

Le seguenti considerazioni sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione

IL LAVORO A TEMPO PARZIALE DOPO I CHIARIMENTI MINISTERIALI

Il lavoro a tempo parziale in Italia non è, in termini percentuali, in linea con quello di altri Paesi della Comunità Europea: basti pensare, ad esempio, all'Olanda ove si è oltre il 30%, mentre, da noi, nonostante il "boom" dell'ultimo periodo, si raggiunge, a malapena, il 9%. Su ciò hanno influito: scarsa appetibilità dell'istituto, in passato, sotto l'aspetto economico (fino al 1997 due rapporti part time costavano più di un tempo pieno), poca attenzione da parte datoriale e poca richiesta da parte dei lavoratori (non bisogna dimenticare, infatti, che il rapporto a tempo parziale è stato visto, per anni, come lo strumento destinato a risolvere i problemi contingenti della lavoratrice madre). La situazione è andata cambiando negli ultimi anni sia sotto la spinta delle nuove esigenze postulate dal mercato, che delle ristrutturazioni, che dei "nuovi lavori" che, infine, dei nuovi provvedimenti sui tempi di vita e di lavoro (legge n. 53/2000) e sul part time (D.L.vo n. 61/2000 e art. 46 del D. L.vo n. 276/2003).

Con la circolare n. 9 del 18 marzo 2004, il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali si pone in questa ottica, mirando, soprattutto, a facilitare il ricorso a tale istituto, per favorire, nella logica dei principi già fissati nella legge n. 30/2003, l'accesso al lavoro delle donne, dei giovani alla ricerca di un'occupazione e degli anziani. Di qui l'esplicito richiamo alla eliminazione degli inutili appesantimenti burocratici con la restituzione della piena operatività alla contrattazione collettiva ed individuale, con l'obiettivo di valorizzare le potenzialità dell'istituto, di contemperare gli impegni familiari e di lavoro e di fornire un canale di accesso al mercato del lavoro regolare.

Ambito di applicazione e modalità tipologiche

La nota ministeriale ricorda, innanzitutto, come le nuove disposizioni non trovino applicazione nel settore pubblico, in virtù della previsione già contenuta nella legge delega (art. 3, comma 1, della legge n. 30/2003) e nell'art. 1, comma 2, del D. L.vo n. 276/2003. Sul punto, ricorda la circolare, la Funzione pubblica e le Organizzazioni Sindacali di settore, hanno il compito, qualora lo ritengano opportuno, di procedere contrattualmente ad una armonizzazione alla disciplina privatistica (cosa, ad avviso di chi scrive, opportuna, attesa la necessità di non tornare, dopo anni di progressiva equiparazione, alla creazione di "steccati normativi" tra il settore pubblico e quello privato). Su tale linea il Dipartimento della Funzione Pubblica si è già mosso individuando, non solo per il part time, le linee di comportamento, con l'invio di una apposita direttiva all'ARAN.

Le modalità normative seguite dal Legislatore delegato, con modifiche, attraverso l'art. 46 al testo del D.L.vo n. 61/2000 che trova applicazione anche al settore pubblico come si evince dall'art. 10, potrebbero ingenerare qualche confusione (quantomeno correlata al "tempo" dei nuovi inserimenti) ed al fatto che un unico provvedimento legislativo presenta due contenuti diversi: anche per questo motivo è auspicabile una sollecita assimilazione.

La circolare n. 9 sottolinea come tutti i settori possano riferirsi al contratto a tempo parziale, a cominciare da quello agricolo, come già, a suo tempo previsto, dall'art. 7 del D.L.vo n. 61/2000. L'applicazione è integrale ed avviene in un settore ove le prestazioni, nella maggior parte dei casi, sono a tempo determinato e giornaliero. La novità, rispetto al passato, è rappresentata dalla piena agibilità delle clausole elastiche e flessibili, del lavoro straordinario e supplementare.

Il rapporto a tempo parziale è riferibile ad ogni ipotesi di contratto a termine: quindi, non soltanto a quelle classiche riferibili sia al D. L.vo n. 368/2001 (esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive) che dalla contrattazione collettiva, ma anche a quelle previste da altre disposizioni particolari come l'art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991 il quale consente l'assunzione di lavoratori in mobilità per un massimo di dodici mesi presso la stessa azienda. Per completezza di informazione va ricordato come i lavoratori a tempo parziale assunti con contratto a termine non rientrino nel computo numerico previsto dall'art. 18 della legge n. 300/1970 ai fini della tutela per i licenziamenti individuali.

Il part time è pienamente applicabile alle tipologie formative oggi rappresentate dall'apprendistato e dal contratto di inserimento. La precisazione ministeriale che, peraltro, si limita ad affermare la non

inconciliabilità “in linea di principio”, segue l’orientamento già contenuto per l’apprendistato nella circolare n. 102/1986 ove si demandava alla valutazione, caso per caso, dell’organo periferico del Ministero del Lavoro che doveva valutarne la congruità in ordine alla compatibilità tra lavoro ed addestramento formativo. Il problema si pose, con maggiore evidenza con l’art. 16 della legge n. 196/1997 e con i decreti ministeriali attuativi, laddove era obbligatoriamente prevista una formazione esterna all’azienda. Indubbiamente, quando troverà attuazione il nuovo apprendistato nelle tre forme previste (diritto dovere di istruzione e formazione, professionalizzante e ad alta formazione) sarà necessario che ogni datore di lavoro valuti (per proprio conto, atteso che è venuto meno qualsiasi provvedimento autorizzatorio “ex ante” della Direzione provinciale del Lavoro per effetto dell’abrogazione dell’art. 2, comma 2, della legge n. 25/1955) anche sulla base delle disposizioni a carattere regionale che saranno emanate, la congruità dell’apprendistato part time rispetto alle finalità tipiche dell’istituto.

Anche i contratti di inserimento possono esser stipulati a tempo parziale: ciò rappresenta una notevole apertura che, in un certo senso per i datori di lavoro appare meno impegnativa rispetto all’apprendistato, in quanto l’aspetto formativo obbligatorio è “minimo”. L’accordo interconfederale dell’11 febbraio 2004 (che, peraltro, ha una durata limitata nel tempo fino a quando le varie categorie non disciplineranno la materia), ferma restando la pattuizione individuale sul programma di inserimento, prevede soltanto sedici ore di formazione teorica sulle materie della sicurezza, della salute e sul rapporto di lavoro.

Il problema del rapporto a tempo parziale nelle tipologie a contenuto formativo non si pone più per i contratti di formazione e lavoro, in quanto, ad eccezione di quelli stipulati dopo l’accordo interconfederale del 13 novembre 2003 che ha disciplinato la fase transitoria di passaggio dal vecchio al nuovo regime e per il quale è in corso di pubblicazione un decreto ministeriale di ratifica, non più possibile sottoscriverne di nuovi.

L’ammissibilità del part time in tutte le tipologie contrattuali fa sì che almeno da un punto di vista teorico esso sia possibile, ad esempio, anche per i dirigenti del settore privato (pur se non è quantificabile, a priori, una prestazione oraria): tale ammissibilità fu ammessa già in una nota esplicativa del Ministero del Lavoro risalente al 10 gennaio 1990 (n. 5/25017).

Un identico discorso relativo alla legittimità del rapporto a tempo parziale riguarda i disabili, gli orfani, i coniugi superstiti ed i profughi assunti in base alla legge n. 68/1999. La giurisprudenza ha ammesso, da tempo, la legittimità dei rapporti a tempo parziale per le assunzioni obbligatorie (Cass., 29 novembre 1990, n. 11474). Ovviamente, sul piano operativo ciò comporta, ai fini della copertura dell’aliquota d’obbligo, la computabilità in proporzione all’orario svolto. Va chiarito un aspetto singolare che concerne i disabili per i quali la possibilità di essere assunti con contratto a tempo parziale non è sempre possibile. Ci si riferisce all’art. 4, comma 3, della legge n. 68/1999 il quale afferma che per i lavoratori a domicilio e per quelli occupati con modalità di telelavoro l’assunzione deve essere tale da assicurare una prestazione lavorativa corrispondente al normale orario di lavoro.

Anche per il socio lavoratore è ipotizzabile un ulteriore rapporto distinto da quello associativo di lavoro subordinato a tempo parziale: ciò appare possibile alla luce dei principi contenuti nella legge n. 142/2001, che della previsione regolamentare che, infine, dei chiarimenti espressi nella circolare n. 10/2004 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che non lo vieta, affermando soltanto che allo stesso deve essere garantita una retribuzione non inferiore ai minimi contrattuali.

C’è, poi, da sottolineare come l’art. 3, lettera d) della legge n. 30/2003 prevedesse la possibilità di intervenire con un provvedimento finalizzato a favorire il rapporto di lavoro a tempo parziale degli anziani, anche con facilitazioni di natura previdenziale, atte a favorire la crescita occupazionale dei giovani. Sul punto, la delega non sembra essere stata esercitata: per completezza di informazione va, tuttavia, ricordato che nel nostro ordinamento (art. 1, commi 185 e ss. della legge n. 662/1996) esiste una disposizione che consente la prosecuzione a tempo parziale (per almeno diciotto ore settimanali) di quei lavoratori che hanno raggiunto il limite per il godimento della pensione di anzianità, con la possibilità di cumulare gli importi del rapporto di lavoro subordinato a tempo parziale con il trattamento di pensione di anzianità ridotto per effetto delle ore lavorate, a condizione che il datore di lavoro assuma, anche a termine e con qualsiasi tipologia contrattuale, nuovo personale, ad incremento dell’organico al netto delle diminuzioni intervenute nell’anno

precedente, “per una durata ed un tempo lavorativo non inferiore a quello ridotto”. Tale disposizione, tuttavia, ha avuto, nel corso di questi anni, un impatto pressoché nullo.

La circolare amministrativa non ne parla, anche perché l’art. 9 del D. L.vo n. 61/2000 non è stato toccato ma si ritiene, per completezza di informazione, ricordare, a questo punto, anche la disciplina previdenziale prevista in via generale per i rapporti a tempo parziale.

La retribuzione minima oraria da assumere quale base di calcolo contributivo, si determina rapportando alle giornate di lavoro settimanale ad orario giornaliero il minimale giornaliero previsto dall’art. 7 della legge n. 638/1983 e dividendo l’importo per il numero delle ore di orario normale settimanale previsto dal CCNL per i lavoratori a tempo pieno. Sull’argomento, note esplicative sono state fornite dall’INPS con la circolare n. 36/2002 e, per quel che riguarda i lavoratori a tempo parziale soci di cooperative, con la circolare n. 247/1997.

Gli assegni per il nucleo familiare spettano per l’intera misura settimanale in presenza di una prestazione lavorativa non inferiore a ventiquattro ore settimanali, con eventuale cumulo delle ore prestate in più rapporti. In caso contrario spettano tanti assegni giornalieri per quante sono le giornate di lavoro effettivamente prestate, qualunque sia il numero delle ore lavorate nella giornata. Per quel che riguarda, invece, l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali va ricordato come la retribuzione da prendere in considerazione sia quella tabellare prevista per i lavoratori a tempo pieno, rapportata su base oraria.

Definizioni

Le modifiche introdotte con l’art. 46 hanno fatto sì che il nuovo articolo 1 del D.L.vo n. 61/2000 sia un po’ cambiato. Infatti, nota la circolare n. 9, come per “tempo pieno ci sia oggi la definizione fornita dall’art. 3, comma 1, del D. L.vo n. 66/2003: quaranta ore settimanali o l’eventuale minor orario normale fissato dai contratti collettivi applicati. Ad integrazione della stessa, il chiarimento amministrativo ricorda, poi, che si può definire come normale anche quell’orario, stabilito dall’autonomia collettiva, che faccia riferimento alla media delle quaranta ore settimanali su un arco temporale non superiore a dodici mesi. Per il resto, c’è da rimarcare come, rispetto al vecchio testo, non abbiano subito cambiamenti le definizioni di “tempo parziale” (orario di lavoro inferiore a quello normale), di “rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale” (riduzione di orario rispetto al normale orario giornaliero di lavoro), di “rapporto di lavoro a tempo parziale verticale” (attività lavorativa svolta a tempo pieno in alcuni periodi predeterminati dell’anno, del mese o della settimana), di “rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo misto” (attività lavorativa che si svolge con un orario frutto della combinazione tra orizzontale e verticale), di “lavoro supplementare” (lavoro svolto oltre l’orario di lavoro concordato ed entro il limite del tempo pieno).

La circolare n. 9, rimandando alla contrattazione collettiva l’eventuale individuazione del normale orario giornaliero, non prevista dal D. L.vo n. 66/2003, sottolinea come essa abbia valore soltanto per il lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale: infatti, il provvedimento appena citato pone limiti soltanto alla durata massima di quello settimanale (art. 4 – quarantotto ore comprensive dello straordinario) ed ai riposi giornalieri (art. 7 – undici ore consecutive).

Il nuovo testo dell’art. 1, comma 3, è cambiato e la circolare ministeriale non dimentica di rimarcarlo: in esso, è confermato il ruolo della contrattazione nazionale o territoriale delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative per determinare le condizioni e le modalità della prestazione lavorativa, anche per specifiche figure o livelli professionali, ma lo stesso è attribuito anche alle rappresentanze sindacali unitarie di azienda che però, a differenza di prima, prescindono dall’assistenza delle strutture “esterne”.

Le definizioni adottate dal Legislatore delegato e dalla circolare, ricollegate al D. L.vo n. 66/2003, impongono, ad avviso di chi scrive, una diversa qualificazione del lavoro supplementare e di quello straordinario sulla quale ci si intratterà successivamente.

Forma e contenuto

La circolare ribadisce che il contratto a tempo parziale va fatto per iscritto, ai fini della prova e deve contenere la durata della prestazione e la sua collocazione oraria con riferimento al giorno, alla

settimana, al mese ed all'anno. Nel contratto possono essere introdotte clausole flessibili od elastiche nei limiti contenuti nella legge. La mancanza di tali indicazioni non determina la nullità mentre l'eventuale assenza della forma scritta va vista alla luce anche di quanto previsto in materia sanzionatoria dall'art. 8, comma 1, del D. L.vo n. 61/2000. Qualora la scrittura risulti mancante è ammessa la prova per testimoni ex art. 2725 c.c. . Questo articolo, raccordandosi al comma 3 dell'art. 2724 c.c., afferma che essa è ammessa unicamente se "il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova". La giurisprudenza si è soffermata sul concetto di "perdita incolpevole" affermando che essa si verifica allorchè la condotta appare immune da imprudenza o negligenza e, d'altra parte, nessuna prova orale o presuntiva può essere presa in considerazione se prima la parte non abbia dimostrato di essere rimasta senza documento incolpevolmente.

La circolare n. 9 non ne parla, però, ad avviso di chi scrive, è opportuno ricordare come il rapporto a tempo parziale sia uno di quelli nei quali è prevista dall'art. 75 del D. L.vo n. 276/2003 la certificazione finalizzata a ridurre il contenzioso. La disposizione non è ancora operativa in quanto non sono stati emanati i provvedimenti ministeriali destinati alla creazione di organi di certificazione presso le Direzioni provinciali del Lavoro, presso le Province, presso gli Enti bilaterali e presso le Università: tali Enti saranno tenuti (art. 81) a fornire attività di consulenza ed assistenza alle parti. Senza andare in maniera approfondita sull'argomento, cosa che ci porterebbe lontano, vanno sottolineati alcuni punti essenziali della futura certificazione:

- a) essa dovrà avvenire su base volontaria: ciò significa che la richiesta scritta dovrà pervenire da ambedue i contraenti;
- b) la competenza territoriale è riferita (art. 77) alla circoscrizione in cui si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore;
- c) la procedura di certificazione (la cui fase istruttoria deve essere comunque effettuata dalle Direzioni provinciali del Lavoro) si dovrà concludere entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza;
- d) la procedura prevederà il coinvolgimento degli Enti pubblici interessati (es. INPS, INAIL, Agenzia delle Entrate, ecc.);
- e) l'atto di certificazione dovrà essere motivato ed indicare gli effetti correlati;
- f) gli atti della certificazione dovranno essere conservati fino a cinque anni dopo la eventuale scadenza;
- g) gli effetti dell'accertamento permarranno anche nei confronti dei terzi fino alla eventuale sentenza di merito che attesti il contrario;
- h) l'atto di certificazione, potrà essere impugnato, previo tentativo obbligatorio di conciliazione avanti all'organo certificatore per vizio nel consenso, per erronea qualificazione del contratto o per difformità tra il programma certificato e la sua successiva attuazione.

La circolare ricorda, poi, che l'art. 85, comma 2, del D. L.vo n. 276/2003 ha abrogato l'obbligo di inviare alla Direzione provinciale del Lavoro copia del contratto stipulato "ex novo" a tempo parziale entro i trenta giorni successivi alla stipula. Questa disposizione, in vigore dal 24 ottobre 2003 va messa in relazione con quanto previsto al punto 8 in materia di sanzioni: il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali richiama il principio di irretroattività delle leggi che prevedono sanzioni amministrative di cui all'art. 1 della legge n. 689/1981 con la conseguenza che continuano a trovare applicazione le sanzioni riferite alla violazione dell'obbligo di comunicazione alla Direzione provinciale del Lavoro se antecedenti, così come stabilito anche dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 16699 del 26 novembre 2002, già richiamata da altre note amministrative del Welfare. L'abrogazione del deposito del contratto, correlato sia alle disposizioni sulle clausole flessibili e su quelle elastiche, che ai chiarimenti contenuti al punto 6, fanno sì che gli organi periferici del Ministero non sono più destinatari di comunicazioni riferite sia alla trasformazione del rapporto da part time a tempo pieno che all'aumento o alla diminuzione della prestazione lavorativa dedotta nel contratto.

Il contratto a tempo parziale va comunicato al centro per l'impiego, come gli altri rapporti subordinati, entro i cinque giorni successivi all'assunzione, non essendo stato ancora emanato il modello unificato postulato dal D. L.vo n. 297/2002, attraverso il quale la comunicazione diverrà contestuale (o al massimo potrà essere posticipata al giorno successivo se avvenuta in orario serale

o notturno o durante una festività): questo ricorda la nota ministeriale. Per completezza di informazione va sottolineato come per effetto dell'interpretazione fornita con la circolare n. 37/2003 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali le nuove sanzioni amministrative connesse al ritardo nella comunicazione (ora, oltre i cinque giorni) previste dall'art. 19 del D. L.vo n. 276/2003 (da cento a cinquecento euro) si applichino a partire dal 24 ottobre 2003.

Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale

Lavoro supplementare

Partendo dalla definizione di lavoro supplementare, inteso come prestazione resa oltre l'orario concordato nel contratto individuale entro il limite del tempo pieno, la circolare n. 9 ne ricorda la piena applicazione sia al c.d. "part time orizzontale" che a tutte le ipotesi di contratto tempo determinato. Esso, tuttavia, può ipotizzarsi anche nel c.d. "contratto a tempo parziale verticale o misto" allorché la prestazione pattuita sia inferiore all'orario normale settimanale, fissato, in carenza di un'indicazione minore affidata alla contrattazione collettiva, in quaranta ore dal D. L.vo n. 66/2003.

Sono i contratti collettivi nazionali o territoriali a stabilire il numero massimo delle ore effettuabili (ma la circolare sottolinea come non venga predeterminato il periodo di riferimento) anche in relazione alle causali (che possono essere anche di tipo soggettivo), nonché le conseguenze relative al superamento del monte ore globale consentito dalla stessa autonomia collettiva: su questo punto, la nota amministrativa offre un chiarimento importante partendo dalla constatazione che nel nuovo testo non si parla di "contratto collettivo effettivamente applicato". Il datore di lavoro, qualora il proprio contratto non regolamenti il lavoro supplementare, potrà far ricorso alla regolamentazione di un altro contratto che lo disciplini.

Ma come va interpretato il comma 2 del nuovo art. 3, allorché parla di "conseguenze" in caso di superamento del monte ore? Esse possono essere anche di natura non economica come, ad esempio, trasformare le ore eccedenti in riposi compensativi.

In tale quadro va ricordato il comma 4 il quale prevede, in via generale, che i contratti collettivi possano prevedere una percentuale di maggiorazione sull'importo della retribuzione globale di fatto e che possano, altresì, stabilire un'incidenza convenzionale della retribuzione per lavoro supplementare sugli istituti indiretti e differiti.

La circolare ricorda, poi, l'avvenuta abrogazione sia delle disposizioni relative alla maggiorazione del 50% della retribuzione globale di fatto in caso di superamento dei limiti consentiti ed in assenza di una regolamentazione collettiva, che del c.d. "consolidamento" dell'orario di lavoro svolto non occasionalmente attraverso il rinvio alla contrattazione collettiva.

Il successivo comma 3, richiamato dalla circolare n. 9, afferma che il consenso al lavoro supplementare non è richiesto nell'ipotesi in cui sia previsto dalla contrattazione collettiva e che il rifiuto della prestazione non può, comunque, integrare gli estremi del licenziamento. Da tale assunto, ne consegue, tuttavia, che il rifiuto del lavoratore può integrare gli estremi per un provvedimento disciplinare. Ovviamente, in questo caso, entrano in ballo tutte le situazioni esimenti, il codice disciplinare e quanto richiesto dall'art. 7 della legge n. 300/1970 e dalle garanzie procedurali inserite nei contratti. Il fatto che sia possibile adottare sanzioni afflittive, con esclusione del licenziamento potrebbe portare, tuttavia, ad una sommatoria di provvedimenti nel biennio con la conseguente recidiva tale da arrivare alla risoluzione del rapporto di lavoro. Quindi, il rifiuto potrebbe avere una influenza, sia pure indiretta, su un licenziamento.

La carenza di una eventuale regolamentazione collettiva e l'abrogazione del limite del 10% rispetto all'orario concordato avvenuta per effetto dell'art. 46, comma 1, lettera e), comportano, secondo la circolare, la possibilità di lavoro supplementare, senza limiti, nel rispetto del tempo pieno, con il consenso del lavoratore acquisito in "libertà di forme" ed anche "per fatti concludenti", recepito, in via preventiva, all'inizio di un determinato periodo o di un turno. Ovviamente, in caso di carenza regolatoria collettiva l'eventuale rifiuto non costituisce il presupposto di alcun provvedimento disciplinare e, tanto meno, di licenziamento.

L'avvenuta abrogazione della disciplina transitoria individuata dal comma 15 dell'art. 3 del D. L.vo n. 61/2000, ha fatto venir meno, secondo la nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sia tutti i contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali che le conseguenti clausole individuali apposte, incompatibili con la nuova disciplina o stipulati sulla base della disposizione allora vigente. Il giorno di riferimento è il 24 ottobre 2003, data di entrata in vigore del D. L.vo n. 276/2003.

Lavoro straordinario

Partendo da quanto stabilito all'art. 46 del D. L.vo n. 276/2003, la circolare ricorda come il lavoro straordinario, possibile anche nelle ipotesi di contratto a termine, sia ammesso in caso di rapporto "verticale" o "misto", nei casi in cui sia stato raggiunto il tempo pieno settimanale. In caso contrario la variazione in aumento può essere gestita con il ricorso sia alle clausole elastiche che al lavoro supplementare.

Il lavoro straordinario è disciplinato dalla legge e dagli accordi collettivi in essere per i dipendenti a tempo pieno. Ciò significa che trova piena applicazione l'art. 6 del D. L.vo n. 66/2003.

Per l'acquisizione del consenso non è prevista alcuna esplicita forma.

Le riflessioni appena effettuate sia sul provvedimento normativo che sulla circolare esplicativa impongono una diversa lettura relativa alla gestione del lavoro supplementare e di quello straordinario nei rapporti a tempo parziale.

Ma andiamo con ordine.

Il lavoro supplementare è quello "corrispondente alle prestazioni lavorative svolte oltre l'orario concordato tra le parti ed entro il limite del tempo pieno" che, nella dizione fissata dall'art. 3, comma 1, del D. L.vo n. 66/2003 è pari a quaranta ore settimanali (o il limite minore fissato dalla contrattazione collettiva), mentre il lavoro straordinario è, fatta salva la previsione specifica dei contratti collettivi, quello che risulta definito dall'art. 5 del D. L.vo n. 66/2003: la prestazione di attività eccedente le quaranta ore settimanali. Va, peraltro, ricordato che il nuovo testo ha espressamente abrogato il riferimento, contenuto nel vecchio provvedimento "alle giornate di attività lavorativa" (art. 3, comma 5). Da ciò ne discende che l'articolazione di un rapporto a tempo parziale per otto ore per quattro giorni non possa comportare, in caso di superamento della prestazione quotidiana giornaliera, la qualificazione dell'ora o delle ore eccedenti come prestazioni straordinarie, atteso che, oggi, non c'è più una definizione di tempo pieno giornaliero ma di tempo pieno settimanale. Tale interpretazione appare possibile alla luce della circolare n. 9 la quale ammette che le prestazioni supplementari sono possibili anche nel part time verticale o misto quando "la prestazione pattuita sia inferiore all'orario normale" e che il lavoro straordinario è possibile "solo ove il tempo pieno settimanale sia stato raggiunto".

Da quanto appena detto emerge una considerazione: ci si trova di fronte ad una definizione di lavoro supplementare o straordinario riferita alle prestazioni a tempo parziale che è completamente diversa rispetto al passato.

Clausole flessibili

Il comma 7 dell'art. 3 del D. L.vo n. 61/2000 è stato completamente riscritto con una distinzione tra clausole flessibili e clausole elastiche, inseribili anche nei contratti a tempo determinato. Le prime si riferiscono alla variazione temporale della prestazione lavorativa (in sostanza, non c'è un aumento della prestazione), le seconde (applicabili ai rapporti a tempo parziale di tipo verticale o misto), possono consentire una variazione in aumento della durata della prestazione.

La circolare ricorda alcuni momenti fondamentali:

- a) la clausola flessibile può essere sottoscritta tra le parti all'atto dell'assunzione o anche successivamente: il lavoratore, qualora lo desideri, può farsi assistere da un rappresentante sindacale;
- b) il datore di lavoro non può variare "ad libitum" l'orario di lavoro stabilito contrattualmente: la dizione normativa riprende un concetto consolidato sia a livello dottrinario che giurisprudenziale secondo il quale in materia di prestazione quantitativa o di dislocazione oraria

rispetto a quella concordata è inibito al datore di lavoro il c.d. “ius variandi”, in quanto esse si inseriscono nell’oggetto della prestazione e come tali non possono essere variate senza il consenso di entrambe le parti. In sostanza, l’imprenditore non è “padrone” del tempo libero del lavoratore;

- c) la contrattazione collettiva individua le condizioni e le modalità di esercizio della variazione della collocazione temporale della prestazione;
- d) il preavviso legale ad un cambiamento della dislocazione oraria è, fatta salva la possibilità di termini diversi stabiliti contrattualmente, di due giorni lavorativi;
- e) la variazione della dislocazione oraria comporta specifiche compensazioni: la pattuizione collettiva è facoltizzata a prevedere maggiorazioni di natura retributiva;
- f) è stato abrogato il c.d. “diritto di ripensamento” previsto dalla vecchia disciplina che consentiva al dipendente, in presenza di alcune cause specifiche (esigenze di carattere familiare, esigenze di tutela personale della salute certificate da una struttura sanitaria pubblica, opportunità occupazionali sia di natura autonoma che subordinata), di ritornare al vecchio orario dopo cinque mesi dalla stipula.

Alla luce di tali premesse si ritengono opportune alcune riflessioni.

La prima riguarda il contratto collettivo effettivamente applicato. Anche in questo caso la circolare n. 9 ricorda che è scomparso il riferimento allo stesso. Ciò comporta la possibilità di far ricorso ad altro contratto collettivo, qualora quello normalmente seguito non preveda le clausole elastiche: ovviamente, nel contratto individuale ciò va citato espressamente per consentire al lavoratore l'immediata conoscenza di quel che va a sottoscrivere. In alternativa a tale strada le parti, in carenza di accordo riferibile all’autonomia collettiva, possono disciplinare con condizioni, modalità, forme e misura delle compensazioni, la clausola flessibile inseribile nel contratto individuale.

La seconda considerazione concerne il rifiuto del lavoratore. A differenza di ciò che si è detto per il lavoro supplementare, il rifiuto del prestatore, in questo caso, pur in presenza di accordo collettivo di disciplina, non integra gli estremi né per un provvedimento disciplinare, né per un licenziamento, sulla base delle considerazioni espresse circa l'impossibilità per il datore di lavoro di variare la prestazione senza il consenso dell'altra parte.

La terza riflessione è, per così dire, una apertura interpretativa verso una maggiore flessibilità. La circolare ricorda che non integrano gli estremi della clausola flessibile le previsioni contrattuali (anche aziendali) che nel determinare le prestazioni a tempo parziale, prevedano che le stesse possano essere programmate con riferimento a turni articolati su fasce orarie prestabilite in maniera tale che, ove recepita nel contratto individuale, risulti soddisfatto il requisito della puntuale indicazione della collocazione temporale della prestazione con riferimento all’arco temporale giornaliero, settimanale, mensile ed annuale. La norma sembra particolarmente attagliarsi ad alcuni settori come, ad esempio, quello della grande distribuzione.

Clausole elastiche

Le clausole elastiche che prevedono un ampliamento delle prestazioni sono riferibili, secondo l’art. 46, ai rapporti di tipo “verticale” o “misto”, atteso che per quello “orizzontale” l’aumento è possibile soltanto attraverso il ricorso al lavoro supplementare. Le disposizioni di riferimento sono, sostanzialmente, le stesse delle clausole flessibili (e ad esse si rimanda) ma la contrattazione collettiva deve regolamentare le condizioni e le modalità di esercizio del potere imprenditoriale di variare in aumento la prestazione. La nota ministeriale ricorda come, in linea di massima, la clausola elastica comporti un incremento definitivo della prestazione, pur essendo possibile che lo stesso possa essere temporaneo od eventuale.

La trasformazione del rapporto

La circolare n. 9 partendo dall’affermazione che il datore di lavoro ed il lavoratore possono liberamente accordarsi per trasformare il rapporto a tempo pieno e viceversa, quando vogliono, coglie l’occasione per affrontare e, definitivamente, chiarire alcuni aspetti che coinvolgono l’attività delle Direzioni provinciali del Lavoro in tema di convalida delle trasformazioni.

L'accordo di trasformazione tra le parti va stipulato in forma scritta e deve essere convalidato dalla Direzione provinciale del Lavoro competente per territorio: è questa l'unica modalità rimasta, atteso che è scomparso dal nuovo testo ogni riferimento all'assistenza del rappresentante sindacale aziendale che rendeva superflua la convalida dell'organo periferico del Ministero del Lavoro. E' rimasta, come si diceva, la convalida di quest'ultimo la quale, sostanzialmente, continuerà ad effettuarsi come in passato sulla base dei chiarimenti forniti con la nota n. 5/26805/SUB/PT/ del 5 giugno 2000, con i quali si sostenne che il provvedimento di convalida non ha la finalità di eliminare i vizi dell'atto emanato, bensì di verificare se la volontà manifestata dalle parti nell'atto di trasformazione corrisponda ad una volontà manifestata senza condizionamenti e se la trasformazione è avvenuta nel rispetto dei dettami contrattuali.

L'atto di convalida può intervenire anche successivamente alla stipula dell'accordo e non presuppone la presenza del lavoratore avanti al funzionario della Direzione provinciale del Lavoro: il chiarimento consente, finalmente, di togliere dubbi a quelle articolazioni periferiche del Ministero che pur in presenza di un testo chiaro già nella dizione del vecchio D. L.vo n. 61/2000 e delle successive note interpretative, richiedevano, costantemente, la presenza della lavoratrice al momento della convalida (come era previsto dall'art. 5 della legge n. 863/1984) e che ritenevano che quest'ultima dovesse intervenire prima della trasformazione.

La circolare coglie, poi, l'occasione per precisare che qualunque variazione successiva in aumento o in diminuzione dell'orario concordato non comporta alcuna convalida amministrativa (e, ad avviso di chi scrive, alcuna comunicazione alla Direzione provinciale del Lavoro, in quanto non prevista né per le clausole elastiche né per quelle flessibili).

Al momento non è prevista alcuna notifica al centro per l'impiego della trasformazione di un rapporto da tempo parziale a tempo pieno: quando sarà emanato il modello unificato previsto dal D. L.vo n. 297/2002, ciò dovrà avvenire, pena l'applicazione di una sanzione amministrativa da cento a cinquecento euro, entro i cinque giorni successivi. Ovviamente, con l'entrata in vigore di tale modulo, sarà possibile, in caso di sanzione per comunicazione avvenuta nei cinque giorni successivi al termine ultimo fissato (in sostanza, entro il decimo giorno dalla trasformazione), pagare, attraverso il c.d. "ravvedimento operoso" previsto dall'art. 19 del D. L.vo n. 276/2003, la sanzione in misura ridotta pari alla metà del minimo (cinquanta euro).

Il contratto individuale può prevedere, in caso di assunzione di personale tempo pieno, un diritto di precedenza in favore dei lavoratori assunti a tempo parziale in attività ubicate presso unità produttive del medesimo ambito comunale, adibito alle stesse mansioni o mansioni equivalenti. Qui la norma è profondamente cambiata e la circolare non manca di sottolinearlo. Non c'è più un diritto di precedenza riconosciuto dalla legge (con conseguenze di natura pecuniaria in caso di mancato rispetto), ma esso in tanto esiste in quanto contenuto nel contratto individuale sottoscritto, e se tale clausola individuale viene inserita la sua efficacia non travalica l'ambito comunale. Come si vede, la novità è grande soprattutto se si pensa che l'ambito di riferimento era di 50 Km dall'unità produttiva interessata (addirittura, nella prima versione del D. L.vo n. 61/2000, prima della modifica introdotta con il D. L.vo n. 100/2001, era di 100 Km) e che il datore di lavoro era tenuto a formulare una graduatoria (con carichi familiari, anzianità di servizio, ecc.) tra coloro che avevano presentato le istanze.

In caso di assunzione a tempo parziale il datore di lavoro ne deve dare tempestiva informazione ai lavoratori dipendenti a tempo pieno, anche con comunicazione scritta in luogo accessibile a tutti nei locali dell'impresa, ed a prendere in considerazione le eventuali domande di trasformazione, con il consiglio, di motivare adeguatamente l'eventuale rifiuto.

Computo dei lavoratori a tempo parziale

La circolare n. 9, riprendendo il contenuto del nuovo art. 6 del D. L.vo n. 61/2000, ricorda che i lavoratori a tempo parziale sono calcolati nel complesso del numero totale in proporzione all'orario svolto, rapportato al tempo pieno (quaranta ore settimanali o il minor orario fissato dal contratto collettivo): l'arrotondamento opera per le frazioni di orario eccedenti la somma degli orari individuali a tempo parziale corrispondente ad unità intere di orario a tempo pieno. Nel computo va considerato anche l'eventuale lavoro supplementare e quello prestato in virtù delle clausole

elastiche. Tutto questo si trova nel comma 1 e la disposizione si mostra estremamente necessaria in quelle ipotesi in cui dal calcolo dei dipendenti in forza discende l'applicazione di particolari istituti (si pensi, ad esempio, alla legge n. 68/1999, o alla legge n. 223/1991, o alla legge n. 108/1990 che è intervenuta sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, in base alla quale nella base di calcolo non rientrano i lavoratori con contratto a tempo parziale e determinato,).

Per completezza di informazione va ricordato che i contratti a termine di durata fino a nove mesi (e, quindi, anche quelli a tempo parziale), sono esclusi dalla base di calcolo per la presentazione del prospetto informativo ai fini delle assunzioni obbligatorie.

Rispetto al testo originario è stato soppresso il comma 2 con il quale si faceva eccezione alle norme sulla computabilità generale nel senso che solo ai fini dell'applicabilità della normativa sulle garanzie di natura sindacale (Titolo III della legge n. 300/1970) i lavoratori si calcolavano come unità intera a prescindere dalla durata temporale della loro prestazione.

Sanzioni

La circolare n. 9 dedica molta attenzione all'art. 8 del D. L.vo n. 61/2000 che è stato riscritto in alcune parti. Esso, che riguarda l'apparato sanzionatorio connesso alla violazione della normativa sul tempo parziale, fu oggetto, in passato, di alcune critiche da parte di chi ne sosteneva l'estrema puntigliosità e rigidità, sì da ritenere che lo stesso potesse, in sostanza, essere ritenuto come una "sentenza già scritta" in caso di ricorso giudiziale del lavoratore.

Prima di entrare nel merito della norma specifica, si ritiene opportuna una riflessione di carattere generale che prescinde dalla normativa specifica sul tempo parziale e che va allargata a tutta la legislazione lavoristica degli ultimi anni: si assiste ad una limitazione del potere sanzionatorio "diretto" dell'organo di vigilanza amministrativo (si pensi, ad esempio, all'abrogazione della legge n. 1369/1960 in base alla quale c'era una presunzione assoluta di illiceità dell'appalto, ai di fuori delle ipotesi consentite, con conseguente "caricamento" del personale, anche sotto l'aspetto delle sanzioni, all'appaltante, o alla normativa sui contratti a termine ove il possibile intervento sanzionatorio è residuale) in favore della libera iniziativa del soggetto il quale, se ritiene leso il proprio diritto lo deve far valere in giudizio o azionando, in alternativa, strumenti conciliativi o arbitrari.

Ma andiamo con ordine.

Il comma 1 è rimasto inalterato e, giustamente, rimarca la nota ministeriale, ciò è coerente con la permanenza del requisito della forma scritta "ad probationem". Conseguentemente, vanno richiamate, ad avviso di chi scrive, le riflessioni già effettuate, pocanzi, sull'argomento quando si è parlato della forma e del contenuto del contratto a tempo parziale, circa i limiti dell'ammissibilità della prova testimoniale ex art. 2725 c.c. .

Dalla mancanza di prova discende la possibilità per il prestatore di chiedere che il rapporto sia dichiarato a tempo pieno dal giorno in cui la forma scritta sia stata giudizialmente accertata, fermo restando il diritto alla retribuzione per le ore effettivamente lavorate.

Il successivo comma 2, parzialmente modificato per effetto dell'art. 46, comma 1, lettera r) del D.L.vo n. 276/2003, individua, in modo puntuale, alcune omissioni riferibili sia alla durata della prestazione che alla collocazione temporale.

La mancanza o l'indeterminatezza riscontrabile nel contratto scritto non ne determina la nullità.

Per quel che concerne la non precisa indicazione della durata, il lavoratore, agendo in giudizio, può ottenere la dichiarazione che il rapporto è a tempo pieno dalla data della sentenza, fermo restando il diritto alla retribuzione per la prestazione effettivamente svolta ed un equo risarcimento per il periodo antecedente la sentenza.

La carenza od indeterminatezza della collocazione oraria ha fatto sì che, come nel vecchio testo, sia stato necessario predeterminare alcuni criteri che il giudice dovrebbe porre alla base della eventuale pronuncia di merito: riferimento ai contratti collettivi in materia di clausole elastiche o flessibili per le modalità di svolgimento o, in mancanza degli stessi, percorrendo la "via equitativa", riferirsi alla situazione familiare, alla necessità di integrazione del reddito con altra attività di lavoro autonomo o subordinato, ed alle esigenze organizzative del datore di lavoro. La valutazione "equa" riguarda anche il risarcimento del danno che va corrisposto per il periodo precedente, oltre alla retribuzione

dovuta per l'attività svolta. La norma consente, altresì, di apporre clausole elastiche (aumento delle prestazioni o flessibili (variazione della dislocazione oraria)).

La circolare ricorda, inoltre, che qualunque controversia giudiziale relativa alle questioni sopra evidenziate può essere risolta facendo ricorso alle procedure conciliative ed arbitrali, alternative al giudizio di primo grado previste dai contratti collettivi di categoria o anche territoriali, sulla base delle previsioni contenute negli artt. 412 – ter e 412 – quater c.p.c. .

In ordine a quest'ultimo punto si rende necessaria una riflessione.

Nel meritevole intento di deflazionare il ricorso al giudice del lavoro, il Legislatore delegato (ma la cosa era già presente nel vecchio testo) sollecita, ancora una volta, le parti a trovare una soluzione definitiva (che, purtroppo, sovente, non è possibile attraverso il tentativo obbligatorio di conciliazione percepito, dalle parti, come inutile, per una serie di motivi che non è possibile approfondire in questa sede) con il ricorso a forme volontarie alternative. E' augurabile che ciò avvenga (ma le esperienze del passato non inducono all'ottimismo).

Nel "corpus" dell'articolato sono stati inseriti due nuovi commi il 2 –bis ed il 2 –ter con i quali si affermano due principi importanti:

- a) lo svolgimento di prestazioni elastiche o flessibili "di fatto" senza il rispetto della procedura prevista ai commi 7, 8 e 9 dell'art. 3 comporta, come conseguenza, il diritto del lavoratore, come è ovvio, alla retribuzione per le prestazioni svolte, ma anche una ulteriore somma a titolo di risarcimento del danno, il cui importo è rimesso alla determinazione del giudice;
- b) l'assenza di pattuizioni collettive (che, in base alle disposizioni, possono essere nazionali, territoriali od aziendali) non preclude al datore di lavoro ed al lavoratore la possibilità di concordare direttamente nel proprio rapporto clausole elastiche o flessibili.

I successivi commi 3 e 4 dell'art. 8 non hanno subito modificazioni ma, come rimarcato dalla nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, vanno letti alla luce della nuova regolamentazione del diritto di precedenza e della fine dell'obbligo di invio del contratto a tempo parziale stipulato "ex novo" alla Direzione provinciale del Lavoro.

Nel primo si parla di risarcimento del danno per violazione del diritto di precedenza alla trasformazione del rapporto da tempo parziale a tempo pieno: ora, il vecchio art. 5, comma 2 è stato abrogato e, in caso di violazione del diritto alla trasformazione, la sanzione, pari alla differenza tra l'importo della retribuzione percepita e quella che sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio nei sei mesi successivi, assume, ora, una valenza residuale, nel senso che trova applicazione nel caso in cui nel contratto individuale che può contemplare la precedenza in ambito comunale, sia stata omessa la predeterminazione del risarcimento in caso di mancato rispetto.

Il comma 4, invece, si deve ritenere implicitamente abrogato, atteso che la norma sanzionatoria traeva riferimento dall'obbligo di invio del contratto part time alla Direzione provinciale del Lavoro, cosa che non è più prevista dal 24 ottobre 2003 per effetto dell'abrogazione intervenuta con l'art. 85, comma 2, del D. L.vo n. 276/2003. Ciò non toglie, tuttavia, che trattandosi di un sanzione amministrativa (15,49 euro) per ogni giorno di ritardo dopo il trentesimo dalla stipula, la stessa non possa applicarsi per mancati invii il cui termine ultimo (trenta giorni dalla sottoscrizione) sia scaduto prima del 24 ottobre 2003. Sul punto, la circolare ricorda sia la previsione della c.d. "irretroattività delle leggi che prevedono sanzioni amministrative, secondo il dettato dell'art. 1 della legge n. 689/1981, che l'orientamento costante del giudice di legittimità, riportato, tra gli altri, nella sentenza della Corte di Cassazione n. 16699 del 26 novembre 2002.

Trasformazione del rapporto in favore di lavoratori affetti da patologie oncologiche

L'art. 46 del D.L.vo n. 276/2003 ha aggiunto al "corpus" del D. L.vo n. 61/2000 un ultimo articolo, il 12 –bis che, nell'ottica di una valorizzazione del rapporto a tempo parziale, ha introdotto una disciplina tesa a contemperare le esigenze di chi, lavoratore, si trova a vivere, purtroppo, momenti estremamente pesanti. Ci si riferisce al malato affetto da patologie oncologiche, con una ridotta capacità lavorativa, anche susseguente all'uso di farmaci salva vita. Ebbene, per costui, la cui disabilità deve essere accertata da una commissione medica istituita

presso l'azienda unità sanitaria locale competente per territorio, viene sancito un diritto finalizzato alla trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale o misto, con la possibilità che lo stesso, su richiesta del lavoratore, possa essere nuovamente trasformato a tempo pieno.

Par di capire sia dal testo normativo che dalla circolare esplicativa che in questo caso ci si trova di fronte ad una situazione del tutto particolare ove la dislocazione oraria della prestazione non sia "trattabile" tra le parti ma sia la diretta conseguenza dalla situazione sanitaria del lavoratore.

Modena, 24 marzo 2004

Eufranio MASSI

Dirigente della Direzione provinciale del Lavoro di Modena