

La nuova organizzazione dell'orario di lavoro.

Autore: Viceconte Massimo

In: Diritto del lavoro

Sommario:

1.
Il contenuto del decreto legislativo
 2.
La vigenza delle norme preesistenti
 3.
L'orario giornaliero
 4.
Direttiva, decreto legislativo e costituzione
 - 5 .
La nuova nozione di orario di lavoro e il problema del c.d. lavoro effettivo
 6.
La durata dell'orario di lavoro
- a) orari giornalieri normali (ordinari) e orari settimanali normali (ordinari)

b) orari normali pluriperiodali (plurimensili)

c) durata massima dell'orario di lavoro

d) orari medi pluriperiodali

7.

I meccanismi di compensazione

8.

Gli interessi in gioco e i fini della direttiva e del decreto legislativo di attuazione

1.

Il contenuto del decreto legislativo

La prima domanda che dobbiamo formulare, nell'affrontare il tema che ci siamo proposti, è se il decreto legislativo n. 66/2003 possa considerarsi esaustivo della intera materia dell'orario di lavoro.

Al fine di compiere questa analisi, ed arrivare ad una risposta esauriente, è opportuno esaminare in primis proprio l'intitolazione del provvedimento¹. Già ad una prima, attenta, lettura esso ci induce qualche perplessità. Si legge, infatti, nel titolo del provvedimento: "attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro". Il criterio della "lettera della legge" che resta ancora a base del processo interpretativo - se ivi applicabile - non può che portarci a escludere che ci si trovi di fronte a una sorta di Testo unico, nemmeno è ipotizzabile che il legislatore si proponesse tale intento. Ma d'altra parte il testo normativo del decreto si esprime in modo diverso là dove nelle "finalità e definizioni" (articolo 1) parla di «... regolamentare... i profili di disciplina del rapporto di lavoro connessi all'organizzazione dell'orario di lavoro», usando in tal modo una espressione non del tutto perspicua e per di più piuttosto generica, come se, come vedremo in seguito, esistessero due profili

totalmente indipendenti dell'orario di lavoro, estranei l'uno all'altro, di cui uno connesso all'organizzazione del rapporto di lavoro e l'altro alla tutela della salute e sicurezza del lavoratore.

Di fatto, non si può non constatare che restano esclusi dalla regolamentazione del decreto legislativo n. 66/2003 alcuni aspetti dell'orario di lavoro quali ad es. la regolamentazione dell'orario giornaliero e un suo eventuale limite massimo, un eventuale orario annuo (già previsto da alcuni contratti collettivi - quale quello dei chimici), il regime dei permessi personali (alcuni dei quali regolati da leggi) le assenze e i recuperi, le sospensioni e le interruzioni del lavoro.

2.

La vigenza delle norme preesistenti

Considerate le perplessità di base sopra esposte non ci resta che avanzare ulteriori perplessità anche sull'argomento oggetto del presente capitolo. Infatti l'articolo 19 "Disposizioni transitorie e abrogazioni" al comma 2 enuncia che «dalla data della entrata in vigore del presente decreto legislativo sono abrogate tutte le disposizioni legislative e regolamentari nella materia disciplinata dal decreto legislativo medesimo...». Infatti proprio il rinvio alla «materia disciplinata» ci induce a formulare precisi interrogativi: restando fuori dalla regolamentazione del decreto alcuni aspetti dell'orario di lavoro non esplicitamente trattati, quali quelli sopra elencati, dobbiamo domandarci in particolare se le norme di legge che li regolano e in primo luogo quelle attinenti all'orario di lavoro giornaliero (articolo 36 Costituzione, articolo 1 regio decreto-legge n. 692/1923, articolo 5 regio decreto-legge n. 692/1923 e articolo 2107 c.c.) devono considerarsi abrogate oppure, non rientrando nell'area trattata dal legislatore, continuano a doversi considerare vigenti?

La mancata elencazione specifica delle norme abrogate può determinare incertezze [come noto l'ostacolo principale è costituito dal riferimento costituzionale, ma anche dal regio decreto-legge n. 692/1923 che sembra avere retto alle disposizioni della legge n. 196/1997 con la sua lapidaria enunciazione dell'articolo 13]. Inoltre c'è anche da domandarsi se alcuni ambiti della legge n. 196/1997 restino in vigore.

Se si adotta alla lettera l'interpretazione per così dire "totalizzante", per la quale «sono abrogate tutte le disposizioni legislative... nella materia disciplinata», intendendosi per tale la totale regolamentazione dell'orario di lavoro, non si può ora non convenire che la «materia disciplinata» dalla legge n. 196/1997 è la stessa «materia disciplinata» dal decreto legislativo n. 66/2003, dal momento che tutte e due le normative trattano la regolamentazione dell'orario di lavoro. Se invece si passa ad una analisi più dettagliata delle singole norme, si può dire che il comma 1, là dove disciplina l'orario normale, deve senz'altro considerarsi abrogato mentre le parti della legge che trattano dell'introduzione delle «misure di riduzione o rimodulazione delle aliquote contributive in funzione dell'entità della riduzione e della rimodulazione dell'orario di lavoro determinate contrattualmente», esulando dalla pura e semplice regolamentazione dell'orario, in quanto si propongono finalità diverse, dovrebbero considerarsi tutt'ora vigenti. Avremo così un'ipotesi di riduzione di orario e di periodizzazione fino ad un anno per così dire

“neutra”, ossia senza incentivi ed una ipotesi di riduzione e periodizzazione (se tale è da intendersi la rimodulazione) incentivata per le finalità specifiche ivi previste (assunzioni ad incremento dell’organico e gestione di esuberanti)².

3.

L’orario giornaliero

Ciò ci porta subito ad affrontare il problema del limite della giornata lavorativa.

Già sotto l’antica vigenza del regio decreto-legge 15 marzo 1923, n. 692 si dibatteva sulla concorrenza o alternatività dei due limiti di orario, giornaliero e settimanale, discutendosi del valore della disgiuntiva (aut o vel): dottrina e giurisprudenza si erano divise - con argomentazioni convincenti da entrambe le parti - tra coloro che propendevano per l’alternatività e coloro che ritenevano sussistere la concorrenza dei due limiti massimi.

L’entrata in vigore della legge 24 giugno 1997, n. 196 non risolveva, nel suo silenzio, la problematica lasciando sussistere i due orientamenti³.

In ogni caso un orario giornaliero, se non come esplicito e legale limite massimo, deve pur sussistere., se non altro come distribuzione giornaliera dell’orario settimanale che non può essere lasciata - come non è lasciata - all’arbitrio del datore di lavoro o alle esigenze contingenti del momento.

Una volta fissato un orario giornaliero l’ora lavorata in supero, se non rientra nelle periodizzazioni [ora ammesse dalla legge con la disposizione a carattere generale del decreto legislativo n. 66/2003 e in precedenza ammesse dalla legge n. 196/1997] concordate col sindacato, diventa, automaticamente, ora da retribuire con la maggiorazione.

Del resto ci pare un po’ semplicistico considerare, come fanno taluni, il limite massimo giornaliero dell’orario normale di lavoro come risultante per differenza dal totale delle ore giornaliere (24) dedotto il riposo giornaliero minimo (undici ore) e quindi 13 ore. In primo luogo perché tale riposo è appunto un riposo minimo, per cui esso potrebbe anche essere superiore, e poi perché se è vero che la durata del riposo è minima non è detto che non possa essere fissato un massimo di orario giornaliero normale inferiore, diverso da quello della risultante dell’operazione di sottrazione appena compiuta, per es. di 12 o 11 ore: la differenza delle ore (tra le 11 di riposo minimo e le 11 o 12 di orario massimo giornaliero) potranno essere ore di riposo in più [non ci pare che in tal senso vi sia un ostacolo impediente]. Né è facile ravvisare in questo contenuto implicito, oggetto di deduzione logica, lo strumento normativo di una abrogazione, per incompatibilità, di norme così importanti.

Il fatto infine che la direttiva comunitaria non regolamenti l’orario giornaliero né tanto meno fissi un limite massimo a detto orario di per sé non significa null’altro che tale regolazione non è particolarmente

influyente circa le finalità dell'ordinamento comunitario (ossia la tutela della salute del lavoratore)⁴.

Fa infine riflettere che mentre il decreto attuativo tace, l'avviso comune di Confindustria e Cgil, Cisl, Uil in data 12 novembre 1997 (a quanto pare, mancato contenuto dello stesso decreto) enunciava esplicitamente che «fatte salve le vigenti disposizioni contrattuali, sono abrogate le disposizioni di legge che quantificano la durata massima normale della giornata lavorativa».

Sul tema nulla dice anche la circolare di Confindustria 22 aprile 2003, n. 17490 (in Guida al lavoro, 2, 2003). Tra l'altro la circolare che elabora un puntuale calcolo teorico, applicando meccanicamente i vari istituti per la durata massima settimanale (si veda infra), non fa altrettanto relativamente alla durata massima giornaliera.

Ma a questo punto occorre domandarsi, considerata la possibilità di superare il limite giornaliero attraverso le periodizzazioni concordate mediante i contratti collettivi (sic) introdotte, in varia misura, dalle leggi succedutesi nel tempo e, ora, in modo generalizzato dal decreto legislativo n. 66/2003; periodizzazioni che operano col meccanismo della compensazione, quale rimane la funzione residuale (è poi proprio così?) del limite massimo giornaliero?

A parer nostro le funzioni potrebbero essere: 1) impedire che i datori di lavoro stabiliscano unilateralmente la distribuzione degli orari, superando in alcuni giorni il limite e restandone al di sotto in altri giorni, applicando [anche limitatamente a singole settimane saltuarie] unilateralmente un meccanismo di compensazione al fine di non corrispondere le maggiorazioni previste; 2) impedire che la distribuzione dell'orario con i meccanismi su visti (di, per così dire, alternanza tra supero e difetto di orario) venga stabilita dal datore di lavoro, previo semplice esame con la Rsu [come ad esempio previsto da alcuni contratti collettivi nazionali come quello dei metalmeccanici] che poi rappresenta il modo generalizzato di distribuzione degli orari, anche considerando che i meccanismi di periodizzazione dovrebbero costituire l'eccezione, al di là dell'apparenza, e essere giustificati da ragioni tecniche ed organizzative condivise dal sindacato⁵, 3) impedire al datore di lavoro di concordare col singolo lavoratore orari particolari che possono in certi giorni superare il limite massimo con meccanismi di compensazione.

4.

Direttiva, decreto legislativo e costituzione

Nel nostro ordinamento, come noto, vige un vincolo costituzionale di cui all'articolo 36 Costituzione per cui «la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge.». L'applicazione della direttiva nel nostro ordinamento crea almeno due importanti problemi in relazione alla predetta norma costituzionale.

Il primo è insito nell'interpretazione secondo la quale il limite della durata giornaliera del lavoro, se non ancora abrogato in precedenza dalla legge n. 197/1996, è stato soppresso dal decreto legislativo in esame.

Viene così a crearsi un conflitto di non poco momento tra il nostro ordinamento, a livello costituzionale, e il diritto comunitario. Secondo la migliore dottrina «per il diritto comunitario derivato... si richiede che si pongano in essere quei provvedimenti nazionali, leggi o atti amministrativi a seconda dei casi, che gli stessi atti comunitari prefigurano o impongono ai fini della loro puntuale e tempestiva attuazione. Né è necessario che l'esigenza o non di un atto formale degli organi nazionali sia espressamente sancita nell'atto comunitario... In definitiva occorre verificare di volta in volta, in base alla forma e alla sostanza dell'atto comunitario... quale sia l'impatto con i sistemi giuridici nazionali e quali siano gli interventi formali eventualmente richiesti o imposti agli Stati membri perché il diritto o l'obbligo comunitario possa considerarsi a tutti gli effetti rilevante e soprattutto operante in rapporto alla posizione giuridica dei suoi destinatari»⁶. Tornando al caso di specie occorre definire quali siano gli interventi necessari perché il nostro ordinamento si adegui a quello comunitario, senza escludere quindi una procedura di modifica costituzionale.

Il secondo problema è quello della forte valorizzazione della contrattazione collettiva nell'intera materia. Anche se la dottrina ha da tempo interpretato la riserva di legge di cui all'articolo 36 Costituzione come una riserva relativa per cui deve ammettersi la legittimità del rinvio da parte della legge alla contrattazione collettiva per la regolamentazione di tali (così come di altri) aspetti dell'orario di lavoro e anche se proprio la contrattazione collettiva è stata ritenuta dagli organismi europei come lo strumento elettivo per l'attuazione della normativa sociale, non si può dimenticare che nel nostro ordinamento gli accordi tra le parti sociali se pur hanno piena validità anche se stipulati per settori particolari e da singole organizzazioni sindacali non hanno l'efficacia erga omnes richiesta per un'attuazione completa delle normative comunitarie e, eventi recenti (il patto per l'Italia non firmato dalla CGIL e l'accordo di rinnovo del Contratto nazionale dei metalmeccanici firmato per ora solo dalla FIM e della UILM, quindi, in prospettiva, un documento con firme disgiunte, se non addirittura accordi separati, in base alla presentazione di piattaforme differenti), ci hanno dimostrato ancor più le difficoltà di porre in essere intese che coprano la totalità dei lavoratori, sia pure - e forse proprio - in forza dei criteri del sindacato maggiormente rappresentativo o del sindacato comparativamente più rappresentativo che sono stati elaborati proprio per colmare il vuoto legislativo e così superare l'empasse⁷.

5.

La nuova nozione di orario di lavoro e il problema del c.d. lavoro effettivo. Il confine dell'attività lavorativa (i limiti dell'orario di lavoro)

Il sistema dell'orario di lavoro si presenta come stratificato su vari piani, in corrispondenza dei quali è possibile delineare vari concetti di orario di lavoro: 1) la nozione base di orario di lavoro (che illustreremo in questo capitolo, così come introdotta dal decreto legislativo n. 66/2003) ha la funzione di circoscrivere l'attività lavorativa in senso stretto distinguendola dall'attività non lavorativa (pause, intervalli e riposi, ecc.); 2) la durata massima dell'orario di lavoro distinguerà la quantità di lavoro consentito e rappresenterà il confine ultimo (tetto massimo) oltre il quale non è possibile richiedere ulteriore attività lavorativa; (si veda infra); 3) all'interno dell'attività lavorativa e della sua durata massima si potrà

distinguere a sua volta l'orario ordinario dall'orario straordinario (si veda infra) che costituisce il confine interno all'attività lavorativa.

Il regio decreto-legge n. 692/1923 per individuare la nozione di orario di lavoro ricorreva alla categoria dell'«effettività» del lavoro. Per lavoro effettivo, come noto, ai sensi dell'articolo 3 del regio decreto-legge si intendeva «ogni lavoro che richieda un'applicazione assidua e continuativa». Ma al di là dei termini di legge le stesse espressioni «lavoro effettivo» e «applicazione assidua e continuativa» richiama un significato “pregnante” per il quale si veniva a porre l'equivalenza di «effettivo» e «produttivo». Certo il legislatore degli anni '23 aveva davanti agli occhi un “modello” di organizzazione del lavoro tipico della grande industria e un modello di lavoratore “operaio”. Da allora il modo di lavorare è cambiato (automazione, robotizzazione, c.d. “linea snella”, ecc.) così come i lavori sono cambiati (ricomposizione e arricchimento delle mansioni, informatizzazione del lavoro, ecc) e sono anche cambiati i modi di gestire il lavoro (introduzione delle nuove tecniche, vedasi le c.d. Human relations ecc.) e allora anche il termine va interpretato con meno rigidità e sta a significare quello che le parole vengono a significare nei nuovi contesti e perciò idoneo a comprendere il lavoro del tecnico informatico, del progettista creativo, del manager che dirige un progetto e opera nel gruppo⁸.

I limiti di orario andavano quindi misurati sul lavoro effettivo. Occorreva allora individuare che cosa si intendesse con tale termine, posto che senza ombra di dubbio i periodi in cui il lavoratore “attendeva al suo lavoro”, dava la prestazione dovuta, andavano senz'altro considerati come lavoro effettivo. Il problema si poneva per quegli spazi temporali accessori durante i quali il lavoratore non dava la prestazione lavorativa dedotta nel contratto di lavoro [in altri termini i periodi di non lavoro/raffrontati ai periodi di lavoro-prestazione o i periodi di attività accessoria raffrontata all'attività principale] (Il regio decreto 10 settembre 1923, n. 1955 all'articolo 5 “Regolamento per l'applicazione del regio decreto-legge 15 marzo 1923, n. 692, relativo alla limitazione dell'orario di lavoro per gli operai ed impiegati delle aziende industriali o commerciali di qualunque natura” stabiliva che «non si considerano come lavoro effettivo: 1) I riposi intermedi che siano presi sia all'interno che all'esterno dell'azienda. 2) Il tempo impiegato per recarsi al posto di lavoro. 3) le soste di lavoro di durata non inferiore a 10 minuti e complessivamente non superiore a 2 ore, comprese tra l'inizio e la fine di ogni periodo della giornata di lavoro, durante le quali non sia richiesta alcuna prestazione all'operaio o all'impiegato. Tuttavia saranno considerate nel computo del lavoro effettivo quelle soste, anche se di durata superiore ai 15 minuti, che sono concesse all'operaio nei lavori molto faticosi allo scopo di rimetterlo in condizioni fisiche di riprendere il lavoro)»).

La giurisprudenza per escludere o comprendere tali spazi nell'ambito dell'orario di lavoro si rifaceva a due criteri fondamentali: per un primo orientamento «la natura qualitativamente diversa rispetto a quella propriamente lavorativa pur nella disponibilità del lavoratore presso il posto di lavoro» comporta l'esclusione di tale tempo dall'orario di lavoro, mentre per un altro orientamento giurisprudenziale «l'impossibilità di allontanarsi dal posto di lavoro» comporta l'iscrizione del tempo stesso all'orario di lavoro⁹.

Il decreto legislativo definisce come orario di lavoro «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a

disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività e delle sue funzioni». Non chiarisce però il meccanismo di applicazione di tali definizioni¹⁰, ossia se tali requisiti debbano o meno concorrere tra di loro. La definizione in oggetto è composta di tre enunciati o elementi, non del tutto perspicui. Per esempio cosa debba intendersi per lavoratore «a disposizione del datore di lavoro»: sul luogo di lavoro, o anche al domicilio, o semplicemente reperibile; in particolare le difficoltà aumentano con riguardo alle nuove forme di lavoro (telelavoro e, per esempio, il nuovo contratto di lavoro intermittente, on call, introdotto dalla Riforma Biagi). Alcuni di questi enunciati sembrano essere tautologici: il termine “al lavoro” può avere lo stesso significato di “nell'esercizio della sua attività”.

Alcuni esempi ci danno conto della complessità del problema. Ad. es. in occasione di sospensioni del lavoro per vari motivi (guasti tecnici degli impianti e scioperi di lavoratori di diversi reparti) un certo numero di lavoratori resta “senza lavoro”, consentendogli di lasciare il reparto ma non l'area dello stabilimento o consentendogli di lasciare anche l'area dello stabilimento - senza dare alcuna prestazione e senza indicazioni da parte del datore di lavoro - in attesa della ripresa. A riparazione dell'impianto avvenuta o alla ripresa del lavoro dopo lo sciopero si pone il quesito se tali lavoratori debbano essere considerati in orario lavorativo e di conseguenza retribuiti dall'azienda o piuttosto sospesi dal lavoro senza paga, con conseguente incidenza anche sul computo del lavoro straordinario di quella giornata.

Altri “spazi temporali” che si svolgono all'interno dell'unità operativa e/o in stretta connessione con l'attività lavorativa pongono problemi in merito alla loro inerenza o meno all'orario effettivo.

Ma esaminiamoli nel loro succedersi in una organizzazione strutturata e articolata (una grande azienda):

a) il tempo di viaggio dal domicilio al luogo di lavoro e viceversa [occorre distinguere ai fini antinfortunistici se necessitato o meno] non è mai considerato orario di lavoro, anche se tutto sommato - paradossalmente - si potrebbe dire che anche il tempo speso per andare al lavoro è tempo sottratto alla libera fruizione del lavoratore e messo a disposizione del datore di lavoro;

b) le c.d. attività preparatorie allo svolgimento della prestazione: il mero ingresso nell'area dello stabilimento non comporterebbe alcuna attribuzione delle attività che vi si svolgono all'orario di lavoro [salvo il verificarsi di un infortunio di lavoro nella cinta dello stabilimento che potrebbe ascrivere a situazione lavorativa]; il c.d. tempo tuta, ossia il tempo necessario a togliersi l'abito “civile” e indossare l'abito di lavoro, attività che si svolge negli spogliatoi; il tempo necessario a prendere gli attrezzi di lavoro negli appositi stipetti, là dove esistenti; il tempo per recarsi dagli spogliatoi al reparto di lavoro [in queste ipotesi è molto importante il luogo dove è posizionato il posto di timbratura: l'avvenuta o non avvenuta timbratura è importante elemento discriminatore tra lavoro e non lavoro, orario di lavoro e non lavoro, e forse il mezzo più sicuro in quanto rivelatore della volontà del datore di lavoro; il riferimento alla timbratura consente, poi, agli Uffici del personale di avere un riferimento certo per il conteggio degli orari e i conseguenti pagamenti; chi può misurare in altro modo i tempi del cambio abito, del raggiungimento del reparto, dell'inizio effettivo del lavoro di centinaia di lavoratori ecc.?¹¹].

c) esistono altri spazi temporali, durante lo svolgimento del lavoro e strettamente collegati ad esso, nei quali non viene prestata attività lavorativa, che a volte sono considerati non lavorativi [l'intervallo mensa della durata, per lo più di 3/4 d'ora o 1 ora per il lavoratore giornaliero non impegnato in turni, che può recarsi nella mensa, ove esistente o anche al di fuori dello stabilimento per consumare il pranzo] e spazi che a volte sono considerati lavorativi [ad es. le c.d. pause per bisogni fisiologici dei turnisti della durata di 10-15 minuti, che comportano la sostituzione del lavoratore da parte di altro lavoratore, non potendosi fermare la produzione; la pausa mensa, consumata nel refettorio, sempre dai lavoratori turnisti e dai capi squadra, anch'essi soggetti alla turnazione: tali intervalli della durata di circa 1/2 ora consentono di spezzare il turno, consumare la refezione e poi riprendere il lavoro.

In tali casi ci troviamo di fronte a turnisti del tipo 6/14-14/22-22/6 che si fermano rispettivamente alle 10, alle 18, alle 02, a rotazione per consentire ai Jolly di sostituirli durante l'assenza.

d) un'altra fattispecie da indagare, infine, è quella del tempo trascorso per gli spostamenti durante le trasferte.

e) meriterebbero un approfondito discorso anche le situazioni di disponibilità e/o reperibilità. In particolare la reperibilità richiede che il lavoratore sia non solo rintracciabile (ciò con l'odierno utilizzo di telefoni cellulari non rappresenta certo un problema, consentendo allo stesso lavoratore di spostarsi liberamente) ma anche che si mantenga entro una distanza che gli consenta, se necessario, di intervenire.

A questo punto non resta che verificare le varie fattispecie sopra richiamate sottoponendole al test della definizione introdotta dalla nuova normativa.

Senz'altro la fattispecie di cui al punto (a) non corrisponde a nessuno degli elementi della definizione; per quanto riguarda le fattispecie evidenziate al punto (b) occorrerà valutarsi il tempo precedente alla timbratura come a disposizione del lavoratore e il tempo successivo alla timbratura come a disposizione del datore di lavoro; quanto alla fattispecie di cui al punto (c) occorre effettuare una distinzione, in base alla quale nel caso in cui l'intervallo risulti lungo e consente al lavoratore di gestirsi a sua discrezione, anche abbandonando il posto di lavoro non ci troviamo, ovviamente, di fronte ad attività lavorativa - non esistendo alcun riferimento agli elementi della definizione sopra visti - mentre nel caso di intervalli brevi, o per mensa o per bisogni fisiologici, già oggi retribuiti, questi ultimi saranno considerati come facenti parte dell'orario di lavoro, essendo il lavoratore - che non può lasciare il luogo di lavoro - "a disposizione" del datore di lavoro; in caso contrario si determinerebbe o la fermata degli impianti con gravi costi e/o danni alla produzione [normalmente i turni vengono introdotti là dove esiste il ciclo continuo] o incrementi di organico eccessivi; infine nel caso (c) occorrerà attentamente esaminare le caratteristiche specifiche degli spostamenti.

Il decreto legislativo n. 66/2003 all'articolo 8 introduce minimi legali in materia di pause, demandandone la regolamentazione ulteriore alla contrattazione collettiva

Non è mancato qualche magistrato che, ancor prima dell'approvazione della direttiva ha utilizzato tale "nozione di orario" raggiungendo risultati che lasciano perplessi. Va osservato che anche in altri ordinamenti vengono avanzati dubbi in merito all'interpretazione di tale definizione e all'utilizzo di simile strumento¹².

Il termine/concetto di lavoro effettivo ha una altra accezione, attinente non alla durata del lavoro ma alla sua stessa natura, o al grado di intensità di applicazione, contenuta nell'articolo 3 del regio decreto-legge n. 692/1923 in forza della quale intendendosi come appunto lavoro effettivo «ogni lavoro che richieda un'applicazione assidua e continuativa», restano escluse dalle limitazioni «quelle occupazioni che richiedono per la loro natura o nella specialità del caso, un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia».

6.

La durata dell'orario di lavoro

Tale argomento rappresenta la tematica centrale del decreto legislativo.

Si ricorderà che gli scopi della fissazione di limiti alla durata della prestazione lavorativa sono stati individuati nella salvaguardia della integrità psico-fisica del lavoratore e nel consentire al lavoratore di avere una adeguata sfera di attività sociale e familiare e in una certa misura l'incremento dell'occupazione in genere¹³. Su tali fini ritorneremo in seguito, più specificatamente con riguardo alla nuova normativa.

Il primo problema che si pone in proposito riguarda il preciso collocamento giuridico della tematica in oggetto con la necessità di stabilire se quest'ultima attenga alla regolamentazione del rapporto di lavoro (aspetto contrattualistico) o se attenga alla tutela della salute del lavoratore (aspetto concernente i diritti assoluti) o piuttosto a entrambe con conseguente diversità o concorrenza di norme applicative, comprese le disposizioni sulla competenza, sulla loro emanazione e quelle sanzionatorie.

Da una prima lettura anche superficiale appare per questo aspetto la non conformità del decreto legislativo alla direttiva. Il primo si appella, come sopra evidenziato, a una regolamentazione normativa del rapporto di lavoro [vedasi articolo 1, comma 1: «le disposizioni contenute nel presente decreto... sono dirette a regolamentare... i profili di disciplina del rapporto di lavoro connessi all'organizzazione dell'orario di lavoro»] (diritti-doveri tra le parti); la direttiva europea opera invece nella prospettiva della tutela della salute e dell'integrità del lavoratore. del lavoratore [vedasi articolo 1: «1. La presente direttiva stabilisce prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro»]¹⁴.

Altro aspetto complesso è quello dell'esistenza di varie "categorie" di orari di lavoro: orario di lavoro contrattuale (che riteniamo sussistere tuttora in considerazione del fatto che i contratti di lavoro hanno già introdotto orari inferiori alle 40 ore e lo stesso decreto legislativo prevede la possibilità di introduzione da parte della contrattazione collettiva di una durata minore [articolo 3, comma 2]) e orario di lavoro legale, oggi in gran parte e almeno ai fini più importanti, coincidente con l'orario contrattuale; durata dell'orario normale o ordinario e durata dell'orario medio settimanale onnicomprensivo (che può intendersi anche come durata massima ed è comprensivo del lavoro straordinario); orari pluriperiodali [plurisettimanali, previsti dalla contrattazione collettiva - e plurimensili].

Il decreto legislativo delinea due istituti di natura legale.

a) l'orario normale (alias ordinario) settimanale di lavoro (articolo 3, decreto legislativo n. 66/2003)

b) la durata massima (media) settimanale dell'orario di lavoro (articolo 4, decreto legislativo n. 66/2003).

Gli orari praticabili devono collocarsi all'interno dello spazio temporale da essi delineato, all'interno cioè della zona temporale di cui uno spazio rappresenta il margine inferiore (orario normale di lavoro) e l'altro il margine superiore (durata massima dell'orario di lavoro).

Ma giustamente come osservava un attento analista¹⁵ del sistema degli orari, in estrema analisi «con un contratto collettivo nazionale (vigente il Pacchetto Treu e semplicemente con contratto collettivo vigente il nuovo decreto legislativo, n.d.r.) l'orario non è più né giornaliero, né settimanale ma annuale. Bisogna allora distinguere fra quello che si potrebbe definire "il massimo dei massimi", in cui non si può assolutamente lavorare a prescindere dalle maggiorazioni, dai massimi che fanno scattare semplicemente le maggiorazioni» concetto questo che deve estendersi, a nostro avviso anche ai singoli periodi presi in considerazione [quattro mesi, sei mesi, ecc. un anno].

a) Orari giornalieri normali(ordinari) e orari settimanali normali (ordinari)

Caratteristica dell'orario normale è appunto quella della "normalità" di essere, cioè, l'orario proprio dell'utilizzo medio degli impianti a fronte della richiesta normale del mercato e in relazione a un dato organico.

In tale sistema le variabili sono date dagli impianti, dall'organico e dall'orario di lavoro. Si può agire su una delle variabili con conseguenze sulle altre. Si tratta, dunque, di un sistema entro una certa misura dinamico.

Alcuni schemi ci aiuteranno a meglio comprendere la meccanica di funzionamento degli orari.

Orario normale o ordinario (articolo 3, decreto legislativo n. 66/2003):

schema A

| | | | | | | |
|----|----|----|----|----|--------|----------|
| h8 | h8 | h8 | h8 | h8 | Sabato | Domenica |
|----|----|----|----|----|--------|----------|

tale schema rappresenta la distribuzione tipica dell'orario di lavoro normale per operai giornalieri e impiegati in genere.

schema B

| | | | | | | |
|---------------------|------|------|------|------------------|--------|------------------|
| 6/14-14/22- 22-6 | idem | idem | idem | idem (riposò) | riposò | riposò (idem) |
|---------------------|------|------|------|------------------|--------|------------------|

tale schema rappresenta la distribuzione tipica dell'orario del lavoro normale per turnisti

Il quesito che può porsi riguarda il fatto se si possa adottare per singola settimana, invece dello schema tipico sopra delineato, uno schema di distribuzione diverso che, pur rispettando l'orario normale settimanale delle 40 ore, possa superare le 8 ore in singole giornate e possa essere inferiore alle 8 ore in altre giornate.

Per es. schema C (ipotesi di scuola)

| | | | | | | |
|----|---|----|---|---|--|--|
| 10 | 6 | 10 | 6 | 8 | | |
|----|---|----|---|---|--|--|

Tale ipotetico schema di orario, che si distacca dallo schema tipico su visto e pertanto può considerarsi in un certo senso anomalo, potrebbe essere giustificato dalla necessità di eseguire determinati lavori nei reparti di manutenzione e pulizia impianti che richiedano, una volta iniziati, di essere completati ma anche nei Centri meccanografici dove i programmi informatici (contabilità, paghe, produzione..) necessitano spesso di assistenza assidua fino al loro completamento. Questo schema anomalo, riferito a una sola settimana, peraltro, è piuttosto improbabile: non si comprende quale esigenza contingente dovrebbe indurre il datore di lavoro a fissare un orario normale per un periodo così breve, per cui il problema si pone per periodi plurisettemanali o plurimensili e, in qualche modo viene a ricadere nelle ipotesi dei periodi plurimensili o annuali e in tale contesto va affrontato.

b) Orari normali pluriperiodali (plurimensili)16

È demandata alle organizzazioni sindacali, a mezzo di contratti collettivi (sic, senza altra specificazione) la possibilità di «riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno» (articolo 3, comma 2).

Presentiamo le due situazioni ipotizzabili:

schema A (tipico)

| | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|
| 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 | 40 |
|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|

schema B (medio pluriperiodale)

media risultante: 40 ore ordinarie.

| | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|--|--|
| 48 | 32 | 48 | 32 | 48 | 32 | 48 | 32 | 48 | 32 | 48 | 32 | 48 | 32 | 48 | 32 | | |
|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|--|--|

Tali schemi devono trovare giustificazione in ragioni tecniche e organizzative e devono essere concordati con le OO.ss. o quanto meno con la Rsu (il decreto legislativo parla di «contratti collettivi» in genere)

Si pone però il problema della distribuzione dell'orario all'interno delle singole settimane di 48 ore che può comportare due tipi di soluzioni tecniche di cui una è data dalla distribuzione dell'orario di lavoro su sei giorni e l'altra può comportare il superamento delle 8 ore giornaliere, senza corresponsione di maggiorazione per lavoro straordinario.

A prescindere dalla sussistenza o meno nel nuovo regime dell'orario massimo giornaliero, riteniamo che il legislatore abbia introdotto una possibilità di deroga, non unilaterale ma concordata, per l'orario normale settimanale [possibilità che già sussisteva, per casi limitati, nel precedente regime anche se subordinata all'emanazione di appositi provvedimenti amministrativi e o ad accordi sindacali (vedasi articolo 4, regio decreto-legge n. 692/1923 "Ripartizione dell'orario massimo normale su periodi ultra-settimanali") e quindi estesa in genere dalla legge n. 196/1997 e a volte a fronte di benefici connessi a riduzioni di orario], generalizzandola con la nuova normativa a tutti i settori lavorativi (estendendola per esempio anche al settore pubblico, salvo alcune limitate eccezioni). Infatti per aversi come risultato ultimo la durata media settimanale di 40 ore nel periodo considerato (non superiore all'anno) è ovvio che mentre alcune settimane supereranno la media (+ 40 ore), altre resteranno al di sotto (- 40 ore) con la conseguenza, per le prime di collocare le ore in eccesso in alcune giornate lavorative. Secondo alcuni Autori ci troveremmo in quest'ultimo caso nell'ipotesi della c.d. durata normale flessibile o orario normale elastico¹⁷.

Non vediamo altra interpretazione logica per dare un senso alla norma, ed è canone di buona ermeneutica adottare, tra le varie possibili, quella interpretazione che le dia un senso pratico [c.d. argomento apagogico o ab absurdo o ipotesi del legislatore ragionevole]**18**.

La contrattazione collettiva si era peraltro già mossa in tal senso. Limitandoci ad alcuni importanti contratti vediamo che.

- il Contratto dei metalmeccanici prevedeva:

- «la durata massima settimanale del lavoro ordinario viene fissata in quaranta ore»;
- «la ripartizione giornaliera dell'orario di lavoro settimanale contrattuale viene stabilita dalla direzione anche in modo non uniforme, previo esame con la Rappresentanza sindacale aziendale».

- il Contratto dei chimici**19** prevedeva:

- «la durata massima dell'orario è disciplinata dalle norme di legge»;

•

Regimi di orario per i lavoratori giornalieri e per i lavoratori turnisti:

«orari settimanali normalmente realizzati su un arco di norma di 5 giorni,oppure di quattro o sei giorni di durata compresa tra 37 h e 45 m e 40 h medie settimanali»;

«orari settimanali realizzati come media su un arco pluriperiodale di più settimane o più mesi fino a un massimo di 12».

c) Durata massima dell'orario di lavoro.

Il decreto legislativo prevede che «i contratti collettivi di lavoro stabiliscono la durata massima settimanale dell'orario di lavoro».

Per durata massima deve intendersi la durata totale, comprendente orario normale + orario straordinario, della singola settimana.

Secondo la citata circolare di Confindustria «nel definire la durata massima settimanale dell'orario di lavoro si dovrà considerare il risultato cui si arriva - per differenza - scomputando dalle 168 ore settimanali (24 ore x 7 giorni) sia le 24 ore di riposo settimanale, sia le 66 ore di riposo giornaliero (11 ore x 6 giorni) sia un'ora per pause (10 minuti x 6 giorni), che porta a 77 ore settimanali massime lavorabili».

Il decreto legislativo prevede invece che «la durata media dell'orario di lavoro non può in ogni caso superare per ogni periodo di sette giorni, le quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario».

In tal caso l'orario medio è anche orario massimo consentito nelle settimane del periodo.

Storicamente possiamo ricordare che la durata massima dell'orario di lavoro nei vari periodi, nella vigenza delle normative precedenti era stata:

a) nella vigenza del regio decreto-legge n. 692/1923: 48 ore di ordinario + dodici di straordinario = 60 ore complessive

b) nella la vigenza della legge n. 197/1996 (c.d. pacchetto Treu): 40 ore di ordinario + 12 di straordinario = 52 ore complessive

c) con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 66/2003: 48 ore.

d) Orari medi pluriperiodali (plurimensili)

Il comma 3 dell'articolo 4 prevede che «ai fini della disposizione di cui al comma 2, la durata media dell'orario di lavoro deve essere calcolata con riferimento a un periodo non superiore a quattro mesi», con la previsione di allungamento, a mezzo di contratti collettivi, del periodo anche a 6 mesi e fino a dodici mesi.

La norma può rappresentare opportunità eccezionale offerta alle imprese per fare fronte a richieste straordinarie del mercato impiegando in forma più intensa gli impianti [in tali ipotesi possono darsi due strumenti organizzativi all'azienda: a) l'istituzione di turni di lavoro; b) il ricorso al lavoro straordinario per lunghi periodi] o per effettuare manutenzioni straordinarie agli impianti.

Anche in tal caso alcuni schemi potranno aiutarci:

schema A

| | | | | | |
|----|----|----|----|----|----|
| 50 | 46 | 50 | 46 | 50 | 46 |
|----|----|----|----|----|----|

schema B

| | | | | | | | | | | | | | | | |
|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|
| 52 | 52 | 52 | 52 | 44 | 44 | 44 | 44 | 52 | 52 | 52 | 52 | 44 | 44 | 44 | 44 |
|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|

L'applicazione di questi schemi, ci sembra, presenta meno problemi a quella relativa alla "spalmatura" dell'orario normale in periodi plurisettemanali o plurimensili.

L'ipotesi prevede che:

- a) l'orario normale tipico sia di 40 ore distribuite in cinque giorni di 8 ore o come media di una periodizzazione;
- b) la durata massima settimanale è di 48 ore e la periodizzazione determina orari altalenanti il cui risultato definitivo è dato comunque da una media di 48 ore settimanali;
- c) ne deriva l'effettuazione da parte del lavoratore di una media di 8 ore settimanali di lavoro straordinario;
- d) la sommatoria delle ore di lavoro straordinario per singolo lavoratore dovrà esser compatibile con i limiti fissati dal decreto legislativo all'articolo 5.

Nell'ambito della settimana, con durata superiore alla media, vi saranno ovviamente giornate lavorative che superano le 8 ore dandosi luogo, a fronte delle ore in eccesso, alla corresponsione di maggiorazioni o ad accantonamenti là dove previsti (vedi sotto).

Il comma 5 dell'articolo 4 del decreto legislativo prevede l'obbligo di comunicazione, da parte del datore di lavoro, alla Direzione Provinciale - Settore ispezione del lavoro del «superamento delle 48 ore di lavoro settimanale, attraverso prestazioni di lavoro straordinario»**20**.

7.

I meccanismi di compensazione

Tali meccanismi, purché concordati tra datori di lavoro e OO.ss. o Rsu, consentono di superare i limiti in modo tale che le ore effettuate in supero vengano compensate dalle ore effettuate in meno.

Così nel caso sopra visto (articolo 3, decreto legislativo n. 66/2003) dell'orario normale settimanale distribuito non uniformemente entra in gioco il meccanismo della compensazione in modo da salvaguardare, riequilibrandola, l'attività lavorativa.

Nel caso di un numero di ore superiore all'orario "totale" (articolo 4, decreto legislativo n. 66/2003: nella media 48 ore) le stesse dovranno essere remunerate con le maggiorazioni e/o computate nelle c.d. banche delle ore (o nel c.d. conto individuale delle ore), introdotte recentemente nei settori più importanti²¹.

8.

Gli interessi in gioco e i fini della direttiva e del decreto legislativo di attuazione

A questo punto dobbiamo chiederci, al di là delle finalità dichiarate e delle dichiarazioni formali, quali fini siano stati effettivamente raggiunti in conseguenza della normativa introdotta, fini che, considerata la sostanzialmente fedele trasposizione della direttiva, sono comuni tanto alla fonte comunitaria che alla fonte nazionale, e se tali fini corrispondono alle attese dei soggetti interessati (lavoratori dipendenti, lavoratori in genere - disoccupati, c.d. outsiders - e imprese).

Dobbiamo al fine dell'indagine che ci siamo proposti esaminare separatamente l'articolo 3 e l'articolo 4 del decreto legislativo in oggetto..

Abbiamo in precedenza visto che i fattori del sistema sono tre, gli impianti, l'organico, l'orario di lavoro. Si può agire nel sistema su ciascuno di tali fattori, separatamente o congiuntamente. Nel nostro studio ci siamo limitati a prendere in considerazione, appunto, l'orario di lavoro e gli strumenti coi quali si può intervenire su di esso: tali possono essere una riduzione dell'orario, una flessibilizzazione o modulazione o rimodulazione o periodizzazione (in gran parte sinonimi) oppure un incremento dell'orario attraverso il ricorso al lavoro straordinario.

Le fonti in esame realizzano immediatamente alcune finalità e altre eventuali le demandano ad altra fonte di livello inferiore (l'autonomia collettiva, la contrattazione collettiva) e ad un momento successivo.

Esaminiamo qui solo quelle finalità che, a parere nostro, sono state raggiunte per essere insitenel sistema introdotto dalla nuova legislazione.

La norma di cui all'articolo 3 decreto legislativo n. 66/2003, attraverso la flessibilizzazione dell'orario normale raggiunge i seguenti obiettivi: a) evita il ricorso a straordinari e conseguentemente contiene i costi delle imprese e, quindi, anche i guadagni dei lavoratori; b) ottiene una ottimale "saturazione" del lavoratore il cui lavoro effettivo si omogeneizza (invece che una successione di periodi di lavoro intenso,

“più pieno” e periodi di lavoro contenuto, “meno pieno” - con il lavoratore nel primo caso “saturato” nel secondo caso “sottoutilizzato” -, si avranno periodi di lavoro uniforme, periodi che, altrimenti, per avere una stessa “resa” avrebbero richiesto il ricorso al lavoro straordinario); c) salvaguarda la tutela della salute e sicurezza del lavoratore: presumendosi che i livelli di impegno connessi all’orario normale siano tollerabili, compatibili per un lavoratore per così dire standard, medio o “normale”, il fatto di evitare impegni di lavoro straordinario dovrebbe essere considerato come una forma di stabilizzazione delle condizioni di tutela della salute dello stesso lavoratore, in quanto aumentare la saturazione del lavoratore in quella fascia di orario che comporta impegni considerati, come abbiamo visto, accettabili, non dovrebbe incidere in alcun modo sulla salute dello stesso; d) non incide sull’occupazione, che senza riduzione di orari, non riceve alcun incremento con tale modulazione degli orari; e) ove si ci trovi di fronte, poi, a una programmazione pluriperiodale con orari prefissati (vedasi Miscione in nota 4) non turba la programmazione della vita privata e degli impegni sociali del lavoratore.

La norma di cui all’articolo 4, decreto legislativo n. 66/2003 raggiunge i seguenti obiettivi: a) prevedendo limiti massimi, insuperabili di lavoro, sia dal punto di vista dell’orario oggettivo sia dal punto di vista dei limiti soggettivi del singolo lavoratore, senz’altro limita l’effettuazione di ulteriore lavoro straordinario e conseguentemente tutela la salute dei lavoratori; b) contiene i costi dell’impresa, pur permettendo di far fronte a impegni aziendali straordinari e intensi, cogliendo le opportunità del mercato, sia in assoluto [restando sulle 48 ore] che, in particolare, attraverso le periodizzazioni e, prevedendo una quota “dosata” di straordinario per il lavoratore, che non dovrebbe discostarsi dalla situazione attualmente accettata, non incide negativamente sui guadagni del lavoratore; c) anche in tal caso, essendo abbastanza elevati i massimi di orario, seppur diminuiti rispetto alla situazione tabellare precedente, ma forse non rispetto alla realtà già in atto, non dà impulso all’occupazione.

Note

1. Sul valore dei titoli rimandiamo a G. TARELLO, L’interpretazione della legge, Milano, 1980, 104: «In sede di dottrina delle fonti, al presente riguardo negli studi costituzionalistici italiani ha trovato generale accoglimento una distinzione - originariamente proposta dal Crisafulli - tra quei titoli e designazioni che sono esterni al documento della legge e non ne fanno parte... tanto da non rientrare nell’istituto

costituzionale “legge”, da un lato, e i titoli e le partizioni interne alla legge e le rubriche degli articoli dall’altro lato: i titoli delle partizioni interne e le rubriche, infatti, nelle organizzazioni giuridiche moderne e in particolare nella nostra, provengono dallo stesso organo costituzionale cui è demandata la formazione della legge». Ciò posto da parte nostra riteniamo che trattandosi di legge delegata l’intitolazione del decreto debba considerarsi attribuibile al governo e quindi da considerarsi come intitolazione interna al provvedimento medesimo.

2. Vedasi anche la posizione di R. FRANCI, L’orario di lavoro e le modalità della prestazione. La nuova disciplina del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, in Lavoro e previdenza oggi, 5, 2003 775, che così considera «Ora, mentre per le norme espressamente richiamate non sussiste difficoltà di individuazione, resta più arduo determinare quali disposizioni siano rimaste in vigore, in quanto, pur concernenti l’orario di lavoro, in tutte le sue possibili accezioni (durata, collocazione temporale, status dei soggetti), esulino dalla materia trattata dal decreto legislativo».

3. Come noto il regio decreto-legge n. 692/1923 all’articolo 1 “Orario massimo normale di lavoro” prevedeva un limite orario giornaliero, che non poteva eccedere le 8 ore al giorno, e un limite massimo di orario settimanale che era di 48 ore alla settimana di lavoro effettivo [sui quali limiti ancora si discute se concorrenti o alternativi]; l’articolo 4 “Ripartizione dell’orario massimo normale su periodi ultrasettimanali” del predetto regio decreto-legge n. 692/1923 prevedeva che la durata del

lavoro sia giornaliero che settimanale poteva essere superata purché la durata media del lavoro, entro determinati periodi, non eccedesse i limiti stabiliti con, allora, regi decreti oppure con accordi stipulati tra le parti interessate. Sulla vigenza di tale norma vedasi P. ICHINO, L’orario di lavoro e i riposi, in Il Codice Civile-Commentario, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, 24, che conclude che «la norma... può essere salvata nella parte in cui consente... la deroga contrattata in sede sindacale. Per la parte restante... deve invece considerarsi... implicitamente abrogata ad opera dell’articolo 2107 c.c.». Sulla situazione preesistente all’emanazione del decreto legislativo di recepimento della direttiva si può vedere in generale l’ampio saggio di M. MISCIONE, La rivoluzione prospettata dell’orario di lavoro, in Dir. prat. lav., 34, 1998, (inserto).

Vedasi anche il saggio di M. MEUCCI, Sui limiti legislativi alla durata della prestazione di lavoro, nota a Cassazione 20 aprile 1983, n. 2729, sentenza che rappresentò il revirement rispetto all’indirizzo consolidato precedente, in Mass. giurispr. lav., 1984, 35, che così si esprime sul limite giornaliero: «ma, per la verità, la necessità di far emergere un valore medio giornaliero era insopprimibile, poiché esso aveva lo scopo evidente di non facultizzare articolazioni di orario giornaliero irrazionali o ad libitum, additando alle aziende un modello legislativo di normale distribuzione della prestazione giornaliera nell’arco settimanale, dal quale era pur sempre possibile discostarsi per meritevoli interessi organizzativo-produttivi o per esigenze eccedenti la norma e l’ordinarietà ma non per mero capriccio o assolutissima libertà».

Vedi L. GALANTINO, Diritto del lavoro, 268 Torino 1998: «La legge 196 del 1997 non fissa invece la

durata massima del lavoro giornaliero, ma la netta formulazione dell'articolo 13 - unitamente alla necessità sistematica di garantire la massima flessibilità agli interventi della contrattazione collettiva nella gestione dell'orario - depone nel senso dell'abrogazione di qualsivoglia limite orario quotidiano. D'altro canto, a tale esito - secondo alcuni peraltro già desumibile dalla equivoca lettera del regio decreto-legge n. 692 del 1923 - è giocoforza pervenire nel momento in cui si ammette chiaramente che la contrattazione possa stabilire su base multiperiodale il superamento delle quaranta ore settimanali e, quindi, della soglia delle otto ore giornaliere». Di diverso avviso ci pare M. GRANDI, G. PERA, Commentario breve alle leggi sul lavoro, Padova, 2001, 466: «Della legge del '23 rimane ancora in vigore, tra le altre cose, il limite giornaliero delle otto ore, con conseguente, perdurante attualità del quesito se i due limiti - settimanale e giornaliero, appunto - siano concorrenti oppure alternativi, tenendo conto che quest'ultima eventualità, in pratica, consentirebbe al datore di lavoro di far lavorare i dipendenti per più di otto ore al giorno senza che si configuri straordinario, purché nell'arco della settimana, si mantenga entro le quaranta ore» e segue indicazione di giurisprudenza e dottrina nei due sensi. Vedasi pure M. MISCIONE, op. cit., pagina IX che così si pronuncia, con riguardo al periodo successivo all'entrata in vigore della legge Treu. «È

rimasto in vigore anche il limite giornaliero di 8 ore, ma nel suo vecchio valore effimero, nonostante un orientamento per niente consolidato, alternativo e non cumulativo con l'orario settimanale. Qui però vale sempre la critica che con la soluzione alternativa di fatto non vi è limite giornaliero, in violazione del comma 2 dell'articolo 36 Costituzione, dal quale discende la necessità di fissare con legge un limite massimo giornaliero inderogabile: e dunque, fra due interpretazioni astrattamente possibili, va scelta quella non contraria alla Costituzione». Analoga considerazione svolgono U. CARABELLI, V. LECCESE, in Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia, Rapporto sull'Italia presentato al Séminaire de recherche européen: Leçons d'une réduction de la durée du travail, Bordeaux 5-6 dicembre 2002, in www.unicz.it/lavoro/DOSSIER08.htm, i quali così argomentano: «il valore pregnante di questa norma (articolo 36 Costituzione, n.d.r.) può essere colto tenendo presente la sua incidenza determinante anche sul piano interpretativo: nel caso di più interpretazioni possibili del dato legislativo, occorre preferire quella che risulta attuativa del, o comunque aderente al, dettato costituzionale. Più esplicitamente si può dire che, di fronte ad una interpretazione intesa a negare che la legge abbia provveduto a definire un siffatto limite massimo assoluto - e che pertanto, di fronte all'inadempimento del legislatore, affida all'interprete, e in primo luogo alla magistratura, il compito di provvedere alla determinazione di esso, sulla base di una valutazione equitativa, da effettuarsi inevitabilmente "caso per caso" e ad un'altra che invece, attraverso uno sforzo interpretativo del dato normativo, riesca a rinvenire questo limite, occorre a fortiori preferire la seconda» e concludono: «ebbene, in assenza di un'esplicita abrogazione dell'articolo 1, regio decreto-legge n. 692/1923 da parte dell'articolo 13, legge n. 196/1997, l'interpretazione più coerente - ed in effetti più condivisa in dottrina, e già sostenuta dalla Corte di Cassazione 5 - è quella secondo cui l'articolo 13 ha semplicemente ridotto la durata normale settimanale dell'orario di lavoro da 48 a 40 ore, lasciando inalterato il limite concorrente delle 8 ore giornaliere». Sulla questione richiamiamo anche LAI, Le implicazioni derivanti dall'abbassamento dell'orario di lavoro legale a quaranta ore settimanali, in *Dir. prat. lav.*, 38, 1997, che si pronuncia nettamente sulla sussistenza e necessità di un limite giornaliero anche dopo la legge n. 196/1997

4. Vedasi P. ICHINO, Il contratto di lavoro, in "Trattato di diritto civile e commerciale a cura di P. Schlesinger, Milano, 2003, vol II, 355: «la direttiva si astiene dal porre vincoli in materia di "orario normale", come entità distinta dallo "straordinario", limitandosi a stabilire una durata settimanale complessiva massima della prestazione lavorativa, pari a 48 ore, e una durata minima dei riposi giornalieri, settimanali e annuali: solo questi aspetti del tempo di lavoro sono infatti ritenuti suscettibili di assumere rilievo per la tutela della salute e sicurezza del lavoratore; la disciplina dell'"orario normale" come entità distinta dallo "straordinario" non presenta rilievo a questi fini, bensì soltanto ai fini dell'organizzazione aziendale e della migliore fruibilità del tempo libero da parte dei lavoratori: donde l'astensione su questa materia dell'ordinamento comunitario». Da tale ragionamento si dovrebbe dedurre che il fatto che il legislatore comunitario taccia su limiti giornalieri non significa che non debbano sussistere, ma solo, forse, che la fonte non è questa e la stessa materia non è quella ivi contenuta. Ricordiamo anche che il preambolo della Costituzione dell'OIL (Organizzazione internazionale del lavoro), istituita nel 1919, prevedeva «la regolamentazione dell'orario di lavoro, comprendendo la fissazione di un maximum del lavoro giornaliero e settimanale».

5. A proposito dell'applicazione della legge n. 196/1997, M. MISCIONE, in op. cit., XV, scriveva [il che conferma secondo noi l'utilità della fissazione di un limite massimo di orario giornaliero] che: «può prospettarsi... una ripartizione [ultrasettimanale] [non in prevenzione ma] solo a "consuntivo", lasciando al datore di lavoro la libertà di stabilire di volta in volta l'orario, purché alla fine dell'anno [o del periodo, ndr.] non vengano superate le soglie... indicate.» e conclude: «ci si deve augurare che comunque la contrattazione collettiva precisi se la ripartizione multiperiodale è già programmata in partenza in modo rigido, semi-rigido o solamente "a consuntivo" finale, con certezza però solo nei primi casi».

6. Vedasi TESAURO, Diritto comunitario, Padova, 2001, Diritto comunitario e diritto interno, 135 segg.

7. Vedasi l'analisi di Tiraboschi su Il difficile percorso di trasposizione della direttiva, in M. TIRABOSCHI, A. RUSSO, Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/CE, in Guida al lavoro, 17, 2003, sul punto specifico pagina 11 segg.

Vedasi pure M. MISCIONE, op. cit., V, «La direttiva UE n. 93/104 prevede la possibilità di una sua attuazione attraverso la “applicazione consensuale delle parti sociali” (articolo 18, comma 1), ma questa possibilità è dubbia per il sistema italiano, privo di contratti collettivi con efficacia generale».

8. Vedasi A. ALLAMPRESE, La nozione europea di orario di lavoro e il suo recepimento in Francia; spunti di riflessione per il legislatore italiano, in Lav. giurisp. (II), 12, 2001, 1122 che considera (pagina 1133): «sempre più diffusa è la percezione che il tempo di lavoro non corrisponde più al tempo della produzione, nella misura in cui esso comprende: “il tempo della comunicazione sociale”, decisivo per dare senso al lavoro; “il tempo dello studio e dell'innovazione”, cioè il tempo della riunione e dello scambio ma anche dello studio personale; “il tempo dell'apprendimento”, della formazione professionale, tempo di acquisizione e di trasmissione dei saperi. Questi tempi influiscono sul “tempo di realizzazione del lavoro produttivo”».

9. Vedasi Russo in M. TIRABOSCHI, A. RUSSO, in op. cit., 15.

10. Sul valore delle definizioni si può vedere sempre G. TARELLO, op. cit., in particolare, pagina 157 segg., sul problema della vincolatività giuridica o meno delle definizioni. Nel caso ci pare che la definizione rientri nella tipologia delle «definizioni per enunciazione delle caratteristiche necessarie», pagina 211 segg. che è «quella che indica le caratteristiche necessarie del definiendum. Affinché l'enunciato legislativo sia definitorio... occorre che ponga tutte le caratteristiche necessarie: in caso diverso non si tratta di un enunciato che consente di discriminare - ai sensi di legge - il termine definito... ma solo di un enunciato che fissa caratteristiche-necessarie o eventuali di un termine disciplinandolo

senza definirlo... Talvolta le caratteristiche necessarie sono individuate in una serie chiusa, di cui basta la presenza di un numero stabilito».

Sulla interpretazione della definizione vedasi A. ALLAMPRESE, op. cit., 1123: «il legislatore comunitario fornisce una definizione di “orario di lavoro” di non chiara lettura». Vedi pure R. FRANCI, L’orario di lavoro e le modalità della prestazione. La nuova disciplina del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, op. cit., 5, 2003, 775, che così si esprime: «La definizione di orario di lavoro contenuta nel decreto legislativo, ripresa testualmente dalla direttiva 93/104, si compone, peraltro, di taluni elementi che non è troppo semplice amalgamare; non tanto perché risultino in contraddizione tra di loro, quanto perché riesce difficile attribuire a ciascuno un preciso significato, rispetto a quello desumibile dagli altri, sì da pervenire ad un concetto omogeneo».

Come noto la Corte di Giustizia con la Sentenza del 3 ottobre 2000, C.303/98, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) v Con selleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana avrebbe optato per l’alternatività o non cumulabilità dei tre enunciati.

11. Il criterio della timbratura è un criterio pratico che risolverebbe tutti i problemi, mentre gli “studiosi” vogliono a tutti i costi costruire teorie astratte laddove basterebbe guardare come gli stessi vengono risolti nella realtà e in tal modo finiscono col fare come la leggenda diceva che facesse Talete di Mileto - famoso filosofo e matematico greco, fondatore della scuola jonica - che, preso dal sacro furore di conoscere camminava guardando sempre in su, al cielo, non guardando invece mai a terra, così da finire col cadere nel vuoto, leggenda autorevolmente confermata: vedasi ABBAGNANO, Storia della filosofia, Torino, 1958, vol. I, 14, secondo il quale «la sua fama di savio continuamente assorto nella speculazione è testimoniata dall’aneddoto riferito da Platone (Teet. 174 e), che osservando il cielo cadde in un pozzo, suscitando il riso di una servetta trace.».

12. Vedasi S. FIGURATI, Brevi osservazioni in tema di tempo di lavoro effettivo, in Mass. giurisp. lav., 8/9, 1999, 931, nota a Sentenza del Tribunale di Torino del 14 luglio 1999. Il Tribunale aveva introdotto alcuni principi generali per cui «1. l’orario di lavoro va fatto decorrere... salvo diverse disposizioni contrattuali o prassi interpretative più favorevoli al prestatore... dal momento in cui il lavoratore si trova

sul proprio posto di lavoro e inizia l'attività richiestagli. 2. possono essere ricompresi nell'orario di lavoro intervalli temporali antecedenti a tale momento solo ove sia ovunque riscontrabile una situazione di messa a disposizione del prestatore a beneficio dell'imprenditore e cioè ci si trovi in presenza di tempo eterodiretto e oggetto di controllo da parte del datore». Tale sentenza si poneva in contrasto con un orientamento della Cassazione, sentenza del 14 aprile 1998, n. 3763, in Riv. giur. lav., 1999, 169 che si era pronunciata nel senso che «il lavoratore, entrando nello stabilimento, si sottopone al potere direttivo dell'imprenditore» e che «avendone l'imprenditore prescritto l'uso, il camice è strumento indispensabile per prestare il lavoro, per cui appare evidente che il tempo per indossarlo rientra a buon diritto nell'orario di lavoro, essendo anche manifestazione di soggezione a quel potere». A fronte di tali interpretazioni apparentemente in contrasto, il notista approda ad una soluzione ancora diversa per cui «il discrimine tra il lavoro effettivo ed attività preparatorie va individuato nella sottoposizione al potere direttivo dell'imprenditore, sottoposizione che per lo più inizia con l'attività lavorativa vera e propria». In questo caso è importante osservare che il Tribunale per giungere alla sua conclusione ha utilizzato i criteri indicati dalla direttiva comunitaria, all'epoca non ancora recepita: «la disposizione da ultimo richiamata [articolo 2. punto 1, della Direttiva CEE 23 novembre 1993, n. 93/104, che contiene la definizione di orario di lavoro] va in particolare considerata quale utile e doveroso parametro interpretativo del diritto interno, vincolante l'autorità giurisdizionale nazionale, ai sensi degli articoli 5 e 189, comma 3, del Trattato istitutivo della Comunità Europea».

Per le difficoltà incontrate in un ordinamento straniero rimandiamo a: HOLLAND, BURNETT, *Employment Law*, Oxford University Press 2002, 45: «"Working time" is defined so as to include expressly most kinds of work experience, but more generally as time which meets the following three tests: (a) the worker is working; (b) the worker is at the employer's disposal; and (c) the worker is carrying out his activity or duties. There is some scope for speculation here. We had assumed a classical British approach to the interpretation of a statute that all three elements of the definition must be satisfied for time to count as working time. Thus time while the worker is on standby would generally, not count, as (a) and (c) are not satisfied, even if (b) is satisfied. The ECJ, construing the wording of the Directive in *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana* (Case C-303/98) [2001] ICR 1116, took a more purposive approach. Working time and rest periods, are mutually exclusive within the scheme of the Directive, the objective of which is to grant workers minimum periods of rest. Thus doctors on call are at work if required to be present and available at the workplace, but not if they are merely required to be contactable at all times but not necessarily at the health centre» e anche: «Application of the same principle to the other main area of doubt, time when the worker is travelling on the employer's business, might suggest

that the critical question will be whether the mode of travel allows the worker to rest or not. There is obviously much opportunity for argument, e.g., about the difficulty of sleeping given the restricted leg-room provided by airline economy class! The three elements of the definition may still need to be applied with some care in each case», di cui abbiamo pubblicato la traduzione integrale circa la trasposizione delle direttive sull'orario di lavoro in *Lavoro e previdenza oggi*, 5, 2003. Ne riportiamo per comodità il punto specifico: «L'orario di lavoro (working time) è definito in modo da comprendere espressamente

molti generi di attività lavorativa, ma più in generale come tempo che risponde alle tre seguenti condizioni:

a) il lavoratore presta effettivo lavoro (sta lavorando); b) il lavoratore è a disposizione del datore di lavoro; c) il lavoratore esegue la sua attività e adempie ai suoi doveri.

C'è di che discutere su queste definizioni. Noi abbiamo attinto dal classico approccio inglese di interpretazione della legge per cui tutti e tre gli elementi della definizione devono essere soddisfatti perché il tempo conti (possa imputarsi) come orario di lavoro. Così il tempo in cui il lavoratore è in standby (in attesa) generalmente non conterebbe poiché (a) e (c) non sono soddisfatte, anche se (b) è soddisfatta. La ECJ analizzando il linguaggio della Direttiva in *Sindacato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) v Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana* (Case C-303/98) [2001] ICR 1116, seguì un approccio più attento alle finalità della norma. Il tempo di lavoro e i periodi di riposo si escludono reciprocamente all'interno dello schema della Direttiva, il cui obiettivo è di accordare ai lavoratori periodi minimi di riposo. Così i dottori a disposizione (on call) sono al lavoro se si richiede loro di essere presenti e disponibili sul posto di lavoro, ma non se si richiede loro semplicemente di essere raggiungibili per tutto il giorno ma non necessariamente di trovarsi al Centro sanitario.

L'applicazione dello stesso principio ad altra importante situazione di dubbio, il tempo impiegato dal lavoratore nel viaggiare per incarico del datore di lavoro (in trasferta), potrebbe suggerire che il punto critico è se le modalità del viaggio permettono al lavoratore di riposarsi o meno. Ci sono ovviamente una gran quantità di possibilità di discussione, ad esempio, circa le difficoltà di dormire dato il limitato spazio per le gambe messo a disposizione nella classe economica della compagnia aerea! I tre elementi della definizione richiedono di essere applicati attentamente in ciascun caso».

Sulle difficoltà e i problemi incontrati in Francia si può vedere sempre A. ALLAMPRESE, op. cit., 1125, paragrafo La riforma Aubry e la nozione di orario di lavoro effettivo.

13. Vedasi M.VICECONTE, *Orario di lavoro e occupazione, quali nessi? In particolare la riduzione di orario produce occupazione?*, in *Lavoro e previdenza*, 1998, 1, 10.

14. Vedasi P. ICHINO, Il tempo di lavoro nell'Unione Europea, in Riv. it. dir. lav., 1998, parte I, 153 segg., punto 1.1: «La direttiva limita innanzitutto, significativamente il proprio contenuto vincolistico - cioè le disposizioni inderogabili in materia di estensione temporale massima e in materia di collocazione della prestazione lavorativa nell'arco delle diverse unità di tempo-a quanto ritenuto necessario per la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori, indicando soprattutto nella contrattazione collettiva (articoli 2, 4, 6, 8, 16, 17) lo strumento attraverso il quale devono essere perseguite le altre possibili finalità della disciplina degli orari, quali la redistribuzione dell'occupazione e l'aumento del tempo libero a disposizione dei lavoratori».

15. Vedasi M. MISCIONE, op. cit., XIV

16. Sull'introduzione degli orari ultrasettimanali vedasi M. MISCIONE, op. cit., punto 9, XIII, soprattutto a fronte di benefici finalizzati alla riduzione e al contenimento degli orari di lavoro. Per comodità riportiamo i testi delle singole normative. Vedasi articolo 7, comma 1, lettera b), del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299 (convertito con modifiche dalla legge 19 luglio 1994, n. 451), che prevede «una riduzione, a beneficio delle imprese... dell'aliquota contributiva prevista per il trattamento di integrazione salariale... nonché una integrazione al trattamento retributivo dei lavoratori nelle imprese in cui vengano stipulati i contratti collettivi di cui all'articolo 2 del decreto, legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, che altresì determinino la durata dell'orario settimanale come media di un periodo plurisettimanale non inferiore a quattro

mesi.».E articolo 2, comma 18 della legge n. 549/1995 che prevede: «ai fini dell'applicazione del comma 19, si considera lavoro straordinario per tutti i lavoratori... quello che eccede la media di quaranta ore settimanali nel caso di regime di orario plurisettimanale previsto dai contratti collettivi nazionali ovvero, in applicazione di questi ultimi, dai contratti collettivi di livello inferiore. In tal caso, tuttavia, il periodo di riferimento non può essere superiore a dodici mesi». Ma soprattutto la legge n. 196/1997 che prevede che «I contratti collettivi nazionali possono stabilire una durata minore e riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno».

17. Vedasi P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 2003, 379, «diversa dalla fattispecie della durata normale elastica è quella dell'orario normale elastico, intendendosi per tale l'orario normale definito in termini di estensione temporale media della prestazione lavorativa nell'arco di un periodo determinato: così, ad esempio, alcuni contratti collettivi oggi consentono che l'orario normale subisca delle variazioni, entro il limite massimo di 48 ore settimanali ed il limite minimo di 32, ferma restando la necessità che l'orario medio nell'arco dell'anno non superi il limite di 40».

18. Sull'argomento ab "absurdo o del legislatore ragionevole", vedasi G. TARELLO, *op. cit.*, 369: «è l'argomento per cui si deve escludere quell'interpretazione di un enunciato normativo che dia luogo ad una norma "assurda"».

19. Per una disamina dell'orario di lavoro nel settore dei chimici, i cui contratti rappresentano senz'altro l'aspetto più evoluto della flessibilizzazione e periodizzazione dell'orario di lavoro, vedi il saggio di A. ALLAMPRESE, *CCNL Chimici: annualizzazione dell'orario di lavoro, flessibilità pluriperiodale e conto ore*, in *Lav. giurisp.* (II), 3, 1999.

20. Sulla interpretazione di tale norma e sulla differenza con la previgente normativa si veda la circolare del Ministero del lavoro n. 27/03 del 30 luglio 2003 (in questa stessa Rivista a pagina 1204). Tale ipotesi peraltro va attentamente individuata, ai fini dell'insorgenza sia dell'obbligo del pagamento delle maggiorazioni per lavoro straordinario sia dell'obbligo della comunicazione. Di talché il superamento delle 48 ore nell'eventualità di una pluriperiodizzazione dell'orario normale non comporta alcun obbligo né di pagamento né di comunicazione, mentre derivano gli obblighi suddetti nel caso di superamento, per così dire "secco" delle 48 ore [cioè il superamento delle 48 ore nel caso di distribuzione normale dell'orario di lavoro: ad es., 8h, 8h, 8h, 8h, 8h + 4h di straordinario in un giorno e 5h di straordinario in altro giorno] o, con riferimento a ciascuna singola settimana in cui si verifica il superamento delle 48 ore, nel caso di pluriperiodizzazione dell'orario massimo, pur rimanendosi all'interno delle 48 ore medie settimanali

ovvero, nello stesso caso, con riferimento all'intero periodo nel quale a consuntivo risultino superate le 48 ore settimanali medie, come sembrerebbe optare l'interpretazione ministeriale.

21. Dal Contratto nazionale dei chimici: «Conto ore individuale. Le parti, riconoscendo l'opportunità che i lavoratori, siano messi in condizione di utilizzare in tutto o in parte i recuperi maturati a fronte di prestazioni eccedenti l'orario di riferimento, convengono di istituire il "conto ore"».

Dal Contratto di lavoro dei metalmeccanici (Stralcio del Protocollo d'intesa 8 giugno 1999 per il rinnovo del CCNL 5 luglio 1994 per l'industria metalmeccanica privata e della installazione di impianti): «Banca ore. Le parti convengono di istituire, a decorrere dal 1° gennaio 2000, la Banca ore per tutti i lavoratori e per tutte le ore di straordinario prestate oltre le 80 ore annue per le imprese fino a 200 dipendenti e oltre le 32 ore annue per tutte le altre, a secondo delle volontà espresse».

<https://www.diritto.it/la-nuova-organizzazione-dell-orario-di-lavoro/>