COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

coordinata da
Fabio Addis e Antonello Calore

COME CAMBIA L'AMBIENTE DI LAVORO: REGOLE, RISCHI, TECNOLOGIE

a cura di
LUCIANA GUAGLIANONE - FRANCESCA MALZANI

GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-13472-3

Questo volume è pubblicato con un finanziamento
dell'Università degli Studi di Brescia

LUCIANA GUAGLIANONE *è Professoressa Associata nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia ed afferisce al Dipartimento di Scienze Giuridiche.*

FRANCESCA MALZANI *è Ricercatrice nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia ed afferisce al Dipartimento di Scienze Giuridiche.*

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2007

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

INDICE

Prefazione IX

Elenco delle abbreviazioni XI

Introduzione di MARZIA BARBERA 1

Sezione I

DAL RITMO DELLA MACCHINA AL RITMO DEL *CHIP*

GIANCARLO PROVASI, *Come cambia l'ambiente di lavoro* 11

MARCO ALBERTI e LAURA MOLINARI, *Progettazione, valutazione e controllo dell'ambiente e delle condizioni di lavoro: lo stato attuale e il cambiamento in atto.* 15

SEBASTIANO BAGNARA, *Il lavoro nella società della conoscenza* 31

GIANNI LOY, *Al principio, sta il principio della fatalità* 49

Sezione II

IL DIRITTO CIVILE, IL DIRITTO PENALE E IL DIRITTO DEL LAVORO DI FRONTE AI VECCHI E AI NUOVI RISCHI DEL LAVORO

GIULIO PONZANELLI, *Il diritto civile, il diritto penale e il diritto del lavoro di fronte ai vecchi e ai nuovi rischi del lavoro* 77

FRANCESCA MALZANI, *Ambiente di lavoro e nuovi rischi per la salute: non solo* mobbing. 81

GIORGIO PEDRAZZI, Pretium laboris, pretium doloris. *La riparazione dei nuovi danni alla persona nel mondo del lavoro* 109

CRISTINA AMATO, *Sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali da contratto (di lavoro): i casi del* mobbing *e della « costrizione lavorativa » (« occupational stress ») in Italia e nel Regno Unito* 127

LUCA MASERA, *Nesso di causalità e malattie professionali nella giurisprudenza penale: un difficile equilibrio tra tutela dei lavoratori e garanzie dell'imputato* 149

ROBERTO D'AVOSSA, *L'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali di fronte ai vecchi e nuovi rischi del lavoro* 175

GIUSEPPE CORASANITI, *Il regime tributario delle indennità risarcitorie nell'ambito del rapporto di lavoro dipendente* 193

Sezione III

FLESSIBILITÀ O IMPREVEDIBILITÀ DEL TEMPO DI LAVORO?

SERGIO ALBERTINI, *Flessibilità o imprevedibilità del tempo di lavoro. Introduzione* 217

VITO LECCESE, *Flessibilità o imprevedibilità del tempo di lavoro? Tra flessibilità nell'interesse del datore e tutele individuali* 223

CRISTINA ALESSI, *Lavori ad orario ridotto e prevedibilità dell'orario di lavoro* 255

Sezione IV

FORMARE UNA CULTURA DELLA SICUREZZA: ESPERIENZE A CONFRONTO

PIER PAOLO POGGIO, *Lavoro, salute e sicurezza: un ruolo per il Musil* 275

PIETRO APOSTOLI, *La medicina del lavoro nella riforma della normativa in tema di sicurezza e tutela della salute nei luoghi di lavoro* 281

LAURA CALAFÀ, *Dal genere al benessere: presentazione di un laboratorio di ricerca e didattica su benessere e prevenzione dei fenomeni complessi (discriminazioni, molestie,* mobbing*)* 297

GERHARD KILGER, *Quality of work as a cultural achievement of the present* 307

ORIA TALLONE, *Ambiente e territorio: l'esperienza bresciana* 313

Sezione V

LA RIFORMA DELLA NORMATIVA ITALIANA IN TEMA DI SICUREZZA: IL PROGETTO FALLITO DEL TESTO UNICO E LE PROSPETTIVE FUTURE

CARLO SMURAGLIA, *Il sistema normativo italiano in tema di sicurezza e igiene del lavoro: tentativi di coordinamento e prospettive* 333

OLIVIA BONARDI, *Il Testo Unico in materia di sicurezza del lavoro nel sistema delle fonti* 347

MARCO LAI, *Le prospettive di adozione di un Testo Unico sulla sicurezza del lavoro* 377

Sezione VI

AMBIENTE DI LAVORO E NUOVE TECNICHE DI REGOLAZIONE

JESÚS CRUZ VILLALÓN, *Ambiente de trabajo y nuevas técnicas normativas en España* 389

FILIP DORSSEMONT, *The* ancillary *function of workers' involvement in safeguarding the fundamental workers' right to safe and healthy working conditions at the workplace* 423

LUCIANA GUAGLIANONE, *Responsabilità sociale e ambiente di lavoro* 443

LAVORI AD ORARIO RIDOTTO E PREVEDIBILITÀ DELL'ORARIO DI LAVORO

di
CRISTINA ALESSI (*)

1. Premessa. — 2. *Part-time* e libera disponibilità del tempo di non lavoro. — 3. Lavori a orario ridotto, articolazione dell'orario di lavoro e ruolo della volontà del lavoratore. — 4. Tempo di non lavoro e autotutela del lavoratore: il rifiuto giustificato.

1. *Premessa.*

Il presente intervento si propone di analizzare le ricadute che la flessibilità dell'orario di lavoro ha sulle prospettive di conciliazione tra lavoro e tempo libero, con riguardo a due tipologie di lavoro ad orario ridotto: il *part-time* e il lavoro intermittente. Si tratta, com'è noto, di due strumenti di riduzione/flessibilizzazione dell'orario di lavoro sulle quali è intervenuto il d.lgs. n. 276/2003.

Prima di entrare nel merito delle questioni che riguardano i concetti di imprevedibilità e/o inafferrabilità dell'orario di lavoro, che risultano centrali nella ricostruzione delle due tipologie contrattuali ora ricordate, occorre dar conto, sia pure sinteticamente, delle recenti tendenze interpretative, non solo dei giuristi del lavoro, che partono dalla constatazione dell'esistenza di una forte tensione tra tempi di lavoro e tempi sociali (1).

La frammentazione e l'articolazione delle esigenze dei lavoratori inducono una nuova visione del rapporto tra tempo di lavoro

---

(*) Associata nell'Università di Brescia.

(1) Sul punto si v. in particolare l'accurata ricostruzione di Ricci 2005, spec. 7 ss.

e tempo libero (2) che si fonda sull'attribuzione a quest'ultimo, il tempo libero appunto, della qualificazione di diritto fondamentale della persona. La tendenza si manifesta non solo a livello nazionale, ma anche a livello comunitario. Si pensi, in particolare, alla Carta Europea dei diritti fondamentali, ma anche agli interventi della Corte di giustizia sul diritto alle ferie (3), ad esempio. Nella Carta di Nizza, assume particolare rilievo la prospettiva della conciliazione tra lavoro e famiglia (4) (art. 33), che può essere considerata una delle principali chiavi di lettura della disciplina del *part-time*. Del resto, il fatto che la disciplina dell'orario di lavoro debba tener conto delle esigenze suddette sembra ormai farsi strada, in ambito comunitario, nelle proposte di riforma della dir. 2003/88/Ce (5) concernente l'organizzazione dell'orario di lavoro.

Se le osservazioni ora svolte valgono per la disciplina *generale* dell'orario di lavoro, occorre sottolineare che nel *part-time* l'accentuata finalizzazione del contratto alla conciliazione tra le esigenze di libera disponibilità del tempo di non lavoro, sia che si tratti di esigenze collegate a ragioni di cura (come spesso avviene), sia che si tratti di ragioni riconducibili al diritto all'espressione della propria personalità, costituisce un criterio interpretativo più volte valorizzato dalla giurisprudenza (6). Un discorso parzialmente diverso

(2) Si tratta di una visione ampiamente diffusa a livello europeo. Si v., ad esempio, Supiot 2003, spec. 69 ss.

(3) Il riferimento è, in particolare, a Cgce 26.6.2001, *Bectu*, causa C-173/99, in *FI*, 2001, IV, 413 ss., con nota di Ricci, nella quale la Corte ha affermato che il diritto alle ferie dev'essere considerato un principio fondamentale del diritto sociale comunitario. Nello stesso senso si v. anche Cgce 6.4.2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, causa C-124/05, inedita a quanto consta, che ha escluso la possibilità di monetizzazione dei periodi di ferie rientranti nel minimo stabilito dalla dir. 93/104/Ce non goduti nell'anno di riferimento.

(4) Sul tema della conciliazione nel diritto comunitario si v. Calafà 2004, spec. 252 ss.

(5) Si tratta, in particolare, della proposta modificata di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, COM (2005) 246 def. Tra le modifiche più rilevanti occorre segnalare l'introduzione nel corpo della dir. 2003/88/Ce dell'art. 2 *ter* dedicato alla compatibilità tra vita professionale e vita familiare e la sottolineatura, contenuta nei *considerando* della proposta, della necessità «di trovare un nuovo equilibrio tra la conciliazione di lavoro e vita familiare, da un lato, e un'organizzazione più flessibile dell'orario di lavoro, dall'altro».

deve essere svolto per il lavoro intermittente, sul quale sembrerebbero riversarsi le esigenze di flessibilità delle imprese, senza alcun contemperamento con quelle dei lavoratori. In realtà, come si vedrà, una recente sentenza della Corte di giustizia consente di mettere in discussione anche questa affermazione (7); più in generale, si può ritenere che esistano forme di «resistenza» da parte del lavoratore all'esercizio del potere datoriale, ogni volta che detto potere incida sulla disponibilità del tempo di non lavoro, anche là dove detta disponibilità costituisca un preciso obbligo contrattuale.

2. Part-time *e libera disponibilità del tempo di non lavoro.*

Nel *part-time*, come si è detto, l'esigenza di garantire la libera disponibilità del tempo di non lavoro costituisce la chiave di lettura di tutta la disciplina, anche per i profili non direttamente regolati dalla legge (8).

In questo senso si muove anche una recente sentenza della Corte Costituzionale (9) che, nel ribadire la posizione già assunta con la celeberrima sentenza del 1992 sulle clausole elastiche, sottolinea come il *part-time* sia uno strumento volto a soddisfare le esigenze di libera gestione del tempo di non lavoro e, pertanto, a tali esigenze debba essere dato rilievo anche dal punto di vista interpre-

(6) A partire dalla sentenza della Corte Costituzionale sulle clausole elastiche. Cfr. C. Cost. 11.5.1992, n. 210, in *RIDL*, 1992, II, 724 ss., con nota di Ichino.

(7) Il riferimento è alla sentenza nella quale la Corte si è occupata, per la prima volta, del contratto di lavoro intermittente. Cfr. Cgce 12.10.2004, *Wippel*, C-313/04, in *RGL*, 2005, II, 319 ss., con nota di Borelli.

(8) In realtà i profili non considerati dalla legge sono pochissimi, perché la nuova disciplina del *part-time* risulta essere molto dettagliata. La ragione può rintracciarsi nell'intento del legislatore di trasfondere nel testo del d.lgs. n. 61/2000 e successive modifiche l'esperienza applicativa maturata nel vigore dell'art. 5, l. 863/1984, con particolare attenzione agli aspetti più controversi, come la forma scritta e le clausole elastiche. Sul punto la letteratura è molto ampia; per tutti si vv. Brollo 2001, per quanto riguarda il d.lgs. n. 61/2000, e Del Punta 2004, per le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 276/2003.

(9) C. Cost. 15.7.2005, n. 283, in *GC*, 2006, 1695 ss., con nota di Alessi.

tativo. Una simile visione si scontra inevitabilmente con quella che nel *part-time* vede uno strumento di valorizzazione delle esigenze di flessibilità dell'impresa, da soddisfare attraverso una liberalizzazione del ricorso a clausole flessibili ed elastiche di variabilità della prestazione inizialmente concordata (10). Si tratta di due concezioni che la direttiva comunitaria del 1997 vorrebbe saldare, là dove sottolinea che la disciplina del *part-time* dovrebbe essere tale da «contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro, in modo da tener conto dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori» (11). Una simile prospettiva può essere compresa solo se ci si pone nell'ottica della conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita.

Certo, il dosaggio del rilievo da dare all'una o all'altra delle esigenza suddette non è questione di facile soluzione; lo dimostra, tra l'altro, il fatto che il *part-time* abbia visto, negli ultimi anni, due interventi normativi di segno diametralmente opposto, ma entrambi ispirati, stando alle dichiarazioni d'intenti degli estensori, alla direttiva comunitaria (12). Questa vicenda è un segnale interessante: non è un caso che sul *part-time* si siano riversati, negli ultimi anni, le tensioni e i dibattiti sull'alternativa flessibilità/rigidità nella disciplina dell'orario di lavoro. La disciplina del lavoro a tempo parziale, in altre parole, ha offerto lo spunto per discutere sul *modello* di flessibilità richiesto dall'Unione europea. Sul dibattito hanno influito non solo le indicazioni contenute nella direttiva sul *part-time*, ma anche quelle ricavabili dagli orientamenti per l'occupazione. La dottrina ha osservato, a tal proposito, che il *part-time* «è riconducibile ad almeno tre pilastri della Strategia europea per occupazione (occupabilità, adattabilità e pari opportunità)», sottolineando anche come la regolazione a livello comunitario, anche quella di tipo *hard* come la direttiva, abbia contenuti sempre più labili e vaghi, tanto da far dubitare parte della dottrina della co-

(10) Visione, questa, fatta propria dal *Libro Bianco sul mercato del lavoro* dell'ottobre 2001 e successivamente attuata con le modifiche alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 61/2000 ad opera dell'art. 46, d.lgs. n. 276/2003. Si v. Pinto 2004, spec. 149 ss.

(11) Sulle previsioni della direttiva si v. Scarponi 1999, 403 ss.

(12) Su questi aspetti si v. Caruso 2003, spec. 10 ss.

genza dei vincoli ad essa riconducibili, almeno per quelle parti che sembrano affermare principi difficilmente traducibili (13). In effetti, l'indeterminatezza di alcune previsioni, come quelle che si limitano a fissare obiettivi (ad es.: facilitare la diffusione del *part-time* su base volontaria), consente una pluralità di approcci regolativi, anche profondamente diversi. La difficile traduzione in «regole» dal contenuto certo delle previsioni della direttiva, o delle indicazioni ricavabile dalle *guidelines* per l'occupazione, non devono però indurre a ritenere prive di vincolatività giuridica quelle previsioni. Da questo punto di vista, si può concordare pienamente con chi sottolinea non solo che i vincoli comunitari rappresentano altrettanti limiti all'opera del legislatore interno (14), ma anche che si tratta di vincoli sia di tipo *quantitativo* che *qualitativo* (15).

Per quanto attiene al primo profilo, il riferimento è alla valenza occupazionale del *part-time*, valenza innegabile poiché detta tipologia contrattuale consente l'accesso al mercato del lavoro anche a soggetti che ne resterebbero fuori se costretti a lavorare a tempo pieno, mentre il secondo profilo fa riferimento proprio alla conciliazione del lavoro con le esigenze attinenti alla sfera degli interessi implicati dal ricorso al *part-time*. È importante sottolineare fin d'ora che gli interessi che sottostanno alla richiesta di lavorare a tempo parziale possono essere i più diversi (lavoro di cura, studio, formazione, ecc.), senza che detta diversità possa giustificare un'interpretazione della disciplina del *part-time* più o meno rigorosa a seconda che si assegni rilievo ad uno o all'altro di essi. Anche la Corte Costituzionale ha valorizzato questo profilo, là dove ha richiamato l'esigenza del lavoratore di disporre liberamente del tempo di non lavoro, sia che intenda integrare il proprio reddito con un secondo lavoro, sia che, più semplicemente, intenda dedicarsi ad una qualunque attività realizzatrice della propria personalità (16). In altre

(13) Cfr. Del Punta 2004, 480, in relazione al principio del contemperamento dei bisogni dei lavoratori e dei datori di lavoro contenuto nella clausola 1, lett. *b*) dell'Accordo quadro allegato alla direttiva.

(14) Sul punto si rinvia alle osservazioni di Delfino 2004, 77 ss.

(15) Cfr. Caruso 2003, 9 ss.; Ricci 2005, 200.

(16) C. Cost. 11.5.1992, n. 210, *cit.*, ha ritenuto illegittime le clausole dalle

parole, ritengo che la disciplina del *part-time* debba essere considerata indifferente rispetto alle tipologie di interessi da soddisfare.

3. *Lavori a orario ridotto, articolazione dell'orario di lavoro e ruolo della volontà del lavoratore.*

La domanda che bisogna porsi, a questo punto, è la seguente: se è vero che il *part-time* dev'essere uno strumento idoneo ad incrementare l'occupazione, qual è l'atteggiamento che occorre assumere nei confronti della flessibilità dell'articolazione dell'orario? Si può ritenere, in altre parole, che una dose massiccia di flessibilità vada nella direzione indicata dalla direttiva comunitaria perché rende «appetibile» dal punto di vista delle imprese, il ricorso al tempo parziale?

Prima di rispondere occorre svolgere un'altra precisazione, che servirà a chiarire meglio i termini del dibattito; l'alternativa non è, come erroneamente spesso si ritiene, tra flessibilità e rigidità nell'utilizzo del *part-time*, bensì tra flessibilità nell'interesse (esclusivo) dell'impresa e flessibilità nell'interesse del lavoratore. Quest'ultimo concetto richiama quello di «programmabilità», che non deve essere considerato antitetico rispetto alla flessibilità, costituendone semmai un correttivo. La questione da affrontare, insomma, attiene al *tipo* di flessibilità da considerare in linea sia con la disciplina comunitaria che con i principi ricavabili dalla nostra Costituzione in questa materia.

La riforma della disciplina delle clausole elastiche e del lavoro supplementare nel *part-time* attuata con il d.lgs. n. 276/2003, come si è detto, sembra più attenta agli interessi dell'impresa che rispettosa delle esigenze del lavoratore. Se guardiamo, in particolare, alla disciplina delle clausole elastiche e flessibili, ci rendiamo conto che il consenso del lavoratore alla variabilità, quale requisito di legittimità della richiesta datoriale, si ha solo in sede di stipulazione del

quali derivasse, in capo al datore di lavoro, un potere di chiamata esercitabile del tutto arbitrariamente. Sul punto si v. oltre nel testo.

contratto, mentre non è richiesto nel momento della modifica, che può avvenire con un preavviso di 2 giorni, salvo diverse intese tra le parti. Le parti, cioè, in sede di stipulazione dell'accordo, possono concordare un preavviso inferiore, anche di poche ore (17). Mi pare di poter dire che, in questo caso, viene completamente meno la *programmabilità* dell'orario di lavoro, che diventa dunque così imprevedibile da non consentire la conciliazione tra lavoro e tempo di non lavoro (che non sempre, come si è accennato, significa tempo libero). L'obiezione che viene spesso svolta rispetto alle osservazioni ora fatte è che la perdita della libera disponibilità del tempo di non lavoro è pur sempre riconducibile ad un atto di volontà del lavoratore, che rinuncia, al momento della stipula del contratto, ad una parte di quella disponibilità per soddisfare le esigenze dell'impresa. Il problema, a questo punto, diventa quello di garantire la genuinità del consenso del lavoratore (18) che, come dimostrano le statistiche, è lontano dall'essere tale, almeno al momento della conclusione del contratto (19). Per le clausole stipulate nel corso di svolgimento del rapporto la questione è parzialmente diversa, posto che la legge protegge con il divieto di licenziamento il lavoratore; detta previsione non ha alcun senso, invece, per le clausole sottoscritte contestualmente alla conclusione del contratto che, come l'esperienza insegna, stanno ormai diventando clausole di stile.

(17) In dottrina si è rilevato, in proposito, che «un preavviso inferiore a due giorni, pur lavorativi, darebbe presumibilmente luogo ad un assottigliamento eccessivo del diritto, tanto da metterne in dubbio la stessa esistenza», anche se «potrebbe esservi spazio, tanto a livello collettivo quanto a livello individuale, per una prefigurazione di esigenze eccezionali e improvvise, in presenza delle quali possa farsi a meno di rispettare l'obbligo di preavviso»: così Del Punta 2004, 510.

(18) Gli strumenti di garanzia della genuinità del consenso del lavoratore sono diversi e possono costituire al tempo stesso strumenti idonei a rendere più accettabile dal lato dei lavoratori il ricorso al contratto di lavoro a tempo parziale. Sulla questione sia consentito il rinvio a Alessi 2004, 47 ss.

(19) Le statistiche più recenti registrano, infatti, una consistente crescita del *part-time* «involontario». Sul punto si v. Roccella 2006, 66, in riferimento ai dati europei.

La questione relativa al ruolo della volontà del lavoratore, sia nella fase genetica che in quella di svolgimento del rapporto, è centrale nella ricostruzione della disciplina delle tipologie contrattuali ad orario ridotto, compreso il lavoro intermittente, ma è anche importante da un punto di vista più generale, di ricostruzione del sistema di flessibilità dell'orario di lavoro delineato dal legislatore degli ultimi anni. La sensazione che si ricava dall'analisi delle previsioni legislative più recenti è quella di una progressiva perdita di spazi di controllo sul tempo di lavoro e, di riflesso, sui tempi sociali (20). La sensazione è tanto più forte se si guarda al di là della disciplina del *part-time* e dell'orario di lavoro e si arriva a quella del lavoro intermittente, in cui l'imprevedibilità raggiunge livelli elevatissimi, essendo possibile «chiamare» il lavoratore anche con un solo giorno di preavviso (21). Anche in questo caso, la perdita di controllo sul tempo è stata giustificata con la volontarietà, nel senso che il fatto di aver volontariamente sottoscritto un contratto di tale natura è sufficiente per giustificare l'obbligo di rispondere alla chiamata del datore di lavoro.

Sul punto è necessario svolgere alcune considerazioni, che dipendono sia dalla posizione assunta dalla Corte di giustizia comunitaria in materia, sia dalla consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana. La Corte di giustizia, in una recente sentenza (22), ha ritenuto che il contratto di lavoro «secondo il fabbisogno» previsto dalla legislazione austriaca, equivalente funzionale del nostro contratto di lavoro intermittente, rientri nel campo di applicazione della dir. 97/81 in materia di lavoro a tempo parziale (23). In quella sentenza, invero, la Corte ha poi (discutibilmente) escluso che i lavoratori «secondo il fabbisogno» possano essere comparati ai lavoratori a tempo pieno, perché il rapporto di lavoro a tempo pieno «ha un oggetto ed una causa diversi da

(20) Sul punto rinvio alle ricerche di Ricci 2005, spec. 421 ss e Calafà 2004, 288 ss.

(21) Parla di «dissoluzione del tempo contrattato» Voza 2004, 252; nello stesso senso anche Pinto 2004, 138 ss.

(22) Cgce 12.10.2004, *Wippel*, cit.

(23) Sulla sentenza si vv., tra gli altri, Bagianti 2005; Corazza 2005.

quelli caratterizzanti il rapporto di lavoro di un lavoratore quale la sig.ra Wippel». La differenza risiede, sempre secondo la Corte di giustizia, nella possibilità del lavoratore secondo il fabbisogno di rifiutare la prestazione richiesta dal datore di lavoro. In questa sede non è possibile discutere la posizione della Corte di giustizia, che rischia, come è stato correttamente osservato in dottrina (24), di escludere l'applicazione del principio di non discriminazione ai lavoratori intermittenti. Il punto più rilevante della sentenza, ai fini di questo intervento, è l'assimilazione del lavoratore «secondo il fabbisogno» al lavoratore a tempo parziale *ai fini dell'applicazione della direttiva 97/81/Ce*. Non è dunque neppure necessario chiedersi se il contratto in parola *sia* o meno un contratto di lavoro a tempo parziale; si può solo accennare al fatto che la questione, sulla quale si registrano diverse posizioni dottrinali, sembra risolta prevalentemente nel senso negativo, a causa delle differenze strutturali esistenti tra le due tipologie contrattuali (25). La posizione assunta dalla Corte, tuttavia, implica che al contratto di lavoro intermittente debbano considerarsi estensibili le previsioni in materia di lavoro a tempo parziale, tra le quali, per quanto di interesse in questa sede, quella che impone di stabilire la collocazione dell'orario di lavoro in modo da tenere conto anche degli interessi dei lavoratori, secondo quanto prevede la clausola 1, lett. *b*) dell'Accordo-quadro allegato alla dir. 97/81/Ce.

Sembra ora opportuno chiarire che la trasposizione dei principi enunciati dalla Corte di giustizia nel nostro ordinamento potrebbe mettere in discussione, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale, la disciplina del lavoro intermittente, in ragione della totale abdicazione della libera disponibilità del tempo di non lavoro che l'adozione di detta tipologia contrattuale necessariamente comporta. Si può ritenere, anzi, che l'intenzione di escludere l'applicazione della disciplina del *part-time* alla nuova fattispecie, manifestata già con il *Libro Bianco* dell'ottobre 2001 (26), fosse finalizzata

(24) Bavaro 2005, 777 ss.

(25) Si v., nel senso della non riconducibilità al *part-time*, Bavaro 2005, 779; Del Punta 2004, 14 ss.; Voza 2004, 253. Più sfumata la posizione di Boni 2005, spec. 132 ss.

(26) Si v. il *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, che costituisce il

anche a risolvere i problemi di compatibilità con la suddetta disciplina che il lavoro intermittente avrebbe senza alcun dubbio posto (27), per le ragioni che si cercherà di illustrare.

Anzitutto, la considerazione del contratto di lavoro intermittente come assimilabile al lavoro a tempo parziale fa tornare di grande attualità le considerazioni che la Corte costituzionale aveva svolto nella sentenza del 1992, secondo la quale «sarebbe (...) certamente lesivo della libertà del lavoratore che da un contratto di lavoro subordinato potesse derivare un suo assoggettamento ad un potere di chiamata esercitabile, non già entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili, ma *ad libitum*, con soppressione, quindi, di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall'attività lavorativa» (28). Si tratta, evidentemente, di un principio suscettibile di più ampia applicazione, anche al di fuori del contratto di lavoro a tempo parziale; in dottrina, ad esempio, si è sostenuto condivisibilmente che il lavoro a chiamata non sia rimesso alla totale discrezionalità del datore di lavoro, «dovendo svolgersi secondo coordinate già prefissate nel contratto individuale ed eventualmente nei contratti collettivi» (29).

Si può obiettare che nel lavoro intermittente la «cessione» della libera disponibilità del tempo di non lavoro costituisce il *proprium* del contratto, e che tale «cessione» è compensata dalla corresponsione dell'indennità di disponibilità. A prescindere dalle questioni che attengono alla genuinità del consenso (30), di cui si è

progetto sul quale si è poi basata la riforma attuata con la l. delega n. 30/2003 e con il d.lgs. n. 276/2003. In relazione al lavoro intermittente, il *Libro Bianco* si esprimeva così: «Appare opportuno un intervento legislativo che consenta di inquadrare questo fenomeno non tanto come sottospecie del *part-time*, bensì come ideale sviluppo del lavoro temporaneo tramite agenzia, da inquadrarsi non necessariamente nello schema del lavoro subordinato».

(27) Così Voza 2004, 254.

(28) C. Cost. 11.5.1992, n. 210, *cit.*

(29) In tal senso Romei 2004, 417.

(30) Sulle quali, in relazione al lavoro a tempo parziale, si possono leggere anche le considerazioni della Corte Costituzionale: si v. C. Cost. 15.07.2005, n. 283, in *GC*, 2005, I, 2600 ss.

parlato prima, si può ritenere che la misura dell'indennità di disponibilità (fissata nel 20% della retribuzione (31)) costituisca in realtà una compensazione inadeguata, se si pensa che per le clausole flessibili ed elastiche pre-riforma la giurisprudenza aveva individuato in somme comprese tra il 30% e il 50% della retribuzione il compenso equo (32), *tenuto conto dell'ambito temporale per il quale il lavoratore si mantiene a disposizione* (33). È bene sottolineare, a questo punto, che nell'ottica della giurisprudenza citata la compensazione economica non rendeva legittime le clausole flessibili o elastiche, costituendo in realtà una forma di risarcimento attribuito a posteriori al lavoratore per aver svolto la propria attività sulla base di una clausola radicalmente nulla. Il sospetto di contrarietà alle previsioni costituzionali della disciplina del lavoro intermittente è dunque forte; si può ipotizzare, ad esempio, la violazione dell'art. 36 Cost. per l'impossibilità del lavoratore di programmare una diversa attività lavorativa (34).

4. *Tempo di non lavoro e autotutela del lavoratore: il rifiuto giustificato.*

L'unico baluardo contro la totale abdicazione della disponibilità del tempo di non lavoro è rappresentato dalla possibilità di opporre un rifiuto giustificato alla richiesta del datore di lavoro. Per questo aspetto, è opportuno richiamare la posizione dottrinale e giurisprudenziale sulla legittimità del rifiuto a prestare lavoro straordinario, anche in presenza di previsioni contrattuali (35), che

(31) D.m. 10.3.2004.

(32) Si v., ad esempio, Cass. 5.7.1997, n. 6069, in *GC Mass.*, 1997, 1143 (maggiorazione del 30%); Pret. Firenze 1.2.1999, in *MGL*, 1999, 213 (maggiorazione del 40%); T. Firenze 22.12.1993, in *RIDL*, 1994, II, 713, con nota di Scarpelli (maggiorazione del 50%).

(33) Cass. 8.9.2003, n. 13107, in *MGL*, 2004, 275.

(34) In tal senso Romei 2004, 418.

(35) Cass. 5.8.2003, n. 11821, in *MGL*, 2003, 862; in dottrina si v., per tutti, Leccese 2001, 346 ss.

comporta il richiamo al criterio del bilanciamento degli interessi implicati nell'utilizzo del lavoro straordinario medesimo.

Per il lavoro intermittente con obbligo di risposta, la possibilità di opporre un rifiuto giustificato alla richiesta del datore si ricava (indirettamente) dall'art. 36, c. 6, che disciplina le conseguenze del rifiuto *ingiustificato* di svolgere la prestazione. Occorre anche segnalare, tuttavia, che in questo caso l'accertamento dell'ingiustificatezza del rifiuto «può comportare la risoluzione del contratto, la restituzione della quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo all'ingiustificato rifiuto, nonché un congruo risarcimento del danno, nella misura stabilita dai contratti collettivi o, in mancanza, dal contratto di lavoro». Si tratta di una norma fortemente deterrente rispetto alla valorizzazione delle esigenze del lavoratore, specie là dove, in assenza di previsioni contrattuali collettive, rinvia all'accordo delle parti in sede di stipulazione del contratto la determinazione dell'importo dovuto a titolo di risarcimento (36).

Nel caso del *part-time*, l'imprevedibilità del tempo di lavoro è legata all'inserimento nel contratto delle clausole flessibili o elastiche (37) e al ricorso al lavoro supplementare. Le due citate forme di flessibilità differiscono, però, per quanto riguarda le possibili reazioni del lavoratore alla richiesta di modifica dell'orario di lavoro proveniente dal datore di lavoro.

Nel caso delle clausole flessibili ed elastiche, l'acquisizione «preventiva» del consenso del lavoratore, formalizzato attraverso lo specifico patto di variabilità, sembra escludere in radice che il lavoratore possa opporre un rifiuto alla richiesta di variazione proveniente dal datore di lavoro (38): la debolezza da questo punto di

(36) Sul punto si v. Voza 2004, 257, che ritiene applicabile in tale ipotesi l'art. 1384 c.c. sul potere del giudice di ridurre l'ammontare della penale.

(37) Clausole flessibili sono quelle che attengono alla variazione della collocazione temporale della prestazione. Tali clausole possono essere concordate in tutti i contratti di lavoro a tempo parziale. Le clausole elastiche sono quelle che attengono alla variazione *in aumento* della durata della prestazione lavorativa, e sono apponibili solo ai contratti a tempo parziale di tipo verticale o misto.

(38) La possibilità di rifiuto del lavoratore è prevista esclusivamente in sede di stipulazione del patto dall'art. 3, c. 9, d.lgs. n. 61/2000, là dove si prevede che il rifiuto non possa integrare gli estremi del giustificato motivo di licenziamento.

vista della posizione del lavoratore risulta oltremodo accentuata nell'ipotesi in cui le clausole flessibili ed elastiche accedano ad un rapporto di lavoro a tempo determinato. È opportuno ricordare, infatti, che una delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 276/2003 alla disciplina del *part-time* riguarda proprio l'ammissibilità dell'ulteriore forma di flessibilità che risulta dalla combinazione dell'utilizzo delle clausole flessibili ed elastiche nonché del lavoro supplementare con la durata determinata del contratto (39). Essendo scomparsa anche l'unica possibilità di far valere esigenze sopravvenute ai fini di porre nel nulla il patto di variabilità (il «diritto di ripensamento» (40)), il lavoratore si troverebbe dunque in balìa delle esigenze dell'impresa. In questa ipotesi, fra l'altro, la legge non prevede che il rifiuto *non* possa essere considerato giustificato motivo di licenziamento, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi di ricorso al lavoro supplementare, sicché la dottrina ha ritenuto ammissibile sia l'irrogazione di sanzioni disciplinari, sia l'intimazione del licenziamento nell'ipotesi di reiterazione del rifiuto stesso (41).

Anche in questo caso, il controllo sull'ampiezza e sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa si fa sempre più labile, perché la prestazione è soggetta a mutamenti in ragione di interessi *altri* rispetto a quelli del lavoratore. Come per il lavoro straordinario, una forma di «resistenza» alle modifiche in parola potrebbe essere individuata nel giustificato motivo di rifiuto della variazione

(39) Del Punta 2004, 486 ss. Nel vigore della disciplina precedente, invece, l'apposizione del patto di variabilità, che consentiva di modificare esclusivamente la collocazione temporale della prestazione, e lo svolgimento di lavoro straordinario o supplementare erano ammessi solo nell'ipotesi di contratto *part-time* a tempo indeterminato oppure qualora l'assunzione a termine avvenisse per sostituire un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro. Su questi aspetti sia consentito il rinvio a Alessi 2001, 71 ss.

(40) Il diritto di ripensamento, previsto dall'abrogato art. 3, c. 10, del d.lgs. n. 61/2000, consentiva al lavoratore di denunciare il patto di variabilità in presenza di esigenze familiari, di salute e di lavoro, debitamente documentate, decorsi almeno 5 mesi dalla stipulazione del patto e dando preavviso di almeno un mese al datore di lavoro. Sul punto si v. Alessi 2001, spec. 77 ss.

(41) In tal senso Del Punta 2004, 510 ss.

richiesta dal datore di lavoro (42). La legge, certo, non lo prevede, ma la soluzione può essere individuata in via interpretativa sulla scorta della regola dell'equo contemperamento degli interessi in gioco che informa la disciplina del *part-time*, stando alle previsioni della dir. 97/81/Ce (43). A ben vedere, anzi, il problema del contemperamento degli interessi si pone *proprio perché* è stata abrogata la norma relativa al cd. diritto di ripensamento, che aveva la funzione di individuare le (sole) ragioni che abilitavano il lavoratore a tornare alla tipologia «rigida» di *part-time*.

La questione del lavoro supplementare si pone in termini (parzialmente) diversi. Anche in questa ipotesi, il massimo grado di «debolezza» della posizione del lavoratore si ha quando il contratto di lavoro sia doppiamente flessibile, cioè a tempo parziale e determinato.

La prima «ricaduta» delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 276/2003 alle previsioni del d.lgs. n. 61/2000 si ha sul ruolo del consenso del lavoratore, che è richiesto solo ove il lavoro supplementare non sia previsto e regolato dal contratto collettivo. La disciplina originaria frapponeva alla richiesta del datore di lavoro il doppio filtro rappresentato dalle previsioni contrattuali *e* dal consenso del lavoratore (44). In altre parole, a fronte di un'esigenza organizzativa che giustificasse il ricorso al lavoro supplementare secondo le previsioni del contratto collettivo, il datore di lavoro doveva comunque ottenere il consenso del lavoratore alla prestazione eccedente l'orario concordato; in tal modo al controllo collettivo sul lavoro supplementare si affiancava quello individuale, la cui funzione era quella di garantire la libera disponibilità del tempo di non lavoro.

(42) In senso analogo Del Punta 2004, 511, sia pure ritenendo che l'accezione di giustificato motivo di rifiuto debba essere «più ristretta» di quella accolta in materia di lavoro supplementare, proprio perché il lavoratore si è preventivamente obbligato a rispondere positivamente alla richiesta del datore di lavoro. L'analogia con il lavoro intermittente è, in questa ipotesi abbastanza evidente, e si basa sul concetto di volontarietà «giuridica» che prescinderebbe, secondo l'A., dalla genuinità o meno del consenso del lavoratore. Si tratta di una concezione che lega il concetto di volontarietà, dal punto di vista giuridico, al solo fatto di aver stipulato il contratto *part-time* o di aver sottoscritto il patto di elasticità e che sembra trascurare il problema della disparità di forza contrattuale delle parti (quanto meno al momento della conclusione del contratto).

(43) Del Punta 2004, 480, ritiene che il principio del contemperamento dei bisogni sia «un principio troppo ampio e generico per cavarne conseguenze traducibili in vere e proprie censure sotto il profilo della violazione della direttiva». In realtà, sembra possibile utilizzare il principio *de quo* come criterio interpretativo utile in ipotesi, come quella in parola, in cui si ponga un problema di conflitto tra interessi opposti.

(44) Sul punto sia consentito nuovamente il rinvio a Alessi 2001, 81 ss.

La seconda ricaduta della nuova disciplina attiene alla sanzionabilità del rifiuto del lavoratore di prestare lavoro supplementare. Com'è noto, il d.lgs. n. 276/2003 ha mantenuto il divieto di licenziare il lavoratore a causa del suo rifiuto di svolgere lavoro supplementare, cosa che, a detta della dottrina più incline a valutare positivamente la nuova disciplina del *part-time*, consentirebbe al lavoratore di far valere le proprie esigenze di vita a fronte della richiesta del datore di lavoro. In realtà, la riforma del 2003 ha anche cancellato il divieto di sanzionare in via disciplinare il rifiuto, sicché si deve ritenere che il rifiuto di svolgere la prestazione supplementare richiesta dal datore di lavoro possa comportare l'applicazione di una sanzione disciplinare conservativa (45). È altresì dubbio se la sanzione così irrogata possa essere contestata ai fini della recidiva, concorrendo così ad integrare la giustificazione di un provvedimento espulsivo.

Anche in questa ipotesi, dunque, l'unica forma di resistenza all'esercizio del potere del datore di lavoro risulta essere il rifiuto giustificato della prestazione eccedente quella convenuta, che deve ritenersi ammissibile anche in presenza di previsioni contrattuali collettive che legittimino la richiesta di lavoro supplementare. La posizione del lavoratore, da questo punto di vista, risulta però notevolmente aggravata rispetto alla disciplina precedente; in caso di controversia, infatti, il lavoratore sarà tenuto a dimostrare le ragioni che giustificano il rifiuto della prestazione, mentre in precedenza, essendo necessario il consenso del lavoratore, spettava al datore di lavoro, semmai, dimostrare la totale arbitrarietà del rifiuto della prestazione.

(45) Del Punta 2004, 503.

La ricostruzione della disciplina delle tipologie di lavoro ad orario ridotto svolta in queste pagine dimostra come, a fronte dell'accentuazione della flessibilità nell'interesse dell'impresa ottenuta attraverso la modifica della disciplina del *part-time* e l'introduzione del lavoro intermittente, si siano considerevolmente ridotti gli spazi di controllo sull'orario di lavoro da parte del lavoratore. Il tempo della prestazione diventa così imprevedibile, quasi inafferrabile, con pregiudizio della possibilità di svolgimento di altre attività che pure costituisce una delle ragioni giustificatrici del ricorso a dette tipologie contrattuali. La possibilità di opporre un rifiuto giustificato alle richieste del datore di lavoro diviene allora l'unica forma di autotutela per il lavoratore (46); ma si tratta, come si è visto, di una tutela debole, insufficiente a fugare i dubbi di legittimità costituzionale e di conformità al diritto comunitario.

Riferimenti bibliografici

ALESSI C. (2001), *La flessibilità della prestazione: clausole elastiche, lavoro supplementare, lavoro straordinario. Commento all'art. 3 del d.lgs. n. 61/2000*, in BROLLO M. (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale. d.lgs. 61/2000*, Ipsoa, Milano, p. 70 ss.

ALESSI C. (2004), Part-time *e tecniche di incentivazione*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 47 ss.

BAGIANTI E. (2005), *Il lavoro intermittente e l'ordinamento comunitario*, in *GI*, I, p. 1382 ss.

BAVARO V. (2006), *Lavoro a chiamata e Corte di Giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in *RIDL*, II, p. 777 ss.

BONI G. (2005), *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *RIDL*, I, p. 113 ss.

CALAFÀ L. (2004), *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.

CARUSO B. (2003), *Riforma del* part-time *e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» Int*, n. 11 (*www.lex.unict.it/eurolabor*).

CORAZZA L. (2005), *Lavoro intermittente e discriminazioni indirette: dalla Corte di Giustizia qualche indicazione sulla natura del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata*, in *MGL*, p. 185 ss.

(46) Sul rifiuto della prestazione come strumento di autotutela del lavoratore si v., da ultimo, Ferrante 2004, spec. 259 ss.

DELFINO M. (2004), *Riforma del* part-time *e vincoli comunitari*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 77 ss.

DEL PUNTA R. (2004), *Lavoro a tempo parziale*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p. 469 ss.

FERRANTE V. (2004), *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Giappichelli, Torino.

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

PINTO V. (2004), *Lavoro e nuove regole. Dal Libro Bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma.

RICCI G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Ue*, Giuffrè, Milano.

ROCCELLA M. (2006), *Lavori flessibili o lavori precari?*, in MARIUCCI L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, p. 55 ss.

ROMEI R. (2004), *Lavoro intermittente*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, p. 401 ss.

SCARPONI S. (1999), *Luci ed ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in *RGL*, II, p. 399 ss.

SUPIOT A. (2003) (a cura di), *Il futuro del lavoro. Trasformazioni dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa*, Carocci, Roma.

VOZA R. (2004), *La destrutturazione del tempo di lavoro:* part-time, *lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, p. 237 ss.