LEGGI e LAVORO

Collana diretta da Franco Carinci

5
6

Il lavoro a tempo parziale

.....
D. Lgs. n. 61/2000

.....
a cura di Marina Brollo

IPSOA

Notizie sul curatore

Marina Brollo (Gemona del Friuli, 1960) è professore straordinario nell'Università di Udine, dove insegna diritto del lavoro nelle Facoltà di Economia e di Giurisprudenza. Ha pubblicato libri e saggi prevalentemente in materia di diritto del lavoro. In particolare, si è già occupata del rapporto di lavoro a tempo parziale con una monografia (Jovene, 1991) e con diversi articoli (1993-1995, 1998). Inoltre, è autrice di una monografia su "La mobilità del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento" (Giuffré, 1997). Collabora, insieme a F. Lunardon, all'aggiornamento dei manuali di F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi e T. Treu, "Diritto del lavoro" e "Diritto sindacale" (Utet). È corrispondente della rivista "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni" (Giuffré).

Notizie sugli autori

Anna Alaimo è ricercatrice nell'Università di Catania

Cristina Alessi è ricercatrice nell'Università di Brescia

Vincenzo Bavaro è ricercatore nell'Università di Bari

Paolo Boer è avvocato e docente nell'Università di Roma "Tor Vergata"

Giorgio Bolego è ricercatore nell'Università di Trento

Michele Miscione è professore ordinario nell'Università di Trieste

© Copyright by IPSOA Editore s.r.l. - 2001

I diritti di traduzione, di riproduzione e di adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi le copie fotostatiche, i film didattici e i microfilm) sono riservati per tutti i Paesi.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

*Fotocomposizione a cura di ABCompos s.r.l.
Via Pavese, 1/3 - Rozzano (MI)*

*Finito di stampare nel mese di febbraio 2001
dalla GECA S.p.A. - Via Magellano, 11 - Cesano Boscone (MI)*

sostituzione di lavoratori assenti attualmente consentite (MASSI, 2000, IV; PAPALEONI, 2000, *La riforma*, 218) e, quindi, non solo nella ipotesi legale *ex lett. b* ma anche nelle **altre ipotesi di sostituzione** previste dai contratti collettivi *ex art. 23*, l. n. 56/1987. L'interpretazione appare invero coerente con la *ratio* dell'art. 3, comma 13; tuttavia, rimane l'inequivocabile lettera della norma che non fa alcun riferimento a ipotesi di sostituzione ma solo alla *lett. b*, l. n. 230/1962, fatto salvo, poi, l'intervento integrativo chiarificatore - eventuale - della contrattazione collettiva. Infatti, solo i contratti collet-

tivi qualificati possono prevedere la facoltà di richiedere lo svolgimento di lavoro eccedente anche in tutte le altre ipotesi di assunzione a tempo determinato.

Il contratto a termine offre, infine, l'occasione per confermare la assoluta compatibilità fra il nuovo regime giuridico del contratto a tempo parziale con le altre tipologie contrattuali come il contratto di **formazione e lavoro**, l'**apprendistato** (per i quali rimane ancora valida la circ. min. lav. n. 102/1986), ovvero per il **lavoro temporaneo** (per il quale si rinvia alla circ. INPS n. 157/1999, in *Dir. prat. lav.*, 1999; v. anche ROMEI, 2000, 259).

Articolo 2

Forma e contenuti del contratto di lavoro a tempo parziale

1. Il contratto di lavoro a tempo parziale è stipulato in forma scritta ai fini e per gli effetti di cui all'articolo 8, comma 1. Il datore di lavoro è tenuto a dare comunicazione dell'assunzione a tempo parziale alla Direzione provinciale del lavoro competente per territorio mediante invio di copia del contratto entro trenta giorni dalla stipulazione dello stesso. Fatte salve eventuali più favorevoli previsioni dei contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 3, il datore di lavoro è altresì tenuto ad informare le rappresentanze sindacali aziendali, ove esistenti, con cadenza annuale, sull'andamento delle assunzioni a tempo parziale, la relativa tipologia ed il ricorso al lavoro supplementare.

2. Nel contratto di lavoro a tempo parziale è contenuta puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno. Clausole difformi sono ammissibili solo nei termini di cui all'articolo 3, comma 7.

Riferimenti normativi

- per la precedente regolamentazione della forma del contratto a tempo parziale, cfr. **art. 5, comma 2, l. n. 863/1984**
- per gli obblighi di informazione agli uffici competenti, cfr. **art. 9-bis, comma 1, l. 28 novembre 1996, n. 608; art. 6, d.p.r. 9 giugno 2000**
- per gli obblighi di informazione al lavoratore circa il contenuto del contratto di lavoro, cfr. **d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152**

FORMA E CONTENUTO DEL CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO PARZIALE

di Cristina Alessi

SOMMARIO: I. Forma scritta e predeterminazione della collocazione temporale della prestazione - II. Gli obblighi di comunicazione e informazione - II.1. Agli uffici competenti - II.2. Alle RSA

I - FORMA SCRITTA E PREDETERMINAZIONE DELLA COLLOCAZIONE TEMPORALE DELLA PRESTAZIONE

Una delle questioni più controverse nel vigore dell'art. 5, l. n. 863/1984, era proprio quella attinente alla forma e al contenuto del contratto di la-

voro a tempo parziale, questione che si intrecciava inevitabilmente con il dibattito intorno alla legittimità della previsione di clausole elastiche in ordine sia alla durata che alla collocazione temporale della prestazione di lavoro (BAVARO, 1999, 430).

La formulazione dell'articolo abrogato, infatti, aveva indotto parte della dottrina e della giurisprudenza a ritenere ammissibile la mera indicazione della durata della prestazione nell'arco temporale di riferimento, senza la precisazione della collocazione dell'orario, e ciò nonostante le chiarissime indicazioni della Corte costituzionale sul punto (il riferimento è alla sentenza n. 210/1992, su cui si avrà modo di tornare in seguito). Tutt'al più, dopo la pronuncia citata, le posizioni più "estremiste" erano state parzialmente attenuate, ammettendo la previsione di clausole di variabilità della prestazione all'interno di bande di oscillazione predeterminate (ICHINO, 1992).

La nuova disciplina, invece, dopo aver confermato la **necessaria stipulazione del part-time in forma scritta** "ai fini e per gli effetti di cui all'art. 8, comma 1" **Cfr. art. 8**, richiede la **"puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno"**.

La finalità di tale previsione è senza dubbio quella di consentire al lavoratore di conoscere non solo l'entità, ma anche la **precisa collocazione temporale del proprio impegno lavorativo**, in modo da potere disporre liberamente del tempo di non lavoro (BROLLO, 1991, 137). Da questo punto di vista, la norma si pone perfettamente in linea con la Direttiva 97/81/CE e con la Convenzione OIL n. 175/1994, recentemente ratificata. In entrambi gli atti citati, infatti, viene posta particolare enfasi

sull'utilizzazione del *part-time* come strumento idoneo a rispondere alle esigenze tanto dei datori quanto dei lavoratori (quanto alla Direttiva, si veda l'undicesimo "considerando", nonché il quarto e il quinto "considerando" dell'Accordo allegato; si veda inoltre l'art. 9, primo periodo, della Convenzione OIL n. 175), tenuto conto del fatto che spesso l'orario ridotto viene scelto per "conciliare vita professionale e familiare" (quinto "considerando" Direttiva 97/81/CE).

Sotto questo profilo, è importante ricordare che la stessa **Corte costituzionale**, con la sentenza n. 210 del 1992, ha sottolineato che la *ratio* della disciplina del *part-time* è quella di lasciare al lavoratore "un largo spazio per eventuali altre attività, la cui programmabilità (...) deve essere salvaguardata". E che non si tratti solo di altre attività lavorative risulta con tutta evidenza dal riferimento, contenuto nella stessa sentenza, al "tempo di vita", in generale, e "agli impegni di assistenza familiare", in particolare (v. BROLLO, 1993, *Part-time*, 281). E se è vero che la Corte ha giustificato l'illegittimità delle clausole elastiche "meramente (ed esclusivamente) *ex art. 36 Cost.*" (BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 9), la prospettiva aperta dalla sentenza è, invero, decisamente più ampia. Il riferimento (implicito) è ai diritti della personalità, nonché alle ormai diffuse tendenze alla riappropriazione dei tempi di non lavoro (su tutti questi aspetti si veda CESTER, 1995; in giurisprudenza v. Trib. Firenze 22 marzo 1994,

secondo il quale il *part-time* è volto a "consentire al lavoratore stipulante lo svolgimento di altre attività lavorative e/o l'adempimento di incombenze familiari e/o l'espletamento di impegni riconducibili alla sfera del volontariato, ovvero, anche e più semplicemente, alla vita di relazione").

Il temperamento tra le esigenze dei lavoratori e quelle dei datori di lavoro è realizzato, nella legge in commento, da un lato prevedendo la **necessaria stipulazione del contratto di lavoro a tempo parziale in forma "rigida"**, dall'altro consentendo il ricorso alle **clausole elastiche** (e al lavoro supplementare) solo con il **consenso del lavoratore e previo controllo sindacale**, secondo la tecnica della c.d. flessibilità controllata. La scelta del legislatore è pienamente condivisibile ed è, con tutta probabilità, l'unica che consenta di rispettare il **principio**, più volte richiamato nella Direttiva e nella Convenzione citate, **della volontarietà del ricorso al part-time** (v. SCARPONI, 1999, 404 e 421; DI MARTINO, 1995, 129). Da questo punto di vista, le critiche rivolte alla nuova disciplina, accusata di eccessiva rigidità, non sembrano tenere in considerazione le indicazioni provenienti dalle fonti internazionali e comunitarie, che dimostrano come il *part-time* non sia uno strumento pensato solo per rispondere alle esigenze di flessibilità dei datori di lavoro, ma anche per venire incontro alle esigenze dei lavoratori (in questo senso BROLLO, 1993, *La forma*, 346). In altre parole, la "volontarietà" del ricorso al *part-time* da parte

del lavoratore deve essere intesa come **libera scelta sia del modello contrattuale che dell'entità del proprio impegno lavorativo**, secondo l'interpretazione ormai consolidata dell'art. 4 Cost. (v. SALAZAR, 1995). Le esigenze dei datori di lavoro, poi, risultano adeguatamente soddisfatte dalla disciplina delle clausole elastiche e del lavoro supplementare e straordinario. **Cfr. art. 3**

Si è detto che nel contratto di lavoro a tempo parziale deve essere indicata la durata della prestazione e la collocazione temporale dell'orario, con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno.

Quanto alla **durata della prestazione**, la legge impone l'indicazione del **quantum della riduzione di orario**, la cui mancanza è sanzionata con il particolare meccanismo previsto dall'art. 8. La precisazione non è affatto inutile, perché non è corretto sostenere che "nel silenzio in proposito delle parti deve ritenersi il tempo pieno" (così VALLEBONA, 2000, 494). La giurisprudenza formatasi sull'art. 5, l. n. 863/1984, invero, riteneva che il difetto di forma scritta della clausola di riduzione dell'orario di lavoro non comportasse "l'automatica trasformazione in rapporto a tempo pieno" (Cass. 7 febbraio 1997, n. 1151), bensì la nullità dell'intero contratto, con l'applicazione dell'art. 2126 c.c. per le prestazioni già eseguite, e ciò nonostante la contraria posizione della stessa Corte costituzionale (da ultimo Cass. 29 dicembre 1999, n. 14692 e Cass. 2 dicembre 1999, n. 13445, entrambe in *Mass. Giur. lav.*, 2000, 255, con nota

di TATARELLI). La nuova disciplina, invece, prevede che la mancata indicazione della durata della prestazione lavorativa comporti la **conversione in full-time solo su richiesta del lavoratore** Cfr. art. 8, adottando così una soluzione che mostra di tenere in considerazione gli interessi del lavoratore, che potrebbero essere pregiudicati da una conversione operante in modo automatico (si rinvia a ALESSI, 1995, 119).

La dizione dell'art. 2, poi, non lascia dubbi in ordine alla **necessaria predeterminazione della distribuzione dell'orario di lavoro all'interno dell'unità temporale di riferimento**, secondo le indicazioni della Corte costituzionale. La Consulta, infatti, aveva affermato chiaramente che "se le parti si accordano per un orario giornaliero di lavoro inferiore a quello ordinario, di tale orario deve essere determinata la "distribuzione", cioè la collocazione nell'arco della giornata; se le parti hanno convenuto che il lavoro abbia a svolgersi in un numero di giorni alla settimana inferiore a quello normale, la "distribuzione" di tali giorni nell'arco della settimana deve essere preventivamente determinata; se le parti hanno pattuito che la prestazione lavorativa debba occupare solo alcune settimane o alcuni mesi, deve essere preventivamente determinato dal contratto quali (e non solo quante) sono le settimane e i mesi in cui l'impegno lavorativo deve essere adempiuto" (negli stessi termini Cass. 26 marzo 1997, n. 2651, in Riv. it. dir. lav., 1997, II, 750, con nota di BOLLANI).

Il modello prefigurato dalla Corte costituzionale è ora adottato dal legislatore quale modello generale ed imprescindibile, poiché **ogni contratto di lavoro part-time dovrà necessariamente contenere la predeterminazione "rigida" dell'orario di lavoro**, anche nel caso in cui venga inserita una clausola elastica. L'art. 2 precisa, infatti, che "clausole difformi sono ammissibili solo nei termini di cui all'art. 3, comma 7", il quale, a sua volta, consente l'apposizione di clausole elastiche "ferma restando l'indicazione nel contratto di lavoro della distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno". La funzione delle **clausole elastiche**, in altre parole, è quella di consentire al datore di lavoro di **variare la (sola) collocazione temporale della prestazione individuata (rigidamente) nel contratto part-time**. Ciò che viene escluso è che nel contratto sia possibile individuare semplicemente le fasce orarie all'interno delle quali la prestazione dev'essere collocata, secondo le indicazioni di volta in volta fornite dal datore di lavoro, come sembravano ammettere dottrina e giurisprudenza nel vigore della precedente disciplina (ICHINO, 1992).

Il modello "rigido" di *part-time* diviene così non solo il "tipo generale" (CENTOFANTI, 2000), ma anche l'**unico utilizzabile dal datore di lavoro che non applichi alcun contratto collettivo**, ovvero che applichi un contratto collettivo diverso da quelli individuati dall'art. 1, comma 3 Cfr. art. 1. In questo caso, infatti, come si ricava dall'art. 3, il datore di lavoro

non può ricorrere alle clausole elastiche, così come al lavoro supplementare e straordinario, neppure con il consenso del lavoratore, sicché l'unica forma di flessibilità consentita è quella insita nello stesso ricorso al *part-time*.

L'art. 2 non richiede l'indicazione, nel contratto di lavoro a tempo parziale, delle **mansioni attribuite al lavoratore**, come prevedeva invece l'art. 5, l. n. 863/1984. L'omissione si spiega agevolmente con il fatto che la particolare disciplina di cui all'art. 2, corredata dalla sanzione prevista dall'art. 8, va applicata esclusivamente alla clausola di riduzione e di distribuzione dell'orario di lavoro, cioè alla clausola che comporta una deviazione dal modello *standard* di rapporto di lavoro. La funzione della forma scritta richiesta per alcune clausole accessorie (si pensi al termine), infatti, è quella di consentire al lavoratore "un'adeguata ponderazione dei limiti e dei vincoli introdotti in aggiunta o in deroga alla disciplina generale" (FERRARO, 1989, 563). A tale finalità generale si aggiunge, nel caso del *part-time*, quella di consentire al lavoratore la piena disponibilità del tempo di non lavoro, che, come si è visto, giustifica la particolare disciplina sanzionatoria. Cfr. art. 8

Per il contenuto "ordinario" del contratto di lavoro, dunque, **va applicata la disciplina generale di cui al d.lgs. n. 152/1997 sugli obblighi di informazione del datore di lavoro**. Non sembra possa essere messo in dubbio che per il *part-time* valga "la direttiva metodologica che esclude la possibilità di disapplicare la

normativa dettata per il rapporto *full-time*, salva una modulazione quantitativa del trattamento allorché quando questo è dettato in funzione del tempo pieno" (NAPOLI, 1995, 1077). Il datore di lavoro dovrà dunque comunicare al **lavoratore**, entro 30 giorni dall'assunzione, tutti gli elementi di cui all'art. 1, d.lgs. n. 152/1997, tra i quali l'orario di lavoro, nonché, ai sensi dell'art. 3, le eventuali modifiche dopo l'assunzione, pena l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dallo stesso decreto (art. 4).

II - GLI OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE E INFORMAZIONE

II.1 - Agli uffici competenti

Sempre in tema di obblighi informativi, ai sensi dell'art. 2, comma 1, il datore di lavoro è tenuto a comunicare alla **Direzione provinciale del lavoro** l'avvenuta assunzione a tempo parziale, inviando copia del contratto entro 30 giorni di calendario dalla conclusione dello stesso (circ. min. lav. n. 86/2000). Si tratta di un obbligo di comunicazione volto a consentire il controllo sulla regolarità dell'assunzione a tempo parziale, obbligo che va ad aggiungersi a quello previsto in via generale dall'art. 9-bis, comma 1, l. n. 608/1996, nei confronti della (*ex*) sezione circoscrizionale per l'impiego. Occorre segnalare, a tal proposito, che il recente regolamento per la semplificazione del collocamento ordinario dei lavoratori, nel disporre l'abrogazione del citato art. 9-bis, mantiene

inalterati gli obblighi di comunicazione precedentemente previsti (cfr. art. 6 dello "Schema di regolamento per la semplificazione del procedimento per il collocamento ordinario dei lavoratori", approvato dal Consiglio dei ministri in data 9 giugno 2000 e in attesa di registrazione, reperibile nel sito: <http://www.minlavoro.it>).

La finalità della comunicazione ai servizi per l'impiego è, nel caso del *part-time*, da un lato quella (generale) di consentire agli uffici competenti il controllo sui flussi di manodopera, dall'altro di permettere l'iscrizione nelle liste del collocamento per i lavoratori *part-time* ai (limitati) fini per i quali la legge continua a mantenerle in vigore. I *part-timers* che aspirino ad una diversa occupazione, infatti, possono mantenere l'iscrizione nella 1^a o nella 2^a classe a seconda che il loro orario di lavoro sia, rispettivamente, inferiore o superiore a 20 ore settimanali, ovvero, nel caso di *part-time* verticale, quando la durata complessiva dell'impegno annuale sia inferiore a quattro mesi, per analogia con quanto previsto per i contratti a tempo determinato (si v. BROLLO, 1991, 129).

A questo proposito si può ricordare, incidentalmente, che la Corte costituzionale ha di recente equiparato ai lavoratori subordinati *part-time*, ai fini dell'iscrizione nella 1^a classe, i lavoratori autonomi che non superino un certo livello di reddito, creando così la figura affatto inedita di lavoratore autonomo a tempo parziale (Corte cost. 12 marzo 1999, n. 65). In particolare, la sentenza considera

lavoratore autonomo *part-time* chi non superi il limite di reddito previsto dall'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 468/1997, per la compatibilità tra attività di lavoro autonomo "occasionale" e lo svolgimento di lavori socialmente utili. Non è questa la sede per discutere nel merito una simile decisione; certo è che si tratta di un segno dei tempi, cioè delle manovre di progressivo avvicinamento tra lavoro autonomo e subordinato, che hanno trovato accoglimento anche in alcune iniziative legislative (alcune delle proposte si possono leggere in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 21, 285 ss.).

La comunicazione di cui all'art. 2, comma 1, avrà la medesima finalità di cui si è detto, anche quando entrerà in vigore il regolamento per la semplificazione del collocamento ordinario dei lavoratori. Secondo il regolamento citato, infatti, le liste di cui all'art. 10, l. n. 56/1987 (norma che viene espressamente abrogata), dovranno essere sostituite da un elenco anagrafico delle persone inoccupate, disoccupate e occupate in cerca di altro lavoro. Tale elenco dovrà essere integrato e aggiornato d'ufficio "sulla base delle comunicazioni obbligatorie provenienti dai datori di lavoro", tra le quali rientra senz'altro quella prevista per i lavoratori *part-time*.

Il datore di lavoro è inoltre tenuto a comunicare l'avvenuta assunzione *part-time* del disabile avviato obbligatoriamente ai sensi della l. n. 68/1999. Sembra infatti doversi ammettere, alla luce dell'art. 3, comma 5, del regolamento di esecuzione della

citata legge (si v. lo "Schema di regolamento di esecuzione per l'attuazione della L. 12 marzo 1999, n. 68", approvato dal Consiglio dei ministri in data 30 marzo 2000, in <http://www.unicz.it/lavoro>), la stipulazione di un contratto di lavoro a tempo parziale con il disabile, secondo l'orientamento formatosi nel vigore della l. n. 482/1968 (TURSI, 1999, 755; VALLEBONA, 1999, 478) e dell'art. 5, l. n. 863/1984 (BROLLO, 1991, 131), anche se qualche dubbio potrebbe sorgere in riferimento all'art. 4, comma 3, l. n. 68/1999, che fa carico al datore di lavoro di affidare al disabile occupato a domicilio o con modalità di telelavoro una quantità di lavoro "corrispondente all'orario normale" (ALESSI e MALZANI, 2000). Si potrebbe ricavare cioè dalla predetta norma il principio per il quale l'assunzione del disabile deve necessariamente avvenire a tempo pieno. In realtà, non si può negare la possibilità di prestare il consenso ad un'assunzione a tempo parziale, che potrebbe corrispondere agli interessi dello stesso lavoratore. Il problema diviene allora quello di garantire la genuinità del consenso del disabile, secondo le indicazioni della giurisprudenza (v., ad esempio, Cass. 29 novembre 1990, n. 11474).

La comunicazione ai servizi per l'impiego, dunque, ha lo scopo di consentire la cancellazione del disabile assunto *part-time* dagli elenchi del collocamento obbligatorio di cui all'art. 8, l. n. 68/1999, espressamente riservati ai soli disoccupati (TURSI, 1999; ALESSI e MALZANI, 2000).

Si pone la questione della possibilità di iscrizione nelle liste ordinarie del collocamento nel caso in cui il disabile aspiri ad una diversa occupazione, pena un'ingiustificata disparità di trattamento con gli altri lavoratori. La soluzione positiva è adottata dal ricordato regolamento per la semplificazione del collocamento ordinario che, all'art. 4, stabilisce che l'elenco anagrafico dei lavoratori debba contenere i dati relativi, tra l'altro, all'appartenenza alle categorie protette e allo stato di occupazione. Un'indicazione nel senso proposto proviene, comunque, già dalla l. n. 68/1999, là dove prevede che i disabili risultati idonei in concorsi pubblici possano essere assunti, ai fini dell'adempiimento dell'obbligo di riserva "anche se non versino in stato di disoccupazione" (art. 16, comma 3). Viene così esplicitamente riconosciuto il diritto al reperimento di una diversa occupazione.

Quanto al lavoro dei cittadini extracomunitari (di cui al t.u. n. 286/1998), occorre segnalare che una recente circolare del Ministero del lavoro prevede la possibilità di rilasciare l'autorizzazione al lavoro anche per l'instaurazione di rapporti *part-time*, a condizione che l'orario svolto consenta di percepire un reddito sufficiente al mantenimento del lavoratore. Tale limite di reddito è stabilito, per i lavoratori domestici, in 850.000 lire mensili (cfr. parr. 1.2 e 2, circ. min. lav. n. 55 del 28 luglio 2000).

II.2 - Alle RSA

Il datore di lavoro è poi tenuto ad informare le RSA, ove esistenti, "con

cadenza annuale, sull'andamento delle assunzioni a tempo parziale, la relativa tipologia e il ricorso al lavoro supplementare". La previsione costituisce attuazione della Direttiva 97/81/CE, nella parte in cui prevede, seppure in forma eventuale, "la diffusione agli organismi esistenti rappresentanti i lavoratori, di informazioni adeguate sul lavoro a tempo parziale nell'impresa" e si iscrive nel solco delle disposizioni, di analogo tenore, volte a consentire il controllo sindacale sulla flessibilità: l'esempio più recente è quello del lavoro temporaneo (sul quale si v. GUAGLIANONE, 1998). Anche in questa ipotesi, tuttavia, si tratta di un controllo "debole", perché il sindacato non è qui chiamato ad autorizzare la scelta del tipo (D'ANTONA, 1987 (ora 2000), 166), a differenza di quanto avviene per le clausole elastiche, il lavoro supplementare e lo straordinario Cfr. art. 3, ma semplicemente a svolgere un "controllo sull'effettivo rispetto delle regole preventivamente disposte" (GUAGLIANONE, 1998, 1259). La norma, infatti, precisa il contenuto dell'informazione, disponendo che essa debba riguardare, oltre all'andamento delle assunzioni *part-time*, la tipologia contrattuale e il ricorso al lavoro supplementare. Sotto questo profilo, il legislatore adotta una tecnica già sperimentata in materia di discriminazioni dall'art. 9, l. n. 125/1991, che impone alle aziende con più di 100 dipendenti di redigere, con cadenza biennale, un rapporto il cui contenuto è analiticamente individuato dalla stessa norma (v. le

osservazioni di SCARPONI, 1994, 90). L'informazione prevista dall'art. 2, comma 1, fra l'altro, potrebbe consentire agli organismi sindacali la verifica dell'esistenza o meno di trattamenti discriminatori nei confronti dei *part-timers*, posto che il *part-time* costituisce il principale veicolo di discriminazioni indirette, come è dimostrato dalla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto (ROCCCELLA, 1997, 132 ss.; ALESSI, 1999, 236 ss.) L'attenzione dedicata dalla Direttiva 97/81/CE, dalla Convenzione OIL n. 175 e, infine, dal nostro legislatore al principio di parità di trattamento Cfr. art. 4 deriva proprio dalla consapevolezza delle dimensioni del problema. Si può ritenere, allora, che le informazioni "sull'andamento delle assunzioni a tempo parziale" debbano contenere anche indicazioni sulla composizione per sesso dei lavoratori *part-time* e sul trattamento ad essi applicato. L'accoglimento di una simile soluzione permetterebbe, tra l'altro, di svolgere un controllo, seppure limitato ai profili ricordati, anche nelle aziende di piccole dimensioni, incomprensibilmente escluse dall'obbligo di redigere il rapporto di cui all'art. 9, l. n. 125/1991 (v. le osservazioni di SCARPONI, 1994, 91). Si segnala inoltre che, per monitorare gli effetti "di genere" delle tipologie flessibili di accesso al lavoro, il Ministero delle pari opportunità ha attivato un Osservatorio sulla flessibilità.

Destinatari delle informazioni previste dall'art. 2 sono le RSA esistenti, ovvero, secondo l'interpreta-

zione che appare preferibile Cfr. art. 1, le RSU, nelle unità produttive dove queste ultime si siano sostituite alle prime. La limitazione alle sole rappresentanze "esistenti" esonera dall'adempimento dell'obbligo i datori di lavoro con meno di 15 dipendenti e, comunque, quelli all'interno della cui organizzazione produttiva non è stata costituita alcuna RSA. La legge italiana adotta in questo caso la stessa soluzione della Direttiva 97/81/CE, nella quale la sottolineatura relativa all'esistenza degli organismi di rappresentanza dei lavoratori era, con ogni probabilità, volta ad evitare che si potesse ricavare dal tenore della disposizione comunitaria un obbligo degli Stati membri di prevedere la creazione di organismi *ad hoc* cui inviare le informazioni nell'ipotesi di assenza di quelli "istituzionali", come aveva ritenuto la Corte di giustizia con riguardo alle direttive in materia di licenziamenti collettivi e di trasferimento d'azienda (Corte di giustizia 8 giugno 1994, causa 382/92, Commissione vs. Regno Unito, in *Racc.*, 1994, 2435 e Corte di giustizia 8 giugno 1994, causa 383/92, Commissione vs. Regno Unito, in *Racc.*, 1994, 2478 ss.). Una simile limitazione, che indebolisce indubbiamente il controllo sindacale sulla flessibilità, costituisce un passo indietro rispetto, ad esempio, alla disciplina del lavoro interinale, là dove è espressamente previsto che, in assenza di RSA, le informazioni sul ricorso al lavoro temporaneo debbano essere fornite "alle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confedera-

zioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale" (art. 7, comma 4, l. n. 196/1997), secondo il modello già sperimentato in materia di licenziamenti collettivi (art. 4, comma 2, l. n. 223/1991).

Sul punto, naturalmente, potranno intervenire i contratti collettivi poiché l'art. 2 fa salve, né poteva essere diversamente, le eventuali previsioni contrattuali più favorevoli. Il dubbio è se possano intervenire soltanto - come dice espressamente la norma - i contratti collettivi "di cui all'art. 1, comma 3" Cfr. art. 1 ovvero - come sostenuto da un primo commento - anche altri contratti collettivi siglati da sindacati comparativamente meno rappresentativi (PINTO, 2000, 2, datt.). La questione, che implica una indagine più approfondita sulle relazioni tra legge e contratto collettivo, esula da questo commento. La contrattazione collettiva, dunque, oltre ad estendere l'obbligo di informazione al di fuori dei casi espressamente previsti, potrà specificare il contenuto dell'informazione cui è tenuto il datore di lavoro.

Il riferimento ai contenuti dei contratti collettivi offre lo spunto per una riflessione circa la scomparsa, nella nuova disciplina, della possibilità, prevista dall'art. 5, l. n. 863/1984, di stabilire in via contrattuale la percentuale massima di lavoratori a tempo parziale rispetto all'organico aziendale (c.d. clausole di contingimento) e le mansioni alle quali i *part-timers* possono essere adibiti. L'omissione si può spiegare alla luce delle disposizioni della Direttiva 97/81/CE, che prevede espressamente

che le parti sociali debbano “esaminare gli ostacoli che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale e, se del caso, eliminarli” (clausola 5, comma 1, lett. b), previsione perfettamente in linea con l’obiettivo della stessa direttiva di facilitare l’accesso ad un lavoro a tempo parziale liberamente scelto. Occorre aggiungere, poi, che escludere i lavoratori a tempo parziale dall’accesso ad alcune mansioni, oltre a porsi in contrasto con la clausola 5, comma 3, lett. b, della direttiva (a mente della quale i datori di lavoro dovrebbero prendere in considerazione, tra l’altro, “le misure dirette a facilitare l’accesso al lavoro a tempo parziale a tutti i livelli dell’impresa, ivi comprese le posizioni qualificate e con responsabilità direzionali”), configurerebbe, nella stragrande maggioranza dei casi, una discriminazione indiretta. Si può ritenere, allora, che l’omissione abbia il significato di **precludere alla contrattazione collettiva di introdurre limiti (numerici e non) al ricorso al part-time** diversi da quelli espressamente previsti (e che, come si vedrà in sede di commento all’art. 3, riguardano esclusivamente le modalità flessibili di utilizzazione del contratto) (similmente CIUCCIOVINO, 2000, 9, datt.). In altre parole, non sembra corretto sostenere che in questa ipotesi la liberalizzazione sia “solo apparente”, tanto che comporterebbe “addirittura un irrigidimento della disciplina” (così VALLEBONA, 2000, 351): lo sforzo di dimostrare l’eccessiva rigidità della nuova normativa porta a

vedere “lacci e laccioli” anche dove non vi sono.

La mancata informazione alle RSA non comporta per il datore di lavoro **nessuna sanzione amministrativa**, a differenza di quanto previsto per la mancata comunicazione alla Direzione provinciale del lavoro. Cfr. **art. 8** La legge in commento, in effetti, sembra optare per l’eliminazione, ove possibile, delle sanzioni amministrative (ROCCCELLA, 2000, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, 11): la stessa scelta è stata infatti accolta anche in materia di lavoro supplementare. Cfr. **art. 3**

Nel caso di omissione dell’informazione annuale, comunque, non c’è dubbio che il sindacato possa proporre il ricorso per la repressione della condotta antisindacale, secondo l’interpretazione ormai consolidata circa l’applicabilità dell’art. 28 Stat. lav. alla violazione dei diritti sindacali di informazione, siano essi di fonte legale o contrattuale (TREU, 1974; GUAGLIANONE, 1998, 1260). In questa ipotesi, tuttavia, così come in tutte le altre in cui viene in considerazione un obbligo di informazione periodico, l’accertamento dell’antisindacalità della condotta inciderà semplicemente sui “rapporti tra datore di lavoro e organizzazioni sindacali” (GUAGLIANONE, 1998, 1261), non potendo configurarsi l’informazione come “limitazione dell’iniziativa economica imprenditoriale” (secondo la ricostruzione di SCARPELLI, 2000, 285). Si può segnalare, a questo proposito, come la giurisprudenza, in relazione al diritto di informazione previsto dal-

l’art. 10, d.lgs. n. 29/1993 (nel testo precedente al d.lgs. n. 80/1998), abbia ritenuto “configurabile l’interesse del sindacato ad una pronuncia di mero accertamento della condotta antisindacale del datore di lavoro”,

poiché tale condotta incide “sulla sfera patrimoniale del (sindacato) medesimo, intesa quale comprensiva del suo diritto all’immagine e al rispetto della sua funzione” (così Cass. 8 ottobre 1998, n. 9991).

GIURISPRUDENZA COLLEGATA

SOMMARIO: I. La predeterminazione della collocazione oraria della prestazione - II. La violazione dei requisiti formali - III. La comunicazione agli uffici competenti - IV. Compatibilità del *part-time* con le assunzioni obbligatorie - V. La violazione degli obblighi di informazione

I - LA PREDETERMINAZIONE DELLA COLLOCAZIONE ORARIA DELLA PRESTAZIONE

1. L’art. 5, comma 2, d.l. 30 ottobre 1984, n. 726 convertito con modificazioni dalla l. 19 dicembre 1984, n. 863, nello stabilire che nel contratto di lavoro a tempo parziale deve essere indicata, oltre alle mansioni, la distribuzione dell’orario, con riferimento al giorno, non ha considerato sufficiente che il contratto specifichi il numero di ore di lavoro al giorno in cui la prestazione deve svolgersi, ma ha inteso stabilire che dell’orario giornaliero deve essere stabilita la distribuzione nell’arco della giornata, con esclusione quindi di un potere di chiamata da esercitare *ad libitum* dal datore di lavoro; pertanto, il cit. art. 5, comma 2, d.l. n. 726/1984 non è in contrasto con gli artt. 3, 36 e 38 Cost., stante l’erroneità del presupposto interpretativo secondo cui l’articolo stesso consenta al datore di lavoro di variante unilateralmente

la collocazione oraria del lavoro da prestare durante la giornata del lavoratore, con conseguente impossibilità di questo di svolgere altre attività lavorative o di attendere alle occupazioni familiari, con gli inevitabili riflessi previdenziali e pensionistici. (Corte cost. 11 maggio 1992 n. 210, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 277, con nota di BROLLO)

2. In tema di rapporto di lavoro *part-time*, la distribuzione temporale della prestazione lavorativa deve avere carattere convenzionale (sottraendosi perciò ad ogni variazione unilaterale del datore di lavoro) non solo nelle ipotesi in cui sussista una espressa pattuizione in ordine alla collocazione temporale della prestazione ridotta (cosiddetta clausola rigida), ma altresì nelle ipotesi in cui sia prevista soltanto la durata complessiva della prestazione, potendo, in quest’ultimo caso, rilevarsi per *facta concludentia* l’accordo circa la distribuzione della prestazione

lavorativa, in relazione all'adesione del lavoratore ad uno piuttosto che ad altro turno di lavoro. Deve inoltre escludersi, in base ad una lettura dell'art. 5, l. n. 863/1984 conforme al dettato costituzionale, l'ammissibilità di pattuizioni che espressamente attribuiscono al datore di lavoro il potere di variare unilateralmente la collocazione temporale della prestazione lavorativa, atteso che una simile pattuizione toglierebbe al lavoratore la possibilità di programmare altre attività con le quali integrare il reddito ricavato dal lavoro a tempo parziale, possibilità che va salvaguardata in quanto soltanto essa rende legittimo il fatto che dal singolo rapporto di lavoro il dipendente percepisca una retribuzione inferiore a quella "sufficiente" ex art. 36 Cost. (Cass. 22 aprile 1997, n. 3451, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 622)

3. Nel contratto di lavoro *part-time*, che con quello a tempo pieno ha in comune la causa giuridica (cioè lo scambio lavoro-retribuzione) differenziandosene soltanto per la riduzione quantitativa della prestazione lavorativa (e correlativamente della retribuzione) il carattere necessariamente bilaterale della volontà in ordine a tale riduzione nonché alla collocazione della prestazione lavorativa in un determinato orario - la sussistenza di una pattuizione in ordine al quale in caso di contratto stipulato anteriormente all'entrata in vigore del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, conv. con modif. nella l. 19 dicembre 1984, n. 863 (il cui art. 5 richiede che tale stipulazione avvenga per iscritto, in essa indicandosi fra l'altro anche la

distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana al mese e all'anno) può desumersi da un comportamento concludente delle parti come quello consistente nella prolungata osservanza di un orario sempre identico - comporta che ogni modifica dell'orario stesso non possa essere attuata unilateralmente dal datore di lavoro in forza del suo potere di organizzazione della attività aziendale, essendo invece necessario il mutuo consenso di entrambe le parti, salvo che nel contratto individuale l'orario della prestazione lavorativa sia determinato soltanto nella durata, senza alcuna specificazione della sua collocazione temporale (cosiddette clausole elastiche). (Cass. 17 luglio 1992, n. 8721, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 996, con nota di BIANCA)

4. In tema di orario di lavoro, i limiti allo *ius variandi* dell'imprenditore nei contratti di lavoro *part-time* - nei quali la programmabilità del tempo libero (eventualmente in funzione dello svolgimento di un'ulteriore attività lavorativa) assume carattere essenziale che giustifica l'immodificabilità dell'orario da parte datoriale - non sono estensibili al contratto di lavoro a tempo pieno, nel quale un'eguale tutela del tempo libero del lavoratore si tradurrebbe nella negazione del diritto dell'imprenditore di organizzare l'attività lavorativa, diritto che può subire limiti solo in dipendenza di accordi che lo vincolino o lo condizionino a particolare procedura. (Cass. 16 aprile 1993, n. 4507, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 684, con nota di BURRAGATO)

5. Nel rapporto di lavoro *part-time*, il carattere necessariamente bilaterale della volontà in ordine alla riduzione quantitativa della prestazione lavorativa ed alla sua collocazione temporale nel periodo considerato comporta che la collocazione stessa diviene oggetto di un diritto del lavoratore, con conseguente impossibilità per il datore di lavoro di provvedere a modificazioni unilaterali delle delimitazioni dell'impegno della controparte nello svolgimento dell'attività affidatale, senza che rilevi in contrario l'avvenuta stipulazione di contratti collettivi aziendali di solidarietà, i quali, pur prevedendo generalizzate riduzioni di orario (e di retribuzione) ed implicando riassetti organizzativi, non possono sopprimere diritti già acquisiti da parte dei lavoratori con contratto a tempo parziale. (Cass. 28 febbraio 1992, n. 2460, in *Giust. civ.* 1993, I, 3067, con nota di ROMEI)

II - LA VIOLAZIONE DEI REQUISITI FORMALI

1. In tema di contratto di lavoro a tempo parziale la necessità della forma scritta investe l'intero contratto, ivi compresa l'indicazione delle mansioni e dell'analitica distribuzione dell'orario per giorni, settimane, mesi ed anni. Conseguenza che la sanzione della nullità prevista per l'assenza di forma non può riguardare una singola clausola (la clausola che indica la misura limitata del lavoro) bensì l'intero contratto, rendendo inipotizzabile la sua parziale validità. (Cass. 29 dicembre 1999, n.

14692, in *Mass. Giur. lav.*, 2000, 255, con nota di TATARELLI)

2. In tema di lavoro a tempo parziale, la mancata predeterminazione di un orario rigido non comporta l'automatica trasformazione del rapporto *part-time* in rapporto a tempo pieno, né la nullità della clausola relativa all'orario si estende all'intero contratto, a meno che non si provi che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpito da nullità; ne consegue che, in tale ipotesi, deve ritenersi perdurante il rapporto di lavoro *part-time*, sia pure senza specificazione dell'orario rigido. (In applicazione del suddetto principio la S.C. ha confermato la sentenza d'appello che aveva dichiarato la nullità della sanzione disciplinare e del successivo licenziamento per assenze ingiustificate irrogato al lavoratore - con contratto a tempo parziale senza predeterminazione dell'orario rigido - rispetto al quale il datore di lavoro, a fronte di una richiesta di integrazione della clausola contrattuale relativa all'orario, aveva ritenuto di trasformare il rapporto a tempo pieno, pretendendo l'osservanza del relativo orario e applicando, in mancanza, sanzioni disciplinari). (Cass. 7 febbraio 1997, n. 1151, in *Dir. lav.*, 1998, II, 21, con nota di RIGANÒ)

3. Nel contratto a tempo parziale, in cui non è consentita la stipulazione di clausole che rimettano alla discrezionalità del datore di lavoro la distribuzione dei tempi della prestazione (cfr. la sentenza, interpretativa di rigetto, della Corte cost. n. 210/1992), l'invalidità della clausola con-

trastante con tale principio non comporta la nullità dell'intero contratto. (Nella specie il giudice di merito, con la sentenza confermata dalla S.C., aveva accertato che, soprattutto in una fase del rapporto, in considerazione della estrema variabilità dei turni di lavoro - non predefiniti e comunicati solo settimana per settimana - si era verificata una grave violazione dell'esigenza del lavoratore di una predeterminazione dei tempi di lavoro e correlativamente dei residui tempi a sua disposizione, e aveva riconosciuto all'interessato, a titolo risarcitorio e con determinazione equitativa, un compenso pari ad un trenta per cento della differenza tra la retribuzione relativa ad un orario a tempo pieno e quella del *part-time*). (Cass. 5 luglio 1997, n. 6069, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1143)

4. In relazione alla disciplina dell'art. 5, d.l. 30 ottobre 1984, n. 726 (convertito in l. 19 dicembre 1984, n. 863) la clausola del contratto di lavoro, conclusa verbalmente, che prevede l'esplicazione di una attività lavorativa a tempo parziale, è affetta da nullità per difetto del requisito della forma scritta; tale nullità non implica, ai sensi dell'art. 1419 c.c., l'invalidità dell'intero contratto (a meno che non risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte che è colpita da nullità), né produce l'automatica instaurazione di un rapporto a tempo pieno. In tale ipotesi di nullità della clausola, al lavoratore che ha svolto una prestazione corrispondente al tempo così concordato, può essere attribui-

ta, a norma del comma 1 dell'art. 2126 c.c., soltanto la retribuzione proporzionata alla prestazione in concreto eseguita mentre il diritto alla retribuzione corrispondente all'orario normale può essere riconosciuto ove sia fornita la prova a carico del lavoratore che le parti avevano voluto stipulare un contratto di lavoro a tempo pieno con successiva riduzione dell'orario di lavoro da parte del datore di lavoro, e che il dipendente ha messo a disposizione di quest'ultimo le proprie energie lavorative anche oltre l'orario ridotto. (Cass. 30 maggio 1994, n. 5265, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1729, con nota di CIRIELLI)

5. Ai fini della liquidazione equitativa ai sensi dell'art. 432 c.p.c., la certezza dell'*an* del diritto alla retribuzione fatto valere dal lavoratore, mentre può ritenersi sussistente in ipotesi di valido contratto di lavoro *full time* in relazione al quale sia contestato l'effettivo rispetto dell'intero orario di lavoro, è invece da escludersi in relazione a prestazioni lavorative eccedenti ad un contratto *part-time* nullo per difetto di forma, e non convertito in contratto a tempo pieno in mancanza della prova che entrambe le parti (art. 1424 c.c.) avrebbero voluto tale secondo contratto, atteso che in tale ipotesi l'effettivo svolgimento di una determinata prestazione lavorativa, di cui siano accertate la qualità e la quantità, si configura, nello stesso tempo, come fattore costitutivo sia del diritto alla retribuzione (ai sensi dell'art. 2126 c.c.) che della misura di essa. (Cass. 7 febbraio 1994, n.

1226, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 708, con nota di BROLLO)

6. La forma scritta, prevista dall'art. 5, comma 2, l. 19 dicembre 1984, n. 863, per la stipulazione del contratto di lavoro a tempo parziale, costituisce un requisito stabilito *ad substantiam* la cui mancanza determina la nullità del contratto. Invero, la nullità del contratto a tempo parziale per difetto di forma non presuppone il consenso per il tempo pieno e, quindi, non può che far sorgere l'effetto di cui all'art. 2126 c.c. a norma del quale, nonostante la nullità, è fatta salva la tutela della prestazione in concreto eseguita, con il correlativo diritto alla retribuzione ad essa proporzionata. (Cass. 24 aprile 1991, n. 4482, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 155)

7. La nullità del *part-time* per difetto della forma scritta non determina tra i soggetti del rapporto di lavoro l'automatica conversione del contratto in contratto a tempo pieno e lo stesso principio non può non operare a maggior ragione nei confronti dell'INPS, soggetto del connesso rapporto assicurativo al quale i contributi spettano in funzione della effettiva consistenza del rapporto e, quindi, della retribuzione pagata. (Trib. Milano 12 marzo 1999, in *Lav. giur.*, 1999, 570)

8. L'art. 5, comma 2, l. 19 dicembre 1984, n. 863, non ha qualificato *ad substantiam* il requisito formale dell'intero contratto a tempo parziale nonché delle clausole di distribuzione dell'orario, imposto solo ai fini puramente amministrativi; pertanto il difetto di precisazione scritta

della collocazione temporale delle ore di lavoro non configura un'ipotesi di nullità bensì di inadempimento datoriale che, in violazione di un'obbligazione essenziale, ancorché accessoria, del vincolo assunto, dà luogo ad un meccanismo risarcitorio da determinarsi con riferimento a ciascuna situazione, considerata la gravità del pregiudizio consistente, da un lato, nel mancato guadagno dei benefici economici del tempo pieno e, dall'altro, nella lesione colpevole delle esigenze di organizzazione e di programmazione del lavoratore. (Trib. Firenze 22 marzo 1994, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 345, con nota di MALERBA)

9. La mancata determinazione della collocazione temporale della prestazione, in un contratto di formazione e lavoro a tempo parziale, non determina la nullità della clausola di *part-time*, poiché la forma scritta è richiesta dall'art. 5, l. n. 863/1984 a meri fini di controllo amministrativo, ma comporta l'inadempimento di una obbligazione accessoria del contratto; ne deriva un obbligo risarcitorio, valutabile in via equitativa con riferimento alla retribuzione oraria, del mancato guadagno del lavoratore che abbia rinunciato a lavorare a tempo pieno senza poter godere dei benefici derivanti dal ridotto orario di lavoro (nella fattispecie, è stata confermata la valutazione pretorile di un risarcimento pari al 50% della differenza tra la retribuzione percepita e quella che sarebbe spettata per il tempo pieno). (Trib. Firenze 22 dicembre

1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 713, con nota di SCARPELLI)

III - LA COMUNICAZIONE AGLI UFFICI COMPETENTI

1. Il sistema delle distinzioni in classi di aspiranti al collocamento al lavoro, di cui all'art. 10, l. 28 gennaio 1987, n. 56, basandosi sul criterio selettivo della contrapposizione fra stato di disoccupazione o di occupazione solo saltuaria da un lato e stato di occupazione dall'altro, va inteso nel senso di includere fra le ipotesi di occupazione "non piena", assicurante la più favorevole tutela dell'iscrizione nella prima classe degli avviandi, anche le posizioni di lavoro autonomo di carattere occasionale e marginale (identificabili non con il criterio delle ridotte ore settimanali, ma attraverso un limite reddituale come quello dell'art. 8, comma 4, d.lgs. 1° dicembre 1997, n. 468); pertanto, così interpretato, l'art. 10, l. n. 56/1987 cit. si sottrae ai dubbi di costituzionalità per contrasto con gli artt. 3 e 4 Cost. (Corte cost. 12 marzo 1999, n. 65, in *Foro it.*, 1999, I, 1387)

2. Nel contratto di lavoro a tempo parziale la stipulazione per iscritto, in quanto imposta da norma imperativa (art. 5, d.l. 30 ottobre 1984, n. 726 conv. in l. 19 dicembre 1984, n. 863) deve ritenersi richiesta a pena di nullità, mentre sulla validità del contratto non esplica alcuna influenza il mancato invio della copia di esso al competente ispettorato del lavoro. Inoltre, quando la prestazione di lavoro a tempo parziale abbia ri-

lievo in relazione a diritti vantati da una delle parti del rapporto nei confronti di un terzo (quale nella specie l'INPS nei cui confronti il datore di lavoro invochi, in relazione a rapporti *part-time*, il beneficio della riduzione della retribuzione minima oraria) deve tenersi conto per stabilire quanto il rapporto sia sorto, della sua concreta attuazione la quale può esser provata anche a mezzo di testi, senza che a ciò sia d'ostacolo l'art. 2704 c.c. (Cass. 24 giugno 1998, n. 6265, in *Not. giur. lav.*, 1998, 691)

3. Nell'ipotesi di trasformazione consensuale di un rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro *part-time* cosiddetto verticale il lavoratore ha diritto a percepire per i periodi non lavorati l'indennità di disoccupazione ordinaria con le stesse modalità e alle stesse condizioni previste per l'ipotesi di dimissioni volontarie e, in particolare, a condizione che risulti la sua iscrizione nelle liste di collocamento, consentita dall'art. 5, d.l. n. 726/1984 convertito nella l. n. 863/1984 ai lavoratori avviati al tempo parziale. Tale iscrizione, infatti, data la sua incompatibilità con la scelta del lavoratore di astenersi per un dato periodo dall'attività lavorativa per un proprio esclusivo interesse, dimostra - in entrambe le menzionate ipotesi - l'involontarietà dello stato di disoccupazione. (Cass. 10 febbraio 1999, n. 1141, in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, 553, con nota di AGOSTINI)

4. La mancata comunicazione da parte del datore di lavoro all'Ufficio di collocamento (*recte*, all'Ispettorato provinciale del lavoro) della esi-

stenza di un rapporto di lavoro *part-time* non implica di per sé il diritto ad ottenere un risarcimento da parte del lavoratore, essendo a tal fine necessario che quest'ultimo provi che tale mancata comunicazione e la conseguente mancata iscrizione nelle liste di collocamento, abbiano comportato per lui l'effettiva perdita di occasioni di lavoro. (Trib. Cagliari 29 ottobre 1992, in *Riv. giur. Sarda*, 1993, 388, con nota di DORE)

IV - COMPATIBILITÀ DEL *PART-TIME* CON LE ASSUNZIONI OBBLIGATORIE

1. Nel quadro di una politica tendente a salvaguardare il più possibile i livelli occupazionali, una redistribuzione del tempo di lavoro può, da un lato, su un piano generale, agevolare il reperimento di un maggior numero di posti di lavoro e dall'altro, su un piano più individuale, consentire ad alcune categorie di lavoratori (ad es. studenti) di soddisfare interessi diversi da quelli strettamente economici, e ad altre (ad es. donne, anziani, handicappati) di proporzionare l'impegno lavorativo alle loro forze ed al loro tempo libero. Ne consegue la compatibilità tra assunzione obbligatoria e stipulazione di contratti a *part-time*, sempre che tale assunzione sia espressione del libero consenso dell'invalido avviato. A norma dell'art. 5, comma 3-*bis*, l. n. 863/1984, il diritto di precedenza alla trasformazione del rapporto a tempo parziale in rapporto a tempo pieno, sussiste in capo all'avviato obbligatoriamente ed assunto a tempo parziale, in caso di nuove assunzioni a

tempo pieno, senza distinzione tra soggetti protetti e non protetti. (Cass. 29 novembre 1990, n. 11474, in *Or. giur. lav.*, 1991, 71)

2. Con riguardo al collocamento obbligatorio dei lavoratori appartenenti alle categorie protette, il provvedimento di assegnazione di un invalido dell'UPLMO comporta l'obbligo del datore di lavoro, e il correlativo diritto del lavoratore avviato, a stipulare il contratto individuale di lavoro, che deve avere ad oggetto un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, quale regolato dalla sezione III, titolo II, del libro V del codice civile; di conseguenza tale obbligo non può ritenersi soddisfatto con la stipulazione di un contratto di lavoro con durata ridotta della prestazione (cosiddetto *part-time*), a meno che essa non sia stata convenuta tra le parti nel libero esercizio della loro autonomia negoziale. (Cass. 11 dicembre 1987, n. 9206, in *Or. giur. lav.*, 1988, 148)

V - LA VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE

1. Nel settore del pubblico impiego, nella vigenza della ripartizione della giurisdizione in materia di repressione della condotta antisindacale di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 28, l. n. 300/1970 introdotti dalla l. n. 146/1990, e quindi di attribuzione alla competenza del pretore (e non del tribunale amministrativo regionale) delle domande attinenti a diritti soggettivi di natura sindacale del sindacato, senza richiesta di rimosizione di provvedimenti lesivi di si-

tuazioni soggettive inerenti al rapporto di pubblico impiego, è particolarmente configurabile l'interesse del sindacato ad una pronuncia di mero accertamento della condotta antisindacale del datore di lavoro pubblico, che abbia violato il diritto di informazione e consultazione del sindacato sulla qualità dell'ambiente di lavoro e sulle misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, previste dall'art. 10, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (nel testo originario, poi sostituito dall'art. 10, d.lgs. n. 80/1998), così incidendo sulla sfera patrimoniale del medesimo, intesa quale comprensiva del suo diritto all'immagine e al rispetto della sua

funzione. (Nella specie, il sindacato ricorrente aveva lamentato la mancata previa consultazione delle organizzazioni sindacali in occasione della modifica dell'orario di lavoro degli impiegati di un comune, a norma degli artt. 10 e 16 - testo previgente - d.lgs. n. 29/1993; la S.C. ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, con cui il giudice di merito aveva rigettato il ricorso, per la non attualità di comportamento sindacale ormai esaurito e la impossibilità di una pronuncia di mero accertamento). (Cass. 8 ottobre 1998, n. 9991, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, 34, nota DE MARINIS)

Articolo 3

Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale. Lavoro supplementare, lavoro straordinario clausole elastiche

1. Il datore di lavoro ha facoltà di richiedere lo svolgimento di prestazioni supplementari rispetto a quelle concordate con il lavoratore ai sensi dell'articolo 2, comma 2, nel rispetto di quanto previsto dai commi 2, 3, 4 e 6.

2. Il contratto collettivo, stipulato dai soggetti indicati nell'articolo 1, comma 3, che il datore di lavoro effettivamente applichi, stabilisce:

a) il numero massimo di ore di lavoro supplementare effettuabili in ragione di anno; ove la determinazione è effettuata in sede di contratto collettivo territoriale o aziendale è comunque rispettato il limite stabilito dal contratto collettivo nazionale;

b) il numero massimo di ore di lavoro supplementare effettuabili nella singola giornata lavorativa;

c) le causali obiettive in relazione alle quali si consente di richiedere ad un lavoratore a tempo parziale lo svolgimento di lavoro supplementare.

In attesa delle discipline contrattuali di cui al presente comma e fermo restando quanto previsto dal comma 15, il ricorso al lavoro supplementare è ammesso nella misura massima del 10 per cento della durata dell'orario di lavoro a tempo parziale riferita a periodi non superiori ad un mese e da utilizzare nell'arco di più di una settimana.

3. L'effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare richiede in ogni caso il consenso del lavoratore interessato. L'eventuale rifiuto dello stesso non costituisce infrazione disciplinare, né integra gli estremi del giustificato motivo di licenziamento.

4. Le ore di lavoro supplementare sono retribuite come ore ordinarie, salva la facoltà per i contratti collettivi di cui al comma 2 di applicare una percentuale di maggiorazione sull'importo della retribuzione oraria globale di fatto, dovuta in relazione al lavoro supplementare. In alternativa a quanto previsto in proposito dall'articolo 4, comma 2, lettera a), i contratti collettivi di cui al comma 2 possono anche stabilire che l'incidenza della retribuzione delle ore supplementari sugli istituti retributivi indiretti e differiti sia determinata convenzionalmente mediante l'applicazione di una maggiorazione forfettaria sulla retribuzione dovuta per la singola ora di lavoro supplementare.

5. Nel rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale è consentito lo svolgimento di prestazioni lavorative straordinarie in relazione alle giornate di attività lavorativa. A tali prestazioni si applica la disciplina legale e contrattuale vigente, ed eventuali successive modifiche ed integrazioni, in materia di lavoro straordinario nei rapporti a tempo pieno. Salva diversa previsione dei contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 3, i limiti trimestrale ed annuale stabiliti dalla legge 27 novembre 1998, n. 409, si intendono riproporzionati in relazione alla durata della prestazione lavorativa a tempo parziale.

6. Le ore di lavoro supplementare di fatto svolte in misura eccedente quella consentita ai sensi del comma 2 comportano l'applicazione di una maggiorazione del 50 per cento sull'importo della retribuzione oraria globale di fatto per esse dovuta. I contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 3, possono elevare la misura della maggiorazione; essi possono altresì stabilire criteri e modalità per assicurare al lavoratore a tempo parziale, su richiesta del medesimo, il diritto al consolidamento nel proprio orario di lavoro, in tutto od in parte, del lavoro supplementare svolto in via non meramente occasionale.

7. Ferma restando l'indicazione nel contratto di lavoro della distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese ed all'anno, i contratti collettivi, di cui all'articolo 1, comma 3, applicati dal datore di lavoro interessato, hanno la facoltà di prevedere clausole elastiche in ordine alla sola collocazione temporale della prestazione lavorativa, determinando le condizioni e le modalità a fronte delle quali il datore di lavoro può variare detta collocazione, rispetto a quella inizialmente concordata col lavoratore ai sensi dell'articolo 2, comma 2.

8. L'esercizio da parte del datore di lavoro del potere di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa a tempo parziale comporta in favore del lavoratore un preavviso di almeno dieci giorni. Lo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo parziale ai sensi del comma 7 comporta altresì in favore del lavoratore il diritto ad una maggiorazione della retribuzione oraria globale di fatto, nella misura fissata da contratti collettivi di cui al medesimo comma 7.

9. La disponibilità allo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo parziale ai sensi del comma 7 richiede il consenso del lavoratore formalizzato attraverso uno specifico patto scritto, anche contestuale al contratto di lavoro. Nel patto è fatta espressa menzione della data di stipulazione, della possibilità di denuncia di cui al comma 10, delle modalità di esercizio della stessa, nonché di quanto previsto dal comma 11.

10. Durante il corso di svolgimento del rapporto di lavoro a tempo parziale il lavoratore potrà denunciare il patto di cui al comma 9, accompagnando alla denuncia l'indicazione di una delle seguenti documentate ragioni:

- a) esigenze di carattere familiare;
- b) esigenze di tutela della salute certificate dal competente Servizio sanitario pubblico;
- c) necessità di attendere ad altra attività lavorativa subordinata o autonoma.

La denuncia, in forma scritta, potrà essere effettuata quando siano decorsi almeno cinque mesi dalla data di stipulazione del patto e dovrà essere altresì accompagnata da un preavviso di un mese in favore del datore di lavoro. I contratti collettivi di cui al comma 7 determinano i criteri e le modalità per l'esercizio della possibilità di denuncia anche nel caso di esigenze di studio o di formazione e possono, altresì, individuare ulteriori ragioni obiettive in for-

za delle quali possa essere denunciato il patto di cui al comma 9. Il datore di lavoro ha facoltà di rinunciare al preavviso.

11. Il rifiuto da parte del lavoratore di stipulare il patto di cui al comma 9 e l'esercizio da parte dello stesso del diritto di ripensamento di cui al comma 10 non possono integrare in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento.

12. A seguito della denuncia di cui al comma 10 viene meno la facoltà del datore di lavoro di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa inizialmente concordata ai sensi dell'articolo 2, comma 2. Successivamente alla denuncia, nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro è fatta salva la possibilità di stipulare un nuovo patto scritto in materia di collocazione temporale elastica della prestazione lavorativa a tempo parziale, osservandosi le disposizioni del presente articolo.

13. L'effettuazione di prestazioni lavorative supplementari o straordinarie, come pure lo svolgimento del rapporto secondo le modalità di cui al comma 7, sono ammessi esclusivamente quando il contratto di lavoro a tempo parziale sia stipulato a tempo indeterminato e, nel caso di assunzioni a termine, limitatamente a quelle previste dall'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 18 aprile 1962, n. 230. I contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 3, applicati dal datore di lavoro interessato, possono prevedere la facoltà di richiedere lo svolgimento di prestazioni lavorative supplementari o straordinarie anche in relazione ad altre ipotesi di assunzione con contratto a termine consentite dalla legislazione vigente.

14. I centri per l'impiego e i soggetti autorizzati all'attività di mediazione fra domanda ed offerta di lavoro, di cui rispettivamente agli articoli 4 e 10 del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, sono tenuti a dare, ai lavoratori interessati ad offerte di lavoro a tempo parziale, puntuale informazione della disciplina prevista dai commi 3, 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 13 preventivamente alla stipulazione del contratto di lavoro. Per i soggetti di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, la mancata fornitura di detta informazione costituisce comportamento valutabile ai fini dell'applicazione della norma di cui al comma 12, lettera b), del medesimo articolo 10.

15. Ferma restando l'applicabilità immediata della disposizione di cui al comma 3, le clausole dei contratti collettivi in materia di lavoro supplementare nei rapporti di lavoro a tempo parziale, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, continuano a produrre effetti sino alla scadenza prevista e comunque per un periodo non superiore ad un anno.

Riferimenti normativi

- per il giustificato motivo di licenziamento, cfr. art. 3, l. 15 luglio 1966, n. 604
- per la precedente disciplina del lavoro supplementare, cfr. art. 5, comma 4, l. n. 863/1984

- per la nozione di orario normale di lavoro, cfr. art. 13, l. 24 giugno 1997, n. 196
- per la disciplina del lavoro straordinario, cfr. artt. 5 e 5-bis, r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692; l. 21 novembre 1998, n. 409
- per il regime contributivo del lavoro straordinario, cfr. art. 2, commi 18-21, l. 28 dicembre 1995, n. 549

LA FLESSIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE: CLAUSOLE ELASTICHE, LAVORO SUPPLEMENTARE, LAVORO STRAORDINARIO di Cristina Alessi

SOMMARIO: I. La flessibilità della collocazione temporale della prestazione: le clausole elastiche - I.1. La flessibilità negata? Le clausole elastiche nel *part-time* - I.2. La stipulazione del contratto *part-time* con patto di elasticità - I.3. Lo svolgimento del rapporto *part-time* ad orario variabile: in particolare, la retribuzione e il diritto di ripensamento - II. La flessibilità della durata della prestazione: lavoro supplementare e straordinario - II.1. I presupposti di legittimità del ricorso al lavoro supplementare - II.2. Il lavoro supplementare: retribuzione e sanzioni - II.3. Il lavoro "straordinario" nel *part-time* verticale

I - LA FLESSIBILITÀ DELLA COLLOCAZIONE TEMPORALE DELLA PRESTAZIONE: LE CLAUSOLE ELASTICHE

I.1 - La flessibilità negata? Le clausole elastiche nel *part-time*

La questione relativa alla possibilità di pattuire clausole elastiche di individuazione della prestazione lavorativa nel contratto di lavoro a tempo parziale è quella che ha maggiormente alimentato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale nel vigore dell'art. 5, l. n. 863/1984, poiché dall'esistenza o meno di detta possibilità si faceva discendere la valutazione circa il maggiore o minore grado di flessibilità dell'istituto. L'entrata in vigore della nuova disci-

plina non ha chiuso tale dibattito, che si è spostato oggi sul meccanismo di regolamentazione delle clausole di elasticità, ritenuto eccessivamente vincolistico (v. DEL BOCA, 2000; VALLEBONA, 2000).

La discussione, ora come allora, è però fuorviata dallo stesso modo di intendere la flessibilità della prestazione di lavoro, perché sembra trascurare che essa deriva già dallo stesso ricorso al contratto al tempo parziale (BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 9, datt.), anche nella sua forma "rigida". Si pensi, tanto per fare un esempio, alle possibilità aperte dal *part-time* verticale, che consente di utilizzare la prestazione dei dipendenti nei periodi di maggio-

re intensità lavorativa, o nel *week end*, quando gli impianti dovrebbero essere addirittura fermi. Cfr. art. 1

La disciplina delle clausole elastiche, insomma, così come quella del lavoro supplementare, introduce una dose ulteriore di flessibilità, con le cautele rese necessarie dalla considerazione degli interessi in gioco. Occorre sottolineare, infatti, che l'alternativa alla disciplina in commento, implicitamente prospettata dalle posizioni più polemiche (DEL BOCA, 2000), sarebbe quella di un *part-time* "a chiamata" o "a comando", noto all'ordinamento tedesco (v. ZACHERT, 1995, 103), ma bandito dal nostro in seguito alle chiarissime censure della Corte costituzionale sul punto (BROLLO, 1993, 279; per la conferma della inammissibilità di questa figura negoziale anche alla luce della novella v. BELLOMO, 2000, 3, datt.). Cfr. anche *sub art. 2*

La soluzione adottata dal nostro legislatore, inoltre, mostra di rispettare puntualmente le indicazioni comunitarie. A tal proposito, è sufficiente ricordare che la Direttiva 97/81/CE, pur non occupandosi esplicitamente delle clausole elastiche, si preoccupa tuttavia di precisare che la flessibilità del lavoro deve rispondere "tanto agli auspici dei lavoratori quanto alle esigenze della concorrenza" (quinto "considerando" dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 97/81/CE). Del medesimo tenore sono le disposizioni contenute nella Convenzione e nella Raccomandazione OIL del 1994, che è stato possibile ratificare proprio grazie alla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 61/2000.

La Convenzione n. 175, in particolare, prevede, all'art. 9, che debbano essere adottate misure adeguate "per facilitare l'accesso ad un lavoro a tempo parziale liberamente scelto, che risponda alle necessità tanto dei datori di lavoro quanto dei lavoratori". La Raccomandazione n. 182 precisa poi che "il numero e la programmazione delle ore di lavoro dei lavoratori a tempo parziale dovranno essere determinati tenendo in considerazione sia gli interessi dei lavoratori che le esigenze dello stabilimento.

Il contemperamento tra le esigenze segnalate è realizzato, come si vedrà, attraverso lo strumento del consenso, individuale e collettivo, al ricorso alla flessibilità, in ciò rispettando quella che ormai può considerarsi una tradizione per il nostro ordinamento (v. D'ANTONA, 1990 (ora 2000), spec. 208 ss.); sicché lo stupore manifestato rispetto ad una simile regolamentazione risulta del tutto ingiustificato, salvo, naturalmente, per i lavoratori di Silicon Valley (citati quale esempio di flessibilità auspicabile da DEL BOCA, 2000)

I.2 - La stipulazione del contratto *part-time* con patto di elasticità

La disciplina delle clausole elastiche, contenuta nei commi 7-12 dell'art. 3, è estremamente articolata e tiene conto, in più punti, della complessa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale intervenuta nel vigore dell'art. 5, l. n. 863/1984, con una significativa novità, non completamente emersa nei primi commenti alla nuova disciplina. La novità è che og-

gi le **clausole elastiche** sono pienamente legittime, sia pure alle condizioni individuate dall'art. 3, mentre la giurisprudenza più recente ne escludeva l'ammissibilità. La Cassazione, infatti, applicava una maggiorazione retributiva, in relazione alla perdita di disponibilità del tempo libero per il lavoratore, solo per le prestazioni già eseguite (v. Cass. 26 marzo 1997, n. 2691 e Cass. 17 marzo 1997, n. 2340), ma non autorizzava affatto il proseguimento del rapporto con le modalità stabilite nella clausola di elasticità, che veniva dichiarata radicalmente nulla.

La nuova disciplina, allora, introduce un elemento di certezza, sia per quanto riguarda l'ammissibilità delle clausole di variabilità della prestazione, sia per quanto attiene alle condizioni di legittimità delle stesse.

Anzitutto, il legislatore delegato, sulla scia delle indicazioni di Corte cost. n. 210/1992, precisa che per **clausole elastiche** devono intendersi quelle che consentono al datore di lavoro di **variare la sola collocazione temporale** della prestazione lavorativa (v. anche BELLOMO, 2000, 3, datt.), precludendosi così la possibilità di modificare unilateralmente anche la durata della prestazione, come sembrava ammettere parte della dottrina precedente (v. ICHINO, 1987, 80 ss.; MARESCA, 1988, 38; BROLLO, 1991, 168). In secondo luogo, la collocazione che può essere modificata è quella **indicata (rigidamente) nel contratto part-time** ai sensi dell'art. 2, comma 2, che costituisce dunque il contenuto imprescindibile del contratto (BAVARO, 2000,

La riforma del part-time, 11, datt.) Cfr. **sub art. 2**, oltre che l'orario di riferimento, al quale si ritornerà nel caso in cui il lavoratore eserciti il diritto di ripensamento (*infra*, par. I.3). La clausola di elasticità, allora, più che dar luogo ad un nuovo "sottotipo causale" (così CENTOFANTI, 2000, 508), almeno per chi, come l'autrice di queste righe, non condivide le classificazioni per tipo e sottotipo, può considerarsi semplicemente una **clausola accessoria al contratto di lavoro**, al pari del termine o del patto di prova, con le consuete conseguenze in caso di illegittima apposizione (sul punto v. *infra* e **sub art. 8**).

Il patto di elasticità attribuisce al datore di lavoro il potere di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa, ma con alcuni limiti. È ammesso che la variazione possa realizzarsi riallocando integralmente l'orario di lavoro in un altro segmento temporale (per es. dal mattino al pomeriggio), ovvero frazionandolo all'interno dell'unità temporale (per es. da cinque ore continuative a tre più due) (ROCCELLA, 2000, 78). Pare, invece, vietata la concentrazione in determinati periodi dell'anno delle giornate di lavoro mensili previste da un *part-time* orizzontale misto, oppure la trasformazione del *part-time* da un modello all'altro (per es. da verticale a orizzontale) (BELLOMO, 2000, 10, datt.) Ma forse anche quest'ultimo profilo potrebbe essere "autorizzato" da quei soggetti sindacali dotati di particolare credibilità ed affidabilità chiamati in gioco dal d.lgs. n. 61/2000.

La possibilità di pattuire *ab origine*, ovvero nel corso del rapporto, una clausola di variabilità della prestazione è subordinata alla **preventiva autorizzazione della contrattazione collettiva**, secondo il modello della flessibilità controllata. I contratti collettivi che possono prevedere l'inserzione delle clausole elastiche sono **esclusivamente** quelli di cui all'art. 1, comma 3 Cfr. **sub art. 1**; l'intento, evidente, è quello di evitare il proliferare di accordi "pirata" (BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 5, datt.). Tali contratti collettivi **devono inoltre essere effettivamente "applicati" dal datore di lavoro**, e non solo astrattamente applicabili (PINTO, 2000, 4, datt.; BELLOMO, 2000, 6, datt.); la previsione è analoga a quella contenuta nell'art. 1, comma 2, l. n. 196/1997, in materia di lavoro temporaneo (sulla quale v. MAGNANI, 1998, spec. 1185 ss.) ed è perciò una conferma della linea di tendenza della legislazione più recente, nel senso di consentire "di usufruire delle risorse di flessibilità messe a disposizione dal sistema" della contrattazione collettiva solo alle imprese "che possono considerarsi interne al sistema" medesimo (così ROCCELLA, 1998, 22; invece per alcuni dubbi di costituzionalità v. ROMEI, 2000, 255). Ciò significa, in altre parole, che deve trattarsi di contratti collettivi **normativi**, volti cioè a disciplinare con carattere di generalità una pluralità di rapporti di lavoro, e che tali contratti devono essere **integralmente applicati** (BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 7), perché "il controllo sindacale può essere

esercitato solo nei confronti dei datori di lavoro che aderiscono pienamente al sistema di rapporti intersindacali" (D'ANTONA, 1990 (ora 2000), 211). La disciplina delle clausole elastiche, insomma, costituisce un incentivo per le imprese all'ingresso in un sistema contrattuale i cui attori diano garanzie di affidabilità; per questa ragione viene richiesta l'applicazione non di un contratto collettivo qualsivoglia, bensì di quello stipulato dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Non può considerarsi, in quest'ottica, sufficiente la conclusione di un **accordo ad hoc** sulle clausole elastiche, salvo che il datore di lavoro non applichi già un contratto collettivo avente i requisiti di cui all'art. 1, comma 3, perché, se così fosse, la richiesta dell'applicazione (o dell'effettiva applicazione, come nel caso del lavoro supplementare) non avrebbe alcun senso.

Il datore di lavoro che non applichi alcun contratto collettivo, o che applichi un contratto collettivo diverso da quelli indicati, non potrà dunque apporre al contratto di lavoro a tempo parziale una clausola di elasticità, così come non potrà ricorrere al lavoro supplementare - neppure con il consenso del singolo lavoratore (BELLOMO, 2000; SANTUCCI, 2000) -, essendogli precluso l'utilizzo degli strumenti di (ulteriore) flessibilizzazione della prestazione.

Alla contrattazione collettiva è demandato, inoltre, il compito di individuare "le **condizioni e le modalità** a fronte delle quali il datore di lavoro può variare" la collocazione della

prestazione. Posto che l'obbligo di preavviso è già previsto dalla legge, la norma intende riferirsi agli **eventi che potranno legittimare il datore di lavoro a richiedere la modifica dell'orario** concordato; il potere datoriale, in altre parole, non può essere esercitato discrezionalmente, ma - in sintonia con le indicazioni di Corte cost. n. 210/1992 - deve essere vincolato alla sussistenza di specifiche esigenze organizzative e/o produttive, secondo le previsioni del contratto collettivo. Quanto alle "modalità" di esercizio del potere, la contrattazione collettiva dovrà, anzitutto, determinare la maggiorazione (v. il prossimo par. 1.3), quindi potrà stabilire che la richiesta sia effettuata in forma scritta (la legge, infatti, non lo prevede), che il termine di preavviso sia più lungo dei dieci giorni individuati dal comma 8, ecc. (v. anche BELLOMO, 2000, 8, datt.; *contra* per la possibilità che, "almeno a livello teorico", il termine di preavviso sia anche inferiore: PAPALEONI, 200, 223).

La preventiva autorizzazione della contrattazione collettiva non è tuttavia sufficiente ad attribuire al datore di lavoro il potere di variare la collocazione temporale della prestazione; a tal fine è necessario anche il "consenso del lavoratore formalizzato attraverso uno specifico patto scritto, anche contestuale al contratto di lavoro" (art. 3, comma 9): il modello sembra essere quello delle **clausole vessatorie**, che richiedono, appunto, la specifica approvazione per iscritto.

La richiesta dell'espresso consenso del lavoratore è volta a garantire il contemperamento delle sue esigenze

con quelle del datore di lavoro; la soluzione adottata, tuttavia, non garantisce anche la piena genuinità del consenso del lavoratore medesimo, perlomeno quando la clausola di variabilità venga proposta al momento della costituzione del rapporto. In tal caso il rischio è che il lavoratore non abbia possibilità di scelta e sia perciò costretto ad accettare, *ob torto collo*, un *part-time* flessibile in luogo di uno a collocazione temporale invariabile. Tale rischio, inevitabile in un ordinamento come il nostro in cui la conclusione del contratto di lavoro non è mai imposta, ma deriva dal libero incontro della volontà delle parti, è però significativamente attenuato dall'attribuzione del diritto di ripensamento di cui al comma 10, che deve configurarsi come un diritto potestativo del lavoratore, subordinato al solo onere della documentazione (v. *infra*, par. 1.3).

La posizione del lavoratore, comunque, risulta certamente più forte quando la conclusione del patto di variabilità venga proposta a rapporto già instaurato: per questa ipotesi, infatti, **l'art. 3, comma 11**, prevede che il rifiuto di stipulare il patto, così come l'esercizio del diritto di ripensamento, non possono integrare "in nessun caso" gli estremi del giustificato motivo di licenziamento. La lettera della norma è chiaramente volta ad escludere che il lavoratore che rifiuti l'apposizione del patto possa essere licenziato per ragioni oggettive, adducendo cioè l'impossibilità di utilizzare la prestazione determinata in maniera rigida (BAVARO, 2000, *Flessibilità del lavoro*, 118; VALLEBONA,

2000, 353; SANTUCCI, 2000, 13, datt.). La soluzione adottata dal nostro legislatore è diversa da quella prevista dalla Direttiva 97/81/CE per l'analogo caso del "rifiuto di un lavoratore di essere trasferito da un lavoro a tempo pieno ad uno a tempo parziale e viceversa", poiché la disposizione comunitaria, pur prevedendo che il rifiuto "in quanto tale" non può costituire valido motivo per il licenziamento, lascia aperta la possibilità di procedere a licenziamenti "per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato" (cl. 5, par. 2, Accordo quadro allegato alla Direttiva 97/81/CE). **Cfr. art. 5** La nostra giurisprudenza si era orientata nello stesso senso, ritenendo giustificato il licenziamento dovuto all'impossibilità di utilizzare la prestazione offerta dal lavoratore *full-time* che aveva in precedenza rifiutato di trasformare il proprio rapporto di lavoro in uno a tempo parziale (Cass. 3 settembre 1991, n. 9344). Non c'è dubbio che il riferimento di cui al comma 11 dell'art. 3 è da intendersi proprio al giustificato motivo oggettivo di licenziamento, perché il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o addirittura per giusta causa conseguente al rifiuto avrebbe dovuto ritenersi precluso anche in assenza di una previsione espressa, "non potendosi mai configurare come inadempimento il rifiuto di un libero consenso o l'esercizio di una facoltà" (così VALLEBONA, 2000, 353).

L'obiettivo è, allora, quello di evitare che il consenso del lavoratore

all'apposizione di una clausola di elasticità sia in qualche modo forzato dalla prospettazione della possibilità di un licenziamento conseguente al rifiuto (BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 14, datt.). Non a caso, lo stesso art. 3, comma 14, prevede che i **soggetti deputati a favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro** (centri per l'impiego e agenzie private autorizzate) debbano fornire ai lavoratori interessati all'assunzione *part-time* "**puntuale informazione**", fra l'altro, della disciplina contenuta nel comma 11. La libertà di scelta del modello di lavoro a tempo parziale è, insomma, garantita al massimo, il che è apprezzabile se si considera come il ricorso a modalità flessibili di orario a vantaggio esclusivo delle imprese possa costituire un ostacolo all'ingresso e alla permanenza nel mercato del lavoro soprattutto delle donne, che spesso ricorrono al *part-time* proprio per conciliare attività lavorativa e responsabilità familiari. In altre parole, la disponibilità del lavoratore a svolgere la propria attività in un orario variabile *ad libitum* non può mai essere frutto di un'imposizione.

Diverso è il caso in cui il rifiuto del lavoratore di modificare il proprio orario di lavoro comporti l'assoluta impossibilità del datore di lavoro di utilizzare la prestazione: si può ipotizzare, ad esempio, una situazione in cui vengono eliminati alcuni turni di lavoro in conseguenza di una ristrutturazione o di una riorganizzazione dell'impresa. In questa ipotesi, il licenziamento del lavoratore derivante dal rifiuto di modificare la collocazio-

ne della propria prestazione **potrebbe considerarsi giustificato** (v. anche GHERA, 2000, 637), a meno che non si pretenda di far derivare, dalla situazione anzidetta, l'obbligo del lavoratore di accettare un patto di variabilità. Nulla vieta, infatti, che il lavoratore richieda, a fronte della nuova organizzazione aziendale, che il nuovo orario di lavoro sia determinato ancora in maniera rigida, sia pure in una collocazione diversa.

Il patto, come si è detto, deve essere stipulato in **forma scritta** ed avere il contenuto previsto dal comma 9: data, facoltà di recesso del lavoratore (c.d. "denuncia") e riconoscimento della sua ininfluenza ai fini del giustificato motivo di licenziamento. L'indicazione della **data di stipulazione del patto** è funzionale alla verifica del decorso del termine minimo di cinque mesi, prima del quale al lavoratore è precluso l'esercizio del diritto di ripensamento. Le ulteriori previsioni hanno lo scopo di permettere al lavoratore la piena consapevolezza dei diritti riconosciutigli dalla legge.

In assenza della **forma scritta**, il patto di variabilità deve considerarsi come **non apposto**, come avviene per le clausole accessorie, con la conseguenza che il lavoratore potrà legittimamente rifiutare di aderire alla richiesta di variazione del datore di lavoro. A favore di una configurazione della forma come requisito di validità depone la *ratio legis* (CENTOFANTI, 2000, 509; SANTUCCI, 2000, 13, datt.), mentre la lettera dell'art. 8 comma 1 lascia aperto qualche "margine di dubbio" (BELLOMO,

2000, 9, datt.). Invece l'omissione della facoltà di recesso o dell'avvertenza della sua irrilevanza ai fini del licenziamento è ininfluenza sulla validità del patto di elasticità, in quanto suscettibili di inserzione automatica ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. (BELLOMO, 2000, 9, datt.).

Infine, occorre segnalare che la clausola di elasticità della prestazione può essere apposta, ai sensi del comma 13, **esclusivamente al contratto part-time a tempo indeterminato, ovvero quando l'assunzione a termine avvenga per sostituire un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro**. In quest'ultima ipotesi, sembra logico ritenere che la norma faccia riferimento al caso in cui il lavoratore sostituito sia stato assunto con un *part-time* variabile. Solo in tal modo si spiega la concessione alla "doppia flessibilità" (o super-precarizzazione, secondo CENTOFANTI, 2000, 509) derivante dall'assunzione a termine e con *part-time* elastico, preclusa in tutti gli altri casi. È opportuno sottolineare, a tal proposito, che **neppure i contratti collettivi di cui all'art. 1, comma 3, possono prevedere la possibilità di "combinare" i due contratti** qualora l'assunzione a termine avvenga in una delle altre fattispecie previste dalla legge, come si ricava dalla chiara dizione del comma 13. Infatti, mentre la prima parte del suddetto comma prevede la possibilità di effettuare prestazioni supplementari o straordinarie ovvero di apporre clausole elastiche quando l'assunzione a termine avvenga ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b, l. n.

230/1962, la seconda parte consente ai contratti collettivi di estendere alle altre ipotesi di legittima apposizione del termine *esclusivamente* la facoltà di richiedere prestazioni supplementari o straordinarie, ma non quella di stipulare il patto di variabilità (*contra* BELLOMO, 2000, 8, datt.).

I.3 - Lo svolgimento del rapporto *part-time* ad orario variabile: in particolare, la retribuzione e il diritto di ripensamento

Ai sensi dell'art. 3, comma 8, lo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo parziale "elastico" comporta necessariamente il **diritto ad una maggiorazione della retribuzione** oraria globale di fatto nella misura stabilita dai contratti collettivi. Il legislatore mostra così di recepire le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza formatasi nel vigore dell'art. 5, l. n. 863/1984, secondo la quale il lavoratore che avesse svolto la sua prestazione in base ad una clausola elastica aveva diritto, *ex art.* 36, comma 1, Cost., ad un'integrazione della retribuzione, in relazione alla **disponibilità alla chiamata del datore di lavoro** (Cass. 17 marzo 1997, n. 2340 e Cass. 26 marzo 1997, n. 2691). La stessa soluzione era stata adottata dal Ministero del lavoro nel parere reso su richiesta della *Mc Donald's Italia* (parere 1° giugno 1998), a mente del quale la maggiorazione retributiva trovava giustificazione "nella maggiore penosità ed onerosità che di fatto viene ad assumere la prestazione lavorativa" svolta secondo modalità flessibili (v. FANTUZZI, 1998, spec. 2295 ss.).

Del resto, che la disponibilità alla chiamata del datore di lavoro debba essere adeguatamente retribuita sembra ormai un dato acquisito nel nostro ordinamento: si pensi alla disciplina del lavoro temporaneo a tempo indeterminato (si rinvia ad ALESSI, 1998, 1221). La norma in commento costituisce dunque una conferma della linea di tendenza sopra indicata: anche in questo caso, infatti, come per il lavoro temporaneo, il semplice "stare a disposizione" del datore di lavoro costituisce esecuzione del contratto *part-time* con clausola di variabilità. Da questo punto di vista, non è possibile condividere l'idea per cui la maggiorazione retributiva sarebbe "un risarcimento del danno causato dalla perdita di tempo libero", apparendo evidente che il legislatore avrebbe in tal modo eluso "il problema della tutela del tempo libero" medesimo (così BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 11, datt.). Una simile osservazione non tiene conto del fatto che, nella normativa in commento, la questione della libera disponibilità del tempo di non lavoro è risolta a monte, mediante la **previsione di due modelli alternativi di lavoro a tempo parziale**, di cui uno nel quale, come si è visto, l'invariabilità della collocazione temporale dell'orario è iper-garantita. Anche nel modello flessibile di *part-time*, inoltre, il lavoratore non può dirsi certo in balia di un potere del datore di lavoro assolutamente discrezionale. Se il bene da tutelare è, come sembra, la programmabilità del tempo di non lavoro (nel senso indicato da Corte cost.

11 maggio 1992, n. 210; v. BROLLO, 1993, 280), tale programmabilità risulta salvaguardata anzitutto dall'obbligo del datore di osservare un **preavviso di almeno dieci giorni** prima di poter modificare la collocazione della prestazione. La formulazione e la *ratio* della norma sembrano escludere la possibilità di ridurre il termine di dieci giorni anche per il contratto collettivo (*contra* PAPA-LEONI, 2000, 223). Il potere del datore di lavoro è poi vincolato alle "condizioni e modalità" previste dalla contrattazione collettiva, che fungono da presupposti di legittimità per l'esercizio del potere medesimo. In altre parole, il lavoratore potrà rifiutarsi di aderire ad una richiesta del datore di lavoro formulata al di fuori delle ipotesi previste dal contratto collettivo, ovvero senza il rispetto del termine di preavviso. Ma in caso di regolare preavviso non potrà addurre alcun giustificato motivo di rifiuto (BELLOMO, 2000, 11, datt.).

La **maggiorazione** retributiva deve essere **fissata esclusivamente dai contratti collettivi** di cui al comma 7 (e quindi di cui all'art. 1, comma 3) (v. anche PINTO, 2000, 7, datt.), **Cfr. art. 1**, che potranno determinarla del tutto liberamente (seppur in relazione alla "retribuzione oraria globale di fatto"; per alcune perplessità sulla individuazione legale della base di calcolo v. BELLOMO, 2000, 11, datt.), non avendo il legislatore indicato una percentuale minima, così come avviene per il lavoro supplementare. In questa ipotesi, tuttavia, la corresponsione della maggio-

razione costituisce un **diritto per il lavoratore** (a differenza di quanto previsto per il lavoro supplementare: v. *infra*, par. II.2), sicché si deve ritenere che in **assenza** di determinazioni collettive l'importo della maggiorazione possa essere stabilito dal **giudice in via equitativa**. Si può ricordare, a tal proposito, che la giurisprudenza ha più volte individuato la retribuzione dovuta per il *part-time* con clausole elastiche, prevedendo un aumento percentuale variabile (in genere tra il 30 e il 50%) a seconda della disponibilità offerta dal lavoratore (cfr. Pret. Firenze 23 febbraio 1993 e Pret. Firenze 16 febbraio 1993, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 154 ss.).

Alla retribuzione così determinata andranno poi ad aggiungersi le **maggiorazioni previste per le prestazioni supplementari o straordinarie**, qualora dette prestazioni vengano richieste al lavoratore (v. *infra*).

La disposizione più innovativa contenuta nell'art. 3 è senza dubbio quella che riconosce al lavoratore assunto con *part-time* elastico il **diritto di ripensamento**, ossia la facoltà di recedere unilateralmente dal patto di variabilità a fronte delle situazioni individuate dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

Il comma 10 prevede, infatti, che il lavoratore possa denunciare il patto di cui al comma 9, in forma scritta, quando siano decorsi **cinque mesi dalla data di stipulazione** del patto stesso, dando altresì un **preavviso di un mese** in favore del datore di lavoro. Nell'ottica della legge, dunque, il patto di variabilità, di regola, ha una

durata minima di sei mesi, salva la **facoltà del datore di lavoro di rinunciare al preavviso**, secondo quanto stabilisce l'ultimo periodo del comma 10. Si deve ritenere, peraltro, che il **datore di lavoro possa rinunciare anche al periodo minimo di cinque mesi**, in forza del principio del *favor* nei confronti del lavoratore. In assenza di una espressa rinuncia del datore, la denuncia del lavoratore presentata prima dei cinque mesi dev'essere considerata inefficace, cosicché il rapporto proseguirà secondo le modalità prestabilite fino alla scadenza del suddetto periodo (cinque mesi più un mese di preavviso).

L'art. 3 prevede che il lavoratore debba fornire idonea **documentazione** delle esigenze che giustificano la denuncia del patto di variabilità. La dottrina ha sottolineato che, proprio in ragione dell'onere di documentazione, il diritto di ripensamento è stato riconosciuto "in modo tutt'altro che illimitato e astratto" (CENTOFANTI, 2000, 510); in effetti, è proprio sotto questo profilo che si coglie il tentativo di trovare il punto di equilibrio tra le esigenze in gioco: come il potere di variare la collocazione temporale della prestazione non può essere esercitato in modo arbitrario, così il lavoratore non potrà revocare la propria disponibilità ad un orario flessibile senza una documentata ragione. In ogni caso, il diritto di ripensamento va configurato come un **diritto potestativo del lavoratore**, subordinato solo alla documentazione dell'esistenza di una delle esigenze previste dalla legge, ma non anche alla prova delle stesse, in caso di contesta-

zione da parte del datore di lavoro. La conclusione si ricava proprio dall'utilizzazione dell'aggettivo "documentate", in luogo, ad esempio, del termine "comprovate", contenuto nell'art. 13 Stat. lav., che esprime invece la necessità di dimostrare l'esistenza dei presupposti richiesti dalla legge per l'esercizio di un dato potere. La conseguenza è che spetterà al datore di lavoro che voglia far valere l'illegittimità della denuncia promuovere un giudizio di accertamento, nel quale dovrà provare l'inesistenza delle ragioni addotte dal lavoratore.

La legge prevede, infatti, che il lavoratore possa denunciare il patto solo in presenza delle **ragioni di cui al comma 10**: esigenze di carattere familiare, esigenze di tutela della salute, necessità di attendere ad altra attività lavorativa subordinata o autonoma. Tali esigenze **possono anche essere preesistenti** alla conclusione del patto di variabilità (*contra* VALLEBONA, 2000, 353, secondo il quale le esigenze devono necessariamente essere sopravvenute; v. anche ROMEI, 2000, 269), poiché la norma nulla dice al riguardo e perché rientra nella totale discrezionalità del lavoratore decidere se e quando farle valere.

Quanto alle **esigenze di carattere familiare**, pare evidente che il legislatore faccia riferimento soprattutto (ma non solo) alla cura dei figli. A tal proposito, si può ritenere che, ai fini della documentazione di dette esigenze, sia sufficiente la mera allegazione dell'esistenza di figli minori, attraverso la produzione, ad esempio, dello stato di famiglia. La necessità di cura o quella di "instaurare una migliore

relazione con i figli” (secondo BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 12, datt., non facilmente documentabile) discende *ex se* dalla presenza dei figli medesimi, come è dimostrato dalla recente disciplina dei congedi parentali (l. 8 marzo 2000, n. 53. Sul punto v. GOTTARDI, 1999; DEL PUNTA, 2000).

Più complessa appare la documentazione delle “**esigenze di tutela della salute**”: ci si potrebbe chiedere, infatti, quali patologie impediscano non tanto di lavorare, quanto di lavorare in determinati orari, a parte, naturalmente, il caso del lavoro notturno per il quale, tuttavia, esiste una disciplina particolare (v. art. 5, d.lgs. n. 532/1999). Nelle esigenze suddette rientrano, comunque, quelle legate alla **necessità di sottoporsi a cure** da svolgersi in orari prestabiliti.

Le esigenze in questione devono essere **certificate dal Servizio Sanitario pubblico**; non può quindi considerarsi sufficiente la prescrizione del medico di fiducia del lavoratore. La disposizione richiama alla mente l’art. 5 Stat. lav., che affida il controllo sulla malattia del dipendente ad organismi pubblici ai fini della garanzia di imparzialità del controllo medesimo; in questo caso, però, la garanzia è posta a favore del datore di lavoro. La certificazione dovrà contenere la menzione dell’impossibilità per il lavoratore, a causa della patologia accertata, di prestare la propria attività in un orario flessibile; si porrà, allora, il problema, sorto anche in relazione all’art. 5 Stat. lav., della **possibilità del datore di lavoro di contestare il contenuto del**

certificato medico, problema risolto positivamente dalla giurisprudenza formatasi sulla norma statutaria (v. DEL PUNTA, 1992, 156).

Il diritto di ripensamento può essere esercitato, inoltre, quando il lavoratore alleggi la “**necessità di attendere ad altra attività lavorativa, subordinata o autonoma**”. Si tratta dell’esigenza che la giurisprudenza precedente, Corte costituzionale in testa, aveva utilizzato quale fondamento dell’illegittimità delle clausole elastiche, sul presupposto che l’impossibilità di programmare altra attività lavorativa impedisse al lavoratore il conseguimento della sufficienza retributiva *ex art. 36 Cost.* (Cass. 22 aprile 1997, n. 3451, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 622). Si può ritenere, tuttavia, che l’attività lavorativa in questione **non debba essere necessariamente retribuita** (in questo senso BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 13 datt., che fa l’esempio del socio di un’associazione di volontariato), valorizzando così anche esigenze diverse da quelle relative all’integrazione del proprio reddito, di cui peraltro la norma non fa menzione, secondo le indicazioni della giurisprudenza (cfr. ALESSI, 1995, 121).

L’art. 3, comma 8, considera poi le **esigenze di studio e di formazione**, attribuendo senz’altro al lavoratore il diritto di ripensamento anche in tali ipotesi, ma subordinandolo alla individuazione di criteri e modalità per il suo esercizio da parte della contrattazione collettiva: l’efficacia esimente delle ragioni suddette è dunque rinviata. La norma consente poi al **contratto collettivo** stipulato dai soggetti

di cui all’art. 1, comma 3, di individuare **ulteriori ragioni giustificative** per il diritto di ripensamento. La previsione potrebbe considerarsi inutile, in virtù del generale potere della contrattazione collettiva di disporre in senso più favorevole al lavoratore, se non fosse che la legge precisa che dette ragioni **devono essere obiettive**, cioè legate ad eventi precisi (di più, per la esclusiva competenza dei sindacati comparativamente più rappresentativi v. PINTO, 2000, 7, datt.). Alla luce di queste considerazioni, si dovranno considerare illegittime le clausole collettive che prevedano un diritto di ripensamento consegnato alla mera discrezionalità del lavoratore. Si tratta, anche in questo caso, dell’equo temperamento degli interessi implicati nel ricorso alle clausole elastiche.

Il datore di lavoro potrà considerare priva di effetti una **denuncia del patto di variabilità priva di idonea documentazione, oppure effettuata al di fuori delle ipotesi** previste dalla legge o dal contratto collettivo, mantenendo così intatto il suo potere di variare la collocazione temporale della prestazione. L’art. 3 precisa infatti, al comma 12, che (solo) in seguito alla denuncia di cui al comma 10, cioè a quella inoltrata in presenza di tutti i presupposti (formali, causali e temporali) previsti viene meno il potere suddetto, salva la possibilità di stipulare successivamente un nuovo patto scritto, alle medesime condizioni di cui all’art. 3.

In seguito alla denuncia, infine, il lavoratore ha diritto a svolgere la sua attività lavorativa nell’orario ini-

zialmente individuato nel contratto *part-time*, perdendo, al contempo, il diritto alla maggiorazione retributiva di cui al comma 8.

II - LA FLESSIBILITÀ DELLA DURATA DELLA PRESTAZIONE: LAVORO SUPPLEMENTARE E STRAORDINARIO

II.1 - I presupposti di legittimità del ricorso al lavoro supplementare

L’elasticità della durata della prestazione di lavoro nel *part-time* che, come si è visto, non è possibile ottenere attraverso il ricorso alle clausole di variabilità, è consentita dalla **nuova disciplina del lavoro supplementare**. Il legislatore, rimuovendo l’originario divieto di cui all’art. 5, comma 4, l. n. 863/1984 (sul quale v., per tutti, BROLLO, 1991, 176 ss.), attribuisce al datore di lavoro la facoltà di “richiedere lo svolgimento di prestazioni supplementari rispetto a quelle concordate” (per il cambiamento di prospettiva v. BAVARO, 2000, *Lavoro supplementare*, 1, datt.). L’apertura di credito, tuttavia, non è illimitata, ma vincolata ai **presupposti individuati dall’articolo in commento**, che possono essere riassuntivamente inquadrati nella necessità del preventivo consenso, individuale e collettivo, al ricorso alla flessibilità.

Prima di analizzare la disciplina contenuta nell’art. 3, tuttavia, sembra opportuno svolgere alcune considerazioni sulla **nozione di lavoro supplementare** nel contratto di lavoro a tempo parziale. Secondo la definizione comunemente accettata da

dottrina e giurisprudenza, lavoro supplementare è quello svolto oltre l'orario concordato e nel limite dell'orario pieno, oggi stabilito dall'art. 13, l. n. 196/1997, in 40 ore settimanali ovvero nell'orario inferiore fissato dai contratti collettivi di qualsiasi livello purché effettivamente applicati nell'unità produttiva (sul punto si v. BAVARO, 2000, *Lavoro supplementare*, 2, datt.; FERRANTE, 1998, 1312 ss.). **Cfr. anche art. 1**

La norma dell'art. 13 ora citato, inoltre, autorizza i contratti collettivi nazionali a prevedere il cd. orario **multi-periodale**, in cui l'orario normale di lavoro risulta da una media delle ore svolte in periodi più lunghi della settimana, che possono arrivare fino all'anno. **Cfr. art. 1** Il problema è allora quello di stabilire se per il *part-time* valga, come limite massimo giornaliero al lavoro supplementare, lo stesso orario svolto nel singolo periodo dai lavoratori a tempo pieno. In altre parole, se i dipendenti *full-time*, in una data settimana, hanno un orario giornaliero di 10 ore, è possibile che il limite all'orario di lavoro per i *part-timers* nello stesso periodo sia, appunto, pari a 10 ore, comprensive dell'orario normale più il lavoro supplementare? Al quesito sembra doversi dare risposta negativa, per diverse ragioni. In primo luogo, la dottrina ha correttamente escluso, alla luce della nuova disciplina, la possibilità di stipulare un contratto *part-time* con orario multi-periodale (seppur soltanto *sub ipotesi A*: **cfr. art. 1**), possibilità lasciata invece aperta dalla Direttiva 97/81/CE; non si capisce dunque

perché il medesimo risultato dovrebbe essere raggiunto attraverso lo svolgimento di lavoro supplementare. La multi-periodalità, inoltre, presuppone che l'orario svolto sia quello normale, non certo quello eccedente l'orario di lavoro concordato, come nel caso del lavoro supplementare che, per definizione, deve essere prestato solo in situazioni, in un certo senso, "eccezionali". Sembra allora potersi fondatamente sostenere che, anche qualora l'impresa applicasse l'orario multi-periodale, il **tempo pieno giornaliero** cui raffrontare l'orario dei *part-timers* debba essere **quello medio**, cioè quello corrispondente all'orario fissato dalla contrattazione collettiva per il periodo considerato diviso per il numero delle giornate lavorative. La nozione di orario pieno cui raffrontare l'orario parziale, insomma, può essere diversa per lavoratori a tempo pieno e a tempo parziale, in ragione della rilevanza per questi ultimi delle esigenze di programmabilità del tempo di non lavoro (ma v. *contra* art. 1).

Quanto alla disciplina del lavoro supplementare, la facoltà del datore di lavoro di richiedere prestazioni eccedenti l'orario concordato è subordinata, come il patto di variabilità, alla **preventiva autorizzazione del contratto collettivo**, stipulato dai soggetti di cui all'art. 1, comma 3, ed effettivamente applicato dal datore di lavoro (sul punto, valgono le considerazioni svolte nel par. I.2). **Cfr. anche art. 1** Il contratto collettivo deve (ovvero "può" secondo ROMEI, 2000, 256) prevedere, anzitutto, il **monte ore annuo**, nonché il **numero**

massimo di ore supplementari effettuabili nella singola giornata lavorativa (per la determinazione anche implicita v. BAVARO, 2000, *Lavoro supplementare*, 7, datt.). Quanto al monte ore annuo, la norma precisa che esso può essere stabilito anche a livello aziendale, ma che comunque non può essere oltrepassato il limite fissato dal contratto nazionale (critiche al vincolo da ROMEI, 2000, 255). Viene così riproposto il peculiare rapporto tra contratti collettivi di diverso livello già sperimentato in materia di lavoro straordinario nelle imprese industriali dalla l. n. 409/1998 (v. FERRANTE, 1999, 813), prevedendosi l'inderogabilità *in pejus* del contratto nazionale da parte di quello aziendale. La limitazione vale, in ogni caso, solo per il monte ore annuo e non per quello giornaliero, per il quale resta però fermo il limite dell'orario pieno, individuato nel modo descritto in precedenza.

La lett. c del primo comma stabilisce inoltre che il contratto collettivo deve individuare le "causali obiettive" a fronte delle quali è legittima la richiesta di lavoro supplementare. Come avveniva nel precedente regime, la legge pone un doppio filtro alle istanze di flessibilità del datore di lavoro: l'accordo sindacale e la sussistenza di ragioni obiettive (ALESSI, 1995, 124). Tuttavia, secondo alcuni, la disciplina attuale sembra a maglie più larghe rispetto alla precedente che faceva riferimento a "specifiche esigenze organizzative" (ROMEI, 2000, 257). La necessità dell'indicazione di ragioni obiettive,

inoltre, ha oggi un significato diverso rispetto al passato perché, come si vedrà, dall'assenza delle causali individuate dal contratto collettivo può farsi discendere, ai sensi del comma 6, l'applicazione della maggiorazione retributiva del 50% in funzione sanzionatoria (in precedenza, invece, l'inesistenza delle esigenze stabilite dal contratto collettivo legittimava il rifiuto della prestazione supplementare. V. *infra*).

Inoltre, ai sensi del comma 13 dell'art. 3, l'effettuazione di lavoro supplementare è ammessa quando il contratto di lavoro a tempo parziale è stipulato a tempo **indeterminato**, a **termine** per sostituire lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, ovvero a termine per altre ipotesi previste "consentite dalla legislazione vigente", previste dai contratti collettivi di cui all'art. 1, comma 3. **Cfr. art. 1**

Al doppio filtro sopraddetto se ne aggiunge oggi un altro. L'art. 3, comma 3, precisa infatti che l'effettuazione di lavoro supplementare richiede "in ogni caso" il **consenso del lavoratore**, cioè, in primo luogo, anche qualora ricorrano i presupposti individuati dalla contrattazione collettiva. La norma smentisce l'orientamento dottrinale secondo il quale il lavoratore doveva considerarsi tenuto a svolgere il lavoro supplementare legittimamente richiesto, salva la possibilità di far valere un giustificato motivo di esonero dalla prestazione (DE CRISTOFARO, 1992, 432; ALESSI, 1995, 124; IANNIRUBERTO, 1993, 280; *contra*, per la necessità dell'assenso individuale del lavora-

tore, BROLLO, 1991, 178). La richiesta del consenso del lavoratore, oggi prevista inderogabilmente dall'art. 3, è volta a tutelare al massimo la libera disponibilità del tempo di non lavoro, attraverso la consegna alla discrezionalità del lavoratore della scelta sull'effettuazione o meno della prestazione aggiuntiva.

La tutela offerta è rafforzata dalla previsione secondo la quale il rifiuto del lavoratore di svolgere il lavoro supplementare "non costituisce infrazione disciplinare, né integra giustificato motivo di licenziamento". La differente formulazione della norma rispetto a quella del comma 11, circa il rifiuto di stipulare il patto di variabilità (segnalata da BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 18, *datt.*), si spiega con la volontà del legislatore di escludere radicalmente l'esistenza di un obbligo contrattuale di aderire alla richiesta del datore di lavoro, come si riteneva in precedenza, dal quale possa farsi derivare una responsabilità del lavoratore per inadempimento. Per il patto di variabilità, invece, la preoccupazione era quella di evitare che il rifiuto del lavoratore potesse essere indirettamente addotto a fondamento di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, non potendosi in alcun modo configurare l'adesione al patto suddetto come oggetto di un obbligo contrattuale (V. *supra*, par. I.2). Le considerazioni svolte in quella sede, in ogni caso, valgono anche per il rifiuto, sistematico o meno, di svolgere lavoro supplementare, che non potrà mai condurre ad un licenziamento per giustificato

motivo oggettivo, fondato magari sulla difficoltà ad organizzare efficacemente l'attività aziendale (nello stesso senso BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 18, *datt.*). La precisazione non è inutile, perché viene specificato, al comma 15 dell'art. 3, che la disposizione di cui al comma 3 in esame è immediatamente applicabile, quindi anche durante il periodo transitorio, in attesa delle nuove discipline contrattuali (comma 2, ultimo periodo), ed anche nel campo di applicazione delle precedenti disposizioni dei contratti collettivi, fatte salve espressamente dallo stesso comma 15.

L'art. 3 prevede infatti, per il periodo transitorio, due possibilità: la prima è contenuta nel comma 2, per l'ipotesi che prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina i contratti collettivi applicati dal datore di lavoro non contenessero alcuna disposizione in materia di lavoro supplementare, ovvero per il caso in cui il datore di lavoro non applichi alcun contratto collettivo. In tali ipotesi, fino all'entrata in vigore delle previsioni collettive di cui al comma 2, il datore di lavoro è legittimato a ricorrere al lavoro supplementare nella misura del 10% dell'orario di lavoro a tempo parziale "riferita a periodi non superiori ad un mese e da utilizzare nell'arco di più di una settimana". La norma pone una sorta di "franchigia" a favore del datore di lavoro (ROCELLA, 2000, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, 3, *datt.*), che potrà dunque immediatamente usufruire di prestazioni supplementari. Ad es. in un rapporto di

lavoro di 20 ore settimanali, il lavoro supplementare potrà risultare al massimo di 8 ore in un mese, da distribuirsi su almeno due settimane. La liberalizzazione è piuttosto ampia (*contra* ROMEI, 2000, 253, ritiene la libertà di scelta più apparente che reale), se si considera che, in questa ipotesi, la norma non richiede alcuna causale giustificativa, ferma restando però la necessità del consenso del lavoratore. Ci si può chiedere, a questo punto, cosa avverrà al momento della stipulazione del contratto collettivo di cui al comma 2. Se sono fondate le considerazioni svolte circa la volontà del legislatore di consentire l'uso delle risorse di flessibilità previste dalla legge ai soli soggetti che fanno parte di un sistema contrattuale "garantito" (v. *supra*, par. I.1), si deve ritenere che i datori di lavoro che non aderiscono al sistema suddetto non possano ricorrere al lavoro supplementare, neppure all'interno della franchigia del 10%, che è pensata esclusivamente per il periodo transitorio. La conferma della correttezza della soluzione proposta deriva anche dal dato testuale: l'art. 3, comma 2, infatti, assicura il ricorso al lavoro supplementare nella misura ivi stabilita "in attesa" delle regolamentazioni contrattuali collettive (v. anche SANTUCCI, 2000, 15, *datt.*; *contra* per BAVARO, 2000, *Lavoro supplementare*, 7, *datt.* l'attesa può durare a tempo indefinito" per cui il tetto del 10% funge da anomala sanzione per il datore che voglia richiedere lavoro supplementare senza la mediazione del contratto collettivo). La conseguenza è, dunque, che, una

volta entrate in vigore le discipline contrattuali di cui al comma 2, per i datori di lavoro *outsiders* il ricorso al lavoro supplementare nel *part-time* deve ritenersi precluso; l'eventuale svolgimento di fatto di prestazioni aggiuntive rispetto a quelle concordate comporterà perciò l'applicazione delle sanzioni di cui al comma 6.

La seconda possibilità prevista dal comma 15 riguarda l'ipotesi in cui il datore applichi un contratto collettivo che contiene disposizioni in materia di lavoro supplementare nel rapporto di lavoro a tempo parziale, stipulato ai sensi dell'abrogato art. 5, l. n. 863/1984. In questo caso, tali disposizioni "continuano a produrre effetti sino alla scadenza prevista e comunque per un periodo non superiore ad un anno". Il datore di lavoro potrà dunque continuare a richiedere legittimamente prestazioni di lavoro supplementare sulla base delle precedenti previsioni collettive, con il correttivo della necessità di acquisire, volta per volta, il consenso del lavoratore. Non sembra condivisibile l'interpretazione secondo la quale sarebbe applicabile anche in tale ipotesi il limite del 10% (così VALLEBONA, 2000, 353; PAPALEONI, 2000, 222), pensato, come si è visto, per una situazione in cui non sia individuabile alcun limite oggettivo al lavoro supplementare.

L'applicazione delle "vecchie" disposizioni contrattuali è però, a termine: la data di cessazione degli effetti è individuata in riferimento alla stipulazione dei contratti collettivi di cui all'art. 1, comma 3, e comunque alla scadenza di un anno dalla data

di entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2000, qualora la contrattazione collettiva non abbia ancora disciplinato la materia. In quest'ultimo caso, nel periodo intercorrente tra il termine annuale previsto dal comma 15 e l'entrata in vigore delle disposizioni collettive di cui al comma 2, dovrà ritenersi applicabile la norma relativa alla franchigia del 10%, in forza dell'interpretazione sopra proposta (similmente ROMEL, 2000, 253).

II.2 - Il lavoro supplementare: retribuzione e sanzioni

L'art. 3, comma 4, stabilisce che le ore di lavoro supplementare sono retribuite come ore ordinarie, salva la facoltà della contrattazione collettiva di prevedere una **maggiorazione percentuale** sulla retribuzione globale di fatto. Sul punto la nuova disciplina lascia, come la precedente, un ampio margine di manovra alla **contrattazione collettiva**, che potrà dunque stabilire sia *Pan* che il *quantum* della maggiorazione stessa; non potrà invece essere individuata una **base di calcolo diversa** dalla retribuzione globale di fatto. Il legislatore intende, evidentemente, escludere che si verifichi la stessa situazione spesso segnalata per il lavoro straordinario, che veniva a costare meno del lavoro normale proprio in forza dell'esclusione dalla base di calcolo della maggiorazione di alcuni elementi della retribuzione (c.d. paradosso dello straordinario, v. ALLAMPRESE, 2000, *Il lavoro straordinario*, 9; BOLEGO, 1999, 6).

La precisazione circa la retribuità come ore ordinarie, salva diversa previsione contrattuale, che potrebbe

sembrare sovrabbondante vista la competenza generalmente riconosciuta alla contrattazione collettiva nella determinazione del trattamento dovuto per il lavoro supplementare, si spiega con la volontà di chiarire inequivocabilmente che **le ore di lavoro supplementare non solo devono essere retribuite, ma anche considerate come ore ordinarie**, in particolare per quanto riguarda il computo delle **competenze indirette o differite**. La norma è volta a contrastare l'orientamento giurisprudenziale che, sulla base di un'asserita quanto indimostrata assimilazione del lavoro supplementare al lavoro straordinario nel tempo pieno, ne ha escluso l'incidenza ai fini del calcolo delle competenze suddette (v. Pret. Milano 15 febbraio 1999 e il commento di ALESSI, 2000, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti). Come si avrà modo di argomentare oltre, oggi detta assimilazione non può più essere sostenuta, perché categoricamente smentita sia dal comma 4 ora esaminato, sia dalla disciplina del cd. lavoro straordinario nel *part-time* verticale (comma 5; v. *infra*). L'assimilazione non può essere operata neppure dalla contrattazione collettiva, che è sì legittimata a prevedere che "l'incidenza della retribuzione per le ore di lavoro supplementare sugli istituti indiretti e differiti sia determinata convenzionalmente, mediante l'applicazione di una maggiorazione forfettaria sulla retribuzione dovuta per la singola ora di lavoro supplementare", ma non certo ad escluderne il computo dalla base di calcolo dei medesimi istituti. La conclusione si ricava pia-

namente dall'inciso in base al quale la maggiorazione forfettaria può essere introdotta dal contratto collettivo "in alternativa a quanto previsto in proposito dall'art. 4, comma 2, lett. a" che, nell'enunciare il principio di parità di trattamento tra *full-timers* e *part-timers* prevede, "in particolare" che debbano essere utilizzati gli stessi "criteri di calcolo delle competenze indirette e differite previsti dai contratti collettivi di lavoro".
Cfr. art. 4

La **maggiorazione forfettaria** ha dunque una **finalità diversa** da quella prevista dal primo periodo del comma 4, che è destinata a compensare il disagio derivante dalla perdita della disponibilità del tempo libero. Sicché la contrattazione collettiva potrà introdurre entrambe ovvero non prevederne nessuna, ferma restando in tal caso la considerazione delle ore supplementari come ore ordinarie ai fini di cui si è detto.

La norma alla quale sono state rivolte le critiche più accese è quella contenuta nel comma 6, che ridisegna l'**apparato sanzionatorio** per la violazione delle disciplina del lavoro supplementare, eliminando la sanzione amministrativa prevista dalla l. n. 863/1984 ed introducendo, in luogo di essa, l'obbligo di corrispondere al lavoratore una **maggiorazione calcolata sulla retribuzione globale di fatto** per le ore di lavoro supplementare di fatto svolte in eccedenza rispetto al limite consentito. La previsione è stata giudicata eccessivamente onerosa per le imprese a causa della **percentuale minima di maggiorazione (50%)**, elevabile ulteriormente dalla contratta-

zione collettiva (v. DEL BOCA, 2000; VALLEBONA, 2000, 353) e assoggettabile a contribuzione *ex art. 1*, l. n. 389/1989 (circ. min. lav. n. 86/2000). Non sono mancate, tuttavia, posizioni diametralmente opposte, che hanno sottolineato come la nuova disciplina consenta "la predisposizione di una regolamentazione collettiva tutt'altro che penalizzante per le imprese" (CENTOFANTI, 2000, 512). Giudizi così antitetici derivano, probabilmente, da diverse opzioni di fondo circa il significato da attribuire alla flessibilità della prestazione di lavoro nel *part-time*. Se si condivide, come chi scrive, l'idea per cui l'apertura alle legittime esigenze di flessibilità delle imprese deve essere controbilanciata dalla previsione di un'adeguata tutela per gli interessi del lavoratore (v. le osservazioni di ROCCELLA, 2000, *Contrattazione collettiva*, 7 ss.), allora le scelte legislative risultano pienamente condivisibili.

Con riguardo, in particolare, alla disciplina sanzionatoria per il lavoro supplementare illegittimamente prestato, le critiche circa la sua eccessiva onerosità possono essere ridimensionate da un'osservazione tanto semplice da apparire quasi ovvia: la famigerata **maggiorazione del 50%** è dovuta **solo per il superamento dei limiti orari** stabiliti dalla contrattazione collettiva. E se si considera che il **contratto collettivo** ha completa libertà nel determinare il limite massimo di ricorso al lavoro supplementare, potendo fissare "eventualmente anche tetti altissimi" (così Roccella, 2000, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, 10), si

comprende come, in realtà, la sanzione sia pensata per i casi di abnorme utilizzazione del lavoro supplementare.

Quanto alle determinazioni della contrattazione collettiva, non sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene che esse incontrerebbero i **limiti massimi previsti per il lavoro straordinario nel tempo pieno** dal r.d.l. n. 692/1923 e dalla l. n. 409/1998, opportunamente riproporzionati in relazione alla minore durata prevista per il *part-time* (BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 17). L'interpretazione suddetta muove, ancora una volta, dall'impropria assimilazione del lavoro straordinario al lavoro supplementare, che non può (né poteva, anche nel vigore dell'art. 5, l. n. 863/1984) essere condivisa. È sufficiente considerare che i limiti posti al lavoro straordinario nel rapporto a tempo pieno sono giustificati da esigenze di tutela della integrità psico-fisica del lavoratore, che richiedono necessariamente l'imposizione di tetti massimi quantitativi in aggiunta ai requisiti causali e all'accordo delle parti (sul punto v. FERRANTE, 1999, spec. 814 ss; CARABELLI e LECCESE, 1995, 42). Nel caso del lavoro supplementare, il bene tutelato è invece la libera disponibilità del tempo di non lavoro, che deve ritenersi adeguatamente garantita dalla previsione, accanto ai requisiti causali, del necessario consenso del lavoratore (v., in relazione alla disciplina precedente, ICHINO, 1987, 138; BROLLO, 1991, 178). In altre parole, in materia di lavoro supplementare la contrattazione col-

lettiva è vincolata solo al rispetto del limite dell'orario normale di lavoro previsto per il tempo pieno, come si è visto nel paragrafo precedente. Del resto, che la **contrattazione collettiva fosse pienamente libera** di disciplinare la fascia compresa tra l'orario normale di lavoro stabilito dalla legge e quello inferiore fissato dalla contrattazione collettiva stessa, definito appunto lavoro supplementare, era ormai posizione consolidata in relazione al rapporto a tempo pieno (v. CARABELLI e LECCESE, 1995, 43; FERRANTE, 1998, 1314, sottolinea come, dopo l'introduzione dell'art. 13, l. n. 196/1997, non possa più parlarsi di lavoro supplementare nel rapporto *full-time*; nello stesso senso BOLEGO, 1999, 4). Non si vede, allora, per quale ragione dovrebbero introdursi limitazioni al lavoro supplementare nel *part-time*, là dove gli ampi margini di manovra della contrattazione collettiva sono adeguatamente bilanciati dalla richiesta del consenso individuale.

Si è detto che la **maggiorazione** retributiva del 50% è dovuta per le **ore di lavoro supplementare di fatto svolte oltre la misura consentita** ai sensi del comma 2. Ciò significa che la sanzione scatta sia al superamento delle soglie (giornaliera e annuale) previste dai contratti collettivi, sia nel caso in cui venga oltrepassata la "franchigia" del 10% fissata "in attesa delle discipline contrattuali". Resta da chiedersi se la stessa maggiorazione debba applicarsi anche nell'ipotesi in cui il lavoro supplementare sia prestato in assenza delle "ragioni obiettive" individuate dalla

contrattazione collettiva, poiché il comma 6 pare riferirsi, letteralmente, al solo superamento delle soglie numeriche ("in misura eccedente quella consentita"). La risposta positiva al quesito deriva dalla considerazione per cui, al di fuori delle causali giustificative fissate contrattualmente, il lavoro supplementare non è affatto consentito, perciò ogni ora di lavoro supplementare "ingiustificata" eccede "la misura consentita" (nello stesso senso BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 19).

Si può osservare, a questo punto, che **non esiste**, in base alla disciplina richiamata, un **vero e proprio divieto di svolgere lavoro supplementare** oltre i limiti consentiti dalla legge e dal contratto collettivo; la disciplina ora esaminata si limita, invero, a prevedere un **aggravio dei costi** per l'ulteriore flessibilità ottenuta "di fatto" dal datore di lavoro. Lo stesso discorso può essere spinto addirittura oltre, fino a ricomprendere le ipotesi in cui il datore di lavoro non applichi alcun contratto collettivo: in tal caso, l'elevato costo richiesto dalla legge per le prestazioni aggiuntive potrebbe essere considerato un incentivo all'ingresso nel sistema "autorizzato" di contrattazione collettiva previsto dal d.lgs. n. 61/2000. **Cfr. art. 1**

Il comma 6 dell'art. 3 si chiude riconoscendo ai contratti collettivi la **possibilità di elevare la misura della maggiorazione** e la facoltà di prevedere il **diritto al consolidamento** nell'orario di lavoro svolto dal *part-timer* "del lavoro supplementare svolto in via non meramente occasiona-

le". La norma, dunque, rimette alla contrattazione collettiva la scelta sia sull'*an* che sul *quomodo* del riconoscimento al lavoratore del diritto al consolidamento, che costituisce "un'arma che lo sottrae allo stabile instabilità del lavoro supplementare strutturale" (BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 19); si tratta, è opportuno sottolinearlo, di una facoltà, sicché il **contratto collettivo potrà anche non prevedere alcunché** in materia (ROCELLA, 2000, *Contrattazione collettiva*, 11).

La principale novità consiste nel fatto che il lavoro supplementare strutturale potrà essere **consolidato "in tutto o in parte"** nell'orario di lavoro del *part-timer*. Finora, infatti, si era discusso principalmente della possibilità di dedurre dalla sistematica effettuazione di lavoro supplementare la trasformazione del *part-time* in rapporto a tempo pieno, questione che aveva ricevuto in giurisprudenza una risposta negativa nella maggioranza dei casi (emblematica Cass. 1° agosto 1986, n. 4959, in *Dir. prat. lav.*, 1986, 3142). Secondo la nuova disciplina, invece, la contrattazione collettiva potrà prevedere che il lavoratore abbia diritto all'aumento stabile del proprio orario di lavoro, restando tuttavia il contratto a tempo parziale.

Il contratto collettivo, come si è detto, è del tutto libero di stabilire "criteri e modalità" per l'esercizio del diritto al consolidamento; gli unici presupposti individuati dalla legge sono, infatti, la **richiesta del lavoratore**, in omaggio al principio della volontarietà del ricorso al

part-time, e lo svolgimento di lavoro supplementare in via “non meramente occasionale” (con una formulazione che riecheggia la nuova disciplina del trattamento di fine rapporto: art. 2120 c.c.).

II.3 - Il lavoro “straordinario” nel *part-time* verticale

L'impressione che per il lavoro a tempo parziale sia stata adottata una nozione di orario “normale” o pieno diversa rispetto al rapporto di lavoro *full-time* (v. *supra*, par. II.1) è confermata dalla disciplina del lavoro cd. straordinario nel *part-time* verticale. L'art. 3, comma 5, infatti, nel consentire lo svolgimento di **prestazioni lavorative straordinarie**, precisa chiaramente che devono essere considerate tali quelle **aggiuntive rispetto “alle giornate di attività lavorativa”** (v. anche BAVARO, 2000, *Lavoro supplementare*, 4, datt.; PAPALEONI, 2000, *La riforma*, 220 ss.). La previsione, che conferma l'impossibilità di stipulare un contratto *part-time* multiperiodale, **ma v. sub art. 1**, considera dunque “tempo pieno” quello previsto dal contratto di lavoro a tempo parziale per la singola giornata lavorativa, ai soli fini dell'applicazione della disciplina delle prestazioni straordinarie. La precisazione non è inutile, perché **si deve ritenere ammissibile, anche nel *part-time* verticale, lo svolgimento di lavoro supplementare** (in senso contrario PAPALEONI, 2000, 221), intendendosi come tale quello prestato nelle giornate in cui non è prevista alcuna attività lavorativa (v., in giurisprudenza, Cass. 14 febbraio 1996, n. 1121), con l'appli-

cazione di tutta la disciplina descritta nei paragrafi precedenti. Il **differente trattamento delle due ipotesi** si giustifica in base alla diversa natura degli interessi tutelati: nel caso del lavoro supplementare, alla base della disciplina legale vi è la necessità di tutelare la piena disponibilità del tempo di non lavoro, che risulta soddisfatta, oltre che dalla imposizione di limiti causali e quantitativi, dalla richiesta del consenso del lavoratore. Per i periodi in cui, al contrario, la disponibilità del lavoratore è già corrispondente all'orario pieno, le esigenze da tutelare sono esclusivamente quelle che riguardano l'integrità psico-fisica del lavoratore, che giustificano dunque l'imposizione di limiti quantitativi e la necessaria maggiorazione della retribuzione, derivante dalla maggiore gravosità del lavoro prestato oltre l'orario normale (su tutti questi profili si v. ICHINO, 1987, 132). La previsione del comma 6, in altre parole, ha la funzione di tenere ben distinte le prestazioni straordinarie dal lavoro supplementare, perché in assenza di distinzione le prime avrebbero dovuto considerarsi ricomprese nel secondo, trattandosi, appunto, di prestazioni aggiuntive “rispetto a quelle concordate con il lavoratore” (art. 3, comma 1).

Le considerazioni ora svolte permettono anche di risolvere agevolmente il problema, sollevato in dottrina, del ***part-time* c.d. misto**, cioè risultante dalla combinazione tra *part-time* verticale e orizzontale, che non sarebbe stato preso in considerazione dal legislatore per una “distrazione” (BAVARO, 2000, *La ri-*

forma del part-time, 18). Per quella ipotesi, infatti, **l'unica disciplina applicabile per le prestazioni aggiuntive sembra essere quella del lavoro supplementare**, perché, stando alle definizioni fornite dall'art. 1, nei singoli periodi di attività lavorativa è prevista una riduzione di orario “in relazione all'orario normale giornaliero di lavoro” (art. 1, comma 2, lett. c). Nel *part-time* misto, dunque, l'orario giornaliero non dovrebbe mai essere pari all'orario pieno. Se invece la contrattazione collettiva prevedesse la possibilità di stipulare un contratto di lavoro a tempo parziale in cui per alcuni periodi la prestazione debba essere svolta ad orario pieno, mentre in altri vi sia una riduzione anche dell'orario giornaliero, deve essere applicata la disciplina delle prestazioni straordinarie per le giornate ad orario pieno e quella del lavoro supplementare per tutte le altre (come ipotizza, dubitativamente, lo stesso BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 18). **Cfr. art. 1**

Alle prestazioni straordinarie, secondo il comma 5, si applica la **disciplina legale e contrattuale in materia di lavoro straordinario** nei rapporti a tempo pieno. La *ratio* del differente trattamento rispetto al lavoro supplementare risiede nella necessaria imposizione di limiti all'impegno giornaliero dei lavoratori, derivante, come si è detto, da esigenze di tutela della salute.

L'applicazione della disciplina del lavoro straordinario comporta, in primo luogo, la necessità della ricorrenza delle ragioni giustificative previste dalla contrattazione collettiva

in tutti i settori, ovvero dall'art. 5-bis, r.d.l. n. 692/1923, come modificato dalla l. n. 409/1998, per lo straordinario nelle imprese industriali (si v. BOLEGO, 1999, 9).

Più complessa risulta la questione relativa alla **necessità o meno del consenso del lavoratore** ai fini dello svolgimento delle prestazioni straordinarie. Per lo straordinario nel tempo pieno, infatti, la dottrina risulta divisa tra chi ritiene sempre necessario il consenso del lavoratore (CARABELLI e LECCESE, 1995, 42, in relazione al vecchio testo dell'art. 5-bis) e chi, invece, ne esclude la necessità quando sia il contratto collettivo a disciplinare il lavoro straordinario (v. FERRANTE, 1999, 815). A favore di quest'ultima tesi depone proprio la formulazione del nuovo art. 5-bis, r.d.l. n. 692/1923, che richiede l'accordo tra datore di lavoro e lavoratore solo in assenza di previsione dei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Quanto ai **limiti di ricorso allo straordinario**, il comma 5 prevede che i limiti trimestrale ed annuale (rispettivamente, 80 e 250 ore) previsti dalla l. n. 409/1998 devono essere **riproporzionati** in relazione alla minore durata della prestazione lavorativa a tempo parziale. Lo stesso vale per i diversi **limiti eventualmente stabiliti dalla contrattazione collettiva** proprio in forza della legge citata, limiti che, secondo l'interpretazione prevalente, possono anche essere superiori a quelli indicati dalla legge (v. FERRANTE, 1999, 810; ALLAMPRESE, 2000, *Il lavoro straordinario*, 22; BO-

LEGO, 1999, 9). I contratti collettivi, tuttavia, possono escludere detto riproporzionamento, poiché il comma 5 fa salve le diverse previsioni contenute nei contratti stipulati dai soggetti di cui all'art. 1, comma 3. Per tale ragione, sembra doversi escludere che dalla norma in esame sia possibile dedurre un principio generale valevole non solo per i limiti previsti dall'art. 5, r.d.l. n. 692/1923, per lo straordinario nelle imprese non industriali (2 ore giornaliere - 12 ore settimanali), che non vengono considerati dalla norma in esame, ma addirittura per il lavoro supplementare nel *part-time* orizzontale (BAVARO, 2000, *La riforma del part-time*, 17; ID., 2000, *Lavoro supplementare*, 12, datt.). In assenza di una previsione espressa, insomma, non sembra potersi ricavare dal comma 5 un obbligo di riproporzionare anche i limiti giornaliero e settimanale sopra citati, salvo naturalmente una diversa determinazione della contrattazione collettiva.

GIURISPRUDENZA COLLEGATA

SOMMARIO: I. Le clausole elastiche - II. Il rifiuto di trasformare il rapporto di lavoro come giustificato motivo oggettivo di licenziamento: rinvio - III. Il lavoro supplementare - IV. Il lavoro straordinario

I - LE CLAUSOLE ELASTICHE

1. Le cosiddette clausole elastiche, che consentono al datore di lavoro di richiedere "a comando" la prestazione lavorativa dedotta in un contratto di *part-time* sono illegittime, atteso che l'esigenza della previa pattuizione bilaterale della riduzione di ora-

quanto alla retribuzione dovuta per le prestazioni straordinarie, non sembra discutibile che debbano applicarsi la maggiorazione del 10% stabilita dall'art. 5, r.d.l. n. 692/1923 ovvero quella superiore fissata dalla contrattazione collettiva per il lavoro straordinario nei rapporti a tempo pieno. In virtù dell'ampio rinvio contenuto nel comma 5, deve considerarsi altresì applicabile la previsione contenuta nell'art. 2, commi 18-21, l. n. 549/1995, relativa al versamento del contributo del 5% della retribuzione al Fondo prestazioni temporanee dell'INPS, per le imprese con più di 15 dipendenti, nel caso di superamento delle 40 ore settimanali di lavoro (com'è noto, per le imprese industriali il contributo è elevato al 10% per le ore eccedenti le 44 e al 15%, a prescindere dal numero dei dipendenti, in caso di superamento delle 48 ore settimanali) (PROIA e SANTORO-PASSARELLI, 1998).

rio comporta - stante la *ratio* dell'art. 5, l. n. 863/1984 - che, se le parti concordano per un orario giornaliero inferiore a quello ordinario, di tale orario deve essere determinata la collocazione nell'arco della giornata e che, se parimenti le parti convengono che l'attività lavorativa debba svol-

gersi solo in alcuni giorni della settimana o del mese, anche la distribuzione di tali giornate lavorative sia previamente stabilita. Dall'accertata illegittimità di tali clausole non consegue l'invalidità del contratto *part-time*, né la trasformazione in contratto a tempo indeterminato, ma solo l'integrazione del trattamento economico (ex artt. 36 Cost. e 2099, comma 2, c.c.), atteso che la disponibilità alla chiamata del datore di lavoro, di fatto richiesta al lavoratore, pur non potendo essere equiparata a lavoro effettivo, deve comunque trovare adeguato compenso, tenendo conto della maggiore penosità ed onerosità che di fatto viene ad assumere la prestazione lavorativa per la messa a disposizione delle energie lavorative per un tempo maggiore di quello effettivamente lavorato; a tal fine rilevano la difficoltà di programmazione di altre attività, l'esistenza e la durata di un termine di preavviso, la percentuale delle prestazioni a comando rispetto all'intera prestazione. (Cass. 26 marzo 1997, n. 2691 e Cass. 17 marzo 1997, n. 2340, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 750, con nota di BOLLANI)

2. In presenza di un contratto a tempo parziale con clausole elastiche incombe al lavoratore, al fine di ottenere l'adeguamento della retribuzione percepita, l'onere di provare la maggiore penosità ed onerosità della prestazione effettuata scaturita dal dovere di rimanere a disposizione del datore di lavoro per un periodo di tempo eccedente quello della prestazione pattuita, salva sempre la possibilità del datore di lavoro di contestare i fatti addotti da

controparte, dimostrandone l'infondatezza, e restando, in ogni caso, consentito il ricorso alla liquidazione equitativa ex art. 432 c.p.c. allorché risulti impossibile (o estremamente difficoltosa) per il lavoratore la prova del pregiudizio subito. (Cass. 26 marzo 1997, n. 2691, in *Dir. lav.*, 1998, II, 15, con nota di RIGANÒ)

3. Nel contratto di lavoro *part-time*, che con quello a tempo pieno ha in comune la causa giuridica (cioè lo scambio lavoro - retribuzione), differenziandosene soltanto per la riduzione quantitativa della prestazione lavorativa (e correlativamente della retribuzione) il carattere necessariamente bilaterale della volontà in ordine a tale riduzione nonché alla collocazione della prestazione lavorativa in un determinato orario - la sussistenza di una pattuizione in ordine alla quale in caso di contratto stipulato anteriormente all'entrata in vigore del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, conv. con modif. nella l. 19 dicembre 1984, n. 863 (il cui art. 5 richiede che tale stipulazione avvenga per iscritto, in essa indicandosi fra l'altro anche la distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana al mese e all'anno) può desumersi da un comportamento concludente delle parti come quello consistente nella prolungata osservanza di un orario sempre identico - comporta che ogni modifica dell'orario stesso non possa essere attuata unilateralmente dal datore di lavoro in forza del suo potere di organizzazione della attività aziendale, essendo invece necessario il mutuo con-

sensu di entrambe le parti, salvo che nel contratto individuale l'orario della prestazione lavorativa sia determinato soltanto nella durata, senza alcuna specificazione della sua collocazione temporale (cosiddette clausole elastiche). (Cass. 17 luglio 1992, n. 8721 e Cass. 9 novembre 1991, n. 11966, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 996, con nota di BIANCA)

4. Il requisito formale previsto per il contratto di lavoro *part-time* non si può qualificare *ad substantiam*, ma l'attuazione del rapporto come *part-time* cosiddetto elastico, comporta il risarcimento del danno da valutarsi secondo la gravità della violazione. (Trib. Firenze 18 gennaio 1994, in *Lav. giur.*, 1996, 213, con nota di PAPINI AVIO)

5. La mancata stipulazione per iscritto del contratto di lavoro a *part-time* determina, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c., la nullità parziale dello stesso, normalmente limitata pertanto alla relativa clausola, cui consegue, ex art. 36 Cost. e 2099, comma 2, c.c., in ragione della mancata valida predeterminazione della collocazione temporale dell'orario di lavoro nella giornata, un'integrazione retributiva parametrata sulla disponibilità effettivamente offerta dal lavoratore, eccedente le ore lavorate. (Trib. Torino 17 marzo 1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, 937)

6. La normativa del contratto a tempo parziale, del quale la forma scritta è un requisito essenziale, esclude che esso possa contenere le clausole elastiche, che attribuiscono al datore di lavoro il potere di variare la pattuita collocazione temporale

della prestazione lavorativa; in caso di inottemperanza ai detti requisiti si decade dal particolare regime contributivo di cui all'art. 5 della l. n. 863/1984. (Pret. Sondrio 25 novembre 1995, in *Inf. prev.*, 1996, 149)

(V. anche la giurisprudenza collegata all'art. 2, spec. sub parr. I e II)

II - IL RIFIUTO DI TRASFORMARE IL RAPPORTO DI LAVORO COME GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO DI LICENZIAMENTO: RINVIO

Sul punto si rinvia alla giurisprudenza collegata all'art. 5 - sezione I, sub par. II

III - IL LAVORO SUPPLEMENTARE

1. Ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 4, d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in l. 19 dicembre 1984, n. 863, per lavoro supplementare nell'ambito del rapporto di lavoro a tempo parziale deve intendersi il lavoro comunque eccedente i limiti concordati, avuto riguardo sia all'orario giornaliero, sia ai periodi predeterminati nel corso della settimana, del mese o dell'anno. (Cass. 14 febbraio 1996, n. 1121, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, 357, con nota di MORGERA)

2. La possibilità, ai sensi dell'art. 1, lett. b, l. 18 aprile 1962, n. 230, di sostituire un lavoratore a tempo pieno (assente con diritto alla conservazione del posto) con due lavoratori a tempo parziale, non esclude che le modalità di effettivo svolgimento del rapporto di lavoro di tali sostituti, e in particolare l'impiego di essi in prestazioni quantitativa-

mente corrispondenti a quelle non di uno ma di due lavoratori a tempo pieno, siano valutabili come prova dell'intento del datore di lavoro di conseguire un risultato equivalente a quello della (illegittima) assunzione a termine di un lavoratore non giustificata da esigenze di sostituzione; ne consegue che il relativo rapporto deve reputarsi a tempo indeterminato, ma pur sempre ad orario ridotto, in quanto l'impiego oltre l'orario convenuto di lavoratori assunti a tempo parziale non comporta la conversione del rapporto in rapporto a tempo pieno ma, se ed in quanto costituente violazione del divieto di prestazione supplementare posto dall'art. 5, comma 4, d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, conv. in l. 19 dicembre 1984, n. 863, la sanzione amministrativa di cui al comma 13 e 14 dello stesso articolo. (Cass. 17 ottobre 1992, n. 11380, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, 32)

3. Il giudice può interpretare la domanda giudiziale non solo nella sua formulazione letterale, ma anche e soprattutto nel suo sostanziale contenuto e con riguardo alle finalità che la parte intende perseguire: pertanto una richiesta di riconoscimento di integrazione retributiva, formulata dal prestatore assunto a *part-time* in relazione al superiore orario effettivamente osservato, può ritenersi introduca implicitamente un'istanza di accertamento di simulazione relativa. Ne consegue che il giudice di merito può avvalersi di prove dedotte dal lavoratore per fondare una richiesta di integrazione retributiva, formulata dal prestatore

assunto a *part-time* in relazione al superiore orario effettivamente osservato, al fine di accertare la presenza di una simulazione relativa. (Cass. 11 ottobre 1996, n. 8904, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 496, con nota di LASSANDARI)

4. In relazione ad un rapporto di lavoro che abbia avuto attuazione a seguito della stipulazione di un contratto a tempo parziale formalmente regolare ai sensi dell'art. 5, d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito con modificazioni dalla l. 19 dicembre 1984, n. 863, non incorre nel vizio di contraddittorietà di motivazione, il giudice di merito che, ritenendo sussistere un'ipotesi di simulazione relativa del contratto, accolga la domanda del lavoratore che, dedotto di avere di fatto sempre osservato un orario di lavoro a tempo pieno, chieda le consequenziali integrazioni di taluni emolumenti (nella specie, del trattamento di malattia e di quello di fine rapporto). Infatti, la domanda giudiziale deve essere interpretata non solo nella sua formulazione letterale ma anche nel suo sostanziale contenuto e con riguardo alle finalità perseguite dalla parte, e quindi la richiesta di accertamento di una simulazione relativa può ritenersi implicitamente e virtualmente contenuta nella domanda dedotta in giudizio quando risulti coerente il *petitum* e la *causa petendi* e non si estenda l'ambito soggettivo di riferimento. D'altra parte, ai fini dell'accoglimento della domanda proposta dal lavoratore, lo stesso accertamento della simulazione relativa

deve ritenersi superfluo - essendo fuori questione le conseguenze della dissimulazione verso terzi - in applicazione del principio secondo cui in materia di lavoro, in relazione ai diritti spettanti al lavoratore per la sua attività lavorativa, non è decisivo il negozio costitutivo del rapporto ma il rapporto nella sua concreta attuazione, e tenuto presente che non possono ritenersi applicabili alla trasformazione del contratto a *part-time* in contratto a tempo pieno le prescrizioni (atto scritto e convalida da parte dell'Ufficio provinciale del lavoro) dettate dall'art. 5 del d.l. citato per la trasformazione inversa. (Cass. 11 ottobre 1996, n. 8904, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 1408)

5. Ai sensi dell'art. 26 c.c.n.l. per i dipendenti delle imprese di pulimento, disinfestazione e derattizzazione, gli elementi retributivi indiretti, legali e contrattuali, vanno calcolati unicamente sulla base dell'orario contrattuale e non delle ore effettivamente lavorate, comprensive di lavoro supplementare, computabile soltanto per il calcolo della tredicesima e della quattordicesima. Al lavoro supplementare devono considerarsi applicabili le norme in materia di lavoro straordinario: in entrambi i casi, infatti, si tratta di ore di lavoro aggiuntive rispetto all'orario contrattuale stabilito dalle parti. (Pret. Milano 15 febbraio 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, 177, con nota di ALESSI)

6. Sussiste violazione, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo, del divieto di effettuazione di lavoro supplementare, ex art. 5, comma 4, l. n. 863/1984, per chi sia occupato

part-time nel caso in cui l'accordo, contenente la clausola di deroga, non sia stato sottoscritto preventivamente da parte dei lavoratori interessati e/o dei rappresentanti sindacali aziendali della singola unità produttiva. (Pret. Biella 26 gennaio 1995, in *Inf. prev.*, 1995, 143)

7. In un rapporto di lavoro a tempo parziale, l'accordo sindacale aziendale legittima il lavoro supplementare svolto successivamente alla stipula in forma scritta. (Pret. Vercelli 7 giugno 1990, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 565)

IV - IL LAVORO STRAORDINARIO

1. La nozione di lavoro straordinario, il cui compenso è escluso dalla base di computo dell'indennità prevista dall'art. 6, l. reg. Sicilia 6 giugno 1975, n. 42 a favore dei lavoratori minerari e prepensionati, deve essere desunta dalla specifica disciplina collettiva del settore in tema di orario di lavoro; ove questa stabilisca il normale orario di lavoro giornaliero in misura inferiore a quello massimo di otto ore previsto dalla legge, la prestazione eccedente l'orario concordato, ma inferiore al limite massimo legale (cosiddetto lavoro supplementare) deve essere qualificata come ordinaria - con conseguente inclusione del relativo compenso nella retribuzione ordinaria - ove sia accertata l'esistenza di una volontà delle parti, manifestata anche tacitamente, diretta a modificare detta regolamentazione con il prolungamento dell'orario normale di lavoro. (Nella specie, è stata con-

fermata la decisione dei giudici di merito che in base a tale regolamentazione pattizia ha incluso nella base di calcolo della indennità in questione i compensi per lavoro supplementare). (Cass. 12 novembre 1993, n. 11161, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 11)

2. Non esistendo nell'ordinamento un principio generale di onnicomprensività della retribuzione, l'autonomia collettiva può escludere determinate componenti retributive dalla computabilità ai fini dei vari istituti indiretti; tanto non può accadere, tuttavia, per il compenso per lavoro straordinario, atteso che esso è regolato da norme imperative quali l'art. 2108 c.c. e l'art. 5, r.d.l. n. 692/1923, secondo il quale lo straordinario deve essere remunerato con un aumento non inferiore al 10% rispetto alla retribuzione prevista per il lavoro ordinario, in essa compreso ogni emolumento che abbia i caratteri della continuità, obbligatorietà e determinabilità. (Cass. 23 luglio 1998, n. 7251, in *Not. giur. lav.*, 1999, 48)

3. L'art. 5, r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692 - il quale determina in due ore la durata massima del lavoro straordinario che saltuariamente (per disposizione dell'imprenditore, ex art. 5-bis) o continuativamente (sull'accordo delle parti o in presenza di eccezionali esigenze produttive) può essere prestato in aggiunta all'orario normale (per cui il precedente art.

1 stabilisce il limite di otto ore) - è norma di ordine pubblico, sanzionata anche penalmente (art. 9) e volta a tutelare la salute psicofisica del lavoratore, che è applicabile anche nel caso di aziende in cui si eseguono lavorazioni a ciclo continuo. Uniche deroghe consentite agli indicati limiti di orario normale e supplementare sono quelle previste dall'art. 7 dello stesso decreto, che (oltre alle ipotesi in cui la cessazione del lavoro ad orario normale costituisca "un pericolo e danno alle persone od alla produzione") indica i "casi di forza maggiore", i quali, peraltro, ai sensi dell'art. 2045 c.c. e dell'art. 45 c.p., non possono identificarsi in situazioni che avrebbero potuto essere evitate mediante un responsabile intervento umano (nella specie, mediante la previsione di misure per la sostituzione di un lavoratore ammalato). (Cass. 24 luglio 1984, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3274)

4. Il preventivo "accordo tra le parti" a cui l'art. 5, r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692 subordina la prestazione di lavoro straordinario è soltanto l'accordo collettivo stipulato di volta in volta in riferimento a ciascun caso concreto, accordo che le norme regolamentari sottopongono ad una particolare procedura di controllo in sede amministrativa. (Pret. Torino 11 novembre 1996, in *Giur. piem.*, 1997, 456).