



## **D.lgs. n. 66 del 2003 (come modificato dal d.lgs. n. 213/04): 1) profili di incompatibilità con la direttiva di riferimento e di illegittimità costituzionale; 2) ferie non godute**

**di Andrea Allamprese**

Con il d.lgs. n. 66/2003 (come modificato dal d.lgs. n. 213 del 2004) si è inteso dare attuazione in Italia alla direttiva n. 93/104 in materia di orario di lavoro, come modificata dalla direttiva n. 2000/34 ed ora “codificata” con la dir. n. 2003/88 (entrata in vigore il 2 agosto scorso).

Con queste note – che prendono spunto ed in parte riproducono i contenuti di due recenti saggi di U. Carabelli e V. Leccese (L’attuazione delle direttive sull’orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali; Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell’orario di lavoro) – intendiamo evidenziare la doppia violazione da parte del d.lgs. n. 66/2003 della direttiva n. 93/104 (ora 2003/88), sotto il profilo sia del suo contenuto regolativo, e cioè della rilevante difformità tra i contenuti della direttiva comunitaria e il decreto di recezione, sia della clausola di non regresso (art. 18, par. 3, dir. n. 93/104; ora art. 23, dir. 2003/88). Intendiamo altresì segnalare alcuni profili di illegittimità costituzionale della nuova disciplina interna. Un accenno, infine, alla controversa questione delle ferie arretrate.

• • •

E’ possibile, anzitutto, individuare i seguenti principali profili di contrasto tra la nuova disciplina interna e la regolamentazione comunitaria:

1) Per quanto attiene alla tutela dei lavoratori turnisti, la direttiva stabilisce che per costoro devono essere previste specifiche misure atte a garantire che anch’essi, al pari dei lavoratori notturni, beneficino “di un livello di protezione in materia di sicurezza e salute adattato alla natura del loro lavoro” e di “servizi o mezzi appropriati di prevenzione e protezione (...) equivalenti a quelli applicabili agli altri lavoratori e (...) disponibili in ogni momento” (art. 12, nn. 1 e 2, dir. 104). Nel decreto 66, invece, una specifica disciplina in materia è limitata ai soli lavoratori notturni, mentre la definizione di “lavoro a turni” e di “lavoratore a turni” (art. 1, comma 2, lett. f e g, d.lgs. n. 66) finisce per essere rilevante esclusivamente al fine di stabilire l’ambito di operatività delle deroghe ammesse dal decreto delegato, come già dalla direttiva 104 (art. 17, par. 2.3), rispetto al riposo settimanale (art. 9, comma 2, lett. a, decreto 66) e al riposo giornaliero (art. 17, comma 3, lett. a, decreto 66).

2) IN TEMA DI DURATA MASSIMA DELLA PRESTAZIONE, L’ART. 4, COMMA 1, DECRETO 66, NEL RIMETTERE AI CONTRATTI COLLETTIVI DI LAVORO IL COMPITO DI FISSARE “LA DURATA MASSIMA SETTIMANALE DELL’ORARIO DI LAVORO” (CHE È COSA DIVERSA DALLA DURATA MASSIMA MEDIA DI CUI AL



COMMA 2 DELLO STESSO ART. 4) VIOLA L'ART. 6, N. 1, DELLA DIR. N. 104 (ORA ART. 6, LETT. A, DIR. 2003/88), IL QUALE STABILISCE CHE GLI STATI MEMBRI DEBBANO PROVVEDERE AFFINCHÉ, IN FUNZIONE DEGLI IMPERATIVI DI PROTEZIONE DELLA SICUREZZA E DELLA SALUTE DEI LAVORATORI, "LA DURATA SETTIMANALE DEL LAVORO SIA LIMITATA MEDIANTE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE, REGOLAMENTARI O AMMINISTRATIVE OPPURE CONTRATTI COLLETTIVI O ACCORDI CONCLUSI FRA LE PARTI SOCIALI". EBBENE - COM'È NOTO - LA LIMITATA EFFICACIA SOGGETTIVA DEI CONTRATTI COLLETTIVI DI DIRITTO COMUNE (SCATURENTE DALLA MANCATA ATTUAZIONE DELL'ART. 39, COMMA 2 SS., COST. E DAL PRINCIPIO DI LIBERTÀ SINDACALE SANCITO DALL'ART. 39, COMMA 1, COST.) IMPEDISCE AL NOSTRO LEGISLATORE ORDINARIO DI ATTRIBUIRE A QUEI CONTRATTI IL COMPITO DI DARE ATTUAZIONE ALLE DISPOSIZIONI DI UNA DIRETTIVA, COME PURE È CONSENTITO DALL'ART. 137 DEL TRATTATO CE, OLTRE CHE DALL'ART. 18, PAR. 1, LETT. A, DIR. 104, MA A CONDIZIONE CHE LO STATO MEMBRO ADOTTI "LE MISURE NECESSARIE CHE GLI PERMETTANO DI GARANTIRE IN QUALSIASI MOMENTO I RISULTATI IMPOSTI DA DETTA DIRETTIVA".

3) Quanto all'individuazione dei livelli negoziali competenti a derogare alle disposizioni di legge, l'art. 13, comma 1, decreto 66, nell'autorizzare inequivocabilmente anche i contratti "aziendali" ad individuare un periodo di riferimento più ampio (rispetto alle 24 ore), entro il quale calcolare come media il limite complessivo di durata del lavoro notturno (8 ore), si pone in contrasto con l'art. 16, n. 3, dir. 104, il quale si riferisce espressamente ai soli "contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale o regionale".

• • •

Passando ora alla verifica relativa all'esistenza o meno nella nuova disciplina sull'orario introdotta dal decreto 66 del 2003 di profili di arretramento di tutela, si può sostenere che esso si rivela soprattutto in rapporto alla durata della prestazione di lavoro. Se si considera l'importanza che, nella prospettiva della tutela della salute – rilevante sul piano tanto della disciplina comunitaria che di quella costituzionale – acquisiscono i profili della durata massima dell'orario di lavoro, pare evidente che la loro disciplina non può che costituire un elemento essenziale della comparazione dei trattamenti nuovi e pregressi cui è chiamato l'interprete per stabilire se vi sia contrasto con il principio del "non regresso" contenuto nella direttiva sull'orario, secondo il quale l'attuazione della direttiva medesima "non costituisce una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori" (ora art. 23, dir. 2003/88).

In particolare, tale arretramento si manifesta con evidenza con riferimento:

- - all'assenza di un limite legale al lavoro straordinario giornaliero e settimanale, prima fissato, rispettivamente, in 2 e 12 ore;
- - all'assenza di limiti assoluti (e cioè assolutamente non superabili, se non per cause di forza maggiore o per ragioni di sicurezza) di durata giornaliera e settimanale dell'orario di lavoro, in precedenza fissati, rispettivamente, in 10 ore (pari alla somma delle 8 ore di orario normale e delle 2 ore di straordinario) e in 52 ore (pari alla somma delle 40 ore di orario normale e delle 12 ore di straordinario); durata, quest'ultima, che poteva essere temporaneamente superata in caso di ricorso a moduli multiperiodali d'orario, fatta sempre



salva la necessità di rispettare il limite delle 60 ore settimanali (pari alla proiezione del predetto limite giornaliero su 6 giorni, stante l'irrinunciabile diritto al riposo settimanale di cui all'art. 36, comma 3, Cost.).

Dal decreto 66 potrebbe derivare, in via indiretta, attraverso la previsione del diritto al riposo giornaliero di 11 ore consecutive ogni 24 ore (art. 7), un limite massimo assoluto della durata giornaliera della prestazione pari a 13 ore e, conseguentemente, un limite assoluto settimanale di 78 ore (o meglio di 77 ore, una volta detratti i 60 minuti corrispondenti a 6 pause giornaliere di 10 minuti: art. 8). Sennonché – a parte il fatto che i suddetti limiti non sono stati affatto configurati come assoluti ed intangibili bensì come flessibili (cfr. art. 17, commi 1, 2 e 3 in merito alla fruizione del riposo giornaliero; art. 9, comma 2, lett. d, e comma 5, in merito alla fruizione del riposo settimanale) e che vi è una differenza concettuale e funzionale tra limite di durata massima della prestazione giornaliera ed intervallo tra le prestazioni svolte in due giornate consecutive – è quasi superfluo rilevare che i limiti in questione risultano comunque superiori a quelli previgenti e, pertanto, implicano certamente un regresso rispetto alla tutela assicurata dalla passata disciplina.

Va sottolineato che il vincolo all'osservanza della regola di “non regresso” costituisce sicuramente un criterio essenziale da tenere in considerazione in sede di attuazione di direttive comunitarie che la prevedano. La Corte costituzionale italiana ha già mostrato di attribuirvi rilievo nella sentenza 7 febbraio 2000, n. 45, con la quale la richiesta di referendum abrogativo della disciplina legale del part-time (art. 5, l. n. 863/1984) fu respinta, anche perché, diversamente, si sarebbe rischiato di dar luogo ad un assetto normativo con contenuti di tutela sicuramente inferiori a quelli previgenti: tali appunto da costituire una violazione della clausola di non regresso, facendo “sorgere la responsabilità dello stato italiano per inadempimento di uno specifico obbligo comunitario..”.

•••

Non mancano altri aspetti della nuova disciplina dell'orario che sollevano numerose perplessità questa volta sul piano della conformità a vari principi sanciti dalla Costituzione. Possiamo distinguere al riguardo due gruppi di problemi riguardanti, rispettivamente, il potenziale contrasto:

- di alcune previsioni del decreto 66 con quanto stabilito dall'art. 36, commi 2 e 3, Cost., in tema di orario di lavoro e di riposo settimanale e annuale;
- di alcune disposizioni del decreto con i limiti derivanti dai principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega n. 39 del 2002 ai sensi dell'art. 76 Cost.

1) In relazione al primo gruppo, occorre sviluppare tre differenti discorsi relativi rispettivamente: 1a) alla durata massima assoluta dell'orario giornaliero di lavoro; 1b) al riposo settimanale; 1c) alle ferie.

1a) Quanto all'orario di lavoro, occorre ribadire che il vincolo sancito dall'art. 36, comma 2, Cost., relativo alla fissazione per legge del limite assoluto di durata giornaliera della prestazione, deve



essere “preso sul serio”, in quanto derivante direttamente dall’esigenza, prevalente su ogni altra, di tutela del diritto costituzionale alla salute di cui all’art. 32 Cost.

Abbiamo già accennato come dal decreto 66 potrebbe ricavarsi, in via indiretta, attraverso la previsione del diritto al riposo giornaliero di 11 ore consecutive ogni 24 ore (art. 7), un limite massimo assoluto della durata giornaliera della prestazione pari a 13 ore. Da questo presupposto fattuale derivano però rilevanti questioni di costituzionalità relative, da un lato, alla stessa quantificazione di questo limite e, dall’altro, alla mancata configurazione dello stesso limite come assoluto e intangibile.

In merito alla prima questione, va rilevato che un tetto di 13 ore giornaliere (e 78 settimanali) appare comunque intrinsecamente esposto ad un giudizio di non conformità a Costituzione, in quanto inidoneo a soddisfare le finalità di tutela della salute del lavoratore perseguite dagli artt. 32 e 36, comma 2, Cost., se non altro a causa della sua configurazione quale limite costante, universale e indiscriminato.

Al proposito, una pronuncia della Corte costituzionale che eventualmente ritenga il suddetto tetto giornaliero di 13 ore, fissato indirettamente dal decreto 66/2003, come inidoneo a garantire l’an della tutela voluta dall’art. 36, comma 2, Cost. potrebbe essere:

- meramente monitoria volta a sollecitare un nuovo intervento del legislatore;
- - di incostituzionalità della norma che fissa il nuovo limite, nella parte in cui consente la protrazione della prestazione giornaliera sino a 13 ore (in tal caso si potrebbe aprire la strada per la quantificazione giudiziale del limite).

L’intervento della Consulta sulla materia potrebbe anche avvenire con una sentenza interpretativa di rigetto, nella misura in cui essa, attraverso l’interpretazione sistematica dell’art. 1, comma 1 (e, per conseguenza, dell’art. 19, comma 2, decreto 66), effettuata alla luce della direttiva e della legge delega del 2002, giungesse addirittura a ritenere tuttora in vigore le previsioni specificamente volte a quantificare la durata massima giornaliera della prestazione (artt. 1 e 5, r.d.l. n. 692/1923), in quanto non incluse nei diretti scopi della direttiva e, dunque, nemmeno del decreto legislativo che vi ha dato attuazione, in virtù del fatto che oggetto della delega era appunto il recepimento della direttiva medesima. In particolare, sulla base di questa premessa, si dovrebbe ritenere che i “profili” di disciplina – tra cui quello in questione – non espressamente regolati dalla direttiva, risultando esclusi dalla “materia disciplinata dal decreto”, non sarebbero colpiti dall’effetto abrogativo di cui all’art. 19, comma 2.

In merito alla seconda questione, va rilevato il potenziale contrasto con l’art. 36, comma 2, Cost., dei commi dal primo al terzo dell’art. 17 del decreto n. 66, nella misura in cui – quantunque ancora una volta in via indiretta – attribuiscono a soggetti diversi dal legislatore (nella specie, le parti collettive) il potere di modificare verso l’alto – e senza altro limite se non quello derivante dall’art. 17, comma 4 – il tetto giornaliero di 13 ore.

1b) Il secondo potenziale contrasto con il dettato costituzionale si riscontra in relazione alla disciplina contenuta nell’art. 9 del decreto n. 66, sul riposo settimanale.

Alla luce della quarantennale elaborazione della giurisprudenza costituzionale, deve anzitutto ravvisarsi il radicale contrasto con l’art. 36, comma 3, Cost. della previsione di cui all’art. 17, comma 6, decreto 66, con la quale si stabilisce l’inapplicabilità dell’art. 9 al personale mobile, nella misura in cui tale inapplicabilità possa essere interpretata come esclusione di questi lavoratori dal diritto al riposo settimanale (cfr. Corte cost. n. 76/1962). Si deve altresì ritenere che, al fine di scongiurarne l’illegittimità costituzionale, l’art. 9, comma 2, decreto 66, vada interpretato nel senso che non è comunque consentita la compressione, da un lato, del diritto a 24 ore consecutive di riposo (Corte cost. n. 23/1982) e, dall’altro, del diritto al non riassorbimento del riposo giornaliero da parte di quello settimanale (Corte cost. n. 102/1976), e ciò vale sia per le ipotesi legalmente nominate dall’art. 9, comma 2, lett. a, b e c, sia per quelle ulteriori individuabili da parte della contrattazione collettiva autorizzata dalla lett. d.

1c) Il terzo potenziale contrasto con il dettato costituzionale si riscontra in relazione alla disciplina delle ferie contenuta nell’art. 10, comma 1, decreto 66 (come modificato dal d.lgs. n. 213/2004).



La norma sancisce il diritto a 4 settimane di ferie annuali retribuite da godersi, quanto alle prime 2 settimane, necessariamente nell'arco dell'anno di maturazione, quanto alla terza e alla quarta settimana, non oltre i 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione. Contestualmente, si attribuisce alla contrattazione collettiva di qualsiasi livello una facoltà di deroga, la quale potrebbe riguardare: a) il termine di un anno previsto per la fruizione delle prime 2 settimane di ferie; b) il termine dei 18 mesi previsti per il godimento della terza e quarta settimana di riposo annuale. Orbene, la possibilità che la stessa contrattazione possa derogare anche peggiorativamente alla normativa in esame solleva problemi non indifferenti di incostituzionalità. In particolare, risulta sicuramente in contrasto con l'art. 36, comma 3, Cost., così come interpretato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 543 del 1990, la possibilità per la contrattazione collettiva di intervenire a modificare il vincolo legale secondo cui il periodo "essenziale" di 15 giorni di ferie va goduto necessariamente nell'arco dell'anno di maturazione, consentendo che anche solo una frazione di esso possa slittare oltre tale limite temporale in assenza di "eccezionali, motivate esigenze di servizio". Di modo che, a meno di non voler esporre la norma alla sanzione di illegittimità costituzionale, sarà necessario interpretarla coerentemente con tale principio, ritenendo vincolata ad esso la stessa contrattazione collettiva.

2) Il quarto profilo di contrasto del decreto 66 con la normativa costituzionale riguarda la violazione dell'art. 76 Cost.

La legge delega n. 39 del 2002, nel fissare taluni principi e criteri direttivi di carattere generale valevoli per tutte le deleghe legislative in essa previste, aveva richiamato "quelli contenuti nelle direttive da attuare" (art. 2, comma 1), impegnando altresì il legislatore delegato ad assicurare, in ogni caso, che la disciplina da esso disposta fosse "pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive" da attuare (art. 2, comma 1, lett. f).

Il diretto richiamo delle direttive da attuare, ai fini dell'individuazione dei principi e criteri direttivi da valere per il legislatore delegato, implica che la violazione da parte della normativa attuativa dei vincoli e limiti posti dalla direttiva n. 93/104, oltre a rilevare – come si è visto – in termini di inottemperanza agli obblighi comunitari, si pone altresì in contrasto con l'art. 76 Cost., poiché costituisce violazione anche della legge delega. Ciò vale, naturalmente, pure per il principio di "non regresso" sancito dalla direttiva sull'orario, il quale deve essere sicuramente annoverato, in assenza di una specifica e motivata esclusione, tra i principi e criteri direttivi deducibili dalla direttiva n. 93/104.

Ricapitolando, le violazioni sopra evidenziate saranno censurabili innanzi alla Corte costituzionale ex art. 76 Cost. e cioè sotto il profilo del contrasto tra la legge delega del 2002 che faceva (e non poteva non fare) riferimento ai contenuti della direttiva sull'orario e i diversi contenuti del decreto attuativo.

• • •

Come già rammentato, l'art. 10, comma 1, decreto 66 (come modificato dal d.lgs. n. 213 del 2004) ribadisce il principio - già prescritto nell'ordinamento OIL - del godimento delle ferie non oltre i 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione. Da ciò consegue che, in caso di inadempimento dell'azienda oltre il termine predetto, persiste il diritto dei lavoratori al godimento effettivo del residuo periodo di ferie non goduto, stante il divieto generale di "monetizzazione" previsto dal comma 2 dell'art. 10.

Ovviamente l'inadempimento potrà essere fonte di una richiesta risarcitoria formulata dal lavoratore in aggiunta alla fruizione del residuo periodo goduto.

**CGIL**



Confederazione Generale Italiana del Lavoro

---