



### ***Variazioni dell'orario di lavoro nel part-time: le ultime indicazioni della giurisprudenza***

a cura di Alessandro Rapisarda – Consulente del lavoro in Rimini

*Ogni variazione di un rapporto giuridico, fatto salvo la specifica previsione dell'esercizio dei diritti potestativi (vedi dimissioni), può essere effettuato solo con l'accordo esplicito delle parti. Nell'ambito dei rapporti di lavoro, e in particolare quelli che riguardano le prestazioni di lavoro subordinato, il termine "esplicito" deve essere considerato come la concreta evidenziazione delle volontà delle parti di modificare il rapporto giuridico. In linea generale, come per il contratto, il codice civile non prevede un obbligo di forma per le variazioni o le modifiche dei rapporti, fatto salvo il caso in cui il rapporto da modificare preveda espressamente, quale condizione costitutiva, una specifica forma. In tal caso, perché non si consideri inefficace, anche l'atto con cui si vorrà modificare il rapporto dovrà rispettare la medesima forma. Nell'ambito dei rapporti di lavoro l'esplicitazione della volontà delle parti diventa un elemento importante, in quanto l'ordinamento giuridico prevede particolari tutele a una delle due parti coinvolte nel rapporto obbligatorio, tali da determinare quel meccanismo giudiziario "di scambio di ruoli" meglio conosciuto come inversione dell'onere della prova. Ed è proprio per la prova, che la c.d. parte forte del rapporto di lavoro, cioè il datore di lavoro, si trova spesso nella necessità di dover documentare concretamente l'esistenza di un determinato rapporto di lavoro, anche quando questo non sia previsto espressamente dall'ordinamento.*

#### **Il rapporto di lavoro a tempo parziale**

Il lavoro a tempo parziale, anche detto *part-time*, consiste in un rapporto di lavoro subordinato, a tempo determinato o indeterminato, caratterizzato dallo svolgimento di attività per un orario stabilito dal contratto individuale di lavoro, che risulta essere inferiore rispetto a quello previsto dalla legge e dalla contrattazione collettiva, per i lavoratori a tempo pieno. La regolamentazione di questo istituto, a partire dall'anno 2000, è stata oggetto di diverse modifiche. Il legislatore italiano, nella necessità di recepire la direttiva n.97/81/CE, ha emanato il D.Lgs. n.61/00, modificato poi dall'art.46 del D.Lgs. n.276/03, con l'intento di rendere più flessibile l'utilizzo del rapporto a tempo parziale, abrogando l'intera disciplina contenuta nell'art.5 del D.L. n.726/84. Di tale D.L. rimangono comunque applicabili alcune norme che risultano compatibili con le previsioni legislative vigenti<sup>14</sup>. Le finalità del legislatore italiano sono desumibili dal testo della direttiva comunitaria, la quale appalesa l'intenzione crescente, all'interno dell'Unione Europea, di voler creare un mercato del lavoro più compatibile con la crescente necessità di un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori. D'altro canto la stessa direttiva contiene un chiaro intento di promozione verso "l'occupazione e la parità di opportunità tra donne e uomini" e richiama "l'esigenza di adottare misure volte ad incrementare l'intensità occupazionale della crescita, in particolare mediante un'organizzazione più flessibile del lavoro, che risponda sia ai desideri dei lavoratori che alle esigenze della competitività". Come poi vedremo, il legislatore nazionale nella costruzione "alchemica" del testo normativo del D.Lgs. n.61/00 si è sbilanciato più sull'aspetto delle tutele dei lavoratori che sulla flessibilità del rapporto di lavoro, rendendo poco appetibile l'utilizzo del rapporto di

<sup>14</sup> La disciplina di cui all'art.5 del D.L. n.726/84 rimane applicabile ai rapporti a tempo parziale stipulati prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n.61/00; sulla questione si veda anche la circolare Inps n.79/08.

lavoro a tempo parziale. L'intervento dell'art.46 della *c.d. Riforma Biagi* ha avuto il pregio di sciogliere alcuni "legacci" giuridici, in modo da rendere più flessibile questa tipologia di rapporto di lavoro, evitando però di comprimere le giuste tutele riconosciute ai lavoratori dipendenti. Il legislatore italiano è poi intervenuto nuovamente sull'istituto con la L. n.247/07, di attuazione del protocollo sul *welfare*, definendo i principi e i criteri direttivi che devono guidare il Governo nell'attuazione della delega per il riordino degli incentivi all'occupazione prevedendo, con riferimento all'istituto del *part-time*, incentivi per la stipula di contratti a tempo parziale con orario giornaliero elevato e agevolazioni per le trasformazioni, anche temporanee e reversibili, di rapporti a tempo pieno in rapporti a tempo parziale avvenute su richiesta di lavoratrici o lavoratori e giustificate da comprovati compiti di cura<sup>15</sup>. La legge, inoltre, lascia spazio alla contrattazione collettiva che, integrando la disciplina legale, regola in concreto il lavoro a tempo parziale. In relazione alla collocazione temporale della prestazione lavorativa convenuta, il lavoro a tempo parziale può assumere diverse forme (ex art.1, D.Lgs. n.61/00):

- ▶ "*rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale*" se la riduzione dell'orario di lavoro rispetto al tempo pieno è prevista in relazione all'orario normale giornaliero di lavoro;
- ▶ "*rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale*" se l'attività lavorativa viene svolta a tempo pieno, ma limitatamente a periodi predeterminati nel corso della settimana, del mese o dell'anno;
- ▶ "*rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo misto*" se si svolge secondo una combinazione delle modalità del *part-time* orizzontale con quello verticale. Il Ministero del Lavoro ha chiarito che tale rapporto di lavoro è stato esplicitamente ammesso dalla legge e non più previsto quale semplice possibilità dai contratti collettivi, come invece stabiliva l'originaria formulazione dell'art.1, D.Lgs. n.61/00<sup>16</sup>.

Le condizioni e le modalità della prestazione lavorativa del rapporto di lavoro a tempo parziale sono rimesse alla contrattazione collettiva nazionale, territoriale e aziendale. Come esplicitato in precedenza, le modifiche introdotte dal D.Lgs. n.276/03 hanno avuto il pregio di rendere più flessibile il rapporto di lavoro a tempo parziale, ma inspiegabilmente il contenuto riformatore della norma trova applicazione esclusivamente per il settore privato<sup>17</sup>. In ogni caso il contratto di lavoro a tempo parziale può essere stipulato dalla generalità dei lavoratori e dei datori di lavoro, compreso il settore agricolo. Inoltre, è possibile stipulare tale tipo di contratto con riferimento ad ogni ipotesi di contratto a termine, come ad esempio per le assunzioni a tempo determinato concluse ai sensi dell'art.8, L. n.223/91 con i lavoratori in mobilità ovvero per le assunzioni in sostituzione di maternità di cui al D.Lgs. n.151/01. Il rapporto a tempo parziale è compatibile con il **contratto di apprendistato**, qualora la peculiare articolazione dell'orario non sia di ostacolo al raggiungimento della finalità formativa tipica di questo contratto<sup>18</sup>. La disciplina del *part-time* è anche compatibile con la **qualifica di dirigente** nonché con lo *status* di lavoratore **socio di cooperativa**. Il rapporto a tempo parziale è, altresì, compatibile con il **contratto di somministrazione** di lavoro a tempo indeterminato o a tempo determinato, così come previsto dall'art.22, co.3-*bis* del D.Lgs. n.276/03, comma questo introdotto dall'art.6, D.Lgs. n.24/12.

### La forma contrattuale

Come anticipato, nel rapporto di lavoro il nostro ordinamento definisce una serie di tutele nei confronti di una delle parti coinvolte nell'obbligazione, in quanto la considera debole

<sup>15</sup> Art.1, co.32, L. n.247/07.

<sup>16</sup> Min.Lav., circ. n.46/01.

<sup>17</sup> Min.Lav., circ. n.9/04.

<sup>18</sup> Min.Lav., circ. n.46/01 e Min.Lav., circ. n.9/04.

rispetto all'altra. Questo meccanismo di tutela diventa più stringente quando il rapporto giuridico instaurato tra le parti potrebbe potenzialmente determinare, da parte del datore di lavoro, effetti lesivi nei confronti del lavoratore. Nel rapporto di lavoro a tempo parziale è rinvenibile questa tutela nella previsione della forma contrattuale, che è scritta ma solo ai fini della prova. Questa previsione normativa implicitamente determina, in sede giudiziale, l'inversione dell'onere della prova. Pertanto, ove manchi la forma scritta, è ammessa la prova per testimoni, nei limiti previsti dall'art.2725 c.c.. In difetto di detta prova, il lavoratore può chiedere in via giudiziale, o mediante le procedure di conciliazione o di arbitrato, la sussistenza di un rapporto a tempo pieno a partire dalla data in cui la mancanza di scrittura sia giudizialmente accertata. Il lavoratore ha comunque diritto alle retribuzioni per le prestazioni effettivamente svolte antecedentemente a tale data<sup>19</sup>.



Proprio per il suo valore di prova e non costitutivo (*ad substantiam*), l'**eventuale mancanza o indeterminatezza nel contratto scritto dell'indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario non comportano la nullità del contratto**<sup>20</sup>.

Tuttavia, il legislatore, al co.2 dell'art.8 della D.Lgs. n.276/03, ha previsto conseguenze che si differenziano a seconda che nel contratto manchi l'indicazione della durata della prestazione lavorativa ovvero la sua collocazione.

Nel **primo caso**, infatti, su richiesta del lavoratore, può essere dichiarata dal giudice la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla data della sentenza.

Nel **secondo caso**, invece, il giudice provvede a determinare le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale, con riferimento alle previsioni della contrattazione collettiva oppure in mancanza, riprendendo parzialmente i principi contenuti nella citata direttiva europea, con valutazione equitativa che tiene conto delle responsabilità familiari del lavoratore, della necessità che questi possa avere di integrare il reddito derivante dal rapporto a tempo parziale mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa nonché delle esigenze organizzative del datore di lavoro<sup>21</sup>.

In entrambe le ipotesi, per il periodo antecedente la pronuncia della sentenza, il lavoratore ha diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta, al risarcimento del danno.

Va comunque precisato che se, da una parte, il contratto di lavoro a tempo parziale deve stipularsi per iscritto ai soli fini della prova e, quindi, in esso vanno indicate puntualmente la durata della prestazione lavorativa e la collocazione temporale dell'orario con

<sup>19</sup> Art.8, co.1, D.Lgs. n.61/00.

<sup>20</sup> Min. Lav. Circ. n.46/01 e Min. Lav. circ. n.9/04.

<sup>21</sup> Direttiva Comunità Europea n.81/97 Allegato (principi generali punto 5) "considerando che le parti firmatarie del presente accordo attribuiscono importanza alle misure che facilitino l'accesso al tempo parziale per uomini e donne che si preparano alla pensione, che vogliono conciliare vita professionale e familiare e approfittare delle possibilità di istruzione e formazione per migliorare le loro competenze e le loro carriere, nell'interesse reciproco di datori di lavoro e lavoratori e secondo modalità che favoriscano lo sviluppo delle imprese".

riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno, dall'altra parte il Ministero ha chiarito che, nel caso di contratto *part-time* di tipo verticale, è sufficiente indicare le giornate in cui è prestata l'attività lavorativa e non anche la distribuzione dell'orario di lavoro<sup>22</sup>. I contratti collettivi possono determinare le condizioni e le modalità per l'esercizio del potere di variazione della collocazione temporale della prestazione rispetto a quella concordata inizialmente con il lavoratore, introducendo una clausola di tipo flessibile o di tipo elastico<sup>23</sup>. Il datore di lavoro è tenuto ad informare annualmente le rappresentanze sindacali aziendali sull'andamento delle assunzioni a tempo parziale, la relativa tipologia e il ricorso al lavoro supplementare. Il co.2 dell'art.85 del D.Lgs. n.276/03 ha abrogato l'obbligo di inviare alla Direzione Provinciale del Lavoro competente per territorio copia del contratto di lavoro a tempo parziale entro trenta giorni dalla sua stipulazione<sup>24</sup>.

### **Trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale**

Come anticipato nelle premesse, la variazione di un rapporto giuridico deve essere esplicitata dalle parti seguendo, per quanto concerne la forma dell'accordo, le medesime regole previste per la genesi del rapporto medesimo. Ai sensi dell'art.5, co.1, D.Lgs. n.61/00, su accordo delle parti risultante da atto scritto, è ammessa la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale. In tale ipotesi non è previsto l'obbligo di comunicazione entro cinque giorni al centro per l'impiego<sup>25</sup>. A decorrere **dal 1° gennaio 2012, data di entrata in vigore del co.4 dell'art.22 della L. n.183/11** (Legge di stabilità 2012), **non sussiste più l'obbligo di convalida, da parte della Direzione Territoriale del Lavoro (DTL), dell'accordo di trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale**. Non sono previsti obblighi di forma e di convalida in sede amministrativa, ma solo la comunicazione ai Centri per l'impiego, nell'ipotesi di trasformazione a tempo pieno di un rapporto a tempo parziale<sup>26</sup>. In particolare, alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in lavoro a tempo parziale hanno diritto i lavoratori affetti da patologie oncologiche, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa, anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita. La ridotta capacità lavorativa deve essere accertata da una commissione medica istituita presso l'azienda unità sanitaria locale territorialmente competente. A richiesta del lavoratore il rapporto di lavoro a tempo parziale deve essere nuovamente trasformato in rapporto di lavoro a tempo pieno<sup>27</sup>. In ultimo, la L. n.247/07, di attuazione del protocollo sul *welfare*, introduce 2 ipotesi in cui viene riconosciuta la priorità alla trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale:

- in caso di patologie oncologiche riguardanti il coniuge, i figli o i genitori del lavoratore o della lavoratrice, nonché nel caso in cui il lavoratore o la lavoratrice assista una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa, che assuma connotazione di gravità ai sensi dell'art.3, co.3, della L. n.104/92, alla quale è stata riconosciuta una percentuale di invalidità pari al 100%, con necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita;
- in caso di richiesta del lavoratore o della lavoratrice, con figlio convivente di età non superiore agli anni tredici o con figlio convivente portatore di *handicap* ai sensi dell'art.3 della L. n.104/92<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Min. Lav., interpello n.11/09.

<sup>23</sup> Art.3, co.7, D.Lgs. n.61/00.

<sup>24</sup> Min. Lav., nota n.16497/08.

<sup>25</sup> Min. Lav., circ. n.12/03.

<sup>26</sup> D.Lgs. n.181/00, art.4-bis, co.5; Min. Lav. circ. n.9/04.

<sup>27</sup> Art.12-bis, co.1, D.Lgs. n.61/00; Min. Lav, circ. n.9/04 e Min. Lav., circ. n.40/05.

<sup>28</sup> Art.12-bis, co.2 e 3, D.Lgs. n.61/00.

## Licenziamento del lavoratore che rinuncia alla trasformazione del rapporto di lavoro o alla variazione di orario

La trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale deve essere frutto di un accordo tra le parti, anche se l'ordinamento riconosce, in alcune ipotesi ben specifiche, un diritto potestativo in capo al lavoratore dipendente nel pretendere la riduzione dell'orario di lavoro. Lo stesso diritto, però, non è riconosciuto in capo al datore di lavoro.



Non a caso il rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro da *part-time* a tempo pieno e viceversa non costituisce per il datore di lavoro un giustificato motivo di licenziamento.

Questa posizione viene ribadita anche da una recentissima [sentenza della Cassazione del 4 settembre 2012, n.14833](#), esplicitando chiaramente che il rifiuto del lavoratore alla proposta del datore di lavoro di svolgere la prestazione lavorativa secondo nuovi orari nell'ambito di un rapporto a tempo parziale, non può essere considerato motivo sufficiente per giustificare il licenziamento. Nel caso di specie, oltretutto, la variazione del rapporto di lavoro non afferiva una trasformazione da tempo pieno verso un rapporto a tempo parziale, ma piuttosto di un lavoratore assunto con contratto *part-time*, che si era rifiutato di modificare il proprio orario di lavoro. Non è la prima volta che la giurisprudenza, anche di merito, si esprime sulla questione della trasformazione del rapporto di lavoro o sulla diversa collocazione dell'orario di lavoro disposta unilateralmente da parte del datore di lavoro, reputando che la collocazione temporale dell'orario di lavoro costituisca elemento essenziale del contratto a tempo parziale e, pertanto, possa essere modificabile solo mediante il mutuo consenso delle parti. Nel contratto *de quo*, la fondamentale natura bilaterale della volontà di procedere alla riduzione dell'orario di lavoro e alla collocazione della prestazione lavorativa in un determinato orario comporta che ogni modifica di dette determinazioni non possa essere attuata unilateralmente dal datore di lavoro in forza del suo potere di organizzare l'attività aziendale<sup>29</sup>. Inoltre l'elaborazione giurisprudenziale, riprendendo implicitamente i principi generali della direttiva europea n.97/81/C e l'assunto di cui all'art.36 Cost., stabilisce che il lavoratore non possa vedersi modificare senza il suo consenso la cadenza giornaliera e settimanale della prestazione lavorativa, per evitare anche l'aumento spropositato e imprevedibile dell'onerosità della prestazione lavorativa. Questa tesi giurisprudenziale in concreto sottende a salvaguardare la possibilità del lavoratore sia di programmare altre attività con le quali integrare il reddito lavorativo ricavato dal rapporto a tempo parziale sia di utilizzare il maggior tempo libero per il soddisfacimento di interessi personali e familiari<sup>30</sup>. Dalle elaborazioni giurisprudenziali appena commentate si evidenzia che le medesime ragioni che non consentono il potere del datore di lavoro di variare unilateralmente la precedente pattuita collocazione temporale della prestazione lavorativa ridotta determinano, altresì, l'inammissibilità di pattuizioni che attribuiscono al datore di lavoro un simile potere, violando così il diritto del lavoratore di conoscere *ab initio* l'esatta collocazione giornaliera e settimanale della prestazione<sup>31</sup>. Dalle interpretazioni giurisprudenziali e dall'ultima sentenza della Cassazione riportata, oltre alle riflessioni poste sin qui, si evince chiaramente che, **ancorché le parti possano stabilire di trasformare l'originario rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto parziale o viceversa, in ogni caso, il rifiuto da parte del lavoratore di trasformare il proprio**

<sup>29</sup> Cass. Sez. Lav. 22 marzo 1990, n.2382 e Corte App. Bologna 17 maggio 2007.

<sup>30</sup> Trib. Firenze 23 novembre 2001 e Trib. Milano 26 gennaio 2007.

<sup>31</sup> Trib. Firenze 23 novembre 2001.

**orario di lavoro non può legittimare un provvedimento di licenziamento, in quanto contrario al sinallagma funzionale del rapporto contrattuale**<sup>32</sup>. Non a caso sempre la giurisprudenza si è espressa determinando che il rifiuto del lavoratore assunto con contratto a tempo parziale di svolgere la prestazione nelle ore indicate dal datore a seguito di variazione unilaterale della distribuzione nell'arco della giornata, nonché l'assenza dal posto di lavoro nel diverso orario, non costituiscono mancanze tali da legittimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, difettando il requisito della proporzionalità<sup>33</sup>. Il concetto di orario di lavoro quale elemento pattizio del rapporto e, quindi, sinallagma funzionale dello stesso si rinviene in una sentenza del Tribunale di Latina:

*“nel rapporto di lavoro part time è illegittima la modifica dell'orario di lavoro attuata unilateralmente dal datore di lavoro per il fatto che la collocazione temporale della prestazione costituisce elemento essenziale del relativo contratto ed è, quindi, modificabile solo mediante il mutuo consenso delle parti; di conseguenza sia le sanzioni disciplinari sia il licenziamento comminati dal datore di lavoro per l'inosservanza dell'orario unilateralmente modificato sono illegittimi”*<sup>34</sup>.

Va inoltre evidenziato che il licenziamento di un lavoratore, intimato a seguito di un suo rifiuto a modificare il proprio orario di lavoro, **stante l'art.18 della L. n.300/70, così come novellato dalla L. n.92/12, potrebbe configurare anche un licenziamento nullo e quindi indipendentemente dall'applicabilità o meno della tutela reale, stante la nuova formulazione, si determinerebbe la sanzione della reintegra del lavoratore**. La Suprema Corte di Cassazione, infatti, sul punto ha avuto modo di affermare *che*

*“la previsione di nullità per il licenziamento discriminatorio (...) deve essere riferita, con le conseguenze sanzionatorie implicanti la tutela reale (ex cit. art. 18), anche a fattispecie di licenziamenti che, pur non direttamente corrispondenti alle singole ipotesi espressamente menzionate nelle suddette norme, siano determinati in maniera esclusiva da motivo illecito, di ritorsione o rappresaglia, e costituiscano cioè l'ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo - essenzialmente quindi di natura “vendicativa” - a fronte di un comportamento legittimo, e sotto ogni profilo corretto, posto in essere dal lavoratore (ad esempio, per far valere rivendicazioni anche a mezzo di iniziative giudiziarie) ed inerente a diritti a lui derivanti dal rapporto di lavoro, o a questo comunque connessi”*<sup>35</sup>.

Occorre precisare, dal punto di vista dell'onere della prova circa la discriminatorietà del licenziamento, che esso sarà integralmente a carico del lavoratore. **In questo contesto, il lavoratore dovrà provare la sussistenza di un nesso di causalità fra il licenziamento, le circostanze rilevanti in astratto a configurare la ritorsione e l'asserito intento di rappresaglia.**<sup>36</sup> Detta prova potrà essere fornita anche su base presuntiva laddove queste siano gravi, precise e concordanti<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> In diritto, il sinallagma è un elemento costitutivo implicito del contratto a obbligazioni corrispettive, quello cioè nel quale ogni parte assume l'obbligazione di eseguire una prestazione (di dare o di fare) in favore delle altre parti contraenti esclusivamente in quanto siffatte parti a loro volta assumono l'obbligazione di eseguire una prestazione in suo favore. La corrispettività consiste dunque in un rapporto di condizionalità reciproca tra le prestazioni. L'elemento in oggetto rappresenta il punto di equilibrio raggiunto dalle parti in sede di formazione del negozio giuridico nella congiunta volontà di scambiarsi diritti e obbligazioni attraverso lo scambio di una prestazione con una controprestazione. Il c.d. *sinallagma funzionale* è quello che attiene alla vita delle obbligazioni.

<sup>33</sup> Trib. Milano 30 marzo 2001.

<sup>34</sup> Trib. Latina 17 giugno 1997.

<sup>35</sup> Cass. 6 maggio 1999, n.4543 in Orient. giur. lav., 1999, I, 615; conforme Cass. 3 maggio 1997, n. 3837 in Mass. giur. lav., 1997, 614; Trib. Catanzaro 12 febbraio 2009.

<sup>36</sup> Cass. 14 luglio 2005, n.14816 in Orient. giur. lav., 2005, 3, 541; in Trib. Alba 2 novembre 2005.

<sup>37</sup> Cass. 15 novembre 2000, n.14753, in Giust. civ. mass., 2000, 2323.