

Elli ha dunque diritto alla retribuzione completa anche per i mesi di giugno-agosto '98.

La somma richiesta non contestata ammonta a L. 9.235.93 l.

Tale, è dunque il debito della convenuta contumacia nei confronti dell'attore, la somma dovrà essere aumentata ex art. 429 C.P.C. (...)

8. Pretura Milano 15 febbraio 1999, est. Porcelli, Rizzuto e altri (avv. Addonizio) c. Pedus Service Dussmann srl (avv. Moizo).

Lavoro a tempo parziale - Calcolo degli elementi retributivi indiretti - Computo del lavoro supplementare - Art. 26 Ccnl Imprese di pulimento, disinfestazione, ecc. - Esclusione a eccezione del calcolo di 13ma e 14ma mensilità.

Ai sensi dell'art. 26 Ccnl per i dipendenti delle imprese di pulimento, disinfezione, 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!

(...) Il rapporto a tempo parziale è disciplinato dall'art. 26 Ccnl di settore (imprese

¹*Flessibilità senza regole. Su un'interpretazione distorta delle norme contrattuali in materia di part-time.*

a) Lavoro part-time e calcolo degli elementi retributivi indiretti. La questione affrontata dalla sentenza in commento, **pur** nella sua apparente semplicità, induce a riflettere sui pericoli di attenuazione dei diritti dei lavoratori titolari di un contratto cd. «atipico», quale è il *part-time*. La soluzione data dal giudice alla controversia in esame, infatti, segnala come spesso le richieste di flessibilità provenienti da parte imprenditoriale nascondano la volontà di un abbattimento puro e semplice del costo del lavoro, unito a modalità disinvolute di gestione della manodopera. Il contratto di lavoro a tempo parziale, da questo punto di vista, può considerarsi emblematico. Si pensi, ad esempio, all'annosa questione della legittimità delle clausole elastiche di individuazione dell'orario di lavoro? La rigorosa soluzione data dalla Corte Costituzionale³ è stata ben presto dimenticata in favore di soluzioni di compromesso a dir poco discutibili. Gli orientamenti più recenti della giurisprudenza di legittimità sul **punto**⁴ e la stessa posizione del Ministero del Lavoro sembrano portare inevitabilmente alla conclusione per cui dal *part-time* si può ottenere la massima flessibilità, **purché** compensata con un aumento della **retribuzione**⁵. La sentenza in esame si spinge addirittura oltre, là dove ammette che l'uso flessibile della prestazione di lavoro a tempo parziale comporti un abbattimento dei costi retributivi, sia pure indiretti.

Secondo la ricostruzione dei fatti svolta dal Pretore, i ricorrenti erano stati assunti con contratto di lavoro *part-time* e avevano effettuato «giornalmente, per tutta la durata del rapporto, ore di lavoro supplementare». Tuttavia, la retribuzione percepita per il lavoro svolto in aggiunta all'orario previsto dal contratto individuale veniva esclusa dalla base di calcolo di vari istituti (ferie, festività, **ROL**, tredicesima e quattordicesima, **indennità** di maternità, Tfr.), sulla base di una discutibile interpretazione della norma **contrattua-**

¹ Il pericolo citato è stato più volte segnalato dalla dottrina. Si v., ad esempio, E. Ghera «La flessibilità: variazioni sul tema», in *Riv. giur. lav.* 1996, I, 223; M. G. Garofalo, «Deregolazione del mercato dei lavori, lavori atipici e diritti», ivi 1995, I, 301 sgg.

² Sulla quale si v., da ultimo Bavaro, «Sulla mancata distribuzione dell'orario nel contratto *part-time*», in *Riv. giur. lav.* 1999, 1, 429 sgg.

³ Corte Cost. 11/5/92 n. 210, in *Riv. it. dir. lav.* 1992, II, 731 sgg., con nota di P. Ichino.

⁴ Cass. 17/3/97 n. 2340 e Cass. 26/3/97 n. 2691, in *Riv. it. dir. fav.* 1997, 11, 749 sgg., con nota di A. Bollani «Nuovi orientamenti della Cassazione in tema di clausole elastiche nel *part-time*».

⁵ Si v. il Parere reso il 1/6/98 su richiesta della Mc Donald's Italia, in *Dir. & pratica lav.* 1998, 2292, con commento di C. Fantuzzi.

⁶ A. Bollani, *op. cit.*, p. 750.

di pulimento, disinfezione, disinfestazione e derattizzazione).

In tale norma si parla (lett. a) dell'orario settimanale, vale a dire l'orario specificato nella lettera di assunzione, e si prevede (lett. c) la possibilità di variazioni con carattere di continuità di tale orario, da comunicare sia al lavoratore interessato sia alle Rsa.

Emerge, inoltre, la possibilità di effettuare un orario supplementare rispetto a quello contrattuale, che non rientra per altro nell'ipotesi di cui alla lett. c).

le applicabile⁷, per la quale i trattamenti economici differiti «troveranno applicazione ridotta in misura proporzionale alle ore lavorate e comunque non inferiore all'orario settimanale» indicato nel contratto individuale di lavoro o successivamente modificato.

La soluzione adottata dall'impresa viene ampiamente condivisa dal giudice, la cui decisione presta il fianco a diverse critiche, sia sul piano della corretta interpretazione della norma contrattuale richiamata, sia su un piano interpretativo più generale.

Quanto al primo aspetto, si può tranquillamente affermare che le disposizioni del contratto collettivo poste a fondamento della decisione sembrano avvalorare un'interpretazione diametralmente opposta a quella sostenuta dal Pretore. In particolare, l'art. 26, lett. g), prevede semplicemente che gli istituti retributivi indiretti ivi indicati «troveranno applicazione ridotta in misura proporzionale alle ore lavorate».

La disposizione in parola non fa che esprimere il principio per cui nel *part-time* alcuni elementi della retribuzione devono essere riproporzionati in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa⁸ secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza. A ben vedere, anzi, si potrebbe ritenere che la norma contrattuale intenda individuare le componenti della retribuzione suscettibili di riproporzionamento, mentre tutte le altre dovrebbero essere corrisposte per intero, perché non riconducibili alla durata della prestazione⁹ (si pensi, ad es., all'indennità di trasferta o di mensa). La conclusione si ricava anche dalla costante giurisprudenza in materia, che spesso valuta caso per caso la legittimità della corresponsione in misura ridotta di alcuni elementi retributivi¹⁰).

Se si adotta quest'interpretazione, inoltre, diviene agevole comprendere anche la previsione per cui l'orario in base al quale calcolare gli istituti indiretti non può comunque essere inferiore a «quello settimanale risultante dalle comunicazioni di cui ai punti u) e c) che precedono»¹¹. Se fosse vero, come sostiene il Pretore, che attraverso detta previsione le parti contrattuali abbiano inteso utilizzate, ai fini del computo degli istituti indiretti, le sole ore lavorative previste dal contratto e non quelle effettivamente svolte, la norma avrebbe avuto una formulazione completamente diversa. L'art. 26, in realtà, intende garantire ai lavoratori a tempo parziale una base di calcolo minima, al di sotto della quale non è consentito andare, per gli elementi retributivi ivi previsti. In altre parole, la disposizione contrattuale si riferisce all'ipotesi in cui l'orario effettivamente svolto sia, per qualche ragione, inferiore a quello contrattualmente previsto, non certo all'ipotesi contraria. Una simile interpretazione è confermata, oltre che dall'univocità del dato letterale, anche dalla previsione della lett. d) dello stesso art. 26, il quale, dopo aver stabilito che il personale a tempo parziale è retribuito in base alle ore prestate nel mese, precisa che «in ogni caso la retribuzione non potrà essere inferiore a quella corrispondente all'orario settimanale risultante dalla lettera di assunzione o dalla comunicazione» della variazione in via definitiva dell'orario di lavoro. Le due disposizioni, della lett. d) e g) dell'art. 26, sono perfettamente coerenti tra loro e formulate allo stesso modo. La retribuzione non può in ogni caso, e quindi anche nell'ipotesi di svolgimento di un orario minore di quello previsto, essere inferiore all'orario stabilito nel contratto, che costituisce il *plafond* minimo per il calcolo degli istituti indiretti. A voler accogliere l'interpretazione prospettata dalla sentenza in commento per la lett. g) dell'art. 26, bisognerebbe concludere che anche per la retribuzione mensile vale lo stesso principio, data l'identica formulazione della lett. d), con la conseguenza, palesemente assurda, che il lavoratore *part-time* dovrebbe essere retribuito sulla base dell'orario contrattualmente previsto anche nell'ipotesi di svolgimento di un orario superiore a quello concordato.

⁷ Ccnl 21/5/93 per i lavoratori delle imprese di pulizia, art. 26.

⁸ Si v. M. L. De Cristofaro. «Lavoro *part-time*» in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, vol. VIII (Torino 1992) p. 437.

⁹ M. L. De Cristofaro, *loc. ult. cit.*; G. Ianniruberto, «Part-time», in G. Napolitano, a cura di, *Lemmario giuridico del nuovo diritto del lavoro* (Napoli 1993), p. 282; G. Nicolini, *Lavoro a tempo parziale* (Milano 1998) p. 48 sgg.

¹⁰ Si v., ad esempio Pret. Parma 2/8/90, in *Dir. & pratica lav.* 1991, 262 sgg.; Pret. Roma 19/10/91, in *Giur.it.* 1991, I, 2, 204 sgg.

¹¹ Le comunicazioni suddette sono, rispettivamente, quella fatta al momento dell'assunzione e quella concernente la variazione con carattere di continuità dell'orario settimanale indicato nella lettera d'assunzione.

La norma prescrive che, per quanto riguarda la retribuzione, il personale assunto con contratto a tempo parziale sia retribuito in base alle ore prestate nel mese (lett. *d*).

Per quanto concerne gli altri trattamenti economici, la norma prevede espressamente alla lett. *g*) – per la parte che qui interessa – che i trattamenti economici relativi a tredicesima e quattordicesima mensilità, ferie, festività, **Rol** e Tfr «troveranno applicazione ridotta in misura proporzionale alle ore lavorate e comunque non inferiori all'orario settimanale risultante dalle comunicazioni di cui ai punti *a*) e *c*) che precedono».

La successiva lett. *h*) precisa: «per la tredicesima e la quattordicesima mensilità si fa riferimento alla media delle ore lavorate nell'anno di riferimento».

Appare quindi chiaro che le parti contrattuali hanno inteso utilizzare, **contraria-**

Il Pretore, comunque, desume la correttezza della sua ricostruzione dalla successiva lett. *h*) dell'art. 26, secondo la quale «per la **13a** e la **14a mensilità** si fa riferimento alla media delle ore lavorate nell'anno di riferimento». Secondo il giudice, che ha riconosciuto la **computabilità** delle ore di lavoro effettivo ai fini del calcolo delle mensilità suddette, se il criterio utilizzato nella lett. *h*) fosse applicabile anche agli altri istituti retributivi indiretti, «non si spiegherebbe la necessità di aggiungere una specifica previsione per tredicesima e quattordicesima, non si spiegherebbe la distinzione tra la lett. *g*) e la lett. *h*) dell'art. 26».

Anche in questo caso, tuttavia, è possibile giungere a una diversa conclusione attraverso un'attenta lettura delle norme contrattuali. Si può fondatamente ritenere, a questo proposito, che la previsione esplicita della lett. *h*) circa il calcolo della **13a e 14a mensilità** sia dovuta alla necessità di individuare un criterio che tenga conto delle peculiarità del *part-time* rispetto al lavoro a tempo pieno. Le norme relative alla 13a e alla 14a per i lavoratori a tempo pieno fanno infatti riferimento, ai fini dell'individuazione dell'importo da corrispondere, alla «retribuzione globale mensile», che deve intendersi come quella «risultante dalla somma della retribuzione base e di ogni eventuale superminimo o assegno *ud personam*, nonché di ogni altro compenso comunque denominato, conisposti con carattere di continuità» (art. 13 Ccnl). La norma, com'è evidente, presuppone una retribuzione costante, con poche o nessuna variazione mensile. Diverso è, invece, il caso del *part-time*, in cui non è possibile prestabilire, in ragione della variabilità dell'orario svolto mensilmente, quale sia la retribuzione standard da prendere in considerazione come base di calcolo ai fini delle mensilità in esame. La soluzione adottata dall'art. 26, lett. *h*), è perfettamente coerente con la volontà delle parti contrattuali di consentire un uso flessibile del *part-time* attraverso il ricorso al lavoro supplementare senza che ciò si possa tradurre in una diminuzione dei diritti dei *part-timers*. La logica sottesa alla norma in esame, in altre parole, è quella per cui, non essendo possibile stabilire quale sia la retribuzione standard mensile, non può che farsi riferimento alla media delle retribuzioni percepite nel corso dell'anno. La previsione costituisce dunque una conferma della volontà delle parti di considerare il lavoro supplementare come facente parte dell'orario normale di lavoro. Le considerazioni svolte permettono di spiegare agevolmente la ragione per cui è stata introdotta, nel corpo dell'art. 26, una previsione esplicita per le mensilità aggiuntive, i soli elementi retributivi indiretti per i quali si poneva la questione di individuare la base di calcolo. Per tutti gli altri elementi, invero, può considerarsi sufficiente l'applicazione del criterio del lavoro effettivo.

La conclusione opposta cui giunge il Pretore è fondata, tra l'altro, su una pretesa assimilazione del lavoro supplementare nel *part-time* al lavoro straordinario nel tempo pieno: secondo il giudice, infatti, al lavoro supplementare «devono ritenersi applicabili le norme (contrattuali: **n.d.a.**) in materia di lavoro straordinario». Anche in questo caso, tuttavia, l'affermazione è del tutto apodittica, non supportata da alcun dato normativo e contrattuale. Ora, se si può ritenere, in linea di principio, che il lavoro supplementare dovrebbe essere retribuito con una maggiorazione retributiva, poiché comporta per il lavoratore un sacrificio rilevante della libera disponibilità del tempo di non lavoro¹² è anche vero che secondo l'interpretazione prevalente nella materia regnerebbe sovrana l'autonomia contrattuale collettiva. Secondo dottrina e giurisprudenza, infatti, il lavoro supplementare nel *part-time* non può essere equiparato al lavoro straordinario¹³ sicché, in assenza di un'espressa previsione contrattuale, al lavoratore non spetta la maggiorazione prevista per il lavoro straordinario **medesimo**¹⁴

¹² Sia consentito il rinvio a C. Alessi «Part-time e job sharing», in *Quaderni dir.lav.rel. ind.* 1995, n. 17, p. 115.

¹³ In dottrina si v. M. Brollo, *Il lavoro subordinato a tempo parziale* (Napoli 1991) p. 178; in giurisprudenza Trib. Torino 21/6/86, in *Giur. Piem.* 1986, 721.

¹⁴ G. Ferraro, *I contratti di lavoro* (Napoli 1998), p. 187.

mente a quanto sostenuto in ricorso, le ore di lavoro effettivamente lavorate solo ai fini del computo di tredicesima e quattordicesima e non anche degli altri istituti indicati nei ricorsi: in caso contrario non si spiegherebbe la necessità di aggiungere una specifica previsione per la tredicesima e quattordicesima, non si spiegherebbe la distinzione tra la lett. g) e la lett. h) dell'art. 26 in esame.

Le ricorrenti pretendono di ricavare da tale norma un criterio di effettività generalmente applicabile al rapporto di lavoro *part-time*, ma tale tesi si scontra con il concreto contenuto della norma medesima e con la volontà delle parti contraenti.

L'art. 26, inoltre, espressamente rimanda, per quanto in esso non specificato, alle disposizioni contrattuali per il personale ordinario: in particolare, alla lett. e) rimanda all'art. 14 per il computo della retribuzione oraria.

L'art. 14 recita: «la retribuzione mensile e il trattamento relativo agli istituti con-

La questione si è posta negli stessi termini, peraltro, per quanto attiene all'applicabilità delle norme in materia di straordinario al lavoro prestato oltre l'orario normale fissato dal contratto collettivo ma non oltre il limite massimo legale. Anche in quell'ipotesi, la giurisprudenza prevalente ha ritenuto che spettasse all'autonomia collettiva stabilire l'on e il *quantum* della maggiorazione retributiva¹⁵. Adirittura, secondo la giurisprudenza comunitaria, la contrattazione collettiva è legittimata a prevedere che la maggiorazione per il lavoro supplementare sia dovuta solo al superamento dell'orario normale stabilito per il contratto a tempo pieno e non nel caso di lavoro eccedente il ridotto orario previsto per il *part-time*, senza che ciò possa tradursi in un'illegittima disparità di trattamento¹⁶. Tuttavia, anche se si volesse ritenere applicabile la maggiorazione per lo straordinario, si porrebbe comunque l'ulteriore problema dell'inclusione del lavoro supplementare nella base di calcolo degli istituti differiti, da risolversi sulla base di una corretta ricostruzione della volontà delle parti, come si vedrà. Nel caso *de quo*, invero, il contratto collettivo prevede chiaramente, all'art. 31, che «è considerato lavoro straordinario, e dà luogo a un compenso, quello disposto dall'impresa ed eseguito oltre la durata normale del lavoro di cui all'art. 25», cioè 40 ore settimanali, mentre nulla è previsto per il lavoro supplementare nel *part-time*, cui pure è dedicata un'apposita voce all'interno dell'art. 26. Deve quindi concludersi che l'argomentazione svolta dal giudice, secondo il quale nella retribuzione globale mensile «non può ritenersi rientrare anche il compenso per il lavoro straordinario (*rectius*: supplementare) altrimenti quest'ultimo verrebbe conteggiato due volte»¹⁷, è del tutto infondata, perché il presupposto da cui prende le mosse, come si è visto, è erraneo.

Nell'ansia di dimostrare l'indimostrabile, insomma, il Pretore utilizza argomenti del tutto inconferenti. Il riferimento, inesplicito, è alla consolidata giurisprudenza che esclude dalla base di calcolo per gli elementi retributivi indiretti il compenso erogato per il lavoro straordinario¹⁸. A voler essere coerenti, allora, il giudice avrebbe almeno dovuto chiedersi se il preteso lavoro straordinario non fosse da considerarsi prestato in via continuativa posto che dalla narrativa dei fatti si ricava (e non risulta smentito) che i ricorrenti avevano «svolto giornalmente, per tutta la durata del rapporto, ore di lavoro supplementare». In caso affermativo, infatti, si sarebbe potuto applicare il principio elaborato dalla giurisprudenza secondo cui la retribuzione per il lavoro straordinario prestato in modo fisso e continuativo è computabile ai fini delle competenze indirette quando «risulti l'avvenuta modificazione del normale orario di lavoro nel senso dell'inclusione in esso della prestazione lavorativa superiore al limite già concordato, ma inferiore a quello massimo legale»¹⁹, ovvero quando detta inclusione «sia comunque prevista dalla disciplina del rapporto»²⁰) come può ritenersi nel caso di specie. In altre parole, una cosa è sostenere che al lavoro supplementare vada applicata la maggiorazione prevista per il lavoro straordinario, altro è ritenere, per questo solo motivo, che il lavoro supplementare non debba computarsi nella base di calcolo per gli istituti retributivi indiretti, questione che va risolta sulla scorta di una corretta interpretazione del dettato contrattuale.

¹⁵ Cass. 20/8/91 n. 8966, in *Dir. & pratica lav.* 1991, 2863.

¹⁶ Corte di giustizia Ce 15/12/94, Helming, in *Not. Giur. lav.* 1995, 503 sgg. La posizione della Corte è particolarmente significativa proprio per l'attenzione da essa riservata all'eliminazione delle disparità di trattamento tra *full-timers* e *part-timers* alla luce delle norme comunitarie in materia di discriminazioni indirette, su cui si avrà modo di tornare più oltre.

¹⁷ L'osservazione del Pretore si fonda sulla previsione dell'articolo 31 Ccnl secondo la quale «le prestazioni di lavoro straordinario vanno retribuite con quote orarie della retribuzione globale mensile».

¹⁸ Per tutte, si v. Cass. 11/11/96 n. 9819, in *Mass. Giur. ir.* 1996, voce «Lavoro (rapporto)», n. 1022.

¹⁹ Cass. 26/6/91 n. 7173, in *Rep. Foro it.* 1991, voce «Lavoro (rapporto)» n. 1065; Cass. sez. un. 18/2/85 n. 1426, in *Riv. it. dir. lav.* 1985, II, 126 sgg.

²⁰ Trib. Torino 29/5/96, in *Giur. Piem.* 1997.41 sgg.

trattuali aventi carattere economico sono il corrispettivo di una prestazione articolata su 40 ore settimanali».

Ai sensi dell'art. 13 «Per retribuzione globale mensile si intende quella risultante dalla somma della retribuzione base di ogni eventuale superminimo o assegno ad *personam*, nonché di ogni altro compenso comunque denominato, corrisposti con carattere di continuità, esclusa ogni somma non avente carattere retributivo (rimborso spese ecc.)».

Poiché, ai sensi dell'art. 31 Ccnl «le prestazioni di lavoro straordinario vanno retribuite con quote orarie della retribuzione globale mensile», è evidente che in quest'ultima non può ritenersi rientrare anche il compenso per lavoro straordinario, altrimenti quest'ultimo verrebbe conteggiato due volte.

Analoghe considerazioni valgono per il lavoro supplementare, cui devono ritenersi

b) Part-time, purità di trattamento e discriminazioni indirette. La tesi accolta dalla sentenza in commento, cioè l'esclusione della retribuzione corrisposta per il lavoro supplementare dalla base di calcolo degli elementi retributivi indiretti, può essere confutata anche alla luce dei principi informatori della disciplina del *part-time*. Il riferimento è, in primo luogo, al principio di parità di trattamento tra lavoratori a tempo parziale e a tempo pieno che dottrina e giurisprudenza hanno costantemente posto al centro delle proprie opzioni interpretative. È alla luce di tale principio, in particolare, che sono stati risolti i problemi relativi al riproporzionamento o meno di alcuni istituti retributivi previsti per il tempo pieno, posta «l'identità del criterio del riproporzionamento a esprimere un comando di parificazione»²¹. La stessa valutazione dell'adeguatezza della retribuzione del *part-time* in riferimento ai canoni di proporzionalità e sufficienza ex art. 36 Cost. è stata condotta attraverso il raffronto con la retribuzione percepita dai lavoratori a tempo pieno**, escludendosi, ad esempio, la legittimità della previsione contrattuale che individuava un divisore per la determinazione della retribuzione oraria diverso per i lavoratori *part-time* e per quelli *full-time*²³.

Nel caso in esame, in particolare, non è difficile rendersi conto della disparità di trattamento che l'accoglimento della prospettiva ermeneutica fatta propria dalla sentenza provocherebbe tra le due categorie di lavoratori. Se fosse vero che la retribuzione percepita per il lavoro supplementare non rientra nella base di calcolo degli emolumenti retributivi indiretti, il lavoratore *part-time* che arrivasse a svolgere un orario pari a quello pieno avrebbe una retribuzione complessiva più bassa rispetto a quella di un collega assunto a tempo pieno fin dall'inizio. A questo punto, al datore di lavoro basterebbe procedere esclusivamente ad assunzioni a tempo parziale e ricorrere in seguito al lavoro supplementare per ottenere un considerevole risparmio retributivo. Il ricorso al lavoro supplementare in funzione di flessibilizzazione della prestazione lavorativa si dimostrerebbe, in quest'ottica, di gran lunga più conveniente rispetto alla pattuizione di clausole elastiche di individuazione dell'orario di lavoro, per la legittimità delle quali la giurisprudenza sembra ormai orientata a richiedere un aumento della retribuzione proporzionale al periodo in cui il lavoratore deve tenersi disponibile alla «chiamata» del datore di lavoro²⁴.

Il principio di parità di trattamento tra lavoratori *part-time* e *full time*, che la dottrina e la giurisprudenza italiana avevano già ricavato dalla disciplina dell'art. 5, L. 863/84, trova conferma nella recente direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo parziale*. Secondo la clausola n. 4 dell'accordo-quadro allegato alla direttiva, «i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole per il solo motivo di lavorare a tempo parziale». La norma, che risponde «all'esigenza di evitare il proliferare di statuti giuridici differenziati nei confronti dei lavoratori atipici»²⁵, esprime un principio che deve orientare l'interpretazione delle discipline nazionali in materia a prescindere dal recepimento o meno della direttiva nell'ordinamento interno²⁷.

²¹ Così M. Brollo, *op. cit.*, p. 187, cui si rinvia anche per l'ampia casistica.

²² Cass. 25/11/94 n. 10029, in *Mass. Giur. lav.* 1995, 36 sgg., con nota di P. Morgera; Cass. 17/3/92 n. 3240, in *Toscana Lav. Giur.* 1992, 523 sgg.

²³ Si v. Trib. Milano 19/9/81, in *Orientamenti* 1982, 802 sgg.

²⁴ A. Bollani, *op. cit.*, p. 752; V. Bavaro, *op. cit.*, p. 440.

²⁵ Direttiva 97/81/CE del Consiglio del 15/12/97 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, in *Gazz. Uff. Ce n. L014 del 20/1/98*, p. 9 sgg., e in *Riv. giur. lav.* 1999, 1, 451 sgg.

²⁶ Scarponi «Luci e ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale» in *Riv. giur. lav.* 1999, I, 410.

²⁷ Si v. M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea* (Padova 1995) p. 65; G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario* (Bari 1999) p. 112 e ivi riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

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.

L'art. 31 prosegue specificando che solo nei casi di prestazione notturna continuativa la relativa maggiorazione dovrà essere computata nelle ferie, festività, 13a, 14a,

Non è superfluo ricordare, poi, che la previsione comunitaria, pur esprimendo un principio che va oltre il divieto di discriminazione in ragione del sesso, ha lo scopo di impedire il verificarsi di discriminazioni indirette nei confronti delle donne, che utilizzano il *part-time* in percentuale decisamente più elevata rispetto agli uomini. La prospettiva ora richiamata non sembra neppure sfiorare il Pretore. Eppure, nel caso in esame sussistevano tutti gli elementi indiziari dell'esistenza di una discriminazione indiretta, ai sensi della L. 125/91. In primo luogo, dei 43 ricorrenti uno solo è un uomo, il che può considerarsi già di *per sé* significativo. In secondo luogo, si deve ritenere che la situazione presente nell'impresa convenuta non rappresenti affatto un'eccezione, ma corrisponda perfettamente alla situazione del mercato del lavoro italiano. Una rapida occhiata alle statistiche disponibili sarebbe stata sufficiente per verificare come la percentuale di donne occupate a tempo parziale sia di gran lunga superiore a quella degli uomini, in qualunque zona geografica e in ogni settore economico**. Da qui all'accertamento dell'esistenza di una discriminazione indiretta a danno delle donne il passo sarebbe stato relativamente *breve*²⁹ con la conseguenza che le clausole contrattuali che prevedessero un trattamento differenziato per i lavoratori *part-time* avrebbero dovuto ritenersi radicalmente nulle.

Del resto, che il *part-time* costituisca il banco di prova dell'accertamento dell'esistenza di una discriminazione indiretta è dimostrato dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria in materia. La Corte, in particolare, non ha esitato a individuare una discriminazione indiretta a danno delle lavoratrici in ogni previsione, legale o *contrattuale*³⁰, che si risolve in un trattamento svantaggioso per i lavoratori *part-time* e che non possa essere giustificata in base a criteri obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso³¹. Quanto ai trattamenti retributivi discriminatori, si può ricordare che in «Kowalska»³² la Corte ha ritenuto rientrare nel concetto di retribuzione anche le indennità corrisposte al lavoratore al momento della cessazione del rapporto di lavoro, poiché le stesse costituiscono appunto «una forma di retribuzione differita», ritenendo perciò contraria all'art. 119 del Trattato una disposizione nazionale che ne escludeva la corresponsione per i lavoratori ad orario ridotto.

Nel caso in esame, non c'è alcun dubbio che sarebbe bastato il riferimento alla giurisprudenza citata, oltre che alle disposizioni della L. n. 125/91, per rendersi conto di come l'esclusione della retribuzione del lavoro supplementare dalla base di calcolo degli istituti retributivi indiretti si risolve in una discriminazione indiretta a danno delle lavoratrici, in quanto comporta una riduzione del livello retributivo globale dei lavoratori a tempo parziale. A ben vedere, poi, non è neppure necessario fare riferimento alla normativa antidiscriminatoria per censurare un'interpretazione delle disposizioni contrattuali collettive come quella svolta dal Pretore, potendosi considerare sufficiente a tal *fine richiamare* il principio di parità di trattamento tra lavoratori *part-time* e *full-time* fatto proprio dalla recente direttiva in materia.

In definitiva, si può ritenere che la soluzione raggiunta dalla sentenza in commento non sia *giustificabile* né sul piano dell'esegesi del testo contrattuale, né tantomeno in relazione alla disciplina legale del *part-time*, interpretata alla luce dei principi comunitari. L'impressione che si ricava è che si tratti di una difesa ad oltranza delle «ragioni» di una flessibilità senza i correttivi che derivano dal necessario rispetto dei diritti dei lavoratori. Una flessibilità finora sconosciuta al nostro ordinamento.

²⁸ Si v., ad esempio, le statistiche riportate in appendice al saggio di A. Andreoni «Nuovi lavori, garanzia dei diritti e promozione sociale. Note per una riflessione», in *Riv. giur. lav.* 1998, I, 728 sgg., spec. p. 749 sgg.

²⁹ Sulla nozione di discriminazione indiretta si v., per tutti, M. Barbera «La nozione di discriminazione», in T. Treu, M. V. Ballestrero, a cura di, *Commentario alla L. 10 aprile 1991 n. 125*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1994.46 sgg.

³⁰ Si v. Corte di Giustizia 13/5/86, C-170-84, Bilka, in *Rucc.* 1986, p. I-1628, in cui la Corte ha ritenuto contrario all'art. 119 del Trattato un sistema pensionistico aziendale dal quale venivano esclusi i lavoratori assunti a tempo parziale; Corte di Giustizia 7/2/91 C-184/89, Nimz, in *Racc.* 1991 p. I-319.

³¹ La Corte ha dimostrato, dopo alcune incertezze, un estremo rigore nella valutazione dell'idoneità dei motivi addotti dal datore di lavoro ai fini della giustificazione dei provvedimenti indirettamente discriminatori. In particolare, è stata esclusa la giustificazione basata sulle ragioni economiche adottate dal datore di lavoro. Si v. da ultimo, la sentenza 176/98, C-243/95, Hill, in *Dir. & Pratica lav.* 1998, 2486 e il commento di M. Roccella «Job sharing e discriminazioni indirette: la prima pronuncia della Corte di Giustizia», *ivi* 1998, 2483 sgg. Sia consentito altresì, sul punto il rinvio a C. Alessi, «Lavoro a tempo parziale, job sharing e discriminazioni indirette», in *Dir. rel. ind.* 1999, 235 sgg.

³² Corte di Giustizia 27/6/90, C-33189, Kowalska, in *Rucc.* 1990.