

CAPITOLO 2

DISCIPLINA DELL'ORARIO NORMALE E MASSIMO DI LAVORO (D.LGS. N. 66 DEL 2003 ARTT. 3, 4, 5 E 6)

GUIDA: 10. L'orario normale di lavoro e la durata massima della prestazione lavorativa – 11. La scomparsa della tutela della dimensione giornaliera – 12. Arretramento delle tutele e rispetto della clausola europea di non regresso – 13. Il lavoro straordinario: dalla dimensione giornaliera a quella settimanale – 14. *Segue*: le ipotesi nelle quali è ammessa la prestazione straordinaria – 15. *Segue*: il trattamento retributivo del lavoro straordinario – 16. Il metodo di calcolo della media oraria – 17. La detassazione del lavoro straordinario – 18. Deroche – 19. Stress lavoro correlato e “superlavoro” – 20. Sanzioni.

10. L'orario normale di lavoro e la durata massima della prestazione lavorativa

Il legislatore del 2003 ha inteso riformulare *ab imis* le nozioni, divenute familiari ad intere generazioni di interpreti, grazie alla lunga pratica con il r.d.l. n. 692 del 1923 e con le disposizioni del codice civile che a quelle implicitamente rinviavano (art. 2107 e 2108). In particolare, quattro erano le nozioni che venivano in rilievo:

- 1) la «durata massima normale» giornaliera (o «orario normale», secondo la terminologia dell'art. 2108 c.c.), che indicava la soglia, al superamento della quale si aveva diritto al pagamento di un supplemento per lavoro straordinario (non poteva essere superiore a otto ore, per disposizione di cui all'art. 1 r.d.l. n. 692, cit., abr.);
- 2) la «durata massima giornaliera», che indicava la durata della prestazione, insuscettibile di essere superata, se non per eventi imprevedibili ed eccezionali (art. 7 r.d.l. n. 692, cit., abr.): essa si considerava pari a dieci ore, sulla scorta del combinato disposto degli art. 1 e 5 r.d.l. n. 692, cit. (= otto ore di lavoro normale più due di straordinario);
- 3) la «durata massima normale» settimanale, che indicava la soglia al superamento della quale si aveva diritto al pagamento di un supplemento per lavoro straordinario (determinata dalla contrattazione collettiva, era contenuta prima nel limite massimo di quarantotto ore e poi, con la l. 24 giugno 1997, n. 196, di quaranta ore settimanali);
- 4) la «durata massima settimanale», che indicava il limite invalicabile di durata della settimana lavorativa e che era pari, originariamente, a sessan-

ta ore settimanali e, successivamente alla promulgazione dell'art. 13 l. n. 196, cit., era stata ridotta, secondo una opinione diffusa¹, a cinquantadue ore (salva una eventuale ulteriore riduzione ad opera della contrattazione collettiva)².

Le sole nozioni previste ora nel testo della riforma del 2003 sono, invece, quelle di «orario normale di lavoro», e di «durata massima» della prestazione: il primo è definito attraverso un valore medio di quaranta ore riferito alla settimana (art. 3 d. lg. n. 66, cit.), suscettibile di essere ridotto dalla contrattazione collettiva (ma solo con efficacia limitata «ai fini contrattuali») e di essere riferito all'anno (art. 3 comma 2); la seconda è definita dai contratti collettivi (art. 4 comma 1) sino ad un valore medio settimanale massimo, fissato dal legislatore in 48 ore, comprensive dello straordinario, con riferimento ad un periodo di durata non inferiore al quadrimestre (art. 4 commi 2 e 3): tale periodo di riferimento può essere elevato attraverso pattuizioni collettive sino a sei mesi ed anche sino ad un anno, «in presenza di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate dagli stessi contratti di lavoro» (art. 4 comma 4).

Le due nozioni ora richiamate pongono non pochi interrogativi.

In primo luogo, si deve segnalare il fatto che, essendo ora riferite le nozioni di lavoro normale e di durata massima ad un arco solo settimanale, e non più giornaliero, sembra essere scomparsa la nozione di «durata massima della giornata lavorativa», con conseguente violazione della riserva di legge di cui all'art. 36 comma 2 cost., che impone al legislatore ordinario di fissare un limite imperativo.

In secondo luogo, ci si deve interrogare sulla possibile violazione della disposizione della direttiva comunitaria che impone agli Stati membri di non prendere pretesto dalla trasposizione della direttiva per ridurre le garanzie dei lavoratori (art. 23 direttiva n. 2003/88/CE, cosiddetta clausola di «non regresso», già richiamata *supra*, par. 3). La previsione di limiti settimanali medi, infatti, determina la possibilità per il datore di poter imporre al lavoratore una prestazione giornaliera quasi senza limiti ed un'attività settimanale che può ascendere sino a settantasette ore di lavoro (v. meglio *infra*, par. seg.), di modo che appare difficile sostenere che la disciplina non configuri un arretramento dei livelli di tutela dei prima esistenti.

¹ Per una ricostruzione dei diversi concetti v. BAVARO, in *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria* (d.leg. 8 aprile 2003, n. 66). *Commentario*, cit., sub art. 3, 1290 ss.; nonché SANDULLI e MARINELLI V.M., *Orario di lavoro: III) Riforma*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento 2003, 8 ss.

² L'orario, secondo la disciplina vigente nel periodo immediatamente precedente la riforma del 2003, non poteva comunque superare le sessanta ore in caso di flessibilizzazione disposta dalla contrattazione collettiva, ai sensi della l. n. 196, cit., in conseguenza dell'applicazione dei limiti giornalieri, comunque vigenti: per tutti, v. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, Milano, 2003, 380.

11. La scomparsa della tutela della dimensione giornaliera

L'intento del legislatore europeo risiedeva essenzialmente nella flessibilizzazione della durata annua della prestazione, assicurando così, al lavoratore, continuità di reddito e, all'impresa, la possibilità di dare forma variabile alla sua capacità operativa lungo il corso di un periodo tendenzialmente annuo.

In questa prospettiva, dunque, se è vero che la nozione costituzionale di durata «normale giornaliera» dell'orario di lavoro viene a perdere la sua capacità di tutela a fronte della destandardizzazione del ciclo produttivo, le esigenze di protezione del lavoratore devono ora indirizzarsi verso altri obiettivi, così da assicurare comunque, nell'arco temporale delle ventiquattro ore giornaliere, un corretto alternarsi di riposo e lavoro. Non si tratterà quindi di individuare una nuova durata giornaliera *standard*, più alta o più bassa della precedente, ma piuttosto una soglia invalicabile, sicuramente più elevata rispetto alle otto ore del passato, al di là della quale tuttavia non possa normalmente richiedersi al lavoratore di prestare la sua attività.

In questo senso, la direttiva, con ambigua disposizione, ripresa alla lettera dall'art. 7 del d. lg. n. 66 del 2003, stabilisce che il lavoratore «ha diritto a undici ore di riposo consecutivo ogni ventiquattro ore». Il significato di questa previsione non è chiaro: secondo alcuni essa viene a collocarsi nell'area un tempo occupata dalla previsione relativa alla durata normale e straordinaria, così legittimando una prestazione che ascenda sin quasi alle tredici ore giornaliere; secondo altri, essa non si propone affatto di sostituire i precedenti limiti, ma intende semplicemente stabilire una nuova garanzia per il lavoratore, assicurando che fra una prestazione giornaliera e quella successiva intercorra almeno un intervallo di undici ore³.

Nella scarsa giurisprudenza che si è pronunziata in relazione al nuovo testo di legge, quest'ultimo orientamento sembra aver fatto breccia, tanto che si è asserito il permanere in vita delle disposizioni del r.d.l. n. 692 del 1923, relative alla durata dell'orario giornaliero normale e straordinario, in quanto non incompatibili con le disposizioni sopravvenute⁴. Un tale orientamento, tuttavia, non appare in alcun modo accettabile, a mente del disposto dell'art. 19 d. lg. n. 66, cit., che, come si è prima richiamato, dispone per l'abrogazione

³ Per l'abrogazione implicita del limite giornaliero, v. TIRABOSCHI, *Definizioni*, in *Il lavoro a tempo parziale* a cura di BIAGI, Milano, 2000, 37. Sul punto riassuntivamente v. MAIO, *Abrogazione o vigenza del limite legale di durata massima della giornata lavorativa*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 132, le cui conclusioni, tuttavia, sono inficiate da una particolare interpretazione (*ivi*, 141-143) della norma abrogatrice di cui all'art. 19 d. lg. n. 66, cit.

⁴ Trib. Pisa 13 febbraio 2001, in *RIDL*, 2002, II, 77 ss., con nota di RIPEPE, *Che fine ha fatto il limite di orario giornaliero di lavoro?* In Francia, al contrario, si è conservata la previsione relativa al limite giornaliero massimo (pari a dieci ore: art. L 3121-34 cod. trav.) e settimanale (pari a 48 ore: art. L 3121-35 cod. trav.).

di tutte le norme della materia, e non solo di quelle incompatibili con i precetti sopraggiunti.

La seconda tesi coglie tuttavia nel segno quando fa notare che fra i due precetti, l'antico e il nuovo, non vi sia perfetta coincidenza, ben potendosi ipotizzare una prestazione prolungata sino alla soglia delle ventiquattro ore, purché la successiva giornata lavorativa non abbia inizio se non dopo un intervallo di undici ore. Ed invero, questa seconda interpretazione intende fare leva sulla differenza di significato dei due limiti per trarre da essa la conclusione dell'illegittimità costituzionale della norma più recente, così da mantenere in vita, attraverso una pronuncia meramente interpretativa del giudice ordinario, il limite precedente, a correzione del disposto di cui all'art. 19 d. lg. n. 66, cit.⁵.

Vero è però che, a fronte di un ciclo produttivo organizzato su base settimanale, la norma che impone un riposo di undici ore ogni ventiquattro finisce per proporre un tetto massimo di tredici ore giornaliere in tutti i momenti di massimo impegno lavorativo. A fronte di tale conclusione — che priva di fatto di ogni significato la riserva di legge costituzionale, senza che quest'ultima possa dirsi formalmente violata — ci si deve interrogare allora sulle finalità perseguite dal legislatore costituente nel dettare la norma di cui all'art. 36, essendo evidente come solo attraverso una tale indagine si possa cogliere l'esatto significato del precetto ora richiamato e si possa, conseguentemente, valutare la legittimità costituzionale della norma del 2003.

In questa direzione, non appare per nulla illogico ipotizzare che il Costituente, quando abbia voluto congiuntamente regolare nel corpo dell'art. 36 sia la retribuzione, attraverso i principi della proporzionalità e sufficienza, sia la garanzia relativa al tempo di lavoro, abbia inteso, attraverso le sue previsioni, non tanto rafforzare la tutela della integrità fisica del lavoratore, ma piuttosto ribadire che, perché sia assicurata al prestatore una esistenza libera e dignitosa, è necessario che la prestazione non si prolunghi nell'ordinarietà oltre un certo limite⁶. La tutela contro la durata di prestazioni ec-

⁵ CARABELLI e LECCESE, *L'attuazione della direttiva sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*, in *WP "Massimo D'Antona"*, n. 38, 2004, 23 (all'indirizzo <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx> e anche in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, *Dir. lav.*, 2003, fasc. 6, 1031 ss.).

⁶ A riguardo v. TREU, in *Commentario della Costituzione* a cura di BRANCA, *Rapporti economici*, t. 1 (*Art. 35-40*), Bologna-Roma, 1979, *sub art.* 36, co. 2 e 3, 118, che, richiamando un intervento all'Assemblea costituente, afferma che: «le norme in questione rispondono allo stesso motivo di fondo che sta alla base del principio dell'equa retribuzione», aggiungendo, poi, che la *ratio* della norma sta nella «tutela della integrità fisica ma anche della vita di relazione e quindi della libertà del lavoratore». Parimenti nell'opera di ICHINO, è già presente la conclusione della connessione fra i due commi, che tuttavia si risolve, non già nell'identità del limite preso a riferimento dalla norma, ma, più semplicemente, nella sussistenza di un «nesso funzionale».

cessivamente lunghe vale, insomma, nel disegno della Carta fondamentale, a consentire al lavoratore «la partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3), liberandolo da una occupazione lavorativa troppo prolungata.

Una volta che il testo costituzionale sia stato così interpretato, nell'art. 36 cost. si deve rintracciare allora una duplice protezione, in relazione sia alla durata massima (attraverso il comma 2), sia a quella normale (o ordinaria) della prestazione lavorativa giornaliera (attraverso il comma 1, che rinvia ad una retribuzione proporzionata alla quantità del lavoro prestato). Si finisce così per attribuire alla contrattazione collettiva un compito di importante integrazione del precetto, legittimando altresì il ruolo che essa ha svolto nella pratica. In simmetria con la lettura, universalmente accettata, che affida all'autonomia collettiva la definizione della misura della retribuzione conforme al precetto di proporzionalità e sufficienza di cui al comma 1 dell'art. 36, si demanda, infatti, a quella stessa autonomia il compito di individuare la durata della prestazione normalmente attesa, in vista della garanzia di una esistenza libera e dignitosa.

In questa prospettiva, la disciplina della durata ordinaria della prestazione cade al di fuori dell'area coperta dalla riserva di legge costituzionale di cui all'art. 36 comma 2, consentendo quindi al legislatore, in caso di un suo intervento, anche l'indicazione di un valore medio da riferirsi ad una base settimanale o mensile.

Ne discende, quindi, la legittimità costituzionale delle norme del d. lg. n. 66, cit. che fissano in un valore medio sia l'orario normale di lavoro (art. 3 comma 1), sia quello massimo (art. 4 comma 1), nonché di quelle che determinano un valore annuale per lo straordinario (art. 5 comma 3). Lo spazio lasciato all'autonomia delle parti sociali dal legislatore del 2003 si giustifica, quindi, alla luce della “delega di funzioni di produzione normativa”, sostanzialmente attuata in relazione alla garanzia dell'equo salario di cui all'art. 36 cost. che viene per questo aspetto a riprodursi quando si tratti di disciplinare l'orario di lavoro.

In questa rinnovata prospettiva, apparirà difficile dubitare, sul piano della conformità della norma al parametro di cui all'art. 3 cost., della ragionevolezza del limite di tredici ore come soglia massima giornaliera invalicabile, almeno nella misura in cui un tale valore è il frutto di una valutazione congiunta dei Paesi dell'Unione europea, in vista della tutela della salute e sicurezza del lavoratore.

Una tale innovazione non determina necessariamente un arretramento dei limiti di tutela dei lavoratori, almeno ove si sappia correttamente valorizzare il collegamento fra il primo e il secondo comma del precetto costituzionale, per far discendere da esso una ulteriore posizione soggettiva in capo al lavoratore, relativa al suo interesse alla “programmabilità” del suo tempo, che viene a costituire, in presenza di un salario equo e sufficiente, non un diritto

assoluto ed inderogabile, ma piuttosto un diritto che ammette di essere alienato, seppure solo in presenza di un equo compenso.

A tale conclusione si è giunti in altro luogo⁷, grazie all'insegnamento della Corte costituzionale che, chiamata a valutare la legittimità della più antica disciplina del lavoro a tempo parziale, ha giustificato l'apposizione di speciali e rigidi limiti alla facoltà imprenditoriale di determinare il calendario della prestazione, proprio in ragione dell'aspirazione individuale a conciliare gli impegni lavorativi con quelli familiari ovvero con un'ulteriore attività produttiva, così da poter raggiungere l'obiettivo di una retribuzione sufficiente a garantire una esistenza libera e dignitosa⁸.

A fronte dell'affievolirsi della tutela più antica, che conduce ad uno svuotamento del significato della riserva, l'emergere di una dimensione patrimoniale della variabilità del tempo di lavoro, fondata sul complesso delle previsioni costituzionali, viene così a garantire che la libertà organizzativa dell'imprenditore si svolga in uno spazio regolato, in coerenza con gli orientamenti del Costituente⁹, conciliando le esigenze di flessibilità dell'impresa con la tutela della persona del lavoratore.

Né invero si può negare la circostanza che, nell'ambito del vasto novero di poteri che la legge riconosce al datore al fine di organizzare la prestazione altrui, non sia rintracciabile un potere di decidere gli orari di attività della sua impresa e, per conseguenza, la collocazione oraria della prestazione, di modo che, salvo che per la disciplina del *part time* e per la disciplina dello straordinario (v. *infra*) si dovrà riconoscere al datore il potere di definire turni, di determinare la composizione delle squadre, di modificare gli orari di ingresso e di uscita etc., con il solo limite dell'esercizio secondo buona fede¹⁰.

⁷ A riguardo rinvio a FERRANTE, *Il tempo di lavoro*, cit., 173 ss.

⁸ V. C. cost. 11 maggio 1992, n. 210 in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 277 e nelle maggiori riviste giuridiche italiane.

⁹ Sul ruolo delle previsioni costituzionali nella disciplina del *part time* v. altresì SCARPONI, *Profili problematici della riforma del rapporto di lavoro a tempo parziale in relazione alla giurisprudenza in tema di art. 36, 1° comma, cost.*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, 2003, fasc. 6, 779 ss.

¹⁰ Sulla questione rinvio al mio *Direzione e gerarchia nell'impresa*, Milano, 2012, 51-53, nonché alle riflessioni di G. MATTAROLO, *Limitazioni al lavoro notturno*, in C. CESTER ET AL., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, cit., 364 ss. ove ultt. riff.; tale A., pur propendendo per il riconoscimento della determinazione unilaterale dell'orario di lavoro da parte del datore alla luce delle modifiche ora introdotte dalla riforma del 2003, sottolinea l'incongruità di tale soluzione a fronte della diversa disciplina applicabile allo straordinario (v. spec. 367). In giurisprudenza sul punto si registrano frequenti oscillazioni, anche in relazione ad una stessa vicenda (caso "Standa"), di modo che si afferma sia la necessità del mutuo consenso (v. Cass. 24 marzo 1992, n. 3646, in *Oriet. Giur. Lav.*, 1992, 650 nonché Cass. 19 dic. 1991, n. 13728, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1482) sia la legittimità della modifica unilaterale (così T. Roma 19 aprile 1994, in *Foro It.*, 1995, I, 2446). Una soluzione equilibrata appare quella adottata da Cass. 17 luglio 1992, n. 8721 in *Foro It. Rep.*, voce *lavoro (rapporto)*, 1992, n. 603 e da Cass. 9 nov. 1991, n. 11966 in *Arch. Civ.*, 1992, 414, secondo le quali la risposta

12. Arretramento delle tutele e rispetto della clausola europea di non regresso

La ricostruzione più sopra proposta, tuttavia, non vale a dissipare ogni dubbio circa la legittimità alle previsioni del d. lg. n. 66 del 2003, poiché queste sono altresì chiamate a confrontarsi con le disposizioni della direttiva in tema di “non regresso” (art. 23 direttiva n. 2003/88/CE).

Ed in effetti, a sostegno della tesi che nega una violazione della clausola, altrimenti plateale¹¹, si è sostenuto, in primo luogo, che non sia mai sussistito nell'ordinamento un limite giornaliero. Le previsioni del r.d.l. n. 692 del 1923 avrebbero, insomma, contenuto già un valore medio (in relazione allo straordinario) e, comunque, due limiti alternativi¹². La conclusione è che non sussiste un arretramento di tutela, in violazione della clausola europea, perché non era rintracciabile nella legislazione precedente una protezione giornaliera¹³.

Ora, una simile interpretazione, seppur letteralmente e logicamente non impossibile, alla luce del dato testuale¹⁴, si scontra, innanzitutto, con un dato storico: con il fatto cioè che la maggioranza della giurisprudenza e della dottrina, alla luce della sopravvenuta previsione di cui all'art. 36 comma 2 cost., hanno letto le previsioni del r.d.l. n. 692, cit. nel senso di ritenere sussistente un limite massimo giornaliero, insuscettibile di deroga in rapporto a valori medi¹⁵.

al quesito dipende dal concreto contenuto delle pattuizioni individuali, risultando legittima la modifica unilaterale in presenza di clausole che omettono di indicare la collocazione temporale della prestazione.

¹¹ Quanto al significato della clausola, pare da condividere l'interpretazione secondo la quale il legislatore rimane libero di modificare la disciplina interna, purché operi in senso espresso, cosicché resta vietato il regresso giustificato unicamente dalla necessità di adeguamento del diritto interno alla direttiva comunitaria, ma non una riduzione della tutela in quanto tale; per un riepilogo della questione, v. BELLAVISTA, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in *Il lavoro a termine in Italia e in Europa* a cura di GARILLI e NAPOLI, Torino, 2003, 28 ss.

¹² La tesi è ancora sostenuta da ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 380, ove riferimenti alle opere dello stesso autore (in particolare a ID., *Il tempo della prestazione*, II, cit., e I, 1984), ove si giungeva fino al punto di ritenere l'incostituzionalità del r.d.l. n. 692, cit., nella parte in cui fissava limiti alternativi per la mancata conformità alla riserva di legge; nello stesso senso v. altresì DE LUCA TAMAJO, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in *Il tempo di lavoro*, Milano, 1987, 3 ss., nonché adesivamente TIRABOSCHI, *Brevi riflessioni in tema di durata massima della giornata normale di lavoro*, in *RDL*, 1990, II, 177 ss.

¹³ Così TIRABOSCHI e RUSSO, *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n.93/104/Ce*, in *Guida Lav.*, 2003, n. 17, 20.

¹⁴ Tanto che gli autori più antichi ammettevano l'alternatività dei due limiti: v. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, II, Milano, 1957, n. 204; GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, vol. VII, t. III, Torino, 1939, 233; DE LITALA, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1929, 134; D'EUFEMIA, *L'orario di lavoro ed i riposi*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da BORSI e PERGOLESI, III. *La disciplina organizzativa del lavoro*², Padova, 1953, 157.

¹⁵ In questo senso, v. LECCESE, *L'orario di lavoro*, cit., 231 ss.

Tuttavia, la tesi del non regresso appare comunque insostenibile una volta che si esamini la dimensione settimanale: ed infatti sulla scorta del periodo di riposo obbligatorio di cui all'art. 7 d. lg. n. 66, cit., può determinarsi (detratte le pause obbligatorie, di cui all'art. 8) una "durata massima settimanale", pari a (12 h e 50' x 6 =) settantasette ore. Con riguardo alla dimensione settimanale non può più sostenersi, allora, l'inesistenza di un limite, dal momento che la soglia di sessanta ore appariva, nel precedente sistema, come un valore derogabile solo in ipotesi circoscritte ed eccezionali (cfr. art. 4 r.d.l. n. 692, cit. e gli art. 8-11 r.d. 10 settembre 1923, n. 1955).

In sintesi, quindi, pare difficile negare che l'attuale disciplina positiva, là dove consente che la prestazione possa concentrarsi per periodi prolungati fino a settantasette ore settimanali, non comporti un arretramento di tutela rispetto alle soglie precedenti dettate per la settimana, nonché, accettando l'interpretazione di gran lunga prevalente, anche per la giornata, là dove ammette una prestazione ininterrotta di tredici ore.

Poiché nella l. delega 1° marzo 2002, n. 39, in attuazione della quale (art. 22) è stato emanato il d. lg. n. 66, cit., non riesce a ravvisarsi una volontà espressa dal legislatore di peggiorare la protezione garantita ai lavoratori, non appare illogico prospettare, allora, che la violazione della clausola di non regressione si sostanzi, in questo caso, anche in una violazione della norma costituzionale di cui all'art. 76 cost., e dunque in un eccesso di potere legislativo, posto in essere dal legislatore delegato per aver travalicato i limiti segnati al momento del conferimento della delega¹⁶.

A fronte di una prestazione lavorativa che concretamente si prolunghi oltre le 60 ore settimanali, una tale illegittimità, peraltro, potrà essere fatta valere in più sedi, sia sollecitando il giudice delle leggi, in relazione al profilo ora enunciato, sia chiedendo al giudice ordinario una interpretazione adeguatrice, facendo leva, in questo secondo caso, sulle previsioni, direttamente applicabili, del "diritto dei trattati" che, inequivocabilmente, individuano fra gli obiettivi dell'azione europea il «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori [...] soprattutto per quanto riguarda la 'durata' e l'«organizzazione» dell'orario di lavoro» (così l'art. 7 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata a Strasburgo il 9 dicembre 1989, richiamata dall'art. 136 Trattato CE, ora art. 151 TFUE).

13. Il lavoro straordinario: dalla dimensione giornaliera a quella settimanale

L'art. 5 del d. lgs. n. 66 del 2003 dispone una generale riformulazione

¹⁶ Spunti in questo senso già in BELLAVISTA, *op. cit.*, 31, in relazione alla vicenda del d. lg. 6 settembre 2001, n. 368; e, più ampiamente, ora CARABELLI e LECCESE, *L'attuazione della direttiva cit.*, 31 ss.; in relazione al d. lg. n. 368/01, si deve segnalare altresì C. cost. 4 marzo 2008, n. 44.

della disciplina dello straordinario, con previsione che trova applicazione indifferenziata a tutti i settori produttivi¹⁷. Sebbene si realizzi, rispetto ai limiti legali del 1923, una riduzione dell'orario che nel complesso può essere richiesto su base annua al lavoratore (da sessanta ore settimanali ad un valore medio comunque insuperabile di quarantotto), la riforma prevede una disciplina che di fatto vale a cancellare la differenza fra lavoro ordinario e straordinario con riguardo: alla durata massima della prestazione giornaliera, al consenso del lavoratore, alle ipotesi in cui la prestazione può essere prolungata, al trattamento retributivo delle prestazioni effettuate (art. 1, 5 e 5 *bis* r.d.l. n. 692 del 1923, abr.)¹⁸. L'analisi di tali specifici profili dà anzi la certezza che la solenne enunciazione che apre il disposto normativo dell'art. 5, secondo la quale «il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario deve essere contenuto», resta del tutto priva di pratiche conseguenze.

Scomparso il limite massimo di otto ore alla giornata lavorativa e adottata una misura media per la determinazione del lavoro ordinario, viene ora di conseguenza cancellata la norma che qualificava le ore ulteriormente ammesse, rispetto ai limiti massimi giornalieri, come lavoro straordinario. Ove, dunque, vi sia prolungamento della giornata lavorativa senza che si superi il limite settimanale di cui all'art. 3 comma 1 d. lg. n. 66, cit. (pari a quaranta ore), non si ha pagamento di alcuna maggiorazione (per esempio in caso di una settimana lavorativa di quattro giorni di durata pari a dieci ore, ovvero tre giorni di durata pari a tredici ore).

Analogo risparmio si otterrà, poi, ove la contrattazione collettiva, sulla scorta delle previsioni dell'art. 3 comma 2, riferisca l'orario normale «alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno», di modo che prestazioni settimanali più lunghe di quaranta ore possono ora essere “compensate” con permessi goduti in una diversa settimana nel corso del quadrimestre (o del diverso, più lungo, periodo stabilito dalla contrattazione collettiva, secondo le previsioni dell'art. 4 commi 3 e 4). In tal modo, per fare

¹⁷ Cancellando così la differenziazione fra il lavoro nell'industria e quello effettuato nei restanti settori prima prevista dall'art. 5 *bis* del previgente r.d.l. n. 692 del 1923.

¹⁸ Un ulteriore limite, già previsto dalla disciplina del 1923, era stato mantenuto in vita dal d. lg. n. 66, cit., ma è successivamente caduto per abrogazione da parte dell'art. 41 d.l. n. 112 del 2008 (come convertito dalla l. n. 133 del 2008); si tratta dell'art. 4 co. 5 d. lg. n. 66, cit., il quale stabiliva l'obbligo di informare il Settore (*rectius* Servizio) ispezione del lavoro della d.p.l. «per le unità produttive che occupano più di dieci dipendenti», quando si superino le quarantotto ore lavorative settimanali «attraverso prestazioni di lavoro straordinario». Parimenti sono state abrogate, ma del tutto implicitamente, le previsioni di cui alla l. 28 dicembre 1995, n. 549, le quali stabilivano una maggiorazione contributiva per il lavoro straordinario per le imprese con più di quindici dipendenti e l'obbligo di comunicazione alle rappresentanze sindacali aziendali (RSA), introdotto nel 1998 dal d.l. n. 335, cit.; è stata altresì abrogata (v. *infra* nel testo) la norma regolamentare che prevedeva l'esposizione in ogni luogo di lavoro di una tabella recante l'indicazione dell'orario di lavoro (mantenuta invece in Francia dall'art. L 3171-1 cod. trav.).

un altro esempio, ove si lavori per sessanta ore in una settimana e per venti nella successiva, nulla sarà dovuto a titolo di straordinario.

In questa ultima ipotesi, quindi, lo straordinario viene sganciato dalla stessa “dimensione” settimanale per essere invece calcolato su base esclusivamente annua (o comunque multiperiodale), assecondando peraltro una tendenza già emersa nella contrattazione collettiva negli anni scorsi e che si rispecchia altresì nel dettato del comma 3 dell’art. 5 d.lgs. 66/2003, là dove questo prevede una soglia annuale pari a duecentocinquanta ore.

Rispetto alla situazione antecedente, dunque, a mente di quanto si è venuto sino a qui a sostenere, le innovazioni inserite si muovono nella direzione di introdurre più flessibilità (perché è possibile superare il precedente limite delle dieci ore al giorno e delle sessanta settimanali) e ad un costo minore: venendo a scomparire il limite per il lavoro straordinario giornaliero è possibile, infatti, che le ore di lavoro giornaliero successive all’ottava non diano diritto alla maggiorazione retributiva, quando siano successivamente recuperate, se così è stabilito dalla contrattazione collettiva o se il recupero avviene nel corso di una stessa settimana¹⁹.

14. Le ipotesi nelle quali è ammessa la prestazione straordinaria

Nel sistema precedente, a fronte dell’incerta previsione dell’art. 5 r.d.l. n. 692 del 1923, che richiedeva l’«accordo tra le parti» quale presupposto per lo svolgimento di lavoro straordinario, era sorto un contrasto interpretativo quanto alla individuazione dei destinatari della norma e ai rapporti fra contratto individuale e collettivo, discutendosi se fosse comunque necessario acquisire il consenso del lavoratore a fronte di pattuizioni collettive che prevedessero la prestazione dello straordinario come obbligatoria (almeno entro certi limiti annuali, come per esempio nel contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici)²⁰. Si affermava così che la richiesta di svolgimento di lavoro straordinario non rientrasse fra le prerogative datoriali, il cui esercizio

¹⁹ Non pare che una reale capacità di restringere la discrezionalità datoriale possa riconoscersi alla ripartizione su quadrimestri, prevista dall’art. 4.3 d.lgs. 66/03 ai fini del calcolo della media: ed infatti, in disparte dal fatto che tale periodo può essere elevato per intervento della contrattazione collettiva sino ad un anno (v. il comma 4), la libertà che la legge lascia al datore quanto alla fissazione della data di inizio del quadrimestre fa ipotizzare che il picco di maggiore attività dell’impresa potrà collocarsi a cavallo fra due quadrimestri, così di fatto raddoppiando il periodo cui fare riferimento per il calcolo della media.

²⁰ Mentre per Cass. 9 settembre 1974, n. 2445, il datore non può unilateralmente richiedere l’espletamento di lavoro straordinario, pur se contrattualmente previsto, essendo necessaria l’accettazione individuale, la successiva giurisprudenza qualifica come inadempimento il rifiuto (Trib. Milano 10 febbraio 1980, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1981, n. 7, 1438; Pret. Milano 24 aprile 1985, in *Lavoro 80*, 1985, 851), salvo che non sussista un giusto motivo (così Cass., sez. lav., 19 febbraio 1992, n. 2073), ritenendo quindi sufficiente il consenso prestato collettivamente (v. Pret. Firenze 10 febbraio 1998; Pret. Biella 9 febbraio 1988).

è conseguente alla mera stipulazione del contratto di lavoro, dovendosi invece richiamare per quest'aspetto la dimensione propriamente contrattuale del rapporto, che impone il mutuo consenso delle parti²¹.

Quest'ultima conclusione sembra, ma solo in apparenza, ora confermata dal comma 3 dell'art. 5 d. lg. n. 66 del 2003, il quale prevede che «in difetto di disciplina collettiva applicabile, il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore per un periodo che non superi le duecentocinquanta ore annuali». Tale previsione (dalla quale è stato eliminato il limite delle ottanta ore trimestrali, pure previsto dall'avviso comune e già contenuto nell'abrogato d.l. 29 settembre 1998, n. 335, convertito con modificazioni dalla l. 27 novembre 1998, n. 409) sembra chiaramente risolvere il problema nel senso della necessità di acquisire il consenso individuale. Essa, tuttavia, mal si coordina con il comma successivo, là dove questo stabilisce che: «salvo diversa disposizione dei contratti collettivi il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario è inoltre ammesso» in relazione alle tre diverse eventualità che vengono colà di seguito elencate. Concordemente con la dottrina dominante²², si deve ritenere infatti che l'uso della congiunzione «inoltre» segnali una discontinuità rispetto al comma precedente, di modo che, per tali ipotesi, non sembra essere richiesto il consenso del lavoratore.

La previsione di legge può quindi così riassumersi: in assenza di contratto collettivo, il datore può richiedere al lavoratore lo svolgimento di straordinario per non più di duecentocinquanta ore annue, dovendone tuttavia acquisire il consenso (o di volta in volta, o anche preventivamente e una volta e per tutte, è da ritenere, in assenza di una più precisa indicazione, o anche tacitamente, in ragione dell'avvenuta prestazione); al contrario, in presenza degli eventi di cui al comma 4, né sussiste per il datore la necessità di acquisire il consenso, né vi è altro limite alla prestazione, se non quello di cui all'art. 4 comma 2 d. lg. n. 66, cit., circa la durata complessiva della prestazione lavorativa (e salvo tuttavia l'onere di comunicazione alle rappresentanze sindacali aziendali-RSA, nell'ipotesi *sub lett. c*).

Una volta stipulato un accordo sindacale, invece, questo disciplina la materia in via interamente consensuale, dal momento che la mancata previsione di un divieto in quella sede può ricondursi ad una volontà negoziale presunta delle parti collettive, dotate di una sorta di reciproco potere di interdizione. Le

²¹ In questo senso CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI e TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*⁴, Torino, 1998, 257; ma per una opinione contraria v. ICHINO, *Orario di lavoro*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, vol. X, 1994, 399, il quale ritiene che l'art. 5 *bis* r.d.l. n. 692, cit. autorizzi il datore a richiedere lo svolgimento di lavoro straordinario, indipendentemente dalla sussistenza di una previsione collettiva.

²² Nel senso che invece l'avverbio non consenta il superamento del tetto delle duecentocinquanta ore, v., invece, LECCESE, *L'orario di lavoro*, cit., 373; nonché LAI, *Il lavoro straordinario nelle imprese industriali*, in *DPL*, 1998, 2945, privilegiando, a scapito del dato letterale, una interpretazione incentrata sul precetto della limitazione al ricorso dello straordinario.

parti, sedendosi al tavolo della negoziazione, avrebbero insomma una dote da spendere attraverso concessioni reciproche al fine di giungere alla regolamentazione del sistema, per cui alla rinuncia datoriale al ricorso dello straordinario nei limiti segnati dal comma 4 dovrebbe, nella situazione visualizzata dal legislatore, corrispondere il consenso sindacale allo svolgimento di un certo monte-ore di straordinario (libero, quanto a motivazioni, ma obbligatorio per il prestatore).

Quanto alle ipotesi previste nel comma 4 dell'art. 5: la lett. *a* riproduce le previsioni dell'art. 5 *bis* r.d.l. n. 692 del 1923. Nella trascorsa esperienza giurisprudenziale, la formula era apparsa troppo vaga («casi di eccezionali esigenze tecnico-produttive e di impossibilità di fronteggiarle attraverso l'assunzione di altri lavoratori») per rivelarsi realmente selettiva, e riesce quindi difficile pensare che una interpretazione più restrittiva possa imporsi oggi.

Riguardo alle previsioni di cui alla lett. *b*, là dove si richiamano i casi già regolati dall'abrog. art. 7 r.d.l. n. 692, occorre sottolineare come assimilare tali ipotesi a quelle di cui alle altre due lettere appaia a prima vista illogico, nella misura in cui si riconosce alla contrattazione la possibilità di vietare lo svolgimento di lavoro straordinario anche a fronte di cause di forza maggiore o di pericolo di danno alle persone o alla produzione.

L'attribuzione di un potere regolativo alla contrattazione collettiva, che troverebbe il suo luogo naturale nelle altre ipotesi, in verità, può forse spiegarsi con la tendenza, mostrata in passato da parte delle imprese in special modo in relazione al lavoro a turni, a fare ricorso al disposto dell'art. 7 r.d.l. cit. per giustificare, ad es., il prolungamento della prestazione in caso di assenza del lavoratore nella squadra del turno successivo. Attraverso il rinvio alla contrattazione collettiva, quindi, il legislatore sembrerebbe ora consentire tale prassi, peraltro ritenuta illegittima in passato dalla giurisprudenza²³.

Ogni limite viene però travolto in relazione alle ipotesi («mostre, fiere e manifestazioni collegate alla attività produttiva, nonché allestimento di prototipi, modelli o simili») di cui alla lett. *c*, posto che la previsione di legge appare qui così ampia da giustificare pressoché ogni esigenza aziendale, in tal modo liberalizzando completamente la disciplina dello straordinario (salvo forse che per le ipotesi di semplice intensificazione stagionale del ciclo produttivo, cui però può ora risponderci facilmente con la modulazione dell'orario ordinario).

15. Il trattamento retributivo del lavoro straordinario

Scomparso il precetto che imponeva al datore di remunerare lo straordinario «con un aumento di paga, su quella del lavoro ordinario, non inferiore al 10

²³ V. Cass., sez. lav., 24 luglio 1984, n. 4336, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3274.