante si era soffermato con grande puntigliosità sul sistema sanzionatorio connesso alle innovazioni apportate dai futuri decreti legislativi, stabilendo l'obbligo per il legislatore delegato di prevedere apposite "sanzioni amministrative e penali per le infrazioni ai decreti stessi" ed indicando i limiti massimi e minimi ed i criteri di determinazione delle sanzioni. Tale norma pareva dunque destinata a produrre un intervento dettagliato in materia di sistema sanzionatorio.

Il legislatore delegato del 2003, al contrario, ha completamente ignorato le indicazioni previste nella prima parte dell'art. 2 ed ha presumibilmente preso in considerazione esclusivamente l'ultimo periodo della stessa disposizione, nel

²¹⁰ DE FELICE A., *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Napoli, 2003, p. 14.

²¹¹ SOPRANI P., *Orario di lavoro: alcuni nodi da sciogliere*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 29/2003, p. 1956, il quale rileva che, seguendo una interpretazione strettamente letterale, l'utilizzazione della formula "disposizioni aventi carattere sanzionatorio" comporterebbe addirittura il mantenimento in vita, oltre che della sanzione in senso stretto, anche del precetto e quindi della fattispecie illecita, con il risultato che il decreto legislativo n. 66/2003 non avrebbe in concreto alcuna incidenza pratica. Sul punto v. anche la completa e approfondita ricostruzione di LELLA G., *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 540 ss.

quale si stabilisce *che "in ogni caso saranno previste sanzioni identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni che siano omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi"*.

La soluzione prescelta dal legislatore delegato appariva discutibile sotto il profilo della tecnica utilizzata, in quanto il procedimento, oltre che del tutto inusuale, non appariva in linea con i principi generali che caratterizzano un corretto sistema sanzionatorio, primo fra tutti quello di legalità. Tale scelta infatti costringeva l'operatore a procedere in via interpretativa all'individuazione di tutte quelle fattispecie sanzionatorie che potevano ritenersi in vigore, in quanto riferite ad ipotesi di violazioni amministrative e penali sostanzialmente coincidenti con quelle previgenti e aventi la medesima oggettività giuridica²¹², dovendosi ricavare che tutte le altre fattispecie, ancorché aventi carattere sanzionatorio, anche se non abrogate, fossero di fatto inefficaci in quanto non più ricollegabili ad alcuna disposizione o meglio ad alcun precetto rinvenibile nella nuova normativa.

Con l'introduzione dell'art. 18-bis viene quindi colmata una evidente lacuna del legislatore concernente la disciplina dell'orario di lavoro in quanto si riesce a dare piena effettività alla normativa essenziale assicurando un apparato sanzionatorio sufficientemente certo e definito, in linea con i principi di tipicità e tassatività che devono caratterizzare le previsioni sanzionatorie penali e amministrative.

La formulazione scelta dall'art. 19, nella sua versione originaria, poneva dunque problemi assai delicati circa il rispetto dei principi previsti dalla legge delega, che avrebbero dovuto essere risolti riconoscendo la loro completa inattuazione in sede di normativa delegata, con conseguente illegittimità della stessa (e in questo senso si erano espressi difatti alcuni commentatori)²¹³.

²¹² Sembra utilizzare la tecnica del mosaico, a mo' di intarsio, anche CAIAZZA L.- CAIAZZA R., *Orario di lavoro: abrogazioni, norme vigenti e sanzioni*, in *Guida al lavoro*, 2003, p. 16; LECCESE V., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro alla luce del D. Lgs. n. 66/2003*, relazione al convegno "Le nuove regole del lavoro nella legge Biagi", Milano, 30 ottobre 2003, p. 24 ss.; RAUSEI P., *Le sanzioni in materia di orario di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 25/2003, p. 1646.

²¹³ SOPRANI P., *Orario di lavoro: alcuni nodi da sciogliere*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, p. 1953.

I dubbi circa la legittimità della norma, come prevista nel testo originario dell'art. 19, co. 2, non erano peraltro limitati al rispetto della delega, ma si estendevano alle scelte concrete operate dal legislatore delegato. Il nodo centrale era difatti rappresentato dalla scelta eccentrica di abrogare le norme sostanziali previgenti, lasciando in vigore le sole norme sanzionatorie, così da configurare il D. Lgs. n. 66 come un complesso di norme primarie che dettano comportamenti obbligatori, privo però di un proprio sistema di norme secondarie che ne garantiscano l'attuazione. Dall'altra parte, invece, si lasciavano in vigore norme secondarie collegate a violazioni non più presenti nel sistema e che avrebbero dovuto essere ricondotte ad altre norme primarie in via interpretativa (a questo proposito Soprani parla di un vero e proprio *monstrum* giuridico)²¹⁴. Il compito di mettere in relazione le norme primarie contenute nel D. Lgs. n. 66 con quelle secondarie contenute nelle vecchie discipline su orario di lavoro, lavoro notturno, straordinario, riposi, ferie, era così attribuito all'interprete ovvero all'autorità competente ad applicare le sanzioni, in assenza di qualsiasi indicazione sugli strumenti da utilizzare e sulle modalità da seguire.

Questa scelta utilizzata dal legislatore ha suscitato seri dubbi sia sul piano del rispetto delle norme costituzionali, che su quello del rispetto dei principi generali che informano la materia delle sanzioni. L'art. 19, co. 2, nella parte relativa al sistema sanzionatorio, appariva ad alcuni in contrasto con i principi suddetti. Non a caso un autorevole commentatore, alla luce di considerazioni dello stesso tenore di quelle suesposte, aveva giudicato la clausola di salvezza priva di qualsiasi *"ragion d'essere e di efficacia concreta"* e aveva affermato *"l'inefficacia del sistema sanzionatorio, che rende al presente privo di tutela interna l'inosservanza delle disposizioni del D. lgs. n. 66 del 2003"*²¹⁵.

La maggior parte dei commentatori, tuttavia, aveva optato per una soluzione diversa, nel tentativo di salvare, almeno in parte, l'apparato sanzionatorio previgente, sottolineando la necessità di *"evitare che l'intera disciplina, che investe anche profili di tutela sostanziale dei lavoratori, rimanga*

²¹⁴ SOPRANI P., *Orario di lavoro: alcuni nodi da sciogliere*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, p. 1956.

²¹⁵ SOPRANI P., *Orario di lavoro: alcuni nodi da sciogliere*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, p. 1953.

*sfornita di qualunque deterrente sanzionatorio*²¹⁶, attraverso un'attenta opera di interpretazione, guidata dalla consapevolezza che, in sede di esegesi, tra le varie ipotesi possibili, avrebbe dovuto evidentemente prevalere quella più aderente al dato costituzionale ed ai principi generali dell'ordinamento. Così, sia pure con risultati assai diversi a seconda dell'interpretazione proposta, era prevalsa l'idea che occorresse ricondurre i nuovi precetti alle vecchie sanzioni, nel rispetto di una coincidenza, più o meno accentuata, a seconda dell'interprete, tra vecchi e nuovi precetti.

Questa ricostruzione, tuttavia, pur condivisibile da un punto di vista teleologico, non poteva consentire all'interprete di sostituirsi ad un legislatore distratto. Il processo interpretativo di individuazione delle sanzioni applicabili ai nuovi precetti non poteva dunque essere condotto violando il principio di tassatività. L'unica possibilità di utilizzare le norme sanzionatorie contenute nelle discipline abrogate era rappresentata dal caso in cui vi fosse un'assoluta identità delle fattispecie di illecito amministrativo, tale da garantire, tanto ai destinatari della norma, quanto agli organi di controllo, una ragionevole certezza circa il collegamento in via interpretativa tra norma primaria e norma secondaria.

Non a caso ha parlato di identità delle condotte vietate la Suprema Corte in una sentenza che riguardava l'applicazione di sanzioni collegate ad una norma sostanziale abrogata e sostituita da una nuova norma con identico precetto²¹⁷. In questa sentenza, riguardante un rinvio ad elementi normativi desumibili da fonti di rango comunitario, la Cassazione ha affermato che *"se la disposizione richiamata viene sostituita da una nuova disposizione, che lasci invariata quella precedentemente in vigore, la modifica non fa venire meno l'identità delle condotte vietate e, conseguentemente, la trasposizione della sanzione dalle norme anteriori a quelle successivamente emanate non si pone in contrasto con alcuna delle esigenze che il principio di legalità -sancito in via generale in tema di sanzioni amministrative dall'art. 1 della L. n. 690 del 1981- è diretto a salvaguardare"*. Identità che, dunque, non può significare semplice similitudine o affinità tra le norme, costruita sulla base di una presunta *ratio* del legislatore che

²¹⁶ PENNESI P., *Il regime sanzionatorio applicabile e i nuovi obblighi procedurali*, Relazione al Convegno Paradigma su *"Le nuove regole del lavoro nella legge Biagi"*, dattiloscritto, 2003

²¹⁷ Cass. 22 agosto 1997, n. 7854

l'interprete voglia attribuirgli. Non potrà infatti richiamarsi -come ha chiarito la Corte nella medesima sentenza- un'identità di *ratio* tra le due norme sostanziali, atteso che in materia il principio di legalità trova la sua specificazione anche nel divieto di analogia (art. 1, co. 2, della L. n. 689 del 1981). Il confronto, al contrario, deve essere operato in maniera vigorosa avendo ben presente il nuovo dato normativo ed evitando di accorpare fattispecie che presentano differenze assai più significative di quanto si voglia riconoscere. In conclusione, ha affermato la Corte, *"la modifica anche solo parziale delle disposizioni richiamate, renderebbe la sanzione inapplicabile, poiché altrimenti essa verrebbe ad essere applicata a fatti diversi da quelli originariamente contemplati"*. Assolutamente condivisibile anche in relazione al caso di specie, con la conseguenza che il processo interpretativo avrebbe dovuto essere coerente con tale interpretazione restrittiva dei margini di azione concessi all'interprete.

In questo quadro di assoluta incertezza, erano stati più volte richiesti interventi chiarificatori da parte dell'autorità competente, nella speranza che le indicazioni provenienti dall'organo chiamato a verificare il rispetto dei precetti ed a comminare le sanzioni in caso di violazione potessero rappresentare un punto di riferimento a partire dal quale garantire maggiori margini di certezza all'interprete. Questo intervento non è mai arrivato, probabilmente perché, fin dalle prime settimane successive all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 66, si era diffusa la convinzione che il Governo avesse già messo in cantiere un decreto correttivo che, con ben altra forza cogente rispetto ad una circolare ministeriale, ponesse definitivamente rimedio ai problemi sollevati dal testo originario. Il legislatore, difatti, utilizzando i termini offerti dall'art. 1, co. 4, della Legge delega n. 39 del 2002 (*"entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dalla presente legge, il Governo può emanare, con la procedura indicata nei commi 2 e 3, disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi emanati ai sensi del comma 1"*), ha preferito intervenire direttamente con il nuovo D. Lgs. n. 213 del 2004, che ha completamente riscritto le norme relative al sistema sanzionatorio in materia di lavoro.

III.2 Il sistema sanzionatorio introdotto con l'art. 18 bis.

In linea generale il nuovo quadro sanzionatorio non presenta stravolgimenti rispetto al precedente assetto normativo in quanto viene confermata la natura amministrativa di quasi tutte le sanzioni, con la sola eccezione della tutela delle lavoratrici madri e di alcune categorie di lavoratori in riferimento alla adibizione al lavoro notturno e alla relativa tutela sanitaria.

Per quanto riguarda gli illeciti amministrativi, in particolare, si è proceduto mediante un intervento di razionalizzazione delle fattispecie preesistenti, con la riproposizione delle ipotesi sanzionatorie in materia di comunicazione del superamento dell'orario massimo di lavoro, di lavoro straordinario, di riposo settimanale, di superamento dell'orario di lavoro notturno e l'introduzione di nuove fattispecie relative al superamento della durata media dell'orario settimanale di lavoro e alla mancata concessione del riposo giornaliero e delle ferie.

Si possono così distinguere due gruppi di disposizioni sanzionatorie: le sanzioni connesse a violazioni di disposizioni omogenee a quelle previgenti e quelle connesse alla violazione di precetti introdotti *ex novo* dal D. Lgs. n. 66 del 2003. Si tratta di una scelta del legislatore delegato frutto di una corretta interpretazione delle indicazioni contenute nell'art. 2, co. 1, lett. c), della legge delega n. 39 del 2002, laddove si prevedeva, come già accennato, che *"...in ogni caso saranno previste sanzioni identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni che siano omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi"*.

Per quanto riguarda le disposizioni omogenee a quelle esistenti, il nuovo art. 18-*bis* ha confermato le sanzioni edittali esistenti nella disciplina previgente, pur provvedendo –a differenza di quanto previsto nel testo originario- ad inserire il testo della sanzione all'interno del nuovo disposto legislativo. Da questo punto di vista il D. Lgs. n. 213 del 2004 garantisce, dunque, una continuità nell'individuazione della sanzione applicabile alle fattispecie omogenee a quelle previgenti, aiutando l'interprete a gestire la fase assai delicata connessa al passaggio da una disciplina sanzionatoria all'altra.

Per quanto concerne i precetti non omogenei, o introdotti *ex novo* nell'ordinamento (ad es., il riposo giornaliero, ex art. 7), si è proceduto a fissare nuove sanzioni, la cui entità è stata determinata tenendo conto dei limiti minimi e massimi fissati dalla legge delega. Infatti l'art. 2, co. 1, lett. c), della legge delega n. 39/2002, ha stabilito che *"... Le sanzioni penali, nei limiti, rispettivamente, dell'ammenda fino a 103.291 euro e dell'arresto fino a tre anni, saranno previste, in via alternativa o congiunta, solo nei casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi generali dell'ordinamento interno, ivi compreso l'ecosistema. In tali casi saranno previste: la pena dell'ammenda alternativa all'arresto per le infrazioni che espongano a pericolo o danneggino l'interesse protetto; la pena dell'arresto congiunta a quella dell'ammenda per le infrazioni che arrechino un danno di particolare gravità. La sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 103 euro e non superiore a 103.291 euro sarà prevista per le infrazioni che ledano interessi diversi da quelli sopra indicati"*.

In conclusione, si può affermare che il sistema delle sanzioni amministrative delineato nel nuovo testo dell'art. 18-*bis*, offre finalmente agli operatori un apparato sanzionatorio all'interno del quale è possibile individuare, per quasi tutte le fattispecie sostanziali previste nel D. Lgs. n. 66/2003, una corrispondente norma sanzionatoria.

Il testo attuale dell'art. 19 e quello dell'art. 18-*bis* hanno decisamente migliorato la situazione nella parte relativa alle sanzioni, mentre permangono da sciogliere i nodi relativi alle abrogazioni, rispetto alle quali il legislatore non ha ritenuto opportuno intervenire, continuando ad obbligare l'interprete ad una complessa opera di ricostruzione delle fattispecie ancora in vigore, che non può essere sufficiente a dare certezze agli operatori²¹⁸.

Va sottolineato anche che il nuovo art. 18-*bis*, dedicato al sistema sanzionatorio in materia di orario di lavoro, è stato introdotto nell'ordinamento dopo l'approvazione della riforma organica dei servizi ispettivi (D. Lgs.

²¹⁸ LELLA G., *Art. 18-bis; art. 19, commi 1 e 2. Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in *LECCESE V.* (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 515.

n. 124/2004), e, conseguentemente, l'attuazione delle sanzioni ivi previste risente della diversa articolazione del procedimento ispettivo.

III.2 Vigilanza sull'orario di lavoro.

Come ogni attività di vigilanza, anche quella sull'orario di lavoro, che si caratterizza, in modo quasi esemplare, per una oggettiva difficoltà e onerosità (in termini di tempo da impiegare per l'indagine e di energie investigative necessarie), muove da una corretta programmazione: un'azione di primaria importanza nella efficace ed efficiente organizzazione degli interventi finalizzati a controlli istituzionali funzionalmente dedicati al contrasto del lavoro sommerso e alla emersione e regolarizzazione dei rapporti di lavoro.

Si potranno così determinare opzioni differenziali di non esigua incidenza tanto con riferimento alla sorgente dell'ispezione che si va a programmare (su richiesta di intervento piuttosto che su iniziativa d'ufficio), tanto con riguardo alla metodologia dell'ispezione stessa (svolta in forma coordinata, congiunta o integrata con altri organismi di vigilanza), tanto, infine, con riferimento al soggetto da ispezionare (azienda di grandi o piccole dimensioni).

Una buona programmazione dunque è alla base di una valida impostazione dell'intervento ispettivo, anche in materia di orario di lavoro, al fine di concentrare al meglio le energie della vigilanza che si intendono impegnare: così, ad esempio, programmare un'ispezione concernente il rispetto dei limiti legali dell'orario di lavoro presupporrà una idonea selezione delle aziende da sottoporre a verifica, previo attento esame – a cura del responsabile del servizio ispettivo o, in alternativa, dell'unità operativa della vigilanza – delle comunicazioni periodiche del superamento dei limiti inviate alla Direzione provinciale del lavoro, per effetto dell'obbligo imposto ai datori di lavoro dall'art. 4, co. 5, del D. Lgs. n. 66 del 2003.

Accanto alla programmazione si pone, per ordine di importanza, la preparazione dell'intervento di vigilanza programmato²¹⁹: l'ispettore incaricato dovrà assumere su di sé tutte le informazioni che si attagliano al caso concreto dell'azienda che si appresta a verificare, con peculiare riferimento ai precedenti ispettivi e sanzionatori a carico della stessa (ad es. al fine di constatare l'eventuale recidiva circa gli obblighi in materia di lavoro straordinario), ma anche con riguardo alla contrattazione collettiva, nazionale e integrativa (territoriale o aziendale), adottata presso il soggetto che si va ad ispezionare (ad es. per puntualizzare le specifiche normative contrattuali rispetto ai periodi di riferimento per il calcolo della media o anche per la constatazione delle modalità di adempimento all'obbligo di comunicazione)²²⁰.

Programmata e preparata l'ispezione i funzionari di vigilanza incaricati dell'accertamento ispettivo si predispongono all'accesso e alla conseguente attività investigativa, che si può così schematizzare:

- acquisizione delle dichiarazioni dei lavoratori trovati intenti al lavoro: sarà cura del personale ispettivo ascoltare i lavoratori circa lo svolgimento delle prestazioni di lavoro nelle singole dislocazioni orarie giornaliere, settimanali, periodiche e annuali; dovrà essere specificamente richiesto:
 - come vengano comunicate le variazioni dell'orario di lavoro, - se esiste e in che modo viene attuata una turnazione, - lo svolgimento di eventuale lavoro straordinario, - l'articolazione multiperiodale dell'orario, con specifico riferimento a periodi di inattività o di minore orario settimanale e/o giornaliero, - quale sia l'orario normalmente svolto e in base a quali fasce orarie giornaliere e settimanali, - quanti e quali riposi giornalieri e/o settimanali vengano effettivamente goduti e in quali giornate, - l'articolazione delle pause, - se venga effettuato lavoro notturno e da

²¹⁹ Il Codice di comportamento degli Ispettori del Lavoro (D.D. 20 aprile 2006), all'art. 6, co. 1, espressamente afferma: "Al fine di evitare inutili rallentamenti durante l'accertamento ed in rapporto alla tipologia di intervento da effettuare, l'indagine ispettiva deve essere preceduta da una fase preparatoria diretta a raccogliere tutte le informazioni e la documentazione inerente il soggetto da sottoporre a controllo". Vedi anche PENNESI P. – PAPA D., *Personale ispettivo: nuovo codice di comportamento*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2006, p. 17, inserto.

²²⁰ Circa l'importanza della contrattazione si veda SPOLVERATO G., *Contrattazione collettiva e attuazione normativa*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2006, p. 23; TIRABOSCHI M., *La riforma dell'orario di lavoro. Quale ruolo per la contrattazione collettiva*, in *Contratti & contrattazione collettiva*, 2003, V, p. 72; CAIAZZA L. – CAIAZZA R., *La nuova organizzazione dell'orario di lavoro*, Buffetti, Roma, 2005, pp. 46-78.

chi, - se vengono effettuate le visite mediche per i lavoratori notturni, - se le ferie vengono fatte godere individualmente o collettivamente e in quale misura, - secondo quali criteri vengono fatte godere le ferie non fruita nell'anno di maturazione, - il verificarsi di eventuali assenze periodiche ricorrenti o prolungate da parte di singoli dipendenti;

- acquisizione ed esame della documentazione di lavoro: - il riferimento alla documentazione obbligatoria di lavoro, in materia di orario, riguarda essenzialmente il libro paga, nelle sue due sezioni "presenze" e "paga", e le comunicazioni periodiche obbligatorie del superamento dei limiti dell'orario settimanale; in particolare dovrà essere verificato nel libro paga, sezione "presenze" (o nel "libro presenze", ove separatamente istituito e vidimato)²²¹ se: - sono indicati i nominativi e il numero di matricola dei lavoratori, - sono indicate le ore lavorate di ciascun giorno, - sono evidenziate separatamente le ore di lavoro ordinarie e straordinarie, - sono evidenziati specificamente i motivi delle assenze, - sono segnati i riposi settimanali e le ferie godute, - sono indicate le ore lavorate in regime di turnazione e in notturno, - sono rilevate le pause, - è considerato tempo di lavoro anche quello per le attività preparatorie²²²,

²²¹ Nell'esaminare il libro o i fogli presenze, i funzionari ispettivi ministeriali dovranno tenere presente quanto acclarato dalla giurisprudenza circa il valore probatorio di tali documenti di lavoro. In effetti, con *sentenza n. 15618 dell'11 agosto 2004*, la *Corte di Cassazione, Sezione Lavoro*, ha riconosciuto il valore di confessione stragiudiziale alla sottoscrizione da parte del lavoratore di un foglio presenze indicante l'orario prestato -secondo la *Suprema Corte-* il dipendente rende una dichiarazione che, se prodotta dall'azienda in una causa di lavoro, ha il valore di una confessione stragiudiziale e forma quindi piena prova contro chi l'ha sottoscritta. Per far venir meno il valore probatorio di siffatta dichiarazione, dunque, non sarà sufficiente dimostrare, mediante prova per testi, la diversa effettiva durata della prestazione lavorativa, trovando applicazione l'art. 2732 c.c., a norma del quale la confessione può essere revocata solo se viene provato dal lavoratore che ha sottoscritto il foglio presenze che la sua sottoscrizione è addebitabile ad un errore di fatto o ad una violenza subita, e cioè che alla stessa è stato indotto contro la sua volontà.

²²² In questo senso il personale ispettivo potrà fare riferimento agli orientamenti giurisprudenziali formati in materia, specie con riguardo alla *sentenza n. 5701 del 22 marzo 2004*, della *Corte di Cassazione, Sezione Lavoro*, secondo la quale "il tempo impiegato per raggiungere il tempo di lavoro rientra nell'attività lavorativa vera e propria (e va quindi sommato al normale orario di lavoro come straordinario), allorché sia funzionale rispetto alla prestazione". La *Suprema Corte* afferma che "sussiste il carattere di funzionalità nel caso in cui il dipendente, obbligato a presentarsi presso la sede aziendale, sia poi di volta in volta inviato in diverse località per svolgere la sua prestazione lavorativa". Di norma, peraltro, il periodo di tempo che intercorre per raggiungere il luogo di lavoro non è considerato nell'ambito dell'orario della prestazione lavorativa, essendone estraneo; tale regola generale, tuttavia, trova una rilevante eccezione quando il tempo impiegato per il raggiungimento del luogo di lavoro rientra nell'attività lavorativa vera e propria in quanto (e solo quando) tale trasferimento è direttamente funzionale alla prestazione. D'altra parte, il computo nell'orario di lavoro dei periodi durante i quali, in effetti, non si esplica una vera e propria prestazione lavorativa, ma si svolgono attività funzionalmente destinate a quella, viene (seppure non pacificamente) riconosciuto dalla giurisprudenza e, in alcuni ambiti, dallo stesso Legislatore: periodi in cui l'attività lavorativa non viene prestata per pausa (recupero delle energie psicofisiche, in caso di attività qualificate particolarmente faticose); momenti di attesa non lavorata

- sono rilevati i riposi compensativi concessi in ragione del lavoro straordinario espletato; con riferimento al libro di paga "sezione paga" (ovvero ai prospetti di paga e al foglio di riepilogo mensile), andranno parimenti verificate le seguenti circostanze: indicazione delle ore effettivamente lavorate, - computo separato delle ore di lavoro straordinario, - indicazione e calcolo delle maggiorazioni retributive (per straordinario, turno, notturno, festivo), indicazione di permessi, ferie ed eventuali riduzioni di orario (cd. rol) con evidenziazione dell'effettivo godimento e delle ore maturate ma non godute, - corrispondenza con i dati registrati nella sezione presenze; infine, riguardo alle comunicazioni obbligatorie del superamento dei limiti, esse dovranno essere verificate nella loro tempestività e nei contenuti sostanziali (ove ciò non sia avvenuto nella fase di preparazione dell'ispezione) al fine di indirizzarne correttamente la verifica sul libro presenze.

Acquisite le dichiarazioni e visti i documenti in originale, l'indagine prosegue con la fase dell'accertamento vero e proprio che viene condotto sostanzialmente secondo i seguenti filoni:

- a) verificando i dati risultanti dalle registrazioni relative alle presenze (cartellini marcatempo, cartoline orologio, fogli o libri presenze) rispetto ai limiti massimi e medi dell'orario di lavoro, al normale orario di lavoro, ai riposi settimanali, alle ferie, al ricorso al lavoro straordinario;
- b) incrociando i dati emersi dalle dichiarazioni dei lavoratori con le risultanze del libro presenze (coincidenza o differenza su : ore lavorate, riposi settimanali, lavoro straordinario);
- c) incrociando i dati comunicati alla Direzione provinciale del lavoro ai sensi dell'art. 4, co. 5, del D. Lgs. n. 66/2003, con le registrazioni sul libro presenze nei periodi di riferimento (verifica del superamento dei limiti massimi per uno o

(timbratura cartellino, strisciata badge); periodi impiegati per spostamenti nell'ambito del luogo di lavoro o per lo svolgimento della prestazione; cd. "*tempo tuta*" (vestizione o svestizione, quando le esigenze aziendali impongono di indossare particolari indumenti per lo svolgimento della prestazione lavorativa). In particolare, con riferimento a quest'ultima fattispecie, la giurisprudenza sembra consolidarsi nell'affermare che "*anche le attività preparatorie, come la vestizione di una divisa, rientrano nella nozione di attività di lavoro e il tempo di vestizione di una divisa rientra nella nozione di orario di lavoro quando l'obbligo di vestizione sia imposto dal datore di lavoro con pregnanti disposizioni circa il tempo e il luogo di esecuzione, sicché l'esecuzione dell'obbligo di vestizione possa dirsi eterodiretta*" (Cass., Sez. lav., 21 ottobre 2003, n. 15734).

più dipendenti, verifica di settimane con limiti oltrepassati ma non fatte oggetto di comunicazione);

d) incrociando i dati riportati e valorizzati nei prospetti di paga con quelli evidenziati nel libro presenze (corrispondenza o incongruenza rispetto a: ferie, riposi, ore di lavoro straordinario, di lavoro a turni o in notturno e relative maggiorazioni retributive);

e) verificando la corrispondenza dei dati valorizzati nei prospetti di paga e/o nel libro presenze con le disposizioni normative imposte dalla contrattazione collettiva (ai vari livelli), specie riguardo alle previsioni in materia di: orario normale di lavoro, flessibilità e regimi di orario multiperiodale, durata massima della prestazione di lavoro, periodi di riferimento per il calcolo della media, modalità della comunicazione alla Direzione provinciale del lavoro, retribuzione differenziale dei tempi di lavoro, riposi compensativi e lavoro straordinario, banca ore, eccezioni e deroghe al riposo settimanale, fruizione delle pause giornaliere, regime delle ferie in orari multiperiodali, modalità di ricorso al lavoro notturno, criteri di identificazione dei lavoratori ai quali non può essere imposto il lavoro notturno, periodo di riferimento per il computo dei limiti del lavoro notturno.

All'esito dell'accertamento, i funzionari ispettivi procederanno a rilevare ed eventualmente a contestare le singole inosservanze, per poi avviarsi, secondo le specificità proprie delle diverse fattispecie di violazione, alternativamente, a:

- diffidare il datore di lavoro ad adempiere e regolarizzare (art. 13, D. Lgs. n. 124/2004)²²³,
- accertare l'illecito amministrativo e contestare/notificare la violazione al trasgressore (art. 14, L. 689/1981)²²⁴,
- accertare il reato contravvenzionale commesso dal datore di lavoro e procedere con la prescrizione obbligatoria (art. 15, D. Lgs. n. 124/2004) e con l'informativa all'Autorità Giudiziaria (art. 347 c.p.p.)²²⁵.

²²³ Per un approfondimento all'istituto vedi RAUSEI P., *La diffida obbligatoria – Natura, requisiti e limiti di operatività*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2006, 22, inserto.

²²⁴ Su questi profili si rinvia a RAUSEI P., *La nuova ispezione in azienda*, *Dir. Prat. Lav.*, 2004, 4; PAPA D., *L'ispezione del lavoro in azienda*, Fag, Milano, 2006.

²²⁵ Riguardo al sistema penale in materia di lavoro e alla prescrizione obbligatoria si rimanda a RAUSEI P., *Il sistema penale in materia di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, 44, inserto, X-XI; PAPA D., *La prescrizione obbligatoria*, in MONTICELLI C. L. – TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2004, 291 ss.

CAPITOLO IV

La sicurezza del lavoro

IV.1 Prestazione lavorativa e tutela prevenzionistica.

Non c'è alcun dubbio che l'orario di lavoro sia una variabile direttamente incidente sulle condizioni di vita e di lavoro, valutazione espressa sia nella sede internazionale (punti 7, 8 e 19 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata dal Consiglio europeo il 9 dicembre 1989; 6° considerando della Direttiva 93/104/Ce), sia da parte del Ministero del Lavoro italiano (Circolare del 6 novembre 2001, in tema di lavoro interinale).

L'indicazione specifica che la materia dell'orario di lavoro rientra nell'ambito della sicurezza del lavoro si ricava anche dal testo della Direttiva 2000/34/Ce (5° considerando), nella parte in cui si raccomanda agli Stati membri di adottare tutti gli strumenti utili al fine di proteggere la salute e la sicurezza dei lavoratori sul luogo di lavoro *"non perché lavorano in particolari settori o svolgono una particolare attività, ma per il fatto stesso che si tratta di lavoratori"*; cosicché il legislatore comunitario ha valutato che l'adozione di prescrizioni minime relative all'organizzazione dell'orario di lavoro avrebbe potuto migliorare le condizioni di lavoro e meglio garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori.

La diretta incidenza della durata temporale della prestazione lavorativa (non disgiunta dalla tipologia della stessa) sull'integrità psicofisica del lavoratore è, d'altro canto, la *ratio* che sta alla base della previsione di pause per i lavoratori addetti a postazioni di lavoro munite di videoterminale, oltre che ingrediente fondamentale del principio generale consacrato già nell'art. 5 del D. Lgs. n. 626 del 1994 ed oggi ripreso dall'art. 20 del recentissimo D. Lgs. n. 81 del 2008 (nuovo T.U. sulla sicurezza), che così recita: *"Ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni e omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro"*.

IV.2 D. Lgs. n. 66/2003: valenza applicativa trasversale.

Il D. Lgs. n. 66 del 2003 assume, dunque, una valenza applicativa necessariamente trasversale e proprio al fine di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori, di consentire una più attuale distribuzione dei tempi di vita e di lavoro e di garantire eque condizioni di sicurezza tra le imprese nel mercato comunitario, prevede un sistema di limiti alla durata della prestazione lavorativa (art. 4 – Durata massima dell'orario di lavoro) organizzati in modo flessibile.

Il criterio di calcolo basato sulla durata media dell'orario di lavoro individua il limite entro il quale deve considerarsi rispettato il principio della tutela della salute e della sicurezza del lavoro, indipendentemente dalla durata effettiva del rapporto di lavoro.

Anche il sistema dei riposi settimanali, disciplinato dall'art. 9 (periodo di riposo di almeno 24 ore consecutive, ogni 7 giorni, di regola coincidenti con la domenica), se è pur vero che subisce una fitta serie di eccezioni, tuttavia fa ritenere in alcun modo superabili *"i limiti di ragionevolezza con particolare riguardo alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori"*²²⁶.

Perfino l'articolato regime delle deroghe di cui all'art. 17, in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno, durata massima settimanale, deve essere concepito con finalità strumentale al rispetto dei prevalenti inderogabili principi di protezione suesposti. La specifica indicazione ricavabile dal sistema è che la deroga è stata legislativamente prevista al fine di consentire una organizzazione dell'orario di lavoro compatibile con le primarie esigenze di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, cosicché, conformemente alla condivisibile valutazione espressa dal Ministero del lavoro *"la facoltà di deroga potrà essere esercitata solo qualora non vi sia altro modo, quindi altra modalità organizzativa dell'orario di lavoro, per sopperire alle esigenze indicate"*.

L'esercizio di tale facoltà non potrà perciò costituire un facile espediente per non modificare l'organizzazione degli orari, ma dovrà porsi quale

²²⁶ Circ. n. 8/2005 Ministero Lavoro e Politiche Sociali

imprescindibile completamento ed ottimizzazione di tale preesistente assetto organizzativo del lavoro.

CONCLUSIONI.

Alla luce della disamina della normativa attualmente in vigore sulla tematica dell'orario di lavoro non è pertanto agevole formulare un giudizio di segno univoco sulla sua validità o meglio, apprezzabilità, in senso positivo o negativo. La finalità principale della norma è la costante ricerca di flessibilità, tendenza oggettiva del nostro ordinamento, in un mondo caratterizzato dal fenomeno della globalizzazione, che investe in pieno l'impresa (e di conseguenza il lavoro), sempre più dominata dalla variabilità del mercato e dalla pressante richiesta della cd. *"flessibilità operativa"*.

Per sostenere la crescita ed incrementare la produzione occorre sicuramente lavorare di più, non solo a livello complessivo, cioè in termini di numero di persone impiegate (secondo il vero obiettivo della legge Biagi), ma anche a livello qualitativo, espresso in numero di ore lavorate per anno. In questa prospettiva un primo intervento (a costo zero) non può che avvenire in relazione al regime degli orari di lavoro, che ha una maggiore e immediata incidenza su produttività aziendale e innovazione organizzativa.

E' però fondamentale contemperare l'esigenza di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori e l'incremento della produzione, derivante da una maggiore flessibilità in materia di orario di lavoro.

A questo proposito occorre sottolineare l'esistenza di alcuni caratteri della normativa vigente per un verso peggiorativi, che portano ad una sorta di arretramento delle tutele preesistenti, tuttavia ciò non significa che tale arretramento costituisca violazione della clausola di *"non regresso"* contenuta nella normativa comunitaria, atteso che gli Stati membri hanno il dovere di *"fissare, alla luce dell'evoluzione della situazione, disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e convenzionali diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva (88/2003/Ce) siano rispettati"*.

Conclusioni

Bisogna tenere in prioritara considerazione la circostanza che le modalità di condizionamento temporale della prestazione lavorativa possono avere ripercussioni negative sulla sicurezza e la salute dei lavoratori e che l'organizzazione del lavoro secondo il ritmo imposto dall'orario deve comunque tener conto del principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano (e non il contrario).

Tuttavia il problema della durata massima della giornata lavorativa, pur strettamente collegato alla tutela della sicurezza dei lavoratori, non è al centro dell'attuale dibattito sindacale e, soprattutto, politico, in quanto in controtendenza con le sempre maggiori esigenze di flessibilità dei sistemi produttivi. Infatti la fissazione di un limite rigido ed insuperabile della giornata lavorativa se, da un lato contribuirebbe a prevenire il rischio di infortuni sul lavoro o, comunque, di danni alla salute, renderebbe, però, più complesso il ricorso, da parte delle imprese, ad un utilizzo degli impianti estremamente variabile dal punto di vista temporale o le costringerebbe, ove volessero utilizzarli più intensamente, ad assumere più lavoratori.

Alla luce dei sempre più frequenti incidenti sul lavoro, fenomeno che non si riesce ad arginare (e del quale ci si ricorda solo a seguito di ripetute tragedie), è necessario che la questione del limite massimo dell'orario di lavoro giornaliero venga nuovamente affrontata e non sia considerata soltanto una secondaria e cavillosa questione tecnico-giuridica. La tragedia della Thyssenkrupp di Torino deve indurre il legislatore a dedicare la propria attenzione al problema e la dottrina a ripensare in modo critico alla eccessiva elasticità –o meglio leggerezza– con cui è stata affrontata l'interpretazione della normativa ordinaria e costituzionale in materia di durata massima della giornata lavorativa.

Ci si chiede quindi se sia possibile l'opportunità di un perdurante silenzio legislativo in materia di durata massima della giornata lavorativa mentre al contempo si alimenta la spinta verso un ricorso massiccio agli straordinari, attraverso la soppressione del contributo aggiuntivo che le imprese con più di 25 dipendenti erano chiamate a pagare in caso di superamento delle quaranta ore settimanali (decreto mille-proroghe) e la recente introduzione della detassazione sugli straordinari e sui premi aziendali.

Conclusioni

L'aspirazione dei lavoratori a buste paga più ricche (e quindi la loro assuefazione a frequenti e rilevanti incrementi dell'orario di lavoro giornaliero) non può e non deve costituire una giustificazione sufficiente per tali scelte ma dimostra la necessità di garantire, da parte del legislatore, interessi generali, tra cui, in particolar modo, la salute. Bisogna perciò assicurare che gli interessi collettivi siano difesi sulla base di processi democratici ed è perciò insostituibile ed indispensabile l'intervento del legislatore, cui compete la fissazione di limiti certi in materia di durata massima della giornata lavorativa, invalicabili sia dall'autonomia collettiva sia da quella individuale.

E' pertanto auspicabile una revisione dell'apparato normativo, che tenga in considerazione le diverse e contrarie esigenze del contesto produttivo e delle logiche aziendali e le necessità di tutela dei bisogni fondamentali dell'uomo, quali appunto la salute e la sicurezza.

APPENDICE.

Quale sia il segno dell'attuale politica dell'Unione europea riguardo al mondo del lavoro -perfettamente in linea con governi di "*destra*", come quello francese, il cui programma è spiccatamente ostile al movimento sindacale e ai lavoratori stabili o precari che rappresenta, oppure di "*sinistra*" come quello inglese o di "*centro*" come quello tedesco di Grosse Koalition- è reso quanto mai esplicito dall'accordo conclusosi nella notte fra il 9 ed il 10 giugno dai Paesi aderenti all'Unione. Ennesimo esempio di allineamento al ribasso -cioè sul testo meno favorevole ai lavoratori- delle legislazioni dei singoli paesi. L'accordo prevede che la durata dell'orario lavorativo settimanale può perfino superare le 48 ore e che il "*tempo di guardia*" (ad esempio le ore effettuate dal personale medico e paramedico negli ospedali) non viene contabilizzato come tempo effettivo di lavoro.

La CES, Confederazione Europea dei Sindacati, ha immediatamente reagito, sottolineando in un comunicato del suo segretario, John Monks, che un tale accordo è inaccettabile sia per quanto riguarda il tempo di guardia sia a causa del permanere dell'*opt-out* nel Regno Unito, dove il lavoratore può firmare una clausola individuale di non partecipazione ad accordi collettivi che prevedono una limitazione dell'orario di lavoro. La decisione dell'Unione arriva a poca distanza da quella del governo francese, che ha di fatto svuotato la legge voluta dal governo Jospin (1997-2002) e firmata da Martine Aubry, figlia di Jacques Delors -che stabiliva che la durata legale dell'orario di occupazione settimanale fosse di 35 ore- dando libero corso al lavoro straordinario, con evidenti ripercussioni sull'occupazione, quella vera, e alimentando una "*guerra dei poveri*" fra precari, lavoratori a tempo parziale e lavoratori a orario completo con retribuzioni reali sempre più basse.

Lo stesso orario settimanale legale di 48 ore previsto dalla legislazione vigente in Europa viene completamente svuotato di significato, dato che la durata massima di tale orario potrà raggiungere anche 60 o 65 ore, alla sola condizione che il lavoratore interessato accetti di derogare, a titolo individuale, all'orario legale (l'*opt-out*, appunto). Ma non è tutto, perfino le 60 o 65 ore potranno essere superate da singoli dipendenti o nel caso di convenzioni

collettive, rendendo assolutamente inefficaci le conquiste storiche ottenute a prezzo di dure lotte dal movimento sindacale nell'arco di tutto il XX secolo e tentando di fare girare all'indietro la ruota della storia, riattualizzando un'epoca in cui nelle fabbriche si lavorava 12 ed anche 14 ore, con le conseguenze per la salute e per le famiglie, oltre che per la società intera, che tutti conosciamo e che pensavamo, a torto, di aver relegato in un oscuro quanto drammatico passato.

Anche il corollario di questo accordo, che prevede la possibilità per il datore di lavoro di non contabilizzare, e dunque non retribuire, le ore durante le quali il dipendente resta a sua disposizione, capovolge una prassi vecchia di decenni che aveva visto il riconoscimento del tempo, direttamente o indirettamente impegnato dal dipendente in relazione all'attività lavorativa, come orario di lavoro a tutti gli effetti, compreso quello della retribuzione. Su quest'ultimo punto l'accordo stipulato fra i Paesi dell'Unione europea è tanto più scandaloso, se si considera che due sentenze della giustizia europea sanciscono che il *"tempo di guardia"* deve essere integralmente calcolato come tempo di lavoro e che la maggioranza degli Stati europei sono soggetti a procedure di infrazione, in special modo per quanto riguarda la professione medica. L'aumento dell'orario effettivo unito alla diminuzione del potere d'acquisto dei salari e alla loro stagnazione, da quando la dottrina neoliberista ha conquistato il mondo, rendono palese il significato reale di slogan come *"lavorare di più per guadagnare di più"* (nell'ormai lontano '68 si pensava fosse possibile *"lavorare meno, lavorare tutti"*), che pure ha sedotto milioni e milioni di lavoratori sostenitori col voto dei demagoghi che li diffondevano.

Nonostante nessuna legislazione riguardante il lavoro abbia mai impedito l'esistenza di un'illegalità diffusa, soprattutto in Italia, dove si stima che l'economia sommersa sia pari ad un 30% del PIL, dove i lavoratori totalmente o parzialmente in nero sono milioni, dove l'evasione contributiva è in proporzione, dove l'evasione fiscale collegata è valutata nell'ordine di 150 miliardi di euro annui, accordi di segno manifestamente regressivo come questo rappresentano un incoraggiamento gravissimo a quanti intendono trasformare il contratto collettivo di lavoro in accordo individuale e il posto di lavoro in missione temporanea, a quanti vogliono che il lavoro dei migranti oggi, e di tutti gli altri

domani, sia svolto a discrezione degli imprenditori e dei loro interessi, come agli albori della rivoluzione industriale.

Al momento del voto, cinque paesi -Spagna, Belgio, Grecia, Ungheria, Grecia e Cipro- si sono astenuti, confidando in modifiche da parte del Parlamento europeo. Soddisfatta invece la Commissione europea. *"Abbiamo creato maggiore sicurezza e migliori condizioni per i lavoratori, pur mantenendo la flessibilità di cui l'industria ha bisogno e che i lavoratori vogliono per conciliare vita familiare e lavorativa"*, ha detto il commissario Ue agli Affari sociali Vladimir Spidla.

Soddisfatta anche il sottosegretario al Lavoro Francesca Martini: *"Abbiamo espresso il nostro decisivo voto favorevole che ha permesso il raggiungimento della maggioranza qualificata"*, sottolinea. Adesso la parola passa all'Europarlamento: *"Spero sinceramente che questo accordo solido troverà una maggioranza nella plenaria"*, auspica Spidla.

"In Italia non cambierà nulla". Così il Ministro del Welfare, Maurizio Sacconi, chiarisce la situazione in Italia dell'orario del lavoro rispetto all'accordo dei ministri Ue. In una intervista a Repubblica, Sacconi precisa che *"i contratti continueranno ad avere un ruolo centrale nel fissare gli orari di lavoro"*. Per il ministro la direttiva europea, infatti, *"non modifica in alcun modo il ruolo primario della contrattazione collettiva in Italia ai fini della definizione dell'orario di lavoro. La direttiva consente il cosiddetto "opting out" a favore della contrattazione individuale ove non ci sia la contrattazione collettiva. Ma questo non è il caso dell'Italia dove anche le pause durante l'attività rientrano nell'orario di lavoro"*.

Il testo della nuova direttiva (che ora sarà sottoposto al parlamento europeo) decreta la fine delle 48 ore settimanali -conquistate dall'Organizzazione internazionale dei lavoratori nel 1917- e spalanca la porta a settimane lavorative di 60, persino 65 ore.

Ha vinto, di fatto, la linea a lungo perseguita dalla Gran Bretagna, la cui legislazione dal 1993 prevede la possibilità di avvalersi del diritto di *opting out*, attraverso cui singoli lavoratori e imprese possono sottoscrivere *'liberi'* accordi (con quali rapporti di forza è facilmente immaginabile) per modificare l'orario di

lavoro. Con quest'ultima decisione, *l'opting out* diventa norma generale per tutti gli Stati membri. I negoziati per aumentare l'orario di lavoro settimanale erano in corso da qualche anno. Al blocco capitanato dal Regno Unito (e sostenuto anche dalla Germania e della maggior parte dei nuovi Stati membri) si è sempre opposto quello costituito da Francia, Spagna e Italia (in compagnia di Grecia, Cipro, Belgio e Lussemburgo). Con l'avvento di Berlusconi, l'Italia ha di fatto abbandonato il fronte della difesa dei diritti sociali, mentre Sarkozy in Francia ha fatto dell'orario di lavoro una merce di scambio con il collega britannico Gordon Brown: la Francia avrebbe approvato l'allungamento dell'orario di lavoro, qualora la Gran Bretagna avesse accettato la parificazione dei diritti per i lavoratori interinali.

Ora non resta che attendere il provvedimento di ratifica da parte dei Paesi membri, ed in particolare per quanto concerne il nostro ordinamento si potrà valutare solo successivamente le eventuali modifiche apportate alla legislazione vigente da questa nuova norma, soprattutto con riferimento alle problematiche legate alla tutele e alla sicurezza dei lavoratori.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

ALLAMPRESE A., *Riduzione e flessibilità dell'orario di lavoro*, in *QDLRI*, 2001, p. 110

ALLAMPRESE A., *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro. Quadro normativo e poteri individuali*, Kluwer-IPSOA, 2003, p. 112

ALLAMPRESE A., *Osservazioni sul decreto 66/2003 di attuazione della direttiva sull'orario di lavoro*, in <http://www.unicz.it/lavoro/ALLAMPRESE.htm>

ALLAMPRESE A., *Il lavoro straordinario*, in LECCESE V. (a cura di) , *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 230, p. 256

BALLESTRERO M.V., *Orario di lavoro*, in *Enc. Giur. Dir.*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, p. 623-628

BARRACO E., *Commento all'art. 5*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, 2004, pp. 222-227

BASENGHI F., *La riduzione e la rimodulazione degli orari di lavoro*, in GALANTINO L., *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Milano, 1997, pp. 334 ss.

BAVARO V., *Algebra e diritti nei criteri di computo dell'orario di lavoro*, in LECCESE V. (a cura di) , *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 270, p. 289

BAVARO V., *Commento agli artt. 3 e 4*, in NAPOLI M., *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, n. 6, 2004, pp. 1290-1291

BAVARO V., *Commento all'art. 16*, in NAPOLI M., *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, n. 6, 2004, p. 1396, p. 1399

BELLOMO S., *La disciplina dell'orario tra normativa comunitaria, legge e contrattazione collettiva*, in *Flessibilità e diritto del lavoro*, a cura di SANTORO PASSARELLI G., vol. II, Torino, Giappichelli, 1997, p. 71

BELLOMO S., *Il rapporto tra legge e autonomia collettiva nella giurisprudenza in tema di orario di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, p. 112

NOTE BIBLIOGRAFICHE

BELLOMO S., *Limiti e flessibilità dell'orario giornaliero, dopo la legge 24 giugno del 1997, n. 196*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, n. 1, pp. 158-159

BELLOMO S., *Il limite massimo dell'orario settimanale ed il suo trasferimento dall'ordinamento europeo alla legislazione nazionale*, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, pp. 202-203

BERNARDO P., *Commento all'art. 19*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, 2004, p. 577

BONATI G., *Campo di applicazione, definizioni, orario normale, durata, lavoro straordinario*, in *Guida lav.*, 2003, n. 17, p. 32

CAIAZZA L. – CAIAZZA R., *Orario di lavoro: abrogazioni, norme vigenti e sanzioni*, in *Guida al lavoro*, 2003, p. 16

CAIAZZA L. – CAIAZZA R., *La nuova organizzazione dell'orario di lavoro*, Buffetti, Roma, 2005, pp. 46-78

CARABELLI U., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 378 ss.

CARABELLI U. – LECCESE V., *Orario di lavoro: limiti legali e poteri della contrattazione collettiva*, in *QDLRI*, 1995, n. 17, p. 35

CARABELLI U. – LECCESE V., in *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia*, Rapporto al seminario di ricerca europeo *Leçons d'une réduction de la durée du travail*, Bordeaux, 5-6 dicembre 2002, in www.unicz.it.lavoro/CARABELLI_LECCESE.pdf, in part. n. 2.2, n. 3.3.

CARABELLI U. – LECCESE V., *Il D. Lgs. n. 66/2003 di attuazione delle direttive sull'orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 11, p. 13, p. 20, p. 23, p. 25, p. 26, p. 28, pp. 30 ss.

CARABELLI U. – LECCESE V., in *Se tredici ore vi sembrano poche*, articolo pubblicato sul sito *Eguaglianza & Libertà on line*, 2008

CARNEVALE P., *Inabrogabilità di leggi "costituzionalmente obbligatorie" ed inammissibilità di referendum "puramente" abrogativi: ancora una "svolta" nella giurisprudenza costituzionale referendaria*, in *Giur. Cost.*, 1987, pp. 309 ss.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

CARNEVALE P., *Riflessioni sul problema dei vincoli all'abrogazione futura: il caso delle leggi contenenti clausole di "sola abrogazione espressa" nella più recente prassi legislativa*, in *Dir. e Soc.*, 1998, p. 416

CASOLA M., *Il settore autoferrotranviario*, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 603

CASSI' V., *La durata della prestazione di lavoro*, vol. II, Milano, 1956, pp. 34-35

CELOTTO A., *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto*, 3^a ed., Torino, 2000, pp. 180 ss..

CORSO L., *Commento all'art. 3*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, 2004, pp. 136-137, pp. 142-143, pp. 156-157

D'EUFEMIA G., *L'orario di lavoro e i riposi*, in *Trattati di diritto del lavoro*, diretto da BORSI U. e PERGOLESI F., vol. III, Padova, 1953

DE FELICE A., *Le sanzioni del diritto del lavoro*, Napoli, 2003, p. 14

DE LUCA TAMAJO R., *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, n. 31, p. 447

DE LUCA TAMAJO R., *Il tempo di lavoro (Il rapporto individuale di lavoro)*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, AIDLASS, Genova, 4-5 aprile 1986, Milano, 1987, p. 6 e ss.

DELL'OLIO M., *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, p. 375, p. 377

DEL PUNTA R., *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, in *Dir. Prat. Lav.* 22/2003, inserto

DEL PUNTA R., *La nuova disciplina delle ferie*, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 399 ss.

FERRANTE V., *Nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Nuove Leggi civ.*, Cedam, Padova, 1998, pp. 1313-1314

NOTE BIBLIOGRAFICHE

FERRANTE V., *Commento agli artt. 5 e 6*, in NAPOLI M., *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, n. 6, 2004, p. 1308

FRANCI R., *L'orario di lavoro e le modalità della prestazione*, in *Lavoro e Prev. Oggi*, 2003, p. 804, p. 812

GAROFALO D., *Intervento sull'orario di lavoro e incentivi alla riduzione*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, n. 30, p. 2090

GAROFALO D., *Il d. lgs. n. 66/2003 sull'orario e la disciplina previgente: un raccordo problematico*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2003, n. 11, p. 997, pp. 1006-1007-1008, pp. 1011-1012-1013

GAROFALO L., *Le clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *Riv. Giur. Prev. Soc.*, 2004, I, pp. 39 ss.

GHERA E., *Occupazione e flessibilità, legge 196/1997 e provvedimenti attuativi*, Napoli, Jovene, p. XXIII

GIANNINI M.S., *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in *Annali Fac. Giur., Univ. Perugia*, Padova, 1942, p. nota 23.

GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA G. e ZATTI P., Milano, 1993, p. 29

ICHINO P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro, II*, Milano, 1985, pp. 259 ss.

ICHINO P., *L'orario di lavoro e i riposi. Commento agli artt. 2107 e 2109*, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1987, p. 21 e ss.

ICHINO P., *Orario di lavoro* in *Digesto, Disc. Priv., Sez. Comm.*, Torino, 1994, p. 393

ICHINO P., *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea. Direttiva comunitaria e tendenze degli ordinamenti nazionali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, n. 2, pp. 155-156, p. 164

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, A. Giuffrè Editore, 2003, p. 355, p. 367, p. 378

IRTI N., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, p. 8

NOTE BIBLIOGRAFICHE

LAI M., *Normativa CEE e orario di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1993, n. 41, p. 2688

LAI M., *Le implicazioni derivanti dall'abbassamento dell'orario legale a quaranta ore settimanali*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, n. 38, pp. 2718-2719

LECCESE V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 83 ss., pp. 196 ss., p. 215 ss., p. 224, p. 380 ss.

LECCESE V., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro alla luce del D. lgs. n. 66/2003*, relazione al convegno "Le nuove regole del lavoro nella legge Biagi", Milano, 30 ottobre 2003, p. 24 ss.

LECCESE V., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Bari, 2004, pp. 189 ss., pp. 195 ss., pp. 202-203, p. 221

LECCESE V., *Commento all'art. 7*, in NAPOLI M., *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, n. 6, 2004, p. 1324

LECCESE V., *L'orario di lavoro. La disciplina legale dell'orario di lavoro ed il ruolo della contrattazione collettiva*, in *Leggi e lavoro*, (a cura di) CARINCI F., Milano, 2004, p. 44, ss. e 53 ss

LECCESE V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d. lgs. n. 66/2003, come modificato dal d. lgs. n. 213/2004*, in *Working papers del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo d'Antona"*, n. 40/2006, consultabile sul sito internet www.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione, p. 50

LELLA G., *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 540 ss., p. 563 ss., p. 573

LELLA G., *Art. 18-bis; art. 19, commi 1 e 2. Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in LECCESE V., *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 515.

MAIO V., *Abrogazione o vigenza del limite legale di durata massima della giornata lavorativa*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2006

MAIO V. – VALENTINI V., *L'orario di lavoro: innovazione normativa e campo di applicazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, n. 2, p. 417, p. 421, p. 422

NOTE BIBLIOGRAFICHE

MANGANIELLO E., *Novità in tema di orario di lavoro, in Occupazione e flessibilità, legge 196/97 e provvedimenti attuativi*, a cura di GHERA E., Napoli, Jovene, 1998, pp. 122-123

MARTONE M., *Sulla nozione di lavoro effettivo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, n. 2, p. 466

MENGHINI V., *Premessa*, in MENGHINI V. (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, IPSOA, 2002, p. 28

MISCIONE M., *La rivoluzione prospettata dell'orario di lavoro*, in *Dir. Prat. lav.*, 1998, n. 34, inserto, p. VIII, p. X

MISCIONE M., *Dialoghi di diritto del lavoro*, Kluwer-IPSOA, Milano, 2000, p. 224

MODUGNO F., voce *Abrogazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 3

MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1971, V, col 160 e ss

PAPA D., *La prescrizione obbligatoria*, in MONTICELLI C. L. – TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2004, 291 ss.

PAPA D., *L'ispezione del lavoro in azienda*, Fag, Milano, 2006.

PAPALEONI M., *Interrogativi applicativi sulla riforma dell'orario di lavoro e dei riposi*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 2, 2003, pp. 453-454

PENNESI P., *Il regime sanzionatorio applicabile e i nuovi obblighi procedurali*, Relazione al Convegno Paradigma su "Le nuove regole del lavoro nella legge Biagi", dattiloscritto, 2003

PENNESI P. – PAPA D., *Personale ispettivo: nuovo codice di comportamento*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2006, p. 17, inserto.

PERA G., *Diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1996, p. 460-461

PERO L., *Politiche contrattuali e cambiamenti degli orari di lavoro*, in *DL*, 1998, pp. 118 ss.

PICCININI I. – FERRARI P., *Orario di lavoro ed esperienza sindacale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, n. 2, p. 402

NOTE BIBLIOGRAFICHE

PINTO V., *I contenuti dei contratti collettivi*, in AA.VV., *L'orario di lavoro, QDLRI*, 1995, n. 17, p. 157

PIOVESANA V., *Commento all'art. 16*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 472

PIZZETTI F.G., *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003, pp. 233 ss.

PROSPERETTI U., *Valore del diritto irrinunciabile al riposo settimanale*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 894

PUGLIATTI S., voce *Abrogazione*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1958, I, p. 146.

QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA A. - BRANCA G., art. 10-15 *Dispos. sulla legge in generale*, Bologna-Roma, 1974, p. 180.

RAUSEI P., *Le sanzioni in materia di orario di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 25, 2003, p. 1646, p. 1648

RAUSEI P., *La nuova ispezione in azienda*, *Dir. Prat. Lav.*, 2004, 4

RAUSEI P., *Il sistema penale in materia di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2005, 44, inserto, X-XI

RAUSEI P., *La diffida obbligatoria - Natura, requisiti e limiti di operatività*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2006, 22, inserto.

RESCIGNO G.U., *Note preliminari sulle principali manchevolezze nella tecnica legislativa*, in AA. VV., *Fattibilità e applicabilità delle leggi*, Rimini, 1983, p. 152

RICCI G., *Le deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, diritto alla pausa, lavoro notturno e durata media della prestazione di lavoro*, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, pp. 466 ss.

RICCI G., *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Milano, 2005, pp. 319 e 338

SANDULLI P., *Voce Legge*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, 1968, IX, p. 651

SANDULLI P., *Orario di lavoro. I) Rapporto di lavoro privato*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 7 e ss.

NOTE BIBLIOGRAFICHE

SANDULLI P., *Il quadro generale di riferimento*, in SANDULLI P., MARINELLI V.M., (voce) *Orario di lavoro*, in *Enc. GIur.*, Treccani, Roma, 2003, aggiornamenti, p. 9 della bozza di stampa

SANTUCCI R., *Il campo di applicazione della nuova disciplina*, in LECCESE V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, 2004, p. 101

SAREDO G., (voce) *Abrogazione delle leggi (dir. pubbl. interno)*, in *Digesto it.*, Vol. I, 1884, p. 128, nn. 46-50

SCARPONI S., *La recente disciplina legislativa in materia di orario di lavoro, l'inizio di una riforma?*, in *Lav. Dir.*, 1998, n. 1, p. 135, p. 138

SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Milano, 1998, p. 95 e ss.

SCIARPA S., *La direttiva comunitaria sull'orario. Prime osservazioni*, in *Lav. Inf.*, 1993, nn. 23-24, p. 13

SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro. Appendice di aggiornamento alla 4^a edizione*, Napoli, Jovene, 1997, p. 12

SMURAGLIA , *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pp. 376 ss.

SOPRANI P., *Orario di lavoro: alcuni nodi da sciogliere*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, n. 29, p. 1953, p. 1956

SPINELLI C., *Il riposo giornaliero e la durata massima della giornata lavorativa*, in LECCESE V., (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, IPSOA, Milano, 2004, p. 300 ss., p. 330

SPOLVERATO G., *Commento all'art. 7*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 2004, p. 237, pp. 243 ss.

SPOLVERATO G., *Contrattazione collettiva e attuazione normativa*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2006, p. 23

TARTAGLIONE L., *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, n. 6, p. 419, pp. 423-424-425-426

NOTE BIBLIOGRAFICHE

TIRABOSCHI M. – RUSSO A., *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce*, in *Guida Lav.*, n. 17, 2003, p. 10, p. 14, pp. 19-20-21

TIRABOSCHI M., *La riforma dell'orario di lavoro. Quale ruolo per la contrattazione collettiva*, in *Contratti & contrattazione collettiva*, 2003, V, p. 72;

TOPO A., *Commento all'art. 4*, in CESTER C., MATTAROLO M.G., TREMOLADA M., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, 2004, p. 186

TREU T., *Commento all'art. 36*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, I, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 126

VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 134

VENTURA L., *Il riposo settimanale: questioni recenti e recentissime di interpretazione e costituzionalità*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1968, p. 43

VICECONTE M., *La nuova organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2003, p. 1145