

INDICE

IL LAVORO NOTTURNO

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA SUL LAVORO NOTTURNO.

1. Il lavoro notturno nell'art. 2108 del Codice Civile
2. Divieti di lavoro notturno: fanciulli, apprendisti e donne (cenni)
3. Intervento comunitario sulla disciplina del lavoro notturno
 - 3.1 La direttiva n. 104 del 1993 della Comunità Economica Europea
 - 3.2 La direttiva 93/104/Ce nel Lavoro Notturmo
 - 3.3 Verso una nuova disciplina del lavoro notturno: L. n.25 del 1999

CAPITOLO SECONDO

LA NUOVA DISCIPLINA DEL LAVORO NOTTURNO: DAL D.LGS. N. 532 DEL 1999 AL D.LGS. N. 66 DEL 2003.

1. Definizione di “Lavoro notturno” e di “Lavoratore Notturno”:
art. 2 del D.Lgs. n.532/1999

2. Campo di applicazione: art.1 del D.Lgs. 532/1999

3. La durata della prestazione lavorativa notturna: art. 4 del
D.Lgs. 532/1999

4. La tutela della salute dei lavoratori notturni e il diritto al
“trasferimento” al turno diurno nel caso di patologie derivate
dallo svolgimento di “lavoro notturno”

5. Riduzione dell’orario di lavoro e maggiorazione retributiva

6. Il ruolo della Contrattazione Collettiva

7. Gli sviluppi recenti: D.Lgs. n. 66 del 2003
 - 7.1 D.Lgs. n.66 del 2003: novità e confronto con la precedente normativa

CAPITOLO TERZO

IL LAVORO NOTTURNO PER LE DONNE

1. La legislazione Italiana sul lavoro notturno femminile: dalla legge n. 653 del 1934 all'art. 5 della legge n. 903 del 1977
 - 1.1 Le origini della legislazione sul lavoro delle donne in Italia
 - 1.2 Il divieto di lavoro notturno nel periodo fascista
 - 1.3 I principi costituzionali: parità, funzione familiare protezione della donna
 - 1.4 La parità di trattamento e il lavoro notturno femminile nella legge n. 903/77

2. Il lavoro femminile nel diritto comunitario e nel diritto internazionale
 - 2.1 La Direttiva n.207/76 sulla parità dei sessi e le lavoratrici notturne
 - 2.2 Un primo passo della Corte di Giustizia verso la soppressione del divieto di lavoro notturno per le donne: il caso "Stoeckel"
 - 2.3 Il contrasto fra diritto internazionale e diritto comunitario sulla questione del lavoro notturno femminile di fronte alla Corte di Giustizia

3. Rapporto tra fonti comunitarie e ordinamenti Nazionali
 - 3.1 Il contrasto tra la normativa italiana e direttiva comunitaria rende necessario l'intervento del legislatore
 - 3.2 La Commissione Europea sollecita il Governo italiano: un nuovo intervento della Corte di Giustizia in materia di lavoro femminile e l'inevitabile condanna dell'Italia

4. La modifica dell'art.5 L. n. 903/77:
il divieto di lavoro notturno delle lavoratrici madri e il non obbligo di lavoro notturno per le lavoratrici e i lavoratori con esigenze familiari e di cura

BIBLIOGRAFIA.

NOTA REDAZIONALE
La presente tesi si compone di 279 pagine

INTRODUZIONE

Il D.Lgs. 26 novembre 1999 n. 532, entrato in vigore il 5 febbraio 2000, e successivamente ridisegnato dal nuovo D.Lgs. n.66 dell' 8 aprile del 2003 reca disposizioni in materia di lavoro notturno ed è la conferma delle interrelazioni esistenti, per quanto concerne la materia in esame, fra istituti tutti annoverabili, in senso ampio, nell'ambito del diritto del lavoro ma che, peraltro, involgono una serie di riferimenti a profili normativi tra loro ben distinti.

Dalla lettura del nuovo testo di legge, che si apre con le disposizioni concernenti le definizioni di periodo notturno e di lavoratore notturno, il campo di applicazione e le limitazioni al lavoro notturno, il primo tema che viene subito in discussione è quello afferente l'orario di lavoro, le sue limitazioni e, conseguentemente, gli aspetti retributivi connessi all'effettuazione di una prestazione lavorativa che, indubbiamente è connotata da un particolare disagio rispetto a quella diurna.

D'altro canto, sulla scia della più recente normativa in materia di sicurezza ed igiene del lavoro prevede importanti disposizioni in materia di tutela della salute e di adozione di misure di protezione personale e collettiva.

Inoltre la tutela della salute – unitamente alle conseguenze di un eventuale pregiudizio dell'integrità psicofisica del lavoratore – viene presa in considerazione dal legislatore anche in una logica diversa, di conservazione del posto di lavoro, quando si prevede l'adibizione ad altre mansioni in caso di accertata inidoneità allo svolgimento di lavoro notturno.

Da ultimo, ma non per questo meno importante, un ampio spazio è riservato dal decreto alle relazioni sindacali ed all'autonomia collettiva, laddove sono previsti momenti di informazione, consultazione e di negoziazione.

Infine specifiche disposizioni concernono gli obblighi di comunicazione e l'applicazione di sanzioni.

Già da questo rapido *excursus* si può avere la consapevolezza della complessità della materia e dei collegamenti esistenti fra i diversi istituti, che esamineremo partitamene nel proseguo secondo una visione globale delle problematiche del lavoro notturno.

Salvo il caso in cui il lavoro notturno si configuri come un'esigenza imprescindibile in relazione al tipo di prodotto o servizio offerto e/o all'attività svolta ed al relativo ciclo produttivo, è evidente come un'azienda debba procedere ad un'attenta ricognizione dei propri flussi produttivi ed organizzativi prima di instaurare il lavoro notturno. E ciò prevalentemente per due ragioni.

La prima concerne le normali esigenze di redditività, o quanto meno di economicità, proprie di una struttura produttiva.

Il lavoro notturno, infatti, costituisce un notevole costo, vuoi per la maggiorazione retributiva che alla sua effettuazione consegue, vuoi anche per gli oneri (ulteriori) da sostenere al fine di garantire, come è giusto che sia, un livello di sicurezza consono alle particolari modalità di svolgimento della prestazione lavorativa.

Inoltre, e qui sovviene la seconda ragione più sociale, il lavoro notturno è un “costo” anche per il lavoratore che, dovendo faticare, per di più spesso da solo, quando altri riposano, indubbiamente riceve da subito un pregiudizio alla sua vita di relazione e presumibilmente, nel medio e lungo periodo subisce delle conseguenze anche per altri aspetti concernenti la salute.

Proprio in considerazione della particolare penosità, è stato affermato che “l’art. 2108 c.c. considera il lavoro notturno come una prestazione che richiede al lavoratore un maggior disagio e, quindi, uno sforzo maggiore rispetto alla normale prestazione diurna e che dà, conseguentemente, diritto ad un aumento di compenso rispetto a quest’ultima quando essa, per l’inesistenza di regolari turni di avvicendamento tra i prestatori d’opera, assuma carattere di straordinarietà, imponendo a determinati lavoratori soltanto l’onere di affrontare quel maggior disagio e di subire quella più intensa usura di energia. Da qui la necessità di introdurre delle previsioni che stabiliscono l’adibizione al lavoro notturno con priorità assoluta per quei lavoratori che ne facciano richiesta, tenendo conto delle esigenze organizzative aziendali e impongono accertamenti sanitari, preventivi e periodici, salvo procedere all’assegnazione di altre mansioni o altri ruoli diurni al lavoratore qualora sopraggiungano condizioni di salute che comportano l’inidoneità alla prestazione di lavoro notturno.

E' fondamentale notare che il D.Lgs. n. 532/1999 rappresenta nel nostro ordinamento giuridico il primo testo organico in materia di lavoro notturno.

Infatti, come vedremo meglio in seguito, fatte salve alcune isolate e specifiche disposizioni aventi ad oggetto particolari soggetti (donne e minori) o tipologie di attività, è mancato nel nostro quadro normativo di riferimento un provvedimento normativo unitario sulla materia in argomento.

I prodromi del cambiamento si hanno con la direttiva n.93/104/Ce del consiglio del 23 novembre 1993 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

Successivamente l'art.17, comma secondo, della L. 5 febbraio 1999 n. 25, recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, ha delegato il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi in materia di lavoro notturno.

Come è stato affermato viene introdotta, quindi, per la prima volta nel nostro ordinamento la figura del lavoratore notturno e la nozione di lavoro notturno in precedenza non disciplinata sul piano legale. Ciò in quanto il lavoro notturno era regolato prevalentemente dai contratti collettivi, in correlazione anche con la previsione dell'art.2108 c.c., comma secondo, che stabiliva solo l'obbligo, per il datore di lavoro, di corrispondere una maggiorazione retributiva nel caso di lavoro notturno non compreso in regolari turni periodici. Ne scaturisce che la tutela del lavoro e dei lavoratori notturni, che si incentra in particolare sulla salvaguardia psicofisica dei soggetti, quale risulta dal testo in esame, è sicuramente superiore a quella prevista dalla disciplina legale precedente.

Peraltro è doveroso segnalare che il lavoro notturno, proprio per la pluralità dei temi che coinvolge e per le implicazioni, anche sociali, che ne derivano, è sempre stato un argomento “spinoso” sul quale si è sempre preferito evitare e volare alto, salvo prevedere delle disposizioni minime di tutela, considerandolo, di volta in volta, o una forma residuale, per non dire marginale, di svolgimento della prestazione lavorativa ovvero riducendolo ad una fattispecie da tutelare soprattutto in termini retributivi, demandando all’autonomia collettiva le relative guarentigie di tipo economico.

Che questa sottovalutazione del fenomeno sia stata un errore è facilmente constatabile, dapprima pensando all’attenzione rivolta alla fattispecie da parte della normativa comunitaria e, successivamente, considerando la diffusione che il lavoro notturno sta assumendo in diverse realtà produttive, vuoi anche in relazione alla modernizzazione del mondo del lavoro che, grazie all’evoluzione dei sistemi di comunicazione, sta gradualmente determinando l’abbattimento delle barriere opposte dai fusi orari per l’esigenza di operare “on line” tra lavoratori addirittura di continenti diversi.

CAPITOLO PRIMO

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA SUL LAVORO NOTTURNO

1 - Il lavoro notturno nell'art.2108 del Codice Civile.

Il lavoro, inteso come la messa a disposizione d'energie fisiche ed intellettuali dell'uomo per la creazione di nuova ricchezza, costituisce un elemento essenziale della vita di relazione e un fattore imprescindibile, quanto perenne del progresso civile¹.

Tra i principi fondamentali della Costituzione, in conformità alla solenne enunciazione dell'art.1 "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro", all'art.4 Cost. si legge che "la Repubblica riconosce a tutti i cittadini, il diritto al lavoro e promuove tutte le condizioni che rendano effettivo questo diritto". Con questa disposizione si è voluto riconoscere al singolo sia il diritto che siano realizzate le condizioni per ottenere un'occupazione stabile e adeguatamente retribuita (art.36 Cost.) sia il diritto a svolgere liberamente e senza condizionamenti esterni l'attività lavorativa prescelta. Al diritto al lavoro, riconosciuto dal 1° comma dell'art. 4 Cost., corrisponde il dovere del lavoro stabilito dal 2° comma: ”

¹ Cfr. SCOGNAMIGLIO R. "Diritto del lavoro", Napoli 2000.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società”.

Sono queste le prime fondamentali disposizioni che la Costituzione dedica al lavoro, riconoscendo ad esso la concreta ed efficace rilevanza d'attività socialmente utile e come tale oggetto di specifica tutela.

La prestazione lavorativa² alle altrui dipendenze s'identifica, e si caratterizza, per la sua dimensione temporale. Infatti il prestatore pone al servizio del datore di lavoro le sue energie psicofisiche, così offrendogli la disponibilità del suo tempo, entro dei limiti che devono essere stabiliti in considerazione degli interessi dell'azienda e del personale dipendente, inerenti all'espletamento della prestazione lavorativa³. La tutela dell'integrità del lavoratore e la realizzazione della sua vita familiare e sociale esigono principalmente la fissazione di questi limiti temporali, nell'ambito della giornata e della settimana.

La determinazione dell'orario (massimo normale) di lavoro costituisce, fino da tempi remoti, un classico campo di intervento della legislazione sociale⁴.

² Nel contratto di lavoro subordinato l'obbligazione di lavorare consiste nella prestazione di un'attività continuativa per un certo numero di ore o, più comunemente, di un'attività soggetta a pause(giornaliere, settimanali, annuali). La prestazione di lavoro è definita come “prestazione di durata” (destinata cioè a durare fino a che non si estingue l'obbligazione); è una prestazione complessiva, articolata in una somma di prestazioni successive, autonome ma non separate. La prestazione lavorativa si articola in ore di lavoro, la cui somma giornaliera costituisce la “giornata lavorativa”.

³ Cfr. SCOGNAMIGLIO R. “Diritto del lavoro”, Napoli 2000.

⁴ Cfr. PERA “Lezioni di diritto del lavoro”, Roma, 1977, pp. 517.

Nella storia del nostro, come di altri paesi capitalistici, la limitazione della giornata lavorativa (le “otto ore” della fine del secolo scorso), nasce come rivendicazione operaia, organicamente collegata alla richiesta di aumenti salariali, di diminuzione della disoccupazione; una rivendicazione che si fa tuttavia pressante solo quando le organizzazioni, che i lavoratori si sono date, acquistano la capacità di guidare le lotte, che la precedente disorganizzazione avevano destinato alla sconfitta ⁵. La conquista di una legge limitativa dell’orario di lavoro è stata, in Italia, più faticosa che in altri paesi industrializzati ⁶. Di limitazioni dell’orario di lavoro si cominciò a parlare, nel nostro paese ⁷, intorno alla metà del secolo scorso, nel quale il legislatore si è interessato di tale disciplina per conciliare gli interessi della classe lavoratrice (tendente ad ottenere riduzione dell’orario giornaliero di lavoro senza l’eventuale riduzione della retribuzione) e degli imprenditori (tendenti a prolungare la giornata di lavoro, per la migliore utilizzazione degli impianti e l’aumento della produzione).

La fonte primaria dalla quale discende la tutela legislativa dell’orario è costituita dall’art.36 Cost., comma secondo e terzo, il quale stabilisce che “la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite e non può rinunziarvi”.

⁵ Nel 1889 i due congressi socialisti internazionali di Parigi, che stabilirono la celebrazione del I° maggio, fissarono come obiettivo, realizzabile anche dai regimi borghesi dell’epoca, la fissazione della giornata lavorativa di otto ore, per mezzo di una legge internazionale.

⁶ Cfr. BALLESTRERO M.V. “Orario di lavoro”, in Enc.dir., XXX, Milano, 1980, pp. 618 ss.

⁷ Se la limitazione dell’orario di lavoro fa parte della storia più antica della legislazione sociale, ne fa parte però come protezione legale di una particolare (per quanto estesa) categoria di lavoratori: i più deboli e i più sfruttati. Diversa, per significato politico ed implicazioni economiche, era invece la questione della riduzione generalizzata dell’orario di lavoro (le otto ore), sollevata dagli operai con le loro lotte, e attraverso le loro organizzazioni anche internazionali.

Vengono poi le disposizioni di cui agli art. 2107, 2108, 2109 c.c., i quali riguardano l'orario, il lavoro straordinario e notturno, il periodo di riposo; ed infine le disposizioni portate da leggi speciali⁸.

Può accadere, che il lavoratore viene ad essere assoggettato ed obbligato dall'imprenditore (che si avvale del suo potere organizzativo) all'esecuzione di prestazioni, dell'attività inerente alle mansioni, che vanno oltre il normale orario di lavoro giornaliero o settimanale⁹, oppure cadenti in periodi della giornata o in giorni della settimana, che sarebbero di riposo o festivi (art.2109c.c.).

Il Legislatore del Codice Civile, movendo da tale presupposto ha voluto affrontare e, se possibile, risolvere il problema nell'opportunità di garantire all'imprenditore¹⁰ un certo margine di flessibilità e d'elasticità nell'organizzazione produttiva, senza correre il rischio di un'usura eccessiva di tipo psico-fisico delle energie del lavoratore¹¹. Rientra, quindi, nel potere discrezionale dell'imprenditore determinare il prolungamento dell'orario normale di lavoro nei limiti stabiliti dall'art. 5 del D.L. n.692 del 1923 e dai contratti collettivi¹².

⁸ I testi legislativi più importanti riguardanti la disciplina dell'orario di lavoro sono i seguenti: il R.D.L. 15-03-1923, n.692, relativo alla limitazione dell'orario di lavoro per gli operai ed impiegati delle aziende industriali e commerciali di qualunque natura; il regolamento per l'applicazione del citato decreto, approvato con R.D. 10-09-1923, n. 1955; il regolamento per l'applicazione ai lavoratori delle aziende agricole del Regio Decreto n. 1955 del 1923; il R.D., n.1957, che approva la tabella indicante le occupazioni richiedenti un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia, alle quali non è applicabile la limitazione di orario sancita nell'art.1 Regio Decreto-legge n.692 del 1923; la tabella indicante le occupazioni che richiedono un lavoro un lavoro discontinuo o di semplice attesa o di custodia, approvato con R.D. 6-12-1923, n.2657; la L. 26-04—1934, n. 653, per la tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli (art. 12 e 19); il R:D:L 29-05-1937, n.1768, concernete la riduzione della settimana lavorativa a 40 ore; la L. 30-10-1955, n. 1079, portante modifiche alla precedente disciplina legislativa.

⁹ Cfr. SANTORO – PASSARELLI “Nozioni di *Diritto del Lavoro*” pp. 206 ss.; CARINCI F. “*Diritto del Lavoro*” pp.188 ss.;

¹⁰ App. Torino, 30 novembre 1934 in Foro it., Rep. 1935, voce Lavoro [Reg. ind.], n.240; 19 febbraio e 28 maggio 1937 id., Rep. 1937, voce cit., n .346 e 347; Cass., 16 dicembre 1954 in Riv. Giurd. Lav., 1955, II,102.

¹¹ Cfr. ZANGARI G. “*Del Lavoro*” (Art.2099-2114), UTET, Torino 1993, pp.459 ss.

¹² I limiti dell'orario massimo di lavoro fissati dai contratti collettivi non potranno mai eccedere quelli fissati dalla legge (ove la legge disponga), e vincoleranno i soli destinatari dei contratti stipulati dalle associazioni sindacali di fatto.

In relazione all'orario di lavoro, vanno considerate anche le prestazioni date nei giorni in cui il lavoratore dovrebbe godere del riposo settimanale, consistente questo in 24 ore continue e ricadenti, di regola, di domenica o, se non è possibile per l'attività a regime continuo o stagionale o di pubblica utilità, in qualche altro giorno della settimana; nonché le prestazioni date nelle ore di notte, per la cui determinazione non vi è legge speciale, ma di regola provvedono le convenzioni e i contratti collettivi.

Un primo intervento, di carattere prettamente economico, è stato fornito dall'art.2108 c.c. del 1942, il quale dispone che:

“In caso di prolungamento dell'orario normale, il prestatore di lavoro deve essere compensato per le ore straordinarie con aumento di retribuzione rispetto a quella dovuta per il lavoro ordinario.

Il lavoro notturno non compreso in regolari turni periodici deve essere parimenti retribuito con una maggiorazione rispetto al lavoro diurno.

I limiti entro i quali sono consentiti il lavoro straordinario e quello notturno, la durata di essi e la misura della maggiorazione sono stabili dalla legge (o dalle norme corporative) ”.

Da tale articolo risulta che i Compilatori del C.C. si sono limitati, con la disposizione ad offrire un'essenziale risoluzione di lavoro straordinario e lavoro notturno e a prevedere il diritto del lavoratore all'aumento di retribuzione, senza, però fissare i limiti di durata e le modalità d'esecuzione delle prestazioni eccedenti l'orario normale di lavoro¹³.

¹³ Mag. Lav. Roma, 30 luglio 1934 in Mass. Giur. Lav., 1934, pp.565 ;

In realtà, l'art.2108 c.c., ha confermato espressamente, pur senza nominarla o richiamarla, la disciplina speciale già fornita sul lavoro straordinario, dall'art.5 del r.d. - 15 marzo 1923, n.692¹⁴, convertita nella L.17 aprile 1925, n.473, a tutt'oggi in vigore, tranne che per le imprese industriali (L.27 novembre 1998, n.409)¹⁵.La regolamentazione contenuta nell'art.5 è, infatti, chiaramente presupposta dalla disposizione del Codice e si integra con essa, formando un unico "corpo normativo". Per effetto del quale costituisce lavoro straordinario quello che implica una protrazione, o un prolungamento (concordato tra le parti) del tempo continuativo ed effettivo di lavoro stabilito dalla legge o, in mancanza, dal contratto collettivo¹⁶.

Numerosi contratti collettivi dispongono anche che, salvo giustificato motivo, il prestatore d'opera non può, di regola, rifiutarsi di compiere un lavoro straordinario che sia richiesto entro i limiti stabiliti dalla legge e dalla disciplina di categoria¹⁷.

Normalmente il lavoro non deve prolungarsi oltre il limite massimo delle otto ore giornaliere, così come il lavoro deve svolgersi - in via normale - durante il giorno, non specificando nelle nostre leggi il periodo della giornata in cui deve effettuarsi.

¹⁴ La suddetta disposizione, consentiva l'esecuzione del lavoro straordinario (oltre le 48 ore) solo "in casi di eccezionali esigenze tecnico-produttive e di impossibilità di fronteggiarle attraverso l'assunzione di altri lavoratori". La norma stabiliva, inoltre, un obbligo di comunicazione all'Ispettorato del lavoro dei motivi che avevano determinato il ricorso al lavoro straordinario e riconosceva all'organo di vigilanza un potere inibitorio nei confronti del datore di lavoro ove non fossero ritenute sussistenti le condizioni per la sua effettuazione.

¹⁵ Il d.l. 29 settembre 1998, n.335, convertito con modificazioni nella L. 27 novembre 1998, n.409, ha modificato integralmente la disciplina sul lavoro straordinario abolendo il divieto di lavoro straordinario riformulando il testo dell'art. 5 bis (r.d.l. n. 692 del 1923, introdotto dalla l. n. 1079 del 1955).

¹⁶ Cfr. ZANGARI G. "Del lavoro" (Art. 2099-2114 c.c) UTET, Torino 1993, pp.459 ss.

¹⁷ Cfr. GIUSTINIANI "Orari e riposi", in Trattato dir. lav., II, pp. 257; D'EUFEMIA "Orario e riposi", id., III, pp. 183. Contr. tuttavia, DE LITALA, "Contratto di lavoro", pp.348; Cass., 4 agosto 1936 in Giur.Lav., 1936, 524.

Infatti, nell'arco della giornata sono escluse, di regola, le ore della tarda sera e della notte, dedicate al riposo o al sonno, ma particolari situazioni o esigenze tipiche di talune attività aziendali richiedono che il dipendente presti la sua opera in tutto o in parte anche nelle ore notturne.

In considerazione dell'esistenza di queste ragioni, la legge, nonostante la naturale propensione a far coincidere la pausa giornaliera con il periodo notturno, comunque non vieta (se non per alcune categorie¹⁸) il lavoro notturno, ma si limita invece ad attribuire il diritto del lavoratore ad essere compensato del maggior sforzo e del maggiore disagio che sopporta.

Con l'articolo 2108 c.c., si esclude il diritto del lavoratore alla maggiorazione della retribuzione solo quando il lavoro notturno si espliciti in turni periodici¹⁹.

Per lavoro a turni s'intende comunemente un'attività, nella produzione e nei servizi, che è svolta nell'alternanza fra lavoro diurno e lavoro notturno. Questo tipo di lavoro comprende una gran varietà di schemi d'orario di lavoro notturno, da non confondere con l'orario di lavoro notturno, che è l'attività svolta esclusivamente di notte²⁰. Per "notte" s'intende in genere il periodo di tempo che intercorre tra le 22 e le 6, ma per quanto concerne il lavoro notturno, il periodo considerato notte è di durata varia.

¹⁸ Cass., 26 gennaio 1943 e 4 maggio 1943, in Foro it., Rep. 1943-45, voce Lavoro [Rapp. di], n.148 e 151;

¹⁹ Cass., 4 maggio 1981, n. 2715, in R.G.L, 1981, II, 563;

²⁰ Cfr. CORRADI L. "Il tempo rovesciato, quotidianità femminile e lavoro notturno alla Barilla", Franco Angeli, Milano, 1994.

La legge non fissa i termini di durata della notte, tranne che per il lavoro d'alcune categorie di lavoratori: dei fanciulli e degli adolescenti, nonché delle donne.

Mentre nel primo caso, cioè nel lavoro notturno a turni, la maggiorazione non è dovuta (ma i contratti collettivi di categoria spesso lo prevedono), nel secondo caso, cioè per il lavoro notturno, la maggiorazione è dovuta quale compenso della particolare gravosità del lavoro²¹.

Nell'art.2108 c.c., il Legislatore non ha fissato né un minimo inderogabile, né un massimo della maggiorazione²², confermando, così implicitamente la misura minima del 10% già stabilita dall'art.5 del r.d.l. n.692/1923²³.

Nel lavoro straordinario, l'idea che il lavoratore debba ricevere un proporzionato aumento di retribuzione, rispetto alla paga base erogatagli per il tempo normale di lavoro, si giustifica, in primo luogo, per l'effettuazione delle prestazioni supplementari. Tale prolungamento della durata del lavoro normale od ordinario, comporta un evidente ed accentuato dispendio d'energie psico-fisiche del lavoratore, che presuntivamente è già provato al termine dell'orario giornaliero e, comunque, per effetto dell'allungamento della prestazione, è costretto a sottrarre uno spazio al tempo libero o alla pausa del riposo.

²¹ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Orario di lavoro" in Enc.Dir.,vol.XXX, Giuffrè, Milano, pp.618.

²² Il diritto alla maggiorazione per lavoro notturno, previsto dall'art.2108, co. 2, ha carattere inderogabile. Di conseguenza, è radicalmente nullo ogni accordo individuale o collettivo che escluda o limiti il predetto diritto per chi presta lavoro notturno. Cass. 3 luglio 1992, n.8129, Gi, 1993,I,556; AC, 1992, 1166 – Cass. 16 febbraio 1985, n. 1329, NGIL, 1985, 525 – Cass., 11 dicembre 1984, n.6527, G.I, 1985,I,1242;

²³ Cfr. SPOLVERATO G."Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno" in Dir. Prat. Lav. n. 47/2000, pp. 3084 ss.

In secondo luogo, l'effettuazione dello straordinario sottende un aumento della produttività aziendale e comporta, in ogni caso, un risultato più vantaggioso per l'impresa (poiché in caso contrario, dovrebbe aumentare il numero dei dipendenti già in forza all'azienda). Si tratta, perciò, di due elementi concorrenti, che giustificano pienamente la previsione della maggiorazione retributiva a favore del lavoratore.

Per quanto riguarda il lavoro notturno, la disposizione si accontenta di prevedere il diritto del lavoratore ad un compenso aggiuntivo, con un criterio sostanzialmente identico a quello adottato per la remunerazione del lavoro straordinario ²⁴. E' così che il codice civile, in parallelo con la disciplina dello straordinario, si limita a prevedere (art.2108, comma 3°) che il lavoro notturno non ricompreso in regolari turni periodici dà diritto ad un aumento della retribuzione, rinviando tuttavia ad una apposita legge, mai intervenuta fino ad ora, o alle pattuizioni collettive (corporative) la determinazione della misura dell'aumento. L'ottica da cui muove il legislatore del 1942 è dunque quella della tendenziale equiparazione fra lavoro straordinario e notturno, poiché è solo il lavoro prestato al di fuori dei turni (e dunque tendenzialmente straordinario, perché non previsto dall'orario consueto) che dà diritto alle maggiorazioni, mentre se il turno viene fissato fin dall'inizio avvicinando lavoro diurno a notturno nessuna maggiorazione viene riconosciuta ²⁵.

²⁴ Cfr. ZANGARI "Del lavoro" (art.2099 – 2114), UTET, Torino 1993, pp.459 ss.;

²⁵ Cfr. FERRANTE V. "La disciplina del lavoro notturno", in Nuove leggi civili commentate, 2000, pp.534 ss.

Ciò, evidentemente, sulla base dello stesso presupposto che l'effettuazione del lavoro nell'arco temporale della notte presenti un maggior grado di penosità o gravosità rispetto a quello prestato nel corso del normale orario di lavoro giornaliero²⁶.

Neppure prevede una misura specifica di maggiorazione, per tale forma di "straordinario", con la conseguenza che deve applicarsi anche qui, ove occorra, la percentuale del 10% di cui all'art.5 del d.l. n.692/1923 cit. Ma in materia provvedono di regola i contratti collettivi²⁷ di categoria o aziendali, determinando la maggiorazione per il lavoro notturno in misura superiore a quella prevista per il lavoro straordinario feriale, salvo a differenziarne talora l'entità con riferimento ai diversi periodi della notte. Inoltre è prevista una maggiorazione di entità superiore rispetto alla retribuzione del lavoro ordinario (diurno), per il lavoro notturno effettuato secondo regolari turni periodici. Di solito i contratti collettivi (delle categorie interessate) dispongono che anche in tal caso il lavoro notturno debba essere remunerato con una maggiorazione (per le ore che cadono di notte), in misura sensibilmente inferiore però a quella prevista per il lavoro notturno fuori turno, nonché per il lavoro straordinario diurno.

²⁶ Così da ultimo, Cass., 7 agosto 1998, n.7770, in Mass., 1998; Trib. Milano, 24 luglio 1996, in lav. giur., 1997, pp. 72, Cass., 25 febbraio 1995, in Riv.it.dir.lav., 1995, II, pp. 864 con nota di Bolego.

²⁷ La maggiorazione retributiva, peraltro, è tenuta al rispetto del principio di adeguatezza sancito dall'art.36 Cost., poiché tale maggiorazione, costituisce un'integrazione della retribuzione relativa ad una particolare modalità delle prestazioni fornite dal dipendente. Cass. 16 febbraio 1985, n.1329, NGIL, 1985, 525;

In definitiva la maggiorazione retributiva per il lavoro notturno deve tuttavia essere tenuta nettamente distinta da quella per il lavoro straordinario; mentre, infatti, quest'ultima è destinata a compensare il progressivo stress derivante al prestatore dall'aumento dell'estensione temporale del lavoro, la prima è destinata a compensare il disagio derivante dall'anomala collocazione temporale. Proprio per questo vi sono poi normative speciali che regolano e vietano il lavoro notturno per particolari categorie di lavoratori ²⁸.

Veniva perciò dettata una disciplina "minimale", la quale sarà integrata, anche dalla giurisprudenza, ferma nell'imporre, sempre al pari del lavoro straordinario, la consensualità della prestazione notturna, nonché a riconoscere il diritto alla maggiorazione retributiva ²⁹.

²⁸ Cfr. ZANGARI G: "Del Lavoro" (Art.2099-2114),UTET,Torino 1993, pp. 459 ss., DELLA CIANA commento all'art.2108cc.;

²⁹ Cass. 3 luglio 1992, n. 8129, in Giur. It., 1993,I,1, pp. 566; Cass. 16 febbraio 1985, n. 1329, in Not. Giur. Lav.;

2 - Divieti di lavoro notturno: fanciulli, apprendisti e donne (Cenni).

Nel nostro ordinamento non esiste un generale divieto di lavoro notturno, ma solo talune limitazioni, che riguardano particolari categorie di lavoratori subordinati: per i fanciulli e gli adolescenti, il lavoro notturno è vietato dalla L.17 ottobre 1967 n.977, art.16 e art.17, successivamente modificato dal D.Lgs. 345/1999; per gli apprendisti dalla L.19 gennaio 1955 n.25, art.10; per gli addetti alla produzione del pane e delle pasticcerie dalla L. 22 marzo 1908 n.105, art.1 (marginalmente modificato dall'art.1 della L. 11 febbraio 1952 n.63)³⁰ e infine anche per le donne dal R.D. 653/1934, poi modificato con l'art. 5 della L. n.903/1977.

Il contenuto di tutte le norme citate consiste in un divieto di lavoro notturno; ciascuno di esse dà tuttavia una definizione dell'arco di tempo considerato come notte, la cui estensione può variare.

Un primo esempio Italiano di legislazione sociale è la L.11 febbraio 1886 sul lavoro dei fanciulli. Si tratta di una legge che costituisce il punto di partenza per i successivi interventi legislativi in materia. La legge del 1886 introduceva il divieto di utilizzare il lavoro dei minori di nove anni in opifici, cave e miniere, limitava ad otto ore giornaliere l'orario di lavoro per i minori di dodici anni e a sei ore di lavoro notturno dei fanciulli dai dodici ai quindici anni; vietava l'impiego dei minori di quindici anni nei lavori pericolosi e insalubri.

³⁰ Il divieto di lavoro notturno per le imprese industriali di produzione del pane e pasticcerie dalle ore 21 alle ore 4 è caduto, a opera della legge 52/1996. Tale norma ha infatti abrogato la legge del 1908 che ancora disciplinava la materia. E' ora applicabile a questo settore la normativa generale di cui alla legge 25/1999 e al D.lgs. 532/1999.

Già modesta nei contenuti, la legge italiana sul lavoro dei fanciulli ed il relativo regolamento ³¹ prevedevano, inoltre, numerose possibilità di eccezione e deroghe ai pochi limiti imposti allo sfruttamento dei fanciulli, e ancor più la debolezza dell'apparato sanzionatorio, dovevano determinare la pratica inefficienza della legge del 1886.

Con la L. 19 giugno 1902 n.242 (nota come legge Carcano, dal nome del ministro presentatore) si chiuse una fase di lotta, nel paese e nel parlamento, per la revisione della legge del 1886.

Si fissava a dodici anni il limite di età per l'ammissione al lavoro dei fanciulli; si vietava ai minori di quindici anni i lavori che una commissione governativa avrebbe ritenuto pericolosi ed insalubri.

Per le donne di qualsiasi età, la legge vietava i lavori sotterranei, limitava a dodici ore giornaliere l'orario massimo di lavoro.

La L.19 giugno 1902 n.242 è stata poi modificata con la L. 7 luglio 1907 n.416, poi confluita, nel T.U. sul lavoro delle donne e dei fanciulli. Il T.U. introduceva ³² il divieto di lavoro notturno per le donne di qualsiasi età.

Con il T.U. del 1907 si chiudeva una questione che si era trascinata per lungo tempo: era sancito finalmente per legge il generale divieto di lavoro notturno per le donne; ma si lasciava agli industriali la possibilità di valutare secondo la propria discrezionalità, se e quando presentare ricorso al lavoro notturno³³. In termini concettualmente immutati, per quanto riguarda la tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli, si è riproposta la L. 26 aprile 1934, n.653.

³¹ Sulla formazione del regolamento, Cfr. Monteleone G. "La legislazione sociale al Parlamento italiano" pp.271 ss.;

³² La legge 7 luglio 1907, n.416, aveva sancito il divieto di lavoro notturno, ma ne aveva prorogato di sei mesi l'applicazione;

³³ Cfr. BALLESTRERO M:V: "Dalla tutela alla parità.La legislazione italiana sul lavoro delle donne" Bologna, 1979;

Qui l'art.12, della legge sopra citata, disponeva il divieto "nelle aziende industriali e nelle loro dipendenze" del "lavoro di notte per le donne di qualunque età e per i minori degli anni diciotto".

In occasione della revisione della disciplina protettiva del lavoro dei fanciulli e degli adolescenti è intervenuta anche la L.17 Ottobre 1967, n.977, recante agli art.15 e art.17 una diversa, e differenziata in ragioni di vari scaglioni di età, regolamentazione del lavoro notturno ³⁴.

La legge n.977/1967, non indicava come sempre lo stesso periodo di tempo: per i fanciulli (fino a 16 anni) la notte è un intervallo di dodici ore consecutive, comprendente il periodo tra le 22 e le 6, per gli adolescenti, fino a 18 anni, un intervallo di dodici ore consecutive comprendenti il periodo tra le 22 e le 5; per i fanciulli e gli adolescenti che frequentino le scuole dell'obbligo la notte è invece un intervallo di tempo di quattordici ore consecutive, comprendenti il periodo tra le venti e le otto ³⁵.

Solo con la recente riforma del lavoro notturno, il legislatore, con il D.Lgs. 4 agosto 1999, n.345 ³⁶, ha, infatti dato attuazione alla direttiva 94/33/Ce del 22 giugno 1994, che aveva dettato ai Paesi membri una serie di regole per tutelare i minori lavoratori in quanto esposti, in ragione dell'età e dell'inesperienza, a rischi specifici in relazione al lavoro; si è dunque effettuata una sostanziale "riscrittura" della L. 17 ottobre 1967, n. 977 in relazione alla quale la dottrina non aveva mancato di evidenziare significative carenze e nodi critici irrisolti ³⁷.

³⁴ Cfr. SANDULLI P: "Orario di lavoro" in Enc.Giur: "Treccani";

³⁵ Cfr. BALLESTRERO M:V: "Dalla Tutela alla parità.La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979;

³⁶ Cfr. Il D.Lgs. 4Agosto 1999, n.345 è pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 8 ottobre 1999 n.237, vedi pure Dir.Prat.Lav., n.42/1999, pp. 2983 ss.

³⁷ Cfr. DE CRISTOFARO M.L., voce "Lavoro minorile " ,in Enc.Giur. Treccani, XVIII, Roma, 1990, 2 ss.

Il quadro normativo risulta inoltre ulteriormente arricchito a seguito della recente Convenzione n.182 del 1999 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO)³⁸, per la eliminazione delle peggiori forme di sfruttamento infantile³⁹.

La nuova normativa, così come voluto dalla normativa comunitaria, dopo aver introdotto un precario cambiamento nelle definizioni (“bambino” in luogo di “fanciullo”⁴⁰), riscrive l’art.4 della legge n.977/1967, fissando l’età minima per l’ammissione al lavoro, non più soltanto al compimento del quindicesimo anno d’età, ma anche alla conclusione del periodo d’istruzione obbligatoria⁴¹.

Tale disposizioni vanno necessariamente coordinate con la recente legge n. 9 del 20 gennaio 1999, che dispone l’innalzamento graduale del periodo di istruzione obbligatoria da otto a dieci anni, fissando in prima applicazione il limite di nove anni.

³⁸ La Convenzione n.182 dell’ILO è stata approvata il 17 giugno 1999 all’unanimità dei rappresentanti dei 174 Paesi aderenti all’ILO; il testo della Convenzione si può leggere nel sito internet dell’ILO <http://www.ilo.org>.

³⁹ Tale Convenzione, a fronte dei dati drammatici sullo sfruttamento del lavoro infantile in vaste aree del pianeta, si muove nell’ottica di individuazione di priorità, ponendo come obiettivo l’eliminazione delle forme più gravi ed intollerabili di sfruttamento del lavoro minorile; sono definite come tali in primo luogo tutte le forme di schiavitù o ad essa assimilabili, come la vendita ed il traffico di bambini, la servitù per debiti, il lavoro forzato (incluso l’arruolamento nei conflitti armati); infine, il lavoro, che per le circostanze in cui si svolge, è suscettibile di essere pregiudizievole per la sicurezza, la salute e la moralità dei bambini.

⁴⁰ Il termine “Fanciullo” individua il minore che non ha ancora compiuto quindici anni di età o che è ancora soggetto all’obbligo scolastico.

⁴¹ Secondo le indicazioni fornite dal Ministero della pubblica istruzione con la circolare n. 1 febbraio 1999 - e di recente riprese e ribadite dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale con la circolare n. 1 del 5 gennaio 2000 (in Guida Lav., 2000, n. 2, pp.20 ss.) – in via transitoria e fino all’approvazione di un riordino generale del sistema scolastico e formativo che prevede l’obbligatorietà con durata decennale.

Dunque, per determinare il limite d'età per l'instaurazione di un rapporto di lavoro con soggetti minori è indispensabile verificare la sussistenza di due requisiti: da un lato il compimento del quindicesimo anno d'età, dall'altro l'avvenuto assolvimento dell'obbligo scolastico⁴².

La definizione di “notte”, ora compresa nel nuovo art.15, riunifica le precedenti diverse disposizioni per fanciulli e adolescenti, in un'unica previsione di un periodo di almeno “dodici ore consecutive comprendente l'intervallo tra le ore 22 e le ore 6, o tra le ore 23 e le ore 7, tali periodi possono essere interrotti nei casi di attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati o di breve durata” (art. 15, co. 2, L. n. 977/1967 come modif. del D.Lgs. n. 345/1999). Rimane in vigore, quindi, il divieto generale di lavoro durante tale periodo per i minori, attenuato da alcune deroghe già presenti nella legislazione previgente e confermate dalla Direttiva comunitaria.

Innanzitutto, sono sottratti dall'applicazione dell'intera legge gli adolescenti⁴³ addetti a lavori occasionali o comunque di breve durata, relativi a servizi domestici o, comunque, prestati in ambito familiare, nonché alle prestazioni in imprese sempre a conduzione familiare col limite della loro non pericolosità ed, infine, alle prestazioni di lavoro nautico (art.2, L. 977/67 come modificato e integrato dal D.Lgs. 345/1999)⁴⁴.

Inoltre, come già previsto dalla disciplina previgente, è concessa una deroga, non oltre le ore 24 ed a fronte di un riposo compensativo di almeno 14 ore, per le prestazioni lavorative di carattere culturale,

⁴² Cfr. NUNIN R. “Lavoro e minori: novità normative“, in Lav.Giur., n.4 /2000, pp. 317 ss.

⁴³ Con il termine “Adolescente” si intende il minore di età compresa tra i quindici ed i diciotto anni di età che non è più soggetto all'obbligo scolastico.

⁴⁴ Cfr. MENEGATTI E. “Lavoro Notturno: normativa comunitaria e disciplina nazionale” in CARINCI F. (a cura di), “Orario di lavoro.Legge e Contrattazione Collettiva” , IPSOA, Milano 2001, pp.151 ss.

artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo⁴⁵; così come permane la possibilità di adibire al lavoro notturno gli adolescenti con più di sedici anni qualora si verifichi un caso di forza maggiore che ostacoli il normale funzionamento dell'azienda, purché tale lavoro sia temporaneo, non ammetta ritardi, sia indisponibile personale adulto ed entro le tre settimane successive all'evento⁴⁶, il datore di lavoro conceda periodi equivalenti di riposo compensativo⁴⁷. Inoltre l'art. 14 del D.Lgs. n.345/1999, in commento, riscrive integralmente l'art. 26 della L. n. 977/1967, rimodellando l'apparato sanzionatorio alla luce dei principi e criteri direttivi dall'art. 1, comma 1, lett. c) della legge delega n. 499/1993, che, nella riforma della disciplina sanzionatoria in tema di tutela del lavoro minorile, delle lavoratrici madri e del lavoro a domicilio obbliga il Governo: 1) a mantenere la sanzione penale per le norme concernenti la sicurezza del lavoro e le condizioni psicofisiche del lavoratore, prevedendo la pena alternativa dell'arresto non superiore a sei mesi o dell'ammenda non superiore ai dieci milioni e, nei casi di maggiore gravità, con riferimento al pericolo concreto per la salute, la sola pena dell'arresto; 2) a trasformare in illeciti amministrativi tutti gli altri reati, prevedendo la sanzione pecuniaria, nonché le sanzioni amministrative accessorie corrispondenti alle pene accessorie dei reati depenalizzati⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. PUNTIN L. " Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in Lav. Giur., n.3/2000, pp.219;

⁴⁶ Cfr. MASSI "La protezione dei giovani sul lavoro", Dir.Prat.Lav. 1999, pp.3245;

⁴⁷ Cfr. BIAGI M. " Lavoro notturno:Normativa comunitaria e disciplina nazionale" in Sinnea International n.26/2000.

⁴⁸ Le violazioni (penali e amministrative) si possono inquadrare in quattro tipologie che riguardano: le contravvenzioni di maggiore gravità che potendo mettere in serio pericolo la vita e la salute del minore sono punite con l'arresto sino a sei mesi; le contravvenzioni che incidono sulle condizioni di salute psicofisiche del minore e della sicurezza del lavoro punite sia con l'arresto o l'ammenda ; le violazioni, lesive dei beni giuridici della salute e della sicurezza, di minore entità punite con la sola sanzione amministrativa pecuniaria ed infine le violazioni consistenti nel fatto di adibire al lavoro, senza l'autorizzazione della Direzione provinciale del lavoro.

Destinatari delle sanzioni sono principalmente i soggetti datori di lavoro: tuttavia, nel tentativo di rendere più incisiva la protezione dei minori, l'art. 14 del decreto in commento, dispone che le sanzioni per l'inosservanza delle disposizioni di cui all' art.3, primo e sesto comma , e all' 4, primo comma, si applichino, nella misura non inferiore alla metà del massimo, a chi, rivestito di autorità od incaricato, della vigilanza sopra un minore, ne consente l'avvio al lavoro in violazione delle disposizioni contenute in tali norme ⁴⁹. La Direzione provinciale del lavoro viene indicata come autorità competente a ricevere il rapporto sulle violazioni amministrative e ad emettere l'ordinanza di ingiunzione ⁵⁰.

La revisione legislativa sul lavoro minorile, ha interessato anche le disposizioni relative al lavoro notturno degli apprendisti. Le disposizioni che stabiliscono il divieto di lavoro notturno per gli apprendisti dalle ore 22 alle ore 6, sono, in vero rimaste immutate ⁵¹.

Il Ministero del Lavoro⁵² è, tuttavia, di recente, intervenuto rilevando che, in deroga al disposto dell'art. 10, l. n. 25/1955, l'inizio dell'orario di lavoro degli apprendisti maggiorenni può essere anticipato alle ore 5.

Tale possibilità è peraltro, consentita al fine di evitare sfasamenti organizzativi dell'attività produttiva ordinaria in ragione del diverso orario d'ingresso al lavoro tra apprendisti ed altro personale, nei soli casi in cui l'inizio dell'orario di lavoro in azienda sia fissato alle ore 5.

⁴⁹ Si considerano l'avvio al lavoro di minore che non abbia ancora concluso il periodo di istruzione obbligatoria o che non abbia comunque compiuto i quindici anni (art.3); l'adibizione al lavoro di bambini (art.4 primo comma); l'impiego di un adolescente nelle lavorazioni, processi ed attività indicati nell'allegato (art. 6 primo comma).

⁵⁰ Cfr. NUNIN R. "Lavoro e minori: novità normative", in Lav.Giur., n. 4/2000, pp. 317 ss.

⁵¹ Cfr. PELAGGI L.PELAGGI A. "Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative", n.6/2000 , pp.617 ss.

⁵² Cfr. nota Ministero del lavoro, 15 gennaio 1999, Prot. 5/25116/Appr.

L'interpretazione fornita dal Ministero si fonda da un lato sulla considerazione della tendenza evolutiva dell'istituto dell'apprendistato, esteso anche ai giovani ultraventenni (dopo le modifiche introdotte dalla L. n. 196/1997) e, per altro verso, sulla circostanza che le disposizioni concernenti l'orario di lavoro degli apprendisti non sono presidiate da sanzioni penali diversamente da quelle relative ai minori. Il recente orientamento del Ministero, deve, pertanto, intendersi riferito ai soli apprendisti maggiorenni, per i minori opera, infatti, il divieto di adibizione a lavoro notturno, *ex art.15, L. 17 Ottobre 1967, n.977* come sostituito da D.lgs. 4 agosto 1999, n. 345, la cui violazione è punita con la sanzione dell'arresto non superiore a sei mesi o con l'ammenda⁵³. Di recente, si è avuto riscontro dell'interpretazione evolutiva dell'istituto dell'apprendistato del Ministero del lavoro, in una decisione della Cassazione. In particolare la Cassazione ha infatti chiarito che l'adibizione dell'apprendista a lavori notturni (oltre le ore 22) non costituisce neanche motivo sufficiente di trasformazione del rapporto di apprendistato in normale rapporto di lavoro subordinato⁵⁴.

La Suprema Corte, rileva che la caratteristica fondamentale di tale rapporto di lavoro è rappresentato dall'obbligo del datore di lavoro di impartire (o far impartire)l'insegnamento per consentire l'acquisizione della qualifica professionale, sicché quando è provata la sussistenza dell'elemento didattico è irrilevante l'adibizione dell'apprendista a lavori notturni: inadempimento che non inficia la configurabilità del rapporto di lavoro di apprendistato⁵⁵.

⁵³ Cfr. PELAGGI L.PELAGGI A. "Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative", n.6/2000 , pp.617 ss.

⁵⁴ Cass. 25 febbraio 2000, n. 2352, in Mass. Giur. Lav., n.684, 2000, pp.44ss.

⁵⁵ Cfr. PELAGGI L.PELAGGI A. "Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative", n.6/2000 , pp.617 ss.

Alla luce del recente provvedimento sui minori e della successiva circolare 1/2000 del Ministero del lavoro⁵⁶, il nuovo provvedimento, D.Lgs. 345/1999 si applica anche al minore con contratto di apprendistato e ciò comporta un doppio regime tra apprendisti con meno di 18 anni di età, ai quali si applica il divieto di lavoro notturno in base al citato art.10 del D.Lgs. 345/1999 con la conseguente definizione di notte lì indicata e quindi il periodo di almeno dodici ore consecutive comprendenti l'intervallo compreso tra le ore 22 e le ore 6, o tra le ore 23 e le ore 7⁵⁷, e tra apprendisti maggiorenni, ai quali si applica il divieto di lavoro notturno dalle ore 22 alle ore 6 previsto dal non abrogato art.10 della 25/1955⁵⁸. Intanto, una modifica è stata introdotta dalla “legge comunitaria 2002” con la quale vengono introdotte disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea.

L'impianto complessivo prevede 37 direttive da recepire con decreti legislativi entro un anno, oltre disposizioni che hanno un effetto immediato, non dovendo attendere l'emanazione di provvedimenti delegati.

Tra quest'ultimi spicca l'art.21 con il quale sono apportate talune modifiche alla normativa sul lavoro notturno. La prima riguarda un periodo aggiunto all'art. 4, comma primo, del D.Lgs. n. 532/1999 “è fatto salvo quanto previsto dall'articolo 10 della legge 1955, n. 25”

⁵⁶ Cfr. Circolare del Ministero del lavoro in Guida al Lavoro n. 2 del 2000, pp. 21 ss.

⁵⁷ L'inosservanza è punita, per effetto dell'art.14 del D.Lgs. n.345/1999, con l'arresto non superiore a 6 mesi o con l'ammenda fino a 5164.00 euro.

⁵⁸ Cfr. GREMIGNI P: “Lavoro notturno: casi particolari e sanzioni” in Guida al Lavoro n.12/2000 pp.55 ss.;

La seconda modifica concerne l'art.10 della legge n.25/1955 ove il comma 4 è completamente sostituito dalla seguente formulazione : “è in ogni caso vietato il lavoro fra le ore 22 e le ore 6 ad eccezione di quello svolto dagli apprendisti di età superiore ai 18 anni nell'ambito delle aziende artigianali di panificazione e di pasticceria, delle aziende del comparto turistico e dei pubblici esercizi”. Sembra dunque che per gli apprendisti debba rimanere una normativa speciale, a prescindere dall'età⁵⁹.

Le novità introdotte con la “legge comunitaria 2002”, sollecitano, un quadro riassuntivo della normativa sul lavoro notturno degli apprendisti, effettuando una correlazione tra le nuove disposizioni, la legge n.25/1955 e la legge n.977/1967, ove sono state apportate modifiche attraverso il D.Lgs. n. 345/1999.

Infine un altro divieto di lavoro notturno, già precedentemente accennato, riguarda quello delle donne.

La prima normativa concernente il lavoro notturno femminile, costituita dal r.d. 653/1934, confermato dalla legge n. 1305/1952 di ratifica della convenzione OIL n. 89/1948⁶⁰, stabilisce un divieto di impiegare le donne di qualsiasi età, in qualunque impresa industriale, durante la notte.

⁵⁹ Cfr. MISCIONE M. “Grandi deleghe, referendum, collocamento, imprese in crisi, orario”, in *Lav.Giur.*, n3/2003, pp. 205.

⁶⁰ L'art. 3 della Convenzione dispone che le donne, senza distinzione di età, non possono essere adibite al lavoro durante la notte in alcuna impresa industriale pubblica o privata, intendendosi per notte un arco di tempo di almeno undici ore consecutive di cui almeno sette comprese tra le ventidue e le sette (art.2).

Tale divieto venne successivamente ritenuto incostituzionale dalla Corte Costituzionale⁶¹, per contrasto con l'art.37 Cost., in quanto le ragioni e le condizioni che prima potevano giustificare una differenza di trattamento della donna rispetto all'uomo sono state piano piano superate, dato il miglioramento delle condizioni di lavoro, in generale e l'intensificazione dei sistemi di tutela per le donne. Tale pronuncia, a rigor di logica, avrebbe dovuto travolgere anche la successiva legge del 1977, poiché anche questa prevedeva una disparità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro: infatti, l'art.5 della L. 903/1977 vietava l'adibizione del personale femminile, nelle aziende manifatturiere, anche a carattere artigianale, a turni di lavoro rientranti nell'intervallo temporale fra le ore 24 e le successive ore 6, salvo che non fossero addette a mansioni direttive o a servizi sanitari aziendali, e la contrattazione collettiva aveva la possibilità di rimuovere il suddetto divieto “ in relazione a particolari esigenze della produzione e tenendo conto delle condizioni ambientali di lavoro e dell'organizzazioni dei servizi”⁶².

⁶¹ Corte Cost 24 luglio 1986, n. 210, in Riv. Giur. Lav. 1987, II, 27: che ha dichiarato incostituzionale il divieto di lavoro notturno femminile sancito dalla l. 653 del 1934 per violazione dell'art.37, primo comma, Cost. La legge n. 653/1934 è rimasta in vigore fino al 17 dicembre 1977 e poi è stata sostituita dalla L. n. 903/1977, che non si è limitata a modificare l'ambito operativo (dalle “aziende industriali e loro dipendenze” alle “aziende manifatturiere anche artigianali”) ma anche l'estensione temporale della nozione di periodo notturno (da sette a sei ore, a decorrere dalle h. 24 e no più dalle h. 22).

⁶² Art. 5, comma secondo, L. 9 dicembre 1977, n. 903.

La Corte ⁶³, chiamata successivamente a chiarire tale incongruenza, ha deluso completamente le aspettative, dichiarando la completa legittimità del divieto posto dall'art. 5, in quanto ritenne il rinvio alle deroghe previste ad opera dell'autonomia contrattuale idoneo a garantire il rispetto del dettato costituzionale: infatti, secondo la Corte Costituzionale, la semplice possibilità di rimozione del divieto era indice di garanzia delle esigenze di parità fra uomini e donne con la necessaria tutela della donna.

Così la nuova legge manteneva in vita un divieto ricompreso tra le 24 e le 6, dal quale rimanevano però escluse le lavoratrici adibite a mansioni direttive o a servizi sanitari aziendali; inoltre, conferisce alla contrattazione collettiva, anche di livello aziendale, il potere di eliminare o modificare tale divieto ⁶⁴.

Mentre a livello nazionale la legge n.903/1977 prevede un divieto, anche se derogabile, a livello comunitario, un anno prima, tale divieto scompare per mezzo della direttiva n.76/207/Ce, secondo il quale il divieto di accedere ai turni notturni per le donne non garantiva la parità di trattamento fra sessi per quanto riguarda le condizioni di lavoro, ma creava una sorta di discriminazione nei confronti del sesso femminile, che si vedeva proibire l'accesso a determinati lavori, ritenuti inconciliabili con le esigenze peculiari delle donne e dei loro compiti all'interno delle famiglie, e del sesso maschile, che veniva messo in secondo piano dal punto di vista della tutela della salute e della sicurezza e per quanto concerne la posizione assunta in seno al nucleo familiare.

⁶³ Corte Cost. 6 luglio 1987, n. 246, in Foro it., 1987, II, 2605.

⁶⁴ Cfr. BALLESTRERO "Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", 1979 pp.262;

Non bisogna comunque dimenticare che lo Stato italiano aveva ratificato la Convenzione O.I.L. n. 89/1948, in base alla quale il lavoro notturno femminile, prestato nell'intervallo temporale 22 – 7, era tassativamente vietato.

S'impone perciò agli stati membri di sopprimere tutte le disposizioni contrarie al principio di parità di trattamento, fatte salve le garanzie poste a tutela della gravidanza e della maternità. Il quadro normativo che si viene a creare, mediante questo duplice intervento, è alquanto contraddittorio, innestandosi all'interno del dibattito inerente al rapporto tra diritto interno e diritto comunitario.

Una svolta decisiva è causata dal nuovo orientamento espresso dalla Corte Costituzionale secondo il quale il giudice nazionale ha il poterdovere di disapplicare, nelle proprie decisioni, le norme interne in contrasto con disposizioni comunitarie immediatamente applicabili ⁶⁵. Cambia perciò l'assetto delle fonti, e proprio facendo leva sul crescente peso che acquisisce via via il diritto comunitario, la Corte di giustizia Europea⁶⁶ inizia ad imporre agli Stati membri il recepimento della direttiva n.76/207.

⁶⁵ In questo senso Corte Cost., 13 gennaio 1985, n.113, in foro it.,1991,I,pp.1076;

⁶⁶ Corte di Giustizia delle Comunità Europee 25 luglio 1991, causa C-345 / 89, sul c.d. "Caso Stoeckel", in Dir.Prat.Lav., 1992, pp. 1003 ss; (rinvio al Terzo Capitolo).

Successivamente la stessa Corte ⁶⁷ ha precisato che la non immediata osservanza, per opera degli Stati membri, della Direttiva in materia di parità di trattamento tra uomini e donne poteva venire giustificata dall'esistenza di precedenti obblighi internazionali (in questo caso della Convenzione O.I.L. n. 89/1948) assunti prima dell'entrata in vigore del Trattato istitutivo della Comunità europea, come sancito dall'art. 234 del medesimo Trattato ⁶⁸.

La prima condanna ⁶⁹ viene inflitta alla Francia, nella cui legislazione (art.213-1 del *Code du travail*) era presente un divieto generale di lavoro notturno per le donne, salvo deroghe concordate a livello di contrattazione collettiva ed autorizzate dall'autorità governativa.

L'Italia, con una legislazione del tutto analoga, non poteva rimanere indenne a lungo da una condanna della Corte Europea, tant'è che anche la Corte di Cassazione era ormai ferma nel ribadire il potere-dovere del giudice nazionale di disapplicare le disposizioni che vietavano il lavoro notturno delle donne.

⁶⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee 2 agosto 1993, causa C-1558/91, sul c.d. "Caso Levy", in Dir. Lav., 1993, II, pp. 449, con nota di Foglia e 3 febbraio 1999, causa C-13/93, sul c.d. "caso Minne".

⁶⁸ In base all'art. 234 del Trattato 25 marzo 1957 " le disposizioni del presente trattato non pregiudicano i diritti e obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente all'entrata in vigore del Trattato stesso (...)", pertanto il giudice nazionale non è obbligato a disapplicare le norme nazionali che risultano incompatibili con la normativa comunitaria, nel momento in cui queste risultino conformi agli impegni internazionali assunti dal Governo stesso in un periodo anteriore alla sottoscrizione del Trattato istitutivo della Comunità europea, in Foro it., 1993, IV, pp. 318.

⁶⁹ Corte di Giustizia 13 marzo 1997, causa C-197/96, Commissione v. Repubblica francese, in Racc., 1997, pp.1489.

La condanna giunge con la sentenza emanata dalla Corte di giustizia CE, in data 4 dicembre 1997, con cui si contesta alla Repubblica Italiana di aver violato gli obblighi imposti dal diritto comunitario “avendo mantenuto in vigore nel proprio ordinamento giuridico disposizioni che mantengono il divieto di lavoro notturno per le donne”⁷⁰.

A porre fine alla diatriba relativa al lavoro notturno delle donne, appena descritta, è intervenuta la legge 5 febbraio 1999, n.25 contenente “Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle comunità europee – legge comunitaria 1998”, che all’art.17 introduce una nuova disciplina che sostituisce quella prevista dall’art.5 della legge 9 dicembre 1977, n.903.⁷¹

La norma così rinnovata, premesso il divieto di adibire le donne al lavoro dalle ore 24 alle 6 dall’accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di vita del bambino (art. 17, L. n. 25 /1999, comma primo), aggiunge (comma secondo): il lavoro notturno non deve essere obbligatoriamente prestato dalla lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o alternativamente dal padre convivente con la stessa, dalla lavoratrice o dal lavoratore che sia l’unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni e infine dalla lavoratrice o dal lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile⁷².

⁷⁰ Corte di Giustizia Europea 4 dicembre 1997, causa 207/96 in Lav. Giur., 1997, pp.111. La Cassazione definisce il superamento del divieto notturno delle donne: la Corte ribadisce il poterdovere del giudice nazionale di disapplicare le disposizioni che vietano il lavoro notturno delle donne, dato il palese contrasto con quanto affermato dalla normativa comunitaria, confermando la tesi relativa all’efficacia orizzontale delle direttive con contenuti “sufficientemente circostanziali e dettagliati” (Fossati “Il lavoro notturno per le donne”, in Dir.Prat.Lav., 1998, 407).

⁷¹ Cfr. MENEGATTI E. “Lavoro Notturno: normativa comunitaria e disciplina nazionale” in CARINCI F. (a cura di), “Orario di lavoro.Legge e Contrattazione Collettiva” , IPSOA, Milano 2001, pp.151 ss.;

⁷² Si rinvia il lettore per una dettagliata analisi sull’argomento al Terzo Capitolo.

3 - Intervento comunitario sulla disciplina del lavoro notturno.

La disciplina sul lavoro notturno fin d'ora citata può essere considerata una disciplina “minimale”, la quale sarà integrata. Infatti, fissato questo minimo di disciplina legale, per un nuovo intervento del legislatore, inteso a dettare una disciplina generale, si è dovuto attendere quasi sessant'anni.

Lo “stimolo”, così come per tutti gli altri aspetti concernenti l'orario di lavoro, giunse dalla direttiva comunitaria n.104 del 1993 (integrata dalla Direttiva 2000/34/CE), la quale, improntata ad una *ratio* di tutela della salute del lavoratore, definirà il “lavoro notturno” e “lavoratore notturno”, fissandone limiti e garanzie: tutti aspetti che saranno recepiti ed ampliati dal nostro legislatore.

Un ulteriore “stimolo” giunse anche successivamente, con l'accordo stipulato da Confindustria ⁷³ con CGIL, CISL e UIL e denominato “Avviso comune in materia di recepimento della direttiva 93/104”⁷⁴.

Nella proposta di direttiva concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, basata sull'art.118A (divenuto art.137 Tce che autorizza l'adozione di prescrizioni minime in materia di salute e sicurezza dei lavoratori), la Commissione prendeva in considerazione anzitutto gli aspetti della durata e dell'organizzazione dell'orario di lavoro più direttamente connessi alla

⁷³ L'intesa si può leggere, in Arg. Dir.Lav. 1998, pp.617; per un commento Cfr. DEL VECCHIO “L'avviso comune Confindustria, Cgil, Cisl, Uil sul recepimento della Direttiva della Comunità Europea n.104/1993”, IBIDEM; 1998,pp.511;

⁷⁴ Tale accordo rappresenta quel che si può definire un nuovo strumento d'intervento sindacale, ossia il c.d. accordo di recepimento o trasposizione; cfr. MENEGATTI E. “Lavoro Notturno: normativa comunitaria e disciplina nazionale” in CARINCI F. (a cura di), “Orario di lavoro.Legge e Contrattazione Collettiva” , IPSOA, Milano 2001, pp.151 e segg.

sicurezza e alla salute dei lavoratori, come periodi minimi di riposo (giornaliero, settimanale e annuale) e adeguati periodi di pausa. In secondo luogo, prendeva in considerazione il lavoro notturno e a turni, che, come dimostrano alcuni studi, eseguiti oltre una certa durata e con certe modalità, sono nocivi per la salute dei medesimi sul luogo di lavoro; la Commissione proponeva così una limitazione della loro durata e individuava precisi obblighi a carico del datore di lavoro.⁷⁵

3.1 – La direttiva n.104 del 1993 della Comunità Economica Europea.

L'interesse della Comunità europea, per la disciplina del tempo di lavoro, ha inizio circa vent'anni dopo la firma del Trattato di Roma e coincide con una fase di “disincanto” sulle capacità del mercato comune di “promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera, che consente la loro parificazione nel progresso” (art.177 Ce).

Il cammino verso la direttiva 93/104 è iniziato nel 1975, con la Raccomandazione del Consiglio⁷⁶ “relativa al principio della settimana lavorativa di quaranta ore e al principio delle quattro settimane di ferie annue retribuite”⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. ARRIGO G. “Il diritto del lavoro dell'Unione Europea”, Giuffrè, Milano, 1998.

⁷⁶ Cfr. RICCI G “L'Orario di lavoro nell'ordinamento comunitario” in Lav.Dir.,1998, pp.81 ss., anche l'illustrazione dei contenuti di tali strumenti e cioè: la Raccomandazione del Consiglio n.457, del luglio 1975, sui principi della settimana lavorativa di quaranta ore e delle quattro settimane di ferie retribuite; la Risoluzione del Consiglio del 18 dicembre 1979, sulla ristrutturazione del tempo di lavoro; il Progetto di Raccomandazione presentato dalla Commissione il 23 settembre 1983, ma non approvato dal Consiglio;

⁷⁷ Racc.n.75/457, del 22 luglio 1975 / G.U.C.E, del 30 luglio 1975, pp.32 ss.;

La Raccomandazione del Consiglio, pur essendo un atto non vincolante, riprendeva dal principio della settimana di quaranta ore affermato quarant'anni prima dall'OIL (nella Convenzione n.47 del 1935 e poi riproposto nella Raccomandazione n.116 del 1962), solo gli aspetti formali, senza approfondire quelli sociali ed economici. Essa presentava, tuttavia, caratteri innovatori e anticipatori di politiche (anche nazionali) sull'orario di lavoro come quelle che ne prevedevano un'applicazione "flessibile" attraverso la contrattazione collettiva.

Quattro anni dopo la Raccomandazione n.75/457, il Consiglio adottava un Risoluzione sull'organizzazione dell'orario di lavoro ⁷⁸, in cui evidenziava il duplice profilo di politica sociale e di politica economica, e le rispettive implicazioni, delle misure di regolazione del tempo di lavoro (formazione in alternanza, lavoro straordinario, pensionamento flessibile, tempo parziale, lavoro temporaneo, lavoro a turni, orario annuale).

Un ulteriore impulso, all'adozione di norme comunitarie in materia di orario, proveniva nel 1989 dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e nel successivo "Programma d'azione della Commissione". La Carta Sociale, nel punto dedicato al "Miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro" affermava l'esigenza che "la realizzazione del mercato interno portasse ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante il riavvicinamento di tali condizioni per quanto riguarda la durata e l'organizzazione dell'orario di lavoro"⁷⁹.

⁷⁸ Risoluzione del Consiglio del 18 dicembre 1979, sulla ristrutturazione del tempo di lavoro (G.U.C.E. C2, del 4 gennaio 1980, pp.1 ss.

⁷⁹ Nel punto 7 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata dal Consiglio europeo di Strasburgo il 9 dicembre 1989 e riportato testualmente nella Premessa della Direttiva UE 93/104.

Nella sua Comunicazione sul Programma d'azione per l'attuazione della Carta Sociale ⁸⁰, la Commissione indicava tra le “nuove iniziative” una “Direttiva sulla ristrutturazione del tempo di lavoro, di riposo, di congedi, di lavoro notturno, di lavoro nei fine settimana, di ore supplementari sistematiche senza entrare nei dettagli della loro attuazione” ⁸¹.

Nel settembre 1990, sulla scorta della previsioni del Programma d'azione di politica sociale, la Commissione ha presentato una Proposta di direttiva, avente come fondamento giuridico l'art.118 A del trattato Ce. E' seguita un'intensa fase d'elaborazione, durata circa tre anni, segnata da un continuo di trattative e negoziati formali ed informali, l'emanazione di un Parere del Comitato Economico e Sociale e, soprattutto, ben due votazioni del Parlamento Europeo, con la proposizione di numerosi emendamenti, molti dei quali trasfusi nel testo finale della direttiva. Infine, il 23 novembre 1993, il Consiglio approva a maggioranza qualificata, a causa dell'opposizione del Regno Unito⁸², la direttiva, accogliendo la terza versione della proposta elaborata dalla Commissione ⁸³.

⁸⁰ Comunicazione della Commissione sul “Programma d'azione” per quanto riguarda l'attuazione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (comm.-89-568, del 5 dicembre 1989). Sul punto, si v. anche la Rivoluzione del Parlamento Europeo, del 13 settembre 1990, sul Programma di azione della Commissione (Doc. A3 – 175- 90, Pe).

⁸¹ Comunicazione della Commissione, cit, pp.34;

⁸² Di recente la Corte di Giustizia Ce 12 novembre 1996, in Foro it., 1997, iv, 280, ha respinto il ricorso della Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord che avevano chiesto l'annullamento della direttiva perché ritenuta in contrasto con l'art. 118° del Trattato Ce. La Corte osserva che la direttiva ha come oggetto principale la tutela e la salute dei lavoratori mediante prescrizioni minime e che le nozioni di “ambiente di lavoro”, “sicurezza” e “salute” contenute nell'art.118 A devono essere intese in senso ampio comprendente “tutti i fattori fisici in grado di incidere sulla salute e sicurezza del lavoratore, inclusi i profili direttamente attinenti all'organizzazione dell'orario di lavoro”.

⁸³ Cfr. RICCI G. “L'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario” in Lav. Dir., N.1/1998.

E' indubbio che la direttiva n.93/104 risulta espressione della consapevolezza, da parte degli organismi dell'Unione Europea, del rilievo dell'orario di lavoro, nella prospettiva di un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori comunitari e si pone certamente l'obiettivo di costituire una normativa unificante anche se minimale, con carattere promozionale ossia diretta a costruire il punto di partenza di una minuta regolamentazione contrattuale. A quest'ultimo proposito, va ricordato che è prevista una clausola generale di tutela, art.15 della Direttiva 93/104, che assicura la prevalenza della disciplina interna ove più favorevole alle esigenze di tutela della salute e della sicurezza ⁸⁴.

In dettaglio, è opportuno osservare che la direttiva si occupa solo di taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro e segnatamente di quelli attinenti alla flessibilità del tempo di lavoro, ovvero dei regimi d'orario penalizzanti (quali appunto il lavoro notturno ed il lavoro a turni) ⁸⁵.

La direttiva 93/104, applicabile sia nel settore privato sia in quello pubblico, concerne la materia della durata settimanale del lavoro, dei riposi, del lavoro a turni e del lavoro notturno. Particolarmente significative appaiono la definizione d' *orario di lavoro* e soprattutto quella di *periodo notturno*, in quanto tali da incidere su nozioni che presentano elementi di difformità dall'uno all'altro ordinamento.

⁸⁴ Si fa rinvio al Capitolo Secondo, Par. n. 4.

⁸⁵ Cfr. CORDIO R: "La disciplina del lavoro notturno", in Dir.Prat. Lav. n.5/2001, pp..331 ss.;

La nozione d'*orario di lavoro*, “qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alla legislazione e/o prassi nazionale” si richiama, anche se non in via esclusiva ⁸⁶, ad un criterio (l’essere a disposizione) che è quello più comunemente accolto negli ordinamenti dei Paesi membri; non mancano peraltro riferimenti legislativi diversi: alla presenza sul luogo di lavoro (Spagna), al tempo di lavoro effettivo (Francia).

Sicuramente più marcate sono le differenze esistenti attorno al concetto giuridico di notte e a quello, che vi è connesso, di *lavoro notturno*. In alcuni Paesi (Regno Unito, Danimarca) mancano definizioni legislative; in altri le norme legali si rifanno a riferimenti temporali estremamente variabili (in Belgio, ad esempio, s’intendeva per lavoro notturno quello svolto fra le 20 e le 6 del giorno seguente; in Francia quello fra le 22 e le 5; in Spagna quello fra le 22 e le 6).

Si capisce, quindi, la rilevanza di riferimenti normativi applicabili nell’intera Comunità, in forza dei quali per *periodo notturno* si dovrebbe intendere “qualsiasi periodo di almeno sette ore, definito dalla legislazione nazionale e che comprenda, in ogni caso, l’intervallo fra le ore 24 e le ore 5 “ (art. 2, Direttiva n.104/93, punto 3); per *lavoratore notturno* “qualsiasi lavoratore che durante il periodo notturno svolga almeno tre ore del suo tempo di lavoro giornaliero impiegate in modo normale qualsiasi lavoratore che possa svolgere durante il periodo notturno una certa parte del suo orario di lavoro

⁸⁶ Cfr. M.LAI “Orario di lavoro.Disciplina Comunitaria e normativa italiana” in Dir.Prat.Lav.,1994,pp.470ss., che sottolinea la differente formulazione della proposta;

annuale”⁸⁷(art.2, Direttiva n.104/93, punto 4) estendendo il campo d’applicazione ai datori di lavoro pubblici e privati con alcune specifiche eccezioni.

La direttiva quindi contiene una regolamentazione ampia dei profili giuridici dell’istituto:

- 1) Dopo aver definito la nozione d’orario di lavoro, stabilisce che la durata massima dell’orario settimanale non deve superare le 48 ore settimanali comprendenti le ore, da calcolarsi in media su un arco temporale di riferimento di quattro mesi, elevabile fino a sei mesi o un anno dalla contrattazione collettiva o individuale;
- 2) Definisce il regime normativo delle pause e dei riposi, istituendo il diritto al riposo giornaliero, al riposo settimanale, nonché il diritto alle ferie annuali;
- 3) Prevede la facoltà degli Stati membri di introdurre condizioni normative di miglior favore per il lavoratore; al tempo stesso, però, conferisce al legislatore nazionale e/o alla contrattazione collettiva dei diversi livelli un ampio potere di deroga, in relazione a fattispecie contraddistinte dalle particolari caratteristiche soggettive del lavoratore o dalle modalità della prestazione, ferma restando la garanzia di alcuni minimi di tutela per il lavoratore.

⁸⁷ Cfr. ROCCELLA M. – TREU T. “Diritto del lavoro della comunità europea”, Cedam,1995; nonché “qualsiasi lavoratore che possa svolgere durante il periodo notturno una certa parte del suo orario di lavoro annuale”, definita dalla legge o dalla contrattazione collettiva. Sulle differenze normative attualmente esistenti nei Paesi della Comunità, si v. R BLANPAIN “Limitazioni giuridiche e contrattuali all’orario di lavoro nei Paesi membri della Comunità europea” in R.G.L., 1998, I, pp.56ss;

4) Regolamenta i regimi di orario “penalizzanti”, che implicano, per le modalità di collocazione temporale della prestazione un più elevato livello di rischio per il lavoratore, con specifico riguardo al lavoro notturno (definizione della nozione, delimitazione della durata della prestazione, individuazione di una serie di diritti in capo ai lavoratori sottoposti a condizioni di maggior rischio) e al lavoro a turni ⁸⁸.

3.2 – La direttiva 93/104/Ce nel Lavoro Notturno.

La direttiva n.93/104, come premesso, reca norme su “taluni aspetti del lavoro notturno”, rispetto ai quali opera un rinvio generale alle disposizioni della Direttiva n.89/391⁸⁹, concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, “fatte salve le disposizioni più vincolanti e/o specifiche contenute” nella Direttiva n.93/104 ⁹⁰.

Tale direttiva n. 104 del 1993, peraltro, da un lato non riguarda solo il lavoro notturno, dall’altro non ne contiene una regolamentazione analitica, ma vuole stabilire “prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia d’organizzazione dell’orario di lavoro“ regolamentando anche “taluni aspetti del lavoro notturno”. Il suo fine principale pertanto, è la tutela della salute “considerando” che lunghi periodi di lavoro notturno sono nocivi per la salute dei lavoratori e possono pregiudicare la sicurezza dei medesimi nei luoghi di lavoro, e occorre pertanto limitarne la durata e prevedere strumenti idonei di controllo.

⁸⁸ Cfr. RICCI G. “Orario di Lavoro : la condanna della Corte di Giustizia UE” in Guida al Lavoro n.17/2000, pag.17.

⁸⁹ Cfr. Sulla direttiva n.89/391/Cee si Manzo G. “La sicurezza e la salute in ambiente di lavoro Cee 89/391”, in LSS, n.1-2/1991 pp.73 ss.

⁹⁰ Cfr. ARRIGO G. “Il Diritto del lavoro dell’unione europea”, GIUFFRÈ, Milano 1998;

La direttiva, sia per la sua finalità, sia per il suo contenuto, è stata giudicata di basso profilo o comunque non particolarmente avanzata ⁹¹.

Si deve comunque ricordare che essa è stata emanata sulla base giuridica del vecchio art.118 A del Trattato Ce (divenuto art. 137 Tce) ⁹², norma che appunto autorizza l'adozione di prescrizioni minime in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, anche se non possono sottacersi le implicazioni della disciplina dell'orario di lavoro quale strumento di realizzazione delle politiche per l'occupazione (come ha messo in evidenza la stessa Corte di Giustizia con la sentenza 12 novembre 1996, cause C. – 84/94) ⁹³.

L'art. 2 della direttiva indica preliminarmente come *periodo notturno* qualsiasi periodo di almeno sette ore, definito poi dalla legislazione nazionale, e che comprenda in ogni caso l'intervallo tra le 24 e le 5 e come *lavoratore notturno* qualsiasi lavoratore che durante il periodo notturno svolga normalmente almeno tre ore del lavoro giornaliero e che comunque svolga in periodo notturno una parte del suo orario di lavoro annuale; tale parte potrà essere definita con legge dei singoli Stati, previa consultazione delle parti sociali, o da contratti collettivi nazionali o regionali.

⁹¹ Cfr. In questo senso soprattutto LAI "Orario di lavoro"Disciplina Comunitaria e normativa italiana" in Dir. Prat. Lav., 1994, pp.470 ss.;

⁹² La direttiva n. 93/104 è fondata sull'art. 118° del Trattato, ovvero su quella norma, oggi trasfusa nell'art. 137 Tce, che consentiva di adottare a maggioranza qualificata direttive in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

⁹³ La Direttiva n.93/104 affronta le problematiche degli orari di lavoro da un'angolatura particolare. Il suo approccio, come avrà modo di confermare la Corte di Giustizia, "consiste nel considerare l'organizzazione dell'orario di lavoro essenzialmente nell'ottica di una sua possibile incidenza favorevole sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori", cosicché, "sebbene non si possa escludere che la direttiva incida in qualche modo sull'occupazione quest'ultima non ne costituisce manifestamente l'obiettivo fondamentale". Entrambe le citazioni da Corte di Giustizia 12 novembre 1996, causa C. –84/94 in Racc., 1996, pp. 5803 ss.Cfr. CORDIO R. "La disciplina del lavoro notturno" in Dir. Prat. Lav., n.5/2000, pp.331 ss.;

Gli Stati membri sono tenuti a adottare le misure necessarie affinché l'orario di lavoro normale dei lavoratori notturni non superi le otto ore in media per ogni periodo di 24 ore durante il quale effettuano un lavoro notturno o, quando il lavoro comporta rischi particolari e rilevanti tensioni fisiche o mentali, in modo tale che essi non lavorino più di otto ore nel corso di un periodo di 24 ore durante il quale effettuano un lavoro notturno (art.8 della Direttiva n. 93/104). I lavoratori notturni devono inoltre essere sottoposti a visite mediche gratuite, prima della loro assegnazione e, in seguito, ad intervalli regolari, e devono poter essere trasferiti, quando è possibile, ad un lavoro diurno per cui essi siano idonei, quando hanno problemi di salute connessi al lavoro notturno (art.9). L'art.10 della direttiva n. 93/104 attribuisce agli Stati la facoltà di subordinare il lavoro di talune categorie di lavoratori notturni a determinate garanzie e l'art.12 impone agli Stati di adottare livelli di protezione adatti alla natura del lavoro, nonché servizi e mezzi in materia di sicurezza equivalenti a quelli applicabili agli altri lavoratori disponibili in ogni momento. L'art.11 prevede obblighi d'informazione alle autorità competenti per il datore di lavoro che si avvale regolarmente di lavoratori notturni.

Secondo la direttiva, gli Stati membri devono disciplinare, o direttamente o tramite rinvio alla contrattazione collettiva nazionale o regionale, previa comunque consultazione delle parti sociali, anche il "periodo di riferimento" per la definizione della durata media del lavoro notturno (che non deve essere, in media superiore ad otto ore nelle 24) (art.8 e 16).

La direttiva, pertanto, introduce la possibilità di una certa “flessibilità contratta⁹⁴” anche per il lavoro notturno, similmente a quanto già delineato anche in Italia L. n. 196/1997 in tema di lavoro straordinario⁹⁵.

Non sembra, invece, che essa imponga vincoli procedurali per il datore di lavoro che voglia introdurre il lavoro notturno all’interno dei limiti inderogabili previsti dalla legge o dal contratto collettivo, a differenza dell’art.10 della convenzione OIL n.171 del 1990, che richiede, invece la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori anche prima dell’introduzione del lavoro notturno oltre che regolarmente dopo l’avvio dello stesso⁹⁶.

⁹⁴ Con la parola “flessibilizzazione” si vuol indicare la possibilità non solo di concentrare l’orario in periodi sempre più brevi, ma anche di modificare l’orario con ampia discrezionalità. Questo nell’interesse dell’impresa o dei lavoratori. Nell’art. 13, comma 1 del “Pacchetto Treu” questo scambio è palese, e può avvenire solo con la partecipazione dei sindacati o meglio dei sindacati nazionali. Infatti, viene ammessa la possibilità generale di distribuire l’orario in una media plurisettimanale, che può arrivare fino all’anno, purché con “contratti collettivi nazionali”.

⁹⁵ Cfr. MISCIONE “La rivoluzione prospettata dell’orario di lavoro” in Dir,Prat. Lav., 1998, n.34, inserto, spec pp.XII ss.;

⁹⁶ Cfr. MATTAROLO M.G. “La “legge comunitaria” sul lavoro notturno” in Dir. Prat. Lav., n.4/1999;

3.3 – Verso una nuova disciplina del lavoro notturno: la legge n. 25 del 1999.

Agli Stati membri era concesso tempo fino al 23 novembre 1996 per conformarsi alla Direttiva 93/104 mediante “disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie” o mediante “applicazione consensuale delle parti sociali” (art.18, co. 1, Direttiva 93/104).

La direttiva ha costituito l’oggetto di un aspro contenzioso fra la Comunità europea e la Gran Bretagna. Quest’ultima ha proposto un ricorso d’annullamento avverso la direttiva medesima, contestando la legittimità della base giuridica utilizzata e la violazione del principio di proporzionalità del mezzo adottato rispetto ai fini conseguiti. La Corte ha rigettato la prima eccezione, affermando che le nozioni di ambiente di lavoro, salute e sicurezza contenuta nell’art.118A vanno intese in senso ampio, presupponendo “uno stato completo di benessere fisico, mentale e sociale”, alla cui realizzazione concorre una serie di fattori, fra i quali l’organizzazione e il controllo dell’orario di lavoro. Sotto l’altro profilo la Corte ha rilevato il carattere minimale delle misure adottate nella direttiva, in linea con le prescrizioni dell’art. 118A. Unica concessione al Regno Unito, l’annullamento dell’art.5, comma 2 della direttiva, in quanto, secondo la Corte, non sarebbe dimostrata la ragione per cui il riposo coincidente con la domenica, piuttosto che con un diverso giorno della settimana, garantirebbe una maggiore tutela della salute del lavoratore ⁹⁷.

⁹⁷ Corte di Giustizia Cee 12 novembre 1996, c-84/94 in Racc., 1996, pp. 5800. L’interpretazione della Corte, naturalmente, può oggi ritenersi applicabile all’attuale art. 137 Tce. La pronuncia sul ricorso britannico, di grandissimo rilievo anche per le precisazioni in ordine alla portata del principio di sussidiarietà ed alla nozione di prescrizioni minime (v. infra cap. decimo, pra. 3 di Roccella – Treu “Diritto del lavoro della comunità europea”, Cedam, 2002.

I più importanti Stati membri hanno adottato provvedimenti di legge diretti a recepire la direttiva comunitaria. Il primato spetta senz'altro a Germania e Spagna; successivamente è stata la svolta di Danimarca, Olanda, Portogallo e Svezia; con qualche ritardo rispetto ai termini fissati dalla direttiva hanno provveduto al recepimento Austria, Finlandia, Irlanda e – a seguito della sentenza di rigetto della Corte di Giustizia – la Gran Bretagna.

Per quanto concerne l'Italia il quadro normativo era tuttora imperniato sul vecchio R.d.l. 692 del 1923; contrastate vicende politiche hanno impedito la puntuale trasposizione della direttiva comunitaria: sicché l'Italia è fra gli Stati in cui è stato contestato formalmente l'inadempimento⁹⁸, insieme a Lussemburgo e Grecia. Mentre la Grecia ha posto rimedio in tempo utile, con l'approvazione del decreto presidenziale n.88 del 1999, per contro, il procedimento nei confronti del nostro Paese, in assenza d'informazioni univoche sull'adeguamento alla normativa comunitaria, è proseguito, sfociando in una pronuncia di condanna della Corte di Giustizia⁹⁹.

Il principio di diritto posto dai giudici di Lussemburgo a fondamento della decisione è lineare: "Non avendo adottato nel termine prescritto dalla normativa comunitaria misure di recepimento, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi assunti in forza della direttiva medesima"¹⁰⁰.

In particolare , l'Italia aveva addotto, nel corso del procedimento, numerosi elementi a sua difesa.

⁹⁸ Corte di Giustizia 9 marzo 2000, causa C-386/98, Commissione v. Repubblica Italiana, in Racc., 2000, pp.4379.

⁹⁹Cfr. RICCI G. "Orario di lavoro: condanna della Corte di Giustizia Ue", in Guida al Lavoro, n. 17/200, pp. 17 ss.

¹⁰⁰Corte di Giustizia 4 dicembre 1997, causa c-207/96, v. Commissione Repubblica italiana, , in Racc., pp. 6869 e in Guida al Dir., 1997, n.48, pp. 97.

Dapprima, dopo l'avvio della procedura da parte della Commissione (che è l'organo deputato ad assumere l'iniziativa ai sensi dell'art.169, ora 226, Tce) e l'invio da parte di questa come rito, della lettera motivata contenete le contestazioni, il Governo si era difeso eccependo l'avvio dei lavori preliminari relativi alla trasposizione della direttiva.

Successivamente al deferimento dell'Italia alla Corte di Giustizia, la Repubblica italiana ha prodotto un contro ricorso, sostenendo che:

- 1) il legislatore ha proceduto alla trasposizione di alcuni segmenti della direttiva;
- 2) le parti sociali hanno siglato nel 1997 un avviso comune sui criteri di recensione della direttiva comunitaria;
- 3) il Governo italiano ha presentato un disegno di legge in materia di cui si prospetta l'approvazione in tempi ragionevoli.

La Corte di Giustizia riconosce, dunque, che l'Italia ha effettivamente adottato misure di trasposizione "parziale" della normativa comunitaria, mentre le parti sociali e il Governo hanno promosso iniziative di riforma finalizzate a tale scopo. Basti pensare alla mini-riforma del 1997-1999, con l'approvazione di alcuni importanti provvedimenti che hanno profondamente mutato l'assetto della disciplina, pur non assumendo quasi mai una visione abrogativa della legislazione preesistente, bensì carattere di semplice integrazione della stessa.¹⁰¹

¹⁰¹ Cfr. RICCI G. "Orario di Lavoro : la condanna della Corte di Giustizia UE" in Guida al Lavoro n.17/2000, pag.17.

Solo per evidenziare la peculiare importanza della direttiva n.93/104 e l'ampiezza del suo contenuto, essa ha dato luogo all'emanazione: dell'art.13 della legge n.196/1997, c.d. Pacchetto Treu, in tema di durata massima dell'orario di lavoro¹⁰²; la legge n.409 del 1998 in tema di lavoro straordinario per le imprese industriali¹⁰³; la legge n. 25 del 1999¹⁰⁴, ossia legge comunitaria 1998, in tema di lavoro notturno femminile ed infine il D.lgs. 26 novembre 1999 n.532¹⁰⁵ - adottato in ossequio alla delega contenuta nel secondo comma dell'art.17 della legge n.25/1999 - in tema di lavoro notturno¹⁰⁶.

Nell'impossibilità di dare direttamente attuazione alla direttiva, tramite accordo, CGIL, CISL e UIL e Confindustria hanno comunque sottoscritto, in data 12 novembre 1997 un accordo interconfederale denominato "Avviso comune sull'orario di lavoro europeo"¹⁰⁷ che in un certo qual modo anticipa il legislatore e il governo definendo le linee d'attuazione della direttiva "gradite" alle parti sociali. Quest'accordo, già redatto con la struttura di un vero e proprio disegno di legge (comprende anche una norma che abroga le disposizioni contrastanti), da un lato contiene disposizioni riprese poi dalla delega contenuta nell'art.17 della L. n.25/99; dall'altro lato potrà servire di riferimento al legislatore delegato il quale, fra l'altro, proprio in virtù della delega è tenuto a prevedere che la normativa si rivolga a tutti i

¹⁰² La vera e propria modifica dell'orario di lavoro è stata disposta quindi con l'art. 13 della legge 24 giugno 1997, n. 196 (c.d. "Pacchetto Treu") in Dir. prat. lav. 1997, n. 30, pp. 2133ss.

¹⁰³ Legge n. 409 del 1998 in tema di lavoro straordinario per le imprese industriali, in Dir prat. lav., 1998, n. 48. pp.3197 ss.

¹⁰⁴ Legge n. 25 del 1999 in Dir. Prat. lav., 1999, n. 11, pp. 743 ss., e in Giuda al Lav. n. 9/1999, pp. 22 ss.

¹⁰⁵ D.Lgs. n.532/99 in Giuda al Lavoro n. 12/2000, pp. 50 ss. Disciplina del lavoro notturno in generale.

¹⁰⁶ Cfr. CORDIO R. "La disciplina del lavoro notturno", in Dir.Prat.Lav. n.5/2201,pp.331 ss.;

¹⁰⁷ Il 12 novembre 1997 è stato sottoscritto in sede interconfederale, ma solo fra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil, un accordo (pubblicato in Dir.Prat.Lav. 1997, n. 47, pp.3435 ss.) teso a dare attuazione alla direttiva UE 93/104. Cfr. MISCIONE M. "La rivoluzione prospettata dell'orario di lavoro", in Dir.Prat.Lav., 1998, dell'inserto n.34;

lavoratori e le lavoratrici, sia del settore privato che del settore pubblico, sulla base di accordo tra le parti.

La legge delega n.25/1999, in armonia con la direttiva comunitaria, valorizza in modo incisivo la contrattazione collettiva e, a livelli più generali, il metodo concertativo, già ripetutamente sperimentato con successo negli ultimi anni in diversi settori.

Attraverso questi strumenti si prefigura una regolamentazione del lavoro notturno che, seppure “provvisoria”, perché in attesa di una legge organica in materia d’orario di lavoro, dovrebbe riguardare tutti i possibili aspetti, sviluppando i suggerimenti e le possibilità offerte dalla direttiva e, a volte, spingendosi anche oltre ¹⁰⁸.

L’esistenza di tale direttiva, e la sentenza di condanna adottata dalla Corte di Giustizia nel dicembre del 1997¹⁰⁹, hanno posto il legislatore italiano di fronte all’urgenza di adattare finalmente l’ordinamento ai principi comunitari sulla regolazione del lavoro notturno. Infatti, le varie disposizioni legislative allora già presenti non costituivano una completa regolamentazione della materia e ciò era ben presente al legislatore che con l’art. 17 della legge 25/1999, ha delegato il Governo all’emanazione di un decreto in tema di lavoro notturno appunto in attesa di una disciplina organica dell’orario di lavoro.

L’art.17, comma secondo della legge n.25/1999, è diretto proprio all’attuazione della porzione della direttiva n.93/104 contenente disposizioni sul lavoro notturno (art.8) e coerentemente con questa direttiva, non si limita all’aspetto definitorio della fattispecie, ma nello stesso tempo attribuisce un ruolo primario alla contrattazione collettiva per la regolazione futura dei principali aspetti del lavoro notturno .

¹⁰⁸ Cfr. MATTAROLO M.G. “La legge comunitaria sul lavoro notturno” in Dir.Prat.Lav. n.4/1999;

¹⁰⁹ Corte di Giustizia 4 dicembre 1997, causa c-207/96, Commissione v. Repubblica italiana in Racc., pp. 6869.

La lettera a) del secondo comma dell'art.17 L.25/1999, nel fissare i criteri direttivi per l'esercizio della delega, sembra accomunare due piani indubbiamente diversi.

Nella prima parte, si assegna ai decreti il compito di assicurare che l'introduzione del lavoro notturno sia preceduta dalla consultazione delle parti sociali e dei lavoratori interessati. Nella seconda parte la norma è più oscura¹¹⁰. Essa stabilisce che i decreti delegati dovranno “prevedere che la normativa si rivolga a tutti i lavoratori e le lavoratrici sia del settore privato che del settore pubblico, sulla base di un accordo tra le parti sociali”.

Secondo la lettera b), il decreto delegato dovrà rinviare alla contrattazione collettiva “la previsione che la prestazione di lavoro notturno determini una riduzione dell'orario di lavoro settimanale e mensile e una maggiorazione retributiva”. In parte si ripete il terzo comma dell'art. 2108 c.c., il cui riferimento alle norme corporative è facilmente estensibile ai contratti collettivi postcorporativi; costituisce invece una novità normativa l'obbligo di riduzione dell'orario complessivo, perché le ore di lavoro notturno devono valere o “pesare” di più; entrambi gli aspetti, peraltro, sono già da tempo oggetto di contrattazione nel nostro ordinamento.

La lettera d), del secondo comma dell'art.17 L.25/1999, con norma forse superflua, consente “ulteriori limitazioni del lavoro notturno concordate in sede di contrattazione collettiva”.

¹¹⁰ Cfr. MATTAROLO M.G. “La legge comunitaria sul lavoro notturno” in Dir.Prat.Lav. n.4/1999;

Un riferimento alla contrattazione, anche individuale, è contenuto anche nella lettera f), che vuole “garantire il passaggio ad altre mansioni o altri ruoli diurni in caso di sopraggiunta inidoneità alla prestazione di lavoro notturno”.

Tale disposizione è più favorevole della direttiva, che si limita a richiedere che “i lavoratori notturni che hanno problemi di salute, aventi un nesso riconosciuto con la loro prestazione di lavoro notturno, siano trasferiti, quando possibile, ad un lavoro diurno per cui essi siano idonei” (art.9). Pertanto il lavoratore non potrà essere licenziato perché divenuto inidoneo al lavoro di notte¹¹¹.

Rimarrà da vedere se egli potrà essere adibito anche a mansioni inferiori in caso d'impossibilità di recepire mansioni diurne equivalenti; è certo, comunque, che l'imprenditore potrà sostituirlo, di notte, con un altro dipendente e che, pertanto, nella maggior parte dei casi, lo spostamento verterà a gravare sugli altri lavoratori piuttosto che sul datore di lavoro o sull'organizzazione aziendale.

Nessun rinvio alla contrattazione è contenuto invece nella lettera c); essa stabilisce che in tutti i settori, sia privati che pubblici, dovranno essere adibiti al lavoro notturno, “con priorità assoluta, i lavoratori e le lavoratrici che ne facciano richiesta tenuto conto delle esigenze organizzative aziendali”

¹¹¹ Analogamente a quanto di recente la giurisprudenza della Cassazione ha affermato in caso di sopraggiunta inidoneità permanente del lavoratore alle mansioni di assunzione: Cass.sez.unite 7 agosto 1998, n.7755, in Foro it., 1999, i.197.

Le lettere e) e g), della legge delega n.25/1999, demandano infine ai decreti legislativi *tout court* il compito di prevedere sorveglianza sanitaria preventiva e periodica per accertare l'idoneità al lavoro notturno dei lavoratori interessati e per garantire l'informazione sui servizi per la prevenzione e la sicurezza, nonché la consultazione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, per le lavorazioni che comportano rischi particolari.

Nella delega, di cui all'art.17, L.n.25/1999, risultano peraltro anche talune omissioni rispetto alla direttiva cui essa intende dare attuazione.

La legge delega non definisce che cosa si debba intendere per "lavoro notturno" o "lavoratore notturno", come invece impone la direttiva all'art.2; l'omissione pare particolarmente grave perché restano indeterminati i presupposti applicativi della futura normativa; su questo punto invece molto puntuale è il testo dell'Avviso comune Confindustria, CGIL, CISL e UIL.

Non sono ripresi, neppure i limiti previsti dall'art.8 della direttiva, secondo il quale l'orario normale dei lavoratori notturni non deve superare le otto ore in media per periodi di 24 ore e, se il lavoro comporta particolari tensioni, esso non deve superare comunque le otto ore nelle 24.

Le omissioni rilevate possono dipendere dal fatto che non si era ancora regolata la materia; ed, in effetti, gli emananti decreti legislativi erano già in partenza limitati e provvisori, nell'attesa dell'approvazione della legge in materia d'orario di lavoro. Si assiste così all'ennesima, deleteria sovrapposizione di provvedimenti legislativi, disorganici, parziali e provvisori, in attesa di una legge organica¹¹².

¹¹² Cfr. MATTAROLO M.G. "La legge comunitaria sul lavoro notturno" in *Dir.Prat.Lav.* n.6/2000 pp. 617 ss.;

La nuova disciplina del lavoro notturno è stata, poi introdotta con il D.lgs.26 novembre 1999, n.532¹¹³, con il quale, ricalcando in gran parte le indicazioni contenute nel citato accordo di Confindustria, è stata sostanzialmente data attuazione, alla direttiva 93/104/Ce.

Il D.lgs. n. 532/1999 non è stato l'ultimo provvedimento che concerne la materia dell'orario di lavoro.

E ciò in quanto la direttiva comunitaria¹¹⁴ non ancora integralmente trasposta nel nostro ordinamento, nonostante il termine per l'adeguamento degli ordinamenti nazionali sia scaduto il 23 novembre 1996 (art.8, co.1), ha poi trovato un riscontro quasi completo con l'adozione della direttiva n.2000/34/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 2000, con la quale si è modificata la direttiva n.93/104 al fine di comprendere i settori esclusi¹¹⁵. Il processo di adeguamento degli ordinamenti nazionali alle prescrizioni comunitarie in materia di orario di lavoro non poteva, ancora oggi, dirsi completato¹¹⁶. Infatti oggi, a distanza di sette anni oltre il tempo massimo, finalmente l'Italia si è adeguata alle regole europee in materia di organizzazione dell'orario di lavoro dettate dalla direttiva n.93/104/Ce, così come modificata dalla direttiva 2000/34/Ce¹¹⁷.

¹¹³ Tale D.Lgs. n.532/1999 è stato emanato in attuazione della legge delega 5 febbraio 1999 n. 25.

¹¹⁴ Anche la Francia, si trova nelle medesime condizioni, nei confronti avanti alla Corte di Giustizia europea è infatti pendente un procedimento (C-46/99) per la mancata trasposizione della citata direttiva, promosso alla Commissione europea: in data 22 febbraio 2000 sono state già rese le conclusioni dell'Avv. Gen., il quale ha suggerito la condanna della repubblica francese.

Per l'analisi della disciplina legislativa in materia di orario di lavoro nei maggiori paesi europei sia consentito rinviare a Aa.Vv.,Le direttive comunitarie in materia sociale, volume I, ricerca di Confindustria diretta da Pelaggi L. C.Curti Gialdino, Bologna 1999.

¹¹⁵ La direttiva n.2000/34 del Parlamento Europeo è basata sull'art.137.2 TCE, la quale integra la precedente con alcune definizioni, come quella di lavoratore mobile, lavoro offshore e riposo adeguato, particolarmente funzionali a consentire l'applicazione delle regole nei settori in precedenza esclusi. Cfr.PELLISSERO "La problematica dell'orario di lavoro a livello comunitario" in Riv.Giur.Lav., 2000,I, pp.973 ss.

¹¹⁶ Cfr. ROCCELLA M. - TREU T. "Diritto del lavoro della Comunità Europea", Cedam, 2002.

Giunge così a conclusione una vicenda che si trascinava ormai da troppi anni. La citata direttiva, come già detto, avrebbe dovuto essere integralmente recepita nel nostro ordinamento, al più tardi entro il novembre 1996. Sette anni dopo dunque, e il tutto non senza una certa dose di *suspance* visto che, nonostante una sentenza di condanna della Corte di Giustizia del marzo 2000¹¹⁸ e una nuova procedura di infrazione per la persistente situazione di inottemperanza degli obblighi comunitari, la delega contenuta nella comunitaria 2001 è stata rispettata per appena una manciata di giorni.

Il processo traspositivo della direttiva n.93/104/Ce era iniziato, con la sottoscrizione del citato accordo interconfederale del 12 dicembre 1997 tra Confindustria e Cgil, Cisl, Uil, ed è stato successivamente riattivato, dopo una lunga fase di stasi, nel novembre del 2001, con la presentazione del disegno di legge delega n.848 di riforma del mercato del lavoro¹¹⁹.

¹¹⁷ Sulla direttiva n.93/104/Ce Cfr. Reale “La direttiva comunitario n. 104 del 1993 e la normativa italiana” in Arg. Dir. Lav., 1998, pp. 429.

¹¹⁸ Corte di Giustizia 8 giugno 2000, causa C-46/99, Commissione v. Repubblica francese, in Racc., 2000, pp. 4379 e, rispettivamente, 9 marzo 2000, causa C-368/98, Commissione v. Repubblica italiana, in Racc., 2000, pp.1277. In Italia sono stati adottati provvedimenti parziali (come l’art.13 della legge n. 196/97 sulla durata normale dell’orario settimanale ed il D.Lgs. n.532/99 in tema di lavoro notturno), ma nessun intervento organico di recepimento della direttiva n.93/104: L’avviso comune raggiunto da Confindustria ed organizzazioni sindacali nel 1997 ai fini della trasposizione della direttiva comunitaria è rimasto sinora senza seguito: in Tema si v. REALE A. “La direttiva comunitaria n.104/1993 e la normativa italiana” in Arg.dir,Lav., 1998, pp. 429 ss.; DEL VECCHIO “L’Avviso comune Confindustria – Cgil, Cisl, Uil sul recepimento della Comunità europea n.104 del 1993”, Arg.Dir.Lav., pp.151 ss.

¹¹⁹ Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. “Prime osservazioni sull’attuazione della direttiva n. 93/104/Ce” in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

Il Governo italiano quindi – preso atto dell’impasse nella trattativa tra le parti sociali e messo sotto pressione dalle autorità comunitarie, che si stavano avviando a una seconda condanna dopo quella contenuta nella sentenza della Corte di Giustizia del marzo 2000 – ha provveduto a presentare autonomamente un proprio schema di decreto legislativo. Invero l’adeguamento alla direttiva n. 93/104/Ce è avvenuto con il D.Lgs. n.66/2003¹²⁰.

¹²⁰ Il Decreto Legislativo del 8 aprile 2003, n.66, pubblicato nel Supplemento ordinario n.61 alla Gazzetta Ufficiale n.87 del 14 aprile 2003 (in Dir.Prat.Lav., n. 17 /2003, pp. 1143 ss.). Si fa rinvio al Capitolo Secondo, par. settimo.

CAPITOLO SECONDO

LA NUOVA DISCIPLINA DEL LAVORO NOTTURNO: DAL D.LGS. N. 532 DEL 1999 AL D.LGS. N.66 DEL 2003

1 - Definizione di “Lavoro notturno” e di “Lavoratore Notturno”: Art. 2 del D.Lgs. 532/1999.

Con il D.Lgs. 26 novembre 1999, n.532, emanato in attuazione della delega contenuta nell’art.17, co.2 della L. 5 febbraio 1999, n.25 (Legge comunitaria per il 1998), come modificato dall’art.45, co.24, L.17 maggio 1999, n.144, e dall’art.1, co.2, lett. b), L. 2 agosto 1999, n.263, ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina organica e generale del lavoro notturno. La nuova normativa è d’estrema importanza giacché la materia è stata finora disciplinata dai soli contratti collettivi e dall’art.2108 c.c., che prende in considerazione il lavoro notturno non compreso in regolari turni periodici (secondo comma) ai fini del riconoscimento di una maggiorazione retributiva rinviando (terzo comma) alla legge o alla contrattazione collettiva per la definizione di limiti e durata dello stesso, nonché la misura della relativa maggiorazione¹²¹.

¹²¹ Cfr. PELAGGI L. – PELAGGI A. “Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative” in Mass. Giur. Lav., n.6 /2000, pp.617 ss.;

Con il Decreto Legislativo n.532/1999 si è voluto dare seguito agli interventi settoriali con una regolamentazione di carattere generale, volta al recepimento della direttiva n.104/1993: il nuovo decreto si spinge, tuttavia, ben oltre a quanto disposto dalla direttiva del 1993, giudicata da più parti di “basso profilo” ed accusata di “minimalismo” nelle scelte¹²². Relativamente al lavoro notturno, la normativa comunitaria si limita, infatti, ad individuare soltanto principi più o meno generali (definizione di “periodo notturno” e “lavoratore notturno”, previsioni di garanzie ed obblighi d’informazione), la cui specificazione è delegata ai singoli Stati membri. Sembra tuttavia, preferibile la teoria di chi sostiene che tale “minimalismo” non sia frutto di una precisa strategia normativa¹²³. Come del resto risulta, la normativa CE si limita a disciplinare soltanto ciò che concerne la tutela della salute e dell’integrità fisica del lavoratore, evitando di intervenire nell’ambito delle politiche relative all’organizzazione aziendale, opportunamente attribuite alle singole legislazioni nazionali, ma soprattutto alla contrattazione collettiva¹²⁴.

¹²² Cfr. ROCCELLA – TREU “Diritto del lavoro della Comunità Europea”, Padova, 1995, pp.579 ss.; Lai “La normativa internazionale e comunitaria dell’orario di lavoro”, in Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.,1995, n.17,pp.253 ss. ; CESTER “Lavoro e tempo libero nell’esperienza giuridica” in Quad. Dir. Lav. Rel. Ind., n.17 /1995,pp.19 ss. ;

¹²³ Cfr. ICHINO P. “Il tempo di lavoro nell’Unione Europea” in Riv. It. Dir. Lav.,1998,,pp.159 ss.;

¹²⁴ Cfr. CARDARELLO C: “Lavoro notturno: orario di lavoro, lavoro delle donne e dei minori , tutela della salute , inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni” Milano, Giuffrè, 2000.

Proprio il ruolo di quest'ultima in materia d'orario di lavoro, è stato fortemente valorizzato sia dalla stessa direttiva comunitaria, che dall'Avviso Comune della Confindustria del novembre 1997¹²⁵, nel quale le parti sociali chiedevano al legislatore di limitarsi ad emanare disposizioni applicabili solo ai rapporti individuali che non fossero disciplinate dalla contrattazione collettiva¹²⁶. Ciò è avvenuto anche con il nuovo decreto legislativo, n.532/1999. Questo ambito è stato, infatti, quasi esclusivamente oggetto d'intervento da parte della sola autonomia collettiva, mentre la legge si è limitata a porre alcune limitazioni all'azione della contrattazione; quest'ultima resta infatti libera di stabilire, ad esempio, le norme in base alle quali individuare i "lavoratori notturni", il quantum di maggiorazione rispetto al lavoro diurno, o, ancora, di prevedere una particolare distribuzione plurisettimanale della prestazione lavorativa, tutti compiti, questi, d'estrema rilevanza¹²⁷. Viene così dettata una disciplina "minimale" che dispone, come nel caso del lavoro straordinario, la consensualità della prestazione notturna¹²⁸, nonché tutte le clausole, anche collettive, intese a disconoscere il diritto alla maggiorazione retributiva¹²⁹, ma, soprattutto, pronta ad interventi a seguito delle pronunce della Corte di giustizia Europea, relative al lavoro notturno femminile.

¹²⁵ L'Avviso, sottoscritto nel novembre del 1997 dai sindacati CGIL, CISL e UIL e dalla Confindustria, può leggersi in Dir. Prat. Lav., n.47, 1997, pp. 3435 ss. Tale documento non può considerarsi come sufficiente a recepire la direttiva, in primo luogo per carenza di quei requisiti che la Corte di giustizia ha individuato come necessari a tal fine (efficacia *erga omnes*, non limitata a solo alcuni dei settori produttivi) e, in via del tutto assorbente, perché manca nell'avviso la comune volontà di dare efficacia di contratto collettivo a tale testo.

¹²⁶ Cfr. MENEGATTI E: "Lavoro notturno: normativa comunitaria e disciplina nazionale" in Carinci F. (a cura di), orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva", IPSOA, Milano pp.151 SS.;

¹²⁷ Cfr. BIAGI M. "Lavoro notturno: normativa comunitaria e disciplina nazionale" in SINNEA INTERNATIONAL n.26/2000;

¹²⁸ In questo senso si veda Cass. 3 luglio 1992, n. 8129, in Giur. it., 1993, I, 1, pp. 566 ss.

¹²⁹ Cass. 3 luglio 1992, in Giur. it., 1993, I, 1, pp.566 ss.; Cass. 16 febbraio 1985, n.1329, in Not. Giur. lav.;

Occorre aspettare sessant'anni prima che il legislatore introduca nell'ordinamento giuridico una disciplina generale. Questa è frutto in primo luogo, della Direttiva comunitaria n.104 del 1993 e in secondo luogo dell'accordo stipulato da Confindustria con CGIL, CISL e UIL e denominato "Avviso in materia di recepimento della Direttiva 93/104"¹³⁰; tale accordo rappresenta un nuovo strumento d'intervento sindacale, ossia c.d. accordo di recepimento o trasposizione. Tale accordo è dotato di un'efficacia soggettiva limitata, in quanto si limita ad inquadrare i criteri generali, mentre una successiva legge li recepisce¹³¹.

Nasce, con il D.Lgs.532/1999, la nuova figura del "Lavoratore notturno", prima sconosciuta alla nostra legislazione.

Per quanto attiene alle definizioni adottate dal legislatore italiano, alla riproduzione alla lettera della norma comunitaria, si accompagna un'applicazione della direttiva in parte più estesa rispetto alle previsioni europee ma, comunque, sempre estremamente rispettosa degli esiti collettivi nazionali.

¹³⁰ Avviso comune in materia di recepimento della Direttiva in Arg. Dir.Lav. 1998.

¹³¹ Tale documento non può considerarsi come sufficiente a recepire la direttiva, in primo luogo per carenza di quei requisiti che la Corte di giustizia ha individuato (Corte giust., 8 giugno 1982, in causa 91/81, Foro it., 1982, IV, c.353) e anche perché manca nell'avviso la comune volontà di dare efficacia di contratto collettivo a tale testo.

L'art. 2 (Definizioni) , comma 1, del decreto n.532/1999, alla lett. a), stabilisce che il “lavoro notturno”¹³² è costituito da una prestazione non inferiore a sette ore consecutive¹³³ comprendenti l'orario tra le ventiquattro e le cinque del mattino¹³⁴, mentre alla lett. b) definisce il “lavoratore notturno” come qualsiasi lavoratore “che durante il *periodo notturno*¹³⁵ svolga, in via non eccezionale¹³⁶, almeno tre ore del suo tempo giornaliero” o comunque almeno una parte del suo orario di lavoro normale che dovrà essere stabilito dal contratto collettivo nazionale di lavoro. Si aggiunge poi, in relazione a quest'ultima ipotesi, che “in difetto di disciplina collettiva è considerato lavoratore notturno qualsiasi lavoratore che svolga lavoro notturno per un minimo d'ottanta giorni lavorativi all'anno”¹³⁷; tale limite riproporzionabile in caso di lavoro *Part – Time*¹³⁸.

¹³² Tale definizione ricalca la nozione di “lavoro notturno” contenuta nelle fonti internazionali (art.1, lett. a, della convenzione Oit n.171/1990, e art.2, n.3, della Direttiva 93/104/Cee). Inoltre la circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale n.13/2000 del 14 marzo 2000(in Dir.Prat.lav., 2000, n.14, 1085) precisa che lavoro notturno è quello svolto, consecutivamente, tra le ore 22 e le ore 5, oppure tra le ore 23 e le ore 6, oppure tra le ore 24 e le ore 7.

¹³³ Merita di essere precisato che il limite di 7 ore consecutive della prestazione è da considerarsi minimo, ben potendo la stessa essere di 8 ore o più, sempre comprendendo, tuttavia, l'intervallo temporale richiesto dalla norma tra le 24 e le 5.

¹³⁴ Il Ministero del Lavoro con la circolare n. 13 del 2000(in Guida al Lavoro n. 12/2000,pp. 58.) ha poi chiarito che lavoro notturno è quello svolto almeno tra le 22 e le 5, tra le 23 e le 6 e tra le 24 e le 7.

¹³⁵ Con riferimento all'individuazione del “periodo notturno”, il Ministero del Lavoro con la circolare n.13/2000 ha precisato che tale periodo si intende quello individuato dai singoli CCNL di categoria. Pertanto, ad esempio, per le aziende commerciali che adottano il contratto collettivo nazionale di lavoro del settore, è periodo notturno quello prestato dai lavoratori dalle ore 22 alle ore 6. Parimenti, sarà considerato periodo notturno l'attività lavorativa svolta dalle ore 24 alle 6 dai lavoratori dipendenti di aziende che adottano il CCNL nel settore turismo.

¹³⁶ La “non eccezionalità” della prestazione notturna si pone come requisito necessario affinché il lavoratore acquisisca la qualifica di lavoratore notturno.

¹³⁷ Spetta comunque solo ai contratti collettivi l'individuazione delle condizioni e dei casi di eccezionalità nell'adibizione al lavoro notturno previsti al comma 1, lettere a) e b) dell'art.1.

¹³⁸ La direttiva comunitaria, per quanto concerne l'identificazione del lavoratore notturno, utilizza due diversi criteri: nel primo fa riferimento ad un numero prefissato di ore che il lavoratore deve prestare durante il periodo notturno per essere qualificato tale; nel secondo, invece, utilizza un parametro annuale, che comunque deve essere specificato dallo stesso Stato membro interessato. E' opinione ormai accolta che tali criteri non possono essere considerati alternativi, ma devono essere interpretati in modo congiunto, ai fini del riconoscimento dello status di lavoratore notturno. Cfr. PUNTIN L: “Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva” in Lav. Giur., n.3/2000, pp.219 ss.;

Si sottolinea che tale ultima previsione ha natura transitoria e trova applicazione fin quando i contratti collettivi di categoria, in forza alla delega conferitagli dal legislatore, non stabiliscano una diversa previsione¹³⁹.

Dal confronto con il testo della direttiva (art.2, nn.3 e 4), sia da un'interpretazione sistematica della norma, queste ultime due definizioni non sono alternative ma si riferiscono a due ipotesi distinte: nel primo caso, se il lavoratore svolge la normale attività lavorativa con un'articolazione oraria giornaliera fissa (salvo varie eccezioni che possono verificarsi durante il rapporto di lavoro) occorrerà verificare che la stessa non venga svolta per almeno tre ore nel periodo notturno atteso che, nell'ipotesi contraria, sarebbe definito "lavoratore notturno" (si pensi per esempio i dipendenti delle imprese di stampa e di distribuzione dei quotidiani, i lavoratori dei forni, gli addetti alla raccolta dei rifiuti e alla pulizia delle strade, il personale delle imprese di vigilanza *etc.*), mentre nel secondo caso se, invece, l'orario di lavoro è organizzato in turni avvicendati, occorrerà verificare che (finché i contratti collettivi non prevedano una previsione diversa) il lavoratore non svolga per 80 giorni l'anno il " lavoro notturno" (attività non inferiore a 7 ore consecutive comprendenti l'orario tra le ventiquattro e le cinque del mattino); diversamente sarebbe definito "lavoratore notturno" (si pensi tipicamente gli operai delle imprese a ciclo continuo)¹⁴⁰.

¹³⁹ Cfr. DE FUSCO ENZO "Il lavoro notturno", Centro Studi & Previdenza, 2000.

¹⁴⁰ Cfr. DE FUSCO ENZO "Il lavoro notturno", Centro Studi & Previdenza, 2000.

La durata di questa parte è definita dalla contrattazione collettiva, anche in via peggiorativa, che vale solo quale disposizione applicabile in assenza di contrattazione, secondo quanto previsto, del resto, dallo stesso Avviso Comune della Confindustria del 1997¹⁴¹. La distinzione si ricava facilmente sia dal n. 4, lett. b), dell'art. 2 della direttiva n.104/1993, dove esplicitamente si fa riferimento ad “una certa parte” dell'orario di lavoro “annuale”, sia dallo stesso n.2 della norma citata dove, riferendosi all'ipotesi di “ottanta giorni lavorativi all'anno”¹⁴², s'intende proiettare la misura stabilita dalla norma su un arco di tempo ultragiornaliero¹⁴³. Con riferimento, pertanto, all'orario di lavoro annuo, la qualifica di lavoratore notturno si attribuisce se, per almeno 80 giorni, l'attività viene svolta durante i suindicati limiti temporali. Con riferimento, invece, all'orario giornaliero, occorre prendere in considerazione la definizione di lavoro notturno indicata dal contratto, perché il periodo tra mezzanotte e le cinque, indicato dalla legge, individua soltanto un arco temporale che, come minimo, deve essere ricompreso nell'ambito di lavoro notturno. Pertanto, a fronte di una prestazione, in via non eccezionale, dalle ventidue all'una, il lavoratore sarà considerato “notturno” se il contratto ha individuato come lavoro notturno il periodo compreso tra le 22 e le 6; non potrà essere considerato lavoratore notturno se tale periodo è stato individuato, invece, dalla contrattazione collettiva tra la mezzanotte e le sette¹⁴⁴.

¹⁴¹ Cfr. FERRANTE V: “La disciplina del lavoro notturno”, in Nuove leggi comm., 2000, pp. 534 ss.

¹⁴² Si ritiene che nel silenzio della norma e delle circolari esplicative(Circolare del Ministero del Lavoro n. 13/2000 e 86/2000), con l'espressione “80 giorni all'anno” utilizzata dal legislatore, debba intendersi anno lavorativo e non anno solare. Tale interpretazione sembrerebbe più coerente con la *ratio* della norma che è quella di fornire una tutela psico-fisica al dipendente che è sottoposto al disagio del lavoro notturno.

¹⁴³ Cfr. FERRANTE V: “La disciplina del lavoro notturno”, in Nuove leggi comm., 2000, pp. 534.

¹⁴⁴ Cfr. Bianchi N. “Lavoro notturno: le nuove regole in Gazzetta”, in Guida al lavoro, n. 5/2000, pp.15ss.

Il legislatore italiano ha qui solo marginalmente fatto riferimento al testo comunitario contenuto nell'art.2, n.3, poiché la direttiva ha adottato una formulazione volutamente “aperta”, per non costringere gli Stati a dover modificare la propria legislazione e lasciare, dunque, ad ogni singolo legislatore la scelta di dove collocare l'inizio e il termine del periodo notturno. In questo senso viene affidata alla “Legislazione nazionale”, dalla norma europea, la definizione del periodo, indicandone una durata minima (sette ore) e un intervallo di tempo inderogabile fra le 24 e le 5 del mattino¹⁴⁵.

Il Legislatore, riprendendo per quest'aspetto il testo dell'Avviso Comune omette di esercitare una scelta che invece la direttiva gli affida in via esclusiva, anche in quanto unico destinatario della direttiva (art.19 dir.), senza consentire su questo punto deroga alcuna ad opera di fonti diverse dalla legge, quali il contratto collettivo o il regolamento.

La stessa normativa nazionale previgente non sempre fissava con precisione il concetto di “notte”, provvedendo, alcune volte, in modo analogo a quanto ora fa il decreto in commento. Così, ad esempio, la legge del 1934 all'art.13 stabiliva che con il termine notte dovesse intendersi un periodo tra le ore 22 e le ore 5 (di almeno undici ore consecutive), essendo poi lasciato alla contrattazione collettiva la definizione esatta dell'inizio e della fine del periodo secondo le esigenze di ciascuna categoria¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Cfr. FERRANTE V: “La disciplina del lavoro notturno”, in Nuove leggi comm., 2000, pp. 534 ss.

¹⁴⁶ Cfr. BARASSI “Il diritto del lavoro” 1936, pp. 182; MAFFEI – VESSIA “L'orario di lavoro” pp. 499; è prassi normale fissare orari di lavoro anche differenziati per categorie di lavoratori: così il CCNL per gli addetti alla industria chimica e chimico-farmaceutica prevede all'art.7 due diverse nozioni di lavoro notturno.

Alla luce di questa considerazione, allora, si deve interpretare la norma nel senso che la legislazione statale lascia alle singole imprese, sulla base degli orari praticati in concreto e nel rispetto delle previsioni contrattuali, di stabilire l'esatta collocazione del periodo notturno.

La norma dunque non appare in contrasto con la direttiva, anche laddove dia luogo ad orari individuali differenziati per categorie, purché siano comunque rispettati due principi quale quello della pubblicità dell'orario mediante affissione (art.12 r.d. n.1955/23), richiamato peraltro dallo stesso art.10 D.Lgs. n.532/1999 al fine di evitare facili sotterfugi, nonché quello, direttamente ricavabile dalla direttiva, di un riposo minimo consecutivo di undici ore (cosicché il lavoratore per il quale la notte iniziasse alle ore 24 non potrebbe, se avesse finito di lavorare alle 2, riprendere la sua attività se non alle 13 del giorno successivo)¹⁴⁷.

Il Legislatore italiano nel trasporre la direttiva ne ha ampliato la portata, solo col modificarne un piccolo frammento.

¹⁴⁷ Cfr. FERRANTE V: "La disciplina del lavoro notturno", in Nuove leggi comm., 2000, pp. 534 ss.;

Mentre , infatti, la direttiva si riferisce esclusivamente ad un “periodo notturno”, ed intorno a questo costruisce la figura del lavoratore notturno, come colui che svolga almeno tre ore in orario notturno, la legge italiana introduce il concetto di “lavoro notturno”(come, appunto, attività, anche di durata minima, svolta nel corso del periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l’intervallo fra la mezzanotte e le cinque del mattino), cosicché accade che l’ordinamento conosca sia il lavoratore notturno (chi presta più di tre ore) sia il lavoratore che svolge lavoro notturno, ma che non può definirsi tale in senso stretto¹⁴⁸.

La contrattazione collettiva ha il compito di definire le condizioni ed i casi di eccezionalità nell’ambito al lavoro notturno.

La norma, tuttavia, non chiarisce se l’intervento deve essere operato dalla contrattazione collettiva a livello nazionale o aziendale. L’interpretazione sistematica della nuova disciplina induce a ritenere che il riferimento sia alla contrattazione nazionale. Ciò in quanto i casi in cui è previsto l’intervento della contrattazione aziendale vengono espressamente indicati dal legislatore (per esempio nel caso dell’art.4,co.1 del D.Lgs. 532/99).

Al lavoro notturno devono essere adibiti – secondo quanto stabilito dall’art.3 (Limiti al lavoro notturno) del D.Lgs. n. 532/1999 – con priorità assoluta, tenuto conto, tuttavia, delle esigenze organizzative aziendali, i lavoratori che ne facciano richiesta.

¹⁴⁸ Cfr. FERRANTE V: “La disciplina del lavoro notturno”, in Nuove leggi comm., 2000, pp. 534 ss.;

Il datore di lavoro può, quindi, rifiutare, procrastinare o modificare l'ordine delle precedenze, nel caso in cui l'addizione al lavoro notturno risulti oggettivamente in contrasto con le esigenze organizzative aziendali¹⁴⁹.

Tale art. 3 svolge un ruolo rilevante nel provvedimento. Esso, da un lato, circoscrive parzialmente il potere organizzativo datoriale nella fase della scelta dei lavoratori notturni, attraverso il criterio di "priorità assoluta" a favore dei lavoratori e delle lavoratrici che dichiarino di voler svolgere attività lavorativa nel corso della notte, sempre però "tenuto conto delle esigenze organizzative aziendali", attribuendo così al lavoratore una posizione di diritto soggettivo; dall'altro, attribuisce alla contrattazione collettiva la facoltà di individuare ulteriori ipotesi di divieto, in aggiunta a quelle fissate dal nuovo art.5, L. 9 dicembre 1977, n. 903, come modificato dall'art.17, L. 5 febbraio 1999, n.25 (nonché dall'art. 345/1999, per i minori di età), nonché altri moduli di priorità, oltre quello prima enunciato. Le esigenze organizzative aziendali, vanno "tenute in conto" nella misura in cui l'organizzazione dei fattori produttivi rimane affidata al datore in qualità di capo dell'impresa (art.2086 c.c.) cosicché resta che la disposizione possa imporre una modifica dei tempi e della organizzazione data dal datore¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Cfr. PUNTIN L. "Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in Lav. Giur. , n.3/2000, pp. 219 ss.;

¹⁵⁰ Cfr. CARDARELLO C." Lavoro notturno: orario di lavoro, lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

L'inciso "tenuto conto delle esigenze organizzative aziendali" sta a significare che il diritto del lavoratore ad essere adibito alla prestazione notturna, secondo un criterio di volontarietà, incontra comunque un limite rappresentato dalla valutazione del datore di lavoro che può anche accogliere la richiesta in relazione all'esigenza di garantire comunque il buon andamento dell'attività e, conseguentemente, di scegliere lavoratori in possesso di requisiti professionali tali da assicurare la predetta finalità. Da ultimo va ricordato che la contrattazione collettiva può determinare ulteriori limitazioni all'effettuazione del lavoro notturno, presumibilmente ancorabili all'età ovvero alle condizioni personali e familiari dell'interessato¹⁵¹.

¹⁵¹ Cfr. CARDARELLO C." Lavoro notturno: orario di lavoro, lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

2 - Campo di applicazione: art.1 del D.Lgs. 532/1999.

L'art. 1 definisce il campo di applicazione della nuova disciplina recependo quasi alla lettera la disciplina comunitaria¹⁵².

Il legislatore ha stabilito che il provvedimento legislativo si applica a tutti i datori di lavoro pubblici e privati¹⁵³, definendo tuttavia, due aree di esclusione: una oggettiva (riferita alle aziende appartenenti a talune comparti produttivi ovvero ad alcune specifiche attività) ed una soggettiva (riferita cioè ad alcune categorie di lavoratori). Tali eccezioni fanno riferimento, salvo per il personale medico, ad attività in cui la prestazione non può essere suddivisa in frazioni orarie, cosicché una interruzione che intervenisse prima del raggiungimento del risultato finale apporterebbe più svantaggi che benefici¹⁵⁴.

E' chiaro che tali esclusioni si riferiscono esclusivamente alla disciplina generale in materia di lavoro notturno, mentre vanno considerate pienamente applicabili, senza limitazioni di sorta né oggettive né soggettive, le disposizioni a tutela delle lavoratrici madri e dei lavoratori e lavoratrici con "diritto di esenzione", ai sensi del nuovo art. 5 legge 903/1977.

¹⁵² Cfr. FERRANTE V. "La disciplina del lavoro notturno" in Nuove Leggi Civili Commentate, 2000, pp. 534 ss.;

¹⁵³ La direttiva, all'art.1, terzo comma parla di "tutti i settori di attività privati o pubblici(attività industriali, agricole, commerciali, amministrative, di servizi, educative, culturali, ricreative, ecc.)"

¹⁵⁴ Cfr. FERRANTE V." La disciplina del lavoro notturno", in Nuove Leggi Civili Commentate, 2000, pp. 534 ss.

Nell'area di esclusione oggettiva rientrano tutte le aziende operanti nei settori del trasporto aereo, ferroviario, stradale, marittimo, della navigazione interna, della pesca in mare, delle altre attività in mare, nonché delle attività svolte da medici in formazione (art.1, co.1, primo periodo). Le eccezioni "oggettive" operano in relazione all'appartenenza dell'azienda ad uno dei predetti settori e pertanto, nel caso di svolgimento di una di queste attività si applicano nei confronti di tutti i lavoratori dipendenti delle predette aziende (indipendentemente dallo svolgimento o meno di mansioni connesse al settore corrispondente)¹⁵⁵.

Nell'area di esclusione oggettiva (art.1,co. 2) la legge annovera anche le forze armate e di polizia, la protezione civile, i vigili del fuoco, nonché le strutture giudiziarie, penitenziarie, e quelle destinate per finalità istituzionali alle attività degli organi con compiti in materia di ordine e di sicurezza pubblica.

Tali esclusioni sono giustificate dal fatto che, in coerenza con il fondamento giuridico posto alla base dell'azione comunitaria¹⁵⁶, si è escluso dal campo di applicazione della direttiva i settori di attività non assoggettati alla direttiva quadro in tema di sicurezza (n.89/391/Ce). Il comma 2° dell'art. 1 così riproduce il testo dell'art. 1, comma 2°, del D.Lgs. n. 626/94 che, ha dato attuazione nel nostro ordinamento sia la direttiva sopra citata sia alle cosiddette "Direttive figlie"¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Sulla scorta di tale considerazione si deve ritenere che l'eccezione è operante anche per i lavoratori dipendenti dalle aziende delle categorie escluse che, tuttavia, non svolgono mansioni connesse al settore di appartenenza. Il caso tipico si rinviene nelle società che svolgono soccorso stradale, rientrante nella categoria del trasporto stradale, le quali oltre agli operatori, che intervengono con automezzi aziendali, hanno ovviamente anche centrali operative presso le quali sono impiegati dipendenti che ricevono e sussistono le richieste di intervento.

¹⁵⁶ Cfr. MISCIONE V. "Le proposte di direttive europee sull'orario di lavoro per le attività prive di disciplina specifica", IlleJ, 1999, n.4, al sito w.w.w. labourlawjournal.it.

¹⁵⁷ Cfr. FERRANTE V. "La disciplina del lavoro notturno", in Nuove Leggi Civili Commentate, 2000, pp. 534 ss.

Per quest'ultime categorie, considerando ancora il D.Lgs. 626/94, si prevede precisamente che le norme del decreto siano applicate "tenendo conto delle particolari esigenze connesse al servizio espletato", con le modalità di volta in volta individuate con decreto del ministro competente, da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del decreto in commento, di concreto con i ministri del lavoro, della sanità, del tesoro, e per la funzione pubblica¹⁵⁸.

Il Ministero del Lavoro in riferimento ai suddetti casi di deroga parziale alle nuove disposizioni - in sede di prime indicazioni indicative in ordine alle nuove disposizioni sul lavoro notturno¹⁵⁹ - ha di recente, chiarito che tra le attività degli organi in materia di ordine e di servizio pubblico sono da ricomprendere, per la loro finalità di pubblico interesse, anche le attività di vigilanza privata.

Le eccezioni "soggettive" riguardano invece alcune categorie di lavoratori ed in particolare: il personale direttivo, i collaboratori familiari, gli addetti al culto religioso.

¹⁵⁸ Cfr. FERRANTE V." La disciplina del lavoro notturno", in Nuove Leggi Civili Commentate, 2000, pp. 534 ss.

¹⁵⁹ Cfr. la circolare del Ministero del Lavoro del 14 marzo 2000 n.13 in Guida lav., n.12 /2000, pp. 58. Resta aperto il problema dei lavoratori che - pur essendo lavoratori dipendenti da società di vigilanza privata - siano comunque adibiti alla funzione di vigilanza negli stabilimenti. Il riferimento è la sorveglianza interna nelle aziende (o ad attività assimilabili: come l'attività del custode o del portiere) attività per le quali, ai sensi dell'art. 17, co.2.1, lett. b) della direttiva 93/104/Cee, è ammessa la deroga alla disposizione relative alla durata della lavoro notturno. Anche questo tipo di attività dovrebbero essere escluse dall'applicazione della disciplina anche perché una diversa interpretazione si risolverebbe a scapito degli stessi lavoratori in quanto, in considerazione dell'orientamento espresso dal Ministero del Lavoro, le suddette attività verrebbero tendenzialmente affidate a ditte esterne all'azienda non soggette al rispetto delle disposizioni sul lavoro notturno.

Il legislatore ha, peraltro, limitato la deroga stabilendo che, per le suddette categorie, non si applica la sola previsione contenuta nell'art.4 relativa alla durata dell'orario di lavoro dei lavoratori notturni (otto ore nelle 24 ore)¹⁶⁰.

Mentre per due delle suddette categorie escluse, e cioè collaboratori familiari e addetti al culto religioso, non si pongono particolari questioni interpretative, qualche problema si pone invece per la categoria del personale direttivo¹⁶¹.

Il punto normativo di partenza della disposizione in oggetto va rinvenuto nella disciplina dell'orario di lavoro e, in particolare, nel R.D.L. 15 marzo 1923 n. 692 il quale, nel prevedere all'art. 1 che la durata massima normale della giornata di lavoro degli operai ed impiegati nelle aziende industriali o commerciali di qualunque natura non può eccedere le 8 ore al giorno o le 48 ore settimanali di lavoro effettivo, stabilisce altresì che le norme del decreto non si applicano al personale direttivo, definito, dall'art. 3, *sub* 2) del R.D. 10 settembre n. 1955, come quel personale preposto alla direzione tecnica o amministrativa dell'azienda o di un reparto di essa con la diretta responsabilità dell'andamento dei servizi¹⁶².

¹⁶⁰ Il legislatore italiano ha operato una scelta restrittiva rispetto alle indicazioni della direttiva 93/104/Cee che prevedeva una serie di esclusioni alle disposizioni concernenti la durata del lavoro notturno. Si riferisce, in particolare, alle attività caratterizzate da una distanza tra il luogo di lavoro e di residenza del lavoratore, alle attività di guardia, di sorveglianza e permanenza caratterizzate dalla necessità di assicurare la protezione dei beni e delle persone alle attività caratterizzate dalla necessità di assicurare la continuità del servizio e della produzione alle attività per le quali si può determinare un sovraccarico prevedibile.

¹⁶¹ Cfr. PELAGGI L.PELAGGI A. "Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative", n.6/2000, pp.617 ss.

¹⁶² Cfr. MISCIONE "La Rivoluzione prospettata dell'orario di lavoro", in Dir Prat.Lav., inserto n.34/1998.

Successivamente sono intervenute la L. 24 giugno 1997 n. 196 – che ha stabilito che dal 19 luglio 1997 l’orario di lavoro è fissato in 40 ore settimanali, salva una durata minore stabilita dagli accordi collettivi – e la circolare del Ministero del Lavoro 28 ottobre 1997 n. 125 che ha escluso dall’applicazione della disciplina della L. n. 196/97 il personale direttivo delle aziende¹⁶³.

A ciò si aggiunga che l’accordo sull’orario di lavoro “europeo”, stipulato il 12 novembre 1997 tra Confindustria e CGIL, CISL e UIL, prevede che “fatte salve le condizioni di miglior favore stabilite dai contratti collettivi nazionali, sono escluse dall’ambito di applicazione della nuova disciplina, per la parte che concerne la durata settimanale dell’orario di lavoro, le prestazioni rese dal personale con funzioni direttive o da altre persone aventi potere di decisione autonomo sul proprio tempo di lavoro, tenendo comunque conto di eventuali limiti fissati dalla contrattazione”¹⁶⁴.

I lavoratori annoverabili nella fascia del personale dirigente e direttivo, ha come base codicistica l’ art. 2095 c.c., il quale, sia pure senza procedere ad un’opera di definizione, ci rimanda alle categorie legali del dirigente e del quadro.

¹⁶³ Cfr. GAROFALO D. “Intervento sull’orario di lavoro e incentivi alla riduzione”, n. 30/1997, pp. 2089 ss.

¹⁶⁴ Cfr. RICCI G: “L’orario di lavoro nell’ordinamento comunitario”, Lav.Dir., n. 1/1998.

E' da puntualizzare, comunque, che l'inquadramento nella categoria del personale direttivo dipende dalla corrispondenza delle mansioni in concreto assegnate al lavoratore a quelle previste dalla disposizione definitoria di detto personale (art. 3, comma 2, R.D. 1955/1923) non potendo derivare dal mero dato formale del conferimento della qualifica¹⁶⁵.

La nozione di "personale direttivo", certamente più ampia di quella di "dirigente", induce a ritenere che nella categoria debbano essere ricompresi non solo i "quadri", ma anche i lavoratori con funzioni direttive individuati come tali dall'art.3, co.2, r.d. 10 settembre 1923, n.1955¹⁶⁶ (come quel personale preposto alla direzione tecnica o amministrativa dell'azienda o di un reparto di essa con la diretta responsabilità dell'andamento dei servizi)¹⁶⁷.

Rientrano in questa categoria oltre ai dirigenti e istintori che rivestono qualità rappresentative, anche – in difetto di una pattuizione contrattuale in deroga – il personale direttivo cosiddetto "minore", ossia gli impiegati con funzioni direttive, i capi ufficio ed i capi reparto che eccezionalmente possono svolgere persino attività manuali¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Cass. 30/3/1992 n. 3914 in Dir. Prat. Lav., 1992, n.24, pp. 1634 ss.Cfr. CARDARELLO C." Lavoro notturno per le donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni" Milano, Giuffrè, 2000.

¹⁶⁶ Cfr. Cass. 30 marzo 1992, n.3914 in Dir.Prat.Lav., n. 24 1992, pp.1634 ss..

¹⁶⁷ Cfr. CARDARELLO C." Lavoro notturno: orario di lavoro, lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

¹⁶⁸ Ministero del Lavoro Circolare 15 febbraio 2000 n. 10 in Guida Norm. 8 febbraio 2000, n.5, pp. 9 ss., avente ad oggetto l'orario di lavoro multiperiodale e risposte a quesiti su ulteriori problematiche in tema di orario di lavoro.

Tale interpretazione è stata, del resto, avallata anche dal Ministero del Lavoro il quale con una recente circolare ¹⁶⁹ ha anzi precisato che nella nozione di personale direttivo rientrano anche quelle nuove figure professionali che, sebbene prive di potere gerarchico, conservano nel disimpegno delle loro attribuzioni, ampia possibilità di iniziativa, di discrezionalità decisionale e di determinazione autonoma del proprio tempo di lavoro¹⁷⁰.

Infine non può sottacersi come l'evoluzione tecnologica abbia comportato, nell'ambito dell'organizzazione aziendale, l'ingresso di nuove figure professionali che, sebbene prive di potere gerarchico, conservano ampia possibilità di iniziativa, di discrezionalità decisionale e di determinazione autonoma sul proprio tempo di lavoro¹⁷¹.

Nel lavoro notturno, il D.Lgs. 532/99, in relazione alle indicazioni della direttiva comunitaria 93/104, ha sentito fortemente l'esigenza di prevedere delle norme volte a garantire la tutela della salute (art. 5 e art. 11) che, in relazione a tali finalità, devono ritenersi applicabili anche al personale dirigente e direttivo.

La prestazione lavorativa del personale direttivo non è suscettibile di stima e commisurazione ad ore, è riscontrata una sostanziale flessibilità di svolgimento temporale, proprio per questo si evita l'applicazione delle norme sull'orario di lavoro a tale categoria.

¹⁶⁹ Cfr. Circolare del Ministero del Lavoro n. 13/2000 in Guida al Lavoro, n.12, pp.58 ss.

¹⁷⁰ Cfr. PELAGGI L.PELAGGI A. "Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative", n.6/2000, pp.617 ss.

¹⁷¹ Cfr. Circolare del Ministero del Lavoro n.13./2000 in Guida al Lavoro, n.12, pp. 58ss..

Peraltro, l'elasticità che impronta la durata della prestazione, a maggior ragione nel caso del lavoro notturno, non può essere estesa al punto da compromettere altre primarie esigenze dell'individuo, sulla base di criteri di ragionevolezza volti a garantire comunque la tutela della salute e dell'integrità fisica e psichica del lavoratore.

Per quanto concerne il campo di applicazione si deve rilevare che il legislatore italiano ha previsto, comunque, un numero di deroghe minore rispetto a quelle individuate nella direttiva 93/104/Ce, (integrata dalla Direttiva 2000/34/Ce). Tale direttiva stabilisce, infatti, che (cfr. art.17, co.2.1 e 2.2) si può derogare alle disposizioni concernenti la durata del lavoro notturno (art.8):

“a) per le attività caratterizzate da una distanza tra il luogo di lavoro e il luogo di residenza del lavoratore oppure da una distanza fra i diversi luoghi di lavoro dello stesso;

b) per l'attività di guardia, sorveglianza e permanenza caratterizzate dalla necessità di assicurare la protezione dei beni e delle persone, in particolare quando si tratta di guardiani o portinai o di imprese di sorveglianza¹⁷²;

¹⁷² Una categoria non espressamente menzionata nel decreto legislativo n.532/99 è quella dei lavoratori addetti a funzioni di controllo o sorveglianza: si tratta di lavoratori che esplicano la loro prestazione soprattutto nelle ore notturne e per i quali l'antico testo del 1923 stabilisce l'esenzione dalla disciplina in esso prevista (art. 3 r.d.l. n. 692/23). A riguardo occorre sottolineare come, malgrado la direttiva sembri fare riferimento alle legislazioni e/o alle prassi nazionali per la definizioni dell'orario di lavoro, la nozione comunque dettata all'art.2, n.2, direttiva n.93/104 ove si prevede che per orario di lavoro si intende il periodo in cui “il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio delle sue funzioni”, è tale che una interpretazione, per quanto attenta alla tradizione italiana, non può comunque sottrarre al campo di applicazione della direttiva le attività discontinue o di attesa e custodia di cui al cit. art. 3, essendo evidente che in tal caso si realizzano comunque tutte le condizioni enunciate dal legislatore comunitario. In tal senso Lai “La normativa internazionale e comunitaria dell'orario di lavoro” in Quaderni Dir.Lav.e Rel. Ind., n. 17/1995, pp. 285;.

c) per le attività caratterizzate dalla necessità di assicurare la continuità del servizio o della produzione”; in particolare quando si tratta: I) di servizi all’accettazione, al trattamento, e/o alle cure prestati da ospedali o stabilimenti analoghi, da case di riposo e da carceri; II) del personale operante nei porti e negli aeroporti; III) di servizi di stampa, radiofonici, televisivi, di produzione cinematografica, postali o delle telecomunicazioni [...]; IV) di servizi di produzione del gas, dell’acqua e dell’elettricità, di servizi di raccolta di rifiuti domestici o degli impianti di incenerimento; V) di industrie il cui processo lavorativo non può essere interrotto per ragioni tecniche; VI) di attività di ricerca e sviluppo; VII) dell’agricoltura;

d) in caso di sovraccarico prevedibile di attività e, in particolare: I) nell’agricoltura; II) nel turismo; III) nei servizi postali; nonché (art.17, co. 2.2) “a) nei casi previsti dall’art. 5, par. 4 della direttiva 89/391/Ce (e cioè circostanze estranee, eccezionali, imprevedibili o eventi eccezionali); b) in caso di incidente o di rischio di incidente imminente”¹⁷³.

Alcune deroghe previste dalla direttiva comunitaria, soprattutto quelle che si riferiscono al settore della stampa e delle telecomunicazioni, attengono a servizi pubblici essenziali di interesse generale (la cui erogazione, nel nostro ordinamento, è indirettamente tutelata dall’ art.21 Cost.) per i quali sarebbe stato quanto mai opportuno prevedere forme più elastiche e comunque differenziate, secondo la varia natura propria di ciascuna attività, di applicazione della disciplina sull’orario di lavoro notturno¹⁷⁴.

¹⁷³ Cfr. GALANTINO L. “Lineamenti di diritto comunitario del lavoro”, Giappichelli G. editore, Torino, 1997.

¹⁷⁴ Cfr. PELAGGI L. PELAGGI A. “Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative” in Mass. Di Giur. del Lav. , n.6/2000, pp.617 ss.

La Corte Costituzionale ¹⁷⁵ - nel dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 13, 14 1° comma, 22, 23, 24, 25, 26, 28 della legge 22 febbraio 1934, n. 370, sul riposo domenicale e settimanale per gli addetti alle aziende stampatrici ed editrici e alle aziende per la diffusione al pubblico con qualsiasi mezzo di notizie in quanto impedivano la libera circolazione e diffusione delle notizie e delle opinioni ponendosi in contrasto con l'art. 21 Cost. – ha statuito che la legge deve assicurare l'armonica coesistenza di tutti i diritti e interessi costituzionalmente apprezzabili.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Cfr. Corte Cost. 15 giugno 1972, n. 105, Mass. Giur. Lav., 1972, pp. 271 ss.

¹⁷⁶ Cfr. PELAGGI L. PELAGGI A: "Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative" in Mass. Di Giur. del Lav., n. 6/2000, pp. 617 ss.

3 - La durata della prestazione lavorativa notturna: art.4 del D.lgs 532/1999.

La durata della prestazione lavorativa notturna è definita dall'art. 4 del D.Lgs. 532/1999, il quale dispone che "l'orario di lavoro dei lavoratori notturni non può superare le otto ore di lavoro effettivo in un arco di ventiquattro ore"¹⁷⁷.

Ciò significa che il lavoratore che presti almeno tre ore della propria opera durante il periodo notturno, così come individuato dalla contrattazione collettiva o da ogni singola azienda, non può effettuare per quel giorno una prestazione aggiuntiva di oltre cinque ore. In via indiretta, dunque, si fissa in otto ore la durata massima del turno di lavoro notturno¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Si ritiene infatti che in questo caso – in coerenza con il sistema di calcolo dell'orario di lavoro ordinario e straordinario ai fini del computo delle otto ore di lavoro, devono essere esclusi i periodi non considerati come lavoro effettivo ex art5, r.d. n. 1955/1923); Cfr MENEGATTI E. "Lavoro notturno : normativa comunitaria e disciplina nazionale" in Carinci F.(a cura di), Orario di lavoro legge e contrattazione collettiva, IPSOA, Milano, PP. 151 ss.

¹⁷⁸ Manca nella disciplina ogni riferimento ai casi di forza maggiore, che sono regolati nella normativa internazionale e nell'ordinamento interno (cfr. art.17 della l. n. 977/67, come mod. dall'art. 11 d.lgs. n. 345/99, in relazione ai minori). In via analogica a quanto previsto dall'art. 7 r. d. -l. n. 692/23, però facile ipotizzare la legittimità di una deroga temporanea ai limiti di legge.

Il limite delle otto ore può, tuttavia, essere superato nel caso in cui la contrattazione collettiva, anche aziendale¹⁷⁹, definisca un orario di lavoro plurisettimanale¹⁸⁰, considerando un periodo di riferimento più ampio di quello giornaliero sulla base del quale calcolare come media il limite delle otto ore (art. 4, co.1)¹⁸¹.

¹⁷⁹ Mentre nell'art.2, D.Lgs. 532/99, quando si tratta di tracciare la definizione di lavoratore notturno, il provvedimento legislativo rinvia esclusivamente alla contrattazione nazionale, qui si fa riferimento anche ad ambiti più ristretti, senza tuttavia indicare la durata massima del periodo entro cui questa media deve essere calcolata. Un confronto con la disposizione all'art. 13 della L. n. 196/1997, che, quanto alla durata massima settimanale, consente di riferire i valori quotidiani ad una media solo nel caso di intervento della contrattazione nazionale, circoscrive il riferimento agli accordi aziendali ai soli casi in cui, sia stata la contrattazione nazionale ad autorizzare una flessibilizzazione dell'orario in sede aziendale, nel limite massimo di un anno come arco di tempo in relazione al quale calcolare la media. Ove la contrattazione collettiva in ambito nazionale omettesse un simile rinvio, la contrattazione aziendale non sarebbe di per sé sola legittima a modificare il testo del contratto nazionale o la norma di legge. La normativa (D.L. 30 ottobre 1984, n. 726, con la L. 19 dicembre 1984, n. 863) si rende promotrice della stipulazione di accordi collettivi aziendali che prevedono la riduzione dell'orario di lavoro, con contemporanea riduzione allo scopo di difendere i livelli occupazionali delle aziende in crisi o di realizzare un aumento dell'occupazione nelle aziende in buona salute. "Con la contrattazione integrativa aziendale può essere stabilito un orario inferiore a quello previsto dalla contrattazione nazionale e al limite legale. In questo caso la prestazione lavorativa eccedente l'orario previsto dalla contrattazione integrativa aziendale costituisce lavoro straordinario e deve essere come tale retribuito, a meno che non venga provata l'esistenza di un accordo tra le parti, avente per oggetto il prolungamento dell'orario contrattuale normale fino al limite di quello previsto dalla contrattazione collettiva nazionale o dalla legge" in Cass.Sez.Lav n.820 del 20 gennaio 2001, Pres. Amirante, Rel. Lamorgese.

¹⁸⁰ La L. n. 409/1998 (art.5 bis, co. 2 bis) ha rinviato ad un decreto Ministeriale del Lavoro l'individuazione di termini e modalità dell'informazione alla direzione provinciale del lavoro in caso di lavoro previsto in periodi plurisettimanali. Il decreto emanato, in data 3 agosto 1999 (in Guida lav.. 7 settembre 1999, n.34, pp. 25 ss.) stabilisce che per le imprese industriali per le quali "la contrattazione collettiva nazionale prevede la distribuzione dell'orario di lavoro in un arco plurisettimanale, le 40 ore settimanali di cui all'art.1 del r.d.l. 15 marzo 1923, n.692, come modificato, dall'art. 13, L. 24 giugno 1997, n. 196, potranno essere superate entro i predetti periodi – non superiori ad un anno – purché complessivamente non si ecceda il limite delle 40 ore settimanali. La disposizione, tesa a confermare la possibilità per le imprese industriali di richiedere, nel corso dei predetti periodi, prestazioni lavorative eccedenti la quarantesima ora settimanale, permette, altresì, di ritenere che, l'obbligo di comunicazione alla direzione provinciale del lavoro opera solo nel caso in cui, ferma la programmazione plurisettimanale dell'orario entro predetto limite medio delle 40 ore settimanali, venga richiesta una prestazione lavorativa eccedente la normale fascia oraria prestabilita dalla contrattazione collettiva. Pertanto, per la sola ipotesi in cui venga richiesta una prestazione lavorativa straordinaria (eccedente cioè l'orario normale fissato per il "multiperiodale" dal contratto collettivo) l'art.2 del citato decreto ministeriale stabilisce che il datore di lavoro ha l'obbligo di informare la direzione provinciale del lavoro.

¹⁸¹ Cfr. PELAGGI L. PELAGGI A. "Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative" in Nuove Leggi Commentate, n.6/2000, pp. 617ss.

Con questa seconda previsione il nuovo decreto si allinea, non solo con la direttiva comunitaria 93/104/CEE¹⁸², ma anche con il regime generale di orario previsto dall'art. 13 della legge n. 196/1997¹⁸³. La materia dell'orario di lavoro è stata di recente oggetto di diversi provvedimenti legislativi che hanno radicalmente mutato il quadro di riferimento.

A livello comunitario la materia è stata disciplinata con la direttiva comunitaria 93/104/Ce concernenti alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro. Il legislatore comunitario con predetta direttiva, ha in particolare, definito i principi fondamentali in materia di riposo giornaliero, pausa, riposo settimanale, durata massima settimanale del lavoro, ferie e lavoro notturno¹⁸⁴. Tale processo di aggiornamento normativo, in realtà, è già stato anticipato dalla contrattazione collettiva, che nei limiti individuati dalla legge, ha compiutamente disciplinato i predetti istituti, adattando “i tempi di lavoro” alle mutate esigenze della produzione e introducendo forme di orario, flessibili per favorire l'occupazione.

¹⁸² Secondo la direttiva l'orario normale non deve in media superare le otto ore in un periodo di 24 ore, media calcolata su un arco di tempo stabilito previa consultazione delle parti sociali o da convenzioni collettive o da accordi conclusi a livello nazionale. Nella versione originaria, il periodo base per il calcolo in media dell'orario di lavoro non poteva superare le due settimane.

¹⁸³ L' art. 13 della L. 24 giugno 1997 n. 196 si occupa dell'orario di lavoro al comma 1. La norma prevede l'abbassamento dell' orario normale di lavoro” a “40 ore settimanali”, ma attribuisce alla contrattazione collettiva di livello nazionale la possibilità di “stabilire una durata minore e riferire l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno”. La nozione di “orario normale” è deducibile anche dal collegamento con le norme di cui all'art.5 bis, R.D.L. 692/1923, previsto dal 3° periodo del comma 1 dell'art.13, legge n. 196/1997: vuol dire che il superamento dell'orario normale , definito per legge o per contratto collettivo nazionale, comporta sempre lo straordinario con tutte le relative conseguenze (limiti legali, maggiorazioni retributive e contributi aggiunti); Cfr. PACCHETTO TREU, in tema di durata massima dell'orario di lavoro in Dir. Prat. Lav., n. 30, pp. 2133 ss.

¹⁸⁴ Per l'analisi delle disposizioni sia consentito rinviare L. PELAGGI “Orario di lavoro e riposi” in A.a.V.v, Diritto del lavoro e della previdenza sociale, Milano 1998.

La contrattazione collettiva ha introdotto disposizioni sostanzialmente in linea con quelle contenute nella direttiva, anticipando per alcuni istituti (es. pause, ferie) le modifiche legislative necessarie per l'adeguamento alla disciplina comunitaria. Già per il lavoro diurno, si era infatti evidenziato il pericolo di andare incontro all'ammissibilità per assurdo di periodi lavorativi anche di 24 ore consecutive, non essendo presente nessuna disposizione che garantisca un periodo minimo di riposo e non essendo utile, nemmeno il limite settimanale di 40 ore, previsto solo come "limite medio nel multiperiodo"¹⁸⁵.

Risulta pertanto stabilita una durata massima dell'orario giornaliero di lavoro, insuperabile dalle parti, salvo comunque la facoltà di prevedere una ripartizione multiperiodale dell'orario di lavoro ad opera della sola contrattazione collettiva, ottenendo una flessibilizzazione dell'orario di lavoro, a beneficio delle imprese e degli stessi lavoratori. Per quanto riguarda l'individuazione dell'estensione massima della prestazione lavorativa giornaliera, in caso di orario multiperiodale non si tratta di orari "impossibili", in quanto, in ambito nazionale, è previsto a livello costituzionale il rispetto della tutela della salute dei lavoratori (art. 32 Cost.¹⁸⁶) e, in ambito comunitario, il diritto ad un periodo minimo di riposo di almeno 11 ore consecutive, nel corso di ogni periodo di ventiquattro ore (art.3, direttiva 93/104)¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Cfr BIAGI M. "Lavoro notturno: normativa comunitaria e disciplina nazionale", *Sinnea International*, n. 26/2000.

¹⁸⁶ L'art. 32 Costituzione : "La Repubblica tutela la salute come fondamento diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.. Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

¹⁸⁷ Cfr. PUNTIN L. "Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in *Lav. Giur.*, n.3/2000, pp. 219 ss;

La mancata indicazione della durata massima della prestazione lavorativa giornaliera non appare comunque in contrasto con l'art. 36 Cost.¹⁸⁸, secondo comma della Costituzione, in base al quale “la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge”; infatti, a parere della Corte Costituzionale, in riferimento all'esclusione di determinati lavori/lavoratori dall'applicazione dei limiti massimi legali dell'orario di lavoro, ex art.1 del R.D.L. n. 692/1923 e successive modifiche ed integrazioni, l'art.36, secondo comma della Costituzione non impone che il limite della giornata lavorativa debba essere fissato dalla legge in modo uniforme per ogni tipo di lavoro¹⁸⁹. Pertanto è ritenuto ammissibile un rinvio ad eventuali diverse e speciali regolamentazioni legali e, nel caso in cui anche queste dovessero mancare, spetterà al giudice ordinario intervenire in maniera equitativa, tenendo presente i principi costituzionali a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori¹⁹⁰.

Di conseguenza un limite massimo della protrazione lavorativa deve essere in ogni caso individuato o dai regolamenti, o dalla contrattazione collettiva o dal giudice¹⁹¹.

¹⁸⁸ L'art. 36 Costituzione recita che “Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi”.

¹⁸⁹ Corte Costituzionale 11 maggio 1971, n.99, in *Mass. Giur. Lav.*, 1971, pp.239; Corte Cost. 22 dicembre 1976, n.255, in *Not. Giur. Lav.*, 1977, pp. 52; Corte Cost. 7 maggio 1975, n. 101, in *Giust. Civ.*, 1975, pp.251:

¹⁹⁰ Cfr. TREU “ Commento all'art. 36, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, Bologna – Roma, 1979, pp. 136 ss..

¹⁹¹ Cfr. CARABELLI e LECCESE “Orario di lavoro: limiti legali e poteri della contrattazione collettiva” in *Quaderni dir. lav. relazioni ind., L'orario di lavoro*, 1995, 17, 70; “Non è possibile comunque un orario che nel singolo giorno, in più giorni, nella settimana o in altri periodi comporti un'attività che diventi usurante per i modi, i tempi, i luoghi o altre circostanze. Questo limite flessibile è stato disposto non dalla legge, ma dalla giurisprudenza, desumendolo in particolare dall'art.36 Cost., per le categorie non soggette ad un formale orario di lavoro e in particolare per i dirigenti. Si è affermato cioè che la mancanza di limiti formali non comporta la possibilità di lavorare per qualunque tempo, ma vi è sempre un limite logico oltre il quale, nelle singole circostanze di fatto, lavorare diventerebbe pericoloso per la salute: questo limite flessibile non è mai superabile”.

La raccomandazione O.I.L. n. 178 del 26 giugno 1990 sul lavoro notturno, par. 4, afferma comunque che la durata normale del lavoro notturno dovrebbe generalmente essere inferiore alla media lavorativa prestata da un lavoratore diurno, data la riconosciuta nocività per la salute di prolungati periodi di lavoro notturno. Anche in questo ambito, la contrattazione collettiva riveste un ruolo primario, ad ulteriore conferma del sempre maggiore coinvolgimento del sindacato nella definizione e gestione dell'orario di lavoro¹⁹².

A differenza del lavoro diurno, non viene prevista alcuna possibilità di estendere ulteriormente la durata lavorativa, ovvero non viene fatta menzione del lavoro straordinario, intendendo con tale termine il prolungamento dell'orario di lavoro: per il lavoro notturno è impossibile protrarne la durata oltre le otto ore massime previste, salvo il caso in cui il superamento di suddetto limite sia legato essenzialmente alla fissazione contrattuale di un orario pluriperiodale: ma anche in questa occasione le ore eccedenti il tetto massimo non possono venire considerate come straordinarie, in quanto sono compensate da riduzioni di orari in altri periodi.

¹⁹² Cfr. PUNTIN L. "Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in Lav. Giur., n.3/2000, pp. 219 ss.

In linea con la direttiva, non risulta possibile la previsione di un orario medio, ovvero il limite massimo delle otto ore non può essere superato in ogni periodo di ventiquattro ore, per determinate lavorazioni che comportano rischi particolari o rilevanti tensioni fisiche o mentali (art. 4, co. 2, D.lgs. 532/99); tale elenco verrà stabilito da un decreto del Ministero del Lavoro e della previdenza sociale, previa consultazione delle Organizzazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative e delle Organizzazioni nazionali dei datori di lavoro, entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto ¹⁹³.

In altri termini le condizioni per superare da parte dei lavoratori notturni, le otto ore nelle ventiquattro sono sostanzialmente due, ossia quando:

- a) la previsione da parte dei contratti collettivi, anche aziendali, di un'articolazione oraria su base plurisettimanale;
- b) la previsione di un periodo di riferimento più ampio delle ventiquattro ore;

In questa ipotesi derogatoria si ritiene debbano essere comprese anche le articolazioni in giorni fissi su base settimanale (ad esempio i c.d. turni week-end).

¹⁹³ Cfr. RENZI "Il tempo di lavoro", in Carinci, *Diritto del Lavoro subordinato: costituzione e svolgimento* a cura di Cester, Torino, 1998, pp. 936 ss.;

Il comma 3, dell'art. 4 del D.Lgs. 532/99, precisa inoltre, che ai fini del calcolo della media non si deve tener conto del periodo di riposo settimanale di ventiquattro ore di cui agli art. 1 e 3 della L. n. 370/1934¹⁹⁴, se questo cade nel periodo di riferimento stabilito dai contratti collettivi. In altri termini si riprende il contenuto dell'art. 16, n. 3 della direttiva comunitaria, per evitare che, attraverso l'inserimento nel calcolo della media di un giorno non lavorativo, si consenta un uso più ampio del lavoro notturno, allungando il periodo di riferimento¹⁹⁵.

In ogni caso, anche se non espressamente statuito, deve ritenersi che la durata massima della prestazione notturna incontri un limite ancorato ad un criterio di "ragionevolezza" tendente ad assicurare, comunque, il rispetto dell'integrità psico-fisica del lavoratore, derivante dai principi generali dell'ordinamento ed indirettamente dalla stessa direttiva comunitaria che impone un riposo di almeno undici ore consecutive nelle ventiquattro ore¹⁹⁶.

¹⁹⁴ L'art. 1 della L. 22 febbraio 1934 n. 370 prevede che al personale che presta la sua opera alle dipendenze altrui è dovuto ogni settimana un riposo di 24 ore consecutive salve le eccezioni previste dalla legge medesima (personale addetto ai lavori domestici inerenti alla vita della famiglia, lavoratori al proprio domicilio, personale preposto alla direzione tecnica o amministrativa di un'azienda ed avente diretta responsabilità nell'andamento dei servizi, personale navigante). Per l'art. 3 il riposo di 24 ore consecutive deve essere dato la domenica salvo eccezioni. Il riposo di ventiquattro ore consecutive deve decorrere da una mezzanotte all'altra ovvero dall'ora stabilita dai contratti collettivi.

¹⁹⁵ Cfr. CARDARELLO C. "Il lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano Giuffrè, 2000.

¹⁹⁶ Cfr. PUNTIN L. "Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in Lav. Giur. , n.3/2000, pp.219 ss.;

La norma italiana adotta un diverso approccio rispetto al sistema comunitario, il quale, al contrario, consente un potere di deroga della durata massima giornaliera, esercitabile non solo in via contrattuale ma altresì mediante “legge, regolamento o atto amministrativo”, solo in alcuni campi specifici ed individuati, per i quali il prolungamento della prestazione appare indispensabile (lavori di custodia, nei porti, negli ospedali etc.) (art. 17.2 ai nn. 1 e 2)¹⁹⁷. Il legislatore italiano preferisce piuttosto affidare questa funzione di adattamento della normativa ai singoli settori alla contrattazione collettiva, cui consegna un incondizionato potere di deroga all’art.4 del decreto in commento n.532 del 1999, che può quindi esercitarsi anche nei confronti di settori non previsti fra quelli di cui all’art. 17 della direttiva 93/104/Ce, sebbene nel rispetto delle previsioni del decreto ministeriale da emanare¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Se si volesse procedere ad una catalogazione delle deroghe ammesse dall’art.17 della direttiva 104/93, si potrebbero distinguere tra deroghe “condizionate” (vale a dire presidiate dall’individuazione di specifiche situazioni o presupposti oggettivi) e deroghe “incondizionate” (per le quali, in pratica, non è previsto né richiesto alcun presupposto oggettivo); il par. 2, punto 2.1, del medesimo art. 17 contempla deroghe condizionate, che possono essere introdotte per via legislativa, regolamentare o amministrativa o, ancora, con contratti e accordi collettivi. Ad esse si può ricorrere) per attività caratterizzate da una distanza tra il luogo di lavoro e di residenza, compreso il lavoro offshore, ovvero tra diversi luoghi di lavoro del lavoratore; b) per attività di guardia, sorveglianza e permanenza caratterizzate dalla necessità di assicurare protezione di beni e persone; c) per attività in cui sia necessario assicurare continuità del servizio o della produzione; d) nei casi di sovraccarico prevedibile di attività; e) per il personale che opera nei trasporti ferroviari. Inoltre, ai sensi del punto 2.2 del medesimo art. 17, la deroga è ammessa anche nei casi previsti dall’art. 5, par. 4, dir. 89/391/Cee, nonché in caso di incidente o di rischio di incidente imminente.

¹⁹⁸ Cfr. FERRANTE V. “La disciplina del lavoro notturno” in Nuove Leggi Civili Commentate, 2000, pp. 534 ss.

Il legislatore, pur senza tradire alla lettera della direttiva comunitaria, sembra incapace di trovare un giusto equilibrio fra le diverse fonti, o rifiutandosi di tradurre in norme puntuali i principi affermati in via generale, e così conferendo alle parti collettive un potere regolativo che rischia di esercitarsi in seno difforme dalla legge, o, delegando all'autorità esecutiva poteri amplissimi, in assenza di vere indicazioni di merito, e così stravolgendo un principio del tutto connaturale alla delega ¹⁹⁹.

Per rafforzare la portata del predetto limite, l'art.12, comma 1, lett. b) del decreto in commento, punisce con una sanzione amministrativa l'adibizione del lavoratore al lavoro notturno oltre i limiti temporali previsti dall'art.4, per ogni giorno e per ogni lavoratore ²⁰⁰.

¹⁹⁹ Cfr. FERRANTE V. "La disciplina del lavoro notturno" in Nuove Leggi Civili Commentate, 2000, pp. 534 ss.

²⁰⁰ Cfr. CARDARELLO C. "Il lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

4 - La tutela della salute dei lavoratori notturni e il diritto al “trasferimento” al turno diurno nel caso di patologie derivate dallo svolgimento di “lavoro notturno”.

Le prime produzioni normative in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro, risalgono all'epoca della rivoluzione industriale e alla formazione spontanea di associazioni dei lavoratori, specialmente nelle nazioni anglosassoni.

In Italia il primo significativo riconoscimento normativo si ha nel 1942 con l'art.2087c.c.²⁰¹ in base al quale l'imprenditore è tenuto ad adottare, nell'esercizio dell'impresa, le misure che, secondo la particolarità del lavoro, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro²⁰². Tale norma, ritenuta applicabile anche ai rapporti di lavoro non inerenti all'esercizio dell'impresa, segna la nascita del cosiddetto “diritto prevenzionistico”, mirante a garantire il rispetto dell'obbligo di sicurezza” posto a carico del datore di lavoro²⁰³.

²⁰¹ L'art. 2087 c.c. Tutela delle condizioni di lavoro:” l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro” in Commentario al Codice Civile di Alpa e Zatti , Cedam, 1995.

²⁰² Si pone l'accento di tutelare in via privilegiata la salute del lavoratore e la doverosità dell'interpretazione del contratto di lavoro secondo buona fede ex art. 1375c.c. Secondo un orientamento minoritario si legittimava il recesso del datore di lavoro solo quando lo stesso fosse stato in grado di fornire la prova dell'impossibilità di adibire il lavoratore affetto da una patologia che gli rendesse parzialmente impossibile la prestazione, a mansioni compatibili con le residue capacità lavorative e senza che comunque lo stesso fosse costretto a mutare gli assetti aziendali. Cass., sezione lavoro, 3 luglio 1997, n. 5961, in Lavoro e Previdenza oggi, 1997, pp. 2375, nota Meucci; Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1998, pp. 437, nota Scognamiglio;

²⁰³ Cfr. CARDARELLO C. “Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni”, Milano, Giuffrè, 2000.

Peraltro l'obbligo che ricade sull'imprenditore ha la sua correlazione nel dovere imposto al lavoratore di usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione e di osservare le disposizioni impartite per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro, ivi comprese quelle in materia di sicurezza ed igiene (art. 2104 c.c.)²⁰⁴.

Un importante passo si compie con la Carta Costituzionale che tutela la salute (art.32 Cost.) ed il lavoro in tutte le forme ed applicazioni (art.35 Cost.), subordinando il libero esercizio dell'attività economica al fatto che la stessa non contrasti con l'utilità sociale ovvero che non rechi danno alla sicurezza (art.41 Cost.).

²⁰⁴ Cfr. GALANTINO L. "La sicurezza del lavoro. Commento ai decreti legislativi 19 settembre 1994, n.626 e 19 marzo 1996, n.242, Milano, Giuffrè, 1996 : in particolare l'art. 5 del D.Lgs. 626/94 (Obblighi dei lavoratori) stabilisce quanto appresso:

1. Ciascun lavoratore deve prendersi cura della propria sicurezza e della propria salute e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro conformemente alla sua formazione ed alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro. In particolare i lavoratori:
 - a) osservano le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro dai dirigenti e dai preposti ai fini della protezione collettiva ed individuale;
 - b) utilizzano correttamente i macchinari, le apparecchiature. Gli utensili, le sostanze e i preparati pericolosi, i mezzi di trasporto e le attrezzature di lavoro, nonché i dispositivi di sicurezza;
 - c) utilizzano in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione;
 - d) segnalano immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dispositivi di cui alle lettere b) e c), nonché le altre eventuali condizioni di pericolo di cui vengono a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle loro competenze e possibilità, per eliminare o ridurre tali deficienze o pericoli, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza;
 - e) non rimuovono o modificano senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo;
 - f) non compiono di propria iniziativa operazioni o manovre che non sono di loro competenza ovvero che possono compromettere la sicurezza propria o di altri lavoratori;
 - g) si sottopongono ai controlli sanitari previsti nei loro confronti;
 - h) contribuiscono, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento di tutti gli obblighi imposti dall'autorità competente o comunque necessari per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori durante il lavoro.

Le disposizioni costituzionali assumono un'importanza primaria in quanto costituiscono principi guida per l'interpretazione e l'applicazione delle norme in materia di sicurezza del lavoro. Per effetto degli art. 32 e 41 Cost., infatti, la salute e la sicurezza costituiscono beni cardine di rango costituzionale prioritario rispetto ad ogni altro valore ed interesse, pur meritevoli della massima tutela come il diritto d'impresa e il diritto al lavoro²⁰⁵. Infatti, il diritto alla salute, oltretutto costituzionalmente garantito, è anche riconosciuto quale diritto fondamentale. L'art.32, comma 1 Cost., afferma che “ la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”²⁰⁶. La Cassazione a sezioni unite, nel 1973 ha riconosciuto che il diritto alla salute è “un vero e proprio diritto soggettivo” e, come tale, pone “un limite invalicabile dalla discrezionalità amministrativa”; con la conseguenza che la sua lesione genera il diritto al risarcimento dei danni²⁰⁷. L'art. 41 della Costituzione, dopo aver affermato, al primo comma, che “l'iniziativa privata è libera”, pone l'importante condizione che essa “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. La libertà citata al primo comma dell'articolo in esame, è quella riconosciuta ai privati di disporre delle risorse materiali e umane, di organizzare l'attività produttiva e di decidere che cosa produrre, quanto produrre e dove produrre²⁰⁸.

²⁰⁵ Cfr. SALERNO A: “La nuova organizzazione della sicurezza sui luoghi di lavoro”, in *Prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Cedam, pp. 12 ss.

²⁰⁶ Cfr. MONTUSCHI, *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, pp.146 ss.

²⁰⁷ Cfr. Cass., sez. unite, 21 marzo 1973, n.796, in *Foro Amministrativo*, 1974, I, pp. 26ss.

²⁰⁸ Cfr. Corte Cost. n. 78, 1958, in *Giur. Cost.*, 1958, pp. 979; Corte Cost. n.38, 1960, in *Giur. Cost.* 1960, pp. 628 ss.; Corte Cost. n. 55, 1961 in *Giur. Cost.*, 1961, pp. 1070 ss.

I diritti e le garanzie che la Carta Costituzionale accorda a tutti i cittadini riguardo all'integrità fisica, alla salute, alla libertà, e alla dignità e riservatezza risultano tuttavia inadeguati, nell'astrattezza e generalità delle statuizioni, al fine di una soddisfacente tutela della persona nei luoghi di lavoro. Appaiono ben presto necessari interventi della legge, che la contrattazione collettiva può completare e specificare opportunamente, per l'attribuzione di più penetranti diritti e garanzie ai prestatori di lavoro e l'imposizione di correlativi limiti all'esercizio dei poteri dei datori di lavoro²⁰⁹.

All'attuazione in concreto dei precetti costituzionali si procede dapprima verso la metà degli anni 50 con il D.P.R. 27 aprile 1955 n.547 per la prevenzione degli infortuni²¹⁰, e successivamente con il D.P.R. 19 marzo 1956 n. 303 per l'igiene del lavoro²¹¹.

Significativa risulta la legge 20 maggio 1970 n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori) che ha affermato la centralità del problema sicurezza. In particolare, l'art. 9 della legge ha attribuito ai lavoratori il diritto di esercitare, a mezzo di proprie rappresentanze "il controllo nell'applicazione in azienda delle norme di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione

²⁰⁹ Cfr. SCOGNAMIGLIO R. "Diritto del lavoro", Jovene Editore, Napoli, 2000.

²¹⁰ Cfr. SALERNO A. "Prevenzione e sicurezza sul lavoro", 1996, Cedam, pp. 18. L'art.4, D.P.R. n.547/1955 stabilisce gli obblighi dei datori di lavoro, nonché dei dirigenti e dei preposti – che nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze gestiscono, dirigono e controllano le attività alle quali sono addetti i lavoratori subordinati – di dare attuazione alle misure di prevenzione stabilite dal decreto; di informare i lavoratori dei rischi specifici a cui sono esposti e delle regole di protezione mediante l'affissione nell'ambiente di lavoro di estratti delle prescrizioni in materia del decreto medesimo, o se ciò non sia possibile, con altri mezzi; di disporre ed esigere che i lavoratori osservino le regole stabilite per la loro sicurezza ed usino i mezzi di protezione messi a loro disposizione.

²¹¹ Il D.P.R. n.303/1956 sancisce gli obblighi dei datori di lavoro, dei dirigenti, dei preposti e dei lavoratori, riguardo alle misure occorrenti per assicurare condizioni di igiene nel lavoro, in particolare nelle aziende industriali e commerciali ed in quelle agricole. Il testo del decreto è integrato dalla tabella delle lavorazioni per le quali vige l'obbligo delle visite mediche preventive e periodiche.

e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica”²¹². In tale contesto è stato emanato il Decreto legislativo n. 626 del 1994, successivamente modificato dal Decreto legge n. 242 del 19 marzo 1996, che ha portato alla ribalta il problema della sicurezza. L'emanazione del Decreto legislativo n. 626 del 19 settembre 1994, riguardante il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro, ha determinato una svolta legislativa nel nostro Paese, che dopo un lungo periodo di silenzio, ha recepito la direttiva quadro della Comunità Economica Europea 89/391/CEE e le sette direttive ad essa connesse emanate negli anni 1989 e 1990 in tema di sicurezza e di salute dei lavoratori sul luogo di lavoro²¹³.

²¹² Sulla scia del citato art. 9 si snoda la contrattazione collettiva degli anni '70 ed '80, vuoi attraverso l'istituzione di comitati antinfortunistici, vuoi mediante previsioni afferenti fattispecie specifiche, vuoi anche attraverso il rinvio alla contrattazione collettiva integrativa aziendale. Cfr. CARDARELLO C. “Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni”, Milano, Giuffrè, 2000.

²¹³ Cfr. Loy G. “La tutela della salute nei luoghi di lavoro”, Cedam, 1996, pp. 4 ss. Si ricordano, in successione cronologica, il D.Lgs. 19 dicembre 1994 n. 758 (Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro), il D.Lgs. 14 agosto 1996 n. 493 (Prescrizioni minime per la segnaletica di sicurezza e/o salute sul luogo di lavoro), il D.Lgs. 14 agosto 1996 n. 645 (Disposizioni concernenti il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento), il D.M. 5 dicembre 1996 (Procedure standardizzate per gli adempimenti documentali ai sensi dell'art. 4, comma 9, del D.Lgs. 626/94), il D.M. 16 gennaio 1997 (Individuazione dei contenuti minimi della formazione dei lavoratori, dei rappresentanti per la sicurezza e dei datori di lavoro che possono svolgere direttamente i compiti propri del responsabile del servizio di prevenzione e protezione), il D.M. 16 gennaio 1997 (Definizione dei casi di riduzione della frequenza della visita degli ambienti di lavoro da parte del medico competente); il D.P.C.M. 14 ottobre 1997 n. 412 (Regolamento recante l'individuazione delle attività di vigilanza può essere esercitata dagli ispettori del lavoro delle direzioni provinciali del lavoro), il D.L. 20 marzo 1998 (Criteri generali di sicurezza antincendio e per la gestione dell'emergenza nei luoghi di lavoro), la Legge 24 aprile 1998 n.127 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee) e D.Lgs. 2 febbraio 2002 n.25 (In attuazione della direttiva 98/24/CE sulla protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori contro i rischi derivanti da agenti chimici durante il lavoro).

Più in generale si può quindi affermare che con il D.Lgs. 626/94 è stato avviato un processo di rivoluzione della sicurezza dove non più la macchina bensì il lavoratore formato, addestrato e protetto è posto al centro del sistema della sicurezza²¹⁴.

Per quanto riguarda il lavoro notturno in considerazione del carattere di particolare penosità, il legislatore comunitario detta penetranti regole di disciplina finalizzate a pervenire i rischi per l'integrità fisica²¹⁵ e psichica del lavoratore. Ne deriva un corpus di normativo incisivo, che vincola fortemente il potere organizzativo datoriale²¹⁶.

Prima dell'adibizione al lavoro notturno, ai sensi dell'art.5 D.Lgs. 532/1999, i lavoratori devono essere sottoposti, a cura e spese del datore di lavoro, ad una valutazione preventiva di idoneità del medico competente (ex. art. 17, D.Lgs., n. 626/1994, come modificato dal D.Lgs. 242/1996) al fine di verificare che lo svolgimento di lavoro notturno sia compatibile con il loro stato di salute.

²¹⁴ Cfr. CARDARELLO C. "Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

²¹⁵ Cass. Sez. Lav. n.6235 del 3 maggio 2001, Pres. Trezza, Rel. Servello, in <http://legge-e-giustizia.it/fattoediritto> 1.htm#fattoediritto. Il datore di lavoro, in caso di violazione delle norme poste a tutela dell'integrità fisica del lavoratore, è interamente responsabile dell'infortunio che ne sia conseguito, e non può invocare il concorso di colpa del lavoratore, poiché egli ha il dovere di proteggere l'incolumità di quest'ultimo, nonostante la sua imprudenza o negligenza, la quale viene ad assumere solo l'efficacia di mera occasione o modalità dell'iter produttivo dell'evento.

²¹⁶ Cfr. RICCI G. " Il lavoro notturno: le tappe della riforma" in Guida al Lavoro, n.12 / 2000, pp. 50 ss.

I lavoratori notturni devono essere sottoposti a controlli sanitari almeno ogni 2 anni e, comunque, nel caso di evidenti condizioni di salute incompatibili con il lavoro notturno (art. 5, D.Lgs. 532/99, lettera b) e c). Tali accertamenti e tutte le attività conseguenti e connesse devono aver luogo, ovviamente, nel rispetto della L. n. 675/96 sulla tutela del trattamento dei dati personali²¹⁷ e, in particolare, degli art. 22 e 23 della citata legge²¹⁸. Dall'esame del testo dell'articolo 5 del D.Lgs. 532/1999, è agevole rilevare che, di fatto, trova applicazione specifica il disposto dell'art. 16 del D.Lgs. 626/94 che disciplina la cosiddetta sorveglianza sanitaria. Gli accertamenti, cui il lavoratore ha l'obbligo di sottoporsi in base all'art.5, comma 2, sub g), del D.Lgs. 626/94, comprendono esami clinici, biologici e indagini diagnostiche ritenuti necessari dal medico competente²¹⁹.

Nel caso in cui sopravvengono condizioni di salute, accertate dal medico competente, comportanti l'idoneità al lavoro notturno è garantita al lavoratore l'assegnazione ad altre mansioni o altri ruoli diurni (art.6, co. 1, D.Lgs. 532/99).

²¹⁷ Come noto la L. 31 dicembre 1996 n. 675, meglio conosciuta come legge sulla "privacy", ha introdotto norme disciplinanti delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali.

²¹⁸ L'art. 22 della L. n. 675/96 prevede che i dati personali idonei a rilevare lo stato di salute possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante. D'altro canto l'art. 23 della L. n. 675/96 prevede che gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici possono, anche senza l'autorizzazione del Garante, trattare i dati personali idonei a rilevare lo stato di salute, limitatamente ai dati ed alle operazioni indispensabili per il perseguimento di finalità di tutela dell'incolumità fisica e della salute dell'interessato. I dati personali idonei a rilevare lo stato di salute possono essere resi noti all'interessato solo per il tramite di un medico designato dall'interessato o dal titolare del trattamento dei dati.

²¹⁹ Cfr. CARDARELLO C. "Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

Con tale disposizioni il legislatore si è discostato dalle previsioni della direttiva comunitaria 93/104/Ce diretta, invece a concedere (art. 9, co. 1, lett. b)) tale trasferimento, quando possibile, e, comunque, solo nel caso in cui vi sia un nesso di casualità riconosciuto tra problemi di salute e prestazione di lavoro notturno²²⁰.

Annoverando nell'ambito del giustificato motivo oggettivo la sopravvenuta inidoneità, psichica o fisica, del lavoratore, quale evento a lui non imputabile ma che, comunque, può pregiudicare irreversibilmente il livello qualitativo e quantitativo della sua prestazione lavorativa, è stato affermato che la sopravvenuta impossibilità, fisica o psichica, del lavoratore di svolgere le mansioni per le quali è stato assunto o alle quali è stato in concreto destinato, secondo le esigenze dell'impresa, giustifica il recesso dell'imprenditore a norma degli artt. 1464 c.c. e 3 L. n. 604/66²²¹, senza che questi abbia l'onere di provare l'esistenza, in ambito aziendale, di mansioni confacenti alle condizioni del lavoratore, rimanendo peraltro nell'ambito della discrezionalità dello stesso datore, la valutazione circa la sussistenza di un interesse apprezzabile all'adempimento parziale ex. Art. 1464c.c.²²².

²²⁰ Cfr. PELAGGI L., PELAGGI A. "Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative" in Mass. Giur. Del Lavoro, n.6/2000, pp.617 ss.

²²¹ Secondo un orientamento giurisprudenziale l'art. 3 della L. n. 604/66, nella parte in cui prevede il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, è specificazione in campo lavoristico dell'art. 1464 c.c. per il quale, quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

²²² Cass. 6 novembre 1996 n. 9684 in Not. Giurisp. Lav., 1996, 918 ;

Infatti, successivamente alle risultanze degli accertamenti di cui all'art. 5 del D.Lgs. 532/99 effettuati dal medico competente, può verificarsi l'ipotesi che sia riscontrata un'incompatibilità tra le condizioni di salute del lavoratore e la prestazione di lavoro notturno. In tale ipotesi l'art. 6 del D.Lgs. 532/99 stabilisce che è garantita al lavoratore l'assegnazione ad altre mansioni o altri ruoli diurni²²³. Infatti, come è stato correttamente affermato dalla Cass. Sez. Un. N.7755 del 7 agosto 1998²²⁴, il lavoratore menomato nello stato di salute e divenuto inidoneo allo svolgimento delle mansioni contrattuali non può essere licenziato per il venir meno dell'interesse del datore di lavoro alla residua prestazione, ma deve essere ricercata in azienda – senza che ciò comporti aggravii organizzativi e tanto meno creazione di una nuova mansione – la possibilità di un reimpiego in mansioni più consone allo stato di salute del lavoratore²²⁵.

²²³ Cass. Sez. Lav. n.16106 del 21 dicembre 2001, Pres. Ianniruberto, Rel. Prestipino, in <http://legge-e-giustizia.it/fattoediritto.htm#fattoediritto>.

²²⁴ Cass. Sez. un. n.7755 del 7 agosto 1998 in Lav. prev. Oggi 1998, n.11, 2012. Con tale decisione la Suprema Corte, ribaltando un orientamento ultradecennale legittimante il licenziamento del lavoratore, ex art. 1464 c.c., divenuto inidoneo al disimpegno delle mansioni assegnategli, ha affermato che, anche per tale fattispecie, vige l'obbligo di *repechage* asserito come condizione propedeutica per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (ex art. 3 L. n. 604/1966, quale la soppressione del posto di lavoro, ecc.). Il datore di lavoro, per essere più chiari, prima di poter licenziare per sopravvenuta inidoneità alle mansioni assegnate al lavoratore deve, quindi, necessariamente sperimentare la possibilità di un reimpiego del medesimo in altre mansioni più consone al suo stato di salute, sempreché sussistenti in azienda, ed al limite anche in mansioni inferiori - con il consenso dell'interessato - in vista di salvare il bene dell'occupazione, superiore a quello della dequalificazione professionale, condizione oramai ritenuta valida per non incorrere nel divieto previsto dall'ultimo comma dell'art. 2103 c.c., contemplante la nullità di "patti contrari" finalizzati al declassamento.

²²⁵ Cfr. Meucci M. "L'obbligo datoriale di sottrarre il lavoratore da mansioni pregiudizievoli per la salute" in <http://www.lipad.it/index.html>.

L'esistenza di tale dovere è desumibile dalla sussistenza in capo al datore di lavoro di un obbligo a contenuto amplissimo ed a connotazione "prevenzionale", costituito dalla prescrizione dell'art. 2087 c.c. secondo cui "l'imprenditore è tenuto ad adottare, nell'esercizio dell'impresa, le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza dell'impresa e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro"²²⁶. Inoltre, "è soggetto a responsabilità risarcitoria per violazione dell'art. 2087c.c., il datore di lavoro che consapevole dello stato di malattia del lavoratore, continui ad adibirlo a mansioni, che sebbene corrispondenti alla sua qualifica, siano suscettibili - per la loro natura e per la specifico impegno (fisico e mentale) - di metterne in pericolo la salute. L'esigenza di tutelare in via privilegiata la salute del lavoratore alla stregua dell'art. 2087c.c. e la doverosità di un'interpretazione del contratto di lavoro alla luce del principio di correttezza e buona fede, inducono a ritenere che il datore di lavoro debba adibire il lavoratore, affetto da infermità suscettibile di aggravamento a seguito dell'attività svolta, ad altre mansioni compatibili con la sua residua capacità lavorativa.

²²⁶ Cass. Sez. lav. 10 novembre 1995, n.11700, in Mass. Giur. Lav. 1996, pp. 247; Cass. Sez. lav. 13 dicembre 1996, n. 11127, in Ibidem, 1997, 269; Cass. Sez. lav. 6 nov. 1996, n.9684 in Not. Giur. lav. 1996, 918; Trib. Roma 20 aprile 1994, in Ibidem 1994, 391; Cass. 14 maggio 1994 n. 4723 in Mass. Giur. lav. 1994, 597; Secondo la Cass. N.11127/96 mentre la tutela ex art. 2087 c.c. riguarderebbe la collettività dei lavoratori, nessuna norma di legge prescrive, invece, a carico del datore di lavoro l'obbligo di apprestare "per ciascun singolo lavoratore, un ambiente di lavoro idoneo ed acconcio alle sue particolari ed individuali patologie".

Quando ciò non sia possibile, il datore di lavoro può far valere l'infermità del dipendente quale titolo legittimante il recesso ed addurre l'impossibilità della prestazione per inidoneità fisica – in applicazione del generale principio codicistico dettato dall'art. 1464 c.c. – configurandosi un giustificato motivo oggettivo di recesso per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa, e restando in ogni caso vietata la permanenza del lavoratore in mansioni pregiudizievoli al suo stato di salute²²⁷. Peraltro è dato immediatamente rinvenire un ostacolo all'applicazione della previsione dell'art.5 del D.Lgs. 532/1999 nel momento in cui, per ipotesi, non vi siano mansioni equipollenti nella fascia diurna a quelle svolte nell'ambito del lavoro notturno²²⁸.

In ipotesi di questo tipo non può configurarsi un obbligo per il datore di lavoro di modificare l'organizzazione aziendale al fine di creare le posizioni di lavoro opportune; in caso di carenza di livelli mansionali equivalenti può ritenersi legittima anche l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, con garanzia della retribuzione precedentemente depurata della maggiorazione per lavoro notturno e purché tale spostamento non assuma carattere definitivo, incorrendo diversamente il datore in violazione dell'art.2103 c.c.²²⁹.

²²⁷ Cass. Sez. lav. 3 luglio 1997 n. 5961 in Lav.prev. Oggi 1997, 2375.

²²⁸ Cass. Sez. Lav n. 12821 del settembre 2002, Pres.Ianniruberto, Rel. Amoroso in <http://legge-e-giustizia.it/fattoediritto> 1.htm#fatto e diritto; Cass. 14 dicembre 1999, n. 14065, in Foro it., 2000, pp. 51; Cass. Sez. Un. 7 agosto 1998, n. 7755 in Mass. Giur. Lav., 1998, pp. 876; Cfr. CARDARELLO C. "Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

²²⁹ L'art. 2103 c.c. (Mansioni del lavoratore): "Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione della stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive...". Commento all'articolo in PASSARELLI SG.S. "Flessibilità e diritto del lavoro". Giappichelli editore, 1997, Torino.

Consapevole di tali incertezze il legislatore ha pensato di rimettere la delicata questione nelle mani delle organizzazioni sindacali, in cui infatti spetta definire, mediante contratti collettivi, le modalità di applicazione delle disposizioni di cui al comma 1 individuando le soluzioni nel caso in cui l'assegnazione prevista dal citato comma non risulti applicabile (art.6, co.2 ,del D.Lgs. 532/99)²³⁰: un simile spazio sarebbe, infatti, precluso ove il comma primo imponesse al datore di trovare una soluzione a tutti i costi, salvo a non riconoscere alla autonomia collettiva un inedito potere di disporre collettivamente dei diritti riconosciuti ai singoli dalle disposizioni di legge. Il rinvio alla contrattazione, seppure può consentire che la norma sia depurata dalle sue incongruenze, non vale tuttavia a rimuovere il vizio di fondo che affligge il precetto facendo sì che in astratto si riconosca al lavoratore un diritto, in apparenza incondizionato, ma poi se ne affidi in concreto l'applicazione alla figura del medico competente, la cui indipendenza dal datore è assai ridotta²³¹.

Un altro aspetto che merita di essere esaminato è quello concernente la possibilità per il lavoratore di chiedere ed ottenere il trasferimento dal lavoro notturno al lavoro diurno, tenuto conto delle esigenze organizzative aziendali.

²³⁰ Cfr. RICCI G. "Lavoro notturno : le tappe della riforma " in Guida al Lavoro, n.12/2000, pp.50 ss.

²³¹ Cfr. FERRANTE V. "La disciplina del lavoro notturno" in Nuove Leggi Civili Commentate, 2000, pp. 534 ss.

Questo può essere considerato l'unico obbligo facente capo al datore di lavoro, che una volta venuto a conoscenza delle motivazioni addotte dal lavoratore, in applicazione del principio di buona fede e correttezza dovrà effettuare una valutazione sulle ragioni poste a base della richiesta e sulla possibilità di accoglimento della stessa in termini di compatibilità con le esigenze tecniche, organizzative e produttive²³². In mancanza, quindi, di una specifica disposizione che riconosca il diritto del lavoratore ovvero della compatibilità della richiesta con le esigenze aziendali, il datore di lavoro potrà legittimamente rifiutarsi di accogliere la predetta richiesta di trasferimento dal lavoro notturno al lavoro diurno²³³.

Un ulteriore problema è quello che si pone qualora il lavoratore rifiuti di sottoporsi agli accertamenti sanitari.

In tal caso è ipotizzabile che il lavoratore sia passibile di sanzioni disciplinari. Infatti, anche se l'art. 32 Cost. prevede che nessuno può essere assoggettato ad un trattamento sanitario contro la sua volontà, è pur vero che il medesimo art. 32 Cost. introduce un temperamento sanitario, in tutti quei casi in cui il diritto alla salute assume una configurazione di particolare rilevanza.

Al riguardo, più in generale, è stato affermato che "l'obbligo, imposto alla persona, di sottoporsi a determinati trattamenti sanitari intende, preservare l'integrità fisica, la salute della stessa persona, ma per un fine di tutela di un interesse superiore (pubblica salute) : in questo fine trova il suo fondamento e la sua giustificazione.

²³² Pretura di Torino del 22 maggio 1990 afferma che "il lavoratore che faccia domanda di trasferimento ha diritto ad una corretta valutazione della richiesta nel rispetto delle norme procedurali che il datore di lavoro abbia posto in materia e delle regole di correttezza e buona fede". Sull'argomento in generale del trasferimento v. "Il trasferimento del lavoratore" di Cardarelli C., ed. Il sole 24 ore, Milano, 2000.

²³³ Cfr. CARDARELLI C. "Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

La salute della privata persona, cui è imposto un trattamento sanitario, può, certamente, trarne vantaggio; ma l'obbligatorietà dello stesso trattamento dipende proprio dal fine di protezione della salute pubblica, generale; fine che è considerato come uno dei più importanti scopi sociali dello Stato moderno²³⁴.

Tutto ciò, in particolare, è confermato dall'art. 5 (Obblighi dei lavoratori) del D.Lgs. 626/94, il quale, nello stabilire “che ciascun lavoratore deve prendersi cura della propria sicurezza e della propria salute e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, conformemente alla sua formazione ed alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro”, recita, inoltre, che “i lavoratori sono tenuti ad osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti ai fini della protezione collettiva ed individuale e che gli stessi lavoratori si sottopongono ai controlli sanitari previsti nei loro confronti”.

Ne consegue, pertanto, che il rifiuto immotivato del lavoratore di sottoporsi ai controlli sanitari previsti per legge, reca con sé il connotato di un'infrazione disciplinare assoggettata alla previsione dell'art.7 (Sanzioni Disciplinari) della L. n. 300/70.

Inoltre l'art. 12 del D.Lgs. 532/99 punisce il datore di lavoro ed il dirigente, in base all'art. 89, comma 2, del D.Lgs. 626/94, con sanzione dell'arresto da 3 a 6 mesi o con ammenda, che non ottemperino all'obbligo di sottoporre i lavoratori notturni alle prescritte visite mediche ovvero agli accertamenti sanitari in caso di evidenti condizioni di salute incompatibili con il lavoro notturno²³⁵.

²³⁴ Cfr. A.DE CUPIS “I diritti della personalità”, in CICU – MESSINEO; Trattato di diritto civile e commerciale, Giuffrè, Milano, pp.168 ss.

²³⁵ Cfr. CARDARELLO C. “Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni “, Milano, Giuffrè, 2000.

Il D.Lgs. n. 532/1999, partendo dalla considerazione che la facoltà di chiedere lo svolgimento di lavoro notturno rientri nei poteri del datore di lavoro e non sia condizionata, perciò, al verificarsi di particolari esigenze o condizioni, impone tutta una serie di obblighi ed adempimenti in capo al datore. L'intento è quello di garantire quantomeno un confronto con i sindacati sulle modalità di svolgimento della prestazione notturna, assicurando, contemporaneamente, una costante informazione e condizioni di sicurezza adatte alla particolare natura della prestazione notturna.

Inoltre con l'art. 11 (Misure di protezione personale e collettiva) del D.Lgs. 532/99, durante il lavoro notturno il datore di lavoro garantisce, previa informativa delle rappresentanze sindacali, art. 8 D.Lgs. 532/99, un livello di servizi e di mezzi di prevenzione o di protezione adeguati alle caratteristiche del lavoro notturno ed assicura un livello di servizi equivalente a quello previsto per il turno diurno²³⁶. Si tratta in particolari di norme dirette a garantire, più che una disciplina uniforme e centralizzata, una valutazione effettuata caso per caso attraverso il coinvolgimento dei lavoratori nella fase di individuazione dei rischi e di predisposizione delle misure di sicurezza²³⁷.

Inoltre il datore dispone, previa consultazione con le rappresentanze sindacali, appropriate misure di protezione personale e collettiva per i lavoratori notturni che effettuano le lavorazioni che comportano rischi particolari²³⁸.

²³⁶ Art 11 (Misure di protezione personale e collettiva) del D.Lgs. 532/99 comma 1.

²³⁷ Cfr. CARDARELLO C. "Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali" sanzioni". Milano, Giuffrè, 2000.

²³⁸ Art. 11 (Misure di protezione personale e collettiva) del D.Lgs. 532/99 comma 2.

L'entità e le dimensioni delle misure di protezione e di prevenzione dipendono ovviamente dalla valutazione del rischio che “ è lo strumento fondamentale che permette al datore di lavoro di individuare le misure di prevenzione e di pianificare l'attuazione, il miglioramento ed il controllo al fine di verificarne l'efficienza e l'efficacia. In tale contesto, naturalmente, si potrà confermare le misure di prevenzione già in atto o decidere di modificarle, per migliorare in relazione alle innovazioni di carattere tecnico od organizzativo sopravvenute in materia di sicurezza”²³⁹.

Per la definizione delle “appropriate misure di protezione personale e collettiva“ il legislatore opera un rinvio agli art. 40 e seguenti del D.Lgs. 626/94 che disciplinano i cosiddetti dispositivi di protezione individuale (DPI²⁴⁰).

Inoltre è stato osservato che “il controllo che il datore di lavoro deve esercitare sull'operato dei dipendenti perché non si verifichino infortuni sul lavoro, essendo finalizzato a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore, non può risolversi nella messa a disposizione di quest'ultimi dei presidi antinfortunistici e nel generico invito a servirsene ma deve costituire una delle particolari attività dell'imprenditore, gravando su questo l'onere di fare cultura sul rispetto delle norme antinfortunistiche, di svolgere continua, assidua azione pedagogica, con il ricorso, se del caso, anche a sanzioni disciplinari nei confronti dei lavoratori che non si adeguino alle citate disposizioni”²⁴¹.

²³⁹ Ministero del Lavoro, circolare 7 agosto 1995 n. 102.

²⁴⁰ L'art. 40 del D.Lgs. 626/94 definisce DPI qualsiasi attrezzatura destinata ad essere indossata e tenuta dal lavoratore allo scopo di proteggerlo contro uno o più rischi suscettibili di minacciare la sicurezza o la salute durante il lavoro, nonché ogni complemento o accessorio destinato a tale scopo.

²⁴¹ Cfr. CARDARELLO C. “Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni”, Milano, Giuffrè, 2000.

Una particolare attenzione poi viene riservata agli effetti derivanti dall'assunzione di stupefacenti o dallo stato di sieropositività, in relazione ai quali (art.11, comma 3°, D.Lgs. n.532/1999) si obbliga il datore ad attuare le misure di prevenzione a riguardo previste dai contratti collettivi, con pattuizioni ormai diffuse in tutti i contratti di categoria²⁴².

5 - Riduzione dell'orario di lavoro e maggiorazione retributiva.

Un ulteriore aspetto da prendere in considerazione, è quello relativo alla previsione della maggiorazione retributiva dovuta per le prestazioni notturne e la riduzione dell'orario di lavoro. Il decreto, n.532/99, rinvia alla contrattazione collettiva art. 7 (Riduzione dell'orario di lavoro e maggiorazione retributiva), primo comma²⁴³ la quale ha il compito di stabilire “la riduzione dell'orario di lavoro normale settimanale e mensile nei confronti dei lavoratori notturni e la relativa maggiorazione retributiva” e al Ministero del lavoro e della previdenza sociale l'onere di verificare periodicamente, e almeno annualmente, “le disposizioni introdotte dai contratti collettivi nazionali ai sensi del comma 1”, art. 7 (Riduzione dell'orario di lavoro e maggiorazione retributiva), D.Lgs. 532/1999.

²⁴² Cfr. FERRANTE V: “La disciplina del lavoro notturno”, in Nuove leggi comm., 2000, pp. 534 ss. Con riferimento alla legge 5 giugno 1990, n.135 in Dir.prat.lav., 1990,n.27, pp.1740; alla legge 26 giugno 1990, n.162 in Dir.prat.lav., 1990, n. 29, pp.1876.

²⁴³ Cfr. MISCIONE “ La rivoluzione prospettata dell'orario di lavoro”, in Dir Prat. Lav.,1998, inserto; Si pone allora il solito problema, che da sempre occupa gli interpreti dopo l'entrata in vigore del principio di libertà sindacale (art.39 Cost.): se una durata minore” dell'orario normale” s'imponga a tutti, iscritti o non iscritti, vincolati o non ai contratti collettivi”.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs. 532/99²⁴⁴, quindi, attraverso la contrattazione collettiva, dovrà essere definito un orario di lavoro settimanale e mensile per i lavoratori “notturni” inferiore a quello normale e dovrà essere altresì stabilita qualora non fosse già prevista la maggiorazione retribuita spettante per le prestazioni²⁴⁵. In questo caso la legge si riferisce ai “lavoratori notturni”, che, come più volte previsto, possono non sempre effettuare la prestazione lavorativa in orario notturno.

Occorrerà pertanto chiarire se la riduzione di orario di lavoro normale (rispetto a quello degli altri lavoratori) e la maggiorazione retributiva dovrà essere applicata sempre e comunque, una volta acquisita la qualifica di lavoratore notturno o solo con riferimento alle prestazioni di lavoro notturno. E' evidente, infatti, che se si dovesse per il solo fatto di essere “lavoratori notturni”, le imprese metterebbero in atto tutti i meccanismi possibili per fare in modo che vengano superati i limiti (3 ore al giorno o 80 giorni all'anno) che fanno scattare l'attribuzione della qualifica²⁴⁶.

²⁴⁴ L'art.7 del D.Lgs. 532/99 non contiene un una soluzione in caso di violazione; la disposizione, quindi, non comporta alcun onere aggiuntivo rispetto alle previsioni dei contratti collettivi che stabiliscono maggiorazioni, riduzioni di orario o altri trattamenti in caso di lavoro notturno.

²⁴⁵ Si affida quindi all'autonomia collettiva la scelta fra la monetizzazione del maggior disagio o un ristoro operato mediante la riduzione del tempo di lavoro. La norma sembra indicare cumulativamente queste due vie, ma non ci sembra che vi siano ragioni per non consentire una soluzione unica (o maggiorazione o riduzione).

²⁴⁶ Cfr. BIANCHI N. “Lavoro notturno: le nuove regole in Gazzetta”, in Guida al Lavoro, n.5/2000, pp. 15 ss.

Mentre il diritto alla maggiorazione del lavoro notturno era già previsto dall'art. 2108 c.c., terzo comma, in considerazione dell'indubbia penosità di tale lavoro, l'obbligo di riduzione dell'orario complessivo rappresenta assolutamente una novità: infatti, mentre il "Pacchetto Treu"²⁴⁷ incoraggia riduzioni della durata lavorativa con l'obiettivo di incrementare l'occupazione, l'art. 7 del decreto delegato si limita a richiedere decurtazioni dell'orario di lavoro, dato il maggior peso dei turni notturni rispetto ad orari di lavoro diurni.

Il lavoratore notturno in questo caso avrebbe pertanto diritto a riposi compensativi a fronte di prestazioni "straordinarie" prestate²⁴⁸.

²⁴⁷ Il "Pacchetto Treu", e in particolare la sua normativa sull'orario. È stato approvato in attuazione del "Patto per il lavoro" del 24 settembre 1996 (in Carinci F. e Miscione M. (a cura di), Codice del lavoro, Kluwer Ipsoa, Milano, 1997, ; un commento in Cacopardi G., "L'accordo per il lavoro". Gli impegni della riforma normativa per mercato del lavoro e formazione", in Lav. inf., n.19/1996; sull'orario così è stato disposto "Il Governo si impegna a recepire la direttiva comunitaria sull'orario di lavoro (93/104) secondo quanto verrà stabilito nell'intesa tra le parti sociali. In ogni caso esprime fin d'ora l'orientamento a fissare in via legislativa il nuovo orario (così come definito dalla direttiva comunitaria) in quaranta ore settimanali". Già prima, con l'accordo 23 luglio 1993, si prevedeva "ferme restando la misure già approvate sui contratti di solidarietà, si procederà ad una modernizzazione della normativa vigente in materia di regimi di orario, valorizzando pienamente le acquisizioni contrattuali nel nostro paese e sostenendone l'ulteriore sviluppo, nella tutela dei diritti fondamentali alla sicurezza, con l'obiettivo di favorire lo sviluppo dell'occupazione e l'incremento della competitività delle imprese". A seguito dell'accordo 23 luglio 1993 il C. n. e. l. ha elaborato un'ampia iniziativa legislativa (Renzi T. "Il tempo di lavoro" in Carinci F. "Diritto del lavoro. Commentario", Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento a cura di Cester C.;

²⁴⁸ Il rinnovo del Ccnl dei metalmeccanici del 5 luglio 1994, punto 4c., per quanto riguarda i permessi annui retribuiti per riduzioni di orario, riconosce ai "lavoratori che prestano la propria opera in sistema di turnazione di 15 o più turni settimanali comprendendo il turno notturno e/o quello di sabato e domenica, "a decorrere dal 1 gennaio 2002, un permesso annuo retributivo di 8 ore, computato in ragione di anno di servizio o di frazione di esso. Tale permesso è assorbito dalle eventuali riduzioni definite negli accordi aziendali. Per gli stessi lavoratori turnisti addetti al settore siderurgico, tale permesso di otto ore viene monetizzato e riconosciuto a decorrere dal 1 gennaio 2000".

Per quanto concerne il profilo retributivo, è stato affermato in giurisprudenza che “ove siano previste dalla contrattazione collettiva, le indennità e le maggiorazioni per lavoro notturno compreso in regolari turni periodici fanno parte della retribuzione ordinaria erogata continuamente e, pertanto, vanno incluse nell’ampia nozione onnicomprensiva, di fonte legale, della retribuzione da porre a base nel calcolo dell’indennità di anzianità e, nel difetto di previsioni contrarie di contratti collettivi, del trattamento di fine rapporto. Le suddette indennità e maggiorazioni vanno altresì incluse nella nozione onnicomprensiva normale, parimenti di fonte legale (art.5, L. 27 maggio 1949 n. 260 e successive modifiche) alla quale va commisurato il trattamento economico per le festività, e nella retribuzione globale di fatto imposta quale parametro per il calcolo della gratifica natalizia dell’accordo interconfederale 27 ottobre 1946 per i dipendenti delle imprese industriali private, reso efficace *erga omnes* dal D.R.P. 28 luglio 1960 n. 1070. Le stesse indennità e maggiorazioni, secondo l’incensurabile accertamento del giudice di merito circa i contratti collettivi di diritto comune nella specie applicabili, devono essere computate ai fini della retribuzione per ferie e del trattamento economico per festività soppresse”²⁴⁹.

Più di recente è stato sostenuto che “le maggiorazioni della retribuzione prevista dalla contrattazione per lo svolgimento non occasionale di lavoro notturno costituiscono parte integrante della retribuzione normale e concorrono quindi alla formazione della base di calcolo di tutti gli istituti retributivi che fanno riferimento alla retribuzione globale e onnicomprensiva.

²⁴⁹ S.U. Cass. 1 aprile 1993 n. 3888 in <http://normativo.inail.it/bdninternet/docs/cass388893.htm>

In tal maniera è assicurato il rispetto del disposto costituzionale dell'art. 36, comma 3, mentre, qualora fosse lasciata alle parti la facoltà di determinare la retribuzione dovuta per ferie, l'esercizio di tale facoltà potrebbe concretizzarsi anche in una determinazione della retribuzione in una misura pressoché irrisoria, determinando un'osservanza solo apparente del precetto costituzionale e quindi una sua sostanziale elusione²⁵⁰.

Per quanto riguarda l'obbligo alla maggiorazione retributiva, l'art.2108 c.c., secondo comma, dispone che “il lavoro notturno non compreso in regolari turni periodici²⁵¹ deve essere parimenti retribuito con una maggiorazione rispetto al lavoro diurno²⁵²”. La norma era stata interpretata in passato in senso piuttosto restrittivo: infatti, una larga parte della giurisprudenza di merito²⁵³ riteneva che, a prescindere dalla turnazione, la maggiorazione presupponeva una maggiore penosità del lavoro, il che si verificava esclusivamente in ipotesi di anormalità e straordinarietà del lavoro notturno. Pertanto non spettava in caso di prestazioni di lavoro continuamente e regolarmente notturno²⁵⁴.

La contrattazione collettiva ha permesso di superare il problema individuando per la maggior parte dei contratti l'entità della maggiorazione spettante in caso di lavoro notturno, differenziandola a seconda delle modalità di prestazione.

²⁵⁰ Tribunale di Brescia 11 ottobre 1999 in Guida al Lavoro, n. 16, 2000, pp. 61 ss.

²⁵¹ Per quanto riguarda la nozione di regolari turni periodici si intendono le periodiche rotazioni di persone che si danno il cambio nello svolgimento di una determinata attività (Cass. 25 febbraio 1995, n.2211, in Lav. Giur., 1975, pp. 788 ss.)

²⁵² La direttiva europea non dà alcuna indicazione per quanto concerne né il trattamento retributivo dei lavoratori notturni, né il diritto degli stessi ad un compenso maggiorato rispetto ai lavoratori diurni.

²⁵³ Trib. Milano 10 settembre 1981, in Lav. 80, 1981, pp. 983; Trib. Trieste 7 aprile 1975, in Or.giur. lav., 1975 pp. 1071.

²⁵⁴ Cass. 25 febbraio 1995 n. 2211 in Lav. Giur., 1975, pp. 788 ss.

La Cassazione ²⁵⁵ comunque non ha abbracciato l'orientamento assunto dalla giurisprudenza di merito²⁵⁶, negando la spettanza dell'obbligo della maggiorazione al solo lavoro notturno non ricompreso in turni periodici ²⁵⁷. “Al riguardo si deve tenere presente, in primo luogo, che l'avvicendamento nel turno di lavoro si realizza quando il periodo assegnato a ciascun lavoratore per l'esecuzione della prestazione venga predisposto in regolare alternanza con i turni di lavoro altrui e, in secondo luogo, che in mancanza di turni avvicendati, ai fini della citata disposizione codicistica, è sufficiente che il lavoro sia comunque prestato in ore notturne, senza che sia necessario che esso abbia carattere di anormalità e senza che rilevi, ai fini dell'eventuale esclusione dalla penosità della situazione, la circostanza della volontarietà della prestazione lavorativa nel turno notturno non avvicendato” ²⁵⁸.

Infatti, il lavoro notturno, indipendentemente dalla sua distribuzione nell'ambito dell'orario, comporta per il lavoratore dei disagi sia sul piano fisico, che dal punto di vista dell'organizzazione del tempo di non lavoro e della stessa vita di relazione ²⁵⁹ e talvolta il turno di lavoro notturno alternato con turni diurni può risultare perfino più faticoso dello stesso lavoro notturno fisso ²⁶⁰.

²⁵⁵ Cass. 28 settembre 1995, n. 10250, in Giust. Civ., 1996, n. 2211, cit.788; Cass. 3 luglio 1992, n. 8129, in Giur. It., 1993, pp. 566;

²⁵⁶ Pret. Milano 9 agosto 1980, in Or. Giur. lav., 1981, pp.119; Pret. Milano 1 ottobre 1979, in Or. Lav. 1979, pp.1396.

²⁵⁷ Per quanto riguarda la nozione di regolari turni periodici si intendono le periodiche rotazioni di persone che si danno il cambio nello svolgimento di una determinata attività (Cass. 25 febbraio 1995, n.2211, in Lav. Giur., 1975, pp.788 ss.).

²⁵⁸ Cass. 7 agosto 1998, n. 7770, in Dir. Prat. Lav., 1999, pp. 44 ss.

²⁵⁹ Cfr. BALLETTI E. “I limiti temporali alla prestazione di lavoro” in Riv.Giur.Lav., 1991, pp. 44 ss.

²⁶⁰ Cfr. ICHINO P. “Orario di lavoro e i riposi. Commento agli art. 2107-2109, in Codice Civile. Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1987, pp.148ss.

L'art. 2108 c.c. , terzo comma demanda oltre che alla legge, anche alla contrattazione collettiva la determinazione retributiva, senza indicare nemmeno un soglia minima, prevista invece per il lavoro straordinario: la contrattazione collettiva dovrebbe comunque prevedere una gradazione di maggiorazioni per il lavoro notturno, in ragione del suo grado di effettiva penosità²⁶¹.

In ogni caso un accordo individuale che escluda o limiti il diritto di colui che presti lavoro notturno alla maggiorazione retributiva deve ritenersi affetto da nullità assoluta²⁶².

Il limite temporale può essere oltrepassato per tutti i casi di forza maggiore ed in quelli nei quali la cessazione del lavoro costituisca un pericolo o un danno alle persone o alla produzione.

Per quanto concerne le limitazioni, come già accennato in precedenza l'art. 3, comma 1, del D.Lgs. 532/99, stabilisce che sono adibiti al lavoro notturno con priorità assoluta i lavoratori e le lavoratrici che ne facciano richiesta, tenuto conto delle esigenze organizzative aziendali.

Ciò sta a significare che il diritto del lavoratore ad essere adibito alla prestazione notturna, secondo un criterio di volontarietà, incontra comunque un limite rappresentato dalla valutazione del datore di lavoro che può anche non accogliere la richiesta in relazione all'esigenza di garantire comunque il buon andamento dell'attività e, conseguentemente, di scegliere lavoratori in possesso di requisiti professionali tali da assicurare la predetta finalità.

²⁶¹ Cfr. PUNTIN L: "Lavoro notturno : normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in Lav. nella Giur., n. 3/2000.

²⁶² Cass. 3 luglio 1992 n. 8129 in Giur. It., 1975, pp. 788.

In ultimo va ricordato che la medesima contrattazione collettiva può determinare ulteriori limitazioni all'effettuazione del lavoro notturno, presumibilmente ancorabili all'età ovvero alle condizioni personali e familiari dell'interessato²⁶³.

6 - Il ruolo della Contrattazione Collettiva.

Come già anticipato l' art. 17, comma 2, della L. 5 febbraio 1999 n. 2²⁶⁴, recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità europee, ha delegato il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi in materia di lavoro notturno informati ad alcuni principi e criteri direttivi, tra cui, in particolare:

- assicurare che l'introduzione del lavoro notturno sia preceduta dalla consultazione delle parti sociali e dei lavoratori interessati;
- rinviare alla contrattazione collettiva la previsione che la prestazione di lavoro notturno determini una riduzione dell'orario di lavoro settimanale e mensile ed una maggiorazione retributiva;
- prevedere che ulteriori limitazioni al lavoro notturno, nei confronti di lavoratori dipendenti, possano essere concordate in sede di contrattazione collettiva²⁶⁵.

²⁶³ Cfr. CARDARELLO C. " Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

²⁶⁴ Si fa rinvio al Primo Capitolo, par. 3.

²⁶⁵ Cfr. RICCI G: "Lavoro notturno: le tappe della riforma", in Giuda al Lavoro, n. 17/2000.

Al riguardo si deve subito osservare che il D.Lgs. 532/99, recependo le suddette indicazioni, ha riconosciuto un ruolo importante alla contrattazione collettiva, prevedendo momenti di coinvolgimento sindacale particolarmente rilevanti in relazione alle varie problematiche che si pongono sul lavoro notturno ²⁶⁶.

L'importanza del contratto collettivo nella regolamentazione del rapporto di lavoro trova il suo ineludibile fondamento nei principi espressi dall'art. 39 Cost., allorché ha riconosciuto alla contrattazione collettiva la funzione di una vera e propria fonte regolatrice, quantomeno, della disciplina economica dei rapporti di lavoro²⁶⁷, ed inoltre riconosce alla contrattazione collettiva il compito di integrare, specificare, e a volte anche derogare, la disciplina legale ²⁶⁸.

La contrattazione collettiva costituisce la forma di attività collettiva e di regolazione delle condizioni di lavoro più diffusa e rilevante nella generalità dei Paesi europei. La contrattazione collettiva riceve infatti riconoscimento nei vari ordinamenti nazionali quale strumento fondamentale di disciplina dei rapporti individuali e collettivi di lavoro: ciò avviene per lo più ad opera di una legislazione specifica che ne definisce e sostiene in vario modo gli effetti e le condizioni di esercizio, e in qualche caso, come in Italia, ad opera della giurisprudenza²⁶⁹.

²⁶⁶ Cfr. CARDARELLO C. "Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

²⁶⁷ Cfr. PROIA G: "Questioni sulla contrattazione collettiva", Giuffrè, Milano, 1994, pp. 10 ss.,

²⁶⁸ Cfr. CARDARELLO C. "Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

²⁶⁹ Cfr. ROCCELLA – TREU "Diritto del lavoro della comunità europea", Cedam, 2002.

Per quanto riguarda in particolare la materia del lavoro notturno, l'opinione di gran lunga prevalente nega che il contratto collettivo possa essere qualificato fonte di diritto oggettivo, e ciò sulla base di tre diverse argomentazioni: perché esso è, e rimane, atto di autonomia privata, è inattuata l'ultima parte dell'art. 39 Cost., esso non ha – né può avere – efficacia generale, e infine perché stante l'eccezionalità dei casi nei quali è consentito all'autonomia collettiva di derogare alle disposizioni di legge, non può essere affermata una generale relazione di fungibilità tra quest'ultime e le disposizioni di contratto collettivo²⁷⁰. Il nostro ordinamento riconosce alla contrattazione collettiva il compito di integrare, specificare, e a volte anche derogare, la disciplina legale. L'attribuzione di tale compito presuppone che alla contrattazione collettiva sia stato riconosciuto non il semplice potere di creare, modificare, o estinguere rapporti giuridici, come è proprio del negozio giuridico²⁷¹.

Le fasi sindacali previste nel D.Lgs. 532/1999 possono ripartirsi principalmente in consultazione, informazione e negoziazione.

Le nuove regole per il lavoro notturno si basano su due principi cardine del provvedimento che recepisce i contenuti della direttiva europea sull'orario di lavoro, l'obbligo della preventiva consultazione sindacale e la utilizzazione in via prioritaria dei lavoratori su base volontaria. In pratica, l'introduzione del lavoro notturno deve essere preceduta dalla consultazione della contrattazione collettiva e il datore di lavoro dovrà tenere conto delle richieste dei volontari.

²⁷⁰ Cfr. PRIOA G. "Questioni sulla contrattazione collettiva", Giuffrè ed., Milano, 1994, pp. 10 ss.

²⁷¹ Cfr. CARDARELLO C. "Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

In primis l'art. 4 (Durata della prestazione), comma 2, del D.Lgs. 532/1999 prevede la consultazione delle organizzazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative prima dell'emanazione del decreto recante l'elenco delle lavorazioni che comportano rischi particolari o rilevanti tensioni fisiche o mentali ²⁷². Particolarmente importante, specificatamente in ambito aziendale, è la previsione dell'art.8 (Rapporti sindacali) del D.Lgs. 532/99, il quale prevede che l'introduzione del lavoro notturno è preceduta dalla consultazione "delle rappresentanze sindacali unitarie ovvero delle rappresentanze sindacali aziendali e, in mancanza, delle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

Poiché il lavoro notturno rappresenta ormai una salda realtà nel nostro ordinamento, sembra che tale "consultazione", indicata nel punto 3 nella parte relativa al lavoro notturno dell'Avviso comune del 1997²⁷³, non sia altro che una tappa obbligata per l'esecuzione della prestazione di lavoro: dato che la disposizione in turni notturni della giornata lavorativa rientra nell'ambito del potere direttivo del datore di lavoro, "si vuole che questo aspetto del potere sia (se non contrattato, almeno) assoggettato al controllo sindacale e ad un confronto con gli stessi destinatari del potere" ²⁷⁴.

²⁷² Cfr. PUNTIN L. "Lavoro notturno: normativa Italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in Lav.Giur., 2000 pp. 219 ss.

²⁷³ Si fa rinvio al Primo Capitolo, Par. 3.

²⁷⁴ Cfr. MATTAROLO "Legge comunitaria sul lavoro notturno", in Lav.Giur., 1999, pp.307ss.

Il medesimo art. 8 aggiunge che la consultazione è effettuata e conclusa entro sette giorni a decorrere dalla comunicazione del datore di lavoro e, secondo l'esplicita previsione della legge, non è necessario né richiesto che la procedura in argomento si concluda con un accordo²⁷⁵. Infatti, il datore di lavoro, ha solo l'obbligo di comunicare alle organizzazioni sindacali quanto segue:

- a) le ragioni tecniche, organizzative e produttive sottese alla decisioni;
- b) le modalità di svolgimento – compresa l'eventuale articolazione su turni;
- c) i maggiori rischi, ove presenti, connessi all'effettuazione del lavoro notturno;
- d) il numero dei lavoratori interessati;
- e) i criteri di priorità che s'intendono adottare per l'individuazione dei lavoratori da adibire al lavoro notturno – fermo restando la previsione dell'art. 3 (Limitazioni al lavoro), comma 1 del D.Lgs. 532/99, che privilegia in linea generale il criterio della volontarietà;
- f) il livello di servizi e di mezzi di prevenzione o di protezione che s'intende utilizzare;
- g) in caso di lavorazioni che comportano rischi particolari, le misure di protezione personale e collettiva da adottare (art. 11 Misure di protezione personale e collettiva del D.Lgs. 532/99²⁷⁶).

²⁷⁵ Cfr. PELAGGI L. – PELAGGI A. “Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno: le nuove disposizioni legislative” in Mass. Di Giur. Del Lav. , n. 6/2000, pp. 617 ss.

²⁷⁶ Cfr. CARDARELLO C. “Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni ” Milano, Giuffrè, 2000.

A fronte di tale comunicazione, le organizzazioni sindacali hanno ovviamente la facoltà di chiedere chiarimenti e, nella logica della consultazione, di formulare loro osservazioni e pareri dei quali il datore di lavoro potrà tener conto a seconda della loro adeguatezza e pertinenza. Tale procedura va effettuata solo in caso di instaurazione *ex novo* del lavoro notturno e non anche di variazioni apportate alle modalità di svolgimento di una prestazione di lavoro notturno²⁷⁷.

Nel caso in cui il datore di lavoro decida di introdurre turni di lavoro notturni, previa consultazione delle parti interessate, ha il dovere di informare i lavoratori notturni e il rappresentante della sicurezza dell'eventuale esistenza di maggiori rischi derivanti dallo svolgimento del lavoro notturno e garantire l'informazione sui servizi per la prevenzione e la sicurezza, ovvero delle organizzazioni indicate all'art.8 (Rapporti sindacali), per quelle lavorazioni che comportano rischi particolari, previsti dall'art. 4 (Durata della prestazione) del D.Lgs. 532/1999. Inoltre deve comunicare per iscritto alla Direzione provinciale del lavoro (art. 10 del decreto in commento) – Settore ispezione del lavoro, competente per territorio²⁷⁸, con periodicità annuale, e alle organizzazioni sindacali indicate nell'art. 8 - di aver fatto eseguire lavoro notturno in modo continuativo o compreso in regolari turni periodici, a meno che tale esecuzione non sia stata disposta dallo stesso contratto collettivo²⁷⁹.

²⁷⁷ Sul punto è esplicita la circolare del Ministero del Lavoro n. 13 del 14 marzo 2000 laddove afferma che la “previsione è riferibile all'ipotesi in cui il lavoro notturno venga introdotto *ex novo* ma non incide sulle situazioni già in atto alla data di entrata in vigore del decreto legislativo in esame”.

²⁷⁸ Nel caso in cui , per esempio, l'azienda abbia più unità operative dislocate sul territorio nazionale, il datore di lavoro è tenuto ad effettuare più comunicazioni alle rispettive Direzioni Provinciali del Lavoro nel cui ambito territoriale ricade la sede dell'unità locale.

²⁷⁹ Art. 10 del D.Lgs. 532/99 , in Dir.Prat.Lav., n. 3/2000.

Il datore di lavoro risulta pertanto obbligato a rispettare un determinato *iter* procedimentale per adibire o per aver adibito i propri lavoratori a turni di lavoro notturno: si nota quindi come il legislatore e lo stesso Governo incaricato di emanare il decreto, tendono a considerare con sfavore, a differenza della direttiva comunitaria, l'attività lavorativa prestata durante il periodo notturno, paragonandola a livello di vincoli al lavoro straordinario: ma mentre nel lavoro straordinario, l'imposizione di vincoli formali e procedurali poteva rappresentare una soluzione contro la disoccupazione, dato che rendeva più difficile il ricorso a prolungamenti d'orario, in questo caso tale strategia non ha altro scopo che quello di disincentivare l'attività lavorativa notturna, che sebbene più dura dal punto vista psichico e fisico, rappresenta comunque una fonte di possibili posti di lavoro²⁸⁰.

Alla consultazione fa seguito un dovere d'informazione, sempre ovviamente in capo al datore e sempre preventivo all'inizio dello svolgimento del lavoro notturno, a favore dei lavoratori e del rappresentante della sicurezza " sui maggiori rischi derivanti dallo svolgimento del lavoro notturno, ove presenti " (art.9, comma 1) ; l'imprenditore deve, inoltre, garantire una costante "informazione sui servizi per la prevenzione e la sicurezza", accompagnata dalla consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, ovvero degli stessi soggetti sindacali, per le lavorazioni che possano comportare rischi particolari. (art.9, comma 2) ²⁸¹.

²⁸⁰ Cfr. PUNTIN L. "Lavoro notturno: normativa Italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva", Lav. Giur., n. 3/2000, pp. 219 ss.

²⁸¹ Cfr. MENEGATTI E. "Lavoro notturno: normativa comunitaria e disciplina Nazionale" in Carinci F. (a cura di) "Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva", IPSOA, Milano.

Posto che è dovere del datore di lavoro assicurare che ciascun lavoratore riceva una formazione sufficiente ed adeguata in materia di sicurezza e di salute, con particolare riferimento al proprio posto di lavoro e alle proprie mansioni (art. 22/ D.Lgs. 626/94), anche in questo caso l'art. 9²⁸² è un'ulteriore, specifica applicazione del principio stabilito dall'art. 21 del D.Lgs. 626/94 il quale stabilisce che il datore di lavoro provvede affinché ciascun lavoratore riceva un'adeguata informazione su:

- a) i rischi per la sicurezza e la salute connessi all'attività dell'impresa in generale;
- b) le misure e le attività di protezione e prevenzione adottate;
- c) i rischi specifici cui è esposto in relazione all'attività svolta, le normative di sicurezza e le disposizioni aziendali in materia;
- d) i pericoli connessi all'uso delle sostanze e dei preparati pericolosi sulla base delle schede dei dati di sicurezza previste dalla normativa vigente e dalle norme di buona tecnica;
- e) le procedure che riguardano il pronto soccorso, la lotta antincendio, l'evacuazione dei lavoratori;
- f) il responsabile del servizio di prevenzione e protezione ed il medico competente.

Al più, in caso di variazioni particolarmente significative, il datore di lavoro dovrà valutare l'opportunità – se non addirittura, in alcuni casi, la necessità – di procedere ad un'informativa nei confronti delle organizzazioni sindacali aziendali al di là di una specifica e esplicita previsione normativa.

²⁸² Al riguardo, il Ministero del lavoro nella circolare n.86/2000 ha chiarito che con tale previsione vengono ampliati gli obblighi informativi, stabiliti dall'art.21, del D.Lgs. 626/1994 e peraltro, in caso di inadempimento di tale obbligo, si rende applicabile la sanzione stabilita dall'art.89, comma 2, lettera b) del medesimo decreto n.626/1994.

Dopo l'introduzione del lavoro notturno, ai sensi dell'art. 10 del D.Lgs.532/99, il datore di lavoro nell'ipotesi in cui faccia effettuare prestazioni di lavoro notturno, sia in modo continuativo sia in regolari turni periodici, non previsti dal contratto collettivo, deve informare con periodicità annuale la Direzione provinciale del lavoro - Settore Ispezione del lavoro - , competente per territorio²⁸³.

Particolarmente importante è il ruolo attribuito all'autonomia collettiva dal D.Lgs. 532/1999, soprattutto riferita all'ambito della contrattazione collettiva nazionale più che aziendale: preliminarmente i contratti collettivi individuano le condizioni ed i casi di eccezionalità nell'adibizione al lavoro notturno (Art. 2, comma 2); inoltre i contratti collettivi, al di là dei divieti previsti dall'art. 5, commi 1 e 2, della L. n. 903/77 e dell'art.15 del D.Lgs. 345 del 1999, possono determinare ulteriori limitazioni all'effettuazione del lavoro notturno ovvero ulteriori priorità nella adibizione rispetto al criterio di volontarietà (art. 3, comma 2)²⁸⁴; i contratti collettivi, anche aziendali, possono altresì individuare, nel caso di orario di lavoro plurisettimanale, un periodo di riferimento più ampio sul quale calcolare il limite delle otto ore nelle ventiquattro ore (art. 4, comma 1).

Nello specifico l'art. 6 (Trasferimento lavoro diurno), comma 2 D.Lgs. 532/99, riconosce alla contrattazione collettiva la possibilità di definire le modalità di applicazione della previsione del comma 1, ovvero del trasferimento al lavoro diurno nel caso di sopraggiunte condizioni di salute che comportano l'inidoneità alla prestazione di lavoro notturno.

²⁸³ Cfr. BIANCHI N. "Lavoro notturno : le nuove regole in Gazzetta", in Guida al Lavoro, n.5/2000, pp. 17 ss.

²⁸⁴ Cfr. PUNTIN L. " Lavoro notturno: normativa Italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in Lav.Giur. 2000, pp. 219 ss.

Inoltre il medesimo articolo demanda alla contrattazione collettiva l'individuazione delle soluzioni nel caso in cui l'assegnazione in questione non risulti applicabile.

L'art. 7 (Riduzione dell'orario di lavoro e maggiorazione retributiva) del D.Lgs. 532/99 recita che la contrattazione collettiva stabilisce la riduzione dell'orario di lavoro normale settimanale e mensile nei confronti dei lavoratori notturni e la relativa maggiorazione retributiva²⁸⁵. Da ultimo l'art.11 (Misure di protezione personale e collettiva), comma 3 del D.Lgs. 532/99, stabilisce che i contratti collettivi possono prevedere modalità e specifiche misure di prevenzione relativamente alle prestazioni di lavoro notturno di particolari categorie di lavoratori quali quelle individuate con riferimento alla L. 5 giugno 1990 n. 135 (recante disposizioni programmatiche in materia di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS) ed alla L. 26 giugno 1990 n. 162 (recante l'aggiornamento le modifiche e le integrazioni alla L. 22 dicembre 1975 n. 685 portante norme sulla prevenzione, la cura e la riabilitazione degli stati di tossicodipendenza)²⁸⁶. Viene enunciato il principio secondo il quale i mezzi e i servizi di prevenzione, oltre che equivalenti a quelli previsti per il lavoro diurno, devono essere adeguati alle caratteristiche del lavoro notturno. Ulteriori disposizioni specifiche possono essere previste dai contratti collettivi²⁸⁷.

²⁸⁵ Si tratta di una indicazione di politica sindacale che non comporta alcun cumulo con il trattamento già previsto dalla contrattazione collettiva in materia di lavoro notturno. Cfr. MENEGATTI E. "Lavoro notturno: normativa comunitaria e disciplina Nazionale" in Carinci F. (a cura di) "Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva", IPSOA, Milano.

²⁸⁶ Cfr. CARDARELLO C. "Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne dei minori, tutela della salute, inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

²⁸⁷ Cfr. "Al via la nuova disciplina del lavoro notturno" in Guida al Lavoro, n. 4/2000, pp. 10.

Nell'ipotesi di inadempienza da parte del datore di lavoro degli obblighi di informazione (art.9), della comunicazione alla Direzione provinciale del lavoro di effettuazione del lavoro notturno (art.10) e della predisposizione di misure di protezione personale e collettiva(art.11), il Ministero del lavoro con la circolare n. 86 del 6 dicembre 2000, ha illustrato in modo organico il sistema sanzionatorio sulla materia del lavoro notturno trovando applicazioni rispettivamente diverse sanzioni²⁸⁸.

Sebbene il D.Lgs. 532/1999 non si pronunci espressamente al riguardo, in caso di violazione da parte del datore di lavoro degli obblighi di informativa o consultazione, dobbiamo chiederci se possa ritenersi esperibile l'azione per repressione della condotta antisindacale ex art. 28 della L. 20 maggio 1970 n. 300²⁸⁹, oppure sia punibile esclusivamente con sanzioni amministrative, oppure, e forse questa è la tesi meglio rispondente all'obiettivo della legge "comunitaria" e del relativo decreto, sia punibile con il semplice divieto della stessa prestazione lavorativa²⁹⁰.

²⁸⁸ Trovano applicazione le seguenti sanzioni: art.89, comma 2, lettera b) del Dlgs.626/1994 (ossia, l'arresto da 2 a 4 mesi o l'ammenda da lire 1000000 a lire 5000000; art. 17 del R.d. n.1955/1923 (ossia, sanzione amministrativa da lire 100000 a lire 600000mila); art. 89, comma 2 a) e b) del D.Lgs. n. 626/1994 (ossia l'arresto da 3 a 6 mesi o l'ammenda da lire 3000000 a lire 8000000-lettera a) e l'arresto da 2 a 4 mesi o l'ammenda da lire 1000000 a lire 5000000-lettera b).

²⁸⁹ Cfr. CARDARELLO C." Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni", Milano, Giuffrè, 2000.

²⁹⁰ Cfr. PUNTIN L. " Lavoro notturno: normativa Italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in Lav.Giur. 2000, pp. 219 ss.

Tale predetto art. 28 dello Statuto dei Lavoratori stabilisce che “qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l’esercizio della libertà e dell’attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali che vi abbiano interesse, il giudice del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convocate le parti ed assunte sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al presente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti”²⁹¹.

Nonostante un’autorevole dottrina si sia espressa in senso contrario²⁹², deve ritenersi ricorrente il connotato dell’antisindacabilità della condotta datoriale in tutti casi in cui l’obbligo dell’informativa o della consultazione sia imposto al datore dalla legge o dal contratto collettivo oppure sia propedeutico all’esercizio di diritti riconosciuti al sindacato e/o ai singoli lavoratori, come si verifica, peraltro, nella totalità delle ipotesi previste dal D.Lgs. 532/1999²⁹³. A ciò si aggiunga che l’insindacabilità della condotta datoriale può essere dichiarata per il solo fatto oggettivo di essere stata posta in atto, indipendentemente dal substrato psicologico del datore di lavoro.

²⁹¹ Cfr. CARDARELLO C. “Lavoro notturno: orario di lavoro delle donne e dei minori, tutela della salute inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni”, Milano, Giuffrè, 2000.

²⁹² Cfr. Pera G. , in *Condotta antisindacale nella vendita della proprietà della società Maccarese*”, nota a Pret. Roma 15 giugno 1983, in *Giust. Civ.*, 1983, pp. 2159 ss.

²⁹³ Cass. 11 ottobre 1989 n. 4063 afferma che “il rifiuto del datore di lavoro di fornire al sindacato esterno le informazioni non costituisce comportamento antisindacale in difetto di obbligo che sia imposto al datore di lavoro da legge o contratto oppure che risulti preparatorio o strumentale rispetto all’esercizio di diritti garantiti allo stesso sindacato nei confronti del datore” .Cfr. Brattoli B. “La condotta antisindacale”, Roma, 1996.

Tale ultima corrente di pensiero dilata il contenuto della previsione e, soprattutto, la *ratio* ispiratrice dell'art.28, introducendo, nel contempo, un'ulteriore ipotesi di responsabilità "oggettiva"²⁹⁴, oggi più prevalente. Al riguardo è stato affermato che "...per quanto riguarda l'argomento teleologico va.. osservato che il fine di assicurare la libertà sindacale è meglio perseguito con una tutela di tipo obiettivo, non condizionata dalla sussistenza di un intenzionale comportamento del datore di lavoro... che la sussistenza o meno di tale requisito soggettivo finirebbe per determinare una giustificata disparità di trattamento di casi che presentano uguali necessità di tutela, in quanto eguale è l'interesse giuridicamente rilevante, l'inibizione della condotta lesiva della libertà sindacale....v'è osservato che la c.d. responsabilità oggettiva non soltanto non è un istituto eccezionale" "e soggetto a continua erosione, ma, al contrario, è in continuo sviluppo, tanto da essere considerato un principio generale nell'attività imprenditoriale con la nota, e ormai sempre più recepita dottrina del rischio d'impresa.."

²⁹⁴ Precedentemente si erano andati formando tre orientamenti in seno alla Cassazione: quello valorizzante l'elemento "soggettivo, psicologico o intenzionale" del datore di lavoro affinché il torto o danno inflitto al sindacato potesse rivestire i requisiti della condotta antisindacale repressa dall'art. 28 statuto dei lavoratori (Cass. 19 luglio 1995 n. 7833 in Not. giurisp.lav. 1995, 516, Cass. 12 agosto 1993 n.7833 in Not. Giurisp.lav. 1993, 785, Cass. 30 luglio 1993 n. 8518 in Riv.it.dir.lav. 1994, II, 303, Cass. 5 dicembre 1991 n. 13085 in Not. Giurisp. Lav. 1992, 165.Cass. 1 giugno 1990 n. 207 in Not. Giurisp. Lav. 1990, 318.); oppure quello che riteneva sufficiente il solo elemento "oggettivo" dell'idoneità della condotta datoriale a produrre nocumento in capo a diritti e prerogative del sindacato(Cass. 22 luglio 1992 n.8815 in Not. Giurisp. La. 1992, 611, Cass. 16 luglio 1992 n.8610 in Riv. Giur. lav. 1992, II, 841, Cass. 3 luglio 1992 n. 8143 in Mass. Giur. lav. 1992, 345); e infine, quello "mediano", "intermedio" o "compromissorio", -affermatosi più di recente- secondo il quale l'intenzionalità del comportamento posto in essere dal datore di lavoro mentre è irrilevante nel caso di condotta contrastante con norma imperativa, viceversa può assumere rilevanza quando tale condotta, pur se lecita nella sua obiettività, presenti i caratteri dello "abuso di diritto", e perciò stesso collida od obliteri i principi di correttezza e buona fede che, integrativamente, assistono le modalità di esecuzione delle obbligazioni tra le parti nel rapporto di lavoro(Cass. 5 luglio 1997 n. 6080 in Mass.giur.lav, Mass.Cass. 1997, 58, n.179, Cass. 8 settembre 1995 n. 9501 in Mass. Giur. lav. 1996.

Per questi motivi è stato quindi sostenuto che “per integrare gli estremi della condotta antisindacale di cui all’art.28 della L. 20 maggio 1970 n.300 è sufficiente che tale comportamento leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, non essendo necessario uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro né nel caso di condotte tipizzate perché consistenti nell’illegittimo diniego di prerogative sindacali..., né nel caso di condotte non tipizzate ed in astratto lecite, ma in concreto oggettivamente idonee, nel risultato, a limitare la libertà sindacale, sicché ciò che il giudice deve accertare è l’obiettiva idoneità della condotta denunciata a produrre l’effetto che la disposizione citata intende impedire, ossia la lesione della libertà sindacale e del diritto di sciopero..”²⁹⁵. Con la decisione n.5295 del 12 giugno 1997 le sezioni unite della Cassazione hanno posto fine ad un contrasto interno alla sezione lavoro della Suprema Corte, affermando l’importante principio dell’irrelevanza, per la concretizzazione della condotta antisindacale, dell’elemento psicologico, cioè a dire dell’intenzione dolosa o colposa del datore di lavoro, sufficiente risultando, in fatto, che il comportamento dello stesso abbia implicato un pregiudizio alla libertà sindacale e al diritto di sciopero.

²⁹⁵ S.U.Cass. 12 giugno 1997 n. 5295 in Mass.Giur Lav. 1997, 541, con nota dissenziente di Papaleoni” Intenzionalità e condotta antisindacale”, nonché Not. Giur.lav. 1997, 335.

7 - Gli sviluppi recenti sul lavoro notturno: D.Lgs. n.66 del 2003.

Il D.Lgs. n.532 del 1999, commentato nei precedenti paragrafi, non è stato l'ultimo provvedimento legislativo sulla disciplina del lavoro notturno, in quanto si è provveduto a ridisegnare tale disciplina con il nuovo D.Lgs. n. 66 del 2003, adottato per l'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce in materia di orario di lavoro, come modificata dalla direttiva 2000/34/Ce.

Il D.Lgs. n. 66 del 2003, attua parzialmente la delega contenuta nell'art. 22 della legge n. 39/2002 (legge comunitaria 2001, "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee") in quanto, per ora, non sono stati adottati i decreti che riguardano il recepimento della direttiva comunitaria n.99/63/Ce, relativa all'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare, e della direttiva n.2000/79/Ce, relativa all'attuazione dell'accordo in materia di orario di lavoro del personale di volo nell'aviazione civile, settori, questi ultimi, esclusi espressamente dal campo di applicazione del D.Lgs. n.66/2003, ai sensi dell'art.2, comma primo²⁹⁶.

I termini per la ricezione della direttiva n.93/104/Ce sono già da tempo scaduti. La direttiva, infatti, andava trasposta entro il 23 novembre 1996.

²⁹⁶ Circolari 22 Aprile 2003, n. 17490 , "Orario di lavoro: la circolare di Confindustria" in Guida al Lavoro, n.22 del 30 maggio 2003.

Dopo la sentenza di condanna da parte della Corte di Giustizia Ce²⁹⁷, la Commissione Europea aveva avviato una seconda procedura d'infrazione nei confronti dello Stato italiano che avrebbe potuto comportare l'applicazione di una sanzione pecuniaria. Nel corso del 2002, quindi, il Governo ha sollecitato le parti sociali a concludere in tempi brevi un "avviso comune" (peraltro previsto espressamente dalla legge comunitaria del 2001) volto ad adeguare i contenuti dell'accordo interconfederale del 12 novembre 1997 tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, alle esigenze dei settori che non avevano preso parte alla negoziazione del 1997. Il confronto, avviato nel mese di settembre, si è protratto sino al 18 dicembre 2002, ma nonostante il raggiungimento di alcuni significativi punti di convergenza, non è stato possibile concludere un accordo.

Pertanto, il Governo – preso atto del mancato esito negoziale – ha assunto l'iniziativa di predisporre uno schema di decreto legislativo su cui ha chiesto – come previsto dall'art. 1 della legge n.39/2002 – il parere delle competenti Commissioni parlamentari. Queste ultime hanno provveduto ad apposite audizioni delle parti sociali in occasione delle quali Confindustria ha espresso un parere sostanzialmente positivo, rilevando che: lo schema del decreto ha recepito puntualmente la direttiva in materia di orario di lavoro e ha attuato in larga parte, i contenuti dell'Accordo interconfederale del 1997; inoltre, ai sensi dell'art.22, comma 3, della legge n.39 del 2002 – che assegnava al Governo la facoltà di apportare modifiche ed integrazioni al D.Lgs. n.532 del 1999, in materia di lavoro notturno, e alla legge n.409 del 1998, in materia di lavoro straordinario – il decreto ha innovato la

²⁹⁷ Corte di Giustizia Ce 9 marzo 2000, causa C – 386/1998, in Racc. 2000, nonché in Guida al Lavoro n. 17/2000.

disciplina relativa ai due istituti recependo quei contenuti dell'Accordo del 1997 che non erano stati pienamente e correttamente trasposti nei precedenti provvedimenti legislativi, ed infine il decreto, nel dare rigorosa attuazione ai contenuti delle direttive europee, garantisce un ampio spazio di intervento all'autonomia collettiva, cui sono state attribuite, tra l'altro, facoltà derogatorie rispetto ai principi generali posti nella legge²⁹⁸.

Le disposizioni di cui al decreto legislativo sono dirette a regolamentare, in modo uniforme su tutto il territorio nazionale e nel pieno rispetto del ruolo dell'autonomia negoziale collettiva, i profili di disciplina del rapporto di lavoro connessi alla organizzazione dell'orario di lavoro.

Per un verso il legislatore delegato ha dunque ritenuto assorbente il profilo della regolazione dei "rapporti di lavoro" rispetto all'obiettivo - in sé e per sé considerato - della "tutela della salute e sicurezza dei lavoratori" che avrebbe potuto ingenerare non pochi problemi relativamente alla ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni in materia. Anche a prescindere dalla oscura formulazione del nuovo titolo V della Costituzione, che affida alla legislazione concorrente di Stato e Regioni la materia della "tutela e sicurezza del lavoro", occorre infatti sottolineare che la direttiva 93/104/Ce non disciplina in sé e per sé l'orario di lavoro, ma piuttosto quegli aspetti della organizzazione dell'orario connessi alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Questo è del resto il fondamento giuridico e l'oggetto della direttiva europea, e in questa prospettiva si è posto anche l'Avviso Comune del 1997.

²⁹⁸ Circolari 22 Aprile 2003, n. 17490, "Orario di lavoro: la circolare di Confindustria" in Guida al Lavoro, n.22 del 30 maggio 2003.

L'impostazione centralista del decreto potrebbe quindi non conformarsi perfettamente alla normativa costituzionale, che parrebbe rinviare sul punto alla legislazione concorrente regionale. Invece che affrontare direttamente questo nodo critico della disciplina, il legislatore delegato ha dunque preferito sottolineare l'incidenza della nuova regolamentazione degli orari di lavoro sulla disciplina dei rapporti di lavoro, materia questa di competenza statale secondo un orientamento in via di consolidamento, così sostanzialmente aggirando la delicata questione dei livelli di competenza nella regolazione della materia²⁹⁹. Per l'altro verso il legislatore delegato ha inteso valorizzare appieno il ruolo dell'autonomia negoziale collettiva nella regolazione della materia. A questo fine è stata eliminata la disposizione di cui all'art. 18 dello schema di decreto legislativo approvato dal Governo nelle prime settimane di gennaio 2003, là dove stabiliva: "le clausole dei contratti collettivi in materia di orario di lavoro vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto mantengono, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi stessi. Nella ipotesi di contratti scaduti o di specifici accordi tra le parti, le clausole dei contratti collettivi in materia di orario di lavoro hanno efficacia fino al 31 dicembre 2004". Clausola questa introdotta al solo fine di fare salvi gli effetti dei contratti collettivi in vigore o da poco scaduti, ma che avevano ingenerato non poche polemiche in ambito sindacale, stante una supposta intrusione del legislatore delegato nelle dinamiche dell'autonomia collettiva.

²⁹⁹ Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. "Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce" in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

Allo scadere dei contratti collettivi le clausole dei contratti collettivi avrebbero, infatti, potuto ritenersi superate dalla disposizione di legge. In luogo della contestata disposizione, e al fine di stabilire una forma di controllo dell'autonomia collettiva rispetto ai vincoli comunitari, il Governo ha previsto (nella disposizione di chiusura del decreto) di convocare le organizzazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto. In questo modo sarà verificato lo stato di attuazione del decreto legislativo - e con esso dei precetti comunitari - nella contrattazione collettiva.

Il legislatore delegato, infatti, da un lato - riprendendo l'indicazione contenuta nell'Accordo interconfederale del 1997 - identifica nelle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative quelle legittimate alla stipulazione di contratti; dall'altro, non predetermina il "livello" al quale è attribuita la competenza ad esercitare la contrattazione collettiva per i singoli istituti.

L'unica eccezione è l'art. 17 del D.Lgs n. 66/2003, ove viene espressamente stabilito che è solamente la contrattazione nazionale che può disciplinare le deroghe salva la possibilità che il livello nazionale rinvii al "secondo livello".

Con l'entrata in vigore del provvedimento vengono abrogate tutte le disposizioni legislative e regolamentari in materia di orario, salvo quelle espressamente richiamate dal decreto stesso e quelle di natura sanzionatoria.

La nuova disciplina interessa l'organizzazione dell'orario di lavoro in tutte le sue manifestazioni, ed interviene sulla durata ed il tempo della prestazione, sui riposi giornalieri e settimanali, sulle ferie, sul periodo notturno e sul lavoratore notturno.

L'art. 2 del D.Lgs n. 66/2003³⁰⁰ delimita il campo di applicazione della riforma. In attuazione della disciplina comunitaria le disposizioni contenute nel decreto si applicano a tutti i settori di attività pubblici e privati con le uniche eccezioni del lavoro della gente di mare e del personale di volo nell'aviazione civile che saranno oggetto di apposito decreto di attuazione della direttiva n.1999/63/ce del Consiglio, del 21 giugno 1999, relativa all'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare e della direttiva n.2000/79/Ce del Consiglio, del 27 novembre 2000, relativa all'attuazione dell'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro del personale di volo nell'aviazione civile³⁰¹. Rispetto alla prima versione del decreto si è poi specificato, per quanto attiene ai lavoratori mobili, che l'esclusione dall'ambito di applicazione va riferita ai profili di cui alla direttiva n.2002/15/Ce³⁰².

I sindacati avevano espresso notevoli perplessità riguardo la scelta di estendere l'ambito di operatività della nuova disciplina dell'orario anche al settore del pubblico impiego.

³⁰⁰ D.Lgs. n. 66 dell'8 aprile 2003, in *Dir.Prat.Lav.*, n.17/2003, pp.1143 ss.

³⁰¹ Circolari 22 Aprile 2003, n. 17490, "Orario di lavoro: la circolare di Confindustria" in *Guida al Lavoro*, n.22 del 30 maggio 2003.

³⁰² Ne deriva che, se il D.Lgs. n.66/2003, in ossequio alla direttiva n.93/104/ce, fornisce una nozione generale di lavoratore mobile, non significa che il decreto stesso sia applicabile a tutti quei lavoratori mobili per i quali dovranno essere adottati specifici decreti delegati in attuazione di singole direttive comunitarie.

Contenuti e forme di tale estensione sarebbero, infatti, stati decisi unilateralmente dal Governo, eludendo il confronto con le parti sociali e violando uno dei principi fondamentali del confronto negoziale su un tema centrale come l'orario di lavoro. Sempre in questo senso è stata criticata anche la disposizione (art.2, comma secondo) che affida a decreti ministeriali l'individuazione delle attività lavorative e le ragioni di ordine pubblico, in base alle quali le disposizioni sull'orario di lavoro, contenute nel decreto, non trovano applicazione nei riguardi delle forze armate, di polizia, dei servizi di protezione civile, corpo nazionale dei vigili del fuoco, strutture giudiziarie, penitenziarie, delle biblioteche, dei musei, delle aree archeologiche dello Stato. Per i dipendenti dei settori indicati le normative contrattuali vigenti regolerebbero compiutamente, salvo il caso delle biblioteche, le fattispecie degli orari relativi ai settori di pubblica utilità che hanno bisogno di cicli continui³⁰³.

Tale prospettiva di critica, sia pure alquanto attenuata in considerazione del sostanziale riconoscimento delle attuali risultanze della contrattazione collettiva (art.19 del D.Lgs. n.66/2003), non appare convincente³⁰⁴ sul semplice presupposto che è la direttiva europea n.93/104 a prevedere l'applicazione della nuova normativa sull'orario di lavoro a tutti i settori, pubblici e privati.

³⁰³ Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. “Prime osservazioni sull’attuazione della direttiva n. 93/104/Ce” in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

³⁰⁴ Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. “Prime osservazioni sull’attuazione della direttiva n. 93/104/Ce” in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

In ogni caso, una impostazione unitaria della disciplina dell'orario, e quindi la sostanziale impossibilità di ammettere deroghe specifiche per il lavoro nelle Amministrazioni Pubbliche, non solo pare derivare dallo stesso ambito di applicazione della normativa comunitaria sull'orario comprendente tutti i settori di attività, sia pubblici che privati, ma anche alla luce dell'ormai consolidato processo di privatizzazione del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche, avviato con il D.Lgs. n.29/1993. Del resto, anche nel previgente contesto normativo, nessun dubbio sembrava oramai sussistere in merito alla applicabilità dell'art.13 della legge 196/1997 anche ai lavoratori del settore pubblico³⁰⁵. E' semmai da rilevare come la contrattazione collettiva del settore pubblico si sia sin qui mossa in parziale contraddizione, e comunque in modo ambiguo, rispetto a quanto disposto dall'art. 13 della legge 196/1997 e dal D.Lgs. n.29 del 1993 in generale. La contrattazione collettiva pare in effetti comportarsi come se la fonte legale di riferimento sia ancora oggi il Dpr 10 gennaio 1957, n.3 (Statuto degli impiegati civili), prevedendo con una disposizione di dubbia costituzionalità l'ultrattività di tutte le norme legislative non ancora espressamente abrogate. Risultato è il differimento di tutti i principi privatistici in materia di orario, incompatibili con le "vecchie" norme del previgente regime pubblicistico³⁰⁶.

³⁰⁵ Cfr. BOSCATI "La disciplina dell'orario nelle amministrazioni pubbliche tra legge e contrattazione collettiva", in Carinci, (a cura di) Orario di lavoro, Ipsoa, 2001, pp. 236.

³⁰⁶ Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. "Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce" in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

Per quanto concerne invece il rilievo sul regime di esenzione, affidato ai decreti ministeriali e non all'autonomia collettiva, occorre evidenziare l'estrema fragilità della critica alla luce della considerazione che si tratta di attività di fondamentale interesse nazionale, coinvolgenti esigenze di ordine pubblico. Pare in questo senso evidente la necessità di attribuire la relativa responsabilità al Governo, fermo restando il riconoscimento del ruolo dell'autonomia collettiva ai fini della predisposizione della specifica e complementare disciplina di tutela. Priva di elementi di criticità è anche la corrispondenza tra il menzionato regime di esenzioni e il campo di applicazione della direttiva³⁰⁷. Il carattere omnicomprensivo della normativa comunitaria verso tutti i settori pubblici e privati trova infatti esplicita definizione ai sensi dell'art. 2 della direttiva 89/391/Ce, che prevede l'inapplicabilità del dato comunitario “quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, per esempio nelle forze armate o nella polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongono in modo imperativo”.

In questa prospettiva di valutazione non pone problemi di compatibilità neanche la specifica e totale esenzione dall'ambito applicativo della riforma del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n.297. Del resto la necessità di differenziazione costituisce “una diretta conseguenza della attività di insegnamento, difficile da ricondurre entro gli schemi tipici che reggono ogni altra attività burocratica”³⁰⁸.

³⁰⁷ Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. “Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce” in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

³⁰⁸ Cfr. BOSCATI “La disciplina dell'orario nelle amministrazioni pubbliche tra legge e contrattazione collettiva”, in Carinci, (a cura di) Orario di lavoro, Ipsoa, 2001, pp. 236.

Al di fuori della questione relativa al pubblico impiego ma sempre attinente alla problematica del campo di applicazione della riforma è l'estensione del decreto legislativo agli apprendisti maggiorenni "art. 2, comma 4". E', infatti, previsto che la nuova disciplina si applichi anche agli apprendisti maggiorenni. Ne consegue l'implicita abrogazione dell'art. 10 della legge 19 gennaio 19955, n. 25, e segnatamente del comma primo di tale articolo, il quale disponeva che l'orario di lavoro dell'apprendista (di età superiore a 18 anni, valendo per i minori l'art. 18, comma secondo della legge 17 ottobre 1967, n. 977 in virtù del quale il limite orario è 8/40) non può superare le 8 ore giornaliere e le 44 settimanali. L'art. 10, comma quarto della legge n. 25/1955 conteneva anche un quarto comma, che prevedeva un divieto assoluto di lavoro notturno per l'apprendista. Peraltro tale comma è stato recentemente sostituito dall'art. 21, comma secondo della Legge comunitaria 2002 ³⁰⁹. E' probabile che l'art. 2 comma quarto del nuovo decreto abbia un impatto abrogativo anche su questa recentissima norma, sottoponendo gli apprendisti maggiorenni³¹⁰ al regime valevole per la generalità dei lavoratori a proposito del lavoro notturno, e quindi consentendone l'adibizione al lavoro notturno anche al di là delle eccezioni espressamente contemplate³¹¹.

³⁰⁹ Legge del 3 febbraio 2003, n. 14, in Dir.Prat.Lav. n. 14, pp. 919 ss.

³¹⁰ Per gli apprendisti minorenni, così come per gli adolescenti in generale, rimane in vigore il già menzionato art. 18, comma secondo della legge n.977/1967, come modificato dal D.Lgs. 4 agosto 1999, n.345.

³¹¹ Cfr. DEL PUNTA "La riforma dell'orario di lavoro" IN Dir.Prat.lav., n. 22/2003.

7.1 - Decreto Legislativo n. 66 del 2003: novità e confronto con la precedente normativa.

Gli articoli dal 11 a 15 del D.Lgs. n.66/2003 sono dedicati alla disciplina del lavoro notturno, già contenuta nel decreto legislativo 26 novembre 1999, n. 532, con il quale era stata data attuazione alla delega conferita al Governo dall'art. 17, comma 2, della legge 5 febbraio 1999, n. 25, nonché alla direttiva n.93/104/Ce³¹².

La normativa contenuta nei citati articoli non si allontana, sostanzialmente, da quella del 1999, anche se sono state introdotte disposizioni che rendono l'impianto complessivo più coerente con i principi dettati dalla direttiva n.93/104/Ce e dall'Accordo del 1997.

La materia, suddivisa in un minor numero di articoli, viene riordinata e razionalizzata, con la soppressione, sulla scorta delle indicazioni risultanti dall'Accordo del 1997, di taluni fattori di rigidità o di maggiore onerosità che gravavano sulle aziende. Va premesso che l'art.1, comma secondo, lettera d), del D.Lgs. n. 66/2003, dopo aver fornito una nozione di "periodo notturno" identica a quella fissata, in sede di definizione di "lavoratore notturno", dall'art.2, comma primo, lettera a), del D.Lgs. n.532/1999, identifica il "lavoratore notturno", alla lettera e), mediante la doppia formulazione già impiegata dal citato art. 2 del D.Lgs. n. 532/1999, inserendo, tuttavia, alcune varianti, più aderenti alle definizioni formulate dalle parti sociali nell'Accordo del 1997.

³¹² Circolari 22 Aprile 2003, n. 17490, "Orario di lavoro: la circolare di Confindustria" in Guida al Lavoro, n.22 del 30 maggio 2003.

In particolare, lo svolgimento “in via non eccezionale” di almeno tre ore del tempo di lavoro giornaliero – come requisito qualificante la prima definizione di lavoratore notturno data dal decreto legislativo del 1999 – viene sostituito, in conformità alla dizione dell’Accordo del 1997, con la locuzione “tempo di lavoro giornaliero impiegato in modo normale”. La seconda definizione di “lavoratore notturno”, contenuta nel decreto legislativo in esame, n.66/2003, non differisce, praticamente, da quella dell’Accordo del 1997 e successivamente trasposta nel decreto legislativo del 1999. Risulta infine soppresso il comma secondo dell’art.2 del decreto legislativo del 1999, a norma del quale era affidato ai contratti collettivi l’individuazione delle condizioni e dei casi di eccezionalità nell’adibizione a lavoro notturno. Rispetto tuttavia al testo normativo del D.Lgs. 532/1999, viene sostituito il termine “lavoro” con il termine “periodo”, utilizzando quindi la medesima formulazione del legislatore comunitario³¹³.

Prima novità sostanziale rispetto alla previgente disciplina concerne la valutazione di inidoneità a svolgere lavoro notturno. Si introduce (art. 11, comma 1, “Limitazioni al lavoro notturno”) infatti la possibilità per le strutture sanitarie pubbliche a compiere il relativo accertamento, compito precedentemente affidato in via esclusiva al medico competente di cui all’art. 17 del D.Lgs. n. 626 del 1994.

³¹³ Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. “Prime osservazioni sull’attuazione della direttiva n. 93/104/Ce” in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

Sempre in materia di valutazione dello stato di salute dei lavoratori addetti al lavoro notturno si prevede inoltre l'obbligo di controlli preventivi e periodici adeguati al rischio cui il lavoratore è esposto, secondo le disposizioni previste dalla legge e dai contratti collettivi (art.14 del D.Lgs. n.66/2003)³¹⁴.

Sostanzialmente identica è invece la regolamentazione delle ipotesi di divieto e di esclusione dall'obbligo del lavoro notturno. L'unica differenza concerne la possibilità dell'autonomia collettiva di stabilire ulteriori ipotesi di limitazioni o esclusioni (art.11, comma secondo); in conformità con la previsione dell'Accordo del 1997, viene rimessa ai contratti collettivi la determinazione dei requisiti il cui possesso può escludere i lavoratori dall'obbligo del lavoro notturno. Ne consegue che non sussistano più ipotesi di precedenza nell'adibizione al lavoro notturno, ma che la contrattazione collettiva può prevedere esclusioni. Viene inoltre specificato, in conformità al disposto dell'art. 53 del D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Tu delle disposizioni legislative a sostegno della maternità e della paternità) che “non sono obbligati” a prestare lavoro notturno (in altri termini, non vi è un divieto di lavoro notturno, ma possono rifiutare di compierlo) i soggetti indicati alle lettere a), b) e c) dell'art 11 del D.Lgs. n.66/2003.

E' stato, inoltre, soppresso il disposto dell'art. 3 del decreto n. 532/1999 comma primo che, fondava su base volontaria la “priorità assoluta” nell'adibizione al lavoro notturno, tenuto conto delle esigenze organizzative aziendali, e il disposto, comma secondo, che demandava alla contrattazione collettiva la facoltà di fissare ulteriori priorità rispetto a quelle dipendenti dalla richiesta volontaria degli interessati.

³¹⁴ Circolari 22 Aprile 2003, n. 17490 , “Orario di lavoro: la circolare di Confindustria” in Guida al Lavoro, n.22 del 30 maggio 2003.

Alquanto modificata è la procedura di consultazione delle rappresentanze o delle organizzazioni sindacali, necessaria ai fini dell'introduzione del lavoro notturno (art. 12 del D.Lgs. n. 66/2003)³¹⁵. La medesima disposizione si legge anche nell'art. 8 del decreto legislativo n. 532/1999, con alcune varianti, come quella relativa ai sindacati titolari del diritto di consultazione (qualora manchino le rappresentanze aziendali), che vengono identificati con le associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, mentre, nell'art. 12 del decreto legislativo n. 66 del 2003, i sindacati in questione sono le organizzazioni firmatarie del contratto collettivo applicato nell'impresa. La consultazione, che nel caso di mancanza di rappresentanze sindacali aziendali, si attua per il tramite dell'Associazione cui l'azienda aderisca o conferisca mandato, va effettuata e conclusa entro un periodo massimo di sette giorni, che non pare più decorrere dalla comunicazione del datore, ma più semplicemente dall'inizio della consultazione medesima³¹⁶.

Il comma secondo dell'art. 12 disciplina, in conformità a quanto previsto dall'Accordo del 1997 e dall'art.10 del decreto n. 532/1999, l'obbligo annuale del datore di lavoro di informare per iscritto la Direzione provinciale del lavoro e le organizzazioni sindacali circa l'effettuazione di lavoro notturno continuativo o compreso in regolari turni periodici, salvo che esso sia disposto dal contratto collettivo.

³¹⁵ Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. “Prime osservazioni sull’attuazione della direttiva n. 93/104/Ce” in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

³¹⁶ Circolari 22 Aprile 2003, n. 17490 , “Orario di lavoro: la circolare di Confindustria” in Guida al Lavoro, n.22 del 30 maggio 2003.

L'informazione può avvenire anche per il tramite dell'Associazione cui il datore di lavoro aderisca o conferisca mandato (previsione introdotta ex novo). L'art.10 del decreto n.532/1999 conteneva un inciso finale – ora soppresso – che manteneva ferma la previsione dell'art. 12 del Rd 10 settembre 1923, n.1955, relativo all'obbligo di esporre, in luogo accessibile a tutti i dipendenti, l'orario di lavoro. Ne consegue che tale adempimento non dovrà più essere necessariamente assolto, salvo che simili previsioni non siano state inserite nei contratti collettivi.

Per quanto concerne la durata del lavoro notturno, il D.Lgs n. 66/2003 propone sostanzialmente i limiti di cui al D.Lgs. n. 532/1999. L'art. 13, al comma primo, definisce la durata del lavoro notturno, che viene fissata in otto ore medie su ventiquattro, salva restando la possibilità che i contratti collettivi, anche aziendali, stabiliscano, per il calcolo della suddetta media, periodi di riferimento più ampi. La norma, adeguandosi in pieno al corrispondente dettato dell'Accordo del 1997 e alle esigenze di maggior elasticità da questo espresse sul punto (anche la direttiva n.93/104/Ce prevede “8 ore in media per periodo di 24 ore”), rappresenta un progresso rispetto all'art. 4, comma primo, del D.Lgs. n. 532/1999, che prevedeva un limite “secco” (non medio) di otto ore nelle ventiquattro, e un limite medio solo quando i contratti collettivi avessero assunto a riferimento per il calcolo della media un periodo superiore per durata alle ventiquattro ore. Il limitato periodo di riferimento sembra, infatti, unicamente finalizzato ad adeguare le ore di lavoro giornaliero in modo tale che sommate a quelle di lavoro notturno non vengano superate le otto ore (in un periodo di 24 ore).

Una diversa interpretazione determinerebbe la sostanziale inutilità della menzionata disposizione in tema di ampliamento del periodo di riferimento da parte dei contratti collettivi e della stessa disposizione, secondo cui, con riferimento al settore della panificazione non industriale la media va riferita alla settimana lavorativa.

Profilo fondamentale concerne infine la questione degli strumenti di compensazione per lo svolgimento di prestazioni di lavoro notturno. L'articolo 13, comma secondo del D.Lgs. n. 66/2003, affida alla contrattazione collettiva l'eventuale definizione delle riduzioni dell'orario di lavoro o dei trattamenti economici indennitari nei confronti dei lavoratori notturni³¹⁷.

Tale soluzione ricalca sostanzialmente la previgente normativa nella misura in cui affida alla regolamentazione pattizia la scelta fra monetarizzazione e riposo compensativo³¹⁸. Invero la lettera del D.Lgs. n.532/1999 sembrava indicare cumulativamente queste due vie; la dottrina peraltro non deduceva da una simile formulazione l'illegittimità di una soluzione unica³¹⁹.

Ciò del resto in linea con il carattere non obbligatorio della relativa regolamentazione.

³¹⁷ Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. “Prime osservazioni sull’attuazione della direttiva n. 93/104/Ce” in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

³¹⁸ La nuova disposizione rettifica la portata della norma del 1999, esprimendosi in termini di mera eventualità per quanto riguarda la riduzione, da parte della contrattazione collettiva, dell'orario di lavoro o la definizione dei trattamenti economici indennitari nei confronti dei lavoratori notturni. Il medesimo comma 2, nel secondo periodo recepisce la sostanza delle osservazioni critiche formulate da Confindustria nella suddetta circolare stabilendo che sono fatte salve le disposizioni della contrattazione collettiva in materia di trattamenti economici e riduzioni di orario per lavoratori notturni, anche se non concesse a titolo specifico.

³¹⁹ Cfr. FERRANTE “La disciplina del lavoro notturno”, in Nuove Leggi Civ.Com., 2000, pp. 543.

Né, d'altra parte, un simile carattere obbligatorio poteva dedursi dalla disposizione, non ripresa nella riforma in oggetto, che affidava al Ministro del lavoro e della previdenza sociale il compito di provvedere a verificare periodicamente, e almeno annualmente, le disposizioni introdotte dai contratti collettivi sul tema.

Il comma 3 dell'articolo 13 ha un contenuto che coincide esattamente con l'art. 4, comma secondo, del D.Lgs. n.532/1999, e trova piena corrispondenza, altresì, nelle previsioni dell'Accordo del 1997, là dove stabilisce che, per le lavorazioni – individuate da apposito decreto del Ministero del lavoro ovvero, per i pubblici dipendenti, con il decreto del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro del lavoro, sempre previa consultazione sindacale – comportanti rischi particolari o rilevanti tensioni fisiche o mentali, il lavoro notturno non può superare le otto ore nel corso di ogni periodo di ventiquattro ore. A quest'ultima disposizione è strettamente collegata quella di cui al comma terzo dell'articolo 14 (presente, nella stessa forma letterale, anche nell'Avviso comune e nell'art. 11, comma secondo, del D.Lgs. n.532/1999, secondo cui ai lavoratori notturni soggetti ai particolari rischi derivanti dallo svolgimento delle suddette lavorazioni sono assicurate dal datore di lavoro appropriate misure di protezione personale e collettiva).

Il comma quarto dell'art.13 riprende, adottando peraltro un testo uguale a quello dell'Accordo del 1997, il contenuto dell'art.4, comma terzo, del D.Lgs. n. 532/1999, secondo cui non si deve tener conto del periodo minimo di riposo settimanale, quando esso cada entro l'arco di riferimento "più ampio" – individuato dalla contrattazione collettiva ai sensi del comma primo dello stesso articolo 13 – sul quale va calcolato come media il limite delle otto ore di lavoro notturno.

Il comma quinto dell'art. 13 prevede, con riferimento al settore della panificazione non industriale, che la media di cui al comma primo vada riferita alla settimana lavorativa.

L'articolo 14 del D.Lgs. n. 66 del 2003, relativo alla tutela della salute dei lavoratori notturni, recepisce, nel primo comma, le indicazioni dell'Accordo del 1997, disponendo che i lavoratori notturni devono essere sottoposti ad accertamenti preventivi e periodici.

...Il comma secondo dell'art. 14 trova preciso riscontro letterale nell'Accordo del 1997 e su tale base, snellisce il testo dell'art. 11, comma primo, del D.Lgs. n.532/1999, garantendo un regime di equivalenza fra lavoro notturno e turno diurno quanto alla predisposizione, da parte del datore di lavoro, di un adeguato livello di servizi o di mezzi di prevenzione o protezione. Il successivo comma quarto, di tenore identico sia alla previsione dell'Accordo del 1997, sia al disposto dell'articolo 11, comma terzo, del D.Lgs.n.532/1999, affida ai contratti collettivi la facoltà di disporre specifiche misure di prevenzione, in caso di svolgimento di lavoro notturno, a tutela di particolari categorie di lavoratori, come coloro che sono affetti da infezioni HIV o sono in stato di tossicodipendenza.

L'art. 15 disciplina l'ipotesi in cui sopravvenute condizioni di salute comportino l'idoneità del lavoratore alle prestazioni notturne, accertata dal medico competente o dalle strutture sanitarie pubbliche. In tale evenienza, mentre l'articolo 6, comma primo, del D.Lgs. n. 532/1999 garantiva al lavoratore l'assegnazione ad altre mansioni o altri ruoli diurni, la versione ora adottata dall'art. 15 – con formulazione più aderente al dettato della direttiva n.93/14/Ce – specifica che il trasferimento dell'interessato al lavoro diurno avverrà con l'assegnazione a mansioni equivalenti, se esistenti e disponibili.

Il comma secondo dell'art. 15, come già il comma secondo dell'art. 6 del D.Lgs. n. 532/1999, rinvia alla contrattazione collettiva la definizione delle modalità concernenti il trasferimento a mansioni diurne e delle soluzioni da adottare qualora il trasferimento stesso non risulti attuabile.

Il rinvio alla contrattazione collettiva lascia libere le parti contraenti di attuare ogni soluzione ritenuta più idonea a risolvere il problema dell'adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto createsi, adeguamento che potrà comportare anche l'assegnazione a mansioni non equivalenti.

Ove la contrattazione non intervenga a disciplinare la fattispecie, il datore di lavoro, tenendo conto del consolidato orientamento della Corte di Cassazione, in tema di inidoneità parziale sopravvenuta, verificherà la possibilità di assegnare il lavoratore a nuove mansioni, se del caso anche inferiori alle precedenti e, all'esito negativo di tale verifica, potrà procedere al recesso.

Il D.Lgs. n. 66/2003 individua infine alcune fattispecie di deroga (art.17) in coerenza con gli spazi aperti in tal senso dalla direttiva europea n.104/93. Conseguenza di ciò è stata una sostanziale pedissequa riproposizione del regime di deroga di cui alla direttiva³²⁰.

³²⁰ Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. “Prime osservazioni sull’attuazione della direttiva n. 93/104/Ce” in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

In tale articolo sono previste ipotesi di deroghe anche alla disciplina in materia di lavoro notturno per gli artt. 12 (Modalità di organizzazione del lavoro notturno e obblighi di comunicazione) e 13 (Durata del lavoro notturno), “mediante contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale tra le organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro o, conformemente alle regole fissate nelle medesime intese, mediante contratti collettivi o accordi conclusi al secondo livello di contrattazione”. In mancanza di una disciplina collettiva, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ovvero, per i pubblici dipendenti, il Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, su richiesta delle organizzazioni sindacali nazionali di categoria comparativamente più rappresentative o delle associazioni nazionali di categoria dei datori di lavoro firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro, adotta un decreto, sentite le stesse parti, per stabilire deroghe agli articoli 12 e 13 con riferimento a diverse attività (come per esempio per le attività di guardia, di sorveglianza, attività per assicurare la continuità del servizio o della produzione: del personale portuale, dell’agricoltura etc., art. 17 , comma secondo). L’eventuale deroga può essere ammessa solo a condizione che al lavoratore siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo o, quando ciò sia oggettivamente impossibile, sia concessa una protezione appropriata.

Inoltre nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, le disposizioni di cui agli artt. 12 e 13, non si applicano ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: di dirigenti, di personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi potere decisionale, di manodopera familiare, di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose, di prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro.

L'art. 19 del decreto legislativo n. 66 del 2003 affronta uno dei temi più delicati dell'intera disciplina, quello dell'abrogazione delle norme preesistenti. Si afferma che dalla entrata in vigore del decreto legislativo sono abrogate tutte le disposizioni legislative e regolamentari nella materia disciplinata dal decreto, salve le disposizioni espressamente richiamate e le disposizioni aventi carattere sanzionatorio³²¹. La norma richiederà un intervento interpretativo da parte del Ministero del lavoro per chiarire la reale portata della disposizione abrogatrice, dal momento che non è così agevole individuare le norme abolite, anche adottando l'originale criterio adottato dal decreto. Sono da escludere da tale novero le disposizioni sanzionatorie e quindi la norma sanzionatoria vera e propria e la norma che prevede la violazione sanzionata³²².

³²¹ Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. “Prime osservazioni sull’attuazione della direttiva n. 93/104/Ce” in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

³²² Cfr. TIRABOSCHI M. – RUSSO A. “Prime osservazioni sull’attuazione della direttiva n. 93/104/Ce” in Guid. Lav. n.17 /2003 pp.10 ss.

Pertanto le principali norme sanzionate e quindi ancora in vigore in tema di lavoro notturno sono l'art. 12 del D.Lgs. 532/1999 che sanziona le violazioni all'art. 5 (Effettuazione delle visite mediche), all'art. 4 (Superamento del limite di orario giornaliero per i lavoratori notturni)³²³.

³²³ Circolari 22 Aprile 2003, n. 17490 , “Orario di lavoro: la circolare di Confindustria” in Guida al Lavoro, n.22 del 30 maggio 2003.

CAPITOLO TERZO

LA DONNA NEL LAVORO NOTTURNO

1 - La legislazione italiana sul lavoro notturno femminile: dalla legge n.653 della 1934 all'art. 5 della legge n.903 del 1977.

1.1 - Le origini della legislazione sul lavoro notturno femminile in Italia.

La condizione sociale della *donna* ha subito notevoli variazioni attraverso i secoli, in dipendenza dell'evoluzione politica e giuridica dei popoli e di vari fattori geografici e storici. Si può dire in generale che, quasi in ogni tempo e in ogni paese, la donna ha goduto di un trattamento meno favorevole di quello dell'uomo. Le maggiori difficoltà ad ammettere una parità di trattamento tra i sessi sono state, tra l'altro, una pretesa inferiorità fisica della donna, la difficoltà a riconoscere alla donna il diritto di proprietà e il timore che l'attività femminile possa far diminuire l'occupazione maschile. Tuttavia, dalle antiche civiltà primitive a oggi, la donna ha subito una notevole evoluzione, sia nel campo sociale e nell'espressione della propria personalità, sia in quello giuridico e politico³²⁴.

³²⁴ Cfr. Enciclopedia Universale "Rizzoli La Rousse", pp.424.

Un profilo sommario, ma abbastanza significativo delle vicende storiche del lavoro della donna, può realizzarsi procedendo alla disamina della sua configurazione e ai valori che caratterizzano l'ordinamento della società generale, nelle principali fasi della sua evoluzione³²⁵.

Un primo esempio Italiano di legislazione sociale ³²⁶ è la legge 11 febbraio 1886 sul lavoro dei fanciulli³²⁷.

Si tratta di una legge che costituisce il punto di partenza per i successivi interventi legislativi in materia di occupazione femminile; infatti, introduceva il divieto di utilizzare il lavoro dei minori di nove anni in opifici, cave e miniere, limitava a 8 ore giornaliere l'orario di lavoro per minori di 12 anni e a 6 ore il lavoro notturno dei fanciulli dai 12 ai 14 anni, vietava l'impiego dei minori di 15 anni nei lavori pericolosi e insalubri.

³²⁵ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

³²⁶ Prima del 1886 erano state emanate solo: la legge 11 dicembre 1873 sull'impiego dei fanciulli nelle professioni girovaghe; la legge 11 luglio 1883, che istituiva la cassa nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro. Per i fanciulli, il parlamento subalpino aveva provveduto con la legge 20 novembre 1859, n.3755, che vietava l'adibizione dei minori di dieci anni nel lavoro sotterraneo nelle miniere. Queste leggi erano state accolte con benevolenza dalla classe dirigente perché, senza imporre sacrifici agli industriali, consentivano di appagare i buoni sentimenti filantropici e placare i timori per la questione sociale (Monteleone G., La legislazione sociale al Parlamento italiano. La legge sul lavoro dei fanciulli, in "Movimento operaio e socialista", 1974, n.4,p.263). Persisteva invece la resistenza a provvedimenti che regolassero il lavoro nelle fabbriche, nel duplice aspetto dello sfruttamento della manodopera (specie donne e fanciulli) e della responsabilità degli imprenditori per gli infortuni sul lavoro. Cfr. MERLI S., "Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano: 1880-1900, Firenze, 1972, vol. I, p.225.

³²⁷ Con l'unità d'Italia erano state abrogate tutte le disposizioni sul lavoro vigenti negli stati preunitari. Così, per quanto specificatamente riguarda il lavoro dei fanciulli – oggetto in tutta Europa dei primi interventi della legislazione sociale – era stata abrogata l'ordinanza vicereale 10 novembre 1843, vigente nelle province del Lombardo-Veneto, che stabiliva in 10 ore giornaliere l'orario massimo di lavoro per i fanciulli al di sotto dei 12 anni e vietava per essi il lavoro notturno. Cfr. Bonomi S. "Sul lavoro dei fanciulli negli opifici: proposte presentate al consiglio provinciale di sanità di Como nella seduta del 21 giugno 1872, in "Annali universali di medicina", 1872, p.331.

Con la legge 19 giugno 1902 n. 242 (nota come legge Carcano, dal nome del ministro presentatore)³²⁸ si fissava a 12 anni il limite di età per l'ammissione al lavoro dei fanciulli; vietava ai minori di 15 anni lavori che una commissione governativa avrebbe ritenuto pericolosi e insalubri³²⁹.

Per le donne di qualsiasi età la legge n.242 del 1902, vietava i lavori sotterranei, limitava a 12 ore giornaliere l'orario massimo di lavoro. La novità maggiore della legge Carcano era l'aver posto il problema del congedo di maternità, stabilendo che le puerpere non potessero essere impiegate al lavoro se non dopo trascorse quattro settimane dal parto.

La legge 19 giugno 1902 n. 242, venne modificato con la legge 7 luglio 1907 n. 416, poi confluita nel T.U., sul lavoro delle donne e dei fanciulli. Il T.U. sanciva il divieto di lavoro notturno per le donne di qualsiasi età, ma nessuna novità si era registrata nelle disposizioni sulle lavoratrici madri³³⁰.

Le casse di maternità, legittimate al pagamento del "sussidio" a favore delle lavoratrici in congedo venne istituito con la L. 17 luglio 1910 n. 520, e solo a partire da quella data le lavoratrici potevano godere nel periodo di assenza dal lavoro, di un sussidio assistenziale³³¹.

³²⁸ L'iter parlamentare della legge del 1902 e le vicende politiche che accompagnarono la faticosa elaborazione della legge sono descritti da O.Antozzi, "I socialisti e la legislazione sul lavoro delle donne", pp.285 ss.

³²⁹ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

³³⁰ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

³³¹ Cfr. BORTONE R. "Lavoratrici madri" in Enc.Giur. "Treccani", vol. XVIII, Roma, 1990.

Con il T.U. del 1907 si chiudeva una questione che si era trascinata per lungo tempo: era sancito finalmente per legge il generale divieto di lavoro notturno per le donne; ma si lasciava agli industriali la possibilità di valutare, secondo la propria discrezionalità, se e quando fare ricorso al lavoro notturno.

C'è anche da sottolineare come con l'introduzione dei limiti legali al lavoro delle donne si limitava ancora di più la richiesta di manodopera femminile divenuta meno conveniente che nel passato³³².

Certo è che, all'entrata in vigore del T.U. la situazione dell'economia italiana si presentava completamente modificata rispetto al periodo che aveva preceduto l'emanazione della legge del 1902. Come è noto, la depressione della vita economica italiana, iniziata con la crisi commerciale del 1887, si era prolungata (accompagnata da riduzioni produttive, crisi finanziarie, agitazioni di alcune classi sociali) fino al 1898, anno in cui i tumulti di Milano dettero l'impressione che il paese fosse sull'orlo di una grave crisi³³³. Infatti, la crisi economica del 1907 che aveva creato una situazione occupazionale delle donne molto debole e la sconfitta parlamentare sull'ammissione delle donne al voto³³⁴ e successivamente la guerra in Libia fecero sì che si creò³³⁵ un fenomeno di declino per la tutela delle donne.

³³² Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

³³³ Per le lotte sociali del periodo che interessa la fine del secolo e il primo decennio del 900, si può fare rinvio a Procacci G. "La lotta di classe in Italia agli inizi del secolo XX", Roma, 1970.

³³⁴ Sulla politica giolittiana di allargamento, che doveva portare alla riforma elettorale del 1912 (la quale concedeva il diritto di voto a tutti i cittadini maschi alfabeti e analfabeti sopra i 30anni) v. Ghisalberti C. "Storia costituzionale d'Italia, 1849-1948", Bari, 1974, pp.283 ss. La questione dell'estensione alle donne del suffragio era entrata anche nel dibattito fra i giuristi, grazie ad una sentenza della corte d'appello di Ancona (25 luglio 1906, in Foro it., 1906, I, c. 1060, con nota contraria di V.E.Orlando). Secondo la corte, il diritto vigente avrebbe concesso alle donne l'elettorato politico. La sentenza era stata stesa da Mortara: ma l'autorevolezza dell'estensore ed il peso degli argomenti portati non risultarono sufficienti a far passare quell'interpretazione "paritaria" dello statuto albertino.

³³⁵ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

Durante il periodo di guerra esse erano costrette a lavori pesanti e nocivi, prive di protezione e con salari inferiori della metà rispetto a quelli maschili.

Il governo intanto si era affrettato ad emanare norme per “rendere partecipi le donne nel momento difficile”³³⁶.

Così il R.D. 14 agosto 1914 n. 925, sospendeva il divieto del lavoro notturno, e alcune norme riammettevano donne e minori ad alcuni lavori esclusi dal T.U. del 1907³³⁷.

L'Italia si rendeva conto, tutt'ad un tratto, dell'importanza del lavoro femminile: fu in questo periodo che vennero avanzate, da parte dell'interventismo di origine democratica, le proposte paritarie più contrastate, come ad esempio il suffragio universale e la parità salariale. Solo nel dopoguerra si ottenne un piccolo progresso per la condizione femminile: si approvò a grande maggioranza la capacità giuridica della donna³³⁸.

La legge 17 luglio 1919 n. 1176, oltre ad abrogare l'istituto dell'autorizzazione maritale, sanciva (art.7) l'ammissione delle donne, “a pari titolo degli uomini, ad esercitare tutte le funzioni ed a coprire tutti i pubblici impieghi “ esclusi soltanto, “quelli che implicano poteri pubblici e giurisdizionali, o l'esercizio di diritti o potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato”. In riferimento alle specifiche esclusioni il Consiglio di Stato riteneva necessario che la Pubblica Amministrazione si conformasse a due direttive:

³³⁶ Cfr. BORTONE “Il lavoro delle donne” (a cura di C.A. Graziani e I Corti), Milano, 1996, pp.99.

³³⁷ Sulla condizione delle lavoratrici durante la prima guerra mondiale, v. per tutti C.Ravera “Breve storia del movimento femminile” pp.80ss.

³³⁸ Cfr. BALLESTRERO M.V. “Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne”, Bologna, 1979.

- a) le esclusioni non potevano essere motivate sul presupposto dell'inferiorità morale e intellettuale della donna, ma solo per esigenze obiettive d'ufficio;
- b) l'amministrazione doveva precisare, attraverso un proprio regolamento, a quali uffici non potevano prestare attività lavorativa le donne.

In sostanza quindi si introduceva la capacità giuridica per le donne, ma si riconosceva loro una disuguaglianza di fatto e si autorizzava la Pubblica Amministrazione a sancire l'inattitudine concreta delle donne ad impieghi e uffici cui erano giuridicamente capaci ³³⁹.

Rispetto alla legge sulla capacità giuridica, sorte peggiore e ancora più effimera ebbe il riconoscimento del diritto di voto; infatti, il progetto di legge sul voto amministrativo alle donne venne ripreso dai fascisti nel 1923. Nel progetto fascista, l'elettorato femminile era scelto tenendo presente i meriti "patriottici"³⁴⁰.

Le donne che avrebbero potuto votare (ma non essere elette a sindaco, assessore, deputato) dovevano appartenere a una delle seguenti categorie: decorate di medaglie al valore militare o per altre benemerienze civiche; avere l'esercizio effettivo della patria podestà, non analfabete.

³³⁹ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

³⁴⁰ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Donne (lavoro delle" in Dig. Disc..priv., Sez. Com., vol. V), Torino, 1990, pp. 161.

Il progetto venne approvato il 15 maggio 1925 : ma fu “l’ulteriore farsa”: nel 1929, con la legge sulla riforma podestabile si abolì l’ordinamento elettivo per i comuni e le province ³⁴¹.

Il passaggio dal sistema liberale al regime fascista, segna la prima fase della nuova legislazione sul lavoro delle donne: con la legge 6 aprile 1922 n.471 l’Italia ratificò la convenzione di Washington (1919) nella quale erano fissati: il limite minimo di età per l’ammissione al lavoro (quattordici anni); il divieto di lavoro notturno per le donne di qualsiasi età; l’astensione obbligatoria dal lavoro per le gestanti e le puerpere. Con la legge di ratifica, iniziò quindi un periodo di “normalizzazione” legislativa dopo i grandi sconvolgimenti che la guerra aveva causato ³⁴²

³⁴¹ Cfr. BALLESTRERO M.V. “Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne”, Bologna, 1979.

³⁴² Cfr. BALLESTRERO M.V. “Dalla Tutela alla parità .La legislazione italiana sul lavoro delle donne” , Bologna, 1979.

1.2 - Il divieto di lavoro notturno nel periodo fascista.

Il periodo fascista è stato caratterizzato da una politica brutalmente antifemminile; una politica, cioè, di sistematica esclusione delle donne dalla vita politica e sociale, e di riduzione di esse ad un ruolo subordinato³⁴³. Alle donne il regime aveva affidato, come compiti essenziali: procreare “generazioni di pionieri e di soldati necessari alla difesa dell’impero”³⁴⁴; vigilare sull’integrità della famiglia. Dentro i confini della famiglia dovevano essere costrette dalla funzione di madre e dalla necessità di restare ad essa legate, poiché stabilità della famiglia e maternità avrebbero rappresentato le uniche contropartite offerte dal regime alla loro condizione subalterna. Si può dire, tuttavia, che la politica fascista³⁴⁵ è stata anche una politica femminile, nel senso che con una serie di provvedimenti³⁴⁶ tentò un collegamento diretto tra la politica demografica ed interventi sul mercato del lavoro, ridefinendo e normalizzando, per legge, il lavoro femminile extradomestico.

³⁴³ Cfr. DATTINO “Il diritto di famiglia e il diritto di proprietà nella legislazione fascista”, in studi d’Amelio, Roma, 1933, pp.440. TARELLO “Dottrine storiche del diritto privato” Vi, Bologna, 1976, pp. 478 ss.

³⁴⁴ B.Mussolini, Discorso alle donne fasciste, 20 giugno 1937.

³⁴⁵ La necessità di periodizzare non si pone solo per la politica economica del fascismo; anche la politica femminile conobbe varie fasi, legate ai diversi andamenti dell’economia del paese e ai diversi interventi dello stato fascista nell’economia. Per la politica femminile, si può accettare la divisione per periodi proposta da E. Santarelli” Il fascismo e le ideologie antifemministe”, pp. 75 ss.; una prima (fino all’inizio degli anni’ 30) è caratterizzata dalla flessione dell’occupazione femminile (specialmente industriale), e accompagnata dalla propaganda demografica-ruralista che privilegia la donna madre e la donna di casa; nella seconda fase (gli anni’ 30 maturi), il processo di crescita dell’industria, dell’urbanizzazione, dei flussi migratori, il recupero della flessione dell’occupazione femminile (sia pure con un vistoso spostamento nel terziario) mostrano l’avvenuta apertura della forbice tra sviluppo economico industriale e rurale. In questa fase il fascismo non rinunciò alla politica demografico-ruralista, ma si preoccupò di intervenire con una legislazione sul lavoro femminile diretta a “normalizzare” il mercato del lavoro uscito dalla crisi.

³⁴⁶ Ved. Esempio i provvedimenti sul lavoro delle donne e dei fanciulli: L. 17 aprile 1925, m.437, L. 26 aprile 1934 n. 653; provvedimenti per la tutela delle lavoratrici madri, art.6, comma VIII, del R.D.L. n. 1825 del 1924 sull’impiego privato, il cui contenuto fu poi trasferito in parte nell’art. 2110 c.c.; Cfr. Greco “Lezioni di legislazione del lavoro”, Torino, 1937; F.Santoro Passarelli “Legislazione del lavoro”, Padova, 1936.

La disciplina giuridica del lavoro femminile venne realizzata dal fascismo con una serie così numerosa di interventi legislativi, da dimostrare quanta importanza il regime annettesse al problema.

Le leggi fasciste sul lavoro delle donne possono essere divise in due categorie – protettive ed espulsive – orientate in direzioni solo apparentemente contrastanti³⁴⁷.

Per quanto riguarda le leggi protettive nel corso del ventennio vennero emanati provvedimenti sul lavoro delle donne e dei fanciulli³⁴⁸ e provvedimenti per la tutela delle lavoratrici madri³⁴⁹.

Per l'importanza che ha assunto (anche perché sono state leggi vigenti per molto tempo dopo la caduta del fascismo³⁵⁰), per l'organicità del disegno che le sorreggeva, si può tenere conto in particolare della L. 26 aprile 1934 n.653, che rimetteva ordine nella normativa precedente, parzialmente modificandola ed adeguandola alle esigenze politiche ed economiche del momento³⁵¹.

Tratto caratteristico della legge 26 aprile 1934, n.653 è l'accomunamento delle donne e dei fanciulli in una normativa di ordine pubblico.

³⁴⁷ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

³⁴⁸ R.D.L. 15 marzo 1923, n.748, convertito nella legge 17 aprile 1925, n.437; legge 26 aprile 1934, n.653, entrata in vigore nel 1936.

³⁴⁹ R.D.L. n. 1825 del 1924, art.6 comma 8, sull'impiego privato, il cui contenuto fu poi trasferito in parte nell'art. 2110 c.c. ed esteso di conseguenza alle operaie; il R.D.L. 13 maggio 1929, n. 850, Cfr. BALLESTRERO M.V. "Donne (lavoro delle)" in Dig. Disc..priv., Sez. Com., vol. V, Torino, 1990, pp. 161.

convertito nella L. 2 luglio 1929, n. 1289; il R.D. 28 agosto 1930, n. 1358, norme di attuazione della legge del 1929; il R.D.L. 22 marzo 1934, n.654, convertito nella L. 5 luglio 1934, n.1347; il R.D. 14 aprile 1939, n. 636, sostituzione dell'assicurazione obbligatoria per la maternità con l'assicurazione obbligatoria di nuzialità e natalità.

³⁵⁰ La legge 22 marzo 1934, n. 1347 sulle lavoratrici madri è stata abrogata dalla legge n. 860/1950, a sua volta sostituita dalla legge n. 1204/1971. La legge 26 aprile 1934, n.653 è stata abrogata per incompatibilità dalla legge 9 dicembre 1977, n.903 sulla parità uomo donna nei rapporti di lavoro. Per quanto riguarda il lavoro dei fanciulli, la legge del 1934 è stata sostituita dalla legge n. 977/1967.

³⁵¹ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Donne (lavoro delle)" in Dig. Disc.priv., Sez. Com., vol. V, Torino, 1990, pp.161.

Con questa legge, il fascismo portava avanti la linea politica legislativa già tracciata dalle precedenti leggi sul lavoro delle donne e dei fanciulli. Rappresentava una novità, invece, l'estensione dell'applicabilità della legge n.653 a tutti luoghi di lavoro. Questo testo risultava caratterizzato dall'esigenza di approntare a favore della donna una tutela specifica necessaria per bilanciarne la presunta debolezza e diversità. Eloquentemente, sotto questo profilo, l'accostamento delle donne ai fanciulli come "mezze forze" di lavoro, bisognose di particolare protezione, ribadito dalla legge.

Durante il periodo fascista, d'altra parte, la legislazione, oggettivamente favorita da principi espressi da Papa Pio XI nell'enciclica "Quadragesimo Anno", che sosteneva il carattere dannoso del lavoro svolto dalla donna al di fuori della famiglia, aveva mirato a coprire l'occupazione femminile extradomestica³⁵².

La legge del 1934 era particolarmente rigorosa nel sancire il divieto di lavoro notturno delle donne e dei minori, e ciò in considerazione della particolare gravosità di tale tipo di prestazione. Nell'art. 13 della legge del '34, per "notte", si intendeva almeno un periodo di 11 ore consecutive comprendente l'intervallo dalle ore 22 alle ore 5³⁵³.

³⁵² Nell'enciclica, Pio XI, riaffermava l'indissolubilità del matrimonio, la superiorità dell'uomo, la subordinazione civile e patrimoniale della donna. Quanto al lavoro extradomestico, il pontefice riteneva fosse una corruzione dell'indole e della dignità materna, una perversione di tutta la famiglia. Sul punto vedi anche : TREDICI "I doveri della paternità", in La famiglia cristiana, Settimane sociali d'Italia, XII sessione, 1926, Genova, pp. 140 ss.

³⁵³ La nozione convenzionale di "notte" della legge 653/34 è derivata dalla Convenzione di Washinton del 1919.

Mentre nell'art. 12 , salvo i casi previsti dalle successive norme, veniva fatto divieto di occupare le donne e i minori durante il periodo di tempo suddetto, ferma restando la necessità di uno spazio di almeno 11 ore tra la fine dell'orario di un giorno e l'inizio del lavoro nel giorno successivo³⁵⁴.

Il divieto di lavoro notturno per le donne di qualunque età e i minori di anni 18 non si estendeva a tutti i settori produttivi, ma riguardava solo le aziende industriali e le loro dipendenze: inoltre non era assoluto poiché subiva alcune deroghe ed eccezioni che potevano essere autorizzate dal Ministro per le Corporazioni per giustificati motivi, attinenti alla natura ed alle necessità della produzione, alle condizioni climatiche e al pubblico interesse. Alcune deroghe al divieto suddetto si riscontrano poi nell'art. 14 e nell'art 15 della legge 653/34: l'una in riferimento all'esercizio di attività che, per loro natura richiedevano di essere proseguite di giorno e di notte (acciaierie, vetrerie, cartiere ecc.), l'altra, quando si verificano casi di forza maggiore che ostacolassero il funzionamento normale dell'azienda. In ogni caso, per evitare abusi, l'art. 15 prevedeva adeguate forme di controllo, come l'obbligo del datore di lavoro di indicare le condizioni che giustificassero il superamento della tutela, di indicare il numero delle donne e dei minori occupati, gli orari di lavoro adottati e la presumibile durata del lavoro notturno³⁵⁵.

³⁵⁴ Cfr. BORSI PERGOLES "Trattato di diritto del lavoro", vol. 3, Padova, 1939, pp. 305, v. anche GIORDANO "Norme sul lavoro delle donne e dei fanciulli", Modena, 1934, pp. 270 ss.

³⁵⁵ Cfr. DE CRISTOFARO M.L. "In margine al divieto di adibire le donne al lavoro notturno", in Riv. Giur.Lav., 1984, 1, pp. 181 ss.

Il Ministro aveva facoltà di ridurre la durata del periodo di notte per la donna a dieci ore (art. 16), per non più di sessanta giorni all'anno, quando la lavorazione fosse sottoposta all'influenza delle stagioni e in tutti i casi in cui circostanze speciali lo richiedessero. Poteva inoltre autorizzare il lavoro notturno nelle stagioni e nei casi in cui la prestazione riguardasse materie prime o materie in lavorazione suscettibili di rapida alterazione, quando ciò sia necessario per salvare tali materie da una perdita inevitabile.

Dalla breve analisi di questi articoli emerge un eccessivo protezionismo nei confronti delle lavoratrici, considerati soggetti più deboli. Una tutela, non solo funzionalizzata al prevalente interesse pubblico, ma che inevitabilmente sconfinava nella discriminazione basata sul sesso, emarginando le donne nell'esercizio di mansioni non qualificate e prive di prospettive di avanzamento di carriera ³⁵⁶.

Rispetto alla disciplina del lavoro delle donne contenuta nella legge n.653 del 1934, era separato il trattamento delle lavoratrici madri, tutelate da una legge essa pure definita di ordine pubblico (L.5 luglio 1934, n. 1347). La separazione serviva ad isolare il tema della maternità ed a sottolinearne la centralità nella politica anche legislativa del fascismo; la legge sulle lavoratrici madri si riallacciava però strettamente nell'ispirazione, alla contemporanea legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli, tanto da essere considerata, dal governo e dai giuristi che la commentavano ³⁵⁷, la naturale integrazione di quella.

³⁵⁶ TREU “ Lavoro femminile e uguaglianza”, 1977, De donato ed. pp.40 ss.

³⁵⁷ Cfr. GUIDOTTI “Il lavoro delle donne e dei fanciulli e la tutela della maternità delle lavoratrici”, in Trattato di diritto del lavoro,II, pp. 369 ss.

Sotto il profilo della tutela delle lavoratrici le leggi del 1934 erano adeguate agli obiettivi che il regime si era posto. Soprattutto la legge sulle lavoratrici madri, che aveva un carattere fortemente protettivo: la legge estendeva infatti il periodo di assenza obbligatoria dal lavoro (dall'ultimo mese di gravidanza a sei settimane dopo il parto); stabiliva il diritto alla conservazione del posto di lavoro durante la gravidanza (a partire dal sesto mese); garantiva alla madre due periodi giornalieri di riposo per l'allattamento (fino al compimento di un anno di età del bambino); obbligava i datori di lavoro che impiegassero più di cinquanta donne all'istituto delle camere di allattamento. Ancora, la legge aboliva il sussidio che, a norma della legge precedente, era ancora dato durante il congedo a titolo di disoccupazione, sostituendolo con un sussidio di maternità³⁵⁸.

Finalizzate all'affermazione dell'essenziale funzione familiare e materna delle donne, le leggi del 1934 accordavano a queste "mezze forze" lavorative assistenza e tutela igienico-sanitario³⁵⁹. Nessuna norma garantiva invece le lavoratrici contro i licenziamenti; nessuna norma sanciva il diritto delle lavoratrici ad essere qualificate e retribuite come gli uomini.

I fascisti potevano allora affermare di aver dato alle lavoratrici più tutela di quanta ne avesse mai offerta loro lo stato liberale.

³⁵⁸ Questo sistema sarebbe stato modificato nel 1939 con l'istituzione dell'assicurazione obbligatoria di nuzialità e natalità, di cui beneficiavano tutti i lavoratori maschi e femmine, esclusi gli stranieri e gli italiani di razza "non ariana".

³⁵⁹ La qualità dell'intervento protettivo rispecchiava l'opinione, allora accreditata da studiosi autorevoli, come Nicola Pende e Corrado Gini, che il lavoro industriale fosse una delle cause minori natalità; secondo Grassi G. "La protezione e la difesa sociale della maternità in regime fascista", Milano, 1930, il lavoro delle operaie avrebbe reso di sette volte maggiore il numero degli aborti e quintuplicato il numero dei parti prematuri.

La rigidità del lavoro femminile, notevolmente accentuata dalle leggi del 1934, segnalava in sostanza l'opportunità di non occupare massicciamente le donne nel lavoro extradomestico: per mantenere il favorevole clima politico e sociale, senza turbare il precario equilibrio del mercato del lavoro, che non avrebbe sopportato la pressione di una nuova disoccupazione maschile, e senza sconvolgere l'assetto autoritario della famiglia, fondato sulla rassegnata subalternità delle donne inoccupate³⁶⁰.

Come accennato precedentemente, durante l'intero ventennio fascista, i ripetuti interventi legislativi di carattere "protettivo", vennero accompagnati da una serie di provvedimenti di carattere "espulsivo", aventi ad oggetto l'estromissione delle donne prima dal pubblico impiego, poi anche dal lavoro privato.

Questi provvedimenti, rappresentano l'aspetto più brutale e più noto, della politica del regime verso le donne, con decisione perseguivano quell'obiettivo di limitare l'occupazione femminile extradomestica, che la legislazione di tutela si proponeva di raggiungere per la via mediata della superprotezione delle lavoratrici occupate³⁶¹.

³⁶⁰ Cfr. BALLESTRERO "Donne(lavoro delle)" in Dig.disc.priv., Sez. com., vol.V, Torino, 1990, pp.161.

³⁶¹ Di "Super protezione" si può parlare solo facendo preciso riferimento alla legislazione sul lavoro del tempo, che non offriva ai lavoratori alcuna garanzia contro i licenziamenti, trasferimenti, retrocessioni, sanzioni disciplinari e, più in generale, contro l'autorità padronale in fabbrica. Anche all'interno di quel contesto, tuttavia, le leggi sul lavoro femminile, che pure rendevano onerosa l'occupazione di donne, non avevano sempre e necessariamente quel valore iperprotettivo che si tende ad attribuire loro oggi: è caratteristica di quelle leggi, infatti, la presenza di una larga serie di divieti elastici, cioè derogabili "per esigenze dell'impresa". Questo implicava che gli imprenditori(industriali, destinatari della maggior parte dei divieti) potevano temperare, ove ne avessero interesse, le rigidità di utilizzo della manodopera. Cfr. BALLESTRERO M.V. Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

I principali provvedimenti di carattere espulsivo furono diretti a limitare l'occupazione femminile nella pubblica amministrazione, settore nel quale erano largamente confluite le donne della piccola e media borghesia ³⁶².

Se la politica economica del regime aveva favorito la marginalizzazione del lavoro delle donne e la eliminazione della loro presenza nell'industria, i sindacati fascisti avevano provveduto a mantenere i salari delle donne più bassi di quelli maschili del cinquanta per cento, e avevano concordato la sottoclassificazione del lavoro femminile. Per concludere sulle leggi fasciste, si può dire che il legislatore dell'epoca, il quale si preoccupava assai più della disoccupazione maschile che l'eccesso di sfruttamento delle donne, aveva posto in essere una legislazione complessivamente restrittiva, destinata a scoraggiare la tendenza ad utilizzare categorie di lavoratori poco qualificati e pochissimo esigenti (le c.d. "mezze forze"), e destinata a favorire il passaggio delle donne da occupate a casalinghe e, con ciò, la sparizione dal mercato ufficiale del lavoro di un numero cospicuo di disoccupati ³⁶³.

³⁶² Obiettivo privilegiato degli interventi governativi risultò, fin dall'inizio la scuola, che di tutto il pubblico impiego era da sempre il settore a più alta occupazione femminile (R.D. 6 maggio 1923, n. 1054, e R.D. 1 luglio 1940, n.899, che impedivano alle donne di essere presidi di scuole o istituti di istruzione media; R.D. 9 dicembre 1926, n. 2480, che escludeva le donne dall'insegnamento della storia e della filosofia, economia nei licei classici e scientifici e negli istituti tecnici); dalla scuola, l'attenzione si spostò progressivamente sull'intera pubblica amministrazione: il R.D. 28 novembre 1933, n. 1554 convertito in legge 18 gennaio 1934, n.221, autorizzava le amministrazioni dello stato a stabilire, nei bandi di concorso, l'esclusione delle donne ovvero i limiti entro cui contenere l'assunzione di personale femminile; il R.D. 3 marzo 1934, n.383, escludeva le donne da una serie di pubblici uffici.

³⁶³ Cfr. BALLESTRERO "Donne(lavoro delle)" in Dig.disc.priv., Sez. com., vol.V, Torino, 1990, pp.161.

1.3 - I principi costituzionali: parità, funzione familiare, protezione della donna.

Il Regime Fascista, con la legge del 1934, aveva affrontato il problema dell'occupazione femminile come problema di protezione delle donne dai danni fisici e morali derivanti da lavoro extradomestico. Il fascismo aveva realizzato la protezione mediante una disciplina restrittiva che equiparava, nella sostanza, il lavoro delle donne adulte a quello delle cosiddette "mezze", cioè fanciulli e adolescenti³⁶⁴. La persistente situazione di sottotutela e di sfruttamento con cui il lavoro femminile si presenta nel periodo, risente del pesante retaggio della politica legislativa e contrattuale del periodo fascista, durante il quale, come abbiamo visto, lo sviluppo di interventi protettivi era stato ispirato più che alla tutela della donna, alle esigenze di politica demografica del regime³⁶⁵.

Tutta la normativa sulla donna lavoratrice è percorsa da una tensione tra l'obiettivo della parità rispetto al lavoro maschile e l'esigenza di tener conto della "specificità" del lavoro femminile³⁶⁶.

All'indomani della liberazione del paese, c'era la necessità di riscattare la posizione lavorativa della donna.

³⁶⁴ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla Tutela alla parità .La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

³⁶⁵ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla Tutela alla parità .La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979, e anche della stessa autrice "Occupazione femminile e legislazione sociale" in Riv. Giur. Lav., 1976, I, pp. 645 ss.

³⁶⁶ SUPIOT A. "Principi di eguaglianza e limiti della razionalità giuridica" in Lav. dir., 1992, pp.211.

L'elaborazione della nuova Costituzione era l'occasione per dare corpo alla volontà di cambiare, e naturalmente le norme di legge che riguardavano le donne segnarono una svolta³⁶⁷.

Nella norma che specificatamente concerne il lavoro femminile (art.37 comma 1) le donne videro finalmente affermato il principio dell'uguaglianza nel lavoro che, nelle leggi precedenti era stata negata.

I costituenti³⁶⁸ hanno dunque voluto sancire finalmente la parità di trattamento tra uomo e donna. La norma potrebbe ritenersi superflua di fronte alle direttive già risultanti dagli art.3 e 36 della Cost., comma primo, se la sua esplicitazione non fosse richiesta come “riflesso vivo delle gravi ingiustizie che ancora si registravano nella vita italiana a carico delle donne lavoratrici”³⁶⁹, e che l'intervento costituzionale era diretto ad eliminarle.

Il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., di generale applicazione nei rapporti della vita, trova specificazione, infatti, per quanto riguarda il lavoro subordinato, nell'art. 37, comma primo, secondo cui “la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore.

³⁶⁷ Su cui v. specialmente M.Bessone, “Commento all'art. 29 cost.” in Commentario della costituzione, a cura di G. Branca, art. 29 – 34, Bologna, nella dottrina sulla condizione giuridica della donna, con particolare riguardo ai rapporti familiari. Si deve ricordare che, in sede di approvazione dell'art. 51 cost., l'assemblea votò il seguente ordine del giorno, presentato dalle deputate:” l'assemblea ritiene essere l'art.51 garanzia per la tutela del diritto della donna di accedere anche alla magistratura secondo i requisiti di legge” .Tale diritto non fosse facilmente esercitabile per le donne lo dimostra il fatto che l'accesso alla magistratura è stato aperto alle donne solo con la legge 9 febbraio 1963, n. 66, che ha dato alle donne il diritto di accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, senza limiti di mansioni e di carriera. Cfr. A. SARACINA “La donna nel pubblico impiego” in La donna e il diritto, pp. 160; v. anche M.G.Manfredini “Evoluzione della condizione giuridica della donna nel diritto pubblico” in L'emancipazione femminile in Italia, pp. 186 ss.

³⁶⁸ Si tratta delle 22 donne elette deputato che andarono a far parte della commissione dei 75, incaricata di redigere il progetto di costituzione.

³⁶⁹ Così l'intervento di Federici, all'Ass. costituente, seduta 10 maggio 1947, in Costituzione della Repubblica, II, pp.1571.

Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”³⁷⁰.

Dall'analisi dell'art. 37, primo comma, appare chiara la centralità assegnata agli interessi propri della donna lavoratrice³⁷¹; l'obiettivo di promuovere il lavoro femminile, nel rispetto del principio di uguaglianza così delineato, pone al legislatore un divieto assoluto di distinzioni, ammettendo deroghe solo se espressamente consentite da norme costituzionali (quali la tutela della salute, e l'integrità fisica) o da situazioni obiettivamente e naturalmente accertabili (come la gravidanza)³⁷².

Nella Costituzione, dunque, la formale sanzione della parità di diritti risulta attenuata dalla considerazione della particolarità della condizione femminile. Il precetto costituzionale, è diviso in due parti: la prima sancisce la parità di trattamento delle lavoratrici, la seconda ammette invece la disparità di trattamento³⁷³. A fronte dell'ambiguità di queste indicazioni, l'unico punto certo che si può cogliere nella norma, resta l'obiettivo di affermare e realizzare la piena compatibilità delle due situazioni, familiare e di lavoro, in capo alla donna, sollevandola dal “ dilemma di dover sacrificare il posto di lavoro per salvaguardare la propria libertà di dar vita ad una nuova famiglia, o viceversa di dover rinunciare a questo suo fondamentale diritto per evitare la disoccupazione”³⁷⁴.

³⁷⁰ Cfr. ZATTI A. “Commentario al Codice Civile. Leggi complementari”, Cedam, 1995.

³⁷¹ Cfr. PERSIANI “La disciplina del lavoro femminile” in Giur. it, 1967, IV, pp.107 ss.

³⁷² Così PALADIN, in Enc. del diritto, voce Eguaglianza (dir.Cost.), pp. 533; v. anche MORTATI “Istituzioni”, II, Milano, pp. 935 ss.

³⁷³ Specifica, seppure contrastata in sede costituente, è l'indicazione normativa relativa all'esigenza che le condizioni di lavoro consentano l'adempimento della essenziale funzione familiare. Una corretta lettura della disposizione imporrebbe che siano realizzate la piena compatibilità delle due situazioni, familiari e di lavoro.

³⁷⁴ Corte Costituzionale, 5 marzo 1969 n. 27, in Giur. Cost. 1969, pp. 371 ss.

Le previste eccezioni alla regola della parità, affermando la specificità della condizione femminile, fa sì che l'art. 37 espliciti il proprio diretto collegamento con l'art.3, secondo comma, della Costituzione: creando per il legislatore ordinario l'obbligo di rimuovere gli ostacoli alla piena eguaglianza; offrendo agli interpreti l'occasione per un salutare confronto tra teorie dell'uguaglianza e della diversità della donna³⁷⁵. L'art. 37, primo comma, può essere interpretato nel senso che esso favorisce, attraverso il mutamento delle condizioni di lavoro, l'inserimento e la permanenza delle donne nel lavoro, e così facendo favorisce anche la trasformazione dell'assetto della famiglia e la modificazione, in essa, del ruolo della donna³⁷⁶. D'altro canto, la maternità è tipica funzione femminile, e solo tenendo conto di questo aspetto di diversificazione naturale, e, di conseguenza tutelando la lavoratrice madre e la sua presenza nel mondo del lavoro, si riesce ad assicurare la parità sostanziale tra i sessi, voluta dall'art. 3 citato³⁷⁷.

Nel nostro ordinamento, l'urgenza di rimuovere le condizioni di inferiorità della donna, cui faceva da supporto la legge 653/1934, e la necessità di promuovere la parità delle lavoratrici attraverso una migliore ripartizione dei ruoli familiari e di garantire adeguati strumenti di controllo, portano, sul finire degli anni '70, all'approvazione della legge 903/77.

³⁷⁵ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla Tutela alla parità .La legislazione italiana sul lavoro delle donne" , Bologna, 1979; TREU "Commentario alla Costituzione, sub art. 37", a cura di Branga G., Zanichelli, 1976,pp.163 ss.

³⁷⁶ Cfr. PERA "La donna tra la famiglia e il lavoro " in Dir. Lav., 1964, I, pp. 19 ss.

³⁷⁷ Cfr. GALLI G: "Parità del trattamento uomo-donna ed estensione obbligatoria della donna dopo il parto" in Riv. Giur. Lav. 1979, pp. 607 ss.

Precedentemente, le stesse leggi 26 agosto 1950 n. 806, 22 ottobre 1952 n.1305³⁷⁸, 9 gennaio 1963 n. 7, e 30 dicembre 1971 n. 1204, tutelando la donna nello specifico rapporto di lavoro non avevano inciso sui ruoli sociali e sugli assetti organizzativi³⁷⁹.

Il trattamento differenziato fondato, non su ragioni obiettive, ma su pregiudizi consolidati, era servito a rafforzare sul piano normativo, la situazione di inferiorità, anche sociale, dei gruppi protetti, con un risultato di non promozione, ma di ostacolo all'obiettivo della parità, anche formale. Per di più, l'effettiva attuazione del principio paritario e dell'introduzione nella legislazione di tutele specifiche, è stato storicamente scontato in termini di maggiore costo e rigidità del lavoro femminile, e quindi, in ultima analisi, di emarginazione³⁸⁰.

Nonostante queste premesse, il legislatore del 1977, con la legge n. 903, sembra aver compiuto ancora una volta una scelta compromissoria: l'obiettivo della protezione delle lavoratrici, quali soggetti più deboli, viene in parte abbandonato e sostituito da un'ottica attiva e promozionale dell'uguaglianza, sul presupposto della piena funzionalità del lavoro femminile con quello maschile³⁸¹.

³⁷⁸ Con tale legge viene riconfermato il divieto di lavoro notturno delle donne nel nostro Paese, rendendo esecutiva la Convenzione O.I.L. n.89/1948.

³⁷⁹ L'opera della legislatore, aveva, infatti, prolungato le linee di disciplina protettiva tracciate da una tradizione legata, come si è visto, alla disegualianza storica del lavoro femminile. Il presupposto errato del legislatore era ancora quello secondo cui il lavoro femminile è anzitutto o esclusivamente bisognoso di tutela specificata a ragione delle caratteristiche (naturali, sociali) della donna, Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla Tutela alla parità .La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

³⁸⁰ Cfr. I saggi di Frey e Livraghi "Occupazione e sottoccupazione in Italia" in Quaderni di Ec. Del Lav., 1975, n.3, pp. 9 ss.

³⁸¹ Cfr. TATARELLI "La donna nel rapporto di lavoro", 1994, Ed. Milani.

Contemporaneamente, però, vengono conservate alcune norme di tutela, riformulate in modo più adeguato ai tempi e alle mutate condizioni di vita e di lavoro delle donne; le discussioni maggiori hanno avuto ad oggetto proprio il divieto di lavoro notturno, giudicato come strumento ancora utile per tutelare la salute delle lavoratrici e per impedire l'aggravamento delle condizioni di lavoro, spesso già proibitive per le donne.

1.4 - La parità di trattamento e il lavoro notturno femminile nella legge n.903/1977.

Dalla legge del 9 dicembre n.903 del 1977 “Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro”, emerge la rottura con il passato: la parità di trattamento, formulata nella legge come divieto di discriminazione, cancella quella condizione di inferiorità in cui le donne erano costrette dalle vecchie norme protettive³⁸². Tale legge, ha carattere di adempimento costituzionale perché si muove nell’ottica dell’art.37 della Cost.: con l’unificazione del soggetto “lavoratore” tende a realizzare quella parità di trattamento economico e normativo non solo formale ma anche sostanziale. La scelta del legislatore è stata quella di rimuovere le norme di tutela nel tentativo di eliminare le possibilità di esclusione e aumentare, perciò, le opportunità di lavoro per le donne.

L’ipotesi che la legislazione protettiva sia una delle cause responsabili del fenomeno dell’espulsione delle donne dal lavoro, si fonda sull’argomento della rigidità.

³⁸² Cfr. BALLESTRERO M.V. “Dalla Tutela alla parità .La legislazione italiana sul lavoro delle donne” , Bologna, 1979.

La rigidità, conseguente ai limiti di orario, ai divieti di lavoro notturno e di adibizione ai lavori definiti pesanti, pericolosi, insalubri, avrebbe comportato per le donne una riduzione delle opportunità di lavoro. Per i datori di lavoro, tale rigidità, si sarebbe tradotta in costi maggiori, e li avrebbe perciò incoraggiati a discriminare la manodopera femminile nelle assunzioni ³⁸³.

Di fronte alla legge n.653/1934, principale fonte di protezione, si è evitato però di operare scelte drastiche, scegliendo la via della abrogazione implicita di alcune disposizioni per incompatibilità con la nuova legge³⁸⁴. In realtà, risulta il mantenimento del divieto di lavoro notturno delle donne già contenuto nell'art. 12 della legge del '34. Questa scelta può giustificarsi nella vivissima preoccupazione del legislatore di non peggiorare le condizioni lavorative delle donne, accentuandone i disagi, nel contesto socio-economico e nell'ambito dell'organizzazione aziendale.

Testualmente l'art. 5 della legge 903/77 sanciva che “ nelle aziende manifatturiere, anche artigianali, è vietato adibire le donne al lavoro, dalle ore 24 alle ore 6. Tale divieto non si applica alle donne che svolgono mansioni direttive, nonché alle addette ai servizi sanitari aziendali.

³⁸³ Cfr. TREU. Commentario alla costituzione, sub art. 37, a cura di Branga G., Zanichelli, 1976, pp. 163.

³⁸⁴ Per i commenti alla legge 903/77 nel suo complesso si vedano : SIMONESCHI “La donna e il lavoro:dalla tutela alla parità” in Parità tra uomini e donne in materia di lavoro: analisi e attuazione della legge. Convegno di studio promosso dall'assessorato ai problemi femminili: Bologna, Documenti del Comune 1978, n. 8, pp.30 ss; D'HARMANT FRANCOIS “Alcuni commenti sulla legge per la parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro”, in Lav. Prev. Oggi, 1978, pp. 70 ss.; DE LUCA “La legge sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro: prime considerazioni” in Dir,Lav., 1978, I, PP.465 ss.

Il divieto di cui al comma precedente può essere diversamente disciplinato, o rimosso, mediante contrattazione collettiva³⁸⁵, anche aziendale, in relazione a particolari esigenze della produzione e tenendo conto delle condizioni ambientali del lavoro e dell'organizzazione dei servizi. Della relativa regolamentazione le parti devono congiuntamente dare comunicazione entro quindici giorni all'Ispettorato del lavoro precisando il numero delle lavoratrici interessate. Il divieto di cui al primo comma non ammette deroghe per le donne dall'inizio dello stato di gravidanza e fino al compimento del settimo mese di età del bambino”.

La norma restringe, rispetto alla normativa precedente, l'ambito del divieto del lavoro notturno tanto da un punto di vista temporale, che per quanto riguarda il campo di applicazione del divieto.

Sotto il primo aspetto, mentre l'art.12 della legge 653/34, in combinato disposto con l'art.13, vietava il lavoro delle donne tra le ore 22 e le ore 5, la norma che qui si commenta lo vieta tra le 24 e le ore 6, con un restringimento di un'ora rispetto al periodo di tempo compreso nel precedente testo di legge. Sotto il secondo aspetto, il campo di applicazione, mentre l'art. 12 della legge del '34, vietava il lavoro notturno delle donne “nelle aziende industriali e loro dipendenze”, la norma in esame lo vieta “nelle aziende manifatturiere, anche artigianali”, e ciò comporta sicuramente un restringimento dell'ambito di operatività del divieto³⁸⁶.

³⁸⁵ I contratti collettivi possono disciplinare diversamente il divieto di lavoro notturno delle donne o anche rimuoverlo del tutto. Tale funzione è demandato non solo ai contratti collettivi nazionali, ma anche (e non potrebbe essere diversamente, dato il particolare tipo di interessi da tutelare e la specificità delle condizioni di cui verificare in concreto l'esistenza) agli accordi aziendali, cui viene in tal modo attribuito il potere di azzerare totalmente le limitazioni della disciplina legale.

³⁸⁶ Cfr. BERTOZZI – SAMBUCINI “Divieto di lavoro notturno per le donne e normativa comunitaria” in Dir. Prat.Lav, n.21/1994, pp. 1437 ss.

L'uso dell'espressione "aziende manifatturiere" costituisce una specificazione all'interno del settore industriale, benché manchi un indice di riferimento univoco per l'individuazione concreta di tali aziende. Ad avviso del Ministero del Lavoro³⁸⁷, per la definizione dell'ambito di applicazione del divieto, vale la classificazione dell'I.S.T.A.T., che esclude dalle aziende manifatturiere, oltre a quelle che producono servizi, anche le imprese estrattive e quelle per la costruzione e installazione di impianti. Alcuni commentatori della legge non condividono l'opinione del ministero³⁸⁸ ritenendo di poter estrapolare la nozione di azienda manifatturiera dal dato normativo esistente: l'art. 2195 c.c.; in tal modo sarebbero comprese nell'espressione legislativa tutte le imprese industriali dirette alla produzione di beni, tra cui anche le aziende artigianali, rimanendo escluse solo quelle che producono servizi.

Il lavoro notturno nelle aziende manifatturiere è dalla norma consentito alle donne che svolgono mansioni direttive e lo stesso tipo di attività negli ospedali e in altre strutture sanitarie, per cui il divieto non è mai stato operante. Quanto alle prime, il legislatore sembra essersi preoccupato dell'incidenza negativa, che il divieto di lavoro notturno può esercitare sull'accesso delle donne agli alti livelli della gerarchia professionale. Consentire ad una categoria di donne, numericamente scarsa ed economicamente forte, flessibilità maggiore negli orari di lavoro, è sicuramente giusto ma ciò non toglie che, anche per queste donne, il lavoro notturno ponga problemi di affaticamento e di organizzazione domestica³⁸⁹.

³⁸⁷ Circolare del Ministero del lavoro n.92/78 del 29 dicembre 1978.

³⁸⁸ Cfr. BORTONE R. "Sub art.5 in commentario alla legge 9 dicembre 1997, n.903," in Nuove Leggi Civili Commentate, 1978, pp. 806.

³⁸⁹ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla Tutela alla parità .La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

Con prescrizione più ristretta ma anche più rigida che nel passato, il primo comma dell'art.5 della legge n.903/77, sembra a prima vista avere espresso un fermo giudizio sul lavoro notturno, escludendo quasi l'ipotesi che il tradizionale divieto di adibirvi le donne avesse natura ed effetti discriminatori.

La lettura del secondo comma, però, smentisce subito questa impressione: il divieto può essere, infatti, diversamente disciplinato e persino rimosso mediante contrattazione collettiva, anche aziendale. Probabilmente l'intenzione è quella di incoraggiare, per questa via, la rapida eliminazione del divieto³⁹⁰.

Alla contrattazione collettiva viene dunque affidato un potere molto ampio, precedentemente individuato nella funzione integrativa della disciplina legale. I rapporti tra legge e contratto sono infatti governati da due regole consolidate:

- a) il contratto può integrare la legge, se questa fa rinvio alla contrattazione collettiva, e nei limiti del rinvio;
- b) anche in mancanza di espreso rinvio, il contratto collettivo può derogare la legge, ma solo con disposizioni di "miglior favore" per i lavoratori³⁹¹.

Nella norma in esame, la contrattazione collettiva non solo può disciplinare il divieto del lavoro notturno delle donne, ma può perfino rimuoverlo svolgendo così una funzione totalmente derogatrice della disciplina legale, sovvertendo la gerarchia delle fonti nel nostro ordinamento.

³⁹⁰ Cfr. SIMONESCHI "La donna e il lavoro:dalla tutela alla parità" in Parità tra uomini e donne in materia di lavoro: analisi e attuazione della legge. Convegno di studio promosso dall'assessorato ai problemi femminili: Bologna, Documenti del Comune 1978, n. 8, pp.30 ss.

³⁹¹ Sul rapporto tra autonomia e legge, si vedano: LIEBMAN "Autonomia collettiva e legge" in Aa.Vv. Letture di diritto sindacale, a cura di D'Antona, Napoli pp. 49 ss.; MENGONI "Legge e autonomia collettiva" in Mass. Giur. Lav. 1980, pp. 697.

Il potere della contrattazione collettiva di verificare, nelle varie situazioni reali, se vi siano i presupposti per derogare parzialmente o totalmente il divieto, è largamente discrezionale, dato che la norma non pone condizioni precise per il suo esercizio, ma si limita a far riferimento a indicatori generici, quali le censure della produzione, le condizioni ambientali e l'organizzazione dei servizi³⁹².

Un secondo ordine di problemi, riguarda l'individuazione degli agenti e dei livelli della contrattazione abilitata a introdurre le deroghe, entrambi elementi, che non risultano specificati.

In mancanza di previsioni legislative in proposito, la previsione del lavoro notturno potrà essere operata da parte della contrattazione collettiva di qualsiasi livello: aziendale, provinciale, nazionale, di categoria, intercategoriale.

Qualora il necessario coordinamento tra i vari possibili ambiti contrattuali di diversa ampiezza non fosse attuato, resterebbe da risolvere il problema, delicatissimo, del rapporto tra queste discipline contrattuali di differente livello³⁹³.

Il terzo e spinoso problema proposto dal secondo comma dell'art.5 della legge n. 903 del 1977, riguarda l'efficacia del contratto collettivo rispetto alla generalità dei lavoratori ricompresi nell'ambito di applicazione del contratto medesimo.

³⁹² Il divieto permaneva, vincolando quindi anche l'autonomia collettiva, "dall'inizio dello stato di gravidanza e fino al compimento del settimo mese di età del bambino".Cfr. . BORTONE R. "Sub art.5 in commentario alla legge 9 dicembre 1997, n.903," in Nuove Leggi Civili Commentate, pp. 806

³⁹³ L'opinione tradizionale e prevalente, applica anche a questo rapporto la regola dell'art. 2077 c.c. valida per i rapporti tra contratto collettivo e contratti individuali, concludendo per la prevalenza della disciplina contrattuale di livello superiore, salvo che quella dei livelli inferiori non sia più favorevole al lavoratore. Cfr. GRANDI "Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello", in ; TREMOLADA "Concorso e conflitto tra regolamenti collettivi di lavoro" Padova, 1984,pp. 137 ss.; VICECONTE "Ancora sul concorso/conflitto tra contratti collettivi di diverso livello" in Lav. Prev. Oggi 1993, pp. 10.

Dopo l'entrata in vigore della legge n.903/77, si era posta, la questione della determinazione dell'ambito di efficacia dei contratti collettivi attraverso i quali sia possibile, in base a quanto previsto dall'art.5, comma secondo della legge, derogare in tutto o in parte al divieto di impiegare il personale femminile nel lavoro notturno.

La definizione di tale questione dipenderebbe, secondo quanto stabilito nella decisione giurisprudenziale sul punto, resa dal pretore di Matera il 20 giugno 1990³⁹⁴, dalla soluzione del duplice problema dato dalla verifica della legittimità del compito derogatorio assegnato dalla legge di parità alla contrattazione collettiva da un lato, e della vincolatività generalizzata a questo riconoscimento dall'altro³⁹⁵. Con riguardo al primo aspetto del problema occorre notare che la soluzione normativa accolta nell'art. 5, legge n.903/77 crea dal punto di vista giuridico non poche incertezze e perplessità, in quanto si pone in contrasto con le regole tradizionali che determinano il rapporto tra legge e contratto collettivo. In base a queste, nei casi in cui la legge rinvia alla contrattazione collettiva determinate funzioni, questa interviene sempre in funzione integrativa della disciplina legale nei limiti del rinvio da questa operato e secondo i principi inderogabili in essa contenuti, mentre in mancanza di esplicito rinvio la contrattazione collettiva può derogare alla legge solo con disposizioni di miglior favore per i lavoratori.

³⁹⁴ L'ordinanza del Pretore di Matera 20 giugno 1990 in Foro it. 1991, I, pp.1921 ss. L'accordo aziendale sulla rimozione del divieto di lavoro notturno femminile previsto dall'art. 5 della legge n.903/77, ancorché stipulato da sindacati maggiormente rappresentativi, non ha efficacia soggettiva generalizzata e non vincolante né per le lavoratrici non iscritte ma dissenzienti, in difetto del consenso delle quali l'accordo medesimo non può disporre del diritto individuale, derivante dalla legge, a non lavorare nelle ore notturne.

³⁹⁵ Cfr. SAISI "Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia del contratto aziendale derogatorio" in Riv.Ita.Dir.Lav, 1991, II, pp. 98 ss.

La norma citata invece, dopo aver riconosciuto alle donne il diritto soggettivo a non prestare il lavoro notturno (attraverso la fissazione del divieto relativo) attribuisce alla contrattazione collettiva il potere di agire anche in funzione totalmente derogatoria della disciplina legale, consentendole di travolgere quanto dalla legge stessa garantito³⁹⁶. L'ampiezza di tale potere di deroga, pone le premesse per un possibile contrasto tra attività normativa del sindacato e legislazione. Uniformandosi all'opinione espressa dalla Corte Costituzionale, il Pretore di Matera, nella sentenza del 20 giugno 1990, ritiene che la mancata attuazione dell'art.39 Cost. che prevede solo i sindacati registrati la possibilità di stipulare contratti collettivi efficaci *erga omnes*, escluda in radice l'eventualità di un simile contrasto³⁹⁷.

Proprio tale considerazione consente al Pretore di Matera, con riferimento al secondo aspetto del problema sopra evidenziato, di escludere la vincolatività generalizzata della contrattazione collettiva, per affermare invece che alla contrattazione collettiva in genere e a quella prevista dall'art.5, legge n.903/77 in particolare, in quanto espressione dell'autonomia negoziale di diritto privato, deve riconoscersi un'efficacia limitata ai datori di lavoro contraenti e ai lavoratori affiliati al sindacato stipulante che a questo hanno conferito mandato di rappresentare i loro interessi, con esclusione di quanti non

³⁹⁶ Cfr. SAISI "Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia del contratto aziendale derogatorio" in Riv.Ita.Dir.Lav, 1991, II, pp. 98 ss.

³⁹⁷ Corte Costituzionale 30 luglio 1980, n.143, MFI, 1981, I, 10. Con tale decisione la Corte muta radicalmente la propria precedente impostazione quale risultava dalla dec. 19 dicembre 1962, n. 106, Foro it., 1963, I, pp.17, ribadita dalla sentenza 22 dicembre 1963, n. 107, in Foro it., 1963, I, pp. 17, secondo la quale qualsiasi norma che non abbia i caratteri della transitorietà e dell'eccezionalità, che finisce con il sostituirsi al sistema previsto dall'art.39 Cost., anche in mancanza della sua attuazione, è da considerarsi incostituzionale.

siano affiliati al sindacato o che abbiano cessato di esserlo per avere a quello revocato il suddetto mandato³⁹⁸.

La tesi sostenuta nell'ordinanza in esame del Pretore di Matera, si pone in contrasto con l'opinione espressa dalla dottrina maggioritaria secondo la quale, i contratti collettivi previsti dall'art.5, secondo comma, legge n. 903/77 come quelli di cui all'art. 1, quarto comma della stessa legge hanno di necessità efficacia per tutti i lavoratori ricompresi nel loro ambito di applicazione, poiché il buon senso prima ancora della prescritta parità di trattamento impedisce di distinguere ad esempio tra lavoratrici iscritte e non iscritte al sindacato³⁹⁹. A favore dell'efficacia generale degli accordi in esame si pone la considerazione che essi riguardano un momento dell'organizzazione del lavoro per cui è difficile sostenerne un'applicazione limitata, fermo restando per il datore di lavoro la possibilità di escludere dall'applicazione una singola lavoratrice, tenuto conto delle particolari esigenze da questa espresse. Al contrario, tenuto presente che gli accordi previsti dall'art.5, legge n.903/77 incidono su posizioni soggettive personalissime delle lavoratrici, privandole di un diritto e modificando le loro condizioni di vita, appare giustificato ritenere che queste siano inattaccabili senza il loro consenso⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Cfr. SAISI "Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia del contratto aziendale derogatorio" in Riv.Ita.Dir.Lav, 1991, II, pp. 98 ss.

³⁹⁹ Cfr. BALLESTRERO "Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", 1979, pp.262.

⁴⁰⁰ Cfr. SAISI "Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia del contratto aziendale derogatorio" in Riv.Ita.Dir.Lav, 1991, II, pp. 98 ss.

2 - Il lavoro femminile notturno nel diritto comunitario e nel diritto internazionale.

2.1 - La Direttiva n.207/76 sulla parità dei sessi e le lavoratrici notturne.

La legge n.903/1977, ha consentito l'attuazione della direttiva n.75/117 ⁴⁰¹ sulla parità salariale e la direttiva n.207/76 relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro.

Nonostante la generale soddisfazione per il modo in cui la legge italiana ha dato esecuzione alla volontà comunitaria, si è posto tuttavia un problema di conformità della normativa interna alla disciplina relativa alla regolamentazione del lavoro notturno femminile.

L'art. 5 della direttiva n.76/207 dispone al suo primo comma che: "l'applicazione del principio di parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni basate sul sesso " e inoltre al suo secondo comma che: " gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché siano riesaminate quelle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, contrarie al principio di parità di trattamento, originariamente ispirate da motivi di protezione non più giustificate".

⁴⁰¹ La direttiva 75/117 del 10 febbraio 1975, precisa e integra l'art.119 del Trattato e aggiunge alla parità di retribuzione per uno "stesso lavoro", quella per un lavoro di egual valore. Cfr. BARBERA "Discriminazioni e uguaglianza nel rapporto di lavoro", Milano, 1991, pp.110 ss.; ROCCELLA – TREU "Diritto del lavoro della Comunità Europea", Padova, 2002, pp. 207.

La sopravvivenza del divieto di lavoro notturno femminile, nella disciplina italiana, quale principio legale generale, sia pure ridotto del suo ambito temporale e applicativo, testimonia la volontà del legislatore italiano di non cedere ad un incondizionato riconoscimento della parità di esigenze tra lavoratore e lavoratrice, ma piuttosto di persistere nell'atteggiamento protettivo di quest'ultima rimettendo alle organizzazioni sindacali il compito di giudicare, dell'adeguatezza della situazione, di diritto alla realtà di fatto⁴⁰².

Se pur vero che il risultato finale frutto dell'applicazione delle due disposizioni, comunitaria e nazionale, può portare a risultati analoghi, è vero anche che il ragionamento logico seguito parte da presupposti in contrasto tra loro. Infatti, la disciplina comunitaria autorizza il lavoro notturno femminile, in linea con la volontà di stabilire la più ampia parità di trattamento tra uomini e donne, salvo prevedere la possibilità, sancita dall'art. 2.3 della direttiva n.207/76, di disporre un diverso trattamento quando particolari esigenze, come la gravidanza o la maternità, lo impongano⁴⁰³.

Al contrario, la disciplina nazionale parte da un divieto soggetto a possibilità di deroga.

La discrepanza tra le due disposizioni colpisce ancor di più se si pensa che la legge italiana è posteriore alla legge comunitaria e che quindi, in conformità con le regole di attuazione del diritto comunitario, avrebbe dovuto riprodurla fedelmente.

⁴⁰² Cfr. CIRCOSTA P. "La disciplina italiana e comunitaria del lavoro notturno femminile dopo la denuncia della Convenzione O.I.L. n.89/48", in N.L.C.C., pp.208.

⁴⁰³ Per alcune riflessioni sulla normativa comunitaria si vedano: DURVAL "Parità uomo-donna" in Dizionari del diritto privato, a cura di Irti, Diritto del lavoro, a cura di Dell'Olio, Milano 1981, pp.307ss.; ICHINO "Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro, Milano, 1984, pp. 176 ss.; BARBERA "Discriminazioni e uguaglianza nel rapporto di lavoro", Milano, 1991, pp.110 ss..

Per comprendere al meglio tale diversità, occorre valutare le considerazioni sviluppate sulle due normative rispettivamente dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea e dalla Corte Costituzionale italiana.

Per quanto attiene alle condizioni di lavoro la Corte di Giustizia della Comunità Europea è orientata costantemente ad applicare la regola della parità di trattamento, così come emerge dalla direttiva n.207/76. La rigidità dell'interpretazione ha portato la medesima Corte ad escludere che gli Stati membri possano, con la normativa interna, differenziare per gli appartenenti ai due sessi le condizioni alle quali deve essere svolto il lavoro subordinato; l'indirizzo, reiterato in più sentenze nell'arco di più di un decennio⁴⁰⁴, contempla solo le eccezioni indicate espressamente dalla norma comunitaria (art.2.3), ovvero un differente apprezzamento ed una conseguente differenziata normazione nazionale saranno giustificate solo in caso di gravidanza e maternità⁴⁰⁵. La Corte mostra, dunque, di valutare in via primaria solo l'elemento che provoca nella donna una situazione che è direttamente indiscutibilmente legata al suo sesso. E' il dato biologico, che appare causa di speciale protezione, ad autorizzare una deviazione dall'osservanza del principio di uguaglianza formale. Così si può giustificare la previsione di regimi diversi per la madre e il padre riguardo alla cura del figlio e quindi alla divisione degli impegni familiari.

⁴⁰⁴ Cfr. RENGÀ "La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia di parità", *Quaderni Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1990, pp.319ss.

⁴⁰⁵ Cfr. SIMITIS "Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro" in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1994, pp. 604; ROCCELLA "Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di giustizia", in *Gior.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1993, i, 1 ss.

La Corte avrà poi modo di precisare che la rilevanza della donna in quanto madre (e perciò oggetto della normativa speciale) dovrà comunque restare nell'ambito di esigenze specifiche di protezione della donna⁴⁰⁶.

Laddove, infatti, si tratta di valutare la congruità delle disposizioni dirette a proteggere la donna come genitore, la Corte sembra distinguere fra la condizione di madre e la condizione di genitore; solo la prima appare meritevole di protezione particolare, mentre la seconda non è assoggettabile a trattamenti speciali⁴⁰⁷.

Pur così ridimensionato il dato relativo a quel particolare aspetto della vita di relazione della donna, sembra portare, nell'indirizzo seguito dalla Corte, a divaricarne l'apprezzamento: da una parte si può avere un trattamento differenziato nella vita familiare, dall'altra simile possibilità deve essere esclusa nello svolgimento delle condizioni di lavoro (eccezion fatta per il regime previsto nel periodo di gravidanza e maternità) perché a ciò osta il principio di parità di trattamento⁴⁰⁸.

Questa conclusione, appare in linea con il dato letterale della direttiva n.207/76, ma finisce palesemente per non accogliere un altro dato, anche esso offerto dalla normazione comunitaria, laddove quest'ultima ammette l'incapacità della parità di trattamento a superare le disparità di fatto che provocano effetti negativi per le donne proprio in materia di occupazione⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Sentenza "Johnston", 15 maggio 1986, C-222/84, in Racc.Giust.Civ. 1986.

⁴⁰⁷ Cfr. RENGA "La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia di parità", Quadern.Dir.Lav.Rel.Ind.,1990, pp.319ss

⁴⁰⁸ Su tali considerazioni: FOGLIA "Il principio di parità nel diritto comunitario" in Inf.Prev., 1990, pp1181; MANCINI "L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri" in Riv.Dir.Europ., 1988, n.1-2, pp9 ss.

⁴⁰⁹ Racc. Ce 84/635.

Quindi, un'applicazione strettamente letterale della direttiva, oltre a provocare dubbi sull'eccesso di formalismo interpretativo⁴¹⁰, può addirittura causare la perpetuazione di discriminazioni che si riverberano proprio sulle condizioni secondo cui deve essere prestato il lavoro; a questa stregua, allora, una disciplina differenziata tra i due sessi sul lavoro notturno risulterebbe essere la condizione più efficace per rendere possibile la permanenza delle donne nel posto di lavoro⁴¹¹.

All'interno dell'ordinamento giuridico italiano, la ragione della permanenza del divieto di lavoro notturno, e la possibilità contestuale di deroga per l'intervento della contrattazione collettiva, è da rinvenirsi nella peculiarità della questione femminile e nella complessità degli elementi che caratterizzano la situazione della donna che intenda lavorare.

Si è ritenuto opportuno non esaurire la specificità femminile al mero dato biologico, ma si è voluto considerare l'insieme delle condizioni socio-familiari che concretano il vissuto quotidiano della donna⁴¹².

L'art.5 della legge n.903/77, pone una disciplina che travalica i limiti segnati dalla direttiva n.207/76 e dell'interpretazione datale dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea.

⁴¹⁰ Cfr. CHIARA "Parità e lavoro notturno in Europa", in *Dir.Prat.Lav.*, 1992, n.15, pp.1003; Come pure SANTONI "Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro, la legislazione", in *D.L.R.I.*, 1992, pp.701; FOGLIA "Il dialogo fra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: la giurisprudenza" in *D.L.R.I.*, pp.784.

⁴¹¹ Cfr. BORGOGELLI "Contrattazione collettiva e parità di trattamento uomo-donna: aspetti attuali e prospettive di un rapporto difficile", in *Quad.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1990, pp. 176.

⁴¹² TREU "Commentario alla Costituzione", a cura di Branca, Zanichelli, 1979, pp.159.

E' da chiedersi se l'istanza di equiparazione della posizione della lavoratrice a quella del lavoratore, per quanto riguarda le condizioni in cui essi operano, promossa dalla Comunità Europea e codificata dalla citata direttiva, possa, limitatamente alla disciplina del lavoro notturno, ritenersi soddisfatta dalla regolamentazione prevista dal legislatore del 1977; in altre parole, se il potere contrattuale derogatorio del legale divieto di adibizione delle donne al lavoro notturno, possa valere ad escludere ogni finalità discriminante del divieto stesso, per lasciare spazio solo ad una più penetrante salvaguardia della donna lavoratrice⁴¹³.

E' fondamentale, a questo punto, analizzare le posizioni prese dalla Corte Costituzionale italiana sulla questione del divieto di lavoro notturno per le donne.

Con una pronuncia del 24 luglio 1986⁴¹⁴, la Corte aveva dichiarato incostituzionale, per contrasto con l'art.37, comma primo, della Cost., l'art.12, comma primo sul lavoro notturno femminile della legge del 26 aprile del 1934⁴¹⁵. Si riteneva che il divieto di lavoro notturno delle donne violasse la norma costituzionale che riconosce alla donna lavoratrice gli stessi diritti dell'uomo nel rispetto di condizioni di lavoro che consentano l'adempimento della sua "essenziale funzione familiare" ed assicurino alla donna e al bambino una speciale adeguata protezione.

⁴¹³ BALLESTRERO "Dal divieto di lavoro notturno all'autodeterminazione delle donne" in Riv.Giur.Lav., 1992, I, pp.698.

⁴¹⁴ Corte Costituzionale 24 luglio 1986, n.210, in Giust.Cost. 1986, pp. 1627.

⁴¹⁵ Il divieto di lavoro notturno vigente nel nostro paese risultava notevolmente attenuato rispetto a quello analogo di cui alla legge n.653 del 1934, rimasto in vigore fino al 17 dicembre 1977 e poi sostituito dalla legge n.903/77. Infatti, il suo ambito di applicabilità è individuato nelle aziende "manifatturiere, anche artigianali" e non più nelle "aziende industriali e loro dipendenze", come avveniva sotto l'imperio della legge del 1934; inoltre l'intervallo di preclusione è ridotto da sette a sei ore e comincia a decorrere non più dalle ore 22, ma dalle 24.

In sostanza si osservava che i profondi mutamenti avvenuti sul piano normativo, con l'introduzione di significative tutele per il lavoratore in genere, e per le donne in particolare, facevano ritenere venute meno quelle ragioni e condizioni che prima potevano giustificare una differenza di trattamento della donna rispetto all'uomo.

A questo punto era naturale attendersi che l'illegittimità costituzionale "travolgesse" anche l'art. 5 della legge n.903/77⁴¹⁶.

Deludendo tutte le aspettative, la Corte Costituzionale, con una pronuncia del 6 luglio 1987⁴¹⁷, ha dichiarato che "la novellazione cui disposizioni impugnate hanno assoggettato la normativa dichiarata incostituzionale con la sentenza n.210/1986⁴¹⁸, comporta che il sollevato dubbio di costituzionalità debba essere dichiarato infondato"⁴¹⁹.

In una successiva sentenza⁴²⁰, chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla presunta illegittimità costituzionale dell'art. 5 della legge n.903/77, ricorda la manifesta infondatezza della questione in quanto già oggetto di una sentenza di rigetto e sottolinea che, considerato che il comma primo della norma censurata, prevede il divieto di lavoro notturno, ma che esso è derogabile con contrattazione collettiva, non

⁴¹⁶ Sul punto si veda le considerazioni di PERA "Diritto del lavoro", Padova, 1988, pp. 373; MARIANI "Un nuovo passo verso la soppressione del divieto di lavoro notturno delle donne", in Riv.It..Dr.Lav., 1991, II, pp.707; CIRCOSTA "La disciplina italiana e comunitaria del lavoro femminile dopo la denuncia della Convenzione Oil n.89/48", in N.L.C.C., 1994, I, pp.208.

⁴¹⁷ Corte Costituzionale 6 luglio 1987, n.246, in Giust.Cost. 1987, pp.2045.

⁴¹⁸ Con la sentenza n.210 del 24 luglio 1986 (in Foro it., 1986, I, pp. 2676), la Corte Costituzionale aveva dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art.12, comma 1, della L. 26 aprile 1934, n.653 e l'art. 1 della L. 2 agosto 1952, n.1306 nella parte in cui stabilivano un divieto assoluto di lavoro notturno delle donne nelle aziende industriali. Per la Corte Costituzionale, pertanto, mentre era illegittimo il divieto inderogabile di lavoro notturno in vigore fino al 1997, non era incostituzionale il regime successivo perché derogabile dalla contrattazione collettiva.

⁴¹⁹ La Corte Costituzionale deluse tutte le aspettative, ritenendo legittimo il divieto di lavoro notturno di cui alla legge n.903/77 con sentenza 6 luglio 1987, n.246, in Foro It. 1987, II, 2605; la motivazione, pressoché inesistente, si riduce alla considerazione che "la novellazione, cui le disposizioni impugnate hanno assoggettato la normativa dichiarata incostituzionale con la mentovata sentenza n.210 del 1986", avrebbe indotto a respingere la questione.

⁴²⁰ Corte Costituzionale 6 luglio 1989, n.387, in Giust.Cost. 1989, pp. 1727

sussiste la dedotta violazione dell'art. 37 Cost., perché questo consente di prendere in considerazione la particolare e peculiare condizione della donna e la posizione che essa ha in seno alla famiglia.

La diversità di posizione della Corte Costituzionale rispetto alle prime due disposizioni normative citate, che pur definiscono il medesimo divieto, ha asseverato la convinzione della idoneità della legge più recente al perseguimento della finalità della parità di trattamento tra lavoratore e lavoratrici voluta dalla direttiva n.207/76, in armonia tuttavia con le esigenze naturali di protezione della donna, che la stessa direttiva all'art.2.3, dichiara peraltro di non voler pregiudicare⁴²¹.

Ma in ogni caso risulta in maniera drastica il contrasto tra la disposizione della legge n.903/77 e la direttiva n.207/76, perché la prima fonte assume come decisivi gli elementi non considerati dalla seconda proprio al fine di giustificare un trattamento differenziato destinato palesemente a creare condizioni di difformi tra i sessi nello svolgimento di una attività di lavoro subordinato⁴²². Inoltre, la configurazione della deviazione dal principio di uguaglianza formale come azione positiva, non è servito a stemperare il rilevato contrasto proprio perché si è risolto in una definitiva sottrazione della donna dalla prospettiva paritaria⁴²³.

⁴²¹ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne", Bologna, 1979.

⁴²² Cfr. CELESTINO "La parità uomo-donna", inserto in Dir.Prat.Lav. 1990, XVIII, pp.9.

⁴²³ Cfr. FOGLIA "Il principio di parità nel diritto comunitario", in Inf.Prev., 1990, pp.1181

Lo stesso strumento contrattuale non è apparso da subito, in assoluto, idoneo a superare la tendenza a mantenere nel tempo un trattamento differenziato; acquistava così corpo la preoccupazione della Corte di Giustizia che il filtro contrattuale e collettivo non valesse ad escludere ogni finalità discriminante del divieto⁴²⁴.

2.2 - Un primo passo della Corte di Giustizia verso la soppressione del divieto di lavoro notturno per le donne: il caso “Stoeckel”.

Un primo esempio di “dialogo difficile” tra diritto comunitario e diritto interno è fornito dalla discussa sentenza “Stoeckel”⁴²⁵.

Il caso portato all’attenzione della Corte di Giustizia Europea nasceva da un procedimento penale a carico di un imprenditore, accusato di aver violato le disposizioni legali francesi in materia, che vietavano il lavoro notturno delle donne (pur consentendo alla contrattazione collettiva di derogare al divieto)⁴²⁶. La sentenza ha alle spalle una vicenda apparentemente banale: la causa ha riguardato l’interpretazione – in via pregiudiziale, ai sensi dell’art. 177 del Trattato – della direttiva n.207/76 citata. Venutasi a trovare in una situazione di crisi che imponeva misure di riconversione, la società diretta dal signor “Stoeckel” aveva avviato la negoziazione di un contratto aziendale, che, attraverso il ricorso ad un orario di lavoro a turni, inclusi quelli notturni, mirava ad evitare misure di riduzione della forza lavoro.

⁴²⁴ Cfr. FITTANTE “Sul divieto di lavoro notturno femminile nel diritto comunitario”, in *Dir.Lav.* 1991, n.2, pp.352.

⁴²⁵ Sentenza “Stoeckel” 25 luglio 1991, causa n.345/89, in *Riv.It.Dir.Lav.*, n.2, 1991 pp.707.

⁴²⁶ Cfr. ROCCELLA – TREU “Diritto del lavoro della Comunità Europea”, Cedam, Padova, 2022.

Tale accordo, indirizzato a tutto il personale maschile e femminile, e sottoscritto dai sindacati, prevedeva, quale condizione per entrare in vigore, che vi fosse un'adesione volontaria, espressa collettivamente con una approvazione a maggioranza da parte delle lavoratrici. L'accordo poteva ritenersi legittimamente stipulato e dunque divenire efficace, se si dimostrava l'applicabilità a quella particolare impresa di un accordo in branche che disciplinasse la deroga al divieto secondo le previsioni di un'ordinanza del 1987.

L'impresa aveva verificato che ricorresse tale condizione e dato avvio al lavoro notturno. L'accordo aziendale fu firmato in giugno, ma fu applicato solo in ottobre 1988, al quale si era pronunciato il Tribunal de grande instance, affermando la piena legittimità dell'accordo aziendale; non fu però dello stesso avviso l'Ispettorato del lavoro, cosicché il signor "Stoeckel" fu costretto a difendersi in sede penale e lo fece invocando il contrasto tra norma di diritto interno e la fonte comunitaria (direttiva Ce n.207/76 del 9 febbraio 1976)⁴²⁷.

La questione, a cui si riferisce la sentenza "Stoeckel", è stata sollevata dal Tribunal de Police Illkirch (Francia), nel corso del procedimento penale contro il suddetto datore di lavoro, per essere stata adibita a lavoro notturno manodopera femminile in violazione dell'art. 213-1 del codice di lavoro francese, che comunque prevede diverse deroghe, tra cui quella per le turniste, secondo condizioni e procedure da tale norma previste⁴²⁸.

⁴²⁷ Cfr. SCIARRA "Integrazione dinamica tra fonti nazionali e comunitarie: il caso del lavoro notturno delle donne", in D.L., n.1, 1995, pp.156.

⁴²⁸ L'art. 213-1 del Code du Travail francese, prevede (art.14) un divieto di lavoro notturno assai ampio; le donne non potevano essere impiegate in nessun lavoro notturno in particolare nelle officine, fabbriche e laboratori di qualunque tipo fossero. Lo stesso art. 213-1 prevede tuttavia un certo numero di deroghe riguardanti, per esempio, gli impieghi direttivi o di carattere tecnico che implicino una responsabilità, e le situazioni in cui, a causa di circostanze particolarmente gravi, l'interesse nazionale esiga che la proibizione del lavoro notturno per le salariate che lavorano in turni a squadre possa essere sospesa in certe condizioni e secondo un procedimento previsto dallo

In questo caso, per limitare possibili licenziamenti, con il ricorso eccezionale a prestazioni continue a turni, è stato stipulato un accordo sindacale con l'impegno dell'impresa, superate le esistenti difficoltà economiche, di ritornare alla normalità abolendo il turno di notte, per il quale nessuna distinzione era stata stabilita tra il personale maschile e femminile, il quale ultimo si era pronunciato a maggioranza in favore della nuova organizzazione del lavoro.

La questione stessa ha consistito nel decidere della conformità o meno della citata norma del codice francese, all'art.5 della direttiva n.207/76, il quale stabilisce che siano assicurate ai lavoratori e alle lavoratrici le stesse condizioni di lavoro, senza discriminazione fondata sul sesso, incombendo agli stati membri, ai sensi dell'art.189 del Trattato di Roma, l'adozione delle misure necessarie per abrogare le disposizioni contrarie, salvo che non siano dirette alla protezione della donna, in particolare nei periodi della gravidanza e della maternità.

La Corte di Giustizia⁴²⁹ ha premesso che l'art.2, par. 3, della direttiva è relativo proprio della protezione della donna in tali periodi ed ha confermato che , con la menzione espressa della gravidanza e della maternità si sono voluti assicurare la protezione della condizione biologica della donna e i suoi doveri nei confronti del bambino⁴³⁰.

stesso codice del lavoro. Cfr. BORGOGELLI "Contrattazione collettiva e parità di trattamento uomo-donna: aspetti attuali e prospettive di un rapporto difficile", in Quad.Dir.Lav.Rel.Ind., 1990, pp. 176

⁴²⁹ Corte di Giustizia 5 maggio 1994, causa C-421/92, Habermann-Beltermann, in Racc. 1994, pp. 1657.

⁴³⁰ Cfr. LUCIFREDI "Parità e divieto di lavoro notturno: l'intesa della Corte Comunitaria", in Riv. It.Dir.Lav., 1991, II, pp.707 ss.; MARIANI "Un nuovo passo verso la soppressione del divieto di lavoro notturno delle donne", in Riv.It.Dr.Lav., 1991, II, pp.707.

Ha in fine respinto le tesi governative, affermate da Francia e Italia, entrambe accomunate da un atteggiamento del legislatore di tipo protettivo⁴³¹.

Il Governo italiano era, infatti, intervenuto in causa per sostenere la conformità al diritto comunitario di una legge, come quella francese, molto simile alla nostra, in quanto, il divieto di lavoro notturno risulta derogabile dalla contrattazione collettiva.

Le considerazioni italiane di ordine sociale avevano fatto leva, in particolare, da un lato sui rischi di molestie sessuali cui le donne sono esposte, dall'altro, sul carico superiore di lavoro che grava sulle lavoratrici, in relazioni alle loro responsabilità familiari, per concludere che un divieto flessibile di lavoro notturno femminile, avrebbe potuto considerarsi come una misura di protezione della donna consentita dall'art. 2.3 della direttiva.

Del tutto naturale comprensibile, dunque, che l'approccio del legislatore rispetto al lavoro notturno si esprimesse in termini di divieto anziché di promozione⁴³².

Ad ogni modo, nessuno degli argomenti promossi dal Governo italiano, è apparso veramente conclusivo alla Corte di Giustizia Europea⁴³³.

⁴³¹ Corte di Giustizia 13 marzo 1997, C-197/96, Commissione v.Repubblica Francese, in Racc. 1997, pp.1489; Corte di Giustizia 4 dicembre 1997, C-207/96, Commissione v. Repubblica italiana 1997, pp.6869. Cfr. D'HARMANT FRANCOIS "Alcune significative pronunce in diritto del lavoro della Corte di Giustizia Europea", in Riv.Dir.Rur., 1992, pp.70; ROCCELLA – TREU "Diritto del lavoro della Comunità Europea", Padova, 2002, pp. 207; BERTOZZI-SAMBUCINI " Divieto di lavoro notturno per le donne e normativa comunitaria", in Dir.Prat. Lav., n.21/1994, pp.1437 ss.

⁴³² Cfr. FOGLIA "il divieto del lavoro notturno femminile secondo la sentenza "Stoeckel" ", in R.G.L.I., 1992, pp.694.

⁴³³ Cfr.SANTONI "Parità uomo-donna e Protocollo sociale" in A.a.V.v., Protocollo sociale di Maastricht realtà e prospettive", Atti del Convegno di Napoli, 4 e 5 novembre 1994, Roma, 1995, pp.176.

Scavando più a fondo, in effetti, si può constatare che tali riflessioni si prestano ad obiezioni tali da farle risultare di per se insufficienti a fondare, sul piano della razionalità giuridica, il divieto di lavoro notturno femminile.

Se quest'ultimo dipendesse dalla volontà di sottrarre le donne al rischio di violenze sessuali, non si capirebbe perché la proibizione sia stata tradizionalmente limitata alle attività industriali⁴³⁴: il diritto alla protezione dallo stupro si sarebbe dovuta riconoscere anche alle infermiere e alle altre lavoratrici per le quali il problema di vietare il lavoro notturno non si è mai posto.

Ma vi è di più. Sviluppato nelle sue applicazioni estreme, l'argomento si tradurrebbe in un ostacolo ancora più dilatato all'occupazione femminile.

Al rischio in questione, infatti, le lavoratrici possono andare in contro non soltanto quando si recano sul posto di lavoro a tarda sera (perché adibite al turno di notte), ma anche quando si allontanano dal luogo di lavoro, dopo essere state impiegate, per esempio, dalle ore 14 alle ore 22, in un turno "pomeridiano"; nonché sul tragitto casa-lavoro percorso, ancora in piena notte, in relazione ad una prestazione da effettuare nel turno "diurno" (dalle ore 6 alle ore 24)⁴³⁵.

⁴³⁴ Così come previsto dalla convenzione O.I.L. n.89/48.

⁴³⁵ Cfr. ROCCELLA "La Corte di Giustizia e diritto del lavoro" Torino, 1997, pp.40-41.

Quanto alle responsabilità familiari, parte della dottrina italiana⁴³⁶, ha sostenuto che esse non potessero essere riferite esclusivamente al dato naturale della procreazione e del rapporto padre figlio nei primissimi giorni di vita come invece ha fatto la Corte di Giustizia Europea; una redistribuzione dei ruoli familiari, la cui necessità viene espressa nella pronuncia, dovrebbe essere certamente favorita attraverso interventi di alleggerimento del lavoro femminile, non certo di esposizione del medesimo a rischi maggiori⁴³⁷.

Il dibattito, dunque, si accende intorno ad una questione che viene ancora difesa da ideali protezionistici nei confronti della donna.

Benché la sentenza della Corte di Giustizia Europea abbia legittimato preoccupazioni e delusioni, è bene analizzare la nozione di parità utilizzata nella pronuncia⁴³⁸.

Il punto cruciale sta nel passo in cui la Corte di Giustizia testualmente afferma che “le preoccupazioni relative all’organizzazione della famiglia e alla ripartizione delle responsabilità familiari sono del tutto estranee alla direttiva n.207/76”, in vero, l’argomento non spiega un divieto indiscriminato che non distingue tra donne con responsabilità familiare e altre che tali responsabilità (perché non coniugate e/o senza figli) non hanno.

Resta da prendere in considerazione quella che è la ragione più seria del divieto, percepibile sullo sfondo delle legislazioni nazionali come del diritto internazionale: il carattere nocivo per la salute delle donne del lavoro notturno.

⁴³⁶ Cfr. FOGLIA “il divieto del lavoro notturno femminile secondo la sentenza “Stoeckel” ”, in R.G.L.I., 1992, pp.694

⁴³⁷ Per considerazioni critiche alla sentenza “Stoeckel”, si vedano: SANTONI “Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro, la legislazione”, in D.L.R.I., 1992, pp.701; ASSANTI “Divieto di lavoro notturno e contrattazione collettiva” in Riv.Giur.Lav. 1993, II, pp.483; SUPIOT “Principi di uguaglianza e limiti della razionalità giuridica”, in L.D., 1992, pp.219

La Corte di Giustizia Europea non ha negato l'obiezione, richiamando tuttavia la propria precedente giurisprudenza: nella sentenza "Johnston"⁴³⁹, si è infatti negato che il diritto comunitario consenta di "escludere le donne da un determinato posto di lavoro per il motivo che l'opinione pubblica esigerebbe che esse siano protette degli uomini contro i rischi che riguardano lo stesso modo "uomini e donne".

Dal punto di vista del diritto comunitario, dunque, non basta una convinzione diffusa (un pregiudizio), circa il carattere nocivo per la salute delle donne di una data attività lavorativa, per fondare un trattamento differenziale.

Ed ecco, che la Corte di Giustizia Europea in un passo della sentenza "Stoeckel" afferma che "quali che possano essere gli inconvenienti del lavoro notturno, non sembra che salvo i casi di gravidanza e maternità, i rischi ai quali si trovano esposte a causa del detto lavoro presentino, in linea generale, natura differente da quelli cui sono esposti anche gli uomini".

Legislatore e giudice comunitario evidentemente pensano in linea di tendenza, e salvo giustificate eccezioni, ogni differenza di trattamento fondata sul sesso costituisce "discriminazione"; dalla misura protettiva in questione (divieto di lavoro notturno), deriva, dunque, per le sole donne, un limite nell'accesso al lavoro.

⁴³⁸ Cfr. BALLESTRERO M.V. "Dal divieto di lavoro notturno all'autodeterminazione delle donne" in Riv.Giur.Lav., 1992, I, pp.698.

⁴³⁹ Corte di Giustizia 15 maggio 1986, causa 222/84, Racc., 1986, pp.1688.

La Corte di Giustizia, ritiene che, “quali che possano essere gli inconvenienti del lavoro notturno, non sembra che, salvo i casi di gravidanza e maternità, i rischi ai quali le donne si trovano esposte a causa del detto lavoro presentino, in linea generale, natura differente da quelli cui sono esposti anche gli uomini”⁴⁴⁰. Questo limite discriminatorio (quanto “diseguale”), ha deciso di eliminarlo, e per eliminarlo ha dovuto dire che non è più giustificato, in quanto pur essendo sicuramente pregiudizievole per la salute di chi vi sia coinvolto, non produce danni sostanzialmente diversi a seconda del sesso (fatta eccezione, come è ovvio, per i casi di gravidanza e puerperio).

Tenendo conto di tutto ciò, si può affermare ⁴⁴¹ che il significato della sentenza “Stoeckel” può essere ragionevolmente ricondotto alla condanna del vecchio modo di proteggere il lavoro femminile, caratteristico della legislazione di questo secolo. La Corte di Giustizia Europea si è limitata a giudicare negativamente quelle misure (di segno negativo) che, in nome della protezione, escludono le donne da qualche tipo di lavoro o da qualche settore di attività.

La sentenza “Stoeckel” contiene un’importante indicazione di metodo, rivolta ai legislatori degli Stati membri: le politiche di pari opportunità (legittimate dall’art.2, par. 4, della direttiva n.207/76) non si realizzano mediante divieti, ma con misure positive di eguagliamento

⁴⁴²

⁴⁴⁰ Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-345/89, Stoeckel, in Racc. 1991, pp.4067, 4066.

⁴⁴¹ Cfr. GENOVESE “Il lavoro notturno femminile nella giurisprudenza comunitaria” in Giur.It., 1992, I, n.1, pp.1191; Cfr. LUCIFREDI “Parità e divieto di lavoro notturno: l’intesa della Corte Comunitaria”, in Riv. It.Dir.Lav., 1991, II, pp.707 ss.

⁴⁴² Cfr. BALLESTRERO M.V. “Dal divieto di lavoro notturno all’autodeterminazione delle donne” in Riv.Giur.Lav., 1992, I, pp.698.

La Corte di Giustizia, dunque, appare in sintonia con gli orientamenti espressi in una comunicazione della Commissione del 1987⁴⁴³, nella quale si afferma che la discussione non dovrebbe più riguardare l'aspetto della discriminazione di sesso, ma piuttosto la legittimità e necessità del lavoro notturno, in generale. Le regole giuridiche devono essere uguali per tutti coloro che ne sono interessati; ferma restando la legittimità dell'obiettivo, che la Commissione sostiene anche sulla base di analisi economiche, di limitare per tutti, nella misura massima possibile, il ricorso a questa forma di attività lavorativa⁴⁴⁴.

Poche questioni, come quelle del divieto di lavoro notturno femminile, hanno stimolato così diffusamente la riflessione attorno all'incidenza del diritto comunitario e, segnatamente agli orientamenti della Corte di Giustizia, sulle regole nazionali in materia di lavoro. Il lavoro notturno delle donne, infatti, si pone a cuore di problemi molteplici: quelli connessi a preoccupazioni economiche e a quelli che toccano preoccupazioni di ordine sociale.

In rapido svolgere di tempo la Corte di Giustizia è stata nuovamente e ripetutamente chiamata a confrontarsi con questioni legate alle discipline giuridiche nazionali sul tema in questione.

Nei casi "Levy"⁴⁴⁵ e "Minne"⁴⁴⁶ la linea di ragionamento già tracciata in "Stoeckel", è stata ripresa e confermata.

⁴⁴³ Si tratta del documento Com. (87) 105 def. Sulla legislazione di tutela delle donne negli Stati membri delle Comunità Europee pp.12.

⁴⁴⁴ Cfr. ROCCELLA "La Corte di Giustizia e diritto del lavoro" Torino, 1997, pp.40-41.

⁴⁴⁵ Corte di Giustizia 2 agosto 1993, c-158/91, procedimento penale v. Jean Calude Levy, in Racc., 1993, pp. 4287 ss.

⁴⁴⁶ Corte di giustizia 3 febbraio 1994, c-13/93, Omen, v. Minne, in Racc., 1994, pp.382.

Il caso “Levy”, invero, non presentava problemi particolari, riguardando la medesima legislazione francese già presa in considerazione in “Stoeckel” e trattandosi ancora una volta di una questione pregiudiziale formulata nel contesto di un procedimento penale a carico di un imprenditore imputato di aver adibito alcune lavoratrici a turni di notte in violazione del vigente divieto legale⁴⁴⁷.

Il caso “Minne” affronta la questione della compatibilità comunitaria di una normativa nazionale all’origine di un divieto di lavoro notturno femminile, in termini parzialmente diversi.

La legge (belga) contestata infatti, prevede un divieto generale di lavoro notturno, applicabile a uomini e donne, accompagnandolo però con un regime derogatore di più ampia portata e di maggiore flessibilità nei confronti dei lavoratori: cosicché ,analogamente a quanto sarebbe accaduto se il divieto avesse riguardato solo le lavoratrici, per effetto di una simile disciplina gli uomini finivano col godere di maggiori possibilità di impiego⁴⁴⁸.

Diversamente dal caso della sentenza “Stoeckel”, la discriminazione risiede non al principio del divieto di lavoro notturno, che vale indistintamente per gli uomini e per le donne, ma nelle deroghe ad esso apportate.

⁴⁴⁷ Il dibattito si è, invero, acceso sulla circostanza che la normativa nazionale, contrastante con il diritto comunitario, sia stata approvata per far fronte ad obblighi di carattere internazionale discendenti da convenzioni stipulate fra Stati membri e Stati terzi prima dell’entrata in vigore del Trattato di Roma. La questione verrà affrontata nel prossimo paragrafo.

⁴⁴⁸ La legge belga 16 marzo 1971 sul lavoro definisce nell’art. 35 il lavoro notturno come “il lavoro effettuato tra le ore 20 e le ore 6”. Dispone poi, nell’36, n.1, primo e secondo comma che “ le lavoratrici e le giovani lavoratrici non possano lavorare di notte. Tuttavia il Re può , se necessarie alle condizioni che egli stabilisce, autorizzare il lavoro notturno in taluni settori di attività, imprese o professioni per l’esecuzione di determinati lavori o per determinate categorie di giovani lavoratrici. L’art. 37 della stessa legge prevede poi, un divieto generale di prestazione lavorativa notturna anche per gli uomini, salvo alcune deroghe riguardanti il lavoro negli alberghi, le imprese di spettacoli, imprese che trattano giornali e panetterie –pasticcerie.In base all’art.36 n. 1 secondo comma della legge citata, il regio decreto 24 dicembre 1968 sul lavoro delle donne prevede alcune deroghe ed al divieto di lavoro notturno le lavoratrici una riduzione dell’orario nella prestazione di lavoro notturno.

In particolare, per quanto riguarda le donne, il lavoro notturno autorizzato è talvolta limitato a determinate ore della notte, mentre ciò non avviene per gli uomini. Il nocciolo della questione rimane lo stesso; occorre chiedersi se tale differenza di trattamento sia giustificata alla luce dell'art.2, par. 3, della direttiva n.207/76, ai sensi del quale, quest'ultima non osta alle disposizioni relative alla protezione della donna in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità. Dalla normativa belga non risulta che la natura delle differenze tra i due regimi di deroghe sia giustificata dalla necessità di garantire per la protezione biologica della donna richiamata dalla sentenza "Johnston"⁴⁴⁹. La Corte di Giustizia Europea dunque, non ha avuto difficoltà ad affermare la ragione ispiratrice nella decisione precisando che l'art. 5 della direttiva "osta a che uno Stato membro mantenga in vigore nella sua normativa deroghe ad un divieto generale del lavoro notturno che sono subordinate a condizioni più restrittive per le donne rispetto agli uomini". Anche in questo caso, l'orientamento della Corte di Giustizia è stato oggetto di numerose contestazioni.

E' stato rilevato da parte della dottrina⁴⁵⁰, che si sarebbe trascurata la possibilità di considerare i divieti di lavoro notturno femminile alla stregua di una vera e propria azione positiva⁴⁵¹ sul piano legislativo, affermandone, sotto questo aspetto, compatibilità con il diritto comunitario.

⁴⁴⁹ Sentenza 15 maggio 1986, c-222/84, in Racc. pp.1651

⁴⁵⁰ Cfr. FIORAI B. "Il divieto di lavoro notturno e la direttiva Ce n. 207/76", in Riv. Giur. Lav., 1994, II, pp.685.

⁴⁵¹ E' la raccomandazione Ce 84/685 che, per la prima volta in Europa, introduce le azioni positive, le formula e le definisce come possibili misure che possano porre rimedio alle discriminazioni di fatto, considerandole quindi come possibili strategie operative di sostegno lavorativo femminile in grado di permettere la possibilità di ristabilire uguaglianza o nelle condizioni di partenza e di creare effettive condizioni di partenza e di creare effettive condizioni di pari opportunità tra uomini e donne nel lavoro; ROMAGNOLI "L'uguaglianza delle opportunità" in Riv.Trin.Dir.Proc.Civ., 1989, pp.957.; TREU "Azioni positive e discriminazioni alla rovescia" in Lav.Dir. 1988.

Ora, se la ragione di fondo, in grado di giustificare le misure di discriminazione positive, fosse da ravvisare nell'obiettivo di favorire dell'occupazione femminile, bisognerebbe, tuttavia, non dimenticare il rapporto controverso tra lavoro notturno e occupazione femminile.

Ragionando in astratto⁴⁵², si potrebbe sostenere che i divieti legali non compromettono occupazione femminile, traducendosi soltanto in un vincolo all'impiego di lavoratrici in turni diurni; come pure in termini diametralmente opposti, essi costituiscano un inaccettabile limitazione delle occasioni di lavoro per le donne e di una penalizzazione retributiva (stanti i più alti livelli salariali normalmente connessi alle prestazioni notturne). Le due affermazioni, nella loro specularità, sembrano fatte a posta per elidersi l'un l'altra.

Tali contraddizioni, seguendo le indicazioni della Corte di Giustizia, non sembrano poter esser affrontate battendo la vecchia strada del divieto discriminato, ma attraverso normative modulate e flessibili di fonte legale e soprattutto contrattuale.

Occorre pervenire ad una precisazione delle tutele per la salute e la sicurezza dei lavoratori che lavorano di notte ed anche ad una dettagliata regolamentazione delle deroghe per i lavoratori di entrambi i sessi.

Per raggiungere quest'obiettivo, la via dell'affiancamento fra fonte legale e fonte contrattuale sembra ineludibile⁴⁵³.

⁴⁵² Cfr. ROCCELLA "La Corte di Giustizia e diritto del lavoro" Torino, 1997, pp.40-41.

⁴⁵³ Cfr. SCIARRA "Integrazione dinamica tra fonti nazionali e comunitarie: il caso del lavoro notturno delle donne", in D.L., n.1, 1995, pp.156.

Essa va di pari passo, all'adozione, da parte del legislatori nazionali, di misure legislative flessibili sull'orario di lavoro, capaci di conciliare particolari esigenze individuali con l'organizzazione del lavoro⁴⁵⁴.

Si è già visto nel precedente paragrafo, del resto, che la Corte di Giustizia non ha inteso affatto "liberalizzare" il ricorso al lavoro notturno femminile, ma soltanto ribadire il principio di parità nell'accesso all'impiego: formulando un'indicazione che potrà ritenersi rispettata anche da regole che pongano vincoli, purché non sessualmente determinati all'utilizzo di personale in turni notturni.

Alla luce di queste considerazioni, sembrano destinati all'insuccesso i tentativi di reinterpretare una regola fondata sulla vecchia e paternalistica logica del divieto, in tutt'altra chiave, ispirata alle moderne concezioni del diritto diseguale. Non è più possibile, cioè, che il divieto di lavoro notturno delle donne possa essere considerato come un'azione positiva, oltre tutto, di origine legale; come un momento di esaltazione della differenza e veicolo per perseguire l'eguaglianza sostanziale, come pure parte della dottrina ha sostenuto⁴⁵⁵.

Se così fosse, non si comprenderebbe perché siffatta "azione positiva" sarebbe chiamata ad operare meccanicamente, quali che siano i condizionamenti effettivi (età, carichi familiari) nei confronti dell'attività lavorativa.

⁴⁵⁴ Cfr. FOGLIA "La Corte di Giustizia torna sul lavoro notturno femminile", in *Dir.Lav.*, 1993 pp. 449

⁴⁵⁵ Cfr. ROCCELLA "Diritto del lavoro e diritto comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 1993" in *Dir.Prat.Lav.*, 1994, n. 41, pp.17.

La verità è che i sostenitori della logica del divieto, muovono dal convincimento, che il cosiddetto lavoro di cura non possa non gravare prevalentemente sulle donne e che la funzione familiare sarebbe indebitamente ostacolata da un impegno nella vita professionale che comporti lo svolgimento di prestazioni notturne⁴⁵⁶.

Ora, che i compiti domestici oggi siano ancora assegnati in prevalenza alle donne, è assolutamente innegabile⁴⁵⁷. Ciò non toglie, ed è questo l'orientamento della Corte di Giustizia, che ci si possa limitare ad una constatazione del genere, trascurando di considerare se si tratti di fenomeno naturale ed insuperabile, o non piuttosto di un dato storico sociale che non avrebbe favorito nel suo perpetuarsi, anche attraverso normative, come quelle sul divieto di lavoro notturno, che di fatto contribuiscono a mantenere inalterato il doppio ruolo delle donne (nella famiglia e nella vita professionale)⁴⁵⁸.

Le preoccupazioni relative all'organizzazione dei rapporti familiari non sono affatto estranei alla direttiva n.207/76 come ha rilevato un autorevole dottrina⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Cfr. CARUSO "L'Europa sociale: quale percorso per il diritto?", in R.G.L. 1992, I, pp.309.; CHIARA "Parità e lavoro notturno in Europa" in Dir.Prat.Lav., 1992, n.15, pp.1003.

⁴⁵⁷ Cfr. FOGLIA "La Corte di Giustizia torna sul lavoro notturno femminile", in Dir.Lav., 1993 pp. 449 ; SUPIOT "Principi di uguaglianza e limiti della razionalità giuridica", in L.D., 1992, pp.219.

⁴⁵⁸ Cfr. BALLESTRERO "Dal divieto di lavoro notturno all'autodeterminazione delle donne" in Riv.Giur.Lav., 1992, I, pp.698; FOGLIA "La Corte di Giustizia torna sul lavoro notturno femminile", in Dir.Lav., 1993 pp. 449.

⁴⁵⁹ Cfr. BALLESTRERO "Dal divieto di lavoro notturno all'autodeterminazione delle donne" in Riv.Giur.Lav., 1992, I, pp.698.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, in materia di lavoro notturno femminile, muove proprio nella direzione apparentemente negata: incidendo oggettivamente, attraverso la censura espressa nei confronti di misure limitative del lavoro delle donne, proprio sulla ripartizione in seno alla famiglia delle responsabilità fra i coniugi⁴⁶⁰.

Per esprimere un giudizio equilibrato in proposito, del resto, basta provare ad immaginare quale sarebbero state le reazioni (almeno negli altri paesi della Comunità) nei confronti di una giurisprudenza di segno diverso. E' più che probabile che la Corte di Giustizia sarebbe stata accusata di aver salvaguardato un vecchio principio protettivo, funzionale al mantenimento di quel modello sociale costruito sul fondamento "naturale" della diseguale distribuzione dei ruoli della famiglia.

Principi come quello della parità dei diritti impongono dunque necessariamente, un riesame dei presupposti della struttura del diritto del lavoro e una ridefinizione della condizione dell'uomo e della donna alla luce di sensibilità radicalmente mutata⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ Cfr. Moreu "Travail de nuit des femmes, observations sur l'arrêt de la Cjce du 25 juillet 1991", in *Droit Social*, 1992, pp.190.

⁴⁶¹ Cfr. SIMITIS "Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro" in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1994, pp. 604.

2.3 - Il contrasto tra il diritto internazionale e diritto comunitario sulla questione del lavoro notturno femminile di fronte alla Corte di Giustizia.

Le sentenze “Levy” e “Minne” hanno consentito alla Corte di ribadire l’affermazione di principio, già formulata con la sentenza “Stoeckel”, in ordine all’incompatibilità sul diritto comunitario di normative nazionali che subordinino il lavoro notturno femminile a condizioni diverse, e comunque più restrittive, rispetto a quelle riservate agli uomini. Ma soprattutto nel primo caso “Levy”, la Corte di Giustizia si è trovata ad affrontare un problema di notevole rilievo: quali debbono essere, cioè, gli obblighi degli Stati membri in presenza di quelli assunti con la ratifica della Convenzione dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro, ovvero derivante dai regolamenti e dalle direttive comunitarie quando tra essi vi sia contrasto..

E’ indubbio, infatti, che la presenza di un ordinamento francese e belga, così come in altri paesi, di un espresso divieto di lavoro notturno, per le donne è il frutto dell’adeguamento di questi ordinamenti alla Convenzione O.I.L n.89 del luglio 1948⁴⁶².

Or bene, l’art. 234 del Trattato (l’attuale art. 307 TCE) istitutivo della Comunità europea, prevede che “le disposizioni del presente Trattato

⁴⁶² La Convenzione O.I.L. n. 89/48 è stata resa esecutiva in Italia, dall’art. 1 della legge 1305 del 2 agosto 1952. Vi è da ricordare che la Corte Cost. Aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale del suddetto art. 1, in riferimento all’art. 37, primo comma, Cost, limitatamente al previsto divieto del lavoro notturno femminile nelle aziende industriali. Sentenza n. 210 del 24 luglio 1986.

Ce non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse anteriormente all'entrata in vigore del Trattato stesso tra uno e più Stati membri da una parte, e uno o più Stati terzi dall'altra": pertanto il giudice nazionale non è obbligato a disapplicare le norme nazionali che risultano incompatibili con la normativa comunitaria, nel momento in cui queste risultino conformi agli impegni internazionali assunti dal Governo stesso in un periodo anteriore alla sottoscrizione del Trattato istitutivo della Comunità europea.

Sorge, dunque, l'esigenza di chiarezza per definire un problema di spessore non indifferente, poiché coinvolge la responsabilità di organismi internazionali degli Stati comunitari e non⁴⁶³.

La questione, per la verità, era già stata illustrata dall'Avvocato generale della Commissione nel caso "Stoeckel", senza che però la Corte ne avesse preso atto nella sua decisione.

L' Avvocato generale "Tesouro" aveva in quell'occasione sostenuto che se resta fermo il dovere del singolo Stato membro di dare attuazione a convenzioni internazionali stipulate prima dell'entrata in vigore del Trattato Ce, è altrettanto vero che "il tenore della direttiva n.207/76 non è in se tale da rendere l'osservanza incompatibile con gli obblighi derivanti dalla Convenzione Internazionale n.89/48. Infatti, la fonte comunitaria non impone necessariamente agli Stati membri di consentire il lavoro notturno femminile, ciò sarebbe incompatibile con la convenzione, ma si limita ad imporre un obbligo di non discriminazione tra i sessi relativamente alle condizioni di lavoro".

⁴⁶³ Cfr. D'HARTMANT FRANCOIS "Convenzione O.L.I. e diritto comunitario del lavoro: alcune riflessioni" in Dir.Lav. 1993, I, pp. 601.

Analogamente nelle sue osservazioni scritte, la Commissione europea sul caso “Stoeckel”, aveva sostenuto una tesi singolare⁴⁶⁴, in forza della quale la previsione dell’art. 234 del Trattato avrebbe potuto comportare, all’interno di uno stato membro, la preesistente applicabilità del divieto legale di lavoro notturno femminile nei confronti di cittadini di Stati terzi, fino a quando la convenzione internazionale all’origine di quel divieto non fosse stata denunciata; viceversa, la legge nazionale contrastante con la direttiva sulla parità di trattamento si sarebbe già dovuta considerare non più applicabile rispetto ai cittadini comunitari.

Vi è da ricordare, infatti, che l’art. 234 contiene una previsione ulteriore nel secondo comma, in base alla quale “nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili con il presente Trattato, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità.

Dunque la conclusione più logica sembrava la seguente: a meno di non estendere il divieto di lavoro notturno anche agli uomini, rispettando in questo modo al tempo stesso gli obblighi nascenti dalla Convenzione internazionale il principio comunitario di parità di trattamento, gli Stati membri che l’avevano ratificata sarebbero stati costretti a denunciare la Convenzione n.89/48⁴⁶⁵.

Il tentativo della Commissione era quello di fornire un’interpretazione dell’art.234 che consentisse di conciliare “l’applicazione del diritto comunitario con il rispetto degli obblighi degli Stati membri nei confronti degli Stati terzi aderenti alla Convenzione O.I.L. “⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Cfr. ROCCELLA “La Corte di Giustizia e diritto del lavoro” Torino, 1997, pp.40-41.

⁴⁶⁵ Cfr. TATARELLI “La donna nel rapporto di lavoro”, Padova, 1994, pp. 66.

⁴⁶⁶ Così la relazione d’udienza, in Racc. 1991, pp.4053

Questa soluzione, però, deve esser parsa alla Corte di Giustizia quanto meno inappropriata. Non comprende, dunque, che essa, interessata a sostenere con forza il principio di parità di trattamento a fronte di una regola protettiva ritenuta non giustificabile, abbia schivato l'ostacolo, evitando completamente in "Stoeckel", di misurarsi con il problema sollevato dalla Commissione.

Nel caso "Levy" le parti sono risultate in qualche modo curiosamente rovesciate. Rifacendosi a diverse fonti del diritto internazionale sulla protezione delle lavoratrici nei confronti di discriminazioni la Commissione ha infatti sostenuto ⁴⁶⁷ che neanche l'esistenza del Trattato di una norma, come l'art. 234 permetterebbe che una convenzione conclusa anteriormente all'entrata in vigore dello stesso, possa essere invocata nel giustificare restrizioni dei diritti fondamentali della persona umana.

La risposta della Corte di Giustizia, in sintonia con l'opinione dell'Avvocato Generale, è apparsa improntata ad una notevole cautela: di qui la conclusione, per cui, stante il tenore letterale dell'art.234, neppure l'esigenza di rispettare il principio di parità di trattamento, potrebbe consentire ad uno stato membro di sottrarsi agli obblighi derivanti da Convenzioni internazionali concluse prima dell'entrata in vigore del Trattato.

⁴⁶⁷ Così la relazione d'udienza, in Racc. 1993 pp. 4294.

Quanto alla portata degli obblighi relativi al tema in questione, la Convenzione O.I.L. n.89/48 sancisce in linea di principio il divieto di lavoro notturno femminile nell'industria sul territorio di tutti gli Stati che hanno ratificato la Convenzione.

Il diverso atteggiamento della Corte rispetto al problema del rapporto tra diritto internazionale e diritto comunitario può essere motivato da un punto di vista strettamente tecnico: soltanto in "Levy", in effetti, la questione è stata formulata con espresso riferimento agli obblighi gravanti su uno Stato membro a seguito della ratifica della Convenzione O.I.L.⁴⁶⁸.

E' pur vero che probabilmente⁴⁶⁹ la Corte ha ritenuto di poter procedere secondo questi cauti principi, in considerazione del fatto che tali indicazioni avrebbero avuto poche conseguenze pratiche in relazione alla normativa sul lavoro notturno, stante l'avvenuta denuncia, nel frattempo, alla Convenzione da parte di molti Stati membri⁴⁷⁰.

Ad ogni modo, la questione pregiudiziale era stata proposta, e allora, come dirimere i contrasti fra norme internazionali e norme europee su di un tema, come quello del lavoro notturno femminile che evidentemente impone al legislatore una scelta tra tutela e uguaglianza?

⁴⁶⁸ Cfr. CAPELLI "I limiti della giurisprudenza comunitaria sull'efficacia delle direttive in materia sociale" in *Dir. Com.Scam.Inter.*, 1994, pp.39.

⁴⁶⁹ CIRCOSTA P. "La disciplina italiano e comunitario del lavoro notturno femminile" , in *N.L.C.C.*, pp. 208.

⁴⁷⁰ Ai sensi dell'art.5 della Convenzione O.I.L. questa può essere denunciata con riserva di un anno di preavviso, ogni dieci anni, a partire dal febbraio 1961, nel corso dei 12 mesi successivi.

Il criterio dell'applicazione della norma più favorevole, pure prospettato qualche mese prima in un parere della stessa Corte di Giustizia⁴⁷¹, non sembra poter essere utilizzato riguardo alla disciplina in questione.

Si è sostenuto⁴⁷², infatti, che quel criterio non può trovare soluzione per un conflitto tra norme ispirate a principi protettivi non conciliabili, proprio perché in materia di lavoro notturno v'è disaccordo sulla natura della norma più avanzata, così da rendere inutile ogni tipo di comparazione o tentativo di individuare il trattamento più favorevole.

Sembra a questo punto rilevante sottolineare che la Corte di Giustizia proprio nella sentenza "Levy", proponga un'ulteriore soluzione del contrasto tra queste due fonti.

Pur rimettendo al Giudice nazionale il compito di accertare quali siano gli obblighi internazionali, gravanti su uno Stato membro interessato, è significativo che la Corte abbia fatto esplicito riferimento ad una successiva Convenzione O.I.L. n. 171 del 26 giugno 1990 e alla Raccomandazione n.178 approvata in pari data⁴⁷³.

⁴⁷¹ Corte di Giustizia, parere 19 marzo (2/91) in Foro it, 1994, IV.

⁴⁷² Cfr. D'ANTONA M. "Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione Europea", in Riv.Triu.Dir.Proc.Civ. 1994, pp. 702

⁴⁷³ Cfr. SANTORO-PASSARELLI "L'applicabilità e l'efficacia diretta in materia di lavoro", in Arg. Dir. Lav., Padova, 1995, pp. 56. Per il contenuto della Convenzione O.I.L. n. 171/90 e la Raccomandazione n. 178/90 si veda la nota redazionale "Diritto internazionale del sistema O.I.L. e diritto comunitario in materia", in Foro. It., 1993, Iv, pp. 316

Tale insieme normativo abbandona l'impostazione propria della Convenzione del 1948 dettando criteri uniformi di tutela di lavoratori, che prescindendo dal sesso, a fronte del lavoro notturno, e finalizzati all'obiettivo di proteggere la salute, senza trascurare la necessità di far fronte, con articolate misure di tutela, molteplici problemi connessi al lavoro notturno⁴⁷⁴.

Inoltre, poiché ancor prima della sentenza "Levy", era intervenuta da parte di Francia e Belgio, la denuncia della Convenzione n.89/48, questi Stati erano ormai in grado di dare piena attuazione alle norme comunitarie.

In conclusione, la prudenza che sembra trasparire nella decisione della Corte, quando afferma la necessità che uno Stato membro non si sottragga al rispetto di obblighi derivanti da convenzioni internazionali, concluse prima del Trattato Ce, ai sensi dell'art. 234, va letta proprio alla luce del contesto normativo internazionale più recente⁴⁷⁵. Richiamando, infatti, la Convenzione O.I.L. del 1990, ancorché non ratificata da tutti gli Stati membri, la Corte, non fa altro che confermare le indicazioni relative alla direttiva n.207/76, per cui a fronte di una questione così controversa come quella del lavoro notturno, il principio di uguaglianza non si presta ad applicazioni meccaniche, attraverso interventi meramente derogativi degli Stati membri, ma va più convincentemente sostenuto in un contesto di una nuova regolamentazione della materia.

⁴⁷⁴ Le innovazioni introdotte riguardano, essenzialmente, la generalizzazione delle disposizioni sul lavoro notturno, estese a tutti i lavoratori e non interamente a quelli operanti nel settore industriale; la fissazione di condizioni minime della salute e della sfera sociale e familiare della professionalità dei prestatori; un più incisivo ruolo del sindacato rispetto a quello della pubblica amministrazione e con riguardo alle scelte imprenditoriali in materia di lavoro notturno.

⁴⁷⁵ Cfr. MANCINI "Intervista", in Riv.It.Dir.Lav., 1993,I, pp.181.

Per completezza, è doveroso indicare che l'Italia ha denunciato la Convenzione O.I.L. n.89/48, il 26 febbraio del 1992 ed è venuta effettiva nel marzo del 1993. Per motivare la denuncia si è sottolineata la non conformità della legge 9 dicembre 1977, n.903, alla normativa internazionale⁴⁷⁶.

Infatti, la fonte internazionale disponeva un divieto per sette ore consecutive ricomprese in un arco di tempo che andava dalle ore 22 alle ore 7, a scelta delle autorità nazionali, mentre la legge n.903/77, nell'art. 5 riduce il divieto di un'ora, dalle ore 24 alle ore 6 prevedendo inoltre una rilevante facoltà di deroga a vantaggio della contrattazione collettiva.

A seguito della denuncia, tale Convenzione non può più giustificare l'applicabilità dell'art.5 della legge n.903/77, per l'evidente contrasto con la legge comunitaria⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ La necessità di adeguare la Convenzione n.89/48 emerse con tutta chiarezza già nel corso dai lavoratori della legge n.903/77: dichiarazioni rese dal Ministero del lavoro al Senato nella seduta del 13 ottobre 1977, richiamata la motivazione di Cassazione 14 gennaio 1982, n. 36, in *Giur.It.*, 1982, I, 1;pp1194 (si tratta dell'ordinanza con cui fu sollevata la questione di illegittimità costituzionale al divieto di lavoro notturno femminile, di cui all'art. 12 della legge n. 653/34). Secondo meccanismi dell'O.I.L. la Convenzione sarebbe potuta essere denunciata non prima del periodo compreso fra il febbraio del 1981 e il febbraio 1982. Non avendo accolto tempestivamente, l'occasione il Governo italiano ha dovuto attendere e trascorrere un ulteriore decennio per procedere alla denuncia.

⁴⁷⁷ Cfr. VIVOLI "La denuncia italiana della Convenzione O.I.L. sul lavoro notturno femminile", in *Riv.Dir.Inter.*, 1992, pp. 131.

3 - Rapporto fra fonti comunitarie e ordinamenti nazionali in tema di lavoro notturno femminile.

Sulla base delle considerazioni svolte fino a questo punto, appare evidente il contrasto tra la normativa italiana e quella comunitaria circa la disciplina del lavoro notturno femminile.

Già nella sentenza “Stoeckel”⁴⁷⁸, infatti, la Corte di Giustizia aveva sancito l’illegittimità di qualsiasi divieto di tal genere di prestazione contenuto in disposizioni nazionali, giacché in contrasto con l’art.5 della direttiva n.207/76⁴⁷⁹.

In un primo momento si era ritenuto sufficiente per garantire la conformità delle discipline nazionali al dettato comunitario, la derogabilità del divieto attraverso un accordo collettivo (come previsto nella legge francese e in quella italiana).

Agli inizi degli anni ’90, la giurisprudenza italiana comincia a dare segni di reazione all’atteggiamento della Corte di Giustizia.

⁴⁷⁸ i tratta della nota sentenza emessa il 25 luglio 1991 in causa n.345/1989 (causa Stoeckel). Nel giudizio avanti la Corte, chiamata a risolvere una questione pregiudiziale di interpretazione dell’art. 5 della direttiva n. 76/207, il Governo francese aveva sostenuto che il divieto di lavoro notturno per le donne, accompagnato da numerose deroghe, risponde a generali finalità di protezione della manodopera femminile e a considerazioni di carattere sociale, ma la Corte, avanti la quale il Governo italiano era intervenuto adesivamente, ha respinto la tesi replicando che le pur numerose deroghe poste dalle legislazioni francese e italiane non sono sufficienti a garantire il rispetto pieno della Direttiva.

⁴⁷⁹ Direttiva del 9 febbraio 1976, relativa all’attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, in GUCE 1976, 39, pp. 40.L’art.9 della direttiva stabilisce che gli Stati membri erano tenuti a mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva entro trenta mesi a decorrere dalla notifica e per quanto riguarda l’art.5, n.2, lett. c) nel termine di quattro anni sempre a decorrere dalla notifica, vale a dire prima del 14 febbraio 1980. Il momento a partire dal quale l’Italia deve ritenersi inadempiente è il 27 febbraio 1993, data in cui è divenuta efficace la denuncia della Convenzione O.I.L. n.89 sul lavoro notturno delle donne nell’industria del 9 luglio 1948, che sottopone a revisione la Convenzione sul lavoro delle donne del 1919 e la Convenzione sul lavoro notturno delle donne del 1934.La Convenzione in esame è stata a sua volta riveduta con il Protocollo del 26 giugno 1990.

Si assiste, ad esempio, ad una pronuncia della Corte di Cassazione, III sezione penale, del 2 febbraio 1990 n.453, con la quale la Suprema Corte di Cassazione solleva nuovamente, in riferimento all'art. 37, comma primo, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art.5 della legge 903/77, affermando che non è manifestamente infondata, laddove la norma citata “non riconosce alla donna lavoratrice gli stessi diritti dell'uomo nello svolgimento dell'attività lavorativa”⁴⁸⁰. La Corte Costituzionale con l'ordinanza 6 febbraio 1991 n.57, dichiara ancora una volta che “manifestamente” infondata, in quanto, già esaminata con pronuncia di rigetto (ord. 378/1989) la questione di legittimità dell'art. 5, comma 1 e 2, legge n. 903/77, sollevata in riferimento all'art.37, comma 1, della Costituzione.

La norma invocata, l'art.37 comma primo della Costituzione, riconosce alla donna gli stessi diritti dell'uomo nel rispetto delle condizioni di lavoro che consentono l'adempimento della funzione familiare, assicurano alla madre e al bambino una speciale, adeguata protezione; secondo il testo della disposizione di legge n.903/77 denunciata, il divieto di lavoro notturno per le lavoratrici nelle aziende manifatturiere non è assoluto, potendo essere diversamente disciplinato o rimosso mediante contrattazione collettiva, anche aziendale. E' così che la Corte con ordinanza n.378/1989, ha già dichiarato la questione manifestamente infondata, perché dallo Stato può essere presa in considerazione la particolare e peculiare condizione della donna e la sua posizione in seno alla famiglia⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Per il testo dell'ordinanza: Mass. Giur.Lav., 1990, pag.367.

⁴⁸¹ Per il testo dell'ordinanza: Gazzetta Uff., 13 febbraio 1991, I, serie speciale n.7.

Questi timidi tentativi del giudice di legittimità, non condivisi, come si è potuto dimostrare, dalla Corte Costituzionale, di accostarsi alla giurisprudenza comunitaria, hanno rappresentato i primi passi verso l'adeguamento del nostro diritto interno a quello comunitario, in tema di lavoro notturno.

Nonostante il contrario avviso della Corte Costituzionale circa l'illegittimità dell'art. 5 della legge n.903/77, in quanto non conforme all'art.5 della direttiva n.207/76, il Tribunale di Catania, recependo il contenuto della sentenza della Corte di Giustizia del 25 luglio 1991, ha dichiarato nel caso S.G.S. "Tompson" del 8 luglio 1992⁴⁸², che : "non è applicabile l'art. 5 della legge n.903/77 nella parte in cui prevede il divieto di lavoro notturno per le donne, ancorché derogabile, perché contrasta con l'art.5 della direttiva del Consiglio Ce n.207 del 9 febbraio 1976, che avendo un contenuto incondizionato e sufficientemente preciso, va immediatamente e direttamente applicato dal giudice nazionale".

La questione è stata posta per la prima volta in appello, dato che in primo grado era stata analizzata soltanto la possibilità di riconoscere alla contrattazione collettiva, con funzione derogatoria, un'efficacia vincolante generalizzata⁴⁸³.

Prima di entrare nel merito della questione si esaminano seppur brevemente i fatti.

⁴⁸² Sentenza del 8 luglio 1992 S.G.S. Tompson in *Dir.Prat.Lav.*, 41, 1992, pp.2811.

⁴⁸³ Pretura di Catania, sentenza 22 ottobre 1990, in *Foro it.* 1991, 1, 1922.

In un momento di recessione, l'azienda S.G.S. "Tompson"⁴⁸⁴, ha proposto turnazioni notturne e si è sviluppata, soprattutto nello stabilimento di Agrate, ove le donne erano più "politicizzate", una forte opposizione al sindacato che premeva per una posizione di disponibilità in relazione alla possibilità di procedere ad un accordo che consentisse una deroga al divieto di lavoro notturno. L'unico risultato ottenuto dalle donne del dissenso è stato quello di sottoporre a referendum la contrattazione in deroga. Il referendum ha conseguito il risultato di un "no" alla deroga al divieto di lavoro notturno, raccogliendo l'80% dei voti, tuttavia l'accordo non era stato subordinato all'esito del referendum costringendo il sindacato a firmare la sottoscrizione⁴⁸⁵.

La controversia in questione presenta almeno quattro punti d'interesse: l'efficacia vincolante o meno, della contrattazione collettiva nei confronti degli iscritti dissenzienti; la compatibilità di divieto di lavoro notturno femminile con il principio costituzionale della parità di trattamento tra uomo e donne in materia di lavoro; la disciplina della Comunità Europea nei confronti del divieto di lavoro notturno femminile; l'attuazione, all'interno degli Stati membri della normativa comunitaria.

Un primo profilo è stato oggetto di esame *in primis*, da parte del Pretore di Catania⁴⁸⁶, in quale in linea con l'orientamento prevalente sia nella dottrina che nella giurisprudenza, ha inteso l'avvenuta iscrizione al sindacato come un'accettazione tacita dell'operato dello stesso ai sensi dell'art. 5, secondo comma, della legge n. 903/77.

⁴⁸⁴ L'azienda S.G.S. "Tompson" è un'azienda microelettrica a partecipazione statale, che opera nel campo dei semiconduttori, a forte partecipazione femminile.

⁴⁸⁵ Cfr. CIRCOSTA "La disciplina italiana e comunitaria del lavoro notturno femminile dopo la denuncia della Convenzione O.I.L. n. 89/48", in N.L.C.C., 1994, I, pp.209.

⁴⁸⁶ Pretura di Catania, sentenza 22 ottobre 1990, in Foro it. 1991, I, 1922.

Anche il secondo profilo, e cioè quello relativo alla conformità alla Costituzione dell'art. 5 appena citato, è stato preso in considerazione dal Giudice di primo grado, il quale ha aderito all'orientamento giurisprudenziale, peraltro non pacifico della dottrina⁴⁸⁷, che esclude l'illegittimità costituzionale della disposizione in esame. Ma non è questo l'argomento analizzato dalla sentenza dell'8 luglio 1992; infatti, il punto fondamentale, secondo i giudici catanesi, non è più l'applicabilità dell'accordo collettivo aziendale in deroga all'art.5 della legge n.903/77, bensì il rapporto tra la disposizione ora citata e la normativa comunitaria in materia, espressa, secondo interpretazione datene dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, dall'art.5 della direttiva n.207/76 del Consiglio Ce del 9 febbraio 1976. In sostanza, si tratta, secondo il Tribunale di Catania, di verificare quali effetti potesse esplicare, nell'ordinamento interno di uno Stato membro, una direttiva non attuata⁴⁸⁸.

Il caso S.G.S. "Tompson", interessa, quindi, in questa sede più che per il tema specifico del lavoro notturno, considerato punta dell'iceberg della delicata e contraddittoria tutela della parità nella specificità femminile⁴⁸⁹, per il modo in cui il Tribunale di Catania attraverso un puntuale excursus tra le pronunce della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale, arriva a definire l'iter che ha portato la Corte di Giustizia a riconoscere l'efficacia diretta delle direttive nell'ambito

⁴⁸⁷ La sentenza n.246/87, in Foro it. 1987,1 , 2605,(non è condivisa da Pera "Diritto del lavoro", Padova, 1998, pp. 373, né da Mariani "Un nuovo passo verso la soppressione del divieto notturno delle donne", in Riv.It.Dir.Lav., 1991, II,pp707), nella quale si afferma che la disciplina del lavoro notturno introdotta con l'art. 5 della legge n. 903/77, si è rilevata particolarmente "flessibile ed equilibrata, capace di coniugare l'esigenza di protezione della donna lavoratrice con la necessità di non disincentivare le assunzioni di manodopera femminile

⁴⁸⁸ Cfr. BELLINI "Lavoro notturno femminile e parità di trattamento: l'applicazione della normativa comunitaria" in Dir. Lav. 1993,2, pp311

⁴⁸⁹ Cfr. CHIARA "Parità e lavoro notturno in Europa" in Dir.Prat.Lav., 15, 1992, pp.1003.

degli ordinamenti interni degli Stati membri, purché si tratti di “direttive incondizionate e sufficientemente precise“ e la Corte Costituzionale ad affermare che laddove integri le suddette condizioni si avrà non la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la sua mancata applicazione da parte del Giudice nazionale⁴⁹⁰.

Di fronte all’inerzia del nostro Legislatore, il Tribunale si domandava in primo luogo se la disciplina derivante dalla direttiva citata fosse direttamente applicabile all’interno degli Stati membri; in secondo luogo, quale efficacia essa avesse nei confronti delle contrarie disposizioni di diritto interno e, più precisamente, se e in quale modo potesse prevalere su di essa; infine, quali fossero i soggetti destinatari di esse, nell’ordinamento interno, e cioè, in particolare, se tale direttiva potesse essere invocata di fronte allo Stato e eventualmente nei rapporti tra i singoli cittadini⁴⁹¹.

Preliminarmente, non è possibile esimersi dal notare che, dal punto di vista testuale non sembra facile affermare la diretta applicabilità all’interno dei singoli Stati delle direttive comunitarie, essendo queste, a mente del terzo comma dell’art. 189 del Trattato Ce, atti che vincolano lo Stato membro al quale sono rivolte per quanto riguarda il risultato da raggiungere, mentre resta salva la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi⁴⁹²; la direttiva è stata in questo

⁴⁹⁰ Cfr. CIRCOSTA “La disciplina italiana e comunitaria del lavoro notturno femminile dopo la denuncia della Convenzione O.I.L. n. 89/48”, in N.L.C.C., 1994, I, pp.209.

⁴⁹¹ Cfr. BELLINI “Lavoro notturno femminile e parità di trattamento: l’applicazione della normativa comunitaria” in Dir. Lav. 1993,2, pp311

⁴⁹² Caratteristica delle direttive dunque è quella di determinare una attività normativa interna che, sotto il profilo sostanziale, si connette ad una norma di carattere primario, quella stabilita appunto per gli stati della direttiva, rispetto alla quale la successiva normativa interna funge da disciplina di attuazione e la cui mancanza costituisce inosservanza di un obbligo specifico inerente al diritto comunitario. Cfr. SANTONI F. “La Corte di Cassazione: il divieto di lavoro notturno nel diritto comunitario” in Dir.Lav. 1995, n. 1, pp.23.

senso definita⁴⁹³ “un mezzo normativo indiretto” al contrario dei regolamenti comunitari, dei quali il secondo comma dell’ art.189 citato afferma la portata generale, il carattere obbligatorio in tutti i suoi elementi e la diretta applicabilità in tutti gli Stati membri. In questo contesto, dunque, solamente il regolamento potrebbe dar vita a situazioni giuridiche invocabili dai singoli⁴⁹⁴ .

Tuttavia di fronte al diverso avviso della Corte di Giustizia, che ormai da tempo accetta la tesi secondo la quale alcune delle disposizioni contenute dalle direttive comunitarie hanno efficacia diretta all’interno degli ordinamenti nazionali⁴⁹⁵, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, nelle sentenze che verranno di qui tra poco citate, ha cercato una soluzione che potesse soddisfare l’esigenza di applicare la normativa comunitaria all’interno dello Stato Italiano, senza per questo violare la competenza degli organi nazionali in merito alle forme e ai mezzi⁴⁹⁶ .

⁴⁹³Cfr. CONFORTI “Lezioni di diritto internazionale”, Napoli, 1985, pp.240; CONFORTI “Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte Costituzionale”, nota a Corte Cost. 1975/232, in Foro it. 1976, 1, pp.542.

⁴⁹⁴ I regolamenti tendono, infatti, essenzialmente a creare una legislazione uniforme, direttamente e contemporaneamente applicabili in ciascuno degli Stati e, pertanto, vengono equiparati alla legge in senso materiale in quanto idonei a modificare o ad abrogare la legislazione interna, ovvero ad introdurre norme precedentemente non esistenti.

⁴⁹⁵ La Corte di giustizia ha, infatti, affermato che “se è vero che in forza delle disposizioni dell’art 189 del Trattato Ce, i regolamenti sono direttamente applicabili e conseguentemente per loro natura, idonei a produrre effetti diretti, non risulta che altre categorie di atti contemplati dall’art189 non possono mai produrre effetto analogo. In CGCE 6 ottobre 1970, causa 9-70 in Racc., 1970, pp. 825. E ancora dalla sentenza “Becker” ha precisato che il giudice nazionale una volta scaduto il termine fissato dalla direttiva per provvedere alla sua attuazione, ha l’obbligo di disapplicare la norma interna non conforme alla direttiva non attuata, a meno quando le disposizioni di quest’ultima siano precise e incondizionate, CGCE 19 gennaio 1982, causa 8-81, in Foro it. 1983, IV, pp.182. Cfr. SANTORO PASSARELLI “Profili di diritto comunitario del lavoro” Torino, 1996, pp. 60; CONFORTI “Sulle direttive delle Comunità Economica Europea” in Riv.Dir.Int.Priv.Pro. 1972, pp. 225.

⁴⁹⁶ Cfr. BELLINI “Lavoro notturno femminile e parità di trattamento: l’applicazione della normativa comunitaria” in Dir. Lav. 1993, n.2, pp311

Il Tribunale di Catania, per risolvere il problema della diretta applicabilità della direttiva, ha esaminato i precedenti della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale sul tema.

La Corte di giustizia nella sentenza “Costanzo”⁴⁹⁷ ha affermato, in particolare, che “ il motivo per cui i singoli possono far valere le disposizioni di una direttiva dinanzi ai giudici nazionali, ove sussistano i necessari presupposti, è che gli obblighi derivanti, da tali disposizioni valgono per tutte l’autorità degli Stati membri (...). Ne segue che, qualora sussistano i necessari presupposti, secondo giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell’amministrazione compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni”. Quindi con tale sentenza è esteso anche alle autorità amministrative, l’obbligo di non applicare le norme interne confliggenti con disposizioni comunitarie direttamente applicabili⁴⁹⁸.

La Corte Costituzionale, a sua volta, ha iniziato a riconoscere il primato del diritto comunitario sulle norme interne incompatibili dalla celebre pronuncia sul caso “Granital”⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Sentenza 22 luglio 1989, c-103/88, in Foro it., 1991, 4, pp.130.

⁴⁹⁸ Cfr. SANTORO-PASSARELLI “L’applicabilità e l’efficacia diretta nell’ordinamento italiano delle norme comunitarie in materia di lavoro”, in Arg.Dir.Lav., Padova, 1995, pp56.

⁴⁹⁹ Corte Cost., n.170/1984, in Foro it., 1984, 1, pp.2062. si tratta di una celebre pronuncia sul “Caso Granital”, con cui l’Alta Corte, mutando il proprio precedente orientamento, ebbe a precisare che, nelle materie riservate alla sfera di competenza della Comunità, il giudice ordinario deve egli stesso provvedere ad assicurare la piena e continua osservanza delle norme comunitarie direttamente applicabili, senza tener conto delle leggi nazionali, anteriori o successive, eventualmente confliggenti. Cfr. Foglia-Santoro Passarelli “Profili di diritto comunitario del lavoro” Torino, 1996, pp.47.

E' in tale pronuncia, infatti, che la Corte ha enunciato il fondamentale principio, ispirato alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, secondo cui l'ordinamento comunitario e quello statale sono "distinti e al tempo stesso coordinati" e le norme del primo, in forza dell'art.11 Cost., vengono a ricevere diretta applicazione in quest'ultimo pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali⁵⁰⁰.

Ne consegue che le norme statali, le quali disciplinano materie astrattamente riconducibili ai fini della Comunità ma non ancora da questa regolate, sono pienamente valide in quanto non sono mai uscite dalla competenza del legislatore nazionale.

Mentre, le norme contemplate in regolamenti comunitari validatamente emanati costituiscono *ius supervenies* e, nell'ipotesi di conflitto con norme interne, pur non implicando la loro caducazione, ne impediscono l'applicazione da parte del giudice nazionale.

Inoltre, esse realizzano le limitazioni di sovranità previste dall'art. 11 Cost. e rappresentano un ostacolo all'esercizio della funzione normativa statale.

⁵⁰⁰ Cfr. SANTONI "La Corte di Cassazione e il divieto di lavoro notturno femminile nel diritto comunitario", in Dir.lav., n. 1, pp.23.

A differenza dei regolamenti, le direttive, secondo il disposto dell'art. 189 n.3, del Trattato Ce⁵⁰¹, vincolano lo Stato membro cui sono rivolte solo per quanto concerne il risultato da conseguire, limitandosi a disporre l'obbligo di emanare disposizioni interne idonee alla relativa attuazione⁵⁰².

L'esistenza di norme comunitarie produttive di effetti diretti, debbono avere piena efficacia obbligatoria in tutti gli Stati membri, ed entrano e permangono in vigore nell'ordinamento italiano senza che la loro efficacia possa essere intaccata dalle leggi nazionali, sia anteriori che successive. Con la precisazione che l'effetto connesso con la vigenza dell'ordinamento italiano e delle norme comunitarie è quello, non già di caducare, abrogare, modificare o invalidare le disposizioni normative interne con esse incompatibili, bensì di impedire che queste disposizioni vengano in rilievo per la definizione della controversia dinanzi al giudice nazionale⁵⁰³.

Tali principi, riferiti dalla sentenza n.170/84 e regolamenti comunitari, sono stati sviluppati nelle sentenze successive⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ L'art. 189 del Trattato di Roma è stato ratificato con la L. 14 ottobre 1957 n.1203, ora Trattato dell'Unione europea ratificato con L. 3 novembre 1992 n.454.

⁵⁰² Caratteristica delle direttive è dunque quella di determinare un'attività normativa interna che, sotto il profilo sostanziale, si connette ad una norma di carattere primario, quella stabilita appunto per gli Stati dalla direttiva, rispetto alla quale la successiva normativa interna funge da disciplina di attuazione e la cui mancanza costituisce inosservanza di un obbligo specifico inerente al diritto comunitario. Il che non solo risulta conforme alla valutazione tecnica delle fonti dell'ordinamento comunitario, ma si connette pure all'esigenza di non confondere il reciproco carattere originario degli ordinamenti particolari dei singoli Stati da una parte e dell'ordinamento comunitario, dall'altra. Le direttive sono quindi emanate come strumenti di coordinamento e armonizzazione, per il conseguimento di obiettivi comuni che rimangono affidati, quanto alla forma ed ai mezzi, alla competenza degli organi nazionali, i quali assolvono alla peculiare e sostanziale funzione di agenti esecutivi dell'ente comunitario e del relativo ordine giuridico.

⁵⁰³ Cfr. PICONE "Efficacia delle direttive Ce e disapplicazione delle norme nazionali contrarie" in *Dir.Lav.*, 1995, I, pp.30.

⁵⁰⁴ In *Foro it.* 1985, I, pp.1600.

Ed infatti, con la sentenza n.113/85 (c.d. caso “Beca”), si ammette la possibile disapplicazione di atti normativi statali che siano incompatibili anche con statuizioni contenute in decisioni della Corte di Giustizia sufficientemente chiare, precise e determinate pronunciate in via pregiudiziale ai sensi dell’art. 177 del Trattato⁵⁰⁵.

Successivamente, analoga efficacia è stata riconosciuta, con sentenza n.398 del 1989 della Corte Costituzionale⁵⁰⁶, anche alle norme comunitarie come interpretate in pronunce rese dalla Corte di Giustizia in sede contenziosa ai sensi dell’art. 169 del Trattato⁵⁰⁷. In questa sentenza si asserisce esplicitamente che, il riconoscimento dell’ordinamento comunitario e di quello nazionale, come ordinamenti reciprocamente autonomi, porta a considerare l’immissione diretta nell’ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili, “le quali” prevalgono rispetto alle norme nazionali senza tuttavia produrre, nel caso che quest’ultime siano incompatibili con esse, effetti “estintivi”, e che l’eventuale conflitto tra diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno non da luogo ad ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di disapplicazione di quest’ultima.

⁵⁰⁵ Il primato della c.d. “diretta applicabilità” del diritto comunitario, ha fatto sì, nell’ambito della tematica dei privati nei confronti degli Stati membri dell’unione europea, assumessero rilievo centrale gli strumenti utilizzabili all’interno degli ordinamenti nazionali, in quanto imposti direttamente dal diritto comunitario tra enti comunque esigenti di tale diritto. Lo strumento principale di tutela in sede comunitaria è così diventato, anche nell’ordinamento italiano, il meccanismo dei rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia ai sensi dell’art. 177 del Trattato. Un meccanismo al quale un giudice nazionale può sottoporre alla Corte questioni, pregiudiziali ai fini della propria decisione, attinenti all’interpretazione del Trattato o alla validità degli atti delle istituzioni comunitarie. La Corte di Giustizia, infatti, in forza di questo meccanismo elabora i principi fondamentali per le definizioni e le caratteristiche del sistema giuridico comunitario. Cfr. CHIARA G. “Parità e lavoro notturno in Europa”.in *Dir.Pra.Lav.*,n.15/1992,pp.1003.

⁵⁰⁶ Sentenza n.398 del 1989 in *Foro it.*,1, pp. 1076. Per i commenti a tale sentenza v. Vacca “Limiti e riserve costituzionali nell’applicazione diretta delle norme comunitarie”, in *Riv.Dir.Eur.*, 1994, pp.465 ss.

⁵⁰⁷ Cfr. COSIO “Lavoro notturno e parità di trattamento” in *Dir.Prat.Lav.*, n.41, 1992,pp.71 .

E inoltre si chiarisce ancora per un verso che : “ poiché la disapplicazione è un modo di risoluzione dell'autonomie normative che, oltre a presupporre la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse, e pertanto, non può essere causa di qualsivoglia forma di estinzione o di modificazioni delle disposizioni che ne siano oggetto, e resta ferma l'esigenza che gli stati membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie”, e per l'altro che “se sul piano dell'ordinamento nazionale, dove tale esigenza si collega al principio della certezza del diritto, sul piano comunitario invece, rappresenta una garanzia essenziale al principio della prevalenza del proprio diritto su quelli nazionali da costituire l'oggetto di un preciso obbligo per gli stati membri”⁵⁰⁸.

Più di recente la Corte ha ammesso la possibilità di non applicabilità immediata anche delle direttive; tale affermazione, contenuta nella sentenza della Corte Costituzionale n.64 del 1990⁵⁰⁹ è stata ribadita la sentenza n. 168 del 1991⁵¹⁰, “nei limiti indicati dalla Corte di Giustizia Europea”.

⁵⁰⁸ Cfr. D'HARMANT FRANCOIS “Alcune significative pronunzie in diritto del lavoro della Corte di Giustizia Europea”, in Riv.Dir. Europea, 1992, pp.71.

⁵⁰⁹ Sentenza n. 64 del 1990 in Foro it. 1990, 1, pp. 747.

⁵¹⁰ Sentenza n.168 del 1991 in Foro it. 1992, 1, pp.660.

Tali limiti sono costituiti dalla sussistenza delle condizioni che le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise⁵¹¹.

Il cerchio si chiude, come dice il Tribunale di Catania, con la sentenza “Stoeckel”. Il principio affermato con la sentenza della Corte di giustizia, come sappiamo è il seguente: “l’art. 5 della direttiva del Consiglio del 9 febbraio n. 207/76, relativa all’attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, è sufficientemente preciso per far sorgere a carico degli Stati membri l’obbligo di non vietare per legge il lavoro notturno delle donne, anche ove tale obbligo comporti deroghe, mentre non esiste alcun divieto di lavoro notturno per gli uomini”.

A questo punto le conclusioni appaiono obbligate infatti: la Corte Costituzionale ha stabilito che il giudice nazionale deve disapplicare la norma interna contrastante con la direttiva comunitaria (purché sia incondizionata e sufficientemente precisa); la Corte di Giustizia ha stabilito, dunque, che l’art. 5 della direttiva n.207/76 è sufficientemente precisa; e, quindi, la Corte Costituzionale ha ritenuto l’immediata applicazione delle statuizioni resa dalla Corte di Giustizia⁵¹².

⁵¹¹ Una norma comunitaria è incondizionata, se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinata, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti all’emanazione di alcune atto degli Stati membri o delle istituzioni della Comunità; peraltro, una norma è sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice allorché sancisce un obbligo in termini non equivoci. Cfr. PICONE “Efficacia delle direttive Ce e disapplicazione delle norme nazionali contrarie” in *Dir.Lav.*, 1995, I, pp.30.; CONFORTI “Diritto Internazionale”, Napoli, 1992.

⁵¹² Cfr. CIRCOSTA “La disciplina italiana e comunitaria del lavoro notturno femminile dopo la denuncia della Convenzione O.I.L. n. 89/48”, in *N.L.C.C.*, 1994, I, pp.209.

L'attuazione delle direttive comunitarie, non comporta, però l'abrogazione delle norme dell'ordinamento interno incompatibili con il diritto comunitario, ma soltanto il potere-dovere del giudice di disapplicare le suddette norme. Di qui la mancata operatività nel disposto dell'art.5, comma primo, legge n.903/77, dovendosi ritenere venuto meno in ragione del principio di parità di trattamento con gli uomini il divieto di lavoro notturno delle donne. E da qui, ancora, l'inefficacia dei contratti collettivi di cui al comma secondo dello stesso articolo, che destinati a derogare al divieto, non rivestono più alcuna funzione una volta che tale divieto sia venuto meno.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha infatti, riconosciuto, che le direttive incondizionate e sufficientemente precise possono essere richiamate dai singoli delle controversie di cui siano parte, fermo restando che la natura congenita della direttiva, sulla quale è basata la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, esiste solo nei confronti dello Stato membro cui è rivolta ⁵¹³.

Si tratta della teoria dell'efficacia esclusivamente "verticale" delle direttive comunitarie, che la Corte ha compiutamente enunciato proprio in un caso in cui si discuteva dell'interpretazione dell'art.5 comma primo, della direttiva n.207/76, dalla quale consegue che la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso ⁵¹⁴.

⁵¹³ Sentenza "Marshall" del 26 febbraio 1986, causa n.152/84, in "Casi e materiali di diritto comunitario", a cura di Mengozzi, Cedam, 1994, pp.319ss..

⁵¹⁴ Cfr. BARATTA "Norme contenute in direttive comunitarie inattuate e la loro applicabilità ai singoli" in Riv.Dir.Int., 1989, pp. 253 ss.

Il principio della portata unicamente vincolante per gli Stati membri, è sostenuta dalla Corte di Giustizia, perché risulta maggiormente rispettosa dell'art.189 del Trattato Ce che riconosce efficacia immediata e diretta degli Stati membri, ai singoli regolamenti.

La Corte di Giustizia europea ha dunque escluso l'efficacia "orizzontale" delle direttive, negando la possibilità che queste producano i loro effetti anche nei rapporti interprivati. Il Tribunale di Catania ha considerato non più applicabile il divieto di lavoro notturno femminile, previsto dall'art. 5 della legge n.903/77, perché contrastante con le disposizioni di una direttiva da ritenersi direttamente efficaci negli ordinamenti dei Paesi membri, aderendo così alle tesi che attribuisce alle direttive efficacia "orizzontale". E' stato notato⁵¹⁵ come l'esito interpretativo della sentenza è stato reso possibile da vistosa forzatura sia della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia di quella della Corte Costituzionale.

L'esclusione dell'efficacia diretta "orizzontale" è stata ribadita anche successivamente alla sentenza "Marshall"⁵¹⁶, precisando in senso estensivo la nozione di Stato, in maniera tale da ampliare la gamma dei soggetti (pubblici), nei cui confronti può essere invocata⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Cfr. ROCCELLA "La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro", Torino, 1997, pp.48.

⁵¹⁶ Corte di Giustizia 26 febbraio 1986, n. 152/84, Marshall, in Dir. Lav. 1986, II, 248. Con la sentenza "Marshall" la Corte di Giustizia aveva espressamente negato efficacia "orizzontale" e alle Direttive, mentre ha riconosciuto all'art.5, comma primo, Direttiva n. 207/76 efficacia "verticale". Ciò significa che questa disposizione, quando sia chiara, precisa e incondizionata, può essere fatta valere soltanto contro lo Stato, indipendentemente dalla circostanza che quest'ultimo agisca come autorità pubblica o come datore di lavoro.

⁵¹⁷ Corte di Giustizia 12 luglio 1990, causa 188/89, "Foster", in Racc. 1990, pp. 3313.

Per quanto estesa può essere tale nozione, resta però pacificamente esclusa la possibilità di dilatarla sino al punto di ritenere le disposizioni della direttiva n.207/76 direttamente efficaci in un caso come quello delle attenzioni del Tribunale di Catania. E' infatti è stato osservato ⁵¹⁸, che la distinzione propugnata dai giudici europei è di per sé assurda: ed invero, o la norma comunitaria rimane estranea all'ordinamento interno, o vi fa ingresso, ma in quel caso si dovrà riconoscere che essa è invocabile "da tutti e contro tutti" ⁵¹⁹.

Altrimenti ne scaturisce anche una irrazionale discriminazione tra dipendenti privati, (che non potrebbero domandare l'applicazione della norma comunitaria nei confronti del loro datore di lavoro) e pubblici, (invece abilitati in tal senso, visto che è lo stato il loro datore)⁵²⁰. Se inoltre si ammette che a determinate condizioni (che cioè che siano sufficientemente precise e incondizionate), la direttiva possa essere immediatamente efficace senza necessità di intermediazione da parte dello Stato, non ha senso evocare l'art.189 del Trattato, per limitare la portata applicativa dell'atto comunitario⁵²¹.

⁵¹⁸ Cfr. DANIELE "L'efficacia diretta delle disposizioni comunitarie in materia sociale" a cura di Assanti "Dallo Statuto dei diritti dei lavoratori alla dimensione sociale europea", Milano, 1991, pp.41

⁵¹⁹ Cfr. CONFORTI "Lezioni di diritto internazionale", Napoli, 1995, pp.315.

⁵²⁰ Cfr. DANIELE "Novità in tema di efficacia diretta delle direttive non attuate", in Foro it., 1992, iv,pp.174.Cfr. MENGOZZI "Il diritto delle comunità europee", Padova, 1991, pp. 145.

⁵²¹ Cfr. MENGOZZI "Il diritto delle comunità europee", Padova, 1991, pp. 145.

In quel caso, infatti, esso, non necessitando di alcun intervento statale di attuazione, è del tutto assimilabile, nella sostanza, ad un Regolamento, che, come è noto, vincola tutti i soggetti di un ordinamento e da tutti (e contro tutti) è immediatamente invocabile⁵²².

Il Tribunale di Catania, ha creduto di poter aggirare l'ostacolo, riportando le motivazioni dell'orientamento dei Giudici della Consulta in maniera parziale: trascurando, in particolare di prendere atto che, nella sentenza in cui è stata specificamente affrontata la questione dell'efficacia delle direttive comunitarie nell'ordinamento italiano, la Corte Costituzionale ha affermato che la diretta applicabilità delle prescrizioni delle direttive degli ordinamenti interni dipende, fra l'altro, dalla circostanza che esse siano state invocate nei confronti dello stato destinatario e non già nei confronti degli altri⁵²³. La sentenza catanese, si pone dunque in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia con quella della Corte Costituzionale. Basata su un diritto comunitario inesistente, essa deve considerarsi inaccettabile⁵²⁴, anche perché finisce con l'approdare ad una lettura capovolta di una direttiva comunitaria, come quella sulla parità di trattamento in materia delle condizioni di lavoro il cui obiettivo non è certo quello di riconoscere i diritti al datore di lavoro (nella specie il diritto di adibire le lavoratrici al turno notturno), ma soltanto alle lavoratrici.

⁵²² Sulla ammissibilità delle direttive dettagliate ai regolamenti : Roccella-Treu "Il diritto del lavoro delle Comunità Europea", Cedam, Padova, 2002. Non sembra invece corretta l'impostazione di chi per affermare l'immediata e totale operatività anche nei giudizi interpretati della direttiva self-executing, valorizza la cosiddetta teoria dell'efficacia indiretta . Secondo cui tra più interpretazioni possibili di una norma interna, il giudice nazionale deve privilegiare quella conforme al diritto comunitario. A tale approccio, infatti, è stato giustamente obiettato, che, nel caso del lavoro notturno delle donne, non si porrebbe un problema di interpretazione, bensì di conflitto tra disposizioni diverse e tra loro contrastanti, che in un caso ammettono, nell'altro escludono la possibilità di ricorrere a tale modalità di svolgimento della prestazione.

⁵²³ Corte Cost. 18 aprile 1991, n.168, in Giur.Cost. 1991, I, pp. 141.

⁵²⁴ Cfr. CALO' "Contrasti giurisprudenziali sulla portata della nozione di efficacia delle direttive comunitarie" in Nuova Giur.Civ.Com. 1995,I , pp.838.

D'altra parte, se si legge il dispositivo della sentenza "Stoeckel" ("l'art. 5 della direttiva n.207/77, è sufficientemente preciso per creare a carico degli Stati membri l'obbligo di non vietare per legge il lavoro notturno per le donne, anche se tale divieto comporta deroghe, allorché non esista alcun divieto di lavoro notturno per gli uomini") si potrà constatare che essa si esprime in termini negativi ⁵²⁵.

In positivo, in effetti, le condizioni della Corte di Giustizia potranno ritenersi ugualmente accolte dai legislatori nazionali secondo una pluralità di opzioni: al limite legittimando per tutti, uomini e donne, la possibilità di lavorare di notte, o un senso opposto, ponendo un divieto generalizzato; oppure ancora, e più plausibilmente, cercando di individuare più flessibili soluzioni intermedie ⁵²⁶.

L'evoluzione tecnica, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro impongono un riesame delle ragioni storiche che hanno determinato l'interesse della protezione della famiglia, delle funzioni sociali della sposa e della madre e che hanno giustificato fino ad oggi le disposizioni particolari al lavoro delle donne ⁵²⁷, una volta accertato che, fatta eccezione per la maternità, i pericoli del lavoro notturno non sono più gravi per le donne che per gli uomini, la continua ricerca di miglioramento delle condizioni di lavoro dovrebbe condurre al divieto di lavoro notturno per tutti, uomini e donne, impedendo in questo modo, che una legislazione protettiva si traduca in un ostacolo alla parità di trattamento.

⁵²⁵ Quando si discute dell'adeguamento degli ordinamenti nazionali all'ordinamenti nazionali all'ordinamento comunitario, si suole distinguere fra una integrazione di tipo positivo – ad esempio, lo stato interviene con una misura legislativa di adeguamento alla normativa – ed una integrazione di tipo negativo, che consiste nella disapplicazione del diritto interno come espressione di adeguamento alla norma sopranazionale.

⁵²⁶ Cfr. ROCCELLA "Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di Giustizia" in *Dir.Lav.Rel.ind.* 1993, pp.22.

⁵²⁷ Cfr. BERTOZZI- SAMBUCINI "Divieto di lavoro notturno per le donne e normativa comunitaria" in *Dir.Prat.Lav.*, n.21/1994, pp. 1437.

Il realismo, tuttavia, porta a considerare che ai nostri giorni molte industrie sono costrette a lavorare in modo continuo per assicurare una migliore utilizzazione degli impianti e tenere testa alla concorrenza internazionale; e a queste condizioni vietare il lavoro notturno femminile significherebbe creare un doveroso ostacolo all'occupazione⁵²⁸. La verità è che oggi le donne non hanno bisogno di una legislazione protettiva o di atteggiamenti paternalistici, bensì della possibilità di perseguire una migliore qualificazione professionale che consenta loro una effettiva parità di trattamento.

La questione dell'efficacia delle direttive e la distinzione tra l'efficacia "verticale" e "orizzontale" della disposizione comunitaria, art. 5 della direttiva n.207/76, si ripropone presso la Pretura di Matera. Posto di fronte al problema prospettato dalle lavoratrici ricorrenti, di individuare nell'ambito di applicazione del contratto collettivo che, ai sensi dell'art.5 della legge n. 903/77, rimuova il divieto di lavoro notturno delle donne, il Pretore di Matera, con sentenza del 14 settembre del 1994⁵²⁹, risolve la questione sul piano dei rapporti fra diritto interno e diritto comunitario⁵³⁰.

⁵²⁸ Cfr. PESSI "Lavoro e discriminazione femminile", in *Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1994,pp.422.

⁵²⁹ Pretura di Matera 14 settembre 1994, in *Riv.it..Dir.Lav.*, 1995, II – III, pp.554.

⁵³⁰ Cfr. CARINCI "Spunti sul dilemma del giudice fra norme interne e norme comunitarie", in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1995, II,pp.556.

Il giudice non analizza, secondo la prospettiva consueta, se il contratto possa essere applicato alla lavoratrice, iscritta al sindacato stipulante, tuttavia dissenziente rispetto ai contenuti dell'accordo⁵³¹, ma si interroga sulla persistente operatività nell'ambito dell'ordinamento nazionale del divieto di lavoro notturno e, ravvisato un contrasto fra norma interna e norma comunitaria ritiene prevalente e quindi applicabile quest'ultima.

La motivazione della sentenza si incentra sull'analisi di rapporti tra diritto interno (legge n. 903/77) e diritto comunitario (dir. n.207/76), concludendo per la prevalenza del secondo e la disapplicazione del primo, e aderendo in sostanza alla teoria dell'efficacia "orizzontale" delle direttive.

Anche in questo caso, la decisione Pretorile non risulta in linea con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Costituzionale in materia di efficacia delle direttive comunitarie, a cui si accennava precedentemente, ma è certo un tentativo di ovviare alla disparità di trattamento che l'accoglimento di quell'orientamento giurisprudenziale induce.

Il Pretore di Matera non ignora certo questa giurisprudenza, a cui fa anche esplicito rinvio; ne fornisce tuttavia una lettura capovolta, asserendo in maniera apodittica che "costituisce affermazione costante che le direttive (..) sono certamente invocabili anche nelle controversie tra privati".

⁵³¹ Nel senso della irrilevanza del dissenso delle lavoratrici over persista l'iscrizione al sindacato stipulante: Cass. 24 aprile 1993, n.4802, in Giur. it. 1994, 1, 1, pp. 750ss. Con nota di LASSANDRI "Sull'efficacia soggettiva contrattazione aziendale: il caso della rimozione del divieto di lavoro notturno. Nel senso della inefficacia dell'accordo aziendale nei confronti delle lavoratrici non iscritti o preventivamente dissenzienti: Pretura di Matera, 20 giugno 1990, in Riv.It.Dir.Lav., 1991, 2, pp.98 ss.

Ne consegue la disapplicazione della norma interna, illegittima per contrasto con la direttiva n.207/76, e l'applicazione di quella comunitaria⁵³².

Non si può non concludere, tuttavia, che la soluzione accolta dal Pretore, benché non assolutamente immotivata, sia un tentativo di ovviare ai gravi inconvenienti cui, secondo parte della dottrina, condurrebbe il riconoscimento dell'efficacia solo verticale delle direttive.

Negare, infatti, che tali atti esplicino effetti nei rapporti interpretati e attribuire loro, e viceversa, piena vincolatività nei confronti dello Stato, può determinare in concreto disparità di trattamento, che acquistano particolare evidenza in materia di politica sociale: l'effetto "Estoppel"⁵³³ fa sì che il rapporto di lavoro dei dipendenti privati rimanga disciplinato dalla normativa nazionale e quella dei dipendenti pubblici, invece, venga sottoposto alla disciplina comunitaria.

A differenza di quanto accade in altri campi, per esempio in quello penale⁵³⁴, dove la teoria dell'efficacia "verticale" paralizza la norma nazionale con effetto generalizzato per tutti i soggetti dell'ordinamento, in materia di lavoro, si possono creare nuclei di disciplina differenziati a seconda che il datore di lavoro sia soggetto pubblico o privato.

⁵³² Cfr. CAPELLI "I limiti della giurisprudenza comunitaria sull'efficacia delle direttive in materia sociale" in *Dir.Com. e Scam.Inter.*, 1994, pp. 45 ss.

⁵³³ L'efficacia "vertical"e delle direttive comunitarie sufficientemente precise e incondizionato non riecheggia certamente l'immediato e automatico adeguamento all'ordinamento interno a quello comunitario, ma almeno una forma di coazione indiretta all'adempimento, tramite l'effetto di "Estoppel" lo Stato come soggetto inadempiente rispetto agli obblighi posti nella direttiva, non può invocare l'inadempimento a suo vantaggio. Cfr. FOGLIA-SANTORO PASSARELLI "Profili di diritto comunitario" Torino, 1996, pp.63;CAPELLI "Le Direttive Comunitarie", Milano, 1983, pp.349.

⁵³⁴ Nella sentenza "Ratti" la Corte di Giust. 5 aprile 1979, causa 148-78 in *Foro it.* 1979, IV, pp. 277 ss., si è infatti annessa che la direttiva può essere opposta allo Stato come pubblica autorità titolare del potere volitivo penale.

Simili disparità non sono che pura conseguenza di una contraddizione insita nella stessa teoria dell'efficacia "verticale", in base alla quale si nega ed al contempo si ammette che le direttive possono spiegare efficacia nell'ambito dell'ordinamento degli Stati membri⁵³⁵.

Se poi, se si volesse ritenere, che le direttive comunitarie operino nell'ambito dell'unico ordinamento rilevante, quello comunitario, evitando così una contraddizione, rimarrebbe comunque innegabile che esse finiscano per disciplinare solo determinati rapporti che possono produrre in conseguenza, disparità di trattamento fra lavoratori pubblici e privati. L'esito pratico a cui conduce, con particolare evidenza in materia di politica sociale, la teoria dell'efficacia "verticale", fornisce dunque, una qualche giustificazione alla decisione in commento, che parte della dottrina non condivide⁵³⁶.

Non pare, infatti, né corretto né opportuno che il giudice nazionale attribuisca alle direttive un'efficacia che esse non possiedono in base ai principi del loro ordinamento d'origine, discostandosi dalla costante giurisprudenza dell'organo deputato ad interpretare il diritto comunitario, alla quale si conforma la stessa Corte Costituzionale.

L'equiparazione di fatto dell'efficacia delle direttive incondizionate e sufficientemente precise a quella propria dei regolamenti che deriva dalla loro applicabilità diretta significa inoltre alterare la gerarchia delle fonti nel diritto comunitario nel rapporto tra ordinamenti nazionali e norme della comunità.

⁵³⁵ Cfr. CONFORTI "Diritto Internazionale" Napoli, 1992, pp. 315. L'autore sottolinea infatti che la teoria dell'efficacia solo verticale assume che la direttiva, strutturalmente diversa dal regolamento, non possa penetrare nell'ordinamento nazionale e indurre alcuna modificazione diretta, ma crei solo un obbligo dello Stato, come soggetto di diritto internazionale, di adeguare, la propria normativa interna; contestualmente, tuttavia, specialmente per le disposizioni della direttiva sufficientemente precise e incondizionate, possono essere opposte dai privati allo stato, comunque sia la veste in cui quest'ultima viene in considerazione, anche come datore di lavoro.

⁵³⁶ Cfr. CARINCI "Spunti sul dilemma del giudici fra norma interna e norma comunitaria" in Riv.Ital.Dir.Lav. 1995, II, pp. 557.

E' questa la base sulla quale deve essere letto il pensiero della giurisprudenza comunitaria secondo la quale le direttive sufficientemente dettagliate impegnerebbero solo gli Stati membri destinatari con l'impossibilità per il singolo di far valere nell'ambito dei rapporti interprivati i diritti scaturenti da queste disposizioni⁵³⁷.

Si può ben comprendere, a questo punto, perché non sembra che già dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di lavoro notturno femminile si sarebbero potuti ricavare elementi di riflessione sufficienti ad impedire di perseverare in un equivoca interpretazione dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno⁵³⁸.

Fra i fautori della sentenza della Cassazione, non si è mancato di sottolineare, che a seguito di quella pronuncia della sentenza n.1271 del 1995 si sarebbe determinata una riespansione dei poteri organizzativi imprenditoriali – relativamente al lavoro notturno – anche nei confronti del personale femminile⁵³⁹: nel che si può trovare una conferma, forse inconsapevole, ma chiarissima del fatto che la Cassazione, in pretesa applicazione del diritto comunitario ha in realtà sostenuto una situazione fondata su preoccupazioni del tutto estranee alla direttiva sulla parità di trattamento⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Cfr. BARATTA "Norme contenute in direttive comunitarie inattuate, la loro applicabilità ai singoli", in Riv.Dir.Int. 1989, pp. 267.

⁵³⁸ Cfr. FOGLIA "Efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento italiano e parità di trattamento tra uomini e donne" in Dir.Lav. 1995, I, pp.38.

⁵³⁹ Cfr. BELLOMO "Divieto di lavoro notturno delle donne e diritto comunitario" in Riv.Giur.Lav. e Prev. Soc. 1995, n.2, pp.283.

⁵⁴⁰ Cfr. CALO' "Contrasti giurisprudenziali sulla portata della nozione di efficacia diretta delle direttive comunitarie" in Nuova Giur.Civ.Com., 1995, n.1,pp. 838

Obiettivo della direttiva non è quello di riconoscere posizioni soggettive attive ai datori di lavoro⁵⁴¹; al contrario potrebbe essere sfruttato solo da lavoratrici le cui aspettative di lavoro, di carriera o maggiore retribuzione siano risultate sfruttate dal perdurante divieto legale di lavoro notturno. Sotto altro aspetto, si può ricordare che la c.d. integrazione negativa (della quale si sostanzia la disapplicazione di diritto interno, in favore di quello comunitario) merita di essere positivamente apprezzata soprattutto allorché, attraverso di essa, i giudici nazionali riescano ad esercitare una funzione trainante, tale da sollecitare l'intervento del legislatore⁵⁴². Che ciò si sia verificato in tema di disciplina del lavoro notturno femminile, non sembra si possa affermare; al contrario la soluzione sposata nelle nostre aule giudiziarie non può essere esente da censura anche perché potrebbe aver obiettivamente incoraggiato la pigrizia del legislatore, inducendola a ritenere che, dopo la denuncia della Convenzione n.89/48 una regolamentazione del lavoro notturno femminile conforme ai principi comunitari fosse, in qualche modo, disponibile nel nostro ordinamento.

⁵⁴¹ Cfr. Capelli "Sulla direttiva della parità dei sessi delle lavoratrici notturne" in *Dir.Com.Scamb.Int.* 1996, pp.355 ss.

⁵⁴² Cfr. SCIARRA "Integrazione dinamica fra fonti nazionali e comunitarie: il caso del lavoro notturno delle donne" in *Dir.Lav.* 1995, I, pp. 154.

3.1 - Il contrasto tra la normativa italiana e la direttiva comunitaria rende necessario l'intervento del legislatore italiano.

Con una sentenza resa nel 1997⁵⁴³ la Suprema Corte sembra invertire un orientamento giurisprudenziale andatosi via via consolidando, come abbiamo visto nei precedenti paragrafi, sia nelle sedi di legittimità che di merito, nel senso della sussistenza di un obbligo del giudice di merito di disapplicare il divieto legale di lavoro notturno femminile nelle controversie fra datore di lavoro privato e lavoratore. Tale giurisprudenza, facendo voce del meccanismo di “rimozione” giudiziale del divieto, ha di fatto avallato l'uso da parte aziendale di personale femminile in mansioni notturne, in carenza di accordo “in deroga” o nonostante la contestazione del medesimo da parte delle lavoratrici⁵⁴⁴.

A questo indirizzo giurisprudenziale si era allineato anche il Tribunale di Padova, con la pronuncia cassata dalla Suprema Corte⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Cass., sez. lav., 20 novembre 1997 n. 11571 in Foro it. 1998, n.2, pp.444

⁵⁴⁴ Tribunale di Catania 8 luglio 1992 in Foro it. 1993, I, pp.2970; Pretura di Matera 14 luglio 1994 e Cassazione 3 febbraio n.1271 in Foro it. 1995 n.934, pp.931.

⁵⁴⁵ Il caso preposto al Pretore di Padova(Cass., sez. lav., 20 novembre 1997 n. 11571 in Foro it. 1998, n.2, pp.444), riguardava una lavoratrice assunta con contratto di formazione a turni di lavoro anche notturni, in contrasto con quanto stabilito dall'art 5 della legge n.903/77. Sul presupposto della gravosità della prestazione richiestale, la lavoratrice rassegnava dimissioni e conveniva in giudizio alla società datrice di lavoro affinché le risarcisse il danno derivante dall'anticipata cessazione del rapporto. Il Pretore ravvisata l'illegittimità dell'adibizione della lavoratrice a turni di lavoro anche notturni per violazione dell'art.5 della legge n. 903/77 ritenne sussistente la giusta causa di dimissioni e conseguentemente condanna la società convenuta al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno. La società datrice si oppone alle decisioni del Pretore sostenendo le modalità di prestazioni secondo turni di lavoro anche notturni non sono da ritenersi illegittime, in quanto l'art. 5 della legge n.903/77 deve essere disapplicato per il contrasto con l'art.5 della direttiva 207/76 in materia di parità fra uomini e donne. Il Tribunale , in accoglimento delle prospettazioni della società datrice di lavoro riformula la decisione del Pretore includendo per la diretta applicazione *inter partes* della direttiva.

Il Tribunale Veneto aveva infatti ritenuto che il principio di diritto enunciato nella sentenza “Stoeckel”⁵⁴⁶, letto alla luce delle asserzioni della Corte Costituzionale in merito ai rapporti fra l’ordinamento giuridico nazionale e quello comunitario e più precisamente all’operatività diretta e mediata delle norme comunitarie nell’ordinamento interno⁵⁴⁷ va interpretato nel senso che la norma nazionale incompatibile con l’art.5 della direttiva n.207/76, è suscettibile di disapplicazione in ogni caso, sia che si tratti di rapporto pubblico (ovvero la parte datoriale sia costituita dallo Stato), che fra soggetti privati. Perciò il Tribunale di Padova decideva di disapplicare, nella fattispecie l’art.5 della legge n.903/77, derivandone la piena liceità dell’assegnazione della lavoratrice al lavoro notturno e, quindi, l’insussistenza di ogni sua pretesa.

La Cassazione, nella sentenza oggetto della nostra analisi⁵⁴⁸, lungi naturalmente dal sottovalutare l’incongruenza fra la norma italiana e le disposizioni comunitarie, ritiene necessario fugare “l’equivoco di fondo che si annida nell’affermazione della c.d. efficacia “orizzontale” delle direttive contenenti disposizioni precettive incondizionate, apparentemente suscettibili di vincolare immediatamente senza alcun tramite nazionale, le parti di un rapporto privato”⁵⁴⁹; equivoco che ha alimentato il filone giurisprudenziale cui prima si accennava, culminato nella sentenza della Cassazione del 1995, n.1271 precedentemente esaminata.

⁵⁴⁶ Corte di Giustizia 25 luglio 1991, c-345/89 in Foro it. 1993, IV, pp.310.

⁵⁴⁷ Corte Costituzionale 8 giugno 1984 n.170 in Foro it. 1984, I, pp. 2062; Corte Cost. 23 aprile 1985 n. 113, 1985, I, pp. 1600.

⁵⁴⁸ Cass., sez. lav., 20 novembre 1997 n. 11571 in Foro it. 1998, n.2, pp.444.

⁵⁴⁹ Cassazione 20 novembre 1997 n. 11571 in Foro it. 1998, n.2, pp.450.

A tal fine, passa minuziosamente in rassegna la giurisprudenza nazionale e comunitaria più recente, che ha sostenuto con nettezza il principio dell'efficacia diretta "verticale" delle direttive⁵⁵⁰.

La Suprema Corte nel cassare la pronuncia del Tribunale di Padova conclude affermando che il giudice di rinvio dovrà dirimere la controversia esclusivamente sulla base della normativa interna, e ciò per due ragioni: 1) in riconoscimento dell'efficacia meramente "verticale" delle direttive dettagliate comporta che questa possa trovare applicazione in luogo della norma interna in conflitto solamente se si pone, in concreto, un problema attinente alla podestà punitiva-sanzionatoria dello Stato nei confronti di una parte di rapporti di lavoro: il che nella fattispecie *de qua* non avviene⁵⁵¹; 2) inoltre facendo riferimento all'epoca dei fatti su cui si contravverte (1990) la Corte sottolinea l'inapplicabilità del principio di diritto enunciato nella sentenza "Stoeckel", posto che la disposizione sul divieto di lavoro notturno femminile è stata emanata in attuazione di una norma internazionale, la Convenzione O.I.L. n. 89/48, che, come statuito dalla

⁵⁵⁰ Da un lato i giudici di legittimità fanno riferimento ad alcune pronunce della Corte Cost. della Cassazione, invero su questioni eterogenee, in cui queste, prendono tuttavia espressamente partito a favore della diretta applicabilità delle norme comunitarie limitatamente ai rapporti fra Stato e membro e soggetti amministrati. Corte Cost. 18 aprile 1991 n. 168 in Foro it. 1992 pp. 660; Cassazione 27 febbraio 1995 n. 2275 in Dir.Lav. 1995, II, pp. 12 con riguardo alla direttiva sulla tutela dei consumatori in contratti negoziati fuori dei locali commerciali; Cass. 5 aprile 1995 n.3974 in Riv.Giur.Lav. 1995, II, pp. 700 (con riferimento alla direttiva in materia di trasferimento d'azienda); dall'altro compiono una rapida ma esaustiva ricognizione della giurisprudenza comunitaria, in cui la Corte di Giustizia ha riconosciuto l'efficacia meramente verticale delle direttive (Corte di Giustizia 2 agosto 1993 c-158/91 in Foro it. 1993, voce Unione Europea n. 436; Corte di Giustizia 5 maggio 1994 c-421/92, 1994 voce citata 1088; Corte di Giustizia 26 febbraio 1986 c-152/84, Marshal, voce Comunità Europea n.204).

⁵⁵¹ Nella giurisprudenza nazionale in tal senso è Pretore di Biella 28 marzo 1996, in Foro it., Repubblica, 1996, voce Unione Europea n. 1266 cui il giudice ricorre al meccanismo della disapplicazione per disonorare la responsabilità di un imprenditore italiano implicato in un procedimento penale per aver utilizzato lavoratrici notturne. Capelli "Ancora sul divieto di lavoro notturno" in Dir.Com.SCA.Int. 1996, pp. 347.

Corte di Giustizia prevale sulla direttiva comunitaria – in quanto ratificata prima dell'adibizione del Trattato di Roma – sino alla sua denuncia da parte degli Stati membri; il ch , come abbiamo visto, in Italia   avvenuto solo nel 1992⁵⁵².

Nonostante abbia sostenuto la decisione della Cassazione, un autorevole dottrina ⁵⁵³ non ha esitato a sottolineare che la Suprema Corte non ha sufficientemente valorizzato le tecniche alternative per la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con disposizioni comunitarie⁵⁵⁴: ci si riferisce, in particolare alla regola di presunzione di conformit ⁵⁵⁵ e al diritto dei soggetti interessati di chiedere allo Stato membro responsabile della mancata attuazione un risarcimento del danno subito ⁵⁵⁶.

La stessa Corte di Giustizia ⁵⁵⁷ non ha mancato di sottolineare l'esistenza di una pluralit  di strade che possono essere percorse dagli interessati per far valere una direttiva non attuata.

La *ratio* di tale impostazione sembra inserirsi in un ottica di rafforzamento della tutela dei privati sotto profili diversi e ulteriori rispetto a quelli fino ad ora sperimentati.

⁵⁵² Cfr. VIVOLI "La denuncia italiana della Convenzione O.I.L. sul lavoro notturno femminile" in Riv.Dir.Iner., 1992, pp.131.

⁵⁵³ Cfr. MONACO "Lavoro notturno e diretta applicazione delle direttive fra Corte di Giustizia e giudici nazionali e i tempi di attesa per un intervento del legislatore" in Nuova Giur.Civ.Com. 1998, I, pp.558.

⁵⁵⁴ Cfr. "Un convegno europeo sull'accesso all'eguaglianza delle direttive comunitarie tra effetto diretto e indiretto", in Dir.Lav. 1993, pp. 641; GIARDINA "Comunitarizzazione degli accordi internazionali in vigore tra gli Stati membri e Stati terzi" in Dir.Scam.Int. 1989, pp. 5.

⁵⁵⁵ Principio enunciato in Corte di Giust. Ce 13 novembre 1990 c-186/89, Marleasing S.p.A, in Foro it. 1992,IV, pp. 173; e Corte Giust. Ce 10 aprile 1984 c-14/83 "Von Colson" in Foro it. 1985, IV, pp. 59; Cfr. FOGLIA-SANTORO-PASSARELLI "Profili di diritto comunitario", Torino, 1996, pp.62.

⁵⁵⁶ Corte di Giustizia Ce 9 novembre 1991 cause riunite c-6/90 c-9/90, Francovich, in Foro it. 1992, IV, pp.145.

⁵⁵⁷ Corte di Giustizia Ce 14 luglio 1994 c-91/92, Faccini dori, in Foro it. 1995, IV,pp.38; FOGLIA "Efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento italiano in parit  di trattamento tra uomini e donne", in Dir.Lav. 1995, I, pp.37.

Se infatti il principio della diretta efficacia delle direttive comunitarie è limitato ai soli effetti “verticali” che lasciano alterati i rapporti tra i soggetti privati, gli effetti limitativi di tale ricostruzione si temperano attraverso l’utilizzo del c.d. principio dell’interpretazione conforme con cui si consente anche alle direttive non (o non correttamente) trasposte, di esplicare, almeno in parte, effetti “orizzontali”⁵⁵⁸.

Nel ragionamento seguito dal giudice della Suprema Corte questo argomento viene lasciato nell’ombra⁵⁵⁹ (l’accento è l’effetto mediato come conseguenza dell’interpretazione della norma nazionale in doverosa coerenza con una direttiva in ossequio al principio di un’interpretazione conforme). Nessuna risposta, viene data dai giudici nazionali ai dubbi, legittimi, sollevati da quella dottrina che ritiene di escludere che vi possano essere spazi o obblighi di interpretazione conforme di fronte ad un contrasto insanabile in via interpretativa fra diritto comunitario e diritto interno, in ordine alla regolamentazione del lavoro notturno⁵⁶⁰.

Ad ogni modo, la sentenza esaminata⁵⁶¹, sembra ristabilire una sostanziale convergenza fra le posizioni della giurisprudenza di legittimità e del Governo italiano.

⁵⁵⁸ Cfr. SANTORO-PASSARELLI “L’applicabilità e l’efficacia diretta nell’ordinamento italiano delle norme comunitarie in materia di lavoro”, in Arg.Dir.Lav. 1995, I, pp.38.

⁵⁵⁹ Cfr. MONACO “Lavoro notturno e diretta applicazione delle direttive fra Corte di Giustizia e giudici nazionali e i tempi di attesa per un intervento del legislatore” in Nuova Giur.Civ.Com. 1998, I, pp.558.

⁵⁶⁰ Cfr. ROCCELLA “La Corte di Giustizia e diritto del lavoro”, Torino 1997, pp. 72.

⁵⁶¹ Cass., sez. lav., 20 novembre 1997 n. 11571 in Foro it. 1998, n.2, pp.444

Infatti, il Ministero del lavoro, nella circolare del 20 settembre 1996 n. 125 ⁵⁶², affermava che la sentenza della Suprema Corte n. 1271 del 1995, “non estende la propria efficacia al di là del giudicato, mentre il problema in esame potrà trovare la propria soluzione soltanto in una iniziativa legislativa, che nel rispetto della direttiva comunitaria sulla parità di trattamento, disponga norme adeguate di tutela del lavoro notturno senza distinzione di sesso. Nel frattempo, in assenza di una norma abrogativa dell’art.5, primo e secondo comma, legge n.903/77, gli uffici in indirizzo continueranno ad applicare le disposizioni in vigore”.

Una revisione della nostra legislazione, pare in ogni caso indispensabile alla luce anche degli obblighi di adeguamento sia alla direttiva n.93/104 ⁵⁶³ che disciplina dettagliatamente il lavoro notturno *Tout Court*, senza distinzione fra lavoratori di sesso diverso, sia alla Convenzione O.I.L. n. 171/1998 che, dal canto suo contiene una regolamentazione vincolistica ugualmente derogabile per uomini e donne.

Due paiono le soluzioni praticabili dal legislatore: il mantenimento del divieto di lavoro notturno “derogabile” dalla contrattazione collettiva, esteso anche ai lavoratori di sesso maschile; o la liberalizzazione del lavoro di notte per i lavoratori di ambe due i sessi nel contesto di una puntuale disciplina di tutela al lavoratore adibito a tali mansioni, con contestuale attribuzioni alla contrattazione collettiva della potestà di limitarne il ricorso in relazione a categorie di lavoratori, sia uomini che donne meritevoli di esclusione per ragioni di sicurezza o esigenze familiari imprescindibili previamente individuate dalla legge.

⁵⁶² In Lav. Prev. Oggi 1997, pp.138.

⁵⁶³ GUCE, 30 aprile 1994 c-120, la direttiva è stata di recente oggetto dalla Corte di Giustizia 12 novembre 1996 c-84/94 in Foro it. 1997, IV, pp. 284.

3.2 - La Commissione Europea sollecita il Governo italiano: un nuovo intervento della Corte di Giustizia in materia di lavoro notturno femminile e l'inevitabile condanna dell'Italia.

In data 2 marzo 1994, la Commissione delle Comunità europee inviava al Governo italiano una lettera con la quale lo invitava formalmente ad emanare tutti i provvedimenti necessari per armonizzare la propria legislazione interna al contenuto della Direttiva comunitaria in tema di parità di trattamento; la Commissione invitava, altresì, il Governo del nostro Paese a proporre le sue osservazioni ex art.169, primo comma, del Trattato Ce, assegnandogli all'uopo un termine di due mesi.

Non avendo ricevuto riscontro alcuno, in data 19 giugno 1995 la Commissione procedeva ad emanare un parere motivato con cui invitava nuovamente l'Italia a conformarsi alla Direttiva, rilevando la sussistenza di tutti i presupposti giuridici per la sua piena operatività nel nostro paese. Ancora una volta, però, non avendo ricevuto riscontro alcuno da parte del Governo italiano, la Commissione era costretta, esattamente un anno più tardi (e precisamente in data 19 giugno 1996) a depositare presso la Cancelleria della Corte di Giustizia il ricorso avverso il nostro Paese ex art. 169 del Trattato Ce ⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ Cfr. FOSSATI C. "Lavoro notturno per le donne", in *Dir.Prat.Lav.*, n. 7 /1998, pp. 403 ss.

Successivamente con la sentenza 13 marzo 1997⁵⁶⁵, la Corte di Giustizia interviene nuovamente in tema di lavoro notturno femminile, stabilendo che: “è inadempiente lo Stato che, in violazione dell’art. 5 comma primo, della direttiva n.207/76 sulla parità di trattamento tra uomini e donne, mantiene una norma nazionale contrastante con la citata direttiva che vieta il lavoro notturno per le donne”.

Si tratta di una sentenza resa ai sensi dell’art. 169 del Trattato Ce con la quale la Corte su ricorso della Commissione, condanna la Repubblica francese per essere venuta meno agli obblighi su di essa incombenti a norma dell’art.5 della direttiva n.207/76⁵⁶⁶.

Date le affinità con la normativa italiana tale pronuncia riveste per noi un indubbio interesse. Infatti, a seguito della sentenza “Stoeckel”, la Francia come il nostro paese ha denunciato la Convenzione O.I.L. n.89 /48. La difesa del Governo francese davanti alla Corte di Giustizia si snoda attraverso due percorsi. Il punto di diritto ritiene che, a seguito della denuncia della Convenzione O.I.L. citata, l’art. 5 della direttiva n.207/76 ha ormai effetto diretto nell’ordinamento francese cosicché i singoli sono autorizzati ad avvalersene, mentre i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare il diritto interno.

⁵⁶⁵ Corte di Giustizia delle Comunità Europee sentenza 13 marzo 1997, causa – 194/96, Commissione delle Comunità europee, c. Repubblica francese, Foro it. 1998, n.2, pp.50.

⁵⁶⁶ Com’è noto (cap. II, par.2/) l’art.213-1 del Code du Travail stabilisce che le donne non possono essere addette a lavori notturni; in particolare in fabbriche, manifatture ed officine di qualunque tipo; la stessa norma è completa, peraltro, delle deroghe riguardanti per esempio i posti direttivi o di carattere tecnico, che implicano una responsabilità e le situazioni nelle quali, per circostanze particolarmente gravi, l’interesse nazionale esiga che il divieto di lavoro notturno per i dipendenti che lavorano in squadre a turno possa essere sospeso, alle condizioni e secondo la procedura prevista dallo stesso codice. Le infrazioni di tali disposizioni sono punibili con ammende.

E' evidente ⁵⁶⁷ come per questo aspetto il Governo francese faccia riferimento al principio dell'efficacia diretta delle direttive: la Corte di Giustizia europea, ha affermato in plurime occasioni, che le direttive contenenti disposizioni sufficientemente precise e per le quali sia decorso inutilmente il termine per l'adempimento, producono immediati effetti nell'ordinamento interno dello Stato membro.

Esistono poi diversi accordi collettivi, sollecitati dal governo francese, che disciplinano il lavoro notturno delle donne nei settori in cui esso è più diffuso. In punto di fatto, il governo francese sottolinea come ormai si riscontri una prassi di costante disapplicazione dell'art. 213-1 del Code du Travail e quindi di sostanziale ottemperanza alla direttiva comunitaria. La Corte di Giustizia respinge tali argomentazioni. Il nucleo della motivazione risiede nella riaffermazione del principio per cui "l'incompatibilità di una normativa nazionale con le disposizioni comunitarie persino direttamente applicabili, può essere definitivamente soppressa solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare (...). Le disposizioni di una direttiva devono essere attuate con efficacia congrua, incontestabile, con la specificità, la precisione e la chiarezza necessarie per garantire pienamente la certezza del diritto"⁵⁶⁸; neppure l'automatica prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno assicurata dal principio dell'efficacia diretta delle direttive e quindi della conseguente disapplicazione della norma nazionale con esse in contrasto, è sufficiente alla Corte di Giustizia europea.

⁵⁶⁷ Cfr. SANTORO PASSARELLI "L'applicabilità e l'efficacia diretta nell'ordinamento italiano delle norme comunitarie in materia di lavoro" in Arg.Dir.Lav., 1995, pp.53.

⁵⁶⁸ Punti 14 e 15 della Sentenza 13 marzo 1997, causa – 194/96, Commissione delle Comunità europee, c. Repubblica francese, Foro it. 1998, n.2, pp.50.

Essa esige la modifica o l'abrogazione della disciplina interna. L'obiettivo, dunque, è quello di garantire una decisa integrazione fra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, non già tramite il sostanziale ossequio ad esso, ma anche tramite la sua formale ricezione⁵⁶⁹.

La preoccupazione, chiaramente espressa in motivazione, è quella di assicurare la certezza del diritto ovvero che lo strumento utilizzato per dare attuazione alla direttiva ponga in condizione tutti i destinatari di valutare la portata delle loro posizioni soggettive.

Con la decisione del 4 dicembre 1997⁵⁷⁰ si chiude anche nei confronti della Repubblica italiana la procedura di infrazione promossa nel marzo del 1994, ex art. 169 del Trattato Ue della Commissione Europea.

La Corte di Lussemburgo ha dichiarato inadempiente il nostro paese, per non aver emanato i provvedimenti necessari ad eliminare l'incompatibilità dell'art.5 della direttiva n.207/76, con ciò mantenendo in vigore nel proprio ordinamento, disposizioni che stabiliscono il divieto di lavoro notturno delle donne, mentre analogo divieto non vige per gli uomini.

Di rilievo le osservazioni mosse dalla sentenza che qui si commenta⁵⁷¹ al controricorso presentato dalla Repubblica italiana ove quest'ultima sostiene, da un lato, che il divieto di lavoro notturno, pur se derogabile, è stato mantenuto in vigore al fine di garantire il rispetto di quelle esigenze di ordine personale e familiare, di cui all'art. 2,

⁵⁶⁹ Cfr. CARINCI "Divieto di lavoro notturno per le donne: una prevedibile imminente condanna della Corte" in Lav. Giur. 1997, n.9, pp.736.

⁵⁷⁰ Corte Giustizia Comunità Europea sentenza 4 dicembre 1997 causa c-207/96; Commissione delle Comunità europee c.Repubblica italiana, in Foro it., 1998, n.2 pp.50.

⁵⁷¹ Corte Giustizia Comunità Europea sentenza 4 dicembre 1997 causa c-207/96; Commissione delle Comunità europee c.Repubblica italiana, in Foro it., 1998, n.2 pp.50.

comma 3, della direttiva 207/76 e in base alla nostra Costituzione, pongono risalto l'importanza decisiva e dall'altro, che i singoli sono legittimati a far valere direttamente l'art.5 della direttiva dinanzi ai giudici nazionali finché fosse disapplicata la legge italiana⁵⁷². La risposta della Corte è apparsa in linea con l'orientamento già manifestato nella sentenza che condannava la Francia.

Non è infatti mancata dottrina che, alla luce di tale decisione della Corte, abbia ritenuto possibile concludere che sarebbe stata confermata autorevolmente la tesi relativa alla c.d. efficacia "orizzontale" delle direttive, quanto meno con riguardo a quelle direttive i cui contenuti siano sufficientemente circostanziati e dettagliati: esse pertanto dovrebbero essere ritenute idonee a produrre effetti non solo nei confronti degli Stati membri, ma anche nell'ambito di rapporti interpretati⁵⁷³. Vi è da chiedersi se indicazioni di tal genere siano presenti nella sentenza: nella specie, infatti, il rischio è quello di attribuire alle parole della Corte un significato ulteriore, prescindendo dalle ragioni per le quali esse sono state pronunciate⁵⁷⁴.

Quello che si può dire con sicurezza, che la Corte di Giustizia ha voluto ricordare con una sua costante giurisprudenza a mente della quale pure a fronte di normative comunitarie direttamente applicabili, "l'incompatibilità di una normativa nazionale con le disposizioni comunitarie (..) può essere definitivamente eliminata solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare".

⁵⁷² Una difesa del genere, con risultati altrettanto nulli, era stata tentata, come abbiamo visto dalla Francia, nell'ambito della procedura d'infrazione attivata dalla Commissione nei suoi confronti: si v. il punto 12 della sentenza 13 marzo 1997 in Lav. Giur. 1997, pp.734.

⁵⁷³ Cfr. FOSSATI C. "Lavoro notturno per le donne", in Dir.Prat.Lav. , n. 7 /1998, pp. 403 ss.

⁵⁷⁴ Cfr. DEL DEO "Divieto di lavoro notturno delle donne e parità" in Lav.Giur. 1998, n.4, pp.299.

E' alla luce di questa premessa, e solo come rafforzamento della tesi in essa contenuta, che si può intendere la successiva affermazione della Corte, secondo la quale "l'obbligo del Giudice nazionale di garantire la piena efficacia dell'art.5 della direttiva n. 207/76, disapplicando qualsiasi disposizione nazionale contraria, non può avere l'effetto di modificare una norma legislativa".

La Corte ribadisce, dunque, ai fini del corretto adeguamento del diritto interno a quello comunitario, l'insufficienza di prassi nazionali disapplicative, siano di origine giudiziale o negoziale o amministrativa richiede, per contro provvedimenti legislativi specifici, che assicurino certezza nel diritto⁵⁷⁵.

Non a caso, infatti, la Corte di Giustizia si è preoccupata di sottolineare che "a causa del mantenimento in vigore della legge italiana, gli interessati si trovano in uno stato di incertezza riguardo alla loro situazione giuridica e sono esposte ad azioni penali ingiustificate"⁵⁷⁶.

Nel contesto di una procedura di infrazione quest'ultimo rilievo è sicuramente determinante⁵⁷⁷: quel che conta è l'arbitrarietà dell'azione penale cui può restare esposto il singolo per comportamenti non censurabili dal punto di vista del diritto comunitario. Si aggiunga che, nel caso in esame le considerazioni della Corte non possono essere neppure ridimensionate valutandole alla stregua di mere affermazioni di principio.

⁵⁷⁵ Cfr. RICCI "L'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario" in *Lav.Dir.* 1998, pp. 92.

⁵⁷⁶ Punto 27 della Sentenza 4 dicembre 1997 causa c-207/96; Commissione delle Comunità europee c.Repubblica italiana, in *Foro it.*, 1998, n.2 pp.50.

⁵⁷⁷ Cfr. ROCCELLA "Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia delle direttive comunitarie: fine della storia?", in *Riv.Giur.Lav.Pre.Soc.*, 1998, n.3, pp. 327.

A ciò si pone, infatti, l'atteggiamento del legislatore italiano del 1994; quando ormai era chiarissimo che la normativa in materia di divieto di lavoro notturno femminile necessitava di un profondo ripensamento, è intervenuta a confermare, in qualche modo anzi, irrobustendo la sanzione penale previgente⁵⁷⁸.

Quanto alla questione dell'efficacia delle direttive, si deve recisamente escludere che le argomentazioni espone dalla Corte di Giustizia, rafforzano autorevolmente la posizione assunta dalla Corte di Cassazione con la sentenza n.1271 /1995⁵⁷⁹, precludendo la possibilità di sostenere ancora, in giudizio, la inapplicabilità alla realtà italiana del principio sancito contro la Francia nella sentenza Stoeckel⁵⁸⁰.

Simili asserzioni non soltanto risultano prive di serie riscontri nella sentenza che si sta discutendo, ma trovano inevitabile smentita in altra sentenza resa in pari data con riguardo al "Kampelmann"⁵⁸¹, nella quale la Corte chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale su alcune disposizioni della direttiva n.91/533 (relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al rapporto di lavoro) ha, fra l'altro confermato per l'ennesima volta la propria tradizionale dottrina sull'efficacia diretta (solo) verticale delle direttive comunitarie.

⁵⁷⁸ Si ricordi che in luogo dell'ammenda prevista dalla versione originaria dell'art. 16 comma secondo legge n. 903/77, l'art.29 comma 49 del D.Lgs. 19 dicembre 1994 n.758 ha stabilito che la violazione del divieto di lavoro notturno femminile sia "punita con l'arresto da 2 a 4 mesi o con l'ammenda da lire un milione a lire cinque milioni".

⁵⁷⁹ In Dir.Prat.Lav. 1995, n. 25, pp.1680.

⁵⁸⁰ E' la tesi di FOSSATI C. "Lavoro notturno per le donne", in Dir.Prat.Lav. , n. 7 /1998, pp. 403 ss., che però trascura di evidenziare i contenuti della sentenza della Cass. N.11571 del 1997, che come abbiamo visto nei precedenti paragrafi, esclude l'efficacia orizzontale delle direttive.

⁵⁸¹ Corte di Giustizia 4 dicembre 1997, cause riunite c-253/96 c-258/96 in Dir.Rel.Ind., 1998, n.3, pp.105 ss.

Con riguardo della pretesa efficacia “orizzontale” delle direttive, non resta ormai più nulla da dire sin quando la Corte di Giustizia non dovesse davvero convincersi a mutare la propria giurisprudenza.

Sotto altro aspetto la sentenza di condanna della Corte di Giustizia dovrebbe aver definitivamente persuaso il legislatore italiano dell'impossibilità di tergiversare ulteriormente sulla questione del divieto di lavoro notturno femminile.

L'esigenza di adeguamento della nostra normativa in materia è stata accolta con sensibilità dall'Avviso Comune concordato fra sindacati e Confindustria il 12 novembre 1997 in ordine al recepimento della direttiva n.93/104⁵⁸². Essa contiene, infatti, i principi di regolamentazione del lavoro notturno non soltanto sessualmente neutri, ma anche tendenti a salvaguardare l'esigenze personali e familiari dei lavoratori interessati⁵⁸³. L'accordo è stato poi travolto dalle vicende legate al dibattito sulla riduzione dell'orario settimanale a 35 ore. Ad ogni modo, è evidente che attorno al divieto di lavoro notturno, si debba trovare una soluzione equilibrata, ispirata dalla consapevolezza che, a fronte di un problema così delicata, il principio di uguaglianza non si presta ad applicazioni meccaniche, attraverso interventi meramente deregolativi, ma va più convincentemente sostenuta attraverso una nuova regolamentazione in grado di coniugare parità di trattamento e persistenti esigenze di tutela.

⁵⁸² Si fa rinvio al Primo Capitolo, paragrafo 3.

⁵⁸³ Oltre alle lavoratrici in maternità, l'accordo prevede che siano esclusi dal lavoro notturno i lavoratori dichiarati inidonei dalle competenti strutture sanitarie pubbliche; le lavoratrici o alternativamente i lavoratori (coniugi o conviventi) che abbiano a carico un bambino fino al terzo anno di età; nonché, alle medesime condizioni, le lavoratrici o i lavoratori che abbiano a carico e conviventi soggetti handicappati ai sensi della legge n.104/1992.

Con la legge comunitaria sul lavoro notturno, con l'art.17 della legge n.25 del 1999⁵⁸⁴, l'Italia finalmente decide di adeguarsi all'indirizzo espresso già da tempo dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee sul lavoro notturno delle donne e al contempo pone le premesse per una regolamentazione del lavoro notturno per tutti i lavoratori secondo quanto previsto dalla direttiva n. 93/104⁵⁸⁵ concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro. Il legislatore interviene su questi due punti con tecniche diverse; il lavoro notturno delle donne viene direttamente regolamentato dal primo comma dell'art.17 della legge n.25/1999 attraverso una riscrittura dell'art. 5 della legge n. 903/77; per il lavoro notturno in genere invece si è preferito delegare al Governo a emanare entro sei mesi, uno o più decreti legislativi informati a principi e criteri già espressi dalla direttiva comunitaria, e ribaditi o specificati anche nell'Avviso Comune di Confindustria CGIL, CISL, e UIL del 12 novembre 1997⁵⁸⁶.

Il testo dell'articolo 17 della legge comunitaria n.25/1999⁵⁸⁷ è il seguente:

⁵⁸⁴ Legge 5 febbraio 1999 n.25 in Gazzetta Ufficiale n. 35 del 12 febbraio 1999, supplemento ordinario n.33/L.

⁵⁸⁵ In G.U.C.E dicembre 1993, I, L. 307/18.

⁵⁸⁶ Si può leggere in Dir.Prat.Lav. 1998, n. 34, pp. XXXII dell'inserto.

⁵⁸⁷ Legge n.25 del 1999 in Dir.Prat.Lav. 1999, n.1, pp. 743, e in Guida al lavoro, n.9/1999, pp. 22 ss.

“1. Al fine di adeguare l’ordinamento nazionale alla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee 4 dicembre 1997, l’articolo 5 della L.9 dicembre 1977 n.903 è sostituito dal seguente:

“Art. 5 – 1. E’ vietato adibire le donne al lavoro, dalle ore 24 alle ore 6, dall’accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino.

2. Il lavoro notturno non deve essere obbligatoriamente prestato:

- a) dalla lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o alternativamente dal padre convivente con la stessa;
- b) dalla lavoratrice o dal lavoratore che sia l’unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni;
- c) dalla lavoratrice o dal lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della L 5 febbraio 1992 n.104 e successive modificazioni”.

2. Fino all’approvazione della legge organica in materia di orario di lavoro, il Governo è delegato a emanare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di lavoro notturno, informati ai seguenti principi e criteri direttivi:

- a. assicurare che l’introduzione del lavoro notturno sia preceduta dalla consultazione delle parti sociali e dei lavoratori interessati, nonché prevedere che la normativa si rivolga a tutti i lavoratori e le lavoratrici sia del settore privato che del settore pubblico, sulla base di accordo tra le parti sociali;
- b. rinviare alla contrattazione collettiva la previsione che la prestazione di lavoro notturno determini una riduzione dell’orario di lavoro settimanale e mensile ed una maggiorazione retributiva;
- c. prevedere che, sia nel settore manifatturiero che negli altri settori, sia nel settore privato che nel settore pubblico, al lavoro notturno siano adibiti con priorità assoluta i lavoratori e le lavoratrici che ne facciano richiesta, tenuto conto delle esigenze organizzative aziendali;

- d. prevedere che ulteriori limitazioni al lavoro notturno, nei confronti di lavoratori dipendenti, possano essere concordate in sede di contrattazione collettiva;
 - e. prevedere che l'introduzione del lavoro notturno sia accompagnata da procedure sulla sorveglianza sanitaria preventiva e periodica per accertare l'idoneità dei lavoratori interessati;
 - f. garantire, anche attraverso la contrattazione, il passaggio ad altre mansioni o altri ruoli diurni in caso di sopraggiunta inidoneità alla prestazione di lavoro notturno;
 - g. garantire l'informazione sui servizi per la prevenzione e la sicurezza, nonché la consultazione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, per le lavorazioni che comportano rischi particolari;
3. Lo schema o gli schemi di decreto legislativo di cui al comma 2 sono trasmessi alle competenti Commissioni parlamentari che esprimono il parere entro 30 giorni⁵⁸⁸.

L'intervento legislativo introduce un netto cambio di prospettive nel nostro ordinamento, che fino a ieri, a fronte di un divieto pur se derogabile di lavoro notturno per le donne, non prevedeva alcun vincolo per i lavoratori di sesso maschile.

⁵⁸⁸ Per un commento del punto 2 e 3 del presente articolo si fa rinvio al Primo Capitolo, par. 3.3.

4 - La modifica dell'art.5 L.n.903/1977: il divieto di lavoro notturno delle lavoratrici madri e il “non obbligo” di lavoro notturno per le lavoratrici e i lavoratori con esigenze familiari e di cura.

Il lungo percorso⁵⁸⁹ giurisprudenziale del lavoro notturno delle donne, e le difficoltà di comprensione e coesione sull'argomento, da parte del diritto comunitario e del diritto italiano, sembrano aver raggiunto una situazione di stabilità con la L. n. 25 del 5 febbraio 1999⁵⁹⁰.

Si deve riconoscere che, con l'art. 17 della L.n. 25/1999 il legislatore italiano, non ha perduto la buona occasione che gli si presentava, dato che, invece di limitarsi ad abrogare i primi due commi dell'art. 5 L.n.903/77, come sarebbe stato sufficiente nella prospettiva del diritto comunitario, ha emanato una più articolata disciplina, attenta al rispetto del principio di parità nel lavoro, ma anche alla “funzione familiare” che la maggioranza delle donne comunque svolge, e attenta infine ad aprire qualche spiraglio per la possibilità di una equa (o meno diseguale) distribuzione dei compiti familiari.

La L.n. 25/1999 ha perciò stabilito un principio importante in materia: sia per l'ovvia e finalmente realizzata parità effettiva, prima sopraffatta dal sistema garantistico, sia anche per la cautela con cui ha affrontato il problema⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Cfr. CLARA E: “Lavoro notturno delle donne: attuazione della direttiva Ce n. 76/207” in *Mass.Giur.Lav.*, n.5 /2000, pp.576.

⁵⁹⁰ Ovvero il testo vigente dell'art.5, comma 1 e 2 della legge 9 dicembre 1977 n.903 (Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro), come sostituito dall'art.17, comma 1 della L. 5 febbraio 1999 n.25 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee -legge comunitaria 1998).

⁵⁹¹ Cfr. MATTAROLO “La “Legge Comunitaria” sul lavoro notturno” in *Lav.Giur.* n.4/1999, pp.305.

Altrettanto rilevante è l'impiego della dizione prudenziale "il lavoro notturno non deve essere obbligatoriamente prestato" (che precede i casi di divieto), chiaramente indicatrice di una intenzione di adattamento alla volontà dei soggetti interessati e non –non più- di una imposizione di divieto, spesso non apprezzata neppure dalle destinatarie della tutela⁵⁹². Anzi, essa è stata fonte di problemi giuridici ulteriori, nel sistema sindacale italiano, quali l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che rimuovono il divieto di lavoro notturno per le donne e l'ammissibilità del rifiuto quando concordato in azienda da parte di lavoratrici aderenti ai sindacati stipulanti⁵⁹³.

Il nuovo articolo 5 della L.n. 903/77, al primo comma, non prevede più il generico divieto di adibire le donne a turni di lavoro compresi nell'intervallo temporale h. 24 – h.6, ma si limita semplicemente a restringere il campo di azione della interdizione delle donne madri, "dall'accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino" a conferma della già riconosciuta tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici gestanti e puerpere prevista dall'art.6 D.Lgs. 25 novembre 1996, n.645, con la quale è stata recepita la direttiva comunitaria n.92/85⁵⁹⁴.

⁵⁹² Si è posto fine, cioè, ad un divieto che poteva determinare un "irragionevole riduzione delle possibilità di lavoro delle donne rispetto agli uomini".

⁵⁹³ Cassazione 24 aprile 1993, n. 4802, in Mass. Giur.Lav. 1993, pp. 353. Cfr. CLARA E: "Lavoro notturno delle donne: attuazione della direttiva Ce n. 76/207" in Mass.Giur.Lav., n.5 /2000, pp.576.

⁵⁹⁴ La stessa direttiva europea n.92/1985 sul "miglioramento della sicurezza e della salute sul luogo di lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento" stabilisce il non obbligo a svolgere un lavoro notturno durante la gravidanza o nel periodo successivo al parto, periodo che dovrà comunque essere individuato dalla rispettiva autorità nazionale competente per la sicurezza e la salute, "con riserva della presentazione, secondo modalità stabilite dagli Stati membri, di un certificato medico che ne attesti la necessità per la sicurezza o la salute della lavoratrice interessata" (art.7 dir.).

Dal raffronto con l'articolo precedente, si nota immediatamente che il legislatore ha modificato il termine iniziale, sia finale del divieto: infatti non si parla più di "inizio dello stato di gravidanza", ma di "accertamento dello stato di gravidanza"; inoltre tale divieto decorre "fino al compimento di un anno di età del bambino", termine nettamente superiore al precedente, che si limitava alla non ammissione di deroghe "fino al compimento del settimo mese di età del bambino"⁵⁹⁵. Sembra che la "liberalizzazione" del lavoro notturno femminile in genere si sia voluta in parte bilanciare con maggiori vincoli a favore delle lavoratrici madri; una scelta, questa, che può essere condivisa. Ma si deve sottolineare che l'allungamento del periodo tutelato sembra mutare, in parte, la *ratio* del divieto di lavoro notturno per le madri. Il limite del compimento del settimo mese di età del bambino, infatti, corrispondeva soprattutto ad una logica di tutela della salute della donna coerente con l'art. 3 della L.n.1204/1971 che vieta i lavori faticosi, pericolosi e insalubri fino a sette mesi dopo il parto⁵⁹⁶; il divieto di lavoro notturno fino ad un anno di età del figlio tiene invece maggiormente conto di esigenze di cura, di tranquillità della madre, del rapporto tra madre e figlio, sottolineate più volte dalla Corte Costituzionale ed espresse anche dalle norme che, appunto fino ad un anno di età del bambino, prevedono l'astensione facoltativa e i permessi giornalieri⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ Cfr. PUNTIN L. "Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in Lav. Giur., n.3/2000, pp.219 ss.

⁵⁹⁶ A quell'articolo si richiama anche "l'avviso comune" espresso con l'accordo tra Confindustria e confederazioni del 12 novembre 1997 per definire il termine della esclusione delle lavoratrici madri dal lavoro notturno.

⁵⁹⁷ Cfr. MATTAROLO "La "Legge Comunitaria" sul lavoro notturno" in Lav.Giur. n.4/1999, pp.305.

Siamo di fronte ad un atteggiamento ambivalente del legislatore: da una parte respinge completamente il divieto precedente, dall'altro cerca di tutelare maggiormente le lavoratrici madri⁵⁹⁸, altrimenti si potrebbe correre il rischio di ottenere indirettamente una discriminazione nei confronti dei lavoratori di sesso maschile⁵⁹⁹. E' da sottolineare, come questa nuova norma accentui la caratteristica protettiva della legislazione italiana sulle lavoratrici madri, che è appunto una legislazione di particolare tutela. In sede comunitaria, invece, le tutele sono più basse e flessibili. Certo non si discute, neppure a livello comunitario, che una legislazione di tutela della lavoratrice, legata al fatto biologico della maternità sia necessaria e ineludibile; quello che è ancora in discussione è quale debba essere il punto di equilibrio tra parità e tutela, ossia quando la protezione, che pure è necessaria, delle lavoratrici madri, sia eccessiva e finisca pertanto per indurre conseguenze discriminatorie.

La stessa direttiva comunitaria n.76/207, relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento, afferma esplicitamente che tale principio "non pregiudica le disposizioni relative alla posizione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità". D'altra parte, la stessa direttiva n.92/85, disciplina, limitandolo, il lavoro notturno delle donne in maternità.

⁵⁹⁸ L'estensione temporale del divieto di lavoro notturno per le donne in stato di gravidanza e puerpere supera la stessa durata del divieto di interdizione dai lavori pericolosi, faticosi ed insalubri stabilito dall'art.3, primo comma della L.n. 1204/1971, a conferma della maggiore attenzione rivolta dal legislatore al rapporto fisico psicologico tra madre e figlio nel primo anno di vita.

⁵⁹⁹Cfr. PUNTIN L. "Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in Lav. Giur., n.3/2000, pp.219 ss.

Si è più volte sottolineato da parte della dottrina che questa direttiva n.92/85, anche in riferimento al lavoro notturno, ritiene necessarie solo misure di tutela “debole” secondo la formula ambigua del “non obbligo” piuttosto che del “divieto”⁶⁰⁰. E’ vero che la stessa direttiva esclude che essa possa “avere per effetto un abbassamento del livello di protezione” delle lavoratrici madri “rispetto alla situazione esistente in ogni Stato membro alla data della sua adozione”; ma è anche vero che il legislatore italiano, con il nuovo art.5, L. n. 903/77, ha introdotto, su questo punto, una rigidità e una tutela per certi versi maggiore, e quindi ha “alzato” il livello di protezione⁶⁰¹.

L’assoluto e inderogabile divieto di lavoro notturno per le donne in maternità, esteso ora in Italia fino al compimento di un anno di età del bambino, pare porsi, pertanto, non del tutto in linea con l’ispirazione di fondo del legislatore comunitario e della Corte di Giustizia che, in materia di lavoro femminile, adottano una concezione della parità di trattamento che lascia minor spazio alle esigenze specifiche delle lavoratrici madri per le quali, in fondo, l’unica normativa inderogabile riguarda aspetti strettamente connessi con la tutela della salute⁶⁰². Il timore, espresso già da tempo dalla dottrina, che il legislatore italiano vi si uniformasse, con un abbassamento delle tutele, si è quindi rilevato in questo caso infondato.

⁶⁰⁰ Cfr. ADINOLFI – BORTONE “Tutela della salute e lavoratrici madri dopo la direttiva 92/85” in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1994, 361 ss.

⁶⁰¹ Cfr. MATTAROLO “La “Legge Comunitaria” sul lavoro notturno” in *Lav.Giur.* n.4/1999, pp.305.

⁶⁰² Cfr. BALLESTRERO “Maternità” in *Dig. Disc.priv.*, sez. Comm. ,1993, spec., pp.343ss.

Resta da vedere come potrebbe essere giudicata la nuova normativa in sede comunitaria; si deve comunque sottolineare che non risulta che la Corte di Giustizia abbia mai considerato contrarie al principio di eguaglianza norme protettive delle lavoratrici madri e sembra pertanto che domandi tuttora ai singoli Stati la individuazione del punto di equilibrio tra tutela e parità, quanto meno per questo aspetto del lavoro femminile⁶⁰³.

Il legislatore ha poi previsto tutta una serie di ipotesi in cui è possibile limitare il lavoro notturno. Al già citato rigoroso e tassativo divieto di lavoro notturno, si aggiungono tre casi nei quali sussiste il *non obbligo* alla prestazione di lavoro durante il periodo notturno.

In base al nuovo art.5, secondo comma della legge n.903/77: non sono obbligati⁶⁰⁴ a passare dai turni diurni a turni notturni “la lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o dal padre convivente con la stessa” (lettera a), “la lavoratrice o il lavoratore che sia l’unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore ai dodici anni” (lettera b) e “la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della L. 5 febbraio 1992, n. 104 e successive modificazioni” (lettera c)⁶⁰⁵.

Prima di esaminare le singole ipotesi di possibile esonero dal lavoro notturno, sembra utile una osservazione di carattere generale.

⁶⁰³ Cfr. MATTAROLO “La “Legge Comunitaria” sul lavoro notturno” in Lav.Giur. n.4/1999, pp.305.

⁶⁰⁴ Cfr. MATTAROLO, cit., 309-310 afferma che il “non obbligo” di lavorare di notte non equivale al diritto a lavorare di giorno, anche se la *ratio* della disposizione non è quella di permettere una ulteriore astensione dal lavoro notturno, ma quella di garantire la possibilità di lavorare durante le ore diurne.

⁶⁰⁵ Cfr. PUNTIN L. “Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva” in Lav. Giur., n.3/2000, pp.219 ss.

La norma, nella sua formulazione, sembrerebbe presupporre, come regola generale, la facoltà del datore di lavoro di fissare (e variare) unilateralmente la distribuzione dei tempi di lavoro esercitando il suo potere direttivo⁶⁰⁶; se così è, essa avrebbe come destinatari, in primo luogo, lavoratori “diurni” che il datore di lavoro intenda spostare ad altro orario che comprenda anche l’intervallo dalle 24 alle 6; la legge afferma che non sono comunque obbligati ad eseguire quell’ordine i dipendenti che si trovino nelle situazioni di cui alle lettere a), b), c); ne consegue che essi avranno diritto a mantenere il precedente orario di lavoro. Ma la norma ha come destinatari, sicuramente, anche i dipendenti che normalmente, per contratto, lavorano in orario notturno. Con riguardo soprattutto a questa seconda ipotesi, la formulazione della norma al negativo – il lavoro notturno non deve essere obbligatoriamente prestato – è molto ambigua perché, a rigore, il “non obbligo” di lavorare di notte non equivale al “diritto” a lavorare di giorno. Molto più chiaro sarebbe stato se il legislatore avesse esplicitamente previsto, in tal caso, il diritto del lavoratore al passaggio (temporaneo) al lavoro diurno anche, evidentemente, con altre mansioni purché equivalenti. Nonostante la formulazione ambigua, peraltro, l’interpretazione della norma deve essere senza dubbio in questo senso, sia per un principio di parità di trattamento dei lavoratori con le stesse esigenze familiari, sia perché la *ratio* della disposizione non è quella di permettere una ulteriore “astensione facoltativa” dal lavoro (se questo è notturno), ma quella di garantire comunque, ai soggetti indicati, di poter lavorare in ore diverse da quelle notturne⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Questa del resto sembra l’opinione dominante, condivisa dalla Cassazione; in dottrina, contra, Ichino “L’orario di lavoro e riposi”, 1987, spec. P.68.

⁶⁰⁷ Cfr. MATTAROLO “La “Legge Comunitaria” sul lavoro notturno” in Lav.Giur. n.4/1999, pp.305.

Tornando dunque alle singole ipotesi prima citate, nella lettera a) il legislatore ha voluto privilegiare il rapporto madre-figlio, in quanto tale possibilità spetta *in primis* alla lavoratrice madre (naturale o affidataria⁶⁰⁸) di un bambino di età inferiore a tre anni e, solo in secondo luogo, al padre convivente⁶⁰⁹, nel caso in cui la madre rinunci ad esercitare tale diritto⁶¹⁰.

Qualora invece vi sia un unico genitore affidatario del minore, la lettera b) stabilisce che egli possa rifiutare il lavoro notturno fino al compimento dei dodici anni del figlio; in questo caso il diritto spetta, ovviamente, in via autonoma anche al padre. Non si comprende, peraltro, perché in questo caso vengano in considerazione le esigenze di assistenza e cura dei figli fino al compimento del dodicesimo anno, mentre nell'ipotesi prevista alla lettera a) il lavoro notturno può essere rifiutato solo fino a che il figlio ha meno di tre anni; insomma, se i genitori convivono e hanno un figlio dai tre ai dodici anni possono essere costretti entrambi a prestare lavoro di notte mentre, se non convivono, si garantisce comunque una assistenza notturna al minore fino ai dodici anni.

⁶⁰⁸ Tale possibilità spetta innanzitutto alla madre, per tale dovendosi intendere anche quella adottiva o affidataria, posto che, nonostante la norma non ne faccia esplicita menzione, sia la L.n.903/77, sia numerose sentenze della Corte Costituzionale hanno costantemente riconosciuto alle madri adottive o affidatarie gli stessi diritti delle madri naturali qualora tali diritti non siano strettamente in funzione di esigenze di tutela della salute della donna connesse alla gravidanza e al parto. Poiché nella norma in questione le esigenze da tutelare sono quelle di cura del minore, è evidente che una interpretazione restrittiva della norma sarebbe illogica e, soprattutto, incostituzionale.

⁶⁰⁹ Anche in questo caso per padre convivente si intende il padre naturale, adottivo o affidatario. E' necessario comunque che entrambi i genitori siano stati adibiti a turni notturni per poter rientrare nel caso delineato dalla legge. Il diritto del padre, peraltro, è solo "alternativo": il che significa, secondo l'interpretazione corrente, che egli può esercitarlo solo qualora la madre sia titolare dello stesso diritto e rinunci ad esercitarlo; il diritto del padre è dunque un diritto derivato. La logica sembra la stessa della L.n.903/77, che estende al padre "in alternativa alla madre" il diritto di astensione facoltativa e per malattia del bambino di età inferiore a tre anni di cui all'art.7, L.1204/1971.

⁶¹⁰ Cfr. PUNTIN L. "Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva" in Lav. Giur., n.3/2000, pp.219 ss.

E' evidente una disparità di trattamento di fronte a situazioni oggettivamente equivalenti (almeno dal punto di vista delle esigenze del figlio), disparità che, peraltro, non sembra facilmente superabile in via interpretativa⁶¹¹.

In ultimo, è prevista la possibilità, non contemplata invece dal diritto comunitario in esame, di non venire adibiti a turni notturni, qualora il lavoratore o la lavoratrice abbia a carico, ovvero debba assistere un soggetto disabile. Per la definizione di soggetto disabile e, anche per la definizione di soggetto a carico, si rinvia alla L.n.104/1992 relativa alla “assistenza, integrazione sociale e diritti delle persone handicappate⁶¹²”. E' necessario che la vivenza a carico sia da interpretarsi in base a tale legge, perché ciò che deve contare ai fini dell'esonero dal lavoro notturno non è il fatto che il lavoratore, o la lavoratrice, siano tenuti al mantenimento del disabile, ma il fatto che essi abbiano compiti di assistenza nei suoi confronti⁶¹³.

La legge di riferimento (L.n.104/1992), quindi, non dà una vera e propria definizione di soggetto handicappato (la legge non parla infatti di disabile) e pertanto non risulta possibile individuare con precisione il significato attribuito dal legislatore allo stesso, dato che questo si limita ad evidenziare, a seconda della gravità, diverse forme di handicap, differenziate dal punto di vista dell'intensità degli interventi assistenziali necessari.

⁶¹¹ Cfr. MATTAROLO “La “Legge Comunitaria” sul lavoro notturno” in Lav. Giur. n.4/1999, pp.305.

⁶¹² In particolare l'articolo3 della legge n.104/1992 definisce come persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, sensibilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione.

⁶¹³ Cfr. PUNTIN L. “Lavoro notturno: normativa italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva” in Lav. Giur., n.3/2000, pp.219 ss.

Anche il concetto di “disabile” può creare qualche difficoltà interpretativa. In primo luogo la L.n.104/92 non usa mai quel termine, ma quello forse più crudo di persona handicappata; nel nostro caso, peraltro, si deve presumere che le due espressioni siano sinonimi. In secondo luogo la stessa legge non definisce una volta per tutte il disabile (o handicappato) ma distingue tra situazioni che assumono “connotazione di gravità” per le quali si rende necessario un intervento assistenziale permanente, e altre situazioni meno gravi. La stessa legge prevede alcune facilitazioni sul lavoro per i genitori o per i familiari di “persone con handicap in situazione di gravità “ (art. 33, comma 1 e 3) e altre facilitazioni per chi assiste parenti o affini “semplicemente” handicappati (art. 33, comma 5). Non esiste quindi un punto di riferimento univoco per l’individuazione di chi sia il “soggetto disabile a carico ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n.104”.

La conclusione più semplice e coerente con la *ratio* della norma in commento, sembra ricavabile dal comma 3 dell’art.33 L.n.104/1992, che riguarda pur sempre facilitazioni relative al “tempo di lavoro” per i genitori di “minori con handicap in situazioni di gravità” o per colui che “assiste una persona con handicap in situazione di gravità, parente o affine entro il terzo grado, convivente”⁶¹⁴.

⁶¹⁴ Cfr. MATTAROLO “La “Legge Comunitaria” sul lavoro notturno” in Lav.Giur. n.4/1999, pp.305.

In tutti i casi considerati, quel che è certo è che il datore di lavoro ha l'obbligo di spostare la lavoratrice o il lavoratore a una mansione diurna, ma non quello di garantire l'equivalenza della stessa, posto che da tale obbligo non può derivarne, in capo al soggetto datoriale, di modificare l'organizzazione aziendale allo scopo di creare nuove mansioni compatibili con la situazione della lavoratrice o del lavoratore. Pertanto, nelle ipotesi in cui lo spostamento abbia carattere temporaneo, deve ritenersi applicabile per analogia, stante l'identità di *ratio*, l'art.3, comma 4, legge 1204/1992, per il quale le lavoratrici in maternità che svolgono attività pericolose possono essere adibite anche a mansioni inferiori a quelle abituali, salvo la garanzia della retribuzione e della qualifica antecedente. Fermo restando che, per costante orientamento giurisprudenziale⁶¹⁵, la garanzia concerne il trattamento retributivo di base, con esclusione, quindi, delle maggiorazioni per lavoro notturno spettanti prima dell'adibizione a mansioni diurne. Siffatto regime di disciplina può applicarsi pure nelle ipotesi di lavoratore o lavoratrice con soggetto disabile a carico; con il limite, anche in questo caso, della transitorietà dell'adibizione a mansioni inferiori, per il datore di lavoro che, entro breve tempo, non destinerà nuovamente la lavoratrice o il lavoratore alle mansioni originarie, incorrerà in violazione dell'art. 2103 del codice civile⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Cassazione 8 settembre 1997, 8704, in Not. Giur., 1997, pp.602; Cassazione 10 novembre 1997, n.11106 in Rep. Foro it, 1997, voce Lavoro (rapporto) n.813; Cassazione 18 novembre 1997, n.11460, voce Lavoro (rapporto) n.1094.

⁶¹⁶ Cfr. RICCI "Lavoro notturno: le tappe della riforma", in Guida al lavoro, n.12/2000, pp.50ss.

Si ricorda, infine, che un primo “riconoscimento” giudiziale della nuova disciplina è contenuto in una sentenza della III sezione penale della Cassazione⁶¹⁷, che si è pronunciata in ordine ai confini di applicabilità della normativa previgente (l’abrogato art.5, legge 903/77) rispetto alla nuova disciplina introdotta dall’art.17, legge n.25/1999. La Corte di cassazione ha, infatti, statuito che per le violazioni della normativa occorse in epoca precedente l’entrata in vigore della riforma del 1999, non si applica, in sede penale, la nuova disciplina, bensì occorre fare ricorso al meccanismo di disapplicazione della normativa nazionale a quel tempo vigente (assolutamente praticabile in quanto trattasi nella specie di rapporto verticale fra Stato e cittadino), ciò producendo un effetto sostanziale di maggior tutela per l’imputato – datore di lavoro – (la legge n. 25/1999 prevede, come detto, una serie di fattispecie limitative del lavoro notturno sia per gli uomini che per le donne). Nella specie, afferendo il ricorso proposto in Cassazione fatti risalenti a epoca anteriore alla riforma del 1999, l’unico limite all’adibizione di personale femminile nei turni di notte poteva riguardare le lavoratrici madri, ma difettando qualsiasi forma di contestazione sul punto, la Corte di Cassazione ha concluso nel senso della non rilevanza dello stesso ai fini della soluzione della controversia penale⁶¹⁸.

Il capo II della norma in esame, art. 17 della n. 25/1999, funge da “legge di delega”, rinviando a un successivo decreto legislativo la definizione di una normativa organica in materia di lavoro notturno, secondo principi e criteri direttivi che sembrano direttamente ispirati alle previsioni della direttiva n.93/104/Ce⁶¹⁹.

⁶¹⁷ Cassazione penale 6 agosto 1999, n.9983, in *Dir.Prat. Lav.*, 1999, pp. 2657.

⁶¹⁸ Cfr. RICCI “Lavoro notturno: le tappe della riforma”, in *Guida al lavoro*, n.12/2000, pp.50ss.

⁶¹⁹ Si fa rinvio al Primo Capitolo.

Infatti solo di recente si è attuata tale direttiva con il nuovo D.Lgs. n. 66/2003 mantenendo nel caso specifico del lavoro notturno femminile le identiche disposizioni dettate dall'art. 17 della L. n. 25/1999 precedentemente esaminate⁶²⁰.

⁶²⁰ Si fa rinvio al Capitolo Secondo, par. 7. In conformità con la previsione dell'Accordo del 1997, viene rimessa ai contratti collettivi la determinazione dei requisiti il cui possesso può escludere i lavoratori dall'obbligo del lavoro notturno. Ne consegue che non sussistono più ipotesi di precedenza nell'adibizione al lavoro notturno, ma che la contrattazione collettiva può prevedere esclusioni. Viene inoltre specificato, in conformità al disposto dell'art. 53 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Tu delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità) che "non sono obbligati" a prestare lavoro notturno, ma possono rifiutare di compierlo indicati nell'art. 11 del D.Lgs. n.66/2003. Tali soggetti sono : la lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o, in alternativa, il lavoratore padre convivente con la stessa; la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni; e infine la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n.104. Un vero e proprio divieto riguarda invece, per il periodo dalle ore 24 alle ore 6, le lavoratrici, a partire dall'accertamento dello stato di gravidanza e fino al compimento di un anno di età del bambino.

BIBLIOGRAFIA

- Adinolfi – Bortone** “*Tutela della salute e lavoratrici madri dopo la direttiva 92/85*” in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1994, 361 ss.
- Arrigo G.** “*Il diritto del lavoro dell’unione Europea*”, Giuffrè, Milano, 2001.
- Ballestrero M.V.** “*Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle Donne*”, Bologna, 1979.
- Ballestrero M.V.** “*Dal divieto di lavoro notturno all’autodeterminazione delle donne*” in *Riv.Giur.Lav.*, 1992, I, pp.698.
- Ballestrero M.V.** “*Donne (lavoro delle*” in *Dig. Disc..priv., Sez. Com., vol. V*), Torino, 1990, pp. 161.
- Ballestrero M.V.** “*Orario di lavoro e riposi*” in *Enc.dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 618 ss.
- Balletti E.** “*I limiti temporali alla prestazione di lavoro*” in *Riv.Giur.Lav.*, 1991, pp. 44 ss.
- Baratta** “*Norme contenute in direttive comunitarie inattuata e la loro applicabilità ai singoli*” in *Riv.Dir.Int.*, 1989, pp. 253 ss.

- Barbera** *“Discriminazioni e uguaglianza nel rapporto di lavoro”*,
Milano, 1991, pp.110 ss.
- Bellieni** *“Lavoro notturno femminile e parità di trattamento:
l’applicazione della normativa comunitaria”* in *Dir. Lav.*
1993,n.2, pp311.
- Bellomo** *“Divieto di lavoro notturno delle donne e diritto
comunitario”* in *Riv.Giur.Lav. e Prev. Soc.* 1995, n.2,
pp.283.
- Bertozzi – Sambucini** *“Divieto di lavoro notturno per le donne e
normativaComunitaria”* in *Dir.Prat.Lav.*
n.21,1994
- Biagi M.** *“Lavoro notturno: normativa comunitaria e disciplina
nazionale”* in *Sinnea International* n.26/2000.
- Bianchi N.** *“Lavoro notturno: le nuove regole in Gazzetta”*, in *Guida
al lavoro*, n. 5/2000, pp.15ss
- Borgogelli** *“Contrattazione collettiva e parità di trattamento uomo-
donna: aspetti attuali e prospettive di un rapporto
difficile”*, in *Quad.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 1990, pp. 176.
- Borsi Pergoles** *“Trattato di diritto del lavoro”*, vol. 3, Padova, 1939,
pp. 305.
- Bortone R.** *“Il lavoro delle donne”* (a cura) di C.A. Graziani e I
Corti), Milano, 1996, pp.99.

- Bortone R.** “*Sub art.5 in commentario alla legge 9 dicembre 1997, n.903,*” in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1978, pp. 806.
- Bortone R.** “*Lavoratrici madri*” in *Enc.Giur. “Treccani”*, vol. XVIII, Roma, 1990.
- Boscati** “*La disciplina dell’orario nelle amministrazioni pubbliche tra legge e contrattazione collettiva*” in *Carinci, (a cura di) , Orario di lavoro , Ipsa, 2001, pp. 236.*
- Calo’** “*Contrasti giurisprudenziali sulla portata della nozione di efficacia delle direttive comunitarie*” in *Nuova Giur.Civ.Com. 1995,I , pp.838.*
- Capelli** “*I limiti della giurisprudenza comunitaria sull’efficacia delle direttive in materia sociale*” in *Dir. Com.Scamb.Int.*, 1994, pp.39.
- Capelli** “*Sulla direttiva della parità dei sessi delle lavoratrici notturne*” in *Dir.Com.Scamb.Int. 1996, pp.355 ss.*
- Carabelli e Leccese** “*Orario di lavoro: limiti legali e poteri della contrattazione collettiva*” in *Quaderni dir. lav. relazioni ind., L’orario di lavoro*”, 1995, 17, 70.
- Cardarello C.** “*Lavoro notturno:orario di lavoro delle donne e dei Minori, Tutela della salute inidoneità del lavoratore, rapporti sindacali, sanzioni*”, Milano, Giuffrè, 2000.

- Carinci F.** *“Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva”*, IPSOA, 2001 a cura di Alessandro Boscati.
- Carinci F.** *“Divieto di lavoro notturno per le donne: una prevedibile imminente condanna della Corte”* in *Lav. Giur.* 1997, n.9, pp.736.
- Carinci F.** *“Spunti sul dilemma del giudice fra norme interne e norme comunitarie”*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 1995, II, pp.556.
- Caruso** *“L’Europa sociale: quale percorso per il diritto?”*, in *R.G.L.* 1992, I, pp.309
- Celestino** *“La parità uomo-donna”*, inserto in *Dir.Prat.Lav.* 1990, XVIII, pp.9.
- Cester** *“Lavoro e tempo libero nell’esperienza giuridica”* in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n.17 /1995, pp.19 ss.
- Chiara** *“Parità e lavoro notturno in Europa”*, in *Dir.Prat.Lav.*, 1992, n.15, pp.1003.
- Circosta P.** *“La disciplina italiana e comunitaria del lavoro notturno femminile dopo la denuncia della Convenzione O.I.L. n.89/48”*, in *N.L.C.C.*, pp.208.

- Clara E.** *“Lavoro notturno: illegittimo il divieto per le donne nelle Aziende manifatturiere” in Mass.Giur.Lav.,n.5/2000.*
- Conforti** *“Sulle direttive delle Comunità Economica Europea” in Riv.Dir.Int.Priv.Pro. 1972, pp. 225.*
- Conforti** *“Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte Costituzionale”, nota a Corte Cost. 1975/232, in Foro it. 1976, 1, pp.542.*
- Conforti** *“Lezioni di diritto internazionale”, Napoli, 1995, pp.315.*
- Cordio R.** *“La disciplina del lavoro notturno” in Dir.prat.lav. n.5/2001.*
- Corradi L.** *“Il tempo rovesciato, quotidianità femminile e lavoro Notturmo alla Barilla”, Franco Angeli, Milano, 1994.*
- Cosio** *“Lavoro notturno e parità di trattamento” in Dir.Prat.Lav., n.41, 1992,pp.71 .*
- Daniele** *“L’efficacia diretta delle disposizioni comunitarie in materia sociale” a cura di Assanti “Dallo Statuto dei diritti dei lavoratori alla dimensione sociale europea”, Milano, 1991, pp.4.*
- Daniele** *“Novità intema di efficacia diretta delle direttive non attuate”, in Foro it., 1992, iv,pp.174.*

- Dattino** *“Il diritto di famiglia e il diritto di proprietà nella legislazione fascista”, in studi d’Amelio, Roma, 1933, pp.440.*
- D’Antona M.** *“Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell’Unione Europea”, in Riv.Triu.Dir.Proc.Civ. 1994, pp. 702.*
- D’Harmant Francois** *“Alcuni commenti sulla legge per la parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro”, in Lav. Prev. Oggi, 1978, pp. 70 ss.*
- D’Harmant Francois** *“Alcune significative pronunce in diritto del lavoro della Corte di Giustizia Europea”, in Riv.Dir.Rur., 1992, pp.70*
- D’Harmant Francois** *“Convenzione O.I.L. e diritto comunitario del lavoro: alcune riflessioni” in Dir.Lav. 1993, I, pp. 601*
- De Cupis A.** *“I diritti della personalità”, in CICU – MESSINEO; Trattato di diritto civile e commerciale, Giuffrè, Milano, pp.168 ss.*
- De Cristofaro M.L.** voce *“ Lavoro minorile “ ,in Enc.Giur. Treccani, XVIII, Roma, 1990, 2 ss.*

De Cristofaro M.L. *“In margine al divieto di adibire le donne al lavoro notturno”*, in *Riv. Giur.Lav.*, 1984, 1, pp. 181 ss.

De Fusco Enzo *“Il lavoro notturno”*, Centro Studi & Previdenza, Verona, 2000.

De Luca *“La legge sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro: prime considerazioni”* in *Dir.Lav.*, 1978, I, PP.465 ss.

Del Deo *“Divieto di lavoro notturno delle donne e parità”* in *Lav.Giur.* 1998, n.4, pp.299.

Del Vecchio *“L’avviso comune Confindustria, Cgil, Cisl, Uil sul recepimento della Direttiva della Comunità Europea n.104/1993”*, IBIDEM; 1998,pp.511.

Fantini L., Cappello M. *“Efficacia delle direttive comunitarie e divieto Di lavoro notturno femminile:la cassazione Ritorna suoi propri passi”* in *Dir. Lav. n.6/1998*.

Fittante *“Sul divieto di lavoro notturno femminile nel diritto comunitario”*, in *Dir.Lav.* 1991, n.2, pp.352.

Ferrante V. *“La disciplina del lavoro notturno”* in *Nuove Leggi Commentante* 2000, pag.534.

- Fiorai B.** “*Il divieto di lavoro notturno e la direttiva Cee n. 207/76*”,
in *Riv. Giur. Lav.*, 1994, II, pp.685.
- Foglia** “*Il principio di parità nel diritto comunitario*” in *Inf.Prev.*,
1990, pp1181
- Foglia** “*Il divieto del lavoro notturno femminile secondo la sentenza
“Stoeckel”*”, in *R.G.L.I.*, 1992, pp.694.
- Foglia** “*Efficacia del diritto comunitario nell’ordinamento italiano
in parità di trattamento tra uomini e donne*”, in *Dir.Lav.*
1995, I, pp.37.
- Foglia** “*Il dialogo fra ordinamento comunitario e ordinamento
nazionale: la giurisprudenza*” in *D.L.R.I.*, pp.784.
- Foglia** ” *La Corte di Giustizia torna sul lavoro notturno femminile*”,
in *Dir.Lav.*, 1993 pp. 449.
- Foglia – Santoro Passarelli** “*Profili di diritto comunitario*”, Torino,
1996, pp.62.
- Fossati** “*Lavoro notturno per le donne* “ in *Dir.Prat.Lav.* n.7/1998.

Galli G. “Parità del trattamento uomo-donna ed estensione obbligatoria della donna dopo il parto” in Riv. Giur. Lav. 1979, pp. 607 ss.

Genovese “*Il lavoro notturno femminile nella giurisprudenza comunitaria*” in Giur.It., 1992, I, n.1, pp.1191.

Giordano “*Norme sul lavoro delle donne e dei fanciulli*”, Modena, 1934, pp. 270 ss.

Giustiniani “*Orari e riposi*”, in *Trattato dir. lav.*, II, pp. 257.

Gremigni P. “*Lavoro notturno:casi particolari e sanzioni*” in *Guid. Lav. n.12/2000*.

Gottardi “*Lavoro notturno della donna: la Cee condanna l’Italia*” in *Guid. Lav.*, 1997.

Guidotti “*Il lavoro delle donne e dei fanciulli e la tutela della maternità delle lavoratrici*”, in *Trattato di diritto del lavoro*,II, pp. 369 ss.

Ichino P. “*Orario di lavoro e riposi*”*Il Codice Civile. Commentario Milano, Giuffrè, 1987, IX,pp. 272.*

Ichino P. “*Orario di lavoro e i riposi. Commento agli art. 2107-2109, in Codice Civile. Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1987, pp.148ss.*

- Ichino P.** *“Il tempo di lavoro nell’Unione Europea” in Riv. It. Dir. Lav., 1998,,pp.159 ss.*
- Lai M.** *“Orario di lavoro.Disciplinа Comunitaria e normativa italiana” in Dir.Prat.Lav., 1994,pp.470ss.*
- Lai M.** *“La normativa internazionale e comunitaria dell’orario di lavoro”, in Quad. Dir. Lav. Rel. Ind., 1995, n.17,pp.253*
- Leccese V.** *“Orario di lavoro” Cacucci editore, Bari, 2001.*
- Lucifredi** *“Parità e divieto di lavoro notturno: l’intesa della Corte Comunitaria”, in Riv. It.Dir.Lav., 1991, II, pp.707 ss.*
- Mancini** *“L’incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri” in Riv.Dir.Europ., 1988, n.1-2, pp9 ss.*
- Mariani** *“ Un nuovo passo verso la soppressione del divieto di lavoro notturno delle donne”, in Riv.It..Dr.Lav., 1991, II, pp.707*
- Massi** *“La protezione dei giovani sul lavoro”, Dir.Prat.Lav. 1999, pp.3245.*
- Mattarolo M.G.** *“La “legge comunitaria” sul lavoro notturno” in Dir. Prat. Lav., n.4/1999.*

- Menegatti E.** *“Lavoro notturno:normativa comunitaria e disciplina Nazionale” in Carinci F. (a cura di) “Orario di lavoro.*
- Mengoni** *“Legge e autonomia collettiva” in Mass. Giur. Lav. 1980, pp.697.Legge e contrattazione collettiva”,IPSOA,Milano.*
- Mengozzi** *“Il diritto delle comunità europee”, Padova, 1991, pp. 145.*
- Miscione M.** *“Grandi deleghe, referendum, collocamento, imprese in crisi, orario”, in Lav.Giur., n3/2003, pp. 205.*
- Monaco** *“Lavoro notturno e diretta applicazione delle direttive fra Corte di Giustizia e giudici nazionali e i tempi di attesa per un intervento del legislatore” in Nuova Giur.Civ.Com. 1998, I, pp.558.*
- Nunin R.** *“Lavoro e minori: novità normative“, in Lav.Giur., n.4 2000, pp. 317 ss.*
- Pelaggi L.,Pelaggi A.** *“Orario di lavoro, lavoro straordinario, e lavoro Notturno: le nuove disposizioni legislative”in Mass.Giur.Lav. 2000, pag.617ss.*
- Pelaggi L.** *“Orario di lavoro e riposi” in A.a.V.v, Diritto del lavoro e della previdenza sociale, Milano 1998.*

- Pellisero** *“La problematica dell’orario di lavoro a livello comunitario” in Riv.Giur.Lav., 2000,I, pp.973 ss.*
- Pera** *“Lezioni di diritto del lavoro”, Roma, 1977, pp. 517.*
- Pera** *“La donna tra la famiglia e il lavoro “ in Dir. Lav., 1964, I, pp. 19 ss.*
- Persiani** *“La disciplina del lavoro femminile” in Giur. it, 1967, IV, pp.107 ss.*
- Pessi** *“Lavoro e discriminazione femminile”, in Dir.Lav.Rel.Ind., 1994,pp.422.*
- Picone** *“Efficacia delle direttive Cee e disapplicazione delle norme nazionali contrarie” in Dir.Lav., 1995, I, pp.30.*
- Proia G.** *“Questioni sulla contrattazione collettiva”, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 10 ss.*
- Puntin L.** *“Lavoro notturno:normativa Italiana, disciplina comunitaria e contrattazione collettiva” in Lav.Giur. 2000,pag.219ss.*

- Renga** “*La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia di parità*”, *Quadern.Dir.Lav.Rel.Ind.*,1990, pp.319ss.
- Renzi** “*Il tempo di lavoro*”, in *Carinci, Diritto del Lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*” a cura di Cester, Torino, 1998, pp. 936 ss.
- Ricci G.** “*Lavoro notturno:le tappe della riforma*”, in *Giud.al lav.n.17/2000*.
- Ricci G.** “*Orario di lavoro.La condanna della Corte di Giustizia*”, in *Guid,Lav. n.17/2000,pag.17*.
- Ricci G.** “*L’Orario di lavoro nell’ordinamento comunitario*” in *Lav.Dir.*,1998, n. 1, pp.81 ss
- Roccella M.** “*Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia delle direttive comunitarie: fine della storia?*” in *Riv.Giur.Lav. n.3/1998*.
- Roccella M.** “*Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di giustizia*”, in *Gior.Dir.Lav..Rel.Ind.*,1993, i, 1 ss.
- Roccella M.** “*La Corte di Giustizia e diritto del lavoro*” Torino, 1997, pp.40.

Roccella M. – Treu T. *“Diritto del lavoro della comunità europea”*, Cedam, Padova, 2002.

Roccella M. *“Diritto del lavoro e diritto comunitario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 1993”* in *Dir.Prat.Lav.* , 1994, n. 41 , pp.17.

Romagnoli *“L’uguaglianza delle opportunità”* in *Riv.Trin.Dir.Proc.Civ.*, 1989, pp.957.

Saisi *“Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia del contratto aziendale derogatorio”* in *Riv.Ita.Dir.Lav*, 1991, II, pp. 98

Sandulli P. *“Orario di lavoro”* in *Enc.Giur: “Treccani”*, XVIII, Roma, 1990

Santoni F. *“Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro, la legislazione”*, in *D.L.R.I.*, 1992, pp.701.

Santoni F. *“La Corte di Cassazione: il divieto di lavoro notturno nel diritto comunitario”* in *Dir.Lav.* 1995, n. 1, pp.23.

Santoni F. *“Parità uomo-donna e Protocollo sociale” in A.a.V.v., Protocollo sociale di Maastricht realtà e prospettive”, Atti del Convegno di Napoli, 4 e 5 novembre 1994, Roma, 1995, pp.176.*

Santoro Passarelli *“Profili di diritto comunitario del lavoro” Torino, 1996, pp. 60.*

Santoro Passarelli *“L’applicabilità e l’efficacia diretta in materia di lavoro”, in Arg. Dir. Lav., Padova, 1995, pp. 56.*

Sciarra *“Integrazione dinamica tra fonti nazionali e comunitarie: il caso del lavoro notturno delle donne”, in D.L., n.1, 1995, pp.156.*

Scognamiglio R. *“Diritto del lavoro” Jovene editore, Napoli 2000.*

Simitis *“Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro” in Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind., 1994, pp. 604.*

Simoneschi *“La donna e il lavoro:dalla tutela alla parità” in Parità tra uomini e donne in materia di lavoro: analisi e attuazione della legge. Convegno di studio promosso dall’assessorato ai problemi femminili: Bologna, Documenti del Comune 1978, n. 8, pp.30 ss*

Supiot *“Principi di uguaglianza e limiti della razionalità giuridica”, in L.D., 1992, pp.219.*

- Spolverato G.** *”Orario di lavoro, lavoro straordinario e lavoro notturno” in Dir. Prat. Lav. n. 47/2000, pp. 3084 ss.*
- Tatarelli** *”La donna nel rapporto di lavoro”, Padova, 1994, pp. 66.*
- Tiraboschi M. e Russo A.** *“ Prime osservazioni sull’attuazione della direttiva n. 93/104/Ce” in Guida al Lavoro n.17/2003, pp. 10.*
- Tremolada** *“Concorso e conflitto tra regolamenti collettivi di lavoro” Padova, 1984,pp. 137 ss.*
- Treu** *“Commentario alla Costituzione”, a cura di Branca, Zanichelli, 1979, pp.159.*
- Treu** *“ Commento all’art. 36, in Commentario della Costituzione a cura di Branca, Bologna – Roma, 1979, pp. 136 ss.*
- Treu** *“Commentario alla Costituzione, sub art. 37”, a cura di Branga G., Zanichelli, 1976,pp.163 ss.*
- Treu** *“Azioni positive e discriminazioni alla rovescia” in Lav.Dir. 1988.*
- Vecchi L.** *“Disciplina dell’orario di lavoro in Italia” in Dir. Rel.Ind. 2000,pag.61ss.*

Viceconte *“Ancora sul concorso/conflitto tra contratti collettivi di diverso livello” in Lav. Prev. Oggi 1993, pp. 10.*

Vivoli *“La denuncia italiana della Convenzione O.I.L. sul lavoro notturno femminile”, in Riv.Dir.Inter., 1992, pp. 131.*

Zangari G. *“Del lavoro”(Art.2099-2114), UTET, libro V, 1993.*