

PART-TIME E JOB SHARING

di CRISTINA ALESSI

Estratto da **QUADERNI
DI DIRITTO
DEL LAVORO
E DELLE RELAZIONI
INDUSTRIALI**

n. 17 - 1995

Direzione:

F. Carinci - M. Dell'Olio - R. De Luca Tamajo
F. Liso - L. Montuschi - P. Tosi - T. Treu
B. Veneziani

UTET

PART-TIME E JOB SHARING

di CRISTINA ALESSI
*Borsista in diritto del lavoro
nell'Università degli Studi
di Brescia*

SOMMARIO: 1. Definizione e specialità del contratto di lavoro *part-time*; 2. La forma del contratto. — 3. La distribuzione dell'orario di lavoro: le clausole «elastiche». — 4. Il lavoro supplementare. — 5. Il *job sharing*.

1. Definizione e specialità del contratto di lavoro *part-time* *.

L'art. 5 della legge 863/84 definisce il lavoro *part-time* come l'«attività ad orario inferiore rispetto a quello ordinario previsto dai contratti collettivi o per periodi predeterminati nel corso della settimana, del mese o dell'anno». Viene così legittimato anche il c.d. *part-time* verticale o ciclico su base annua (Scarponi 1988, p. 62; Amato 1991, p. 58; De Cristofaro 1992, p. 424), dell'ammissibilità del quale aveva talvolta dubitato la giurisprudenza anteriore all'intervento legislativo¹. La norma, tuttavia, non indica di quale entità debba essere la riduzione di orario perché il contratto di lavoro possa considerarsi a tempo parziale, a differenza di quanto avviene in altri Paesi europei (si v. Veneziani 1993, p. 249), né

* Sul lavoro a tempo parziale nel pubblico impiego si v. MORGERA P., *Orario di lavoro e part-time*, nel n. 16/1995 di q. *Riv.* dedicato al tema «*Amministrazioni pubbliche e diritto privato del lavoro*», 235 ss.

¹ Si v. Pret. Milano 30 aprile 1974, secondo la quale con il *part-time* annuo si sarebbe realizzata «un'ipotesi di successione di contratti di lavoro a tempo determinato vietata dalla legge».

utilizza locuzioni come «orario sensibilmente inferiore a ...», come nella definizione a suo tempo proposta dal B.I.T. (Loy 1985, p. 862). La dottrina ha generalmente approvato la scelta legislativa, sul presupposto che in tal modo poteva ritenersi ammissibile un'ampia gamma di riduzioni di orario (Morgera 1990, p. 8), ed osservando che è spesso la contrattazione collettiva a fissare i limiti orari, minimi e massimi, di ricorso al *part-time* (De Cristofaro 1992, p. 423). La stessa soluzione è del resto stata adottata dal Consiglio dell'U.E. in due recenti proposte di direttiva relative ai lavori atipici², nonché nella Convenzione n. 175 e nella raccomandazione n. 182 del 1994 dell'O.I.L.³ (Sul punto si v. più diffusamente Lai, *infra*; Di Martino 1995, p. 129 ss.). L'inevitabilità dell'uso di una formula vaga è poi sottolineata da chi sostiene che una rigida previsione dei limiti di orario avrebbe potuto porsi in contrasto con l'art. 4 Cost. (Mele 1990, p. 32) che, secondo l'interpretazione prevalente, fonda la libertà di scelta del proprio impegno lavorativo (Ichino 1984). In realtà, la fissazione di un preciso limite legislativo non comprimerebbe affatto detta libertà, ponendosi semplicemente quale presupposto di applicabilità della specifica disciplina dettata per il *part-time*. In altre parole, anche qualora la legge prevedesse, sul modello del *Code du travail*⁴, che l'orario a tempo parziale dev'essere inferiore di almeno una data percentuale rispetto all'orario normale di lavoro, non per questo dovrebbero ritenersi inammissibili riduzioni di minore entità; in simili casi dovrebbe semplicemente applicarsi la disciplina generale del rapporto di lavoro a tempo pieno. La stessa soluzione è, fra l'altro, adottata nell'ordinamento spagnolo, nel quale si considera a tempo parziale il contratto che preveda un orario di lavoro inferiore ai due terzi di quello abitualmente previsto per la medesima attività (si v. García Piqueras 1993, p. 310).

La legge individua poi il parametro al quale rapportare la riduzione nell'orario «ordinario previsto dai contratti collettivi di lavoro», che in genere viene fissato dai contratti di categoria (De Cristofaro 1992, p. 423). Non appare corretta, tuttavia, l'esclusione a priori dei contratti di livello aziendale (per il rinvio ai soli contratti di categoria, nazionali o provinciali, si v. Ichino 1984; Mele 1990, p. 35; Nicolini 1988, p. 8; in senso dubitativo Morgera 1990, p. 6) sia perché è la stessa legge a parlare di «ore lavorative ordinarie effettuate nell'azienda» (art. 5, 12° comma), sia perché il riferimento al contratto di categoria potrebbe risultare incongruo quando la disciplina dell'orario di lavoro «normale» sia oggetto di regolamentazione specifica da parte del contratto aziendale (in tal senso Morgera 1990, p. 6). L'ipotesi è tutt'altro che peregrina, se si considera che spesso è la stessa contrattazione nazionale a rinviare al livello aziendale per la determinazione

² Cfr. le due proposte di direttiva del Consiglio datate 29 giugno 1990, riportate in Roccella, Civale, Izzi 1995, 749 ss.

³ Pubblicate in *DRI*, 1995, 183 ss.

⁴ Si v. l'art. L. 212-4-2, secondo il quale «sono considerati come orari a tempo parziale gli orari inferiori di almeno un quinto alla durata legale del lavoro o alla durata del lavoro fissata convenzionalmente per il settore o per l'impresa».

in concreto dell'orario (si v. Pinto, *infra*, spec. par. 2), proprio perché «il decentramento della contrattazione (è) una conseguenza diretta ed ineliminabile della peculiarità della materia» (Scarponi 1988, p. 39; si v. anche p. 53 ss.). Non è un caso, quindi, che la legge francese faccia espressa menzione, ai fini dell'individuazione dell'orario «normale», della «durata del lavoro stabilita convenzionalmente per il settore o per l'impresa» (cfr. art. L. 212-4-2 *Code du travail*). A voler accogliere l'interpretazione qui criticata, infatti, la riduzione dell'orario prevista dal contratto aziendale andrebbe considerata come originante una pluralità di rapporti *part-time*, anche se la dottrina, sul problema *de quo*, tende ad aggirare l'ostacolo ed a dichiarare, tautologicamente, che ci si troverebbe di fronte ad una «riduzione contrattata di orario» (Mele 1990, p. 35, n. 21): il che equivale a dire che, se non si tratta di rapporti di lavoro a tempo parziale, il contratto collettivo aziendale determina l'orario «normale» di lavoro.

La valutazione della riduzione dell'orario va effettuata, secondo le indicazioni della dottrina (De Cristofaro 1992, p. 423; Morgera 1990, p. 7), in riferimento all'orario svolto abitualmente dai dipendenti cui sono assegnate le medesime mansioni dei lavoratori assunti a tempo parziale. La precisazione, resa necessaria dal riconoscimento della possibile esistenza di una pluralità di regimi di orario all'interno della stessa impresa (si v. Pinto, *infra*), è ripresa anche dalle fonti O.I.L. citate in precedenza, che individuano il termine di paragone nell'orario osservato «dai lavoratori a tempo pieno che di trovino in una situazione comparabile» (sul significato dell'espressione si v. Di Martino 1995, p. 130).

Il requisito della volontarietà rispetto alla costituzione del rapporto non sembra porre particolari problemi; si può semplicemente osservare che la legge usa, realisticamente, il più «morbido» concetto di disponibilità, che ricomprende anche le ipotesi in cui l'accettazione di un lavoro ad orario ridotto non è «frutto di libera scelta» (Veneziani 1993, p. 249) ma rappresenta «piuttosto un ripiego» (De Cristofaro 1992, p. 427, nt. 46; Mele 1990, p. 28). Una volontà piena è invece richiesta per la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, che il legislatore circonda di adeguate cautele volte a garantire «la volontarietà e la genuinità del consenso» (Brollo 1991, p. 156), sul presupposto che la rinuncia al tempo pieno, e quindi alla retribuzione sufficiente *ex art 36 Cost.*, sia più sospetta quando effettuata in corso di rapporto. La giurisprudenza, tuttavia, ritiene che, nell'ipotesi in cui si verifichi un'impossibilità di utilizzare totalmente il lavoro offerto dal dipendente ad orario pieno, sia giustificato il licenziamento conseguente al rifiuto del dipendente medesimo di consentire alla trasformazione del rapporto a tempo parziale⁵. Quando si realizzi una simile impossibilità è dunque sufficiente una volontà «diminuita», coartata dalla necessità di mantenere

⁵ Cfr. Cass. 3 settembre 1991, n. 9344, in *RIDL*, 1992, II, 1001, con nota di Topo A., *Il rifiuto di trasformare il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale come giustificato motivo di licenziamento*.

comunque un posto di lavoro, come nel caso, più volte esplorato dalla giurisprudenza, della modificazione *in peius* delle mansioni disposta al fine di evitare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo⁶ (si v. Alessi 1994). Si potrebbe allora ritenere che, come in quest'ultima ipotesi, il datore di lavoro abbia anche l'onere di verificare l'utilizzabilità del lavoratore potenzialmente colpito da un provvedimento espulsivo «in relazione all'eventualità di una riduzione, anche quantitativamente consistente, della durata della prestazione lavorativa» (così Maresca 1987, p. 34), con ciò escludendo la sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento qualora risulti la disponibilità del lavoratore di trasformare il rapporto a tempo parziale⁷ (Amato 1991, p. 59).

La legge non menziona il requisito della non esclusività dell'attività quale presupposto per la legittima stipulazione del contratto *part-time*, ma la dottrina prevalente ritiene di poterlo ricavare in via interpretativa (Loy 1985, p. 862; De Cristofaro 1992, p. 426; Nicolini 1988, p. 6), sottolineando in particolare che una clausola di esclusiva impedirebbe al lavoratore di ottenere una retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost. Pertanto, l'apposizione di detta clausola osterebbe alla qualificazione del rapporto di lavoro come a tempo parziale ai fini dell'applicazione della disciplina prevista dalla legge 863/84 (Loy 1985, p. 862). La giurisprudenza, dal canto suo, precisa spesso che il *part-time* si caratterizza per la programmabilità del tempo di non lavoro, che «deve essere salvaguardata anche all'ovvio fine di consentir(e) (al lavoratore) di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente a realizzare un'esistenza libera e dignitosa»⁸. Si potrebbe allora ritenere che la clausola di esclusiva, ove non sia compensata da un'adeguata maggiorazione retributiva, debba considerarsi come non apposta, in quanto contrastante con una delle finalità del *part-time* e, soprattutto, con l'art. 36 Cost., cosicché una violazione di detta clausola non potrebbe essere sanzionata in via disciplinare, né tantomeno costituire giustificato motivo di risoluzione del rapporto. Un discorso analogo può farsi con riguardo all'obbligo di fedeltà del lavoratore subordinato, che deve essere ridimensionato nel lavoro a tempo parziale proprio in considerazione della «prevista cumulabilità di più rapporti di lavoro» (Ianniruberto 1993, p. 49; Amato 1991, p. 79; *contra* Maresca 1987, p. 57; Ichino 1984). La conclusione non deriva dall'applicazione analogica delle norme sul lavoro a domicilio (criticata da Maresca 1987, p. 57), ma dalla *ratio* della disciplina del *part-time*, più volte sottolineata dalla giurisprudenza di legittimità e dalla stessa Corte costituzionale. Un'attenuazione del vin-

⁶ Si v., ad es., Cass. 7 settembre 1993, n. 9386, in *RGL*, 1994, II, 373 ss., con nota di Manganiello E., *Dequalificazione consensuale ed interessi prevalenti*.

⁷ Per il caso in cui la mancata dimostrazione da parte del datore di lavoro dell'effettiva sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento comporta l'annullamento della trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale si v. Cass. 21 maggio 1991, n. 5687, in *DPL*, 1991, 2147.

⁸ Cass. 17 luglio 1992, n. 8721, in *RGL*, 1992, II, 966 ss.

colo derivante dall'art. 2105 c.c. si giustifica in relazione all'insufficienza della retribuzione del *part-timer* ai sensi dell'art. 36 Cost. e al riconoscimento del diritto di quest'ultimo ad integrarla con altro rapporto di lavoro. L'obbligo di fedeltà, allora, non potrà avere un'estensione tale da impedire al dipendente lo svolgimento di qualunque altra attività lavorativa, e la sua violazione andrà valutata con riferimento al danno effettivo (e non solo potenziale) subito dal datore di lavoro.

Quanto alla specialità del rapporto, sembra ormai definitivamente abbandonata l'idea che il *part-time* possa considerarsi un contratto speciale di lavoro⁹ (secondo la ben nota ricostruzione di Grasselli 1968), non presentando alcuna deviazione funzionale rispetto alla fattispecie «lavoro subordinato» (Brollo 1991, p. 69 ss.; Mele 1990, p. 48); di recente si è anzi fatta strada una rimeditazione dei rapporti tra contratto di lavoro subordinato e rapporti c.d. speciali, fondata sull'osservazione che, per questi ultimi, il legislatore pone semplicemente un nucleo di disciplina speciale per alcuni profili, ma non esclusiva, talché è necessario il ricorso alla disciplina generale per tutti gli aspetti non regolati diversamente (Napoli 1995, p. 1059 ss.). La classificazione per tipo e sottotipo dei vari modelli di rapporto delineati dal legislatore è oggi sottoposta a serrate critiche, volte a sottolineare la centralità del contratto di lavoro subordinato, rispetto al quale le tipologie «speciali» si pongono come modelli di disciplina differenziati, «tutti riferibili allo schema generale (e alla causa tipica) di un medesimo contratto» (così D'Antona 1990, p. 536; si v. anche Napoli 1995). E proprio dalla disciplina del *part-time* si è tratto spunto, inoltre, per sottoporre a revisione quelli che sono stati a lungo considerati indici della subordinazione, come la continuità del rapporto, lo stabile inserimento del lavoratore nell'impresa, il potere di conformazione della prestazione da parte del datore di lavoro (Brollo 1991, p. 103 ss.; De Luca Tamajo 1987, spec. p. 462 ss.; D'Antona 1990, p. 544). Non è questa la sede per un approfondimento del dibattito, che appare ben lontano dal sopirsi, sulla idoneità qualificatoria dell'art. 2094 c.c.; si può solo osservare come sia stato in realtà proprio l'allontanamento dalla norma citata e l'assunzione a parametro di riferimento per le operazioni di qualificazione di un modello c.d. social-tipico di lavoro subordinato a far dubitare della possibilità di ricomprendere nella definizione legislativa alcuni rapporti che presentavano uno o più profili di disciplina speciale (su tutti questi problemi si v. Napoli 1995, spec. p. 1102 ss.; Loy 1989, p. 61 ss.).

La definizione del *part-time* come rapporto dotato di un nucleo di disciplina speciale comporta dunque che per tutti i profili non espressamente regolati debba applicarsi la normativa generale del rapporto di lavoro subordinato, con i soli scostamenti resi necessari dalla ridotta entità della prestazione lavorativa (Brollo

⁹ Anche se in giurisprudenza capita di trovare qualche affermazione circa la «natura speciale del contratto di lavoro *part-time*» derivante dalla «particolarità del suo oggetto, poiché alcune modalità accessorie della prestazione (...) sono state assunte, per contro, a elementi caratterizzanti di esso, e circondate con la garanzia della forma scritta *ad substantiam*»: così Cass. 11 luglio 1989, n. 3266, in *DPL*, 1989, 2369.

1991, p. 86 ss.; De Cristofaro 1992, p. 424). Del resto, siffatta operazione non è ignota alla nostra giurisprudenza, che si trova spesso a valutare, caso per caso, la legittimità del riproporzionamento di alcuni elementi della retribuzione, verificando se essi debbano considerarsi dettati esclusivamente per il tempo pieno ovvero prescindano dall'entità della prestazione¹⁰.

2. La forma del contratto.

La questione relativa alla natura della forma scritta ed alle conseguenze della sua inosservanza è una di quelle che ha maggiormente alimentato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, e che è ancora alla ricerca di una soluzione univoca. Com'è noto, infatti, la Corte costituzionale, occupandosi del problema della mancata determinazione del contenuto del contratto *part-time*, ha semplicemente osservato che la carenza di forma scritta è cosa diversa dalla mancata indicazione dell'orario, e che della questione relativa alle conseguenze dell'inosservanza del requisito formale non poteva ritenersi investita, non essendo rilevante ai fini della decisione della controversia sottoposta al suo esame.

Mentre in giurisprudenza pare ormai consolidato l'orientamento che riconosce natura *ad substantiam* alla forma richiesta dall'art. 5, l. 863/84¹¹, con alcune incertezze, al contrario, circa le conseguenze dell'inosservanza, in dottrina vi è una forte divergenza di vedute. Da un lato, infatti, si ritiene che la forma sia prescritta *ad probationem* (Ichino 1987, p. 78; Loy 1985, p. 865; Maresca 1987, p. 42; Alaimo 1990, c. 1327; Amato 1991, p. 66), facendo leva sulla *ratio* della norma, nella quale la forma appare finalizzata ad esigenze di certezza del lavoratore ed al controllo dell'istituto in sede amministrativa. Una simile opzione interpretativa, inoltre, è dettata dalla preoccupazione circa l'iniquità delle conseguenze che possono derivare dall'adozione dell'opposta soluzione (come riconosce Maresca 1987, p. 93).

L'orientamento che riconosce natura *ad substantiam* alla forma scritta del contratto di lavoro *part-time* (Brollo 1991, p. 137; De Cristofaro 1992, p. 427; Morgera 1990, p. 9; Ferraro 1989, p. 572) fa riferimento alla formulazione lette-

¹⁰ Cfr. Pret. Parma 2 agosto 1990, in *DPL*, 1991, 262, con nota di De Sanctis, che include tra gli elementi insuscettibili di riduzione proporzionale «non solo quelli aventi finalità risarcitoria o di rimborso spese, ma anche quelli legati alle qualità soggettive del prestatore e alla specifica natura delle mansioni del personale considerato»; per la riduzione proporzionale dell'indennità di contingenza si v. Pret. Arezzo 14 aprile 1988, in *DPL*, 1988, 1849; per i benefici diversi dalla retribuzione si v. Pret. Roma 19 ottobre 1991, in *GI*, 1992, I, 2, 504, con nota di Piccinini, e Cass. 11 giugno 1983, n. 4034, *ibidem*, 1984, I, 1, 674, con nota di Morgera, circa il riproporzionamento del periodo di comporto (ma *contra* Pret. Firenze 27 aprile 1987, in *FI*, 1988, I, 1587, con nota di Paternò); per i permessi retribuiti a fini di studio cfr. Pret. Milano 29 settembre 1986, in *L80*, 1987, 164, e Pret. Torino 23 giugno 1986, *ibidem*, 1986, 1168.

¹¹ Si v., fra le altre, Cass. 30 maggio 1994, n. 5265, in *DPL*, 1994, 2913.

rale della norma, che è identica a tutti gli altri casi in cui la legge attribuisce alla forma il carattere di requisito di validità dell'atto. L'opinione appare, in effetti, condivisibile, oltre che in base all'osservazione che se il legislatore avesse voluto attribuire natura *ad probationem* alla forma scritta lo avrebbe detto espressamente, come per altri contratti (il rilievo è di Chiacchieroni 1991, p. 158), anche sulla scorta della rilevanza pressoché nulla della forma *ad probationem* nel regime processuale del lavoro (così Fontana 1993, p. 345). Per non dire, poi, che le esigenze di certezza, certificazione e controllo implicate dal ricorso alla forma scritta non dicono ancora nulla sulla natura, *ad substantiam* o *ad probationem*, della forma stessa; le medesime esigenze sono infatti sottese anche ad altri contratti a disciplina speciale (C.F.L., contratto a termine, ad es.) per i quali la forma è sicuramente requisito di validità dell'atto.

Certo è che le preoccupazioni della dottrina circa le possibili conseguenze derivanti dall'inosservanza della forma scritta si sono rivelate tutt'altro che infondate. Secondo un'interpretazione ormai consolidata della giurisprudenza, soprattutto di legittimità, la mancata osservanza della prescrizione relativa alla forma del contratto comporta unicamente l'applicabilità dell'art. 2126 c.c. per le prestazioni eseguite¹², trattandosi di contratto nullo. La conclusione, supportata da una fin troppo rigorosa applicazione dei principi civilistici in tema di nullità, non può tuttavia considerarsi imposta né da una corretta interpretazione dell'art. 2126 c.c., né — tantomeno — dai caratteri peculiari dell'ordinamento giuslavoristico. In dottrina, infatti, si è da un lato sottolineato il «valore meramente residuale» dell'art. 2126 c.c. (La Macchia 1992, p. 591), la cui previsione «può essere utilizzata solo quando altro non resti che salvaguardare gli «effetti» della prestazione eseguita»; dall'altro si è rilevato che «l'applicazione rigida della logica consensualistica fa dimenticare alla Cassazione che, nel diritto del lavoro, il principio di conservazione del contratto è l'ovvio rovescio della tutela inderogabile» (D'Antona 1994, p. 55); lo stesso principio che, secondo la Corte costituzionale¹³, non incontra, in ambito giuslavoristico, quei limiti alla propria operatività «che sono strettamente collegati all'identificazione nel contratto della fonte primaria del regolamento negoziale, come si verifica nell'ambito della disciplina comune dei contratti». La giurisprudenza di legittimità, al contrario, considerato che «la forma scritta del contratto a tempo parziale non può essere considerata come un *favor* posto esclusivamente a tutela del lavoratore», conclude che «la nullità che consegue all'inosservanza di tale forma, ove essa non sia imposta dal datore di lavoro *auri sacra fames*, colpisce entrambe le parti, con la conseguenza che ciascuno dei

¹² Si v. Cass. 10 giugno 1993, n. 6487, in *MGL*, 1993, 442 ss., con nota di Morgera; in *RIDL*, 1994, II, 475 ss., con nota di Vallebona; Cass. 24 aprile 1991, n. 4482, in *RIDL*, 1992, II, 588 ss., con nota di La Macchia; in *RGL*, 1991, II, 155 ss., con nota di Chiacchieroni.

¹³ Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, in *FI*, 1992, I, 3232, con nota di Alaimo; in *RIDL*, 1992, II, 731 ss., con nota di Ichino; in *GI*, 1993, I, 1, 277 ss., con nota di Brollo; in *MGL*, 1992, 445 ss., con nota di Lorusso.

contraenti *imputet sibi* della condotta antigiusuridica posta in essere»¹⁴. Le considerazioni riportate non risultano fondate, oltre che sul piano fattuale, soprattutto dal punto di vista giuridico. Una corretta esegesi della norma dell'art. 5, l. 863/84, avrebbe dovuto portare alla conclusione che la forma scritta del contratto è finalizzata alla conoscenza, da parte del lavoratore, della misura e della collocazione temporale dell'attività lavorativa (Ferraro 1989, p. 573), un'esigenza questa che può essere addirittura opposta a quella del datore di lavoro. La soluzione accolta dalla giurisprudenza, poi, non penalizza affatto allo stesso modo entrambi i contraenti (si v. Morgera 1993, spec. p. 477 ss.), ma comporta per il lavoratore la perdita del proprio posto di lavoro e per il datore di lavoro, se è particolarmente accorto, un modo per stipulare un contratto di lavoro privo di stabilità.

È opportuno allora cercare di risolvere il problema *a partire* dal principio di conservazione del contratto (in questo senso Santoro 1995, p. 48), ricordando che «quando il ritorno al contratto è la immissione forzata di principi estranei al diritto del lavoro, i risultati non sono esaltanti» (D'Antona 1994, p. 56). Secondo buona parte della dottrina, la carenza della forma scritta comporterebbe la conversione *ex tunc* del contratto di lavoro a tempo parziale in contratto a tempo pieno¹⁵ (Fontana 1993, p. 375 ss.; De Cristofaro 1992, p. 427; Morgera 1990, p. 9), perché riacquisterebbe piena applicazione il modello social-tipico presupposto dal legislatore, «dotato di intrinseca efficacia sostitutiva rispetto ad invalide pattuizioni contrarie» (Vallebona 1994, p. 476, che tuttavia esclude che il rapporto debba considerarsi a tempo pieno anche per il periodo precedente alla necessaria costituzione in mora). La soluzione, tuttavia, non appare convincente per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, non esiste nel nostro ordinamento una presunzione legale di tempo pieno (Brollo 1993a, p. 342), al contrario di quanto avviene per il rapporto a tempo indeterminato. Tutt'al più, è possibile intravedere nelle disposizioni legislative riguardanti il *part-time* un certo favore per l'occupazione a tempo pieno: si pensi allo stesso art. 5, comma 1°, che permette al lavoratore avviato a tempo parziale di mantenere l'iscrizione nella lista ordinaria di collocamento, o alla precedenza accordata ai dipendenti a *part-time* nel caso di nuove assunzioni a tempo pieno, ovvero, infine, alla facoltà prevista dall'art. 8, comma 6°, L. 223/91, per il lavoratore in mobilità di svolgere attività a tempo parziale mantenendo

¹⁴ Cfr. Cass. 10 giugno 1993, n. 6487, cit. La sentenza merita considerazione particolare perché, dopo essersi dilungata a dimostrare che non c'è ormai più motivo di considerare il lavoratore un soggetto da tutelare, rivela che al ricorrente era stato sottoposto il contratto da firmare, ma che questi non l'aveva sottoscritto perché non intendeva accettare il patto di prova proposto dal datore di lavoro. Il risultato è stato, in definitiva, che il rapporto avrebbe potuto essere risolto (sostanzialmente) *ad nutum* in qualunque momento, e cioè in termini magari molto più ampi del patto di prova stesso. Tutto ciò, ovviamente, per formale ossequio all'autonomia individuale e alla libertà di consenso che è, secondo altra sentenza sul medesimo argomento, «un *primum movens* dell'animo umano, (...) oltre che impulso del suo tendere alla felicità»: così Cass. 11 agosto 1990, n. 8169, in *GI*, I, I, 1459 ss., con nota di Lunardon.

¹⁵ In giurisprudenza si v. Trib. Firenze 3 aprile 1989, in *RIDL*, 1989, II, 782, con nota di Tradati, e Pret. Firenze 30 ottobre 1989, in *FI*, 1990, I, 1321 ss., con nota di Alaimo.

l'iscrizione nella lista. L'atteggiamento del legislatore, tuttavia, pare più rivolto alla salvaguardia della reale volontarietà del ricorso al tempo parziale piuttosto che ad un netto disfavore nei confronti dell'istituto.

In secondo luogo, l'assunto secondo il quale il rapporto a tempo pieno costituisce il modello sostanziale inderogabile se non nei modi previsti dalla L. 863/84 è contraddetto proprio dal generale riconoscimento, dottrinale e giurisprudenziale¹⁶, del lavoro *part-time* prima dell'intervento legislativo, sulla base dell'art. 4, comma 2°, Cost., che «svela una liceità intrinseca, quasi naturale, del rapporto a tempo parziale» (Brollo 1991, p. 28, ed ivi altri riferimenti). Il legislatore, insomma, non ha legittimato una fattispecie altrimenti invalida, ma ha dotato di una specifica disciplina un modello contrattuale già largamente utilizzato e considerato pienamente lecito (in questo senso Amato 1991, p. 57; De Cristofaro 1992, p. 421). Ciò significa che l'inclusione nel modello social-tipico di lavoro subordinato — a prescindere dalle riserve manifestate sull'utilizzo di un simile schema — dello svolgimento della prestazione a tempo pieno non può considerarsi giustificata, tanto più in un contesto che vede il lavoro *part-time* in continua crescita (Di Martino 1995, p. 123), in relazione ad una diffusa tendenza alla riappropriazione del tempo di non lavoro (si v. Cester, *supra*).

La conversione del rapporto in *full-time*, inoltre, può essere contraria alla volontà dello stesso lavoratore (Maresca 1987, p. 43), a tutela del quale è prescritto il requisito formale, quando l'opzione per il tempo parziale sia stata consapevolmente decisa (Chiacchieroni 1991, p. 157): l'imposizione di un rapporto a tempo pieno potrebbe in tal caso comportare l'impossibilità di mantenere il posto di lavoro. Richiamare, per giustificare tale eventualità, il particolare atteggiarsi del meccanismo della conversione nel diritto del lavoro, che sanziona l'inosservanza della norma anche contro la volontà dei contraenti (Fontana 1993, p. 377), non spiega ancora la trasformazione in *full-time* se non, nuovamente, attraverso il ricorso al tipo sociale, sul presupposto che «incorre nella stipulazione del contratto di *part-time* chi intende disancorarsi dal tipo» (Id. 1993, p. 376).

Si può tentare di giungere a conclusioni diverse considerando il contratto a tempo parziale stipulato in forma scritta come presupposto per l'applicazione della disciplina speciale contenuta nell'art. 5, l. 863/84. In quest'ottica, l'inosservanza del requisito formale comporta la considerazione del *part-time* quale ordinario rapporto di lavoro, sia pure ad orario ridotto, al quale si può applicare la sola disciplina comune del contratto di lavoro subordinato, ma non i benefici previdenziali, normativi e fiscali previsti dalla l. 863/84¹⁷ (Liso 1995, p. 177; Lorusso

¹⁶ La giurisprudenza ammetteva infatti la legittimità del rapporto a tempo parziale anche anteriormente alla L. 863/84, considerando che l'art. 36 Cost. e la legge 492/23 ponevano solo limiti massimi, e non minimi, alla durata della prestazione lavorativa. Si v., per tutte, Cass. 17 luglio 1992, n. 8721, in *D&L*, 1993, 131 ss., con nota di Muggia.

¹⁷ In giurisprudenza si v. Cass. 20 maggio 1991, n. 5650, in *MGL*, 1991, 515 ss., secondo la quale «la forma scritta per il contratto di lavoro a tempo parziale (...) è richiesta *ad substantiam*, per cui il

1992, p. 450; La Macchia 1992, p. 592). La conclusione trova conforto nel fatto che, a ben vedere, anche nelle altre ipotesi di rapporti a disciplina speciale la sanzione per l'inosservanza della forma consiste nella disapplicazione della normativa per essi dettata; come è stato osservato a proposito del contratto di formazione e lavoro, in questi casi viene meno «il modello di disciplina, al quale si sostituisce l'integrale regolamento normativo invalidamente derogato» (Fontana 1993, p. 375). Ciò non preclude, anzi suppone, l'accertamento del giudice in ordine alle concrete modalità di svolgimento del rapporto e, in particolare, circa l'orario effettivamente osservato, così come del resto avviene nel caso di mancata predeterminazione della distribuzione dell'orario di lavoro stesso (si v. *infra*, par. 3).

La ricostruzione proposta, già auspicata in dottrina in una prospettiva *de iure condendo* (Brollo 1995, p. 597), è anche quella accolta in un recente disegno di legge in materia di mercato del lavoro¹⁸ (sul quale si v. Liso, Varesi, Poti 1995), che equipara l'assenza di forma scritta alla mancata predeterminazione dell'orario, sanzionandole con la disapplicazione delle disposizioni previdenziali nonché di altri benefici eventualmente collegati da norme di legge al contratto di lavoro a tempo parziale. Una disposizione siffatta servirebbe finalmente a chiarire i dubbi interpretativi relativi alla forma scritta e a porre fine all'orientamento giurisprudenziale più rigoroso, ma certo meno equo.

3. La distribuzione dell'orario di lavoro: le clausole «elastiche».

Le istanze di flessibilità sottese alla disciplina del *part-time* hanno ben presto dovuto fare i conti con le esigenze, spesso non agevolmente conciliabili con le prime, di programmabilità del tempo di non-lavoro da parte del dipendente. Non è un caso, infatti, che la maggior parte del contenzioso si sia formato sulla variabilità unilaterale dell'orario concordato e sull'ammissibilità di clausole «elastiche» di individuazione dell'estensione e della collocazione temporale della prestazione lavorativa.

Quanto al primo profilo, si può senz'altro considerare interpretazione consolidata quella che nega il potere unilaterale del datore di lavoro di variare a propria discrezione la distribuzione dell'orario indicata nel contratto *part-time* (in dottrina si v., per tutti, De Cristofaro 1992, p. 433), al contrario di quanto si ritiene ormai

negozio che non assuma quella particolare forma non viene in esistenza e le parti non possono invocarne la regolamentazione, né esso produce effetto alcuno tra quelli previsti dalla speciale normativa. Ciò non esclude che le stesse parti possano stipulare verbalmente un contratto di lavoro che abbia ad oggetto una prestazione che debba svolgersi per un orario di lavoro inferiore a quello ordinariamente previsto da un contratto collettivo».

¹⁸ Si v. l'art. 19, 2° comma, del d.d.l. n. 2764 presentato il 26 giugno 1995 (*Norme in materia di mercato del lavoro e flessibilità*) e pubblicato in *LL*, 1995, n. 14, 41 ss., e in *DPL*, 1995, n. 38, *Inserito*, XX ss.

acquisito per il tempo pieno (sul punto si v. più diffusamente Pizzoferrato, *infra*, ed ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza). La giurisprudenza ha, in particolare, assegnato preminente rilievo alle esigenze di certezza e di programmabilità del proprio tempo da parte del lavoratore, limitando il potere direttivo del datore di lavoro e valorizzando il ruolo del contratto individuale¹⁹; ne è risultato, insomma, un alleggerimento della subordinazione del prestatore di lavoro (così Brollo 1991, p. 117).

Problemi maggiori sono sorti con riguardo all'ammissibilità della pattuizione *ab origine* di clausole «elastiche» che, pur determinando l'entità complessiva della prestazione in un arco temporale più o meno ampio (settimana, mese, anno), non individuano la misura e la collocazione dell'attività lavorativa nell'unità temporale minore, lasciandone la determinazione al datore di lavoro. La giurisprudenza sembrava infatti ammettere senza riserve la possibilità di stipulare clausole di elasticità della prestazione²⁰ (in dottrina si v. Ichino 1987, p. 79 ss.), mentre la dottrina, sia pure con alcune sfumature, riteneva legittima solo la pattuizione di margini di variabilità della prestazione all'interno di fasce orarie predeterminate, con l'esclusione, quindi, del lavoro «a chiamata» o «a comando» tipico dell'esperienza tedesca (Mele 1990, p. 86; Scarponi 1988, p. 120 ss.; De Cristofaro 1992, p. 433; Amato 1991, p. 68; Maresca 1987, p. 37; *contra*, per l'ammissibilità delle sole clausole rigide, Morgera 1990, p. 10).

Sulla questione si è pronunciata la Corte costituzionale²¹, che ha fissato alcuni importanti principi, riconfermando così «il suo ruolo di vero centro di produzione giuridica» (Brollo 1993b, c. 278). In primo luogo la Consulta ha messo al bando dal nostro ordinamento il lavoro «a chiamata», considerandolo contrastante «con le ragioni alle quali è ispirata la disciplina» del *part-time*, che possono individuarsi principalmente nella possibilità di programmare il tempo di non lavoro. La Corte sottolinea, tra l'altro, che il fine non è solo quello di consentire al lavoratore di svolgere altra attività lavorativa per raggiungere il traguardo della sufficienza retributiva, ma è anche di permettere «la libera disponibilità del proprio tempo di vita». La posizione appare, sotto questo profilo, in linea con una più generale tendenza all'emersione dei diritti fondamentali della persona nel rapporto

¹⁹ Si v. Cass. 19 dicembre 1991, n. 13728, in *GI*, 1992, I, 1, 1482; Cass. 9 novembre 1991, n. 11966, in *RGL*, 1992, II, 966 ss., con note di M. Bianca e M. A. Bianca; *contra* Pret. Genova 15 novembre 1985, in *RGL*, 1986, II, 9 ss.

²⁰ Si v. Cass. 24 marzo 1992, n. 3646, in *NGL*, 1992, 197; Cass. 9 novembre 1991, n. 11966, cit.; Cass. 22 marzo 1990, n. 2382, in *RIDL*, 1990, II, 630, con nota di Ichino. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, le affermazioni di legittimità di dette clausole costituivano semplici *obiter dicta*, come ha in seguito osservato la Corte costituzionale, perché le controversie riguardavano la variabilità dell'orario di lavoro in ipotesi di *part-time* di tipo «rigido».

²¹ Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, cit. L'intervento della Corte è stato sollecitato dall'ordinanza di rimessione del Pretore di Firenze datata 10 giugno 1991, in *GU*, I serie speciale, 2 ottobre 1991, n. 39, 37 ss.

di lavoro²² ed alla riappropriazione del tempo libero (De Luca Tamajo 1987, p. 434 ss.). In quest'ottica, anche la scelta di una retribuzione inferiore, ma di maggior tempo da dedicare alla piena realizzazione della propria personalità assume a diritto meritevole di tutela da parte della costituzione, al pari del diritto alla retribuzione sufficiente. Il *part-time* viene, insomma, visto non come uno strumento idoneo a rispondere esclusivamente alle richieste di flessibilità da parte delle imprese, ma anche quale modello capace di adeguarsi alle esigenze di vita del lavoratore²³, al punto da potersi sacrificare una parte del potere direttivo del datore di lavoro proprio in ragione della salvaguardia di quelle esigenze. La via additata dalla Corte sembra del resto tracciata anche dalla Convenzione e dalla Raccomandazione O.I.L. sopracitate, là dove impongono agli Stati membri di adottare misure «per facilitare l'accesso ad un lavoro a tempo parziale produttivo e liberamente scelto, che risponda alle necessità tanto dei datori di lavoro quanto dei lavoratori» e far sì che «il numero e la programmazione delle ore di lavoro dei lavoratori a tempo parziale» siano determinati «tenendo conto sia degli interessi dei lavoratori che delle esigenze dello stabilimento».

Resta da valutare, alla stregua dei principi menzionati, la legittimità di clausole di variabilità della prestazione lavorativa all'interno di bande di oscillazione predeterminate. Secondo la dottrina, la Corte costituzionale non avrebbe vietato la stipulazione di clausole in cui la collocazione e l'entità della prestazione siano individuate mediante il ricorso a criteri oggettivi, cioè a coordinate temporali «oggettivamente predeterminabili» (Ichino 1992, p. 732; Lorusso 1992, p. 448). Sul punto si può concordare, in particolare per quelle ipotesi in cui non è possibile stabilire una volta per tutte la collocazione precisa della prestazione, come nel caso (riportato da Brollo 1993a, p. 352) del rinvio al calendario annuale delle fiere, ovvero al cartellone di un teatro (Ichino 1992, p. 732). Certo risulterebbe assurdo che l'obbligo di eseguire la prestazione, in ragione della necessità di predeterminazione rigida, cadesse in giorni in cui non è prevista alcuna manifestazione; è tuttavia vero che in queste stesse ipotesi il lavoratore è generalmente in grado di conoscere con un congruo margine di anticipo la collocazione temporale del proprio impegno lavorativo, cosicché le esigenze di disponibilità del tempo di vita risultano salvaguardate.

Nel caso, invece, della predeterminazione di fasce orarie di variabilità della prestazione nelle quali il lavoratore può essere chiamato a svolgere la propria attività, occorre tener presente che viene ridotta la piena disponibilità del tempo di non lavoro in misura tanto maggiore quanto più ampio è l'arco temporale di

²² Sulla quale si v. *QL*, n. 15/1994, dedicato al tema *Diritti della persona e contratto di lavoro*.

²³ Secondo Trib. Firenze 22 marzo 1994, in *RIDL*, 1995, II, 345 ss., con nota di Malerba, l'essenza del *part-time* è quella di «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».

riferimento. Così, si deve escludere la legittimità di clausole che, di fatto, comportino la «soppressione di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall'attività lavorativa»²⁴, mentre può ammettersi una ragionevole oscillazione della prestazione, magari con una compensazione economica per la maggiore disponibilità offerta dal dipendente (Ichino 1992, p. 732). Qualche indicazione in tal senso può forse ricavarsi dalla direttiva CEE n. 93/104²⁵, la quale, all'art. 2, definisce come orario di lavoro anche il periodo in cui il lavoratore è «a disposizione del datore di lavoro» (sul punto si v. Lai, *infra*), e pertanto non ha piena libertà nell'utilizzazione del tempo di non lavoro. Una simile prospettiva è peraltro ripresa dal disegno di legge n. 2764 che prevede, per le modalità flessibili di distribuzione dell'orario di lavoro, la necessità di un preavviso scritto e di una maggiorazione retributiva «determinata in misura direttamente proporzionale al numero di ore la cui distribuzione sia suscettibile di variazione ed inversamente proporzionale alla lunghezza dei termini di preavviso».

Quanto al problema delle conseguenze della mancata o insufficiente determinazione scritta dell'orario di lavoro, la Corte costituzionale non ha voluto indicare una soluzione valida per ogni caso, ma ha ugualmente fornito all'interprete alcuni criteri orientativi, primo fra tutti il principio di conservazione del contratto, escludendo che dalla nullità della clausola di riduzione dell'orario di lavoro possa farsi derivare la nullità dell'intero contratto, con applicazione dell'art. 2126 c.c. La Corte ha così censurato un certo orientamento che, seppure non poteva essere considerato «diritto vivente», si andava affermando in giurisprudenza, in parallelo a quello in tema di carenza di forma scritta²⁶.

La Consulta, tuttavia, si è ben guardata dall'avallare la soluzione della conversione del contratto da tempo parziale a tempo pieno, limitandosi a rilevare che il problema è «suscettibile di una pluralità di soluzioni, la scelta tra le quali dipende dalle caratteristiche del caso concreto ed anche da opzioni interpretative che spettano ai giudici ordinari». La questione è dunque ancora aperta. Si può ritenere, in ogni caso, che il giudice sia tenuto a ricostruire l'effettiva volontà delle parti, tenendo conto del comportamento successivo alla conclusione del contratto *ex art.* 1362 c.c. (Ichino 1992, p. 733) e, ad esempio, ritenere il contratto *part-time*

²⁴ Sempre Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, cit. La sentenza, in effetti, non sembra aprire grandi spazi alle clausole «elastiche», là dove precisa che «se le parti si accordano per un orario giornaliero di lavoro inferiore a quello ordinario, di tale orario giornaliero deve essere determinata la "distribuzione" e cioè la collocazione nell'arco della giornata; se le parti hanno convenuto che il lavoro abbia a svolgersi in un numero di giorni 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 esser preventivamente determinato dal contratto *quali (e non solo quante)* sono le settimane e i mesi in cui l'impegno lavorativo dovrà essere adempiuto» (corsivo di chi scrive).

²⁵ Direttiva del Consiglio del 23 novembre 1993, n. 93/104, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, in Roccella, Civale, Izzi 1995, 581 ss.

²⁶ Si v. Cass. 11 agosto 1990, n. 8169, cit.

convertito in contratto a tempo pieno qualora dall'entità e dalla variabilità della prestazione lavorativa sia possibile desumere un impegno complessivo del lavoratore ad esso corrispondente²⁷ (Lorusso 1992, p. 449). Nei casi in cui sia in discussione solo la collocazione temporale della prestazione lavorativa, alcune indicazioni possono essere tratte, oltre che dal comportamento pregresso, dalla contrattazione collettiva (Brollo 1993a), specie aziendale; il giudice può inoltre stabilire una maggiorazione retributiva per le ore la cui collocazione sia (o sia stata) elastica, in forza del suo potere di adeguamento della retribuzione²⁸ (Alaimo 1992, c. 3238).

4. Il lavoro supplementare.

Un ulteriore elemento di rigidità nell'utilizzazione del *part-time* è costituito dal divieto, previsto dal 4° comma dell'art. 5, di svolgere lavoro supplementare rispetto a quello concordato all'inizio del rapporto. La disposizione appare indubbiamente sbilanciata a favore del lavoratore, garantendogli l'intangibilità del tempo non occupato dall'attività lavorativa e confermando che la salvaguardia della programmabilità di quel tempo è criterio informatore di tutta la disciplina del lavoro a tempo parziale (Brollo 1991, p. 177 ss.; Morgera 1990, p. 16). La rigidità della norma è tuttavia attenuata dalla derogabilità da parte della contrattazione collettiva, anche di livello aziendale, secondo una tecnica tipica — e ampiamente collaudata — del diritto del lavoro. La legge stabilisce infatti che non possa essere prestato lavoro supplementare «salvo diversa previsione dei contratti collettivi» e purché detta previsione sia «espressamente giustificata con riferimento a specifiche esigenze organizzative». In tal modo, il legislatore dà rilievo alle istanze di flessibilità del datore di lavoro, ponendo al tempo stesso un doppio filtro: da un lato la necessità dell'accordo sindacale e, dall'altro, la presenza di ragioni obiettive che giustifichino la richiesta della prestazione aggiuntiva. La previsione ha sollevato delicati problemi interpretativi, primo fra tutti quello — ormai consueto in simili casi — dell'ambito di efficacia del contratto collettivo che disciplini la

²⁷ Per una singolare soluzione, secondo la quale il contratto *part-time* con clausola elastica si converte in contratto a tempo pieno, ma per il periodo precedente alla conversione il lavoratore non ha diritto alla retribuzione prevista per il tempo pieno, bensì solo ad una maggiorazione retributiva, si v. Pret. Firenze 23 febbraio 1993 e 16 febbraio 1993, entrambe in *RGL*, 1994, II, 154 ss. È interessante notare come le due pronunce, emesse dal medesimo pretore, si differenziano solo per la percentuale di maggiorazione retributiva applicata, rispettivamente del 30 e del 50%, rapportata all'ambito temporale di variabilità della prestazione ed al termine di preavviso.

²⁸ In questo senso si v. Pret. Firenze 25 febbraio 1993, in *RGL*, 1994, II, 154 ss., secondo la quale la nullità della clausola di distribuzione dell'orario «non si riverbera sull'intero contratto che permane valido a tempo parziale, con la tacita accettazione di fatto delle modalità orarie poste dal datore; la prestazione, tuttavia, è resa più onerosa dalla relativa incertezza della sua collocazione oraria, per cui la retribuzione dovrà essere adeguata, ex art. 36 Cost., alla qualità complessiva della prestazione nel particolare regime di orario»; si v. anche Trib. Firenze 22 marzo 1994, cit.

materia. La conclusione per l'efficacia *erga omnes* (Loy 1985, p. 866; De Cristofaro 1992, p. 433; Amato 1991, p. 73) deriva dal riconoscimento della natura normativa delle disposizioni collettive in tema di lavoro supplementare, così come in tutte le altre ipotesi in cui il legislatore affida alla contrattazione il compito di attenuare le rigidità della normativa, ad es. nel caso del divieto di lavoro notturno per le donne *ex art. 5, l. 903/77*. È bene segnalare, tuttavia, che in giurisprudenza sembra affermarsi l'orientamento che limita l'efficacia degli accordi «gestionali», anche di livello aziendale, ai soli iscritti ai sindacati stipulanti²⁹, in alcuni casi valorizzando persino il dissenso manifestato dal lavoratore *uti singulus*³⁰. Una simile interpretazione non risulta però giustificata alla luce di una corretta ricostruzione della natura e della funzione degli accordi in questione, recentemente elaborata dalla Corte costituzionale in tema di criteri di scelta nei licenziamenti collettivi³¹. Anche nel caso del lavoro supplementare, infatti, il divieto interviene solo in assenza di disposizioni collettive, le quali tendono dunque a proceduralizzare l'esercizio di un potere imprenditoriale, autorizzandolo e limitandolo al tempo stesso. In questa prospettiva, il problema dell'efficacia dell'accordo (e dell'eventuale contrasto con l'art. 39 Cost.) non si pone neppure, poiché quest'ultimo non incide direttamente sulle posizioni dei singoli, ma solo indirettamente, disciplinando un potere che non può che esercitarsi nei confronti di tutti i lavoratori (si v. le osservazioni di D'Antona 1990, spec. p. 557 ss.).

La questione diventa allora quella di individuare i requisiti di legittimità dell'accordo, e, in particolare, di valutare la rilevanza delle «specifiche esigenze organizzative» di cui al 4° comma dell'art. 5. Pare infatti fuor di dubbio che il contratto collettivo debba espressamente indicare le evenienze a fronte delle quali può essere richiesto il lavoro supplementare, evenienze che, in ogni caso, devono avere i caratteri dell'imprevedibilità e dell'eccezionalità, come nel caso del ricorso al lavoro straordinario (Scarponi 1988, p. 127; si v. anche Pinto, *infra*, spec. par. 8). Si deve pertanto ritenere illegittimo un accordo che preveda semplicemente un monte ore di lavoro supplementare del quale il datore possa usufruire *ad libitum*, senza l'indicazione delle circostanze di utilizzo (Scarponi 1988, p. 128; Nicolini 1988, p. 36; Ianniruberto 1993, p. 280). Una disposizione di tal genere non è idonea a rimuovere il divieto di cui all'art. 5, 4° comma, cosicché deve ritenersi

²⁹ Si v., con riguardo all'analoga ipotesi di rimozione del divieto di lavoro notturno, Cass. 24 aprile 1993, n. 4802, in *RGL*, 1993, II, 476 s., con nota di Assanti C., *Divieto di lavoro notturno e contrattazione collettiva*.

³⁰ Per un caso in cui la giurisprudenza ha escluso la vincolatività del contratto aziendale, approvato dall'assemblea dei dipendenti con delibera maggioritaria, nei confronti dei lavoratori dissenzienti si v. Cass. 13 gennaio 1992, n. 289, in *RGL*, 1992, II, 629, con nota di Colacurto.

³¹ Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *RGL*, 1994, II, 661 ss., con nota di De Marchis. Si ritiene qui di poter fare riferimento a detta pronuncia per le evidenti affinità delle due ipotesi. Nell'una infatti il divieto legale sussiste solo «salvo diversa previsione dei contratti collettivi» (art. 5, comma 4°, l. 863/84), nell'altra i criteri di scelta legali intervengono solo «in mancanza» dei «contratti collettivi stipulati con i soggetti di cui all'art. 4, comma 2» (art. 5, comma 1°, l. 223/91).

legittimo il rifiuto del lavoratore di aderire alla richiesta del datore di lavoro. Così come, pur in presenza di un accordo conforme alle indicazioni della legge, non può dubitarsi della legittimità del rifiuto della prestazione supplementare quando non ricorrano in concreto le esigenze organizzative individuate nel contratto collettivo (Ianniruberto 1993, p. 280).

Più complessa risulta la soluzione da dare al caso in cui il datore di lavoro richieda il lavoro supplementare in presenza di tutte le condizioni previste dalla legge: ci si deve chiedere, cioè, se a siffatta richiesta il lavoratore possa opporre un rifiuto motivato. In base alle considerazioni svolte circa l'efficacia dell'accordo sindacale, sembra infatti da escludere che sia necessario l'esplicito consenso del lavoratore (De Cristofaro 1992, p. 432; Loy 1985, p. 866; *contra* Brollo 1991, p. 177), ma ciò non toglie che possano essere fatti valere giustificati motivi di esonero dalla prestazione di lavoro supplementare (Ianniruberto 1993, p. 280) quando detta prestazione, secondo l'elaborazione dottrinale in tema di straordinario, «comporti per il lavoratore stesso un sacrificio sproporzionato rispetto all'esigenza aziendale su cui la richiesta è fondata» (Ichino 1987, p. 124). La valutazione della legittimità del rifiuto andrà dunque effettuata in concreto, considerando sia l'improrogabilità delle motivazioni addotte dal lavoratore, sia la possibilità per il datore di lavoro di far fronte alle necessità aziendali in modo diverso, ad esempio richiedendo la prestazione supplementare ad altri dipendenti più disponibili. Giustificato motivo di rifiuto può considerarsi, in ogni caso, lo svolgimento di altra attività lavorativa, nel caso in cui fosse impedito proprio dalla prestazione di lavoro supplementare. In tale ipotesi, infatti, il diritto del lavoratore ad ottenere, con più rapporti di lavoro, una retribuzione sufficiente *ex art. 36 Cost.* prevale sicuramente sull'esigenza organizzativa del datore di lavoro, tutelata anch'essa dalla Costituzione, ma con una norma, l'art. 41, che è tradizionalmente stata considerata di rango subordinato alla prima.

Quanto alla retribuzione spettante per il lavoro supplementare, la giurisprudenza ha generalmente escluso l'applicazione della maggiorazione prevista dalla legge per lo straordinario³², non ricorrendo in questo caso quelle esigenze di ristoro del più elevato *stress* psico fisico che la giustificano nel rapporto *full-time* (si v. Pizzoferrato, *infra*). In realtà, ad una conclusione parzialmente diversa potrebbe giungersi considerando che lo svolgimento di lavoro supplementare incide proprio sulla programmabilità del tempo libero, che è assunta dal legislatore a criterio guida della disciplina del *part-time* e che in quest'ultimo rapporto ha un rilievo prevalente (Brollo 1991). Si potrebbe allora ritenere che sia dovuta una maggiorazione retributiva in ragione del sacrificio imposto al lavoratore che, in assenza di disposizioni collettive, andrebbe determinata dal giudice in via equitativa.

La violazione del divieto di lavoro supplementare, com'è noto, è sanzionata in via amministrativa, in base al 14° comma dell'art. 5. La legge, pertanto, sembra

³² Si v., per tutte, Trib. Torino, 21 giugno 1986, in *GPiem*, 1986, 721 ss.

escludere che detta violazione incida in qualche modo sul rapporto di lavoro; secondo la giurisprudenza, in particolare, il lavoratore non può pretendere che venga dichiarata la trasformazione in tempo pieno «per il semplice fatto di aver effettuato temporaneamente un orario di lavoro eccedente il limite convenuto»³³. Pur condividendosi, in linea generale, una simile interpretazione, si possono richiamare le considerazioni svolte in tema di elasticità della prestazione, e ritenere che il contratto di lavoro *part-time* debba essere considerato a tempo pieno quando dalla sistematicità dello svolgimento di lavoro supplementare sia possibile desumere un impegno complessivo del lavoratore paragonabile al *full-time* (Nicolini 1988, p. 37; Loy 1985, p. 866), dovendosi ricostruire la volontà dei contraenti anche dal contegno successivo alla conclusione del contratto, *ex art* 1362, 2° comma, c.c.³⁴.

Si è già accennato agli elementi di rigidità che la disciplina del lavoro supplementare, non meno di quella relativa alla collocazione temporale della prestazione, frappone all'utilizzo «flessibile» del *part-time*, e che sembrano impedire una più ampia diffusione dell'istituto. In dottrina, in particolare, sono state avanzate proposte di riforma, nel senso di consentire al datore di lavoro di richiedere ai lavoratori prestazioni di lavoro supplementare, che essi potrebbero tuttavia liberamente rifiutare (Liso 1995, p. 175; Brollo 1995, p. 596). Nella direzione di una liberalizzazione più «spinta», ma egualmente controllata, si muove il citato disegno di legge in materia di mercato del lavoro, che prevede che il datore di lavoro possa utilizzare lavoro supplementare nella misura del 10% dell'orario settimanale quando ricorrano «esigenze organizzative e produttive». Il limite del 10% può essere elevato dalla contrattazione collettiva, ma in tal caso il lavoratore resta libero di rifiutare la prestazione eccedente quella stabilita dalla legge. Si deve altresì ritenere che, come per la disciplina vigente, il lavoratore possa rifiutare la prestazione quando le esigenze fatte valere dall'imprenditore non abbiano caratteri della straordinarietà e dell'imprevedibilità (si v. *supra*, p. 125). La soluzione sembra rispettosa delle indicazioni della Corte costituzionale, perché permette al lavoratore di conoscere preventivamente l'impegno lavorativo massimo che può essergli richiesto, anche se delle ore supplementari non è possibile, ovviamente, individuare la collocazione temporale. Detto requisito, come si è avuto modo di vedere, è ritenuto dalla Corte indispensabile ai fini della legittimità del *part-time*; tuttavia, l'espressa disposizione di legge potrebbe indurre a rivedere quella posizione, tenendo anche conto che, a compensazione

³³ Così Pret. Milano, 29 luglio 1978, in *DL*, 1979, II, 132; si v. anche Pret. Torino, 4 febbraio 1989, in *GPiem*, 1989, 502.

³⁴ Non sembra pensarla così Cass. 1° agosto 1986, n. 4959, in *DPL*, 1986, 3142, secondo la quale «lo svolgimento di attività lavorativa a tempo pieno non può essere assunto come indice di una volontà delle parti di modificare l'originaria regolamentazione contrattuale, bensì semplicemente come puntuale esecuzione di tale volontà contrattuale, e cioè come esercizio, da parte dell'azienda, del potere di richiedere prestazioni eccedenti il pattuito lavoro a tempo parziale».

del sacrificio imposto in termini di programmabilità del tempo libero, viene prevista una maggiorazione retributiva la cui determinazione spetta ai contratti collettivi, ma che deve aumentare sia in relazione all'ampiezza del preavviso, sia quando il lavoro supplementare venga richiesto con soluzione di continuità rispetto all'orario programmato.

5. Il *job sharing*.

Il contratto di *job sharing*, diffuso soprattutto negli ordinamenti statunitense e britannico, è il contratto con il quale più lavoratori (generalmente due) assumono in solido un'obbligazione di lavoro subordinato corrispondente ad un posto a tempo pieno, restando liberi di dividersi tra loro l'orario di lavoro, con il vincolo a sostituirsi vicendevolmente in caso di impedimento (Ichino e Violi 1988, p. 89; Mele 1990, p. 444; Morgera 1990, p. 11). La ragione dell'utilizzazione dell'istituto in parola risiede, dal lato dei lavoratori, nel fatto che ad esso sono applicabili tutte le forme di tutela previste per il lavoro a tempo pieno, cosa che non avviene per il *part-time*, e, dal punto di vista degli imprenditori, nei vantaggi che ne derivano quanto alla riduzione dell'assenteismo per malattia, poiché in caso di assenza di uno dei due *job sharers*, l'altro è tenuto ad effettuare la prestazione a tempo pieno.

Com'è noto, il nostro ordinamento non ha finora dato riconoscimento legislativo al *job sharing*; la dottrina, tuttavia, ha generalmente sostenuto l'ammissibilità di tale contratto (Ichino e Violi 1988, p. 94 ss.; Mele 1990, p. 445), al quale andrebbe dunque applicata la normativa del rapporto di lavoro subordinato, con gli adattamenti resi necessari dalla peculiarità della fattispecie. La problematica richiede tuttavia una riflessione più articolata, che tenga conto dei recenti risultati raggiunti dalla Corte costituzionale in tema di lavoro a tempo parziale. Si può infatti anche ammettere che non vi sia incompatibilità tra il carattere essenzialmente personale della prestazione e l'assunzione in solido di un'obbligazione di lavoro subordinato (Ichino e Violi 1988, p. 96), ma non vi è dubbio che, ai fini della disciplina legislativa e previdenziale applicabile, il contratto *de quo* vada considerato come originante due rapporti di lavoro *part-time*, con il conseguente obbligo di individuare l'impegno lavorativo prevedibile nelle singole unità temporali per i due *job sharers*. La questione diviene allora quella di qualificare la clausola che prevede l'obbligo di sostituzione a carico di ciascuno dei due lavoratori in caso di impedimento dell'altro: se la si considera come clausola di flessibilità dell'orario, essa pare in contrasto con l'interpretazione data dalla Corte costituzionale, non essendo in concreto possibile determinare né l'entità, né la collocazione temporale della prestazione dovuta. Si potrebbe allora ritenere che si tratti di un vincolo a prestare lavoro supplementare, ma in tal caso non sarebbe sufficiente l'accordo individuale, poiché la legittimità della prestazione aggiuntiva

dipende, come si è visto, dall'esistenza di una disposizione collettiva che la autorizzi in relazione a specifiche esigenze organizzative.

L'*impasse* può tuttavia essere superato dando rilievo alla particolarità dell'assetto d'interessi sotteso all'utilizzazione del contratto di *job sharing*: in questo caso, infatti, le esigenze dell'impresa restano totalmente estranee alla predeterminazione dell'entità e della collocazione temporale della prestazione dei due lavoratori. La suddivisione dell'impegno lavorativo è dunque effettuata tra due soggetti portatori entrambi di quel diritto alla piena disponibilità del tempo di non lavoro che la Corte costituzionale ha indicato quale principio informatore della disciplina del *part-time*. È lecito pensare, allora, che le ragioni in base alle quali è necessaria una precisa indicazione dell'orario di lavoro non abbiano nel *job sharing* la stessa rilevanza che hanno nel rapporto a tempo parziale, proprio perché gli interessi che il contratto in esame è volto a comporre non sono contrapposti, ma sullo stesso piano (Ichino e Violi 1988, p. 96 ss.). Si può pertanto ritenere sufficiente una suddivisione dell'orario meramente indicativa, suscettibile di modifica mediante un accordo che realizzi un diverso equilibrio tra le esigenze dei coobbligati. Del resto, questa è l'impostazione seguita dal disegno di legge citato, che, all'art. 20, dispone che il contratto di *job sharing* debba indicare «la misura percentuale e la collocazione temporale del lavoro giornaliero, settimanale, mensile od annuale che si prevede destinato ad essere svolto da ciascuno dei due lavoratori, secondo le intese intercorse tra di essi. Il datore di lavoro ed i due titolari del lavoro condiviso possono annualmente convenire di modificare la predetta distribuzione temporale della prestazione».

Come si è accennato, elemento caratteristico del *job sharing* è l'assunzione in solido di un'obbligazione di lavoro subordinato; occorre ora individuare i confini di detta obbligazione, al fine di verificare quali siano le conseguenze della solidarietà sulla disciplina del rapporto di lavoro, in particolare sul piano della responsabilità per inadempimento e della risoluzione del rapporto di lavoro.

Per quanto attiene alla responsabilità disciplinare, sembra da condividere l'impostazione secondo cui la solidarietà sussiste solo quando la mancanza consista nell'«omessa prestazione a tempo debito» (Ichino e Violi 1988, p. 99), con ciò intendendo soprattutto il caso delle assenze ingiustificate. Dalla struttura del contratto di *job sharing* è infatti desumibile un legame fiduciario tra i due *partners* che comprende il dovere di informazione circa l'impedimento ad effettuare la prestazione, il cui mancato assolvimento non può farsi ricadere sul datore di lavoro. L'unico limite all'estensione della responsabilità può considerarsi l'impossibilità non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Quanto alle mancanze diverse, non pare possibile far carico ad entrambi i *job sharers* delle infrazioni di uno solo di essi, pur trattandosi anche in questo caso di inadempimento degli obblighi contrattuali. Ciò non solo (e non tanto) per «la nota distinzione tra responsabilità disciplinare e responsabilità risarcitoria contrattuale» (Ichino e Violi 1988, p. 99), che in realtà dovrebbe valere anche per il primo caso, ma perché la solidarietà riguarda solo l'obbligazione di essere presenti sul posto di lavoro per l'orario corrispondente al tempo pieno: tutti gli altri doveri — diligenza,

obbedienza, fedeltà, ecc. — non sono oggetto di alcun obbligo solidale, ma ricadono su ciascun lavoratore come in un ordinario rapporto di lavoro. È, insomma, possibile ritagliare, all'interno dei doveri derivanti dal contratto di lavoro, un'area che è espressamente coperta dalla solidarietà, proprio in ragione della peculiarità del contratto di *job sharing*, al di fuori della quale la responsabilità, secondo i principi generali, non può che essere imputabile ai due *partners* singolarmente.

Se si assume questa prospettiva, diviene agevole risolvere i problemi legati al licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo. Il provvedimento espulsivo dovrà essere diretto ad entrambi i lavoratori quando il notevole inadempimento riguardi gli obblighi ricompresi nella responsabilità solidale, come nel caso delle assenze ingiustificate. In tutte le altre ipotesi non c'è alcuna deviazione dalla disciplina generale del rapporto di lavoro, pertanto il licenziamento seguirà le regole comuni nei confronti di ciascuno dei due *job sharers*. Una questione particolare è quella relativa alla sorte del lavoratore non licenziato: si potrebbe ritenere, infatti, che il suo contratto di lavoro, in mancanza di una diversa volontà delle parti, debba proseguire a tempo parziale secondo l'orario indicato nel contratto di *job sharing*. Sembra, in altre parole, da escludere l'automatica trasformazione in rapporto di lavoro a tempo pieno, data l'assenza del consenso iniziale del lavoratore. D'altra parte, non si deve trascurare che il *job sharing* assicura al datore di lavoro una prestazione a tempo pieno, e che dunque per quest'ultimo un adempimento solo parziale può non presentare alcuna utilità. A questo proposito il disegno di legge n. 2764 prevede opportunamente che il datore di lavoro sia tenuto a proporre la trasformazione in contratto a tempo parziale ovvero a tempo pieno, e che l'eventuale rifiuto del lavoratore costituisca giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Una simile soluzione può sostenersi anche in assenza dell'intervento legislativo, perché la prestazione resa a tempo parziale, quando manchi l'assenso datoriale, non è conforme a quella pattuita all'inizio del rapporto e può incidere sull'«organizzazione del lavoro e sul regolare funzionamento di essa», secondo la norma dell'art. 3, l. 604/66.

Qualche notazione conclusiva merita il licenziamento, in particolare collettivo, per ragioni obiettive. Il licenziamento individuale non sembra presentare difficoltà di rilievo: la fondatezza dei motivi addotti dal datore di lavoro andrà verificata in relazione all'unico posto di lavoro occupato da entrambi i lavoratori, così come l'impossibilità di reimpiego in altre posizioni. Una situazione curiosa potrebbe invece presentarsi nel caso di licenziamento collettivo per riduzione di personale, quando si tratti di applicare i criteri di scelta legali o contrattuali: cosa accade se uno solo dei *job sharers* rientra nella lista dei lavoratori da licenziare? La soluzione al problema potrebbe essere rintracciata, in una simile ipotesi, nell'inscindibilità della posizione lavorativa dei due *partners*, in modo da considerare, nel predisporre la famosa lista, il lavoratore con la situazione più «forte», cioè con più carichi di famiglia o con maggiore anzianità di servizio, facendo poi seguire all'altro lavoratore la sorte del primo.

Riferimenti Bibliografici

- ALAIMO A. (1990), *Forma del contratto, forma del termine e forma dell'accordo sulla distribuzione del tempo di lavoro nel part-time*, in *FI*, I, c. 1322 ss.
- ALAIMO A. (1992), *La nullità della clausola sulla distribuzione dell'orario nel «part-time»: la Corte costituzionale volta pagina?*, in *FI*, I, c. 3233 ss.
- ALESSI C. (1994), *Modifica delle mansioni e ristrutturazione aziendale*, in *DPL*, p. 464 ss.
- AMATO F. (1991), *Il lavoro a tempo parziale*, in AMATO F., VACCARO M. J., *Le nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Napoli: Liguori, p. 57 ss.
- BROLLO M. (1991), *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Napoli: Jovene.
- BROLLO M. (1993a), *La forma e la predeterminazione del contenuto del contratto di lavoro a tempo parziale*, in *LD*, p. 335 ss.
- BROLLO M. (1993b), *Part-time: la Corte costituzionale detta le istruzioni per l'uso e le sanzioni per l'abuso*, in *GI*, I, 1, c. 277 ss.
- BROLLO M. (1995), *Part-time: proposte di modifica*, in *DPL*, p. 595 ss.
- CHIACCHIERONI A. (1991), *Sugli effetti della mancata forma scritta del contratto a tempo parziale*, in *RGL*, II, p. 155 ss.
- D'ANTONA M. (1990), *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, p. 529 ss.
- D'ANTONA M. (1994), *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in A.I.D.La.S.S., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, p. 31 ss.
- DE CRISTOFARO M. L. (1992), *Lavoro part-time*, in *DDP*, Sez. Comm., vol. VIII, Torino: Utet, p. 419 ss.
- DE LUCA TAMAJO R. (1986), *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *DLRI*, p. 433 ss.
- DI MARTINO V. (1995), *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale nelle fonti dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, in *DRI*, p. 123 ss.
- FERRARO G. (1989), *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *DLRI*, p. 557 ss.
- FONTANA G. (1993), *La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico*, in *RIDL*, I, p. 339 ss.
- GARCÍA PIQUERAS M. (1993), *Los contratos de trabajo temporales. El empleo incentivado*, Granada: Comares.
- GRASELLI S. (1968), *Il lavoro a tempo parziale*, Padova: Cedam.
- IANNIRUBERTO G. (1993), *Voce: Part-time*, in G. NAPOLETANO, a cura di, *Lemmario giuridico del nuovo diritto del lavoro*, Napoli: Jovene, p. 273 ss.
- ICHINO P. (1984), *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, voll. I e II, Milano: Giuffrè.
- ID. (1992), *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte costituzionale*, in *RIDL*, II, p. 731 ss.
- ICHINO P., VIOLI M. (1988), *Job sharing: un rapporto nuovo tra tempo di lavoro e tempo libero*, in ICHINO A., ICHINO P., VIOLI M., a cura di, *Nuovi strumenti di intervento nel mercato del lavoro*, Milano: Angeli, p. 89 ss.
- LA MACCHIA C. (1992), *Nullità del contratto di part-time e art. 2126 c.c.*, in *RIDL*, II, p. 588 ss.
- LISO F. (1995), *Ragionamenti de iure condito e de iure condendo per una nuova politica del lavoro*, in *RIDL*, II, p. 165 ss.

- LISO F., VARESI P. A., POTI U. (1995), *Mercato del lavoro e flessibilità*, in *DPL*, n. 38, *Insero*, p. III ss.
- LORUSSO A. (1992), *Forma scritta e determinazione dell'orario di lavoro nel contratto a «part-time»*, in *MGL*, p. 445 ss.
- LOY G. (1985), *Il part-time*, in *NLCC*, p. 855 ss.
- LOY G. (1989), *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna: Il Mulino, p. 51 ss.
- MARESCA A. (1987), *La nuova disciplina legale del lavoro a tempo parziale*, in *RGL*, I, p. 31 ss.
- MELE L. (1990), *Il part-time²*, Milano: Giuffrè.
- MORGERA P. (1990), *Lavoro a tempo parziale*, in *EncGTrec*, vol. XVIII, Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana.
- MORGERA P. (1993), *Nullità del contratto di lavoro a tempo parziale per vizio di forma: art. 2126, 2° co., c. c. e diritto alla retribuzione*, in *MGL*, p. 442 ss.
- NAPOLI M. (1995), *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in AA. VV., *Scritti in onore di L. Mengoni*, Tomo II, Milano: Giuffrè, p. 1057 ss.
- NICOLINI G. (1988), *Lavoro a tempo parziale*, Milano: Giuffrè.
- ROCCELLA M., CIVALE G., IZZI D. (1995), *Diritto comunitario del lavoro. Casi e materiali*, Torino: Giappichelli.
- SANTORO R. (1995), *Il rapporto di lavoro a tempo parziale a dieci anni dalla sua regolamentazione legislativa*, in *D&L*, p. 39 ss.
- SCARPONI S. (1988), *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Milano: Giuffrè.
- VENEZIANI B. (1993), *La flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti. Un'analisi comparata*, in *DLRI*, p. 235 ss.