

# Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro

*I nuovi contratti:  
lavoro pubblico e lavoro privato*

a cura di

**Clara Enrico  
Michele Tiraboschi**

Collana  
ADAPT - FONDAZIONE

**“Marco Biagi”**

n. 7

**Giuffrè Editore**

# Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro

*I nuovi contratti:  
lavoro pubblico e lavoro privato*

a cura di

Clara Enrico  
Michele Tiraboschi

Giuffrè Editore  
Milano 2005

## INDICE SOMMARIO

Certificazione e tipologie di lavoro flessibile nella riforma dei lavori: un primo passo verso lo Statuto dei lavori <i>di Clara Enrico e Michele Tiraboschi</i> . . .	xv
Avvertenze per la lettura e supporto informatico. . . . .	xxi

### Parte I

#### CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO E PROSPETTIVE DELLA VOLONTÀ ASSISTITA

##### SEZIONE A

##### EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO E CARATTERI GENERALI

1. La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti <i>di Luigi Perina</i> . . . . .	3
2. La certificazione dei contratti di lavoro <i>di Enrico Ravera</i> . . . . .	25
3. Altre ipotesi di certificazione <i>di Enrico Ravera</i> . . . . .	37
4. La certificazione nel lavoro esternalizzato <i>di Pierluigi Rausei</i> . . . . .	49
5. La certificazione dell'appalto <i>di Mario Emanuele</i> . . . . .	59

##### SEZIONE B

##### ORGANI CERTIFICATORI, COMPETENZE E PROCEDURE

6. La certificazione: sedi e procedure <i>di Enrico Ravera</i> . . . . .	77
7. Le Direzioni provinciali del lavoro <i>di Mauro Parisi</i> . . . . .	91
8. Le sedi universitarie <i>di Michele Tiraboschi</i> . . . . .	107
9. La Cassa edile <i>di Mario Emanuele</i> . . . . .	117
10. Efficacia della certificazione a fronte di un'indagine ispettiva <i>di Pierluigi Rausei</i> . . . . .	123

##### SEZIONE C

##### SUPPORTO INFORMATICO: DOCUMENTAZIONE E FORMULE CONTRATTUALI

###### *Normativa nazionale*

1. 10 settembre 2003 - Decreto legislativo n. 276: attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30,	
--	--

come modificato dal decreto legislativo 6 ottobre 2004 n. 251, articoli estratti (75-84)

2. 14 febbraio 2003 - Legge n. 30: delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro, articolo 5
3. 21 luglio 2004 - Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali: istituzione delle commissioni di certificazione presso le direzioni provinciali e presso le province, ai sensi del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, articolo 76, comma 1, lettera *b*)
4. 14 giugno 2004 - Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di concerto col Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca: istituzione delle commissioni di certificazione universitarie

*Circolari e prassi interpretative*

5. 24 giugno 2004 - Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 24: decreto legislativo del 23 aprile 2004 n. 124. Chiarimenti e indicazioni operative
6. 15 dicembre 2004 - Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 48: commissioni di certificazione - istituzione - regolamenti interni - d.m. 21 luglio 2004 - articolo 75 e ss. decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 - chiarimenti operativi
7. 1° giugno 2005 - Circolare Inps n. 71: costituzione e funzionamento Commissioni e certificazione

*Regolamenti delle commissioni di certificazione*

8. I regolamenti delle commissioni di certificazione delle Direzioni provinciali del lavoro e delle Province
9. Il regolamento della commissione di certificazione istituita presso il Centro Studi Internazionali e Comparati dell'Università di Modena e Reggio Emilia
10. Il regolamento della commissione di certificazione istituita presso l'Università degli Studi di Genova

Parte II

IL LAVORO COORDINATO E CONTINUATIVO E IL LAVORO A PROGETTO

SEZIONE A

COLLABORAZIONI COORDINATE E CONTINUATIVE  
E LAVORO OCCASIONALE

1. L'evoluzione delle collaborazioni coordinate e continuative *di Luciano De Marco* . . . . . 145
2. Le ipotesi di collaborazioni coordinate e continuative escluse dalla modalità a progetto *di Marta Rossi* . . . . . 157
3. Il lavoro occasionale: profili problematici *di Luciano De Marco* . . . . . 167
4. Lavoro coordinato e continuativo e lavoro occasionale: profili previdenziali *di Andrea Asnaghi* . . . . . 177

SEZIONE B  
LE COLLABORAZIONI COORDINATE E CONTINUATIVE  
NELLA MODALITÀ A PROGETTO

5. Le nuove collaborazioni coordinate e continuative: considerazioni su una fattispecie onnivora <i>di Francesco Basenghi</i> . . . . .	187
6. Considerazioni critiche e <i>de jure condendo</i> sulla durata nel lavoro a progetto <i>di Andrea Asnaghi</i> . . . . .	207
7. Il lavoro a progetto: requisiti formali <i>di Enrica Minale Costa</i> . . . . .	235
8. Diritti e obblighi delle parti <i>di Enrica Minale Costa</i> . . . . .	251
9. Non concorrenza e riservatezza nel lavoro a progetto <i>di Alberto Russo</i> . .	263
10. Estinzione del contratto a progetto e preavviso <i>di Silvia Bruzzone</i> . . . . .	277
11. Il regime sanzionatorio <i>di Silvia Bruzzone</i> . . . . .	285

SEZIONE C  
TIPOLOGIE CONCRETE DI LAVORO COORDINATO E CONTINUATIVO  
E LORO RICONDUCIBILITÀ ALLA MODALITÀ A PROGETTO

12. L'inquadramento dei produttori assicurativi alla luce della riforma del mercato del lavoro <i>di Maurizio Del Conte</i> . . . . .	295
13. I rapporti professionali <i>di Roberto Continisio</i> . . . . .	305
14. Il contratto di agenzia: profili essenziali e spunti problematici <i>di Flavia Pasquini</i> . . . . .	313
15. I contratti di lavoro nel settore dei servizi di marketing operativo <i>di Andrea Cascianelli</i> . . . . .	337
16. I rapporti di lavoro dei giornalisti <i>di Pasquale Dui</i> . . . . .	343
17. Collaborazioni coordinate e continuative e terzo settore <i>di Luca Ruggiero</i> . .	355

SEZIONE D  
SUPPORTO INFORMatico:  
DOCUMENTAZIONE E FORMULE CONTRATTUALI

*Formule contrattuali*

11. Il contratto di lavoro a progetto *di Marta Rossi*
12. Il contratto di lavoro occasionale *di Pierluigi Rausei*

*Normativa nazionale*

13. 10 settembre 2003 - Decreto legislativo n. 276: attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30, come modificato dal decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, articoli estratti (61-69)

*Circolari e prassi interpretative*

13. 15 dicembre 2004 - Nota Ministero del lavoro e delle politiche sociali in risposta alla richiesta formulata dalla federazione italiana editori giornali

14. 8 gennaio 2004 - Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 1: disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative nella modalità c.d. a progetto. Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276
15. 18 marzo 2004 - Circolare Inail n. 22: collaborazioni coordinate e continuative. Lavoro a progetto e lavoro occasionale. Applicazione della nuova disciplina
16. 22 gennaio 2004 - Circolare Inps n. 12: produttori di assicurazione di terzo e quarto gruppo
17. 22 gennaio 2004 - Circolare Inps n. 9; decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Articolo 61 ss. Lavoro a progetto. Legge 24 novembre 2003, n. 326. Articolo 44. Esercenti attività di lavoro autonomo occasionale e incaricati delle vendite a domicilio
18. Commissione dei Principi Interpretativi norme in materia di lavoro - Principio n. 1 - Il lavoro a progetto

### Parte III

## LE TIPOLOGIE DI LAVORO A TERMINE

### SEZIONE A

#### TIPOLOGIE OGGETTIVE:

#### IL CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO

1. La disciplina legale e contrattuale *di Francesco Basenghi* . . . . . 367
2. L'apposizione del termine nel contratto di lavoro dopo il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 *di Michele Tiraboschi* . . . . . 385

### SEZIONE B

#### TIPOLOGIE SOGGETTIVE: IL CONTRATTO DI INSERIMENTO

3. Il contratto di inserimento *di Mario Emanuele* . . . . . 415

### SEZIONE C

#### SUPPORTO INFORMATICO:

#### DOCUMENTAZIONE E FORMULE CONTRATTUALI

#### *Formule contrattuali*

19. Il contratto di lavoro a tempo determinato *di Pierluigi Rausei*
20. Il contratto di inserimento *di Patrizia Tiraboschi e Alberto Russo*

#### *Normativa nazionale*

21. 10 settembre 2003 - Decreto legislativo n. 276: attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30, come modificato dal decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, articoli estratti (54-59)
22. 6 settembre 2001 - Decreto legislativo n. 368: attuazione della direttiva n.

1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES

*Circolari e prassi interpretative*

23. 21 luglio 2004 - Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 31: contratti di inserimento lavorativo
24. 1 agosto 2002 - Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 42: disciplina del lavoro a tempo determinato
25. 17 febbraio 1997 - Circolare Ministero del lavoro e della previdenza sociale n. 20: contratti di formazione e lavoro
26. 6 ottobre 2004 - Messaggio Inps n. 31319; decreto legislativo correttivo del decreto legislativo n. 276/2003. Disciplina transitoria dei contratti di formazione e lavoro. Prime indicazioni
27. 16 marzo 2004 - Circolare Inps n. 51: contratto di inserimento
28. Commissione dei Principi Interpretativi norme in materia di lavoro - Principio n. 2 - Il contratto di inserimento

*Contrattazione collettiva*

29. Accordo interconfederale dell'11 febbraio 2004 sul contratto di inserimento

Parte IV

LE TIPOLOGIE A ORARIO RIDOTTO, MODULATO O FLESSIBILE

SEZIONE A

PROFILI PRELIMINARI:

IL NUOVO QUADRO LEGALE IN MATERIA DI ORARIO DI LAVORO

1. Il decreto legislativo n. 66/2003: finalità e principi generali *di Clara Enrico e Luca Ruggiero* . . . . . 457

SEZIONE B

IL NUOVO LAVORO A TEMPO PARZIALE

2. La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale tra legge, contratto collettivo, contratto individuale *di Laura Pischedda* . . . . . 471
3. Le prescrizioni formali *di Laura Pischedda* . . . . . 477
4. Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale: lavoro supplementare, lavoro straordinario, clausole flessibili ed elastiche *di Alberto Russo* . . . . . 481
5. Contratto a termine e lavoro a tempo parziale *di Georgia Bascherini* . . . . . 501
6. La disciplina previdenziale del part-time *di Ivana Marimpietri* . . . . . 507

SEZIONE C  
LAVORO RIPARTITO E LAVORO INTERMITTENTE

- 7. La nuova disciplina del contratto di lavoro ripartito *di Pasquale Dui* . . . 541
- 8. La disciplina previdenziale del lavoro ripartito *di Ivana Marimpietri* . . . 557
- 9. Il contratto di lavoro intermittente o a chiamata *di Federica Binocoli* . . . 565
- 10. Le tipologie del contratto di lavoro intermittente *di Federica Binocoli*. . . 573
- 11. La disciplina previdenziale del lavoro intermittente *di Ivana Marimpietri*. 587

SEZIONE D  
SUPPORTO INFORMATICO:  
DOCUMENTAZIONE E FORMULE CONTRATTUALI

*Formule contrattuali*

- 30. Il contratto di lavoro a tempo parziale *di Alberto Russo*
- 31. Il contratto di lavoro ripartito *di Pierluigi Rausei*
- 32. Il contratto di lavoro intermittente *di Pierluigi Rausei*

*Normativa nazionale*

- 33. 10 settembre 2003 - Decreto legislativo n. 276: attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30, come modificato dal decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, articoli estratti (39-46)
- 34. 19 giugno 2003 - Decreto legislativo n. 213: modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, in materia di apparato sanzionatorio dell'orario di lavoro
- 35. 8 aprile 2003 - Decreto legislativo n. 66: attuazione delle direttive n. 93/104/CE e n. 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, come integrato e modificato dal decreto legislativo 19 giugno 2003, n. 213
- 36. 25 febbraio 2000 - Decreto legislativo n. 61: attuazione della direttiva n. 97/81/CE relativa all'accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, come modificato e integrato dal decreto legislativo 26 febbraio 2001, n. 100, e dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276
- 37. 23 ottobre 2004 - Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali: individuazione, in via provvisoriamente sostitutiva, della contrattazione collettiva dei casi di ricorso al lavoro intermittente, ai sensi dell'articolo 40 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276
- 38. 10 marzo 2004 - Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali: indennità mensile di disponibilità da corrispondere al lavoratore nell'ambito del contratto di lavoro intermittente, ai sensi dell'articolo 36 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276

*Circolari e prassi interpretative*

- 39. 3 marzo 2005 - Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 8: disciplina di alcuni aspetti dell'orario di lavoro



40. 3 febbraio 2005 - Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4: lavoro intermittente, articolo 33 e ss. decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Chiarimenti e indicazioni operative
41. 12 luglio 2004 - Nota Ministero del lavoro e delle politiche sociali a quesito presentato dalla Federazione italiana pubblici esercizi sul lavoro intermittente
42. 18 marzo 2004 - Circolare Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 9: il lavoro a tempo parziale
43. 7 aprile 1998 - Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 43: chiarimenti in merito al c.d. contratto di lavoro ripartito - *job sharing*
44. 24 agosto 2004 - Circolare Inail n. 57: lavoro a tempo parziale. Applicazione della nuova disciplina: retribuzione imponibile
45. 31 maggio 1988 - Circolare Inail n. 28: legge 19 dicembre 1984, n. 863, articolo 5 (lavoro a tempo parziale). Retribuzione imponibile
46. 3 febbraio 2004 - Circolare Inps n. 21: determinazione per l'anno 2004 del limite minimo di retribuzione giornaliera ed aggiornamento degli altri valori per il calcolo di tutte le contribuzioni dovute in materia di previdenza ed assistenza sociale. Contribuzione dovuta per gli apprendisti
47. 13 aprile 1999 - Circolare Inps n. 87: contratto di lavoro a tempo parziale verticale annuo e indennità di maternità
48. Commissione dei Principi Interpretativi norme in materia di lavoro - Principio n. 4 - Orario di lavoro
49. Commissione dei Principi Interpretativi norme in materia di lavoro - Principio n. 3 - Lavoro a tempo parziale

#### Parte V

### LAVORO IN COOPERATIVA E LAVORO ASSOCIATO

#### SEZIONE A

### LAVORO IN COOPERATIVA E LAVORO ASSOCIATO

1. Il lavoro in cooperativa alla luce della circolare n. 10/2004 *di Mauro Iengo*. 599
2. Il lavoro nella associazione in partecipazione e la questione della effettiva partecipazione agli utili *di Luca Ruggiero* . . . . . 623

#### SEZIONE B

### SUPPORTO INFORMATICO: DOCUMENTAZIONE E FORMULE CONTRATTUALI

#### *Formule contrattuali*

50. Il contratto di associazione in partecipazione *di Luca Ruggiero*

#### *Normativa nazionale*

51. 10 settembre 2003 - Decreto legislativo n. 276: attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30, come modificato dal decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, articoli estratti (70-74; 86)

52. 14 febbraio 2003 - Legge n. 30 delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro, articolo 9
53. 17 gennaio 2003 - Decreto legislativo n. 6: riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366
54. 3 aprile 2001 - Legge n. 142: revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore

*Circolari e prassi interpretative*

55. 18 marzo 2004 - Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 10: modifiche alla disciplina del lavoro cooperativo di cui alla legge 3 aprile 2001, n. 142
56. 17 giugno 2002 - Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 34: revisione della legislazione in materia cooperativistica con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore. Legge 3 aprile 2001, n. 142

Parte VI

I LAVORI NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SEZIONE A

IL LAVORO COORDINATO E CONTINUATIVO E A PROGETTO

1. Il lavoro coordinato e continuativo nella Pubblica Amministrazione *di Marta Rossi* . . . . . 637
2. L'adesione volontaria della Pubblica Amministrazione al lavoro a progetto: luci e ombre di una ipotetica certificazione del contratto *di Pierluigi Rausei*. 647

SEZIONE B

GLI ALTRI LAVORI FLESSIBILI

3. Prospettive di applicazione dei lavori flessibili alle Pubbliche Amministrazioni *di Antonella Valeriani* . . . . . 655
4. Il lavoro a tempo parziale nella Pubblica Amministrazione *di Georgia Bascherini* . . . . . 705
5. Il lavoro a tempo determinato nella Pubblica Amministrazione *di Francesco Basenghi* . . . . . 711

SEZIONE C

SUPPORTO INFORMATICO:  
DOCUMENTAZIONE E FORMULE CONTRATTUALI

*Normativa nazionale*

57. 30 marzo 2001 - Decreto legislativo, n. 165: norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche

58. 15 luglio 2004 - Circolare Dipartimento della funzione pubblica n. 4 sulle collaborazioni coordinate e continuative

*Circolari e prassi interpretative*

59. 3 febbraio 2004 - Dipartimento della funzione pubblica – Parere in merito alle co.co.co. in risposta alla nota del Comune di Frasso Sabino 23 gennaio 2004, n. 252

Parte VII

AUTONOMIA COLLETTIVA E COSTO DEL LAVORO  
NELLA GESTIONE DELLA FLESSIBILITÀ

1. Tipologie di lavoro flessibile e tutela collettiva <i>di Francesco Basenghi</i> . . .	727
2. Rapporti flessibili e costo del lavoro <i>di Nicola Porelli</i> . . . . .	743
<i>Elenco delle abbreviazioni</i> . . . . .	761
<i>Notizie sugli autori</i> . . . . .	765



## CERTIFICAZIONE E TIPOLOGIE DI LAVORO FLESSIBILE NELLA RIFORMA DEI LAVORI: UN PRIMO PASSO VERSO LO STATUTO DEI LAVORI

È stato autorevolmente sostenuto — prima ancora della entrata in vigore dei decreti di attuazione della legge n. 30 del 2003 — che la riforma dei lavori di cui al decreto legislativo n. 276 del 2003 si muove in una prospettiva contraria all'idea di *Statuto dei lavori* <sup>(1)</sup>. Con essa si realizzerebbe, infatti, una dannosa moltiplicazione delle tipologie di lavoro flessibile e atipico che, in antitesi alla funzione aggregante dello *Statuto dei lavori*, condurrebbe a una estremizzazione della dicotomia lavoro autonomo-lavoro subordinato <sup>(2)</sup>.

Emblematica, in questa direzione di analisi, sarebbe l'introduzione del lavoro c.d. a progetto <sup>(3)</sup>. Le rigorose delimitazioni — di tipo definitorio e sanzionatorio — volte a circoscrivere il ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative finirebbe per ampliare, nella sostanza e di fatto, l'area della subordinazione, vanificando con ciò anche quei pochi spunti, presenti nel corpo del decreto legislativo n. 276 del 2003 che pure, di per sé considerati, potrebbero ben collocarsi nell'impianto di uno *Statuto dei lavori*. Così è, in particolare, per l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro, che pure è elemento centrale in tutti i diversi progetti di *Statuto dei lavori* sin qui elaborati. Con la legge n. 30 del 2003 e il relativo decreto di attuazione si sarebbe pertanto

---

(1) Così: T. TREU, *Statuto dei lavori: una riflessione sui contenuti*, in *Ildiariodel-lavoro.it*, 18 settembre 2003.

(2) Ancora T. TREU, *op. cit.*


(3) Con specifico riferimento al lavoro a progetto cfr., in questa linea di analisi, M. PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, in AA.VV. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, qui 658. Cfr. altresì M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2004, n. 27, qui § 2 e § 7, e R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, in *Itinerari d'impresa. Management, diritto, formazione*, 2003, n. 3, e anche in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2003, n. 25, 11. *Contra*: M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *Studi in onore di Mattia Perstani*, in corso di pubblicazione.


ipotecato, se non precluso in radice, il contenuto di uno *Statuto dei lavori*.

Non pare tuttavia ancora emergere — tanto nell'ambito del dibattito dottrinale e scientifico quanto in sede progettuale <sup>(4)</sup> — una configurazione chiara e condivisa di cosa possa intendersi per *Statuto dei lavori*. Vero è anzi che — come dimostrano i lavori della Commissione ministeriale istituita per predisporre l'impianto e il relativo materiale <sup>(5)</sup> — siamo ancora ben lontani dal registrare opinioni minimamente o anche solo parzialmente condivise circa un percorso di riforma del nostro diritto del lavoro che possa essere nitidamente sintetizzato attraverso l'espressione *Statuto dei lavori*. Di modo che pare davvero priva di solida base concettuale e normativa l'affermazione secondo cui la legge n. 30 del 2003, e il relativo decreto legislativo, costituiscano un approdo contraddittorio con l'idea, ancora tutta da chiarire, di *Statuto dei lavori*.

Ma, a ben vedere, è anche la tesi — pure suggestiva — della proliferazione delle tipologie contrattuali che risulta priva di fondamento. Non tanto perché il decreto legislativo n. 276 del 2003 si limita a rivisitare — nell'ottica di un raccordo tra occupabilità e adattabilità <sup>(6)</sup> — schemi negoziali già esistenti e collaudati: apprendistato, inserimento al lavoro, forme di lavoro a orario ridotto, modulato o flessibile, fornitura di lavoro altrui. L'unica ipotesi contrattuale davvero innovativa, quantunque già anticipata dalla contrattazione collettiva, è infatti quella del lavoro intermittente o a chiamata, là dove il lavoro a progetto non configura una nuova fattispecie negoziale tipica, ma semmai una modalità di svolgimento delle collaborazioni coordinate e continuative. Piuttosto, secondo una linea di politica legislativa la cui

---

<sup>(4)</sup> Per una rassegna della oramai imponente elaborazione dottrinale e progettuale in tema di *Statuto dei lavori* cfr. le note bibliografiche e il materiale raccolto in  *Statuto dei lavori*.

<sup>(5)</sup> Sulla base di quanto previsto nel *Patto per l'Italia* del 5 luglio 2002 in cui Governo e parti sociali firmatarie confermavano l'obiettivo — preannunciato nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro* dell'ottobre 2001 — « di definire, a completamento delle riforme in corso, uno *Statuto dei lavori* che si configuri come un Testo Unico sulla legislazione del lavoro », è stata istituita, con d.m. 4 marzo 2004, una Commissione di alto profilo scientifico per predisporre l'impianto e i relativi materiali. Un primo rapporto sullo stato dei lavori della Commissione è reperibile in  *Statuto dei lavori*.

<sup>(6)</sup> Cfr., in termini esemplari, M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Relazione alle giornate di studio Aidlass, Padova, 21-22 maggio 2004.

bontà ed efficacia è ancora tutta da verificare, ambizione della riforma Biagi del mercato del lavoro è quella di accorpate e incanalare verso schemi negoziali tipici e regolari — anche in ragione della riforma dei servizi ispettivi e delle attività di vigilanza <sup>(7)</sup> — una articolata tipologia di forme di lavoro irregolare e *contra legem* che condizionano pesantemente il nostro mercato del lavoro con tassi due/tre volte superiori a quelli presenti negli altri Paesi industrializzati.

Procedere alla codificazione di uno *Statuto dei lavori* senza prima avere aggregato e fatto emergere, attraverso le nuove tipologie contrattuali, quella miriade di prestazioni lavorative collocate nell'area del lavoro grigio e, sempre più spesso, del lavoro nero sarebbe probabilmente stata una operazione meritoria quanto priva di efficacia rispetto ai processi normativi reali. A chi parla di ben « 44 forme di flessibilità (e ancora di più con la certificazione dei contratti) dopo questa riforma » <sup>(8)</sup> ci sentiamo di rispondere che la moltiplicazione delle tipologie contrattuali è solo apparente. La riforma Biagi mira infatti ad aggredire quell'immensa area del lavoro nero e irregolare, rispetto alla quale ogni singolo contratto di lavoro costituisce una forma *sui generis* di flessibilità contrattuale o tipologica, là dove la codificazione di uno *Statuto dei lavori*, senza aver prima identificato, costruito e aggregato modalità di lavoro rese oggi in uno stato di totale anomia normativa e sindacale, avrebbe costituito una operazione avveniristica, senza una base concreta e destinata a rimanere sulla carta.

A chi ha rilevato una contraddizione con l'idea dello *Statuto dei lavori*, vorremmo far osservare che, a nostro giudizio, con il decreto legislativo n. 276 del 2003 è stata per il momento avviata unicamente la *pars destruens* <sup>(9)</sup>. E non poteva essere diversamente, in considerazione del fatto che il nostro mercato del lavoro necessita in primo luogo di un processo di emersione e di ristrutturazione. In questo senso la ridefinizione delle tipologie contrattuali può essere una prima fase volta alla regolarizzazione e strutturazione delle molteplici ipotesi di lavoro nero e grigio che potrebbe poi forse consentire, più agevolmente, di deli-

---

<sup>(7)</sup> Cfr. il d.lgs. n. 124/2004 su cui C. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 4, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>(8)</sup> Così T. BOERI, *Il co.co.co. dovrà cambiare pelle*, in *La Stampa*, domenica 8 giugno 2003. Nello stesso senso cfr. T. TREU, *op. cit.*

<sup>(9)</sup> Pienamente condivisibili, al riguardo, le notazioni di M. MAGNANI, S. SPATARO, *op. cit.*, § 7.

neare uno Statuto di *tutti* i lavori. Là dove l'intervento sulle collaborazioni coordinate e continuative sta chiaramente a indicare che il legislatore ha definitivamente abbandonato la strada della tipizzazione di un *tertium genus* contrattuale <sup>(10)</sup>, collocato in una area intermedia tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato.

Per quanti credono nella possibilità di avviare, in tempi relativamente brevi, la *pars construens* del progetto riformatore — e porre così le giuste premesse per un realistico *Statuto dei lavori* — non resta allora che prendere sul serio gli obiettivi indicati nell'articolo 1 del decreto legislativo n. 276 del 2003. Farsi cioè parte attiva — già a partire dalla esegesi del dato legale <sup>(11)</sup> — al fine di contribuire alla costruzione di un mercato del lavoro più efficiente e trasparente, innalzando i tassi di occupazione regolare e promuovendo la qualità e stabilità del lavoro, anche attraverso contratti a contenuto formativo e contratti a orario modulato compatibili con le esigenze delle aziende e le aspirazioni dei lavoratori.

Particolarmente importante, in questa prospettiva, sarà l'attività svolta dalle sedi di certificazione dei contratti di lavoro — a cui questo commentario è primariamente indirizzato — che sono oggi chiamate a svolgere un delicato, quanto innovativo, ruolo di mediazione tra gli schemi formali predisposti dal legislatore e la complessità di una realtà negoziale in continua evoluzione, in coerenza con i radicali mutamenti intervenuti nei modi di organizzare il lavoro. Una realtà negoziale che, inevitabilmente, pone non pochi problemi in termini di esatta qualificazione e che, proprio per questo motivo, necessita di essere governata da operatori affidabili. È infatti alle sedi di certificazione che viene ora affidato il non facile compito di prevenire il contenzioso in materia di esatta qualificazione dei rapporti di lavoro, attraverso specifiche funzioni di consulenza e assistenza attiva alle parti negoziali.

Se le sedi di certificazione sapranno accreditarsi presso le imprese, i lavoratori e gli stessi sindacati come operatori affidabili non si esclude, infatti, che la loro attività possa acquistare, nel corso del tempo, un

---

<sup>(10)</sup> *Contra*, ma con opinione rimasta isolata in dottrina, cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*

<sup>(11)</sup> Cfr., in proposito, M. NAPOLI, *op. cit.*, che invita a utilizzare l'art. 1 del d.lgs. n. 276/2003 come canone interpretativo dell'intero decreto. *Contra*, A. PERULLI, *Introduzione*, in ID., *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, che individua negli obiettivi dichiarati della riforma nient'altro che una cinica operazione di mistificazione, con ciò contribuendo a depotenziare il valore dell'art. 1 del d.lgs. n. 276/2003 nell'ambito del processo ermeneutico della lettera della legge.




valore persuasivo<sup>(12)</sup>. E questo fino a diventare un importante punto di riferimento per la stessa magistratura, con indubbi benefici nella gestione delle controversie di lavoro. Ma ciò sarà possibile solo a condizione che la procedura di certificazione dei contratti di lavoro non si riduca a una burocratica e standardizzata validazione delle dichiarazioni di volontà delle parti contraenti. Per raggiungere l'obiettivo di una reale deflazione del contenzioso giudiziario in materia di qualificazione dei contratti di lavoro le sedi di certificazione dovranno contribuire piuttosto, in termini dialettici e interattivi con le parti stesse, alla costruzione del singolo regolamento contrattuale e alla esatta individuazione della tipologia contrattuale più congrua — e giuridicamente corretta — in relazione al tipo di attività che le parti intendono dedurre in contratto. Si pensi, in particolare, alla rilevanza che potrebbero assumere le sedi di certificazione nella delicata operazione di verifica della riconducibilità o meno di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa allo schema del lavoro a progetto. Una rilevanza ancora più evidente e di immediato impatto pratico se, come pare probabile, il Ministero del lavoro deciderà di orientare l'attività dei riformati servizi ispettivi e i relativi accertamenti verso i contratti non passati al vaglio delle sedi di certificazione, un po' come avviene già oggi per le verifiche fiscali.

Una prospettiva questa che presuppone sedi di certificazione altamente qualificate e preparate a gestire la complessità dei rapporti di lavoro. Una prospettiva che, a ben vedere, lascia peraltro ben sperare nel radicamento dell'istituto e che, se adeguatamente valorizzata e assecondata dalla prassi, potrebbe peraltro consentire, in tempi relativamente brevi, anche di avviare quel processo di ridefinizione delle tutele del lavoro nell'ottica della volontà assistita che è propria della idea originaria di *Statuto dei lavori* elaborata da Marco Biagi<sup>(13)</sup>.

CLARA ENRICO, MICHELE TIRABOSCHI

---


<sup>(12)</sup> In questo senso anche T. TREU, *La riforma della giustizia del lavoro; conciliazione et arbitrato*, in *DRI*, 2003, § 6.

<sup>(13)</sup> Cfr. M. BIAGI, *Le ragioni in favore di uno Statuto dei lavori*, in *Impresa & Stato*, 2002, n. 58. Questo saggio e l'elaborazione progettuale di Marco Biagi sono direttamente reperibili in  *Statuto dei lavori*.



## AVVERTENZE PER LA LETTURA E SUPPORTO INFORMATICO

Anche questo volume della Collana ADAPT - Fondazione « Marco Biagi » è completato e integrato da una *proiezione informatica*, quale strumento non solo di documentazione ma anche di sviluppo e costante integrazione del contenuto della pubblicazione.

L'utilizzo nel testo cartaceo del simbolo  indica un rinvio all'indirizzo internet del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » ([www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it)) dove un motore di ricerca e un rinnovato indice A-Z — che ricalca l'indice analitico delle *Istituzioni di diritto del lavoro* di Marco Biagi edito sempre da Giuffrè — consentono di reperire i documenti citati nel testo e, in particolare:

- a) testi delle fonti normative;
- b) sentenze di legittimità e di merito;
- c) contratti collettivi;
- d) formule contrattuali relative ai contratti certificabili;
- e) approfondimenti monografici.

Tutto il materiale viene inoltre costantemente e tempestivamente aggiornato mediante il *Bollettino Adapt*, un documento gratuito di aggiornamento cui è possibile iscriversi semplicemente inviando una e-mail all'indirizzo [csmb@unimo.it](mailto:csmb@unimo.it).

Con specifico riferimento ai contenuti della presente pubblicazione, nella *home page* del sito del Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi » è stata peraltro attivata una finestra avente ad oggetto la certificazione dove è possibile reperire, oltre alla documentazione relativa all'argomento, le informazioni in merito alla Commissione di certificazione istituita presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

\* \* \*

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.



Parte I

CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI  
DI LAVORO E PROSPETTIVE  
DELLA VOLONTÀ ASSISTITA



SEZIONE A  
EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO E CARATTERI GENERALI

1.

**LA CERTIFICAZIONE NELL'IMPIANTO  
DELLA RIFORMA BIAGI DEL MERCATO DEL LAVORO:  
FINALITÀ, NATURA ED EFFETTI**

LUIGI PERINA

SOMMARIO: 1. L'esperienza giurisprudenziale in materia di qualificazione del rapporto di lavoro. — 2. L'accertamento concreto dei fatti nelle cause di lavoro e in quelle previdenziali. — 3. La legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, i decreti legislativi delegati 10 settembre 2003, n. 276, e 6 ottobre 2004, n. 251: finalità della certificazione. — 4. L'atto di certificazione. Natura giuridica. — 5. Gli effetti della certificazione. — 6. I rimedi giudiziari esperibili. — 7. Le regole del processo davanti al giudice del lavoro e la rilevanza della certificazione. — 8. Effetti della sentenza di primo grado. — 9. Organi e procedure di certificazione. — 10. L'attività di consulenza e assistenza degli enti della certificazione.

**1. L'esperienza giurisprudenziale in materia di qualificazione del rapporto di lavoro.**

Per meglio comprendere la funzione dell'istituto della certificazione, introdotta nell'ordinamento con la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30 precisata con i decreti delegati successivi — decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e 6 ottobre 2004, n. 251 <sup>(1)</sup> — appare opportuno descrivere come avviene in concreto attualmente, nella fase del giudizio, la operazione di interpretazione giurisprudenziale della « qualificazione del rapporto di lavoro ».

Nell'ambito dei rapporti di lavoro si contrappongono ai fini interpretativi due diverse metodologie qualificatorie individuate dalla dot-

---

(1) In  *Riforma Biagi*.

trina e dalla giurisprudenza: quella della *sussunzione* e il c.d. *metodo tipologico*.

Secondo il *metodo della sussunzione*, dall'analisi del concetto generale (es. subordinazione) definito dalla norma astratta si procede alla qualificazione della fattispecie concreta all'esito di un giudizio che ne verifica la perfetta identità a quel concetto.

Questo metodo esclude dal campo di applicazione della disciplina presa in esame le fattispecie concrete che non si identificano esattamente con il concetto astratto.

La realtà sociale per questo metodo assume pur sempre un valore determinante, anche se non sempre decisivo come per l'altro *metodo c.d. tipologico*.

In questo caso dall'analisi della tipologia astratta descritta dalla norma mediante dati tipizzati, non del tutto essenziali, tale metodo vi riconduce la fattispecie concreta, all'esito di un giudizio di approssimazione, e non di identità, al tipo normativo.

In entrambi i casi va evidenziato il valore della discrezionalità assegnata al giudice, cui per altro il legislatore ha delegato la regolazione degli opposti interessi datoriali e del lavoratore.

Questo potere si limita, nel metodo della sussunzione, ad un controllo di compatibilità fra la specialità della fattispecie in concreto esaminata e la disciplina astratta dettata dal legislatore in riferimento ad un assetto degli interessi giuridicamente tutelato.

Il metodo c.d. tipologico, invece, legittima il giudice ad una applicazione selettiva della disciplina tipica in funzione del grado di approssimazione della fattispecie concreta al tipo normativo.

Nella giurisprudenza della Cassazione prevale il primo metodo (quello sussuntivo); in quella di merito gli orientamenti sono differenziati.

Da un esame delle sentenze di merito, e per esperienza diretta di giudice del lavoro, emerge con chiarezza la difficoltà interpretativa nella classificazione dei rapporti di lavoro, che risente delle diversificate opinioni anche culturali in senso ampio dei giudici di merito fino a raggiungere, soprattutto nelle posizioni limite, opzioni interpretative di tipo «quasi-soggettivo», di tal che, nei casi estremamente dubbi, spesso è intuibile la opinabilità del percorso interpretativo e delle conclusioni cui perviene il giudice nel ricostruire sia la volontà delle parti sia l'assetto degli interessi reciproci dedotti nella controversia di qualificazione del rapporto.

Differenziazione e opinabilità delle decisioni di merito non supe-



rabili dalla funzione di nomofilachia della Cassazione, la quale limita il controllo delle sentenze di merito alla sola premessa maggiore del sillogismo argomentativo, e ammettendo per il resto il solo controllo sul vizio di motivazione.

Risulta pertanto sostanzialmente inutile la funzione predetta con riferimento alla applicazione di norme generali in vicende molto specifiche o complessive derivate dall'intreccio di fatti e diritti, come osservato da autorevole dottrina.

Dall'esame della giurisprudenza di merito si rileva che l'*iter* argomentativo talvolta è ispirato al metodo della sussunzione, altre volte a quello tipologico.

In ogni caso il risultato finale porta a concludere che la ponderazione dei c.d. indici di subordinazione è questione estremamente aleatoria, dimostrata anche dai possibili e frequenti capovolgimenti delle decisioni nei vari gradi di giudizio, in danno della certezza del diritto e della deflazione del contenzioso.

L'esperienza acquisita nelle controversie di lavoro porta a rilevare che la difficoltà interpretativa è *minore a fronte di un contratto sottoscritto dalle parti*, nel quale è descritto il progetto di lavoro pattuito tra datore e lavoratore, ancorché la presenza del documento, e le affermazioni ivi contenute inerenti la esclusione della subordinazione (ovvero il riferimento ad un preciso *nomen iuris*) non sia risolutivo della controversia.

Tuttavia la presenza del documento consente di acquisire, sotto il profilo probatorio, qualche ulteriore e significativo elemento rilevante ai fini della decisione qualificatoria, soprattutto a fronte della specificità (e non genericità) delle prescrizioni contrattuali.

Qualora, al contrario, *nessun documento sia stato sottoscritto* dalle parti, le sentenze esaminate lasciano *maggior spazio a soluzioni interpretative di tipo eterogeneo*, ovvero « creativo », nelle quali viene data rilevanza anche ad argomenti di scarso contenuto giuridico (ossia meta-giuridici) nei quali si valutano indici rivelatori della subordinazione mutuati dall'esperienza, dall'economia, dalla sociologia, ecc.; in molte sentenze si perviene a qualificare il rapporto come di tipo subordinato *in re ipsa*, valutando quasi esclusivamente la tipologia delle mansioni tipicamente impiegate ovvero operaie, lo scarso o l'elevato contenuto professionale della mansione affidata, la unicità o limitata pluralità dei committenti, le modalità di determinazione e di pagamento del compenso, ossia elementi di fatto che poco hanno a che fare con concetti squisitamente giuridici.

## 2. L'accertamento concreto dei fatti nelle cause di lavoro e in quelle previdenziali.

Il materiale probatorio in forza del quale il giudice deve qualificare il rapporto di lavoro non sempre è genuino.

Esemplificativamente, nelle cause di lavoro, invero, il contratto scritto, qualora esistente, è stato siglato da soggetti la cui posizione contrattuale difficilmente è su di un piano paritario; è fatto di comune esperienza la normale supremazia della posizione datoriale rispetto a quella del lavoratore in cerca di occupazione. Ne consegue che la dichiarazione esplicitata nell'atto non sempre corrisponde alla reale volontà almeno di uno dei contraenti.

Quanto alle prove orali, i testimoni non descrivono fatti da loro appresi direttamente, e spesso vi è un interesse specifico a sostenere una delle tesi in causa, o perché il teste è ricorrente in analoga causa rispetto a quella in cui viene sentito come teste, ovvero perché la deposizione è contaminata dal *metus* derivante dalla esistenza del rapporto di lavoro ancora in corso.

Quanto alle presunzioni « giurisprudenziali », queste spesso sono contaminate da valutazioni meta-giuridiche.

Nelle cause previdenziali ancor più evidente appare la insidiosità delle prove offerte, atteso che spesso la qualificazione del rapporto si basa su mere deduzioni desunte da documenti di contenuto non univoco; esemplificativamente, si osserva che gli ispettori degli enti previdenziali, dalla ripetitività mensile delle « fatture » emesse dal presunto lavoratore autonomo, in assenza di atti di iscrizione ad albi o registri professionali del lavoratore, anche tenuto conto della sostanziale unicità della committenza presumono la subordinazione. Quanto alle prove orali spesso il teste decisivo per la qualificazione del rapporto è il lavoratore interessato dalle cui dichiarazioni possono derivare al medesimo possibili vantaggi.

Spesso, a fronte di materiale probatorio neutro la pretesa si fonda su valutazioni e qualificazioni giuridiche effettuate dagli ispettori stessi e delle quali si chiede al giudice di verificarne la fondatezza.

Se così risulta dall'esperienza giurisprudenziale, il problema della certezza del diritto, regola indispensabile per una ordinata vita sociale e per la sicurezza dell'individuo, allo stato attuale della normativa e della giurisprudenza diviene un valore pressoché irraggiungibile <sup>(2)</sup>.

---

(2) A. VALLEBONA, *Relazione*, Convegno del Centro studi di diritto del lavoro

Ed allora, se così è, non appare « scandaloso », né assolutamente deviante rispetto alle regole del sistema introdurre per legge norme che consentano di arricchire il materiale probatorio processuale di un ulteriore elemento quale è la certificazione consacrata in un atto reso da un soggetto estraneo al rapporto di lavoro e al contratto certificato, che sulla « carta » appare particolarmente qualificato, autorevole ed imparziale (enti bilaterali costituiti ad iniziativa delle OO.SS. datoriali e dei lavoratori maggiormente rappresentative; Dpl, Province, Università) e che deve operare secondo schemi predefiniti <sup>(3)</sup>.

Si tratta di elementi ulteriori che consentono e non si oppongono alla verifica della genuinità del progetto lavorativo sottoscritto dalle parti; elementi probatori, consacrati nella certificazione, che possono essere valutati dal giudice certamente non con minor serietà di quanto questi possa ricavare dalla lettura del contratto individuale (non certificato) sottoscritto dalle parti senza la assistenza dell'organo preposto alla certificazione, e non certo meno attendibili delle altre risultanze probatorie sopra riportate.

Da quanto sopra affermato appare evidente la funzionalità della certificazione rispetto alla finalità di raggiungimento di una maggior certezza del diritto e di possibile riduzione del contenzioso; questi obiettivi tuttavia dipendono anche e soprattutto dall'autorevolezza dell'organo certificatore, dalla sua imparzialità ed equidistanza dagli interessi delle parti coinvolte.

Tanto più l'organo di certificazione si allontana da queste caratteristiche, tanto meno la sua attività verrà tenuta in considerazione dalla giurisprudenza chiamata a decidere sulla impugnazione della certificazione.

Ed invero il giudice, pur libero nella sua valutazione, può essere oggettivamente indotto, nei casi dubbi, a rispettare e confermare una qualificazione di fonte autorevole e imparziale, motivata in conformità ai prevalenti orientamenti giurisprudenziali incorporati nei formulari ministeriali previsti dall'articolo 78, comma 5, decreto legislativo n.

---

« D. Napoletano », *Nuovi lavori e tutele*, Napoli, 28-29 gennaio 2005. L'autore annovera tra i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dall'art. 2 Cost. quello di vivere serenamente conoscendo i propri diritti e senza paura di essere attaccato dallo Stato o da altri enti privati per condotte la cui eventuale antigiuridicità sia concretamente non conoscibile *ex ante*.

<sup>(3)</sup> Cfr. i contributi in questa Parte I, Sez. (B).

276/2003 e ribaditi in sede di conciliazione innanzi al medesimo organo certificatore (articolo 80, decreto legislativo n. 276).

Risultato non eclatante, ma finalizzato ad una maggior certezza giuridica specie per quei datori di lavoro prudenti che eviteranno la diversa impugnazione per difformità del rapporto da quello concordato originariamente presentando al certificatore un programma negoziale corrispondente alle effettive esigenze aziendali.

### **3. La legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, i decreti legislativi delegati 10 settembre 2003, n. 276, e 6 ottobre 2004, n. 251: finalità della certificazione.**

Con l'articolo 5 della legge delega n. 30/2003, il legislatore prende atto della insostenibilità della incertezza giuridica in materia ed introduce la procedura, di carattere volontario e sperimentale, della certificazione, quale norma di chiusura del sistema innovativo in materia di lavoro (4).

Essa è finalizzata a garantire *una maggiore certezza del diritto*, e preordinata alla *riduzione del contenzioso* anche in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro, circoscrivendo la possibilità di « incursioni giudiziali *ex post* » su rapporti di lavoro consapevolmente qualificati *ex ante* dalle parti escludendone la natura subordinata.

L'esplicita finalità dichiarata dalla norma è quella di ridurre il contenzioso in materia di *qualificazione dei rapporti di lavoro*: quest'ultima espressione è di tipo generico.

L'articolo 75 del decreto legislativo n. 276 fa riferimento invece ai *contratti di lavoro*: tale diversità rappresenta una correzione di rotta nella elaborazione dell'istituto.

La certificazione ha una origine complessa, in quanto pensata nella logica della modulazione delle tutele, attribuibile tramite lo strumento della derogabilità assistita, presente nella *bozza Biagi sullo Statuto dei lavori* (5), ove veniva ipotizzato uno strumento giuridico idoneo a condensare un insieme di norme di tutela del lavoratore subordinato, fissato con il concorso di soggetti pubblici al di sopra del quale si apre l'area delle discipline derogabili individualmente o collettivamente (6).

---

(4) Cfr. C. ENRICO, M. TIRABOSCHI, *Certificazione e tipologie di lavoro flessibile nella riforma dei lavori: un primo passo verso lo Statuto dei lavori*, di questo volume.

(5) In  *Statuto dei lavoratori*.

(6) In tal senso G. MAMMONE, *Procedura di certificazione e deflazione del conten-*

La espressione « *contratti di lavoro* » veniva meglio puntualizzata nel decreto legislativo n. 276, e allo stesso tempo circoscritta ad un elenco di fattispecie tassativo.

L'articolo 75 del decreto legislativo esplicita che lo strumento ha la finalità di ridurre il contenzioso non per ogni e qualsiasi tipologia di qualificazione del rapporto, ma solo per il lavoro a intermittenza (articoli 33 e ss.), ripartito (articoli 41-45), part-time, a progetto « di cui al presente decreto », nonché per i contratti di associazione in partecipazione previsti dal codice civile.

Anche dalla relazione accompagnatoria del decreto legislativo si evince questa specificazione in quanto è esplicitato che la certificazione ha la finalità di sostenere la diffusione di nuove tipologie contrattuali, favorendo la regolarizzazione dei rapporti e il processo di circoscrivere l'incertezza delle controversie inerenti queste nuove tipologie.

Con il decreto legislativo n. 251/2004 questa tassatività viene esclusa in quanto la relativa norma modificativa ha esteso a tutti i contratti di lavoro, anche subordinati, l'operatività dell'istituto della certificazione.

La modifica rappresenta una importante innovazione, che consente di ricomprendere nella certificazione anche il normale contratto di lavoro subordinato.

Con essa appare più evidente la finalità di certezza attribuita dal legislatore alla certificazione di cui si estende il campo di applicabilità e viene interpretata da alcuni autori come iniziale apertura al modello della derogabilità assitita (7), in linea con quanto sopra evidenziato relativamente alle finalità indicate nella *bozza Biagi sullo Statuto dei lavori*.

La modifica, ad avviso di altri autori, conferma per altro un atteggiamento di diffidenza del legislatore nei confronti della interferenza giudiziaria, il cui intento è quello di salvaguardare dalle cangianti valutazioni giurisprudenziali non solo l'autonomia organizzativa delle imprese, ma anche l'autonomia privata delle parti (8).

È possibile ricavare questa opinione, con riferimento alle aperture

---

zioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, Convegno del Centro studi di diritto del lavoro « D. Napoletano », *Nuovi lavori e tutele*, cit. Analogamente L. NOGLER, *Statuto dei lavori e certificazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di S. Hernandez*, in DL, febbraio-marzo 2004, fasc. 1-2, 552, e R. PESSI, *Organizzazione del rapporto di lavoro e qualificazione dei rapporti*, ivi, 591.

(7) A. VALLEBONA, *op. cit.*

(8) R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 e del decreto correttivo n. 251/2004: tendenze ed ideologie*, in RIDL, 2004, I, 521.

verso la volontà assistita, anche da espliciti riferimenti all'applicazione della procedura della certificazione alla consulenza ed assistenza alle parti per la definizione e alla modificazione del programma negoziale con particolare riferimento alla *disponibilità dei diritti*, indicata dall'articolo 81 in aggiunta alla *esatta qualificazione del rapporto*.

L'ambito operativo della certificazione viene esteso già con il decreto legislativo n. 276/2003 ad altre importanti ipotesi contrattuali.

Secondo la legge delega essa consente la distinzione tra appalto illecito di manodopera e appalto genuino-somministrazione (articolo 1, lettera *m*), n. 7).

L'articolo 84 del decreto legislativo consente la certificazione in materia sia prima della stipula del contratto di somministrazione, sia nella fase successiva della esecuzione del programma negoziale; procedimento che può essere utilizzato anche ai fini della distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto <sup>(9)</sup>.

L'articolo 83 del decreto legislativo, invece, dà attuazione alla previsione di legge di attribuire certezza alle tipologie contrattuali dei rapporti di lavoro con i soci attuati nelle cooperative e contenuti nei regolamenti delle cooperative stesse (in conformità all'articolo 5 comma 1, lettera *h*), della delega).

Le predette finalità della norma sono specificate nella relazione al decreto legislativo, nella quale si fa riferimento alla necessità di far emergere il lavoro sommerso o irregolare, consentendo la consacrazione in contratti certificati e sostanzialmente « personalizzati », secondo schemi precostituiti ma aperti alle esigenze concrete delle parti contraenti, offrendo uno strumento utile per ridurre al minimo il divario tra logiche giuridiche e logiche organizzativo-produttive <sup>(10)</sup>.

Appare inoltre funzionale allo scopo voluto dal legislatore l'introduzione dell'obbligo per l'autorità giudiziaria di accertare il comportamento complessivo delle parti in sede di certificazione davanti all'organo certificatore, (articolo 5, lettera *f*), della delega e articolo 80, decreto legislativo, comma 3, con riferimento alle spese — articolo 92 e 96 c.p.c.) <sup>(11)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Cfr. P. RAUSEI, *La certificazione nel lavoro externalizzato*, che segue.

<sup>(10)</sup> Da qui discende la affermazione di P. ICHINO sulla natura « laburista » della Legge Biagi, come risulta dall'esame della normativa, esposta nella *Relazione introduttiva*, Convegno del Centro studi di diritto del lavoro « D. Napoletano », *Nuovi lavori e tutele*, cit.

<sup>(11)</sup> Allo scopo appare molto opportuna la previsione contenuta nella circ. Min.

È rilevante anche la previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla commissione che ha certificato l'atto (articolo 80, comma 4); in questo caso la commissione è un organo che « giudica in prima istanza » i fatti oggetto della propria certificazione.


La finalità prevista dal legislatore appare compatibile con il sistema, a *condizione* che *non* si voglia interpretare la normativa in esame come *divieto* per il giudice di svolgere la funzione interpretativa che è propria di questa funzione (con particolare riferimento al rapporto di lavoro subordinato vedasi Corte Costituzionale n. 121/1993 e 115/1994) <sup>(12)</sup>.


#### 4. L'atto di certificazione. Natura giuridica.

Il decreto legislativo dispone che l'atto di certificazione dev'essere *motivato* <sup>(13)</sup>.


Appare prevedibile che la stipula dei contratti avanti le commissioni di certificazione avverrà per lo più sulla base dei codici di diritti indisponibili ed i moduli e formulari predisposti dal Ministero del lavoro, con l'ausilio, già visto sopra, delle Università <sup>(14)</sup>.

La certificazione, dunque, sembra destinata a prodursi su una

lav. n. 48/2004 della allegazione — quale parte integrante del provvedimento di certificazione — del verbale di audizione delle parti. Audizione che è prevista dal d.m. 21 luglio 2004, art. 5, e dalla circ. Min. lav. n. 48/2004, con la partecipazione, se richiesta, dei rappresentanti sindacali o di categoria ovvero di un professionista regolarmente abilitato; assistenza questa che diviene necessaria qualora la parte sia fisicamente assente e rappresentata da altra persona da lei stessa nominata (in  *Certificazione*).

<sup>(12)</sup> In  *Lavoro subordinato*. La Corte Costituzionale ha affermato che « non sarebbe consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie, e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato ».

<sup>(13)</sup> La circolare ministeriale sembra presupporre la necessaria motivazione, come può evincersi dalla necessità di allegare al provvedimento di certificazione il verbale di audizione e dalla modulistica standard di certificazione allegata alla circolare stessa.

<sup>(14)</sup> Sono allegate alla circ. Min. lav. n. 48/2004 le linee guida alla certificazione, contenenti elementi utili alla determinazione di alcune tipologie contrattuali (es. collaborazione a progetto, a tempo parziale, lavoro intermittente, ripartito, di associazione in partecipazione, appalto, inserimento e collaborazioni coordinate e continuative); in  *Certificazione*.

contrattazione standardizzata, che include le clausole che per la giurisprudenza corrente caratterizzano il tipo contrattuale prescelto, sicché risulterà presumibilmente standardizzata anche la motivazione dell'atto di certificazione.

La certificazione è un atto di *natura amministrativa*, ed appartiene alla categoria degli atti di certazione dei rapporti privati, la funzione dei quali è quella di attribuire certezza pubblica agli atti cui accedono, che sono di per sé già produttivi di effetti <sup>(15)</sup>.

Essa consiste nell'enunciazione di un giudizio sul contratto stipulato dalle parti. È un atto connotato da discrezionalità, che costituisce una fattispecie autonoma rispetto al contratto cui accede, produttiva della specifica conseguenza giuridica di conferire certezza all'esistenza di un determinato tipo di rapporto di lavoro.

Viene definita da un autore come un *parere* sulla qualificazione del contratto, munita di adeguata motivazione, e dunque una valutazione di diritto, desunta anche dalle dichiarazioni rese dalle parti in sede di audizione, che può essere assistita come già detto, e consiste nella sussunzione della fattispecie concreta (il contratto) nella corrispondente fattispecie astratta <sup>(16)</sup>.

Proprio per questa natura qualificatoria la certificazione è destinata a cedere di fronte a una diversa valutazione del giudice, che tuttavia dovrà motivare, anche dal comportamento delle parti, la eventuale difformità dei fatti rispetto a quelli certificati.

## 5. Gli effetti della certificazione.

La certificazione è idonea a conferire una *stabilità relativa* ai fatti certificati.

Il decreto legislativo dispone espressamente che « gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione permangano verso i terzi fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali » promossi avanti l'autorità giudiziaria ordinaria o avanti il T.A.R., salvi i provvedimenti cautelari <sup>(17)</sup>.

Ciò dovrebbe significare che fino a quel momento le parti ed i terzi

---

<sup>(15)</sup> E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2002, 528.

<sup>(16)</sup> A. VALLEBONA, *op. cit.*

<sup>(17)</sup> P. RAUSEI, *Efficacia della certificazione a fronte di un'indagine ispettiva*, in questa Parte, Sez. (B).



sono *vincolati* alle risultanze dell'atto di certificazione, *ne subiscono gli effetti e non possono opporvisi*.

Così, ad esempio fintantoché la certificazione non è stata superata da un contrario accertamento giudiziale, gli enti previdenziali non potranno chiedere ed ottenere dal giudice un decreto ingiuntivo per il pagamento di contributi e sanzioni civili, adducendo che il rapporto di lavoro ha natura diversa da quella che risulta certificata. Né gli enti previdenziali ed il Ministero del lavoro potranno emettere ordinanze-ingiunzioni per il pagamento di contributi e premi, o sanzioni amministrative.

Né l'Inps e il Fisco potranno iscrivere a ruolo e emettere la cartella esattoriale per il pagamento dei contributi e delle sanzioni civili e dei tributi. Né, ancora, gli enti previdenziali potranno negare al lavoratore le prestazioni previdenziali richieste rifiutando di riconoscere i versamenti a suo favore avvenuti in base al contratto certificato.

Per recuperare, dunque, libertà d'azione, le parti ed i terzi sono tenuti ad attendere che l'atto di certificazione sia posto nel nulla in sede giudiziale, dal giudice amministrativo o dal giudice del lavoro.

La affermazione appena enunciata necessita di precisazioni.

L'articolo 78, comma 2, lettera *d*), precisa che la istanza di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione, menzione posta a pena di improcedibilità secondo la circolare 15 dicembre 2004, n. 48 <sup>(18)</sup>.

La stabilità relativa della certificazione nei confronti dei terzi deve dunque essere richiesta esplicitamente dalle parti.

In questo caso l'effetto voluto è ulteriormente condizionato alla formale comunicazione ai terzi interessati (autorità pubbliche) le quali sono legittimate a produrre le loro osservazioni — articolo 78, comma 2, lettera *a*).

Questo è l'orientamento della prevalente dottrina <sup>(19)</sup>.

Altri autori hanno contestato la efficacia per gli enti pubblici della certificazione fino alla emanazione della sentenza di primo grado <sup>(20)</sup>,

---

<sup>(18)</sup> In  *Certificazione*.

<sup>(19)</sup> M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in RIDL, 2003, 381; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, ivi, 2003, 284; L. PERINA, *Disposizioni in materia di certificazione del contratto tra le parti*, in *Rassegna di giurisprudenza del lavoro nel Veneto*, 2003, 10.

<sup>(20)</sup> L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in AA.VV., *Il nuovo*

avanzando anche dubbi di costituzionalità della norma (per violazione degli articoli 3, 97 e 76 Cost.); conseguentemente per questa opinione gli enti potranno continuare a esercitare le proprie prerogative istituzionali in materia di vigilanza e accertamento nonostante l'intervento della certificazione; rilevano che anche aderendo alla opposta tesi comunque la certificazione aumenterà il contenzioso essendo la sede giudiziaria l'unica ove l'ente può tutelare i propri diritti.

Aderendo alla tesi prevalente sopra indicata, in quanto fondata sulla interpretazione letterale della norma — che non sembra contrastare con le norme costituzionali citate — le conseguenze della certificazione errata, accertata in giudizio, dovranno essere fatte valere dalle parti ovvero dai terzi nei giudizi di impugnazione della certificazione, se sono posti in condizione di parteciparvi, oppure con iniziative successive alla emissione della sentenza di primo grado.

È ben vero che in questo caso vi è il rischio di aumentare il contenzioso, non essendo opponibile la sentenza a terzi che non abbiano partecipato al giudizio (essi infatti non sono aventi causa *ex* articolo 2909 c.c.) ma determina una utile coincidenza della posizione formale e sostanziale di ciascuna parte del processo <sup>(21)</sup>.

## 6. I rimedi giudiziari esperibili.

L'atto di certificazione può essere *impugnato avanti il T.A.R.* per violazione di procedura ed eccesso di potere, entro il termine ordinario di 60 giorni, e ciò anche se l'atto non è emesso da una pubblica amministrazione (quale gli enti bilaterali).

Si tratta di un mezzo di impugnazione non previsto dalla legge delega, introdotto dal decreto legislativo probabilmente nell'ottica di contemperare al meglio il diritto di difesa dei terzi con lo svantaggio determinato dall'immediata efficacia della certificazione nella loro sfera giuridica, il cui impiego — di cui non è facile prevedere la frequenza — consente a questi ultimi di evitare il prodursi di quella situazione di stabilità relativa degli effetti della certificazione cui si è fatto cenno.

Avanti il T.A.R. i terzi potranno far valere la *violazione della procedura*, ad esempio, mancato avviso dell'avvio della procedura;

---

*mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004; A. GUADAGNINO, *Gli effetti della certificazione nei confronti degli enti*, in *RGL*, 2004, IV, 575 ss.

<sup>(21)</sup> A. VALLEBONA, *op. cit.*

omesso invio della documentazione richiesta allo scopo di effettuare le osservazioni; assenza della indicazione degli effetti dell'atto <sup>(22)</sup>.

Avanti il T.A.R. i terzi potranno contestare *l'eccesso di potere* in cui è incorsa la commissione nella qualificazione del contratto, ed ottenere, in ogni caso, a richiesta, la sospensione cautelare dell'atto di certificazione, con conseguente paralisi degli effetti che ne derivano.

Il decreto legislativo nulla dispone in ordine ai soggetti legittimati ad agire avanti il T.A.R.

Sembrerebbe da escludere la legittimazione delle parti, almeno per quanto concerne i vizi relativi alla qualificazione del contratto, atteso che la certificazione si risolve nell'accoglimento di una loro istanza, ed appare difficile configurare un loro interesse a ricorrere, la sussistenza del quale condiziona l'ammissibilità dell'azione anche davanti al T.A.R.

Quanto ai terzi potrebbe sostenersi che il ricorso avanti al T.A.R. è possibile solo per i soggetti cui il decreto prevede il coinvolgimento nella procedura di certificazione — le autorità pubbliche nei cui confronti l'atto è destinato a produrre effetti.

Indipendentemente dal ricorso al giudice amministrativo il decreto legislativo dispone che nei confronti dell'atto di certificazione le parti ed i terzi nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetti possano proporre *ricorso avanti il giudice del lavoro* territorialmente competente, per *erronea qualificazione* del contratto o *per difformità tra il programma concordato in sede di certificazione e quello effettivamente attuato*.

L'articolo 80 prevede che la competenza territoriale a statuire sulle controversie proposte nei confronti dell'atto di certificazione spetti sempre al giudice che sarebbe competente a statuire sul rapporto di lavoro certificato (articolo 413 c.p.c.), anche se parte del giudizio siano autorità pubbliche, come gli enti di previdenza, le cui controversie sono

---

(22) Il decreto legislativo infatti, prevede che l'atto di certificazione debba contenere anche esplicita menzione degli effetti, civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione.

Sembra, dunque, dalla formulazione della norma, che le parti possano far certificare il contratto solo ad alcuni effetti, e non ad altri; ad esempio, ai soli effetti previdenziali, ma non agli effetti amministrativi o tributari. E trattandosi di un beneficio riconosciuto dalla legge a chi ne voglia beneficiare, non funzionale alla tutela di diritti indisponibili, non dovrebbero sussistere ostacoli alla sua disponibilità.

Se gli effetti della certificazione sono disponibili, non v'è dubbio che l'atto di certificazione dovrebbe menzionarli e che la mancata menzione integrerebbe un vizio dell'atto.

assoggettate dal codice di procedura civile a regole di competenza territoriale diverse (articolo 444 c.p.c., norma che viene derogata in favore dell'articolo 413).

E prevede, ancora, che prima di introdurre il giudizio avverso l'atto di certificazione le parti ed i terzi debbano espletare un *tentativo obbligatorio di conciliazione* avanti la commissione che ha certificato il rapporto, che per questa via assume una funzione ulteriore.

Oltre che coinvolgere nel tentativo di conciliazione un soggetto, che per aver certificato l'atto in contestazione, dovrebbe avere un particolare interesse ad evitare che la lite transiti in sede giudiziaria — e garantire così un impegno effettivo per il buon fine del tentativo di conciliazione — tale meccanismo, consentendo alle commissioni di verificare gli esiti della propria attività, determina le condizioni perché la loro operatività possa esser più consapevole e responsabile.

Resta da osservare che ai sensi del decreto legislativo « chiunque » intenda impugnare l'atto di certificazione avanti il giudice del lavoro è obbligato a promuovere il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'articolo 410 c.p.c.

Sembra, dunque, che in caso di contratto di lavoro certificato, anche gli enti previdenziali che intendano contestare giudizialmente la natura del rapporto siano obbligati a promuovere, previamente, il tentativo di conciliazione — fino ad ora obbligatorio solo per le cause c.d. di lavoro, e non per le cause c.d. previdenziali; nonostante nella più parte dei casi i diritti che l'ente intende far valere in giudizio non siano disponibili e, dunque, non possano essere oggetto di conciliazioni.

Ad opposte conclusioni si perviene se dovesse prevalere la opinione della incompatibilità con il tentativo obbligatorio di conciliazione del ricorso alla procedura di riscossione dei contributi mediante cartella esattoriale regolata da principi giuridici e scansioni temporali rigidi (quale ad esempio la decadenza).

Avanti il giudice ordinario, dunque, le parti del rapporto ed i terzi potranno far valere l'erroneità delle conclusioni sulla natura del contratto cui è pervenuta la commissione ovvero — e sarà presumibilmente il caso più frequente — la difformità tra le effettive modalità di svolgimento del rapporto e le modalità pattuite.

Esse non potranno fare valere, al contrario, i vizi della procedura di certificazione, che non sono contemplati e che possono essere denunciati avanti il T.A.R.

Dalla lettera del decreto legislativo — secondo cui contro l'atto di certificazione le parti ed i terzi *possono proporre ricorso* —, potrebbe

desumersi che, in presenza di un atto di certificazione, le parti ed i terzi per far valere la diversa natura del rapporto rispetto a quanto certificato, dovrebbero promuovere un apposito giudizio, e non potrebbero, invece, introdurre la richiesta di accertamento in un giudizio già pendente, normalmente in via riconvenzionale.

Così, ad esempio, potrebbe sostenersi che l'accertamento della vera natura del rapporto e la caducazione dell'atto di certificazione non possano avvenire in base ad una domanda riconvenzionale proposta dall'Inps, Inail o Ministero nella memoria difensiva con cui questi si costituiscono nel giudizio promosso dal datore di lavoro in opposizione all'ordinanza-ingiunzione per il recupero di contributi, premi, sanzioni civili o sanzioni amministrative emessa sulla base della supposta natura subordinata del rapporto di lavoro.

Altrimenti, può sostenersi che la formula di legge è meramente descrittiva, e che la contestazione dell'atto di certificazione e la richiesta di accertamento della reale natura del rapporto di lavoro possono essere introdotte anche attraverso domande o eccezioni formulate in via riconvenzionale, quando una delle parti del rapporto agisca direttamente, od in opposizione ad un atto della pubblica autorità, facendo valere gli effetti che derivano dal contratto certificato.

Comunque sia, anche ammettendo che quest'ultima sia la soluzione corretta, resta che l'effetto vincolante della certificazione permane fino all'esito dell'accertamento giudiziale.

Sicché, quand'anche le autorità pubbliche, noncuranti della certificazione, diano corso ad iniziative unilaterali di recupero di contributi, premi, sanzioni civili o amministrative, gli atti che esse hanno adottato, diversamente da quanto accade nel sistema vigente, non saranno immediatamente efficaci nella sfera delle parti, ma potranno acquisire tale efficacia solo all'esito del giudizio.

## **7. Le regole del processo davanti al giudice del lavoro e la rilevanza della certificazione.**

Il giudizio di accertamento della natura del rapporto certificato si svolge secondo le regole di ogni altro accertamento giudiziale del genere. Si può escludere, in particolare, che l'atto di certificazione abbia l'effetto di vincolare in qualche misura l'indagine istruttoria, la ricostruzione giuridica e le conclusioni del giudice.

Il giudice del lavoro, dunque, resta libero di riqualificare il con-

tratto certificato senza vincoli di sorta che non siano quelli probatori derivanti dalla certificazione il cui contenuto va comunque valutato.

La certificazione pertanto rende più difficile per la parte che contesta la qualificazione del rapporto fornire la prova contraria al contenuto dell'atto certificato ma non impedisce di per sé di fornire la prova del contrario ed il giudice non può limitarsi a recepire puramente e semplicemente il contenuto dell'atto.

## 8. Effetti della sentenza di primo grado.

Quando a seguito di impugnazione *per errore* il giudice accerti che il rapporto di lavoro è stato *ab origine* erroneamente qualificato dalla commissione, esso produrrà gli effetti che conseguono alla sua vera natura sin dalla data di decorrenza.

Viceversa, quando il giudice accerti che il contratto è stato correttamente qualificato e che *solo da un certo momento in poi* (*impugnazione per difformità*) il rapporto che ne è originato si è svolto secondo modalità difformi da quelle pattuite e certificate, il rapporto produrrà gli effetti che gli sono propri solo da quel momento.

In questo caso il giudice effettua una valutazione in fatto: in questo caso è innegabile che la certificazione riduce il contenzioso, semplificandolo in quanto limita la materia del contendere agli scostamenti tra programma certificato e quello effettivamente attuato dalle parti nel concreto svolgimento del rapporto.

Giova evidenziare a questo punto che l'accertamento giudiziale, produrrà i suoi effetti solo tra le parti che hanno partecipato a quel giudizio, e non anche nei confronti di tutti coloro verso i quali l'atto di certificazione produce i suoi effetti.

Pertanto, l'accertamento giudiziale che pone nel nulla l'atto di certificazione va considerato come un mero fatto, al cui accadimento il decreto legislativo ricollega l'effetto di far cessare gli effetti della certificazione anche nei confronti di tutti gli altri terzi, e che rende possibile a ciascuno di loro far valere nei consueti limiti la vera natura del rapporto certificato (esempio: iscrizione a ruolo).

Nel caso in cui la sentenza accerti la regolarità della certificazione e del relativo contratto certificato i terzi dovranno promuovere azione autonoma, qualora ritengano di fondare la pretesa creditoria sulla diversa qualificazione del contratto ovvero sulla difformità del rapporto rispetto al contratto.

Il decreto legislativo prevede, altresì, che l'atto di certificazione

possa essere impugnato per *vizi del consenso*, vale a dire per errore, dolo e violenza.

È evidente che il legislatore voleva riferirsi al *contratto certificato* e non alla *certificazione* (che è un parere per il quale non ha rilevanza il consenso).

Il vizio travolge il contratto e la certificazione.

È prevedibile, alla stregua dell'esperienza, che le impugnazioni della certificazione per dolo e violenza rimarranno un caso di scuola.

Diversamente potrebbe accadere con riguardo all'impugnazione della certificazione per errore.

## 9. Organi e procedure di certificazione.

Gli articoli 76, 77, e 78 del decreto legislativo individuano le caratteristiche degli enti preposti alla certificazione e le procedure di attuazione dei punti *b)*, *c)* e *d)* dell'articolo 5 della legge delega <sup>(23)</sup>.

La legge delega indicava come tali gli *enti bilaterali* costituiti ad iniziativa di associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative e l'articolo 76, lettera *a)*, del decreto legislativo n. 276 specifica che deve trattarsi di enti costituiti anche nell'ambito territoriale di riferimento e non solo nazionale.

La relazione al decreto legislativo si esprime molto positivamente sulla funzione degli enti bilaterali, atteso che essi consentono di incentivare i momenti di collaborazione tra gli attori sociali anche allo scopo di innovare creando un beneficio per la complessiva regolarizzazione del mercato del lavoro. Rilevante in tal senso la competenza in materia di *outsourcing* e della relativa certificazione.


Altro soggetto legittimato tra quelli sinteticamente indicati nella delega è la Direzione provinciale del lavoro, cui sono già stati assegnati dalla recente legislazione compiti di conciliazione e di controllo sulla definizione delle controversie — decreto legislativo n. 80/1998 <sup>(24)</sup>.

Anche le *Province* sono organi della certificazione come specificato alla lettera *b)* dell'articolo 76.

Ultimo soggetto legittimato è l'*Università*.

Il decreto legislativo specifica che si tratta di Università pubbliche o private, fondazioni universitarie, e tuttavia richiede che queste debbono essere registrate in apposito albo e prevede che comunque la

<sup>(23)</sup> Cfr. i contributi in questa Parte, Sez. (B).

<sup>(24)</sup> In  *Pubblico impiego*.

commissione operi esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo.

Il comma 3 prevede che possano essere stipulate convenzioni tra enti bilaterali e Università per costituire una unitaria commissione di certificazione.

Con decreto ministeriale 21 luglio 2004 e circolare n. 48/2004 viene prescritto che la commissione presso la Dpl sia composta dal Dirigente e da due funzionari, da un rappresentante Inps e uno dell'Inail.

Quella presso la Provincia, dal Dirigente del servizio provinciale per l'impiego, da tre funzionari, da un rappresentante Inps e dell'Inail, da due rappresentanti sindacali.

Possono parteciparvi, ma solo con funzione consultiva, un rappresentante dell'amministrazione delle entrate e un rappresentante degli ordini professionali.

L'articolo 77 individua la competenza territoriale e funzionale degli organi di certificazione: per la Dpl e la Provincia il criterio territoriale e quello del luogo in cui si trova l'azienda o la dipendenza cui il lavoratore deve essere impiegato; per gli enti bilaterali, la competenza « funzionale » è quella derivante dalle OO.SS. di appartenenza.

L'articolo 78 ribadisce che la procedura è volontaria e non obbligatoria e viene attivata dalla istanza scritta delle parti che indicano di comune accordo la commissione scelta (ente bilaterale, Dpl o Università). La istanza comunque va comunicata alla Direzione provinciale del lavoro ancorché non sia adita dalle parti.

Lo scopo della norma è di consentire a questo organo di informare della procedura le autorità pubbliche nei cui confronti la certificazione è destinata a produrre effetti.

Le procedure di certificazione sono determinate dalle stesse commissioni e debbono essere improntate dunque a particolare semplicità nel rispetto di parametri minimi dettati dall'articolo 78.

Viene delegata al Ministero del lavoro l'emanazione di codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro — es. trattamenti normativi ed economici —, la elaborazione di moduli e formulari per la certificazione del contratto, che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia qualificatoria del rapporto.

La norma consente la facoltà alle autorità pubbliche verso le quali la certificazione dovrà produrre effetti, di presentare osservazioni sulla richiesta di certificazione.



La procedura deve concludersi entro 30 giorni dal ricevimento della istanza, con esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali e fiscali in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione. Il decreto legislativo non definisce perentorio il termine, ne specifica quali siano le conseguenze del mancato rispetto dello stesso.

L'atto certificatorio deve essere motivato e contenere un termine entro cui è possibile ricorrere <sup>(25)</sup>.

## **10. L'attività di consulenza e assistenza degli enti della certificazione.**

L'articolo 81 affida a tali organi il compito non solo di certificare il rapporto ma anche quello di consigliare ed assistere le parti sia nella stipula sia in sede di modifica dell'originario contratto, evidenziando loro gli obblighi e i diritti disponibili e la esatta qualificazione dei contratti di lavoro che intendono certificare.

La norma è collegata con l'articolo 78, comma 4, secondo cui le procedure di certificazione si devono svolgere nel rispetto delle buone pratiche, le quali individueranno le clausole indisponibili in sede di certificazione con riferimento a trattamenti economici e normativi, recependo eventuali indicazioni degli accordi interconfederali <sup>(26)</sup>.

L'articolo 81 così letto, attribuisce alle sedi di certificazione funzioni di consulenza ed assistenza effettiva alle parti contraenti, sia in relazione alla stipulazione del contratto che del programma negoziale; sia con riferimento alle modifiche concordate in sede esecutiva della

---

<sup>(25)</sup> Norme di dettaglio sono contenute nella circ. Min. lav. n. 48/2004 che prevede a pena di improcedibilità l'indicazione degli effetti della certificazione.

È prevista l'audizione personale con la partecipazione, se richiesta, dei rappresentanti sindacali o di categoria ovvero di un professionista regolarmente abilitato; assistenza questa che diviene necessaria qualora la parte sia fisicamente assente e rappresentata da altra persona da lei stessa nominata.

La circolare prevede inoltre la calendarizzazione dei lavori, da comunicare a Inps, Inail, Agenzia Entrate — e altri soggetti qualora gli effetti richiesti li riguardino — al fine di consentire la loro partecipazione alla seduta della commissione e la presentazione di eventuali osservazioni.

<sup>(26)</sup> Il successivo comma 5 prevede la predisposizione di moduli e formulari che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto, e in tal senso la circ. Min. lav. n. 48/2004 contiene allegati su talune tipologie contrattuali, come sopra riportato in nota.

prestazione, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti ed alla esatta qualificazione del contratto <sup>(27)</sup>.

In questo caso la certificazione sembra espandersi dall'originario ambito meramente certificatorio del tipo contrattuale, a quello della disciplina del rapporto concordata tra le parti con l'assistenza del certificatore (e delle organizzazioni sindacali chiamate a parteciparvi).

Il limite a questa attività riguarda la deroga a clausole dei contratti collettivi disponibili, e essa non può riguardare quelle indisponibili, dichiarate tali dal decreto ministeriale.

È possibile per questa via derogare a norme del contratto collettivo se effettuato con il procedimento garantito della certificazione e solo per clausole non rafforzate da un provvedimento amministrativo.

Poteri che valgono per ogni tipologia di rapporto, anche quello subordinato, attesa la modifica dell'articolo 75 effettuata con il decreto legislativo n. 251/2004.

Da questa norma sembra potersi desumere una iniziale apertura al modello della c.d. derogabilità assistita.

Derogabilità assistita che consente entro limiti predeterminati di derogare ai precetti imperativi di legge e di contratto collettivo, consentendo alle parti adeguatamente assistite di concordare una diversa disciplina rispetto a quella indicata dalle fonti normative gerarchicamente sopra ordinate. Modello che era stato indicato nel c.d. *Libro Bianco* del 2001 <sup>(28)</sup> e non accolto dal legislatore con il decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(29)</sup>.

La circolare n. 48/2004 pone l'accento su tale questione attribuendo particolare rilevanza all'audizione delle parti, proprio per l'aspetto relativo alla regolazione del programma negoziale.

In essa si afferma inoltre che l'attività di consulenza ed assistenza deve essere effettiva, non meramente burocratica, e finalizzata ad evidenziare la disponibilità dei diritti eventualmente negoziabili.

La normativa in esame appare compatibile con le norme di sistema, ben potendo il legislatore modificare il principio di inderogabilità del contratto collettivo da parte dell'autonomia individuale, ex articolo 2077 c.c., in presenza di un procedimento di garanzia delle parti e

---

<sup>(27)</sup> Vedi per questa interpretazione, L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in RIDL, I, 2004, 248.

<sup>(28)</sup> In  *Riforma Biagi*.

<sup>(29)</sup> A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 20 e 139.

limitatamente alle clausole non rafforzate e dunque non indisponibili (articolo 78, comma 4, e 81).

Da ultimo va rilevato che l'articolo 82, assegna alle sole commissioni di certificazione costituite presso gli enti bilaterali anche il compito di certificare le rinunce e le transazioni di cui all'articolo 2113 c.c. e cioè che abbiano ad oggetto diritti indisponibili delle parti del rapporto di lavoro, a conferma della volontà abdicativa o transattiva.

Tale compito si giustifica con il fatto che, prima ed in vista della certificazione — a futuri effetti — del contratto, le parti potrebbero avere interesse a comporre liti pregresse, e risulta comodo e funzionale che a ciò possano provvedere avanti la stessa commissione di certificazione.

Tuttavia, in assenza di una specifica previsione di legge, queste rinunce e transazioni, certificate dalla commissione, diversamente da quelle stipulate in sede sindacale o avanti la commissione di conciliazione, sembrano impugnabili nel termine semestrale di decadenza dell'articolo 2113 c.c. <sup>(30)</sup>.

Se così è, ne discende che le parti realmente interessate alla rinuncia ed alla transazione non avrebbero ragione di adire a questi fini la commissione di certificazione.

Da qui la opposta tesi della inoppugnabilità allorquando con l'atto si sia derogato a regole contrattuali indisponibili <sup>(31)</sup>.

Se si dovesse aderire a questa tesi, l'istituto della certificazione lascia netta traccia della logica della disponibilità assistita, seppur in sede dispositiva dei diritti e non in quella di regolazione del rapporto.

Indipendentemente dalle due tesi sopra prospettate la rilevanza dell'istituto si giustifica in quanto, oltre alle ragioni di carattere pratico che potrebbero indurre le parti ad addivenire a rinunce o transazioni avanti la commissione, non può trascurarsi che in tale sede la rilevanza e l'ambito della volontà abdicativa o transattiva delle parti dovrebbe essere accertata con esattezza, e l'atto che ne risulta, essere perciò dotato di una particolare forza di resistenza in caso di successiva contestazione.

---

<sup>(30)</sup> V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali, a progetto e occasionali*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Ipsoa, Milano, 2004, vol. 4, 234 ss.

<sup>(31)</sup> L. DE ANGELIS, *op. cit.*, 261.



## 2.

# LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO


ENRICO RAVERA

SOMMARIO: 1. Finalità dell'istituto. — 2. La volontarietà della certificazione. — 3. La certificazione come procedura sperimentale. — 4. Oggetto della certificazione. — 5. Conclusioni.

### 1. Finalità dell'istituto.

Il legislatore non ha avuto dubbio alcuno nell'indicare la finalità dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro, nella riduzione del contenzioso relativo alla loro qualificazione giuridica. Il testo dell'articolo 75 del decreto legislativo n. 276/2003 riprende infatti testualmente l'articolo 5 della legge delega (legge n. 30/2003), nonché quanto espresso nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, presentato dal Ministero del lavoro nell'ottobre 2001, in ordine alla finalità di deflazione e certezza da assegnarsi alla certificazione <sup>(1)</sup>. Invero il nuovo istituto mira proprio a dare certezza alle parti contraenti (soprattutto alle imprese) in ordine alla corretta qualificazione giuridica del rapporto tra loro instaurato, il che dovrebbe, come logica conseguenza, determinare una riduzione del contenzioso sulla qualificazione del rapporto. Alla funzione deflativa è ispirata anche la procedura di certificazione dell'atto unilaterale di deposito del regolamento delle cooperative, procedura riguardante la tipologia dei rapporti attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori,

---

<sup>(1)</sup> In  *Riforma Biagi*. In tale documento la certificazione è ancorata a più logiche: di assicurazione di «derogabilità assistita» cioè ad una logica tesa alla disponibilità dei diritti, come espresso al § I.3.2, ovvero di deflazione e certezza come indicato invece al § I.3.5 («validazione anticipata della volontà delle parti interessate all'utilizzazione di una certa tipologia contrattuale») e § II.3.6. («ridurre il contenzioso in materia di rapporti di lavoro»), cioè ad una logica tesa alla tipologia dei rapporti.

procedura prevista dall'articolo 83, decreto legislativo n. 276/2003 (su cui *infra* § 4).

L'articolo 75, nella versione iniziale, prevedeva che la certificazione riguardasse soltanto le tipologie contrattuali introdotte dallo stesso decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(2)</sup>: il proliferare di nuove tipologie contrattuali aveva infatti reso più complesso e problematico l'inquadramento giuridico delle varie fattispecie. Ma, le modifiche apportate al decreto legislativo dal decreto correttivo (decreto legislativo n. 251/2004), hanno genericamente esteso la certificazione al contratto (rapporto) di lavoro. L'estensione è stata sicuramente opportuna: infatti non tutte le nuove tipologie contrattuali presentavano difficoltà qualificatorie <sup>(3)</sup> ed inoltre, se funzione della certificazione è dare certezza e quindi deflazionare il contenzioso, non vi era sostanziale motivo di escluderla per tipologie contrattuali diverse da quelle tassativamente indicate nell'originario articolo 75. Il decreto correttivo torna quindi alla originaria idea contenuta nella legge delega (articolo 5), accrescendone così la potenzialità deflativa del contenzioso: anche se l'intento del legislatore sembra scontrarsi con il fatto che difficilmente, come l'esperienza sul campo insegna, il contenzioso in materia di qualificazione nasce all'origine del rapporto, al momento cioè della stipulazione del contratto <sup>(4)</sup>. Peraltro l'effetto deflativo ben può essere assicurato o comunque agevolato dall'avvenuta certificazione in quanto da essa sono comunque ricavabili elementi in fatto o dichiarazioni che, quanto al loro reale accadimento, avranno necessariamente una ricaduta sul contenzioso; inoltre, per quanto riguarda la qualificazione giuridica del contratto, gli organi ad essa preposti « eserciteranno un controllo sulla correttezza della qualificazione data dalle parti al rapporto posto in essere e, nel caso in cui ritengano erronea tale qualificazione, forniranno loro utili indicazioni per modificare il regolamento negoziale, in modo tale da farlo corrispondere al tipo di rapporto che

---

<sup>(2)</sup> L'art. 75 prevedeva la possibilità di accedere alla procedura di certificazione per la qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto nonché dei contratti di associazione in partecipazione, di cui agli artt. 2549-2554 c.c., e di appalto.

<sup>(3)</sup> Per una casistica di fattispecie non problematiche, v. V. SPEZIALE, *Le finalità e gli effetti della nuova disciplina e le ipotesi nelle quali è possibile utilizzare la procedura di certificazione*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, vol. IV, 157.

<sup>(4)</sup> Cfr. L. PERINA, *La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in [www.csdn.it](http://www.csdn.it).

intendono porre in essere» (5). La certificazione, quindi, come strumento per depotenziare il contenzioso, per anticipare in sede amministrativa problematiche qualificatorie che potranno successivamente essere sottoposte al vaglio di un giudice, ma dopo che un ponderato esame degli elementi contrattuali si è già svolto (anche e soprattutto da parte dei protagonisti del negozio). In altri termini « la procedura di certificazione appare essere caratterizzata da una doppia finalità: l'assistenza alle parti in ordine alla predisposizione delle clausole dell'accordo contrattuale e la fissazione della qualificazione giuridica del contratto » (6). A conferma di tale condivisibile impostazione dell'attività certificatoria deve sottolinearsi che la Commissione, nell'impianto legislativo, non assume un ruolo meramente notarile (7): la certificazione della Commissione non giunge (e non deve giungere) all'esito di un controllo meramente formale del contratto, controllo fondato su meri schemi legali, giurisprudenziali o codici di buone pratiche; la Commissione deve invece svolgere una fattiva e partecipe consulenza anche alla elaborazione del programma negoziale (articolo 81; articolo 3, comma 4, decreto ministeriale 21 luglio 2004).

Non può inoltre sottovalutarsi l'effetto dissuasivo o di contenimento che la certificazione potrebbe avere sul possibile contenzioso sotto il profilo che « un elevato grado di incertezza ma anche di difficoltà sarà proiettato su tutti i rapporti che — per volontà delle parti e legittimamente — non siano stati sottoposti a certificazione. Poiché gli atti di certificazione confluiranno in una banca-dati presso l'organo, privato o pubblico, competente, è allora ipotizzabile che gli accertamenti ispettivi degli Enti previdenziali, verranno convogliati verso quei rapporti “volontariamente non certificati”, non dissimilmente da quanto accade in materia di verifiche fiscali » (8).

La finalità di ridurre il contenzioso è quindi in buona parte legata alla efficienza e alla capacità degli organi preposti alla certificazione: « qualora questi ultimi saranno in grado di suscitare l'affidamento delle parti e di svolgere un ruolo anche propositivo, inducendo entrambi i

---

(5) Così E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2002, 534.

(6) L. NOGLER, *Il nuovo istituto della « certificazione » dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, 111, cui si rinvia anche per le prospettate questioni di legislazione concorrente Stato-Regioni.

(7) Sull'attività di consulenza e assistenza alle parti, cfr. M. TIRABOSCHI, *Le sedi universitarie*, in questa Parte, Sez. (B).

(8) E. GHERA, *op. cit.*, 530.

contraenti a predisporre un modulo contrattuale suscettibile di effettiva attuazione, la riduzione del contenzioso appare un obiettivo realizzabile. Qualora, invece, essi si limiteranno a recepire la volontà delle parti al momento della stipulazione del contratto, senza preoccuparsi delle sue concrete possibilità di effettiva attuazione, ovvero a certificare rinunzie e transazioni altrove definite, come, in parte, già oggi avviene, l'istituto si rivelerà una nuova e fastidiosa complicazione burocratica, priva di ogni concreta utilità »<sup>(9)</sup>.

Il fine deflativo viene poi rafforzato dal fatto che, in caso la certificazione venga impugnata, il tentativo obbligatorio di conciliazione antecedente al giudizio debba necessariamente svolgersi davanti alla Commissione che ha certificato l'atto (articolo 80, comma 4). È un modo per responsabilizzare la Commissione nella fase certificativa: la Commissione, infatti diventa l'« organo che giudica in prima istanza i fatti oggetto della propria certificazione »<sup>(10)</sup>.

## 2. La volontarietà della certificazione.

Presupposto o requisito perché la procedura di certificazione possa svolgersi è la volontarietà. Essa si sostanzia nel fatto che la richiesta deve essere congiunta e provenire necessariamente da entrambe le parti (articolo 78): non può così essere imposta da norme collettive o regolamenti aziendali<sup>(11)</sup>.

La volontarietà è stata definita *qualificata* « nel senso di essere rafforzata da un duplice requisito formale dell'istanza che attiva il procedimento certificatorio: non solo è richiesta la forma scritta della medesima, ma “obbligatoriamente”, come dice l'articolo 78, primo comma, anche la comunanza dell'istanza »<sup>(12)</sup>. Tale avverbio peraltro si riferisce esclusivamente all'attivazione della procedura e non può assolutamente riguardare l'esito della procedura che può concludersi

---

<sup>(9)</sup> G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2003, 443.

<sup>(10)</sup> L. PERINA, *La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., e P. RAUSEI, *Efficacia della certificazione a fronte di un'indagine ispettiva*, in questa Parte, Sez. (B).

<sup>(11)</sup> Sulla procedura vedi i contributi in questa parte, Sez. (B).

<sup>(12)</sup> L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *www.csdn.it*, ora anche in *RIDL*, 2004, 235-271.



anche negativamente, qualora la Commissione adita ritenga non sufficienti gli estremi per certificare quanto richiesto.

L'istanza scritta, comune delle parti, lascia intendere da un lato che una istanza unilaterale non sia idonea ad attivare la procedura e, dall'altro, che occorra comunque il consenso del lavoratore. Al riguardo la dottrina<sup>(13)</sup> ha evidenziato come tale consenso possa nella sostanza essere condizionato. È evidente che fatti patologici che incidano sul consenso del lavoratore potranno sempre essere fatti valere dinanzi al giudice: ci riferiamo a situazioni in cui il consenso all'istanza di certificazione costituisca ad esempio *condicio sine qua non* per l'assunzione (o per evitare il licenziamento). Lo stesso legislatore (articolo 80, comma 1, ultima parte) prevede espressamente che le parti possano impugnare l'atto di certificazione anche per vizi del consenso<sup>(14)</sup>. La precisazione è utile ma, nella sostanza, pleonastica perché è evidente che nell'ipotesi indicata nessuna volontarietà è riferibile al lavoratore, sicché verrebbe meno la comunanza dell'istanza, condizione senza la quale non è possibile accedere alla procedura di certificazione: la procedura certificatoria dovrebbe pertanto ritenersi *tamquam non esset*, e quindi non idonea a produrre alcun effetto.

Altra questione è invece quella del condizionamento che il lavoratore (parte debole del rapporto) possa comunque subire a fronte della richiesta datoriale, per ragionevole timore di perdere la *chance* occupazionale o di conservare il lavoro. In questi casi non può negarsi che la libertà decisionale del lavoratore, per potersi dire effettivamente garantita, richieda strumenti che possano eliminare le lacune cognitive della parte debole del rapporto<sup>(15)</sup>. Diventa quindi decisivo il ruolo che assumeranno in concreto le strutture deputate alla certificazione: l'articolo 81 del decreto legislativo n. 276/2003 qualifica effettiva la

---

(13) P. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *La delega al governo per il mercato del lavoro: un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti*, in *www.cgil.it*; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, I, 271.

(14) L. PERINA, *La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., e P. RAUSEI, *Efficacia della certificazione a fronte di un'indagine ispettiva*, cit.

(15) Per comprendere l'importanza dell'informazione e la sua ricaduta sul contenzioso interessante è lo scritto di A. e P. ICHINO, M. POLO, *L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, in *RIDL*, 1998, I, 19-47, ora anche in P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 573-596.

funzione di consulenza ed assistenza che le sedi di certificazione dovranno prestare, e tale qualificazione induce a ritenere, tenuto conto che le parti potranno farsi assistere da rappresentanti dalle rispettive OO.SS. o di categoria o da un professionista regolarmente abilitato — articolo 5, comma 4, decreto ministeriale 21 luglio 2004 <sup>(16)</sup> —, che la funzione di assistenza non potrà mai essere meramente formale, perché dovrà svolgersi con la consapevolezza (da parte della Commissione) di partecipare alla stipulazione del contratto e al relativo programma negoziale. Inoltre, di assoluto rilievo sarà anche il ruolo che assumerà la giurisprudenza: ciò in coerenza con l'orientamento di legittimità in tema di patti in deroga in agricoltura, orientamento che ha evidenziato il dovere e la conseguente responsabilità degli organi deputati all'assistenza delle parti e alle conseguenti necessarie informative <sup>(17)</sup>.

In altri termini, la Commissione non può svolgere un compito meramente notarile, ma dovrà accertare l'effettiva volontà delle parti e soprattutto svolgere una vera e propria forma di consulenza giuridica per fornire informazioni e poter così comprendere se, effettivamente, le parti volevano il tipo contrattuale da loro proposto e il contenuto negoziale del contratto stipulando. Una rivisitazione del consenso informato, dove la mancanza di informazione può, ancora una volta, essere, fonte di responsabilità. Possono allora enuclearsi alcune positività che derivano dalla procedura di certificazione: per il lavoratore, infatti, partecipare alla procedura di certificazione, significa ricevere l'informazione che il contratto certificato è suscettibile di essere riqualficato giudizialmente, divenendo così « consapevole di quali sono le modalità attuative che consentono la riqualficazione del contratto certificato nel senso della subordinazione » <sup>(18)</sup>.

È comunque certo che la procedura di certificazione potrà raggiungere il suo fine (di ridurre il contenzioso) solo se le Commissioni non abdicheranno al ruolo assegnato loro dal legislatore: ma decisiva importanza assume anche la formazione dei componenti le Commissioni, formazione prevista espressamente dall'articolo 10 del decreto ministeriale 21 luglio 2004, disposizione che, non è fuori luogo ritenere, costituirà il compito più delicato (ed urgente, ma anche molto oneroso economicamente) cui il Ministero dovrà fare fronte.

---

<sup>(16)</sup> In  Certificazione.

<sup>(17)</sup> Cfr. Cass. 22 gennaio 1999 n. 594, in  *Inderogabilità*.

<sup>(18)</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, 118.

### 3. La certificazione come procedura sperimentale.

L'articolo 86, comma 12, decreto legislativo n. 276/2003 dispone la natura sperimentale della procedura di certificazione. Tale natura riguarda non solo la certificazione dei contratti di lavoro di cui all'articolo 75 ma, in sostanza, tutte le certificazioni introdotte dalla riforma<sup>(19)</sup>. L'istituto della certificazione ha quindi una efficacia limitata nel tempo (articolo 86, comma 12), ed è sottoposto ad una sorta di condizione peraltro squisitamente politica e non giuridica. Infatti la definitività dell'istituto è legata alle valutazioni che il Parlamento trarrà dalla verifica effettuata dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base delle informazioni raccolte e verificate con le OO.SS., dei datori e dei prestatori di lavoro. Al riguardo, l'articolo 17 prevede proprio il monitoraggio degli interventi introdotti dalla riforma legislativa: ma tale monitoraggio deve assumere rilievo non solo per contare numeri e accertare il mero calo del contenzioso. Il monitoraggio deve infatti saper leggere oltre, per non rischiare di avvallare una « deflazione cattiva »<sup>(20)</sup>. La certificazione non deve infatti scoraggiare la successiva tutela dei diritti, così sacrificandoli: rischio segnalato da più Autori<sup>(21)</sup> e sicuramente condivisibile nella misura in cui la procedura di certificazione degradi a procedura meramente burocratica, diretta a porre un mero sigillo ad un contratto. Con il rischio che giudici poco attenti si appiattiscano sulla certificazione « magari con il retropensiero di stare a posto con la coscienza in ragione della provenienza della certificazione da un'autorità neutrale o bilaterale »<sup>(22)</sup>.

### 4. Oggetto della certificazione.

Oggetto della certificazione sono i « contratti » e non i « rapporti » di lavoro. In ciò il decreto si differenzia dalla legge delega che faceva invece riferimento alla certificazione dei « rapporti » di lavoro. Il

---

(19) Per le altre ipotesi di certificazione, cfr. E. RAVERA, *Altre ipotesi di certificazione*, che segue.

(20) L'espressione è di V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, in M.T. CARINCI (a cura di), *op. cit.*

(21) Per una sintesi delle varie opinioni v. V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit., 219.

(22) L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal « Libro bianco » al Disegno di legge delega*, Ipsoa, Milano, 2002, 95.

riferimento al contratto e non al rapporto sembra così volere fare riferimento esclusivamente al momento genetico del contratto. Cosa sicuramente esatta, in quanto la certificazione non può riguardare il concreto atteggiarsi del rapporto tra le parti. La certificazione infatti è limitata alla qualificazione del rapporto ed esclude in radice la possibilità di utilizzarla a fini diversi ed ulteriori: ad esempio per fare accertare la legittimità di un recesso, di un trasferimento, di un cambio di mansioni.

La certificazione rimane invece esclusa, come peraltro indicato dalla stessa legge delega (articolo 5, comma 1), per i contratti alle dipendenze della pubblica amministrazione (articolo 1, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003) <sup>(23)</sup>. Se tale esclusione, da un lato, può giustificarsi per il fatto che il personale pubblico viene reclutato per pubblico concorso, sicché il tipo contrattuale passa attraverso quel « filtro » e la procedura di certificazione sarebbe inutile, dall'altro non può non condividersi la perplessità espressa da chi ha evidenziato che da un lato « qualsiasi differenziazione di disciplina che non sia indispensabile contrasta con la già difficile assimilazione di una cultura egualitaria di tali rapporti », e dall'altro con il fatto che sempre più spesso la P.A. ricorre ad assunzione *iure privatorum* <sup>(24)</sup> ed anche alle tipologie contrattuali della riforma ad essa non espressamente escluse <sup>(25)</sup>.

Quanto al momento temporale in cui effettuare la certificazione nulla dice il legislatore. Ci si chiede allora se la certificazione possa venire richiesta solo prima dell'esecuzione del contratto ovvero anche una volta che il contratto abbia avuto esecuzione.

Il mero testo normativo sembrerebbe poter accreditare la tesi che la procedura di certificazione debba essere effettuata nel momento iniziale di costituzione del rapporto: a sostegno di tale tesi si sottolinea che la competenza territoriale di alcuni organi abilitati alla certificazione è individuata con riferimento alla « commissione nella cui circo-

---

<sup>(23)</sup> In merito ai lavori nella P.A. vedi i contributi nella Parte VI di questo volume.

<sup>(24)</sup> Le critiche sono di L. NOGLER, *op. cit.*, 110, e L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in M.T. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 234.

<sup>(25)</sup> Per l'applicabilità alla P.A. di alcuni istituti del d.lgs. n. 276/2003, cfr. P. RAUSEL, *L'adesione volontaria della Pubblica amministrazione al lavoro a progetto: luci e ombre di una ipotetica certificazione del contratto*, nella Parte VI, Sez. (A), e A. VALERIANI, *Prospettive di applicazione dei lavori flessibili alle Pubbliche Amministrazioni*, nella Parte VI, Sez. (B), entrambi in questo volume.

scrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore » (articolo 77). Il tempo futuro starebbe proprio ad indicare che la certificazione deve avvenire prima dell'inizio della materiale attività lavorativa. Inoltre, poiché nei confronti dell'atto di certificazione, è sempre possibile fare accertare dall'autorità giudiziaria la « difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione » (articolo 80), ciò implicherebbe che l'accertamento venga realizzato necessariamente nella fase iniziale del rapporto. In realtà, dal testo normativo, non è possibile trarre argomenti decisivi e, a quelli sopra indicati, è facile replicare che il legislatore ha utilizzato il tempo futuro anche per l'attività di assistenza prevista dall'articolo 81, attività che il legislatore stesso indica possibile anche con riguardo alle modifiche del programma negoziale. Per quanto riguarda, invece, l'argomento fondato sull'articolo 80, è facile osservare che, una volta che il rapporto ha avuto esecuzione, è sempre possibile chiedere l'accertamento giudiziale sostenendo la erronea qualificazione iniziale del contratto <sup>(26)</sup> (articolo 80 prima ipotesi). Una interpretazione che consenta la certificazione anche in corso di rapporto è comunque da preferirsi perché verrebbe a valorizzare le finalità deflative dell'istituto. La dottrina ha messo così in rilievo tre possibili situazioni tipo: « a) le parti si rivolgono al *certifier* prima della conclusione del contratto; b) le parti si rivolgono al *certifier* dopo la conclusione del contratto ma prima di eseguirlo; c) le parti si rivolgono al *certifier* solo dopo l'almeno parziale esecuzione del contratto » <sup>(27)</sup>. Quest'ultima situazione sembra trovare riscontro nell'articolo 4 del decreto ministeriale 21 luglio 2004 <sup>(28)</sup> che assegna alla Commissione compiti di consulenza e assistenza in relazione alle « modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro ». Ma il decreto assegna alla Commissione poteri istruttori limitati all'audizione delle parti e all'esame dei documenti allegati dalle parti all'istanza di certificazione. Nessun potere istruttorio al fine di acquisire documenti o sentire testi, questi ultimi gli unici che possono dire qualcosa sull'effettivo atteggiarsi del rapporto. Dovrebbe allora concludersi col dire che non è possibile la certificazione di contratti in corso di esecuzione. Riteniamo invece che il decreto ministeriale, riferendo l'attività di consulenza ed

---

<sup>(26)</sup> Per un quadro di sintesi delle questioni v. V. SPEZIALE, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit., 202.

<sup>(27)</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, 118.

<sup>(28)</sup> In  *Certificazione*.

assistenza « alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro » (articolo 4), non intenda assegnare alla certificazione il fine di ricercare la verità effettiva (cioè, il concreto atteggiarsi del rapporto, compito che spetta solamente al giudice), quanto piuttosto la registrazione di fatti ed elementi provenienti dalle stesse parti e riferiti ad un dato momento storico (che può essere quello precedente l'inizio del rapporto o in fase di sua esecuzione). In tale prospettiva del resto deve rammentarsi che l'articolo 80, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003 prevede che l'accertamento giurisdizionale che accerta la erroneità ha effetto dalla conclusione del contratto e non dal momento ad esso successivo in cui le parti ottengono la certificazione, il che consente di risolvere definitivamente il problema prospettato, posto che l'accertamento giurisdizionale si estende anche alla fase antecedente alla emanazione dell'atto amministrativo, e quindi ad eventuali comportamenti elusivi.

## 5. Conclusioni.

È possibile a questo punto svolgere alcune considerazioni finali sulla certificazione del contratto di lavoro, considerazioni che ben possono essere estese all'istituto della certificazione nel suo complesso. Il fine dell'istituto è chiaro, ma i rischi che la certificazione possa favorire la parte forte del rapporto (cioè le imprese che dovrebbero avere maggiore interesse a fare certificare il contratto onde evitare contenziosi), è sicuramente fondato. Lo strumento è sì su base volontaria e presuppone il consenso di entrambe le parti, ma sul mercato del lavoro il lavoratore è a tutt'oggi un soggetto debole, sicché è difficile comprendere perché mai dovrebbe acconsentire ad uno strumento che, in sede giudiziale, potrebbe ritorcersi contro di lui. Infatti il consenso del lavoratore alla certificazione, consenso prestato per accondiscendere al datore di lavoro, nonché dichiarazioni poco genuine per non perdere un'occasione di lavoro, potrebbero diventare anche elementi determinanti nel contenzioso giurisdizionale. Ed allora, se scopo surretto della certificazione è ridurre il contenzioso ponendo una delle due parti contrattuali (la più forte, perché in genere anche la più informata) in situazione di vantaggio, l'istituto si pone in grave contrasto con i più elementari principi di civiltà giuridica.

Ma il legislatore ha invece previsto strumenti atti ad annullare le distanze tra le parti contraenti. Il ruolo delle Commissioni al riguardo, come si è detto, sarà decisivo perché dovranno svolgere, con particolare

cura, il ruolo di informazione ed assistenza che è loro assegnato dalla legge ed è diretto a rendere il consenso del lavoratore consapevole dei propri diritti e quindi delle scelte che sta per compiere. Il procedimento di certificazione in sostanza si pone come «procedura di garanzia della trasparenza giuridica dell'operato delle parti»<sup>(29)</sup>: un procedimento quindi, utilizzato non per limitare poteri unilaterali del datore di lavoro, ma per dare trasparenza al processo di formazione del contratto, e per fare arretrare (dalla fase giurisdizionale) ad una fase amministrativa le problematiche qualificatorie (sulla falsariga di ciò che avviene ad altri fini nei procedimenti previsti dalla legge n. 223/1991).

---

<sup>(29)</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, 111.





### 3.

## ALTRE IPOTESI DI CERTIFICAZIONE

ENRICO RAVERA

SOMMARIO: 1. Rinunzie e transazioni. — 1.1. La conferma della volontà abdicativa o transattiva. — 1.2. Rinunzie e transazioni relative al lavoro a progetto. — 2. Il regolamento interno delle cooperative. — 3. Interposizione illecita e appalto genuino. — 4. Epilogo.

### 1. Rinunzie e transazioni.

Il decreto legislativo n. 276/2003 si occupa di rinunzie e transazioni in due differenti disposizioni: l'articolo 68 e l'articolo 82. Il primo si colloca nella disciplina del lavoro a progetto ed è stato oggetto di modifica da parte del decreto correttivo. Il secondo, invece, si pone come norma di applicazione generale. Entrambe le disposizioni presentano notevole problematicità che la dottrina non ha avuto ancor modo di chiarire in maniera definitiva. Mentre l'articolo 68 è stato completamente modificato dal decreto correttivo, nessuna modifica è stata apportata dal legislatore all'articolo 82, mantenendo così ancora valide le diverse opzioni interpretative che portano, come si vedrà, a conclusioni tra loro opposte. Una occasione quindi perduta dal legislatore per far chiarezza in una materia assai delicata e deputata a dare certezza e stabilità ai rapporti tra le parti.

#### 1.1. La conferma della volontà abdicativa o transattiva.

L'articolo 82 del decreto legislativo n. 276/2003 recita che « le sedi di certificazione di cui all'articolo 76, comma 1, lettera *a*) (cioè le commissioni presso gli enti bilaterali), del presente decreto legislativo sono competenti altresì a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse ».

Per cercare di comprendere appieno la portata della disposizione

in esame, occorre ricordare che, nella pratica dei tribunali, spesso sorge questione su dichiarazioni rilasciate dal lavoratore all'atto della cessazione del rapporto, dichiarazioni con cui, ricevendo, ad esempio, una somma di danaro, dichiara genericamente di nulla avere più a pretendere e di essere integralmente soddisfatto di ogni suo diritto o ragione. La giurisprudenza ha così dovuto indicare quale sia il valore di tali dichiarazioni, definite quietanze a saldo, per distinguerle dalle rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 c.c. <sup>(1)</sup>. È ormai orientamento costante della Suprema Corte quello secondo cui « la quietanza a saldo sottoscritta dal lavoratore, che contenga una dichiarazione di rinuncia a maggiori somme riferita, in termini generici, ad una serie di titoli di pretese in astratto ipotizzabili in relazione alla prestazione di lavoro subordinato e alla conclusione del relativo rapporto, può assumere il valore di rinuncia o di transazione, che il lavoratore abbia l'onere di impugnare nei termini di cui all'articolo 2113 c.c., alla condizione che risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del documento o per il concorso di altre specifiche circostanze desumibili *aliunde*, che essa sia stata rilasciata con la consapevolezza di diritti determinati od obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi o di transigere sui medesimi; infatti enunciazioni di tal genere sono assimilabili alle clausole di stile e non sono sufficienti di per sé a comprovare l'effettiva sussistenza di una volontà dispositiva dell'interessato » <sup>(2)</sup>. La Cassazione richiede quindi una prova particolarmente rigorosa, sicché il lavoratore non ha in genere l'onere di impugnare nel termine di decadenza di cui all'articolo 2113 c.c. la quietanza perché non rientra tra le rinunzie e transazioni.

La dottrina si è divisa sul significato da assegnare alla disposizione

---

<sup>(1)</sup> Art. 2113 c.c.: « Le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi concernenti i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, non sono valide.

L'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinuncia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima.

Le rinunzie e le transazioni di cui ai commi precedenti possono essere impugnate con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà.

Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185, 410 e 411 del codice di procedura civile ».

<sup>(2)</sup> Cass. 11 luglio 2001 n. 9407, in  *Rinunzie e transazioni*.

in esame. Se è pacifico che la certificazione sulle rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 c.c. non spetta a tutti i soggetti certificatori ma solamente « agli enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento ovvero a livello nazionale quando la commissione di certificazione sia costituita nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale », articolo 82, che rinvia per identificare i certificatori all'articolo 76, comma 1, lettera *a*), il contrasto sorge, invece, in ordine al regime della certificazione e cioè se essa debba seguire o meno quello di cui all'articolo 2113 c.c. L'articolo 82 (in attuazione dell'articolo 5, comma 1, lettera *g*), della legge delega) sembra infatti volere conferire certezza alla qualificazione dell'atto come rinuncia o transazione, ma senza assoggettare la certificazione al regime di inoppugnabilità dell'articolo 2113, comma 4, c.c., sicché trova ragione d'essere l'osservazione di chi ha rilevato che « essendo la procedura di certificazione volontaria e, quindi, « azionabile » solo sulla base di un comune accordo tra le parti, non s'intuisce per quale ragione il datore di lavoro dovrebbe privilegiare la certificazione alla conciliazione (sindacale oppure dinanzi all'apposita commissione presso l'ufficio provinciale del lavoro) che presenta il notevolissimo vantaggio, rispetto alla mera certificazione, di rendere (non solo certa ma anche) inoppugnabile, ai sensi del co. 4 dell'art. 2113 c.c., l'atto abdicativo del lavoratore » <sup>(3)</sup>. Tale interpretazione in sostanza metterebbe a nudo la sostanziale inutilità della disposizione in esame, sicché pare preferibile ricercare, invece, una interpretazione che assegni alla norma una qualche utilità.

Una dottrina ha messo in evidenza che le rinunzie e le transazioni in questione, sono quelle di cui all'articolo 2113, disposizione quest'ultima espressamente richiamata dall'articolo 82, richiamo che, invece, sarebbe del tutto inutile accogliendo l'interpretazione dianzi esposta.

« L'utilità è invece palese se il senso regolativo dell'enunciato poggia sull'ultimo comma dell'articolo 2113, e sulla sua capacità di derogare alle norme precedenti dello stesso articolo rendendo inoppugnabili le rinunzie e le transazioni cadute su diritti indisponibili e poste in essere anche innanzi le « sedi di certificazione ». Ciò peraltro ha il pregio di non far porre l'interrogativo, sollevato dalla stessa dottrina che ha fornito la riduttiva interpretazione della regola, del perchè un datore dovrebbe privilegiare il ricorso alla certificazione anziché alla conciliazione sindacale o avanti la commissione esistente presso l'ufficio pro-

---

<sup>(3)</sup> L. NOGLER, *Il nuovo istituto della « certificazione » dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, 123.

vinciale del lavoro, che presenta il vantaggio notevolissimo di rendere non solo certo, ma inoppugnabile, l'atto abdicativo del lavoratore. Vi è poi un ulteriore argomento di conforto alla opinione qui prospettata. L'attribuzione alle sole commissioni istituite presso gli enti bilaterali del potere in materia si giustifica in ragione dell'essere, gli enti bilaterali, espressione di associazioni portatrici d'interessi (per quel che qui rileva: dei lavoratori), il cui intervento proprio perciò è a sua volta congeniale piuttosto alla deroga delle regole — in questo caso, all'inderogabilità delle regole — che all'individuazione dell'effettivo significato (abdicativo o meno) dell'atto » (4).

Quest'ultima interpretazione ha il merito di rispondere alla domanda a cosa serva altrimenti una transazione certificata e di recuperare, sia pure nella sola fase dispositiva e non regolamentativa, qualcosa della derogabilità assistita di cui vi è cenno nel *Libro Bianco* (5).


Altra dottrina, invece, pur ritenendo che la certificazione perderebbe ogni valore se le rinunzie e le transazioni certificate fossero liberamente impugnabili entro sei mesi in base al disposto dell'articolo 2113, comma 2, ritiene che l'atto di certificazione delle rinunzie e transazioni sia soggetto alla disciplina di cui agli articoli 79 e 80 del decreto legislativo, con riferimento alla sua efficacia giuridica e alla possibilità di impugnazione (6).

Invero, dal tenore della disposizione in esame, sembra doversi accreditare la tesi secondo cui l'articolo 82 estenda la possibilità di una derogabilità assistita a tutti i diritti connessi a norme inderogabili che derivino da rapporti di cui all'articolo 409 c.p.c. Peraltro il legislatore non ha spinto tale derogabilità assistita sino ad attribuire, con la certificazione, alle rinunzie e alle transazioni natura irrevocabile (come avviene ai sensi dell'articolo 2113, comma 4, c.c.): la certificazione può solo confermare la volontà abdicativa o transattiva delle parti, stabilendo, ad esempio, che una certa dichiarazione non ha il valore di una mera quietanza a saldo, ma quello di un vero atto di dismissione di diritti. Ma la rinunzia o transazione non è irrevocabile sicché può essere impugnata nel termine semestrale di cui all'articolo 2113, comma 2, c.c.

Resta comunque l'incongruenza che soggetti, come le Direzioni provinciali del lavoro, siano abilitati a rendere inoppugnabili le rinunzie

---

(4) L. DE ANGELIS, *La certificazione all'interno della riforma del mercato del lavoro*, *www.csm.it*, 21, ora anche in *RIDL*, 2004, 235-271.

(5) In  *Riforma Biagi*.

(6) M. BUZANO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *www.csdn.it*, 5.

e le transazioni (come previsto dall'articolo 2113 c.c.) od a svolgere attività di certificazione, ma non confermativa della volontà abdicativa o transattiva riservata dall'articolo 82 solamente agli enti bilaterali. Inoltre tutti gli organi abilitati alla certificazione sono in grado di rendere incontestabili rinunzie e transazioni relative a diritti scaturenti dal lavoro a progetto (articolo 68, v. *infra* § 1.2.), mentre, per gli altri rapporti di lavoro, esclusivamente gli organismi bilaterali limitatamente all'intento abdicativo o transattivo. Tutte queste incongruenze non sono state scalfite neppure dal decreto correttivo. Il legislatore, non equiparando la certificazione al regime dell'inoppugnabilità dell'articolo 2113 c.c., ha perso così un'occasione per dare alle parti certezza nella regolamentazione dei loro rapporti ed elevare l'istituto a strumento veramente deflativo: se le parti vogliono già dispongono della procedura di cui all'articolo 410 c.p.c., oppure, se hanno fretta, del giudice stesso, come accade ogni giorno, quando un ricorso viene depositato al solo fine di conciliarlo immediatamente davanti all'Autorità giudiziaria.

## **1.2. Rinunzie e transazioni relative al lavoro a progetto.**

L'articolo 68 disciplina specificamente le rinunzie e transazioni relative a diritti scaturenti dal lavoro a progetto. La disposizione in esame è stata riformulata dal decreto correttivo che ha avuto il merito di chiarirne e definirne la portata, posto che il testo licenziato dal decreto legislativo n. 276/2003 aveva comportato non poche difficoltà interpretative.

La disposizione stabiliva infatti che « i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo V del presente decreto legislativo ». A parte l'evidente errore materiale, posto che la certificazione del rapporto di lavoro è disciplinata dal titolo VII del decreto e non dal titolo V, l'articolo 68, tenuto conto che nello schema di decreto delegato era contenuto l'inciso « anche in deroga all'art. 2113 c.c. », sembrava volersi riferire ad una certificazione iniziale per diritti non ancora maturati di cui si poteva peraltro disporre (7). Solo in tal modo era infatti possibile riconoscere specificità alla disposizione rispetto alla previsione generale


---

(7) La giurisprudenza è ferma nel ritenere invece nulle soluzioni dismissorie *ex ante* (rinunzie e transazioni di diritti futuri), esulando dall'ambito di applicazione

dell'articolo 82. Si sarebbe trattato di una vera e propria ipotesi di derogabilità assistita, « permettendo (...) di flessibilizzare, a priori (non in sede di controversia, come è per l'articolo 2113 c.c., ma), in sede di certificazione, i tratti, per quanto esili, di disciplina appena introdotta », consentendo « la divisione/separazione sul nascere tra fattispecie e disciplina » (8). In altre parole il legislatore avrebbe introdotto un meccanismo di derogabilità assistita finalizzata a definire il contenuto del contratto e non la sua qualificazione giuridica, sicché a tale certificazione, diversa nel fine dalle altre, non tutte le disposizioni previste per la certificazione sarebbero state applicabili (9). Tale lettura della disposizione legislativa era stata criticata da parte della dottrina che aveva evidenziato come, proprio dall'eliminazione dell'inciso « anche in deroga all'art. 2113 c.c. », si era voluto semplicemente attribuire alla commissione di certificazione la stessa funzione che, per tutti gli altri contratti, può essere svolta dalle Direzioni provinciali del lavoro; inoltre, l'aver previsto, per la convalida degli atti abdicativi e transattivi dei collaboratori a progetto, altro soggetto, si giustificava con l'elevato numero di controversie prevedibilmente superiori rispetto alle altre tipologie contrattuali, sicché l'articolo 68 prevedeva una disciplina più incisiva rispetto a quella generale dell'articolo 82 (sulla cui funzione v. *supra* § 1.1.). Inoltre potendo la certificazione essere effettuata anche durante lo svolgimento del rapporto, il committente avrebbe avuto sicuro interesse a richiedere, oltre la qualificazione del contratto, anche la rinuncia o transazione di eventuali diritti già maturati (10).

Come si è detto la disposizione in esame è stata riscritta dal legislatore che ha sgombrato il campo da ogni dubbio. Il decreto correttivo ha infatti sostituito la disposizione con la seguente: « nella riconduzione a un progetto, programma di lavoro o fase di esso dei contratti di cui all'articolo 61, comma 1, i diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo VII del presente decreto legislativo ».

---

dell'art. 2113 c.c., ed essendo invece attratte nell'area dell'art. 1418 c.c.: cfr. Cass. 8 novembre 2001 n. 13834, in  *Rinunzie e transazioni*.

(8) F. LUNARDON, *Rinunzie e transazioni*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. IV, 69.

(9) L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *GDLRI*, 2004, 1; la tesi di Nogler è riassunta in V. SPEZIALE, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in F. CARINCI (coordinato da), *op. cit.*, 229, la cui critica è riportata nel testo.

(10) La tesi è stata sostenuta da V. SPEZIALE, *op. cit.*, 231.

La *ratio* della nuova disposizione è dunque quella di prevedere che nella riconduzione a un progetto, programma di lavoro o fase di esso dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, i diritti che derivano da un rapporto di lavoro già in essere tra le parti possano essere oggetto di rinunzie o transazioni in sede di certificazione del rapporto di lavoro.

Il legislatore ha quindi chiarito che la certificazione non può riguardare diritti futuri, ma solamente diritti pregressi, sgombrando così il campo dai dubbi che erano emersi dalla originaria formulazione della norma.

## 2. Il regolamento interno delle cooperative.

Il socio-lavoratore instaura con la società cooperativa, successivamente ed in aggiunta al rapporto societario, un « ulteriore rapporto di lavoro, in forma subordinata od autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionali, con cui contribuisce al raggiungimento degli scopi sociali » — articolo 1, comma 3, legge n. 142/2001 <sup>(11)</sup>.


È inoltre previsto che le società cooperative definiscano un regolamento, approvato dall'assemblea, sulla tipologia dei rapporti che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori — articolo 6, comma 1, legge n. 142/2001 <sup>(12)</sup>.

L'articolo 83, sul quadro normativo sopra riportato, ha esteso la certificazione all'atto di deposito del regolamento interno delle cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori, specificando che la procedura di certificazione attiene al contenuto del regolamento depositato.

La certificazione attiene pertanto la qualificazione giuridica del tipo contrattuale, non riguardando un rapporto in concreto, ma astratte ipotesi contrattuali che verranno eventualmente stipulate. Non bisogna infatti dimenticare che, secondo la dottrina maggioritaria, il regolamento è un atto unilaterale di natura societaria, sicché l'instaurazione del rapporto di lavoro (subordinato o autonomo) avviene necessaria-

---

<sup>(11)</sup> Cfr. M. IENGO, *Il lavoro in cooperativa alla luce della circolare n. 10/2004*, nella Parte V, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(12)</sup> In  *Lavoro associato*.

mente e successivamente tramite un contratto individuale. Proprio muovendo dal fatto che devono sussistere due atti negoziali, uno unilaterale (il regolamento) ed uno bilaterale (il contratto di lavoro), la dottrina <sup>(13)</sup> ha sottolineato che la certificazione è poco efficace a fini deflativi, perché precede appunto il concreto rapporto individuale tra cooperativa e lavoratore. Mancherebbe quindi l'interesse a contestare la certificazione effettuata perché attinente astratte ipotesi contrattuali. L'eventuale erroneità della qualificazione o la difformità tra contratto programmato e rapporto, come si è dipanato tra le parti, non riguarderebbe infatti il regolamento ma il rapporto tra socio e cooperativa.

L'utilità della certificazione del regolamento è stata in realtà indicata come strumento per risolvere problemi interpretativi posti dalla nuova normativa sulle cooperative; si fa l'esempio della compatibilità tra la posizione di socio e il contratto di lavoro a progetto o di lavoro occasionale. Oppure questioni fiscali come quella dei ristorni, questione che l'organo certificatorio dovrebbe valutare indicando la soluzione che sembra più corretta. È evidente che la deflazione riguarda in questi casi i rapporti tra cooperativa e enti preposti a controlli fiscali e amministrativi. Sembra quindi ragionevole ritenere che la certificazione in questo caso non possa incidere significativamente sulla deflazione del contenzioso tra cooperativa e socio lavoratore.

### 3. Interposizione illecita e appalto genuino.

La legge delega ha previsto inoltre (articolo 1, comma 2, lettera *m*), n. 7, decreto legislativo n. 276/2003) « l'utilizzazione del meccanismo certificatorio di cui all'art. 5 ai fini della distinzione concreta tra interposizione illecita e appalto genuino, sulla base di indici e codici di comportamento elaborati in sede amministrativa, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e dell'assunzione effettiva del rischio di impresa da parte dell'appaltatore » <sup>(14)</sup>. La delega ha avuto attuazione con la disposizione dell'articolo 84. Anche in questo caso lo scopo dichiarato dal legislatore è di ridurre il

---

<sup>(13)</sup> Per un quadro di sintesi ed anche per i rinvii bibliografici v. V. SPEZIALE, *La certificazione relativa al regolamento delle cooperative*, in F. CARINCI (coordinato da), *op. cit.*, 238.

<sup>(14)</sup> Cfr. P. RAUSEI, *La certificazione nel lavoro esternalizzo*, e M. EMANUELE, *La certificazione dell'appalto*, entrambi in questa sezione.



contenzioso in tema di interposizione, contenzioso che spesso è giocato « sul filo di distinguo impalpabili e di velate ipocrisie »<sup>(15)</sup>.


Preliminarmente occorre ricordare che il decreto legislativo n. 276/2003 ha abrogato la legge n. 1369/1960, articolo 85, comma 1, lettera c), introducendo, in luogo del lavoro temporaneo, la somministrazione di mano d'opera (con esclusione di qualsiasi apporto organizzativo), la fornitura cioè di mera mano d'opera (sia a tempo determinato che indeterminato). Ciò che prima era vietato ora è invece lecito, ma a determinate condizioni, la cui violazione determina, quale sanzione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione (articolo 27, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003). L'articolo 29 del decreto legislativo n. 276/2003 introduce poi la distinzione tra somministrazione di lavoro ed appalto stipulato *ex* articolo 1655 c.c. ed è possibile, dal confronto tra le disposizioni, rilevare come tra somministrazione di mano d'opera e la fattispecie dell'appalto di servizi si possano ingenerare situazioni in cui è difficile distinguere tra mera fornitura di mano d'opera e appalto (si pensi ad esempio all'appalto di servizi informatici, in cui nel vigore del divieto di interposizione di mano d'opera era forte l'esigenza di verificare se i lavoratori fossero utilizzati in assenza di strumenti materiali procurati dall'appaltatore o in presenza di attrezzature, ma del committente)<sup>(16)</sup>.

Comprensibile quindi la preoccupazione del legislatore di dare certezza e prevenire possibile contenzioso, estendendo la procedura della certificazione alla distinzione tra somministrazione ed appalto, certificazione che può effettuarsi sia nella fase di conclusione del contratto che, successivamente, nella fase di attuazione (articolo 84).

La dottrina<sup>(17)</sup> ha ben posto in evidenza come oggetto della certificazione non possa essere la genuinità in sé dell'impresa appaltatrice, perché la norma è precisa nell'indicare che la verifica debba avvenire in concreto (« distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto »): la scelta legislativa è dunque coerente con l'orien-

---

(15) R. DEL PUNTA, *Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di mano d'opera, comando*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 73.

(16) La questione è stata affrontata e risolta nel senso dell'appalto ammettendo anche quindi l'organizzazione di beni immateriali da Cass., sez. un., 19 ottobre 1990 n. 10183, in  *Appalto e subappalto*.

(17) R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 73.

tamento della giurisprudenza <sup>(18)</sup> che, nel vigore della legge n. 1369/1960, aveva sempre affermato che la qualità di imprenditore dell'interposto doveva essere effettuata in concreto: con la conseguenza che un soggetto non imprenditore poteva esserlo nel caso concreto e, viceversa, un imprenditore poteva non essere tale nel singolo appalto.

L'indagine dell'organo certificatorio deve allora riguardare, come prima ipotesi prevista dal legislatore, la genuinità del contratto di appalto per certificare che il contratto non celi una somministrazione ovvero una somministrazione fraudolenta.

Se la certificazione avviene prima dell'esecuzione del contratto è indubbio che la certificazione non può avere utilità per evitare le difformità tra contratto e sua esecuzione. A conclusione diversa deve invece giungersi per la certificazione che intervenga durante la realizzazione del programma negoziale, per la parte di esso già eseguita, estendendosi la certificazione alle attività già svolte.

Deve peraltro condividersi quanto osservato da attenta dottrina secondo cui, la definizione contenuta nel decreto legislativo n. 276/2003 relativa alla somministrazione, istituto che come si è detto potrebbe confondersi con un appalto di opere o servizi consistente nella mera messa a disposizione di lavoratori, non consente in realtà confusione alcuna. « Non va dimenticato, infatti, che la somministrazione presuppone un'autorizzazione ministeriale espressa, concessa ad agenzie dotate di specifici requisiti giuridici e finanziari ed una forma scritta *ad substantiam*, desumibile dalla sanzione della conversione del contratto alle dipendenze dell'utilizzatore qualora manchino alcuni elementi formali espressamente previsti dall'articolo 21 (v. l'articolo 27, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003) (...). L'insieme delle caratteristiche indicate è tale da impedire qualsiasi problema qualificatorio rispetto all'appalto (che, tra l'altro non richiede la forma vincolata e non è soggetto né ad autorizzazione né agli altri rigorosi presupposti propri della somministrazione) » <sup>(19)</sup>.

La diffusione della certificazione può peraltro avere utile effetto sulla qualità dei contratti di appalto e, avere affidato la competenza certificatoria anche ad enti bilaterali costituiti ad iniziativa delle contrapposte associazioni sindacali, consente un maggior controllo sociale

---

<sup>(18)</sup> Cass. 23 aprile 1999 n. 4046; Cass. 13 luglio 1998 n. 6860; Cass., sez. un., 21 marzo 1997 n. 2517, in  *Rapporti interpositori*.

<sup>(19)</sup> V. SPEZIALE, *La certificazione della somministrazione e dell'appalto di opere o servizi*, in F. CARINCI (coordinato da), *op. cit.*, 243.

sugli appalti stessi, in quanto gli organi ispettivi dovrebbero indirizzare le verifiche sulle imprese appaltatrici che non hanno adempiuto alla procedura certificatoria.

Deve poi ricordarsi che l'indagine e la certificazione della commissione deve avvenire sulla base di codici di buone pratiche e indici presuntivi stabiliti dal Ministero, anche recependo le indicazioni degli Accordi interconfederali di categoria, che tengano conto dell'esistenza in capo all'appaltatore di una effettiva organizzazione di mezzi e dell'effettiva assunzione del rischio di impresa.

Infine deve ritenersi che legittimate a richiedere la certificazione siano soltanto le parti del contratto di appalto o di somministrazione: il lavoratore « nella cui sfera giuridica l'atto è destinato a produrre effetti » si pone infatti come un terzo ed è quindi legittimato a proporre ricorso avverso alla certificazione ai sensi dell'articolo 80.

#### 4. Epilogo.

Alla luce delle considerazioni sopra riportate potrebbe facilmente concludersi che la certificazione non dovrebbe produrre alcun effetto deflativo. In effetti, se alla certificazione si vuole assegnare il compito di ridurre i numeri delle cause, l'effetto deflativo dovrebbe ragionevolmente ritenersi difficile da realizzarsi. Peraltro non possono negarsi gli elementi positivi che la procedura di certificazione, se realizzata con impegno severo da parte delle commissioni, può svolgere. La certificazione può infatti assumere funzione vicina a quella della forma scritta. È vero che nel diritto del lavoro ciò che conta è l'effettività, cioè come il rapporto si atteggia tra le parti, e non il *nomen iuris* dalle stesse assegnato al contratto. Però è fuori dubbio che laddove sussistano contratti di lavoro scritti o comunque contratti che, nero su bianco, disciplinano il rapporto tra le parti (ad esempio contratto di società, di associazione in partecipazione) chi agisce in giudizio per sostenere la difformità del rapporto rispetto al contratto, vede di fatto aggravata la propria posizione probatoria. Ciò può constatarsi soprattutto nei rapporti di breve durata dove la subordinazione (intesa come soggezione al potere disciplinare del datore di lavoro) spesso non affiora, sicché il giudice deve decidere avendo un quadro probatorio del tutto indiziario, ma con il macigno costituito dal contratto che si intende contestare. Onere della prova che quindi si aggrava per chi agisce in giudizio (cioè il lavoratore): se si preferisce il contratto certificato introduce una sorta di presunzione *iuris tantum* che può essere sì vinta, ma che richiede una

precisa (e favorevole) condotta processuale. Non bisogna infatti dimenticare che la differenza ontologica tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato esiste solo nei libri di diritto, mentre nei tribunali qualunque rapporto necessita di essere provato. E tale prova è quasi sempre legata alla prova testimoniale, con tutti i rischi connessi a tale tipo di accertamento. È sufficiente sfogliare i repertori per verificare che spesso gli stessi lavori (per tutti, il caso dei c.d. *pony express*) sono stati qualificati subordinati o autonomi, e la differente qualificazione è dipesa da ciò che il singolo lavoratore era riuscito a provare in giudizio <sup>(20)</sup>.

La certificazione assume allora il compito di costituire un punto di partenza che richiede di essere smentito all'esito di un giudizio. Ma tanto più la certificazione sarà stata effettuata con rigore, tanto più il giudizio sarà impegnativo, l'esito incerto e quindi la transazione (anche *in limine litis*) la soluzione che le parti dovranno ragionevolmente privilegiare.

---

<sup>(20)</sup> Cfr. L. PERINA, *La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, che precede.

#### 4.

### LA CERTIFICAZIONE NEL LAVORO ESTERNALIZZATO

PIERLUIGI RAUSEI

SOMMARIO: 1. Luci e ombre della certificazione nel campo delle esternalizzazioni. — 2. La certificazione del contratto di appalto. — 3. La certificazione del contratto di « lavoro somministrato ». — 4. La certificazione dell'accordo di distacco.

#### 1. Luci e ombre della certificazione nel campo delle esternalizzazioni.

Se per certi versi il « lavoro esternalizzato » rappresenta, dal punto di vista del diritto positivo, una delle novità più stringenti della riforma — la rivoluzione dell'ex lavoro interinale, con l'apertura allo *staff leasing*; la modernizzazione della nozione di appalto, rivolta anche agli appalti di « sola o prevalente » manodopera; la prima disciplina legale *omnibus* del distacco <sup>(1)</sup> —, tuttavia, per quanto concerne la coniugabilità delle diverse forme di esternalizzazione con l'istituto « sperimentale » della certificazione dei contratti, si pongono non pochi problemi.

In primo luogo, deve considerarsi l'impatto che sulla certificazione ha l'articolo 18 del decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, il quale riscrivendo il comma 1 dell'articolo 75 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, ha inteso, ormai *sine dubio*, definire lo spettro operativo e i confini della certificazione dei « contratti di lavoro », con una generale estensione alla globalità dei negozi giuridici che hanno come parti un datore di lavoro (autonomo o subordinato) e un prestatore di lavoro, concentrando l'attenzione dell'interprete proprio su quella distinzione fra « autonomia » e « subordinazione » che sembrava muovere fin dall'inizio il legislatore delegante (articolo 5, della legge 14

---

(1) Cfr. M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 205 ss.

febbraio 2003, n. 30), residuando ben pochi spazi alla certificazione del contratto all'evidenza subordinato <sup>(2)</sup>.

Eppure, tale riflessione non è di ostacolo ad un diverso approccio nei riguardi dell'istituto <sup>(3)</sup>.



Laddove, in effetti, si ponga mente ad una valenza differenziale degli esiti della certificazione del contratto di lavoro che volga non meramente a definirne la portata qualificativa in termini di « auto » o « etero » direzione, ma piuttosto a dettagliarne lo spessore normativo (qualificatorio) nell'alveo della invocata e riconosciuta qualificazione giuridica di carattere tipologico, il discorso potrebbe farsi più complesso e, in qualche modo, più « intrigante » <sup>(4)</sup>.

Se, l'ambito d'azione della certificazione può essere letto in questo senso, allora, trova spazio, senza meno, anche l'ipotesi di una certificabilità dell'accordo di distacco fra datore e prestatore di lavoro, sviluppato a norma dell'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003: non si tratta, dunque, di riconoscere la natura subordinata del rapporto che lega distaccante e distaccato, ma di evidenziare i connotati « tipologici » e qualificativi che rendono legittimo (e lecito) il distacco.

In questo medesimo senso trova piena giustificazione il riconoscimento operato dall'articolo 84, allocato tra le « altre ipotesi di certificazione », andando a riscoprire il peso della certificazione di un

---

<sup>(2)</sup> In questo senso si vedano le riflessioni di L. NOGLER, *Commento sub articolo 18*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 - Insero sulla correzione d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, 52.

<sup>(3)</sup> In effetti, la soluzione prospettata non appare unica e obbligata: piuttosto vi sono, anche dopo l'intervento correttivo del d.lgs. n. 251/2004, spazi per una significativa certificazione del contratto di lavoro a termine (giacché la corretta sussistenza degli elementi di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 — in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)* — rileva in termini di qualificazione del tipo negoziale), analogamente potrebbe segnalarsi con riguardo al contratto di lavoro intermittente (specie a seguito dei chiarimenti forniti dalla circ. Min. lav. n. 4/2005) — in  *Lavoro intermittente*.

<sup>(4)</sup> Sembra muovere verso questa direzione anche V. SPEZIALE, *Le finalità e gli effetti della nuova disciplina e le ipotesi nelle quali è possibile utilizzare la procedura di certificazione*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il « correttivo » alla legge di Riforma del mercato del lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2005, vol. V, 172, laddove afferma: « si può concludere, dunque, che il termine 'contratti di lavoro' debba essere inteso in senso ampio », idoneo a ricomprendere « tutti i modelli negoziali nei quali sia dedotta attività lavorativa », potendosi leggere l'espressione utilizzata dal decreto correttivo come « contratti aventi ad oggetto il lavoro ».

contratto « non di lavoro », ma caratteristicamente « d'impresa » e, comunque, commerciale: laddove oggetto dell'indagine del *certifier* sarà inevitabilmente la ricaduta lavoristica del negozio giuridico esaminato, giacché se vero (« genuino ») appalto (di opere o di servizi) il rapporto di lavoro dei soggetti impiegati nell'appalto permarrà nella sfera giuridica di attribuzione dell'appaltatore, in caso contrario potrebbe (*ope iudicis ex* articolo 29, comma 3-*bis*) « risorgere » in capo all'utilizzatore committente.

Sempre secondo tale prospettiva, ferma restando la non ammissibile certificazione del contratto di somministrazione di lavoro, in quanto e proprio perché non « contratto di lavoro », si aprirebbe un interessante varco per la certificabilità del contratto di « lavoro somministrato », vale a dire di quel contratto di lavoro subordinato (a termine o a tempo indeterminato) che lega l'agenzia per il lavoro di somministrazione al lavoratore da inviarsi presso uno o più utilizzatori: si tratta, pur sempre, di uno spazio residuale, ma di considerevole rilievo, solo che si pensi agli effetti, ad esempio, anche di tipo sanzionatorio, di una somministrazione « in *workfare* » (articolo 13, decreto legislativo n. 276/2003) non a regola d'arte. La esatta qualificazione del contratto di lavoro somministrato, in questo ed altri casi simili, senza entrare nel merito di elementi normativi diretti del contratto di lavoro (sui quali la certificazione non potrebbe esplicare effetti), avrebbe il pregio indubitabile di dare garanzia e certezza al datore di lavoro che si affida alla tipologia contrattuale prescelta e al lavoratore che evita ogni possibile strumentalizzazione negativa dell'istituto.

Lo scenario in cui muove, peraltro, la certificazione dei contratti che attengono al lavoro esternalizzato è contrassegnato, e non potrebbe essere altrimenti, da significative luci e da inquietanti ombre.

Le luci della certezza rinforzata che il provvedimento amministrativo di certificazione fornisce alle parti stipulanti: appaltatore e committente, coi riflessi sul lavoratore impegnato nell'appalto; distaccante e distaccato, col riverbero sul datore distaccatario; somministratore e dipendente, con la ricaduta sull'utilizzatore.

Le ombre determinate dal ruolo, che potremmo dire « di disincanto », dell'Autorità giudiziaria competente ad indagare e accertare la liceità penale delle tre tipologie negoziali in argomento sia in termini di abusivismo (articolo 18, comma 1), sia di illecita utilizzazione (articolo 18, comma 2), sia di interposizione (articolo 18, comma 5-*bis*), sia, infine, di frodolenza (articolo 28).

## 2. La certificazione del contratto di appalto.

Delle tre ipotizzate azioni certificadorie in materia di esternalizzazione soltanto quella relativa al contratto di appalto viene espressamente chiamata in causa dal legislatore <sup>(5)</sup>.

L'articolo 84 del decreto legislativo n. 276/2003, infatti, prevede la certificabilità del contratto di appalto, sia in sede di stipulazione, sia nelle fasi di attuazione del programma negoziale.

L'efficacia dell'azione del *certifier* adito, pertanto, risulterà tanto più efficace, quanto più si orienterà ad una disamina attenta della sussistenza degli elementi e dei requisiti previsti dall'articolo 29, comma 1, non soltanto su base meramente documentale, ma anche mediante dichiarazioni pubblicamente rese ed acquisite dai due contraenti in sede di audizione personale nel corso dell'iter dell'istanza di certificazione.

I dubbi che si palesano circa l'efficacia, anche in sede ispettiva <sup>(6)</sup>, della certificazione del contratto di appalto attengono, ben è vero, alla individuazione proprio degli aspetti di liceità del negozio giuridico, a fronte della ricaduta sanzionatoria penalistica della eventuale acclarata insussistenza degli stessi.

Appare, quindi, necessario operare un sano *distinguo* di carattere diretto e pragmatico: ha senso ricorrere alla certificazione del contratto di appalto, in termini di effettiva attribuzione di certezza alla volontà manifestata dalle parti, anche con riguardo all'orientamento che assumeranno, in sede di indagine, gli ufficiali di polizia giudiziaria (segnatamente gli ispettori del lavoro) e il pubblico ministero, anzitutto, se l'organismo chiamato a certificare il contratto è rivestito di una chiara aura di serietà, professionalità e *severitas*.

In secondo luogo, il contratto di appalto che merita attenzione da parte del *certifier* non è tanto quello « di opere », né quello « di servizi

---

<sup>(5)</sup> Si veda in argomento M. EMANUELE, *La certificazione dell'appalto*, che segue. Cfr. anche L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 920 ss.; L. CACCIAPAGLIA, *La certificazione dell'appalto*, in G. PERONE, A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 284 ss.; E. GRAGNOLI, *Interposizione illecita e appalto genuino*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 874 ss.

<sup>(6)</sup> Cfr. P. RAUSEI, *Efficacia della certificazione a fronte di un'indagine ispettiva*, in questa Parte, Sez. (B).



extra-aziendali », ma soprattutto (e, si sarebbe tentati di dire, esclusivamente) quelli « di servizi endo-aziendali ».

Peraltro, neppure tutti i contratti di appalto che prevedono l'espletamento di un servizio all'interno degli stabilimenti o degli uffici del committente richiedono una azione certificatrice, ma solo quelli nei quali, « in relazione alle esigenze » del servizio dedotto in contratto, « la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore » si identifica nell'esercizio « del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto ».

Ai sensi dell'articolo 29, comma 1, infatti, l'organizzazione dei mezzi può risultare anche dal mero esercizio del potere organizzativo e del potere direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto per la effettuazione del servizio. La rilevanza dei poteri datoriali di direzione e di organizzazione, tuttavia, è strettamente correlata alla natura e alla tipologia dell'appalto, giacché il legislatore condiziona tale profilo alla valutazione delle concrete « esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto ».

Pare quindi di poter affermare che l'appalto di servizi « endo-aziendali » sarà « genuino », purché vi sia assunzione del rischio d'impresa, anche quando l'imprenditore appaltatore non disponga di specifici mezzi ovvero si avvalga dei mezzi dell'appaltante, purché il servizio oggetto dell'appalto sia tale da caratterizzarsi per una prevalente o esclusiva necessità di lavoro intellettuale o comunque personale dei lavoratori impiegati nell'appalto. Ma proprio tali profili richiederanno l'autorevole intervento dei certificatori.

Si pensi, quindi, a quei contratti di appalto di servizi che hanno per oggetto dei servizi a basso tasso di « materialità », che cioè non abbisognano di mezzi, attrezzature e capitali, e che si contraddistinguono per il loro evolversi nel mero coordinamento organizzativo dello specifico *know-how* del personale impiegato nell'appalto ovvero anche delle tecnologie avanzate d'impresa, mediante il coordinamento funzionale dei dipendenti addetti all'esecuzione del servizio.

Sveltano, in questo ambito, i servizi informatici (7) e tecnologici complessivamente intesi, ma anche, più semplicemente, i servizi di

---

(7) Il riferimento al settore informatico riguarda i servizi di gestione siti *web* o *intranet*, di tenuta di archivi o *data base*, ovvero attinenti alla realizzazione di *software* applicativi o di sistemi operativi. Cfr. E. MOSCATI, *L'appalto di sistemi e di servizi informatici*, in G. ALPA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica*, Giuffrè, Milano, 1987, 227 ss.

pulizia, nelle loro poliedriche e molteplici manifestazioni, laddove il riferimento esplicito del legislatore all'organizzazione dei mezzi « necessari » e quindi il richiamo al concetto dato dal binomio « necessità-sufficienza » sembrano chiaro indizio di recepimento, finanche letterale, delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza più avveduta e maggiormente aperta alle esternalizzazioni dell'era post-industriale.

Un appalto è genuino, dunque, anche quando l'appaltatore si limiti sostanzialmente a coordinare i propri dipendenti impegnati nell'operazione contrattuale, i quali sono chiamati ad operare esclusivamente in base al *know-how* dagli stessi specificamente acquisito e posseduto, senza altri mezzi materiali: unico criterio discriminante in tal caso sarà la sufficienza dei « mezzi » immateriali utilizzati (lavoro e *know-how*), per l'esecuzione del servizio dedotto nel contratto di appalto <sup>(8)</sup>.

In buona sostanza sarà certificabile, perché proveniente da un « vero » appaltatore, anche il contratto di appalto di chi organizza soltanto il lavoro dei lavoratori impegnati nel servizio, fino al limite in cui l'appalto considerato, tuttavia, non abbisogna di altri specifici fattori di produzione.

D'altro canto, al fine di distinguere la genuinità dell'appalto dalla interposizione illecita, si tratterà, fondamentalmente di utilizzare, in sede di certificazione, tutta una serie di indici e criteri rivelatori, già adottati dalla giurisprudenza, che possono sintetizzarsi come segue <sup>(9)</sup>:

- sussistenza in capo all'appaltatore della qualifica di imprenditore, o meglio di un'organizzazione (tecnica ed economica) di tipo imprenditoriale;
- rilevanza dell'effettivo esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore;
- impiego esclusivo di capitali, macchine e attrezzature fornite dal committente;
- natura delle prestazioni effettivamente svolte dai lavoratori impegnati nell'appalto e afferenza a mansioni tipiche dei dipendenti dell'appaltante;

---

<sup>(8)</sup> Vedi in tal senso R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 166.

<sup>(9)</sup> Su tali criteri distintivi si vedano gli approfondimenti in: P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 299 ss.; P. PENNESI, *Interposizione nelle prestazioni di lavoro, abrogazione della legge n. 1369 del 1960 e contenzioso in atto*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 5, Giuffrè, Milano, 2005, 479 ss.

— corrispettivo pattuito in base alle ore effettive di lavoro e non riguardo al servizio eseguito.

Soltanto la ricostruzione del quadro d'insieme, anche alla luce del decreto ministeriale contenente « codici di buone pratiche e indici presuntivi », consentirà l'effettività di una certificazione del contratto.

Un ultimo inciso, in argomento, merita il riferimento dell'articolo 84, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, alla « rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore ». Non si tratta, ovviamente, di una articolazione differenziale e contrapposta dei criteri utilizzati dal legislatore nel richiamato articolo 29: la norma si limita a ribadire i requisiti di liceità (« genuinità ») dell'appalto secondo l'accezione più generale ed ampia di « mezzi », come ricavabile dalla opzione ermeneutica sopra enucleata.

### **3. La certificazione del contratto di « lavoro somministrato ».**

Passando ad evidenziare la procedibilità di una istanza di certificazione del contratto di lavoro subordinato che lega l'agenzia di somministrazione al lavoratore chiamato ad essere inviato presso l'utilizzatore, in forza di apposito contratto di somministrazione, occorre, in primo luogo, ammettere che la certificabilità di tale contratto non può essere messa in dubbio.

Altra, e diversa, questione, invece, è quella che riguarda l'utilità della invocata certificazione.

Come sopra si segnalava, infatti, la certificazione del contratto di « lavoro somministrato » ha senso se, e solo se, si procede a determinare la portata dell'azione certificatoria in un alveo di « qualificazione del tipo negoziale » che consente di catturare in termini di efficacia l'agenzia e il prestatore di lavoro.

Si pensi alla valenza (ai sensi dell'articolo 79 del decreto legislativo n. 276/2003) della certificazione di tale contratto a fronte del riconoscimento non soltanto della natura subordinata dello stesso, ma della riconducibilità di esso ai parametri legali di cui agli articoli 22 e ss.

Il riferimento è, anzitutto, alla corretta individuazione dell'agenzia di somministrazione quale datore di lavoro, autorizzato regolarmente a norma di legge, requisito essenziale per la « qualificazione », *lato sensu* intesa, del contratto.

In secondo luogo, rileva la corrispondenza del contratto sottoposto a certificazione ai criteri di legittimità del lavoro a tempo determinato,

ad esempio, se l'assunzione è a termine; ovvero la individuazione della spettanza di una indennità di disponibilità, se l'assunzione avviene a tempo indeterminato: anche questi, in effetti, sono elementi sostanziali idonei a qualificare correttamente il contratto in termini legali.

Analogamente, parrebbe potersi sostenere per quanto attiene alla distribuzione degli obblighi in materia di sicurezza, dato il richiamo espresso, di cui all'articolo 23, comma 5, al contratto di lavoro somministrato.

Senza dire poi delle ipotesi in cui abbia luogo una somministrazione « in *workfare* », ai sensi dell'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(10)</sup>, laddove in sede di certificazione si potrebbe valutare congruamente la sussistenza di tutti i criteri e i requisiti legalmente necessitati per la regolare fruizione dei benefici collegati a tale tipo di assunzione. Anzi, verrebbe da riconoscersi proprio alla tipologia di assunzione da ultimo menzionata il fattore di spinta più forte verso la certificazione dei contratti di lavoro stipulati con i lavoratori da impiegarsi nelle iniziative di somministrazione, data la sicura incidenza della certazione amministrativa sui profili di liceità del negozio giuridico, *ad evitandum* qualsivoglia possibile ricaduta nell'alveo della somministrazione fraudolenta (articolo 28), fermi restando gli autonomi poteri di accertamento successivo in capo all'Autorità giudiziaria.

D'altra parte, la commissione di certificazione non potrà omettere di procedere alla valutazione del contratto di lavoro somministrato nei termini anzidetti, giacché al di fuori di questi parametri certificare il lavoro somministrato potrebbe non avere alcuna utilità pratica, mentre nella prospettiva segnalata si tratterebbe di un'aggiunta di tutele per il lavoratore e, sia pure di riflesso, per lo stesso somministratore.

Per il prestatore di lavoro l'azione certativa del *certifier* mira a dargli contezza della consistenza giuridica del datore di lavoro, mentre per quest'ultimo la certificazione del contratto rappresenta un solido fondamento per l'ulteriore attività negoziale, non certificabile, che

---

<sup>(10)</sup> Su questo particolare istituto, che presenta una notevole incidenza sulle tutele riconosciute al lavoratore nel mercato del lavoro e, conseguentemente, per la delimitazione di un vero e proprio « statuto giuridico » del lavoratore sul mercato del lavoro, si vedano: M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro e gruppi a rischio di esclusione sociale*, in *GLav*, 2004, n. 44, 23; L. DEGAN, P. TIRABOSCHI, *Le forme sperimentali di raccordo tra pubblico e privato: l'articolo 13 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 592-594; P. RAUSEI, *La somministrazione di lavoro in workfare*, in *DPL*, 2005, n. 1, 23 ss.

attiene alla stipula dei contratti di somministrazione di lavoro con i singoli utilizzatori.

#### 4. La certificazione dell'accordo di distacco.

Da ultimo, quanto alla certificabilità del « distacco » per sé solo considerato appare chiaro, da quanto accennato *ab initio*, che essa non sarebbe possibile a seguito di una lettura restrittiva della locuzione « contratti di lavoro » oggi contenuta nell'articolo 75, comma 1.

Tuttavia, si è detto, qui si opta per una lettura estensiva e, pertanto, si ritiene ipotizzabile ed attuabile la certificazione del « patto » di distacco (con consenso espresso o implicitamente acquisito del distaccando), che accompagna il contratto di lavoro subordinato esistente fra il datore di lavoro distaccante e il lavoratore in procinto di essere distaccato <sup>(11)</sup>.

La certificazione, in effetti, potrebbe correttamente valutare l'esatto confine dell'accordo relativo al distacco, evidenziando la sussistenza del principale requisito legittimante che è dato dall'interesse del distaccante: la stessa temporaneità del distacco ed anche l'attività determinata, che il lavoratore è chiamato a svolgere presso il distaccatario, sono entrambe perfettamente aderenti alla sola persistenza dell'interesse del datore di lavoro che procede a distaccare il proprio dipendente.

Il distacco di manodopera, espressamente disciplinato dall'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(12)</sup>, consiste, dunque, nella scelta

---

<sup>(11)</sup> Si tenga presente, peraltro, che quanto sostenuto nel testo circa la natura necessariamente subordinata del rapporto di lavoro che lega il distaccante e il lavoratore distaccato viene messo in dubbio dalla recente circ. Min. lav. n. 7/2005, nel punto in cui si afferma: « l'attribuzione del potere direttivo e di controllo all'utilizzatore e l'ulteriore precisazione che durante la somministrazione il lavoratore esegue la prestazione nell'interesse dell'utilizzatore comporta che il lavoratore in somministrazione possa (...) anche essere inviato in distacco presso un altro utilizzatore » (cfr. C. BIZZARRO, *Somministrazione di lavoro: chiarimenti ministeriali*, in *GLav*, 2005, n. 10, 20). Pare, tuttavia, di poter ritenere inadeguata tale facoltizzazione dell'istituto del distacco in assenza di un vero e proprio rapporto di lavoro diretto fra distaccante e distaccato, in mancanza del quale, peraltro, la certificazione di cui qui si ipotizza l'operatività sarebbe, di fatto, impossibile.

<sup>(12)</sup> Per una trattazione approfondita dell'istituto, già oggetto della circ. Min. lav. n. 3/2004, vedi: C. BIZZARRO, M. TIRABOSCHI, *Il distacco è legittimato da uno scopo non coincidente con la mera somministrazione*, in *GN*, 2004, n. 30, 7 ss.; L. ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*.

del datore di lavoro che intenda soddisfare un proprio specifico interesse, di porre temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

Si tratta, pertanto, di una ulteriore ipotesi, accanto alla somministrazione di lavoro e all'appalto di servizi endo-aziendali, in cui il lavoratore svolge di fatto la propria prestazione di lavoro nell'interesse di un soggetto diverso dal proprio datore di lavoro, con una chiara « scissione strutturale » fra titolare giuridico del rapporto di lavoro e gestore-utilizzatore del medesimo rapporto lavorativo.

L'azione valutativa del *certifier*, conseguentemente, si colloca sul crinale delicato (ancora una volta per le inevitabili ricadute sanzionatorie del distacco privo dei requisiti legali: articolo 18, comma 5-*bis*) del riconoscimento della lecita separazione fra il soggetto che utilizza e beneficia della prestazione lavorativa e il soggetto che risulta formalmente titolare del vincolo di subordinazione.

La certificazione del distacco, infatti, riverserà i propri notevoli effetti sulla concreta configurazione — che attiene alla « qualificazione » del tipo negoziale, nel senso anzidetto — di quella scissione dei poteri datoriali tipici che il legislatore consente esclusivamente alla luce dei canoni dell'articolo 30, comma 1.

Sotto questo profilo, in estrema sintesi, la certificazione *de qua* riverbera sull'intero rapporto giuridico trilaterale, su quella relazione triangolare che vede coinvolti il datore di lavoro distaccante, il lavoratore distaccato e il distaccatario, fornendo a ciascuno singolarmente, in termini di affidamento, una maggiore tutela e una utile certezza.

---

*Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276/2003 (Artt. 1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004, 339 ss.; M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, Comando, Appalto, Trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, vol. II, 204 ss.; P. RAUSEI, *Il distacco in Italia*, in P. RAUSEI, S. DI BIASE, *Il distacco in Italia e in UE*, in *DPL*, 2005, n. 11, inserto, III ss.

## 5.

# LA CERTIFICAZIONE DELL'APPALTO

MARIO EMANUELE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Brevi cenni all'articolo 29, decreto legislativo n. 276/2003. — 3. Commissioni di certificazione tra procedimento amministrativo ed adozione di codici di buone pratiche.

### 1. Introduzione.

Nel più vasto ambito di applicazione dell'istituto della certificazione dei rapporti di lavoro, come complessivamente regolamentato al Titolo VIII del decreto legislativo n. 276/2003, assume rilevanza affatto significativa la certificazione « sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'art. 1655 del codice civile, sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto ai sensi delle disposizioni di cui al Titolo III del presente decreto » (articolo 84, comma 1). In questo caso, ovviamente, la certificazione interesserà i rapporti di lavoro solo indirettamente, in relazione alle conseguenze giuridiche che in capo ai prestatori di lavoro ricadono dall'adozione da parte di un determinato committente di particolari modalità organizzative in vista della realizzazione di un'opera o di un servizio, dalla qualificazione giuridica della medesima modalità e dall'accertamento dei presupposti necessari per la legittima sussistenza di un contratto di appalto <sup>(1)</sup>.

Tale norma costituisce espressione di quanto previsto all'articolo 1, comma 2, lettera *m*), n. 3 e 7, della legge delega 14 febbraio 2003, n. 30 (*Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro*), laddove il Parlamento ha delegato l'Esecutivo all'adozione di una disciplina idonea ad introdurre criteri chiari e certi in merito alla distinzione tra l'appalto di opere e servizi lecito e l'interposizione

---

<sup>(1)</sup> P. RAUSEI, *La certificazione nel lavoro esternalizzato* che precede.

illecita di manodopera ed a rendere, a tal fine, operativi strumenti certificatori a cui far ricorso « sulla base di indici e codici di comportamento elaborati in sede amministrativa che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e dell'assunzione effettiva del rischio di impresa da parte dell'appaltatore ».

Il momento tipico in cui si potrà, ivi, far ricorso alla certificazione sarà, di regola, quello della stipula del contratto per l'affidamento di un appalto per la realizzazione di un'opera o di un servizio. Sarà innanzitutto in quel frangente che dovranno essere presenti e, eventualmente, certificati i requisiti che l'ordinamento giudica necessari per il corretto ricorso all'appalto di cui all'articolo 29, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003.

Dalla definizione contenuta all'articolo 84, comma 1, risalta, tuttavia, immediatamente la differenza di questa ipotesi di certificazione rispetto alle altre previste nel decreto di riforma del mercato del lavoro: in questo caso, infatti, l'attività di certificazione potrà trovare esplicitazione non solo in sede di stipulazione del contratto di appalto, ma anche in fase di esecuzione dello stesso, così da contribuire al raggiungimento di una *decisiva diminuzione della litigiosità* <sup>(2)</sup> proprio in quei contesti in cui è più frequente l'insorgere di controversie <sup>(3)</sup>.

## 2. Brevi cenni all'articolo 29, decreto legislativo n. 276/2003.

Per introdurre la disciplina contenuta all'articolo 84, commi 1 e 2, non si può non riportare la definizione di appalto contenuta all'articolo 29, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003 (Capo II, Titolo III): « Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa ».

In merito alla trattazione dell'appalto ed alla definizione dei suoi

---

<sup>(2)</sup> L. NOGLER, *Altre ipotesi di certificazione — Artt. 82-84*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 921.

<sup>(3)</sup> Cfr. E. RAVERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, che precede.





confini rispetto alla somministrazione di lavoro (irregolare, *ex* articolo 27, o fraudolenta, *ex* articolo 28) si rinvia alla parte a ciò dedicata all'interno del commentario <sup>(4)</sup>. Come noto, il decreto legislativo n. 276/2003, ha, all'articolo 85, comma 1, lettera *c*), abrogato la legge n. 1369/1960 <sup>(5)</sup>, garantendo in tal modo margini più ampi di ricorso all'appalto per venir incontro alle esigenze aziendali, sempre più radicate e spesso condivisibili, di decentramento produttivo. Pertanto, il ricorso all'appalto, gravato fino al settembre del 2003, soprattutto in presenza di certi presupposti fattuali, da una presunzione assoluta di illiceità in quanto ritenuto indiretta espressione della vietata interposizione di manodopera, è stato adesso legittimato <sup>(6)</sup>.

Il superamento del precedente divieto è da ricondurre, in particolare modo, ai radicali cambiamenti che hanno interessato i processi produttivi ed alla sempre maggiore diffusione di appalti *c.d. leggeri*, caratterizzati, da una parte, da un basso contenuto di capitali, macchine ed attrezzature (basti pensare ai servizi di pulizia, vigilanza, facchinaggio) <sup>(7)</sup> e, dall'altra, dalla sempre maggiore utilizzazione, all'interno

---

<sup>(4)</sup> Cfr. P. RAUSEI, *La certificazione nel lavoro esternalizzato*, cit.

<sup>(5)</sup> Di cui si richiamano gli artt. 1, comma 1 (« È vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono ») ed 1, comma 3, (« È considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o *sub* appalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso »). In  *Rapporti interpositori*.

<sup>(6)</sup> In dottrina (A. MISCIONE, *Appalto di manodopera dopo il d.lgs. n. 276/2003: non punibilità del divieto*, in *DPL*, 2004, n. 8, 517), è stato così sostenuto che, a seguito dell'introduzione del d.lgs. n. 276/2003, la fattispecie di appalto di manodopera, vietata dall'articolo 1, comma 3, della l. n. 1369/1960, è stata resa « del tutto lecita sia dal punto di vista penale sia civile, senza che sia presente, né comunque necessaria alcuna norma transitoria o di raccordo ». Analogamente, in giurisprudenza, è stato recentemente (Cass. 24 febbraio 2004 n. 7762, in  *Appalto e subappalto*) affermato che « in forza del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, contenente l'attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla l. n. 30/2003, non è più previsto dalla legge come reato l'appalto di mere prestazioni di lavoro risultante solo dall'utilizzazione di macchinari ed attrezzature del committente ».

<sup>(7)</sup> Si rileva, però, come il *discrimen* tra appalto genuino ed interposizione illecita rimanga, in simili appalti di servizi generici ed ad alta intensità di lavoro, affatto labile, dal momento che non sempre è scontato rinvenire in essi un contributo dell'appaltatore che, al di là della fornitura di manodopera, integri, di per sé, un risultato produttivo

degli stabilimenti produttivi di proprietà del committente, delle prestazioni lavorative, in alcuni casi anche altamente specializzate (manutenzione degli impianti industriali, delle strutture *hardware*, aggiornamento dei *software* aziendali ed altri servizi informatici, servizi di *engineering* <sup>(8)</sup>, organizzate imprenditorialmente da soggetti ad esso estranei ed esterni all'azienda <sup>(9)</sup>).

In un contesto socio-organizzativo di questo tipo, in vista della configurazione, in concreto, di un'ipotesi negoziale di appalto, ha così gradualmente, ma allo stesso tempo inesorabilmente, finito per acquisire rilevanza il ricorso ai c.d. « beni immateriali, quali appunto il *know how*, la professionalità, l'esperienza, l'affidabilità e l'organizzazione del lavoro, rispetto ai tradizionali beni materiali, quali i capitali, i locali, le macchine e le attrezzature » <sup>(10)</sup>.

---

autonomo. Come vedremo, in tali fattispecie, tale *discrimen* dovrà essere ricercato nell'effettivo esercizio da parte dell'imprenditore-appaltatore di un potere di direzione e gestione nei confronti dei propri dipendenti utilizzati nella esecuzione del contratto di appalto — anche qualora quest'ultimi siano chiamati a svolgere un'attività che venga ad inserirsi immediatamente nel ciclo produttivo dell'azienda del committente — fermo restando che ciò dovrà avvenire con modalità tali da rendere non equivoco, in capo all'appaltatore medesimo, il mantenimento di una reale organizzazione dei mezzi, sebbene non necessariamente materiali, e, con essa, la continuativa assunzione del pertinente rischio di impresa.

<sup>(8)</sup> Si veda, a tal proposito, Cass., sez. un., 19 ottobre 1990 n. 10183, in [📖](#) *Appalto e subappalto*.

<sup>(9)</sup> Come vedremo, il rapporto tra questi cambiamenti organizzativi e la qualificazione del contratto di appalto sono stati considerati con interesse dalla giurisprudenza; in tal senso, è possibile riportare, sin da adesso, una chiara statuizione della Corte di cassazione, laddove è stato deciso che « ai fini della configurabilità del divieto di appalto di manodopera di cui all'art. 1 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, al di fuori delle ipotesi presuntive previste dal terzo comma di tale articolo, occorre in concreto accertare le qualità professionali di coloro che prestano l'attività lavorativa nonché le caratteristiche e la specializzazione dell'impresa, dovendosi verificare, in particolare, anche in caso di attività esplicate all'interno dell'azienda appaltante, *se il presunto appaltatore abbia dato vita, in tale ambito, ad un'organizzazione lavorativa autonoma ed abbia assunto, con la gestione dell'esecuzione e la responsabilità del risultato, il rischio d'impresa relativo al servizio fornito, tenuto conto che un'autonomia gestionale, relativa alla conduzione aziendale, alla direzione del personale, alla scelta delle modalità e dei tempi di lavoro è configurabile anche se le caratteristiche del servizio affidato siano determinate dal committente* » (Cass. 19 novembre 2003 n. 17574, in [📖](#) *Appalto e subappalto*).

<sup>(10)</sup> L. TARTAGLIONE, *Il lavoro esterno (la rinnovata disciplina in materia di somministrazione di lavoro, appalto e distacco, contenuta nel d.lgs. n. 276/2003)*, in *MGL*, 2004, n. 5, 363.

In particolare, ai fini dell'individuazione in capo all'appaltatore di un *know how* adeguato ad integrare un'organizzazione di mezzi necessari, in quanto elemento sempre maggiormente considerato in seno all'interpretazione evolutiva dottrinarie e giurisprudenziale che ha inteso prescindere dalla necessità del possesso di beni materiali, parte della dottrina ha fatto riferimento ad un insieme di fattori quali « capacità, conoscenza, reti di relazioni, tecniche di controllo, servizi di formazione e aggiornamento professionale, tali per cui senza di essi la prestazione del singolo dipendente avrebbe minore valore produttivo »<sup>(11)</sup>.

La finalità dell'intervento legislativo in tema di appalto è, in sintesi, da rinvenire nella volontà di non frapporre ostacoli pregiudiziali ai processi di decentramento produttivo che, specie in un periodo di diffuso arretramento della grande impresa, appaiono costituire uno strumento congruo, in termini di organizzazione aziendale, rispetto alle esigenze imposte dalla terziarizzazione dell'economia e dalla sempre maggiore competitività richiesta dai mercati.

Fermo tale intento di liberalizzazione, sono tuttavia stati fissati alcuni requisiti che, a tutela dei lavoratori, dovranno dalle parti del contratto di appalto essere rispettati, salvo non voler incorrere nel divieto, comunque da ritenersi vigente, di interposizione illecita di manodopera<sup>(12)</sup>.

Secondo quanto previsto all'articolo 1665 c.c.<sup>(13)</sup>, ricorre una fattispecie di appalto qualora l'imprenditore appaltatore abbia un'or-

---

<sup>(11)</sup> P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel muro del divieto di interposizione*, in *GDLRI*, 1997, 516.

<sup>(12)</sup> Infatti, come sostenuto dalla terza sezione della Corte di cassazione nella sentenza 26 gennaio 2004 n. 2583, in *Appalto e subappalto*, (e dalla stessa sezione ribadito nella sentenza 9 giugno 2004 n. 25726, in *Appalto e subappalto*), è bene che l'interprete si confronti sul mantenimento della fattispecie penale contemplata agli artt. 1-2, l. n. 1369/1960, a seguito dell'introduzione dell'art. 18, comma 1, primo periodo, e comma 2, primo periodo, del d.lgs. n. 276/2003, perché in presenza del ricorso alle prestazioni di lavoro fornite da altri, non assumendosi tuttavia l'organizzazione dei mezzi, la direzione dei lavoratori ed il rischio d'impresa, si concretizza una somministrazione di manodopera che resta vietata e penalmente sanzionata se priva dei requisiti soggettivi ed oggettivi prescritti del d.lgs. n. 276/2003; vi sarebbe stata, pertanto, solo una parziale abrogazione delle norme della l. n. 1369/1960 o, *rectius*, una c.d. *abrogatio sine abolitione*, non una c.d. *abolitio criminis*, come invece è stato sostenuto dal Tribunale di Ferrara nella sentenza 4 novembre 2003, in *Appalto e subappalto*.

<sup>(13)</sup> Art. 1655 c.c.: « il contratto col quale una parte assume, con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro ».

ganizzazione di mezzi necessari in relazione all'opera/servizio da realizzare per conto dell'appaltante ed assuma tutti i pertinenti rischi d'impresa che ciò comporta.

A fronte di quanto previsto dal codice civile, l'attuale legislatore ha elaborato una definizione di appalto a cui far ricorso soltanto ai fini dell'applicazione di quanto previsto al Titolo III del decreto legislativo n. 276/2003, quindi, in vista della individuazione dei confini con la somministrazione di lavoro, è stato stabilito all'articolo 29, comma 1, che per aversi appalto dovrà verificarsi il ricorrere dei seguenti presupposti: « organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, *dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto*, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio di impresa »<sup>(14)</sup>.

Rispetto all'articolo 1655 c.c., nell'appena richiamata fattispecie normativa viene, in particolare, evidenziata la rilevanza del reale esercizio da parte dell'appaltatore di un potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati per lo svolgimento del servizio appaltato; ne consegue che, laddove il personale formalmente in carico all'appaltatore venga utilizzato ed immediatamente diretto dal committente, si dovrà considerare, seguendo i giusti rilievi di parte della dottrina, insussistente « il filtro rappresentato dall'impresa appaltatrice, con la conseguenza che la mera somministrazione di lavoro da parte di un'azienda non può costituire l'oggetto di un contratto di appalto »<sup>(15)</sup>.

Pertanto, qualora nella fattispecie concreta sussisteranno i requisiti richiesti dal più volte citato articolo 29 e, pur in assenza di significativi elementi materiali (che, come visto, non per forza coincidono con i *mezzi necessari*), venga all'appaltatore richiesto di realizzare, soprattutto con riferimento agli appalti c.d. *leggeri* o *labour intensive*, un'opera o un servizio attraverso l'opportuno impiego di lavoratori che, nell'ambito della propria qualificata attività imprenditoriale e con tutti

---

<sup>(14)</sup> È, pertanto, possibile concludere con quanto sostenuto da E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, 278: « viene introdotta — in deroga, si noti, alla generale definizione codicistica (art. 1655 c.c.) (...) — una specifica figura di appalto di opere o servizi di manodopera ancorché organizzata dall'appaltatore la quale ricalca ed unifica, in versione allargata e liberalizzata le previsioni eccezionali dell'art. 3 e dell'art. 5 della L. 23 ottobre 1960 n. 1369 ».



<sup>(15)</sup> R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *DLRI*, 1995, 634.

i rischi ad essa connessi, egli avrà effettivamente organizzato, gestito e controllato, l'appalto potrà allora considerarsi genuino.

La *smaterializzazione* dell'organizzazione imprenditoriale, peraltro, costituisce una realtà che il legislatore si è limitato a ricavare dalle prassi aziendali e dell'evoluzione giurisprudenziale <sup>(16)</sup>; come giustamente osservato in dottrina, sarebbe, infatti, stata « ratificata, formalizzandola nel dato positivo, una concezione dell'organizzazione di impresa in termini smaterializzati che il diritto del lavoro adotta non soltanto in materia di appalto, ma anche di trasferimento d'azienda » <sup>(17)</sup>.

I requisiti elaborati negli ultimi anni dalla giurisprudenza e ripresi dal legislatore all'articolo 29, comma 1, costituiranno, verosimilmente, anche i presupposti essenziali, secondo quanto previsto all'articolo 84,

---

<sup>(16)</sup> La giurisprudenza, infatti, a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, ha superato il proprio precedente indirizzo fondato sulla necessaria presenza di mezzi, materiali ed apparecchiature in capo all'appaltatore (Cass. 16 settembre 1987 n. 7259; Cass. 28 ottobre 1985 n. 5301, in  *Appalto e subappalto*), ed ha iniziato ad affermare che per potersi avere un'ipotesi di appalto lecito, l'attività dell'appaltatore non avrebbe dovuto limitarsi alla sola gestione amministrativa (retribuzione, assegnazione delle ferie, distribuzione dei turni di lavoro) delle prestazioni dei propri dipendenti, ma avrebbe dovuto configurarsi come gestione organizzativa, nella fase esecutiva del contratto di appalto, delle loro prestazioni, senza permettere che alcuno di essi fosse meramente messo a disposizione del committente, in vista della realizzazione di un autonomo risultato produttivo; in sintesi, è stato, sempre con maggiore forza, richiesto all'appaltatore l'effettivo esercizio di quei poteri tipici del datore di lavoro che si estrinsecano nelle funzioni di direzione del personale, nella scelta delle modalità di utilizzo delle risorse umane, nella gestione dei tempi e degli orari delle loro prestazioni (Cass., sez. un., 21 marzo 1997 n. 2517; Cass. 29 maggio 2000 n. 7089; Cass. 9 giugno 2000 n. 7917; Cass. 23 agosto 2000 n. 11040; Cass. 11 settembre 2000 n. 11957; Cass. 16 settembre 2000 n. 12249; Cass. 30 ottobre 2002 n. 15337; Cass. 19 dicembre 2002 n. 18098; Cass. 22 agosto 2003 n. 12363, tutte in  *Appalto e subappalto*). Risulta, pertanto, evidente come la giurisprudenza abbia anticipato le scelte del legislatore, « valorizzando il criterio discrezionale fondato sull'esercizio del potere direttivo, espressamente cristallizzato dall'art. 29 del decreto 276/2003 » (L. CALCATERRA, *Interposizione ed appalto di servizi: la Cassazione anticipa la riforma*, in RIDL, 2004, II, 66). Infine, per un'approfondita ricostruzione critica dell'apporto della giurisprudenza, soprattutto laddove essa è andata oltre la mera individuazione degli indici presuntivi (autonomia organizzativa e gestionale dell'appaltatore, assunzione a suo carico del rischio di impresa; irrilevanza di eventuali contributi economici del committente) elaborati ai fini della individuazione della sussistenza di una fattispecie di interposizione vietata di manodopera piuttosto che di un appalto genuino, si rinvia allo scritto di P. ALBI, *Interposizione illecita e organizzazione dei mezzi necessari secondo la l. n. 1369/1960*, in RIDL, 2003, II, 536 ss.

<sup>(17)</sup> A. MARESCA, M. MASI, *L'appalto nella riforma del mercato del lavoro*, in GLav, 2004, n. 23, 28.

comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, ai fini dell'individuazione dei criteri certi per la valutazione della legittimità o, secondo la formula utilizzata, la *genuinità* dell'appalto <sup>(18)</sup>.

### 3. Commissioni di certificazione tra procedimento amministrativo ed adozione di codici di buone pratiche.

Il richiamato orientamento evolutivo della giurisprudenza in tema di appalto potrà essere arricchito o cristallizzato quando il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ai sensi dell'articolo 84, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003, adotterà l'apposito provvedimento amministrativo contenente « codici di buone pratiche ed indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore » <sup>(19)</sup>.

È, peraltro, previsto nella medesima norma la possibilità che tali codici e indici presuntivi possano recepire, « ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali o di categoria stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ».

Quest'adempimento ministeriale, non ancora definito (l'apposito regolamento avrebbe dovuto essere emanato entro sei mesi dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003, quindi entro il 24 aprile 2004), appare indispensabile soprattutto in vista di quanto previsto al comma 1 dell'articolo 84, per ridurre il margine di incertezza circa la ricorrenza dei presupposti idonei, nelle fattispecie concrete, a configurare un appalto genuino, « le procedure di certificazione di cui al capo primo (articoli 75 a 81) possono essere utilizzate, sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'articolo 1655 del codice civile sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della

---

<sup>(18)</sup> A. MARESCA, M. MASI, *op. cit.*, 2004, 28.

<sup>(19)</sup> In tale disposizione è ancora riportato il riferimento alla interposizione illecita di manodopera, pur dopo l'abrogazione della l. n. 1369/1960; sebbene questa possa sembrare un'imprecisione, tale riferimento è da ricondurre al mantenimento della *ratio legis* sottesa al precetto proprio di quest'ultima fonte normativa, malgrado ne siano stati profondamente modificati i presupposti affinché la stessa esplichi effetti (esercizio della somministrazione solo da parte dei soggetti autorizzati previa iscrizione nell'apposito albo delle agenzie per il lavoro istituito presso il Ministero del lavoro ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 276/2003). Si veda, a tal fine, L. NOGLER, *op. cit.*, 921.

distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto ai sensi delle disposizioni di cui al Titolo III del presente decreto legislativo ».

In vista della deflazione del contenzioso giurisdizionale circa l'esatta qualificazione e distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro, è stato così previsto, *ex* articolo 76, comma 1, lettere *a*) e *b*), l'avvio di apposite procedure di certificazione (istituto funzionale alla formazione della c.d. *volontà assistita*) attraverso la costituzione di competenti commissioni presso gli Enti bilaterali « costituiti nell'ambito territoriale di riferimento ovvero a livello nazionale quando la commissione di certificazione sia costituita nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale », le Direzioni provinciali del lavoro e le Province, le Università <sup>(20)</sup> pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie, registrate nell'albo istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di cui al comma 2 della medesima disposizione legislativa.

In merito all'oggetto esatto su cui saranno chiamate a pronunciarsi le costituende commissioni di certificazione, si osserva come, già in fase di commento della legge delega n. 30/2003, sia stato rilevato che « non è la genuinità in sé dell'impresa appaltatrice, visto che la norma allude ad una verifica in concreto, sulla base di indici che non possono che attenersi al *contratto di appalto*. D'altra parte è pacifico in giurisprudenza che un'impresa appaltatrice perfettamente genuina può atteggiarsi, *in una specifica situazione*, da soggetto interposto » <sup>(21)</sup>.

La commissione di certificazione, pertanto, insieme alla sussistenza dei presupposti per la configurabilità dell'appalto che sono stati analizzati al paragrafo precedente, dovrà prestare attenzione alla corretta elaborazione del testo contrattuale ed alla sua coerente esecuzione; con riferimento all'esecuzione medesima, dovrà essere così rivolta particolare cura al « grado di inserimento reale dei lavoratori nell'organizzazione dell'impresa appaltante » perché proprio l'eventuale « difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato dalle parti e il

---

<sup>(20)</sup> La natura *laica* o neutra delle commissioni di certificazione che sono già state o che verranno istituite presso le Università potrebbe, in particolare, permettere di assicurare condizioni di maggiore imparzialità, così da rendere verosimile che le decisioni in tali commissioni assunte possano consentire il consolidamento di qualificati orientamenti, utili all'attività dell'interprete. Cfr. M. TIRABOSCHI, *Le sedi universitarie*, in questa Parte, Sez. (B).

<sup>(21)</sup> R. DEL PUNTA, *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, 2003, Ipsa, Milano, 73.



programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione », più che costituire una delle due deroghe alla esclusione della possibilità di ricorso in giudizio contro la piena forza legale del contratto certificato, potrebbe diventare la vera ragione del contenzioso in materia di appalto, « sì che le implicazioni deflattive del meccanismo certificatorio non saranno probabilmente quelle auspiccate dai suoi fautori » (22).

Sempre in sede di accertamento dell'esecuzione del contratto di appalto certificato, potrà conseguentemente essere opportuno monitorare, da una parte, la rigorosa delimitazione delle zone in cui siano presenti solo i dipendenti dell'appaltatore da quella di presenza dei dipendenti del committente, curando che si eviti una loro indiscriminata sovrapposizione, magari prevedendo l'intervento, a tal fine, di una figura di interfaccia; dall'altra, il livello di dettaglio delle istruzioni che l'appaltante fornisce all'appaltatore, tenendo ben presente, però, che un minimo di coordinamento tra le reciproche strutture organizzative dovrà pur sempre sussistere in funzione della migliore realizzazione dell'opera o del servizio appaltato (23).

Sin dall'emanazione della legge delega, è stato stabilito che attraverso il ricorso alla certificazione — introdotta per contribuire a rendere più certa la scelta delle parti che volontariamente vi fanno ricorso in merito alla qualificazione giuridica del contratto che hanno stipulato — sarebbe stata a quest'ultimo attribuita forza legale (24), così

---

(22) R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 73. Appare, inoltre, utile, in merito all'accertamento di cui all'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, ossia quello inerente la « difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità stessa », riportare come, in dottrina (T. TREU, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *C&CC*, 2003, n. 3, 3), siano stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale dal momento che « verrebbe in tal modo indebitamente limitato l'accertamento giudiziario, che avrebbe efficacia solamente *ex nunc*, e non invece *ex tunc* secondo i principi generali. Proprio in base a questi, infatti, una pronuncia di accertamento, in quanto non innova nell'ordinamento, ma dichiara la reale sostanza di un rapporto, *non può che avere effetto dal momento in cui quella situazione o quel rapporto sono venuti ad esistenza*, tanto più nella materia del diritto del lavoro dove le esigenze di tutela sono rafforzate ».

(23) P. TOSI, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, in *LG*, 2004, n. 3, 235.

(24) Secondo quanto rilevato da parte della dottrina, con lo schema giuridico di certificazione introdotto, l'attuale Esecutivo ha « realizzato la sostituzione dell'originaria, ed ambiziosa, aspirazione di Biagi, consistente nella predisposizione di uno strumento di gestione partecipata dell'applicazione di un'ampia area di norme protettive dotate d'inderogabilità semplicemente relativa, con il pur lodevole intento di



che tale contratto avrebbe potuto essere giudizialmente impugnato esclusivamente in presenza della « *erronea qualificazione del programma negoziale* da parte dell'organo preposto alla certificazione e *di difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato dalle parti e il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione* » (articolo 5, comma 1, lettera e), legge n. 30/2003).

Proseguendo, circa l'erronea qualificazione del programma negoziale, occorre semplicemente aggiungere a quanto contenuto nella suddetta disposizione della legge delega, peraltro ripresa all'articolo 80, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003, che l'eventuale erronea qualificazione potrà consistere sia in un *errore di diritto*, dovuto alla falsa rappresentazione sugli effetti derivanti da una norma giuridica, sia in un *errore di fatto*, derivante da una inesatta rappresentazione della effettiva consistenza del rapporto da certificare e dalla sua non corretta sussunzione in una fattispecie legale generale ed astratta.

In virtù di quanto sopra, dunque, l'atto di certificazione è « un provvedimento di certazione e cioè produttivo di certezza legale sul piano dell'ordinamento generale e, in specie, dei rapporti interprivati », così da potersi assumere che « un atto, un fatto o un rapporto sono qualificati dall'atto di certazione indipendentemente dalla conformità alla situazione reale » <sup>(25)</sup>.

La certificazione sarà così un atto amministrativo che produce tra le parti e rispetto ai terzi un effetto di certezza legale (articolo 79) <sup>(26)</sup>, valido ed efficace fino a quando lo stesso non verrà stravolto da un accertamento giurisdizionale in cui verrà dichiarata l'inesattezza dell'inquadramento giuridico operato dalle parti contraenti in sede di stipula, nonché la difformità tra le conseguenze giuridiche che avreb-

---

conferire certezza — ed ancor prima trasparenza — giuridica all'operato delle parti che instaurano un rapporto di lavoro » (L. NOGLER, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, n. 3, 110).

<sup>(25)</sup> E. GHERA, *op. cit.*, 283. L'Autore, per i riferimenti di diritto amministrativo, rinvia a E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, 332 ss. e 429 ss.

<sup>(26)</sup> Secondo quanto osservato in dottrina, peraltro, « non può sostenersi che la qualificazione dell'atto certificatorio quale atto amministrativo sia preclusa perché l'organo di certificazione si pone, rispetto alle parti, in una posizione di terzietà e persegue la sola obiettiva applicazione della legge. In realtà, la procedura di certificazione persegue anche l'interesse, proprio della stessa PA, alla realizzazione delle condizioni (di trasparenza e di certezza) necessarie per la realizzazione di un effettivo mercato del lavoro » (L. NOGLER, *op. cit.*, 121).

bero dovuto prodursi dall'accordo contrattuale concluso tra le parti e certificato e quanto, in realtà, è stato poi eseguito o realizzato (articolo 80) <sup>(27)</sup>.

Fermo il primato della funzione giurisdizionale, giuridicamente imprescindibile ai sensi degli articoli 24 e 102 Cost., circa l'accertamento della natura dei rapporti giuridici attraverso l'esatta riconduzione di una fattispecie concreta ad un istituto normativo, si ritiene di sottolineare che, proprio in relazione alla particolare natura giuridica degli effetti che dal ricorso ad essa possono scaturire, è stato osservato come « una pratica sistematica di certificazione concordata fra le parti collettive e ancora più con la validazione dell'autorità amministrativa competente in tema di mercato del lavoro, può acquistare un valore persuasivo crescente nel tempo fino a diventare un elemento tipico di riferimento per gli operatori e per la stessa magistratura » <sup>(28)</sup>. In tal senso, è ancora da segnalare che potrebbe rilevarsi davvero efficace la previsione per cui, in caso di impugnazione del contratto di appalto certificato, il tentativo obbligatorio di conciliazione dovrà avvenire davanti all'organo preposto alla certificazione, ossia nella medesima sede in cui le parti del rapporto certificato si sono incontrate e dove, davanti ai componenti della commissione, hanno esplicitato le proprie manifestazioni di volontà. Non è, dunque, affatto escluso che, per le parti contraenti, il rischio di cadere in palese contraddizione possa

---

<sup>(27)</sup> Cfr. P. RAUSEI, *Efficacia della certificazione a fronte di un'indagine ispettiva*, in questa Parte, Sez. (B).

<sup>(28)</sup> T. TREU, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione ed arbitrato*, in *DRI*, 2003, n. 1, 89. Per conclusioni simili, si rinvia a E. GHERA, *op. cit.*, 294 (« ove l'attività delle commissioni si consolidasse e, sia attenta alle caratteristiche effettive dei rapporti da certificare e, nello stesso tempo, duttile nel recepimento dei criteri legali-giurisprudenziali per la loro qualificazione — la certificazione, tanto più se accompagnata dalla erogazione di una effettiva assistenza alle parti, potrà acquistare autorevolezza nei confronti del giudice ») ed a M. TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 240 (« al di là di quelle che potrebbero essere le prospettive evolutive dell'istituto, la certificazione può sin da ora assumere una importanza pratica non indifferente a condizione che non si riduca a una burocratica e standardizzata validazione delle dichiarazioni cartolari delle parti negoziali, ma contribuisca piuttosto, in termini dialettici ed interattivi con le parti stesse, alla costruzione concreta del singolo regolamento contrattuale e alla esatta individuazione dello strumento contrattuale più appropriato in relazione al tipo di attività che le parti intendono dedurre in contratto »).

esplicare un positivo effetto deterrente rispetto al protrarsi di una situazione di conflittualità.

Ciò premesso, l'atto certificato è destinato a produrre effetti anche rispetto a terzi e, in particolar modo, rispetto agli Enti previdenziali, assicurativi ed agli organismi di vigilanza, come l'Agenzia delle entrate e le Direzioni provinciali del lavoro; in questi casi, infatti, il regime giuridico a cui verrà assoggettata, dal punto di vista assicurativo, previdenziale e tributario, una determinata fattispecie negoziale, potrà essere, in termini di certezza legale, preliminarmente definito in sede di certificazione.

Proprio a causa di quest'effetto e dei problemi che esso pone rispetto all'esercizio delle funzioni dei soggetti istituzionali appena richiamati, il legislatore ha previsto che dell'avvio del procedimento di certificazione venga data — secondo i principi della partecipazione al procedimento amministrativo da parte dei soggetti interessati — articoli 7-13 della legge n. 241/1990 <sup>(29)</sup> — comunicazione, verosimilmente mediante l'inoltro di una bozza del testo negoziale che, una volta certificato, servirà a regolamentare uno specifico rapporto giuridico, alle autorità pubbliche interessate che, in tal modo, potranno presentare osservazioni, non vincolanti, alle commissioni di certificazione (articolo 78, comma 2) ed, eventualmente, intervenire sullo stesso procedimento nel perseguimento delle finalità di cui esse stesse sono attributarie.

L'inquadramento dell'atto di certificazione tra i provvedimenti amministrativi <sup>(30)</sup>, sebbene il decreto legislativo n. 276/2003 non abbia esplicitamente richiamato l'applicazione delle norme e dei principi della legge n. 241/1990, si ricava altresì dalle norme contenute all'ar-

---

<sup>(29)</sup> In  *Procedimento amministrativo*.

<sup>(30)</sup> È una scelta, quella della natura provvedimentoale dell'atto, che, secondo parte della dottrina (E. GHERA, *op. cit.*, 283), desta perplessità soprattutto rispetto alle conseguenze che da siffatta scelta, in termini di effettiva applicazione, possono scaturire rispetto alle finalità di deflazione del contenzioso: « il diritto alla partecipazione e quello all'accesso, ad esempio, potrebbero essere esercitati, con prevedibili complicazioni, da qualsiasi soggetto che sia portatore di un interesse oppositivo anche solo di fatto come, ad esempio, gli interessi collettivi, e perfino di interessi diffusi (cfr. artt. 9-10 l. n. 241). Non è difficile pensare alle organizzazioni sindacali che intendessero avversare — in determinate situazioni — il funzionamento delle procedure di certificazione ». Tuttavia, si ritiene che al legislatore non residuassero altre possibilità, soprattutto in considerazione della necessità della ponderazione dei diversi interessi, pubblici e privati, che verranno contemperati in sede di certificazione.

articolo 78, comma 2, dell'appena richiamato decreto, laddove si fa riferimento all'indicazione del responsabile del procedimento, al diritto di tutti gli interessati alla partecipazione ed al diritto di accesso ai documenti in possesso della commissione, al termine entro cui il procedimento di certificazione si dovrà esaurire, all'obbligo della motivazione ed all'indicazione dell'autorità davanti alla quale si potrà eventualmente ricorrere contro l'atto certificato.

A sua volta, le suddette previsioni, proprie della normativa di riferimento per il procedimento amministrativo (legge n. 241/1990), sono state riprese dal Ministero del lavoro con il decreto del 21 luglio 2004 <sup>(31)</sup>, adottato in attuazione di quanto previsto dall'articolo 76, comma 1, lettera *b*), del decreto legislativo n. 276/2003.

In tale decreto, il Ministero ha provveduto a regolamentare le procedure per l'istituzione delle commissioni di certificazione dei contratti di lavoro presso le Direzioni provinciali del lavoro-servizio politiche del lavoro e le Province; sono stati, altresì, compiutamente regolamentati la composizione della commissione di certificazione da insediare presso i due diversi soggetti istituzionali anzi richiamati, nonché le modalità di funzionamento, il procedimento di certificazione (che ha inizio ad istanza comune delle parti del contratto di lavoro/appalto), il contenuto dell'istanza di certificazione (rispetto a cui si segnala la necessità della « indicazione espressa degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione » e l'esplicitazione del fatto che essa debba, inoltre, « essere corredata dall'originale del contratto sottoscritto dalle parti, contenente i dati anagrafici e fiscali delle stesse »), la disciplina e la natura stessa del provvedimento di certificazione.

È altresì importante evidenziare come, in virtù di quanto previsto all'articolo 9 del medesimo decreto ministeriale, le norme di cui agli articoli 1-7 del medesimo trovano applicazione anche in seno alla commissione che si occuperà della certificazione dei contratti di appalto, *ex* articolo 84 del decreto legislativo n. 276/2003.

Il decreto ministeriale sopra richiamato si presenta, inoltre, coerente con quanto stabilito all'articolo 81 del decreto di riforma del mercato del lavoro dal momento che in esso viene espressamente specificato che, all'interno degli organismi *ex lege* preposti alla certificazione, potrà essere avviato un percorso collaborativo in vista della

---

<sup>(31)</sup> In  *Certificazione*.

migliore definizione dei rapporti giuridici (nel nostro caso, dell'esatta configurazione di un contratto di appalto) ancor prima della loro sottoscrizione e, *a fortiori*, della verifica *in itinere* della conformità al tipo certificato.

L'articolo 4, comma 1, del decreto ministeriale prevede, infatti, che « nel corso del procedimento di certificazione di cui all'articolo 3, la commissione presta *attività di consulenza e assistenza* sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro ».

Si ritiene interessante, sotto questo aspetto, valorizzare questa attività di consulenza preventiva delle commissioni di certificazione perché appare idonea a garantire la rapida ed adeguata correzione degli eventuali errori commessi dalle parti in fase di ideazione o preparazione dell'assetto contrattuale che costituirà la base regolativa del rapporto che si vorrà certificare.

In dottrina, è stato correttamente sottolineato come, anche in fase *ante* esecuzione, un apporto di chiarificazione su eventuali dubbi che possono insorgere sull'interpretazione di alcune clausole appare assolutamente utile; a tal proposito, come fattispecie in cui la consulenza della commissione possa assumere significativa rilevanza, sono stati esemplificativamente assunti a riferimento i casi in cui rimane tuttora astrattamente dubbio se determinate attività, di per sé, possano o meno costituire oggetto di appalto « a causa della particolare natura dell'attività stessa che sarebbe tale da non lasciar spazio alla possibilità di considerare l'eventuale apporto dell'appaltatore quale "valore aggiunto" rispetto alla mera prestazione di lavoro » <sup>(32)</sup>.

Per rendere meno soggettivo l'accertamento in sede di certificazione, in attesa dell'individuazione, *ex* articoli 78, comma 4, ed 84, comma 2, di codici di buone pratiche, il Ministero del lavoro ha anche stabilito, all'articolo 11 del decreto ministeriale 21 luglio 2004, che « le

---

<sup>(32)</sup> L. NOGLER, *op. cit.*, 124. Tale Autore, ad esempio, rileva in modo interessante, richiamando la giurisprudenza della Corte di cassazione, come possa essere sospetto sin dall'inizio anche l'inserimento nel contratto di una clausola che imponga la revisione del prezzo dell'appalto in caso di rinnovo del contratto collettivo, quando, probabilmente, sarà incrementato il costo del lavoro per gli aumenti stipendiali.

Commissioni di certificazione operano sulla base del proprio regolamento interno ».

A parte quanto avverrà all'interno degli enti bilaterali attraverso il contributo partecipativo delle organizzazioni di rappresentanza, le commissioni di certificazione, in base a quanto previsto in quest'ultima disposizione normativa, potranno così autonomamente rinvenire quegli orientamenti e quelle indicazioni utili a supportare la propria complessa opera di selezione delle fattispecie di appalto genuino rispetto all'illecita interposizione di manodopera, opera questa di fondamentale importanza soprattutto in funzione dell'attività di contrasto alla progressiva separazione tra lavoro ed impresa, ossia tra titolarità del rapporto di lavoro ed effettiva utilizzazione delle prestazioni di lavoro di un dipendente altrui.

A tal fine, il trasferimento dentro un regolamento interno di puntuali indicazioni potrà, molto probabilmente, contribuire a rendere più organico il funzionamento della commissione e più certo l'*iter* procedimentale che porterà quest'ultima all'accertamento dell'esatta qualificazione giuridica di un contratto di appalto.

Infine, sempre con riferimento al decreto ministeriale brevemente esaminato, si rileva come la previsione del comma 1 dell'articolo 12 (« Nel rispetto delle disposizioni dettate dal presente decreto, ciascuna delle sedi abilitate allo svolgimento dell'attività di certificazione *provvede autonomamente a determinare le eventuali ulteriori fasi procedurali*, come disposto dall'articolo 78, comma 2, del decreto legislativo n. 276 del 2003 ») lascia ulteriori margini per regolamentare il procedimento di certificazione, permettendo così che si possano inserire ulteriori elementi che rendano tale procedimento ancor più consono alla soddisfazione delle aspettative sottese all'introduzione dell'istituto della certificazione e, in generale, delle finalità di maggiore efficienza e trasparenza del mercato del lavoro.

In merito, appare controverso in dottrina <sup>(33)</sup> se si possa o meno configurare in capo alle commissioni di certificazione un autonomo potere istruttorio (magari delegando, a tal fine, agli organi di vigilanza gli opportuni accertamenti) o se, diversamente, si debba ritenere che i poteri di valutazione di queste commissioni trovino il proprio limite nella mera documentazione prodotta dalle parti, al di là della quale le stesse non possano spingersi oltre.

---

<sup>(33)</sup> E. MASSI, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2004, n. 34, inserto, XXII. Sugli stessi aspetti, si rinvia anche a L. NOGLER, *op. cit.*, 921.

Risulta, infine, decisamente importante il comma 8 dell'articolo 1 del citato decreto ministeriale, secondo cui, ai sensi dell'articolo 76, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003, le commissioni potranno stipulare una convenzione per la costituzione di una commissione unitaria di certificazione; in tal caso, infatti, « le modalità di costituzione e di funzionamento della Commissione unitaria sono stabilite dalla convenzione stessa nel rispetto dei principi e delle previsioni di cui al presente decreto e di eventuali accordi interconfederali intervenuti in materia ai sensi dell'articolo 86, comma 13, del decreto legislativo n. 276 del 2003 ». È questa, a parere di chi scrive, la norma da assumere a riferimento per l'avvio di un'esperienza di regolamentazione della certificazione dell'appalto anche all'interno degli enti bilaterali; in questo ambito, peraltro, il settore edile ha evidentemente anticipato i tempi con la definizione dell'accordo collettivo del maggio 2004 <sup>(34)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> In  *Boll. Adapt.*, 2004, n. 20 cfr. M. EMANUELE, *La cassa edile*, in questa Parte, Sez. (B).





SEZIONE B  
ORGANI CERTIFICATORI, COMPETENZE E PROCEDURE

6.  
**LA CERTIFICAZIONE:  
SEDI E PROCEDURE**

ENRICO RAVERA

SOMMARIO: 1. Dalla legge delega al decreto ministeriale 21 luglio 2004. — 2. Le sedi della certificazione. — 3. I principi dell'articolo 78, decreto legislativo n. 276/2003. — 3.1. Le comunicazioni di cui all'articolo 78, comma 2, lettera *a*) — 3.2. Il termine di trenta giorni. — 3.3. La motivazione dell'atto di certificazione. — 3.4. Gli effetti di cui le parti chiedono la certificazione. — 3.5. Oneri di conservazione. — 4. Il decreto 21 luglio 2004.

**1. Dalla legge delega al decreto ministeriale 21 luglio 2004.**

L'articolo 5, comma 1, lettera *d*), della legge delega n. 30/2003, assegnava al Governo il compito di determinare il contenuto e la procedura della certificazione. Una delega sostanzialmente in bianco <sup>(1)</sup>, che il decreto legislativo n. 276/2003 ha solo in parte riempito di contenuti. L'articolo 78 indica infatti i principi, quelli che potremmo definire i contenuti minimi procedurali. Per il resto la disposizione legislativa rinvia agli organi di certificazione il compito di definire le procedure « nel rispetto dei codici di buone pratiche ... nonché dei seguenti principi ». Al riguardo è stato ipotizzato un eccesso di delega perché in sostanza il decreto legislativo avrebbe in

---

<sup>(1)</sup> Per le censure di incostituzionalità di questa delega in bianco v. L. NOGLER, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, 111; L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal « Libro bianco » al Disegno di legge delega*, Ipsa, Milano, 2002, 96.

concreto assegnato il potere normativo ad organi diversi (Direzioni provinciali del lavoro, Province, università, strutture sindacali) senza che alcuna autorizzazione risultasse in tal senso nella legge delega <sup>(2)</sup>. Invero, se la lettera della legge sembra fare ritenere senza discussione che «le procedure di certificazione sono determinate all'atto di costituzione delle commissioni di certificazione» e quindi sembra avvalorare la tesi dell'eccesso di delega, occorre al riguardo qualche precisazione.

L'articolo 78, infatti, ad una attenta lettura, disciplina in maniera sufficientemente precisa ed analitica la procedura di certificazione. Quelli che vengono definiti dallo stesso legislatore «principi», in realtà sono disposizioni già operative, che non lasciano all'interprete alcun margine di incertezza e/o manipolazione. Si tratta di vere e proprie disposizioni processuali di dettaglio che le procedure di certificazione autodefinitive dalle singole Commissioni non possono che attuare recependole. Prova indiretta di tale affermazione può esser costituita dal decreto ministeriale 21 luglio 2004 <sup>(3)</sup>, che ha regolato, ai sensi dell'articolo 76, comma 1, lettera *b*), la procedura dinanzi alle Direzioni provinciali del lavoro e le Province. Tale decreto recepisce (cfr. articoli 2, 3 5, 6, 7) le disposizioni dell'articolo 78, decreto legislativo n. 276/2003, e si limita a dettare elementi procedurali di contorno che non incidono sulla sostanza della procedura. Non bisogna infatti dimenticare che qualunque procedura, per analitica che sia, non può prevedere tutto, e il decreto citato in sostanza occupa vuoti che sarebbero stati sicuramente occupati in breve tempo dalle prassi locali. Non può sottacersi il fatto che opportunamente il legislatore ha invece voluto che per organi certificativi presenti su tutto il territorio nazionale, come le Direzioni provinciali del lavoro e le Province, anche le prassi dovessero ridursi al minimo. Per quanto riguarda invece enti bilaterali e università le regole di dettaglio sono state lasciate alla discrezionalità degli stessi organi certificativi per meglio conformarle alle loro peculiari esigenze <sup>(4)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> La critica è di V. SPEZIALE, *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. IV, 175.

<sup>(3)</sup> In  *Certificazione*.

<sup>(4)</sup> M. TIRABOSCHI, *Le sedi universitarie*, che segue.

## 2. Le sedi della certificazione.

Enti bilaterali, Direzioni provinciali del lavoro, Province ed università pubbliche e private sono sedi presso le quali devono costituirsi le Commissioni di certificazione che costituiranno gli organi abilitati alla certificazione.

Il decreto ha confermato la legittimazione alternativa dei vari organi, anche se non per tutte le situazioni (ad esempio, l'articolo 82 per le rinunzie e transazioni e l'articolo 83 per il regolamento interno delle cooperative, disposizioni che abilitano soltanto alcuni soggetti e non altri).

Gli enti bilaterali <sup>(5)</sup> sono costituiti ad iniziativa di associazioni dei datori di lavoro e prestatori comparativamente più rappresentative (articolo 2, comma 1, lettera *b*), decreto legislativo n. 276/2003): la formula del soggetto comparativamente più rappresentativo esclude la possibilità di costituire enti bilaterali da parte di associazioni poco rappresentative e quindi « proclivi a certificazioni di nessun peso giuridico, utilizzate come salvacondotto per legalizzare, nei limiti consentiti dalla certificazione, situazioni irregolari » <sup>(6)</sup>. L'attribuzione a tali enti del potere di certificazione si giustifica col fatto che con la nascita di nuovi lavori e la modifica di quelli tradizionali, le parti sociali sarebbero i soggetti più idonei a percepire le evoluzioni dei vari lavori individuandone le caratteristiche principali <sup>(7)</sup>. Altra dottrina ha invece messo in evidenza come gli enti bilaterali non possono creare nuove ipotesi e per l'attività di certificazione dovranno applicare « schemi già predisposti contenenti i principi enucleati dalla giurisprudenza, e la standardizzazione dei rapporti di lavoro verrà effettuata dai giudici e non dagli enti bilaterali, la cui capacità di « formalizzare » le nuove tipologie contrattuali risolvendo i problemi di qualificazione (è) assai ridotta » <sup>(8)</sup>.

Altre sedi di certificazione sono le Direzioni provinciali del lavoro <sup>(9)</sup>, il cui già noto carico di lavoro può lasciare qualche dubbio su tale scelta, così come qualche perplessità lascia la scelta della Province. Quest'ultima scelta sarebbe stata dettata con « l'intento ... di coinvolgere i centri per l'impiego che, costituiti nell'ambito di questo ente territoriale, svolgono

---

<sup>(5)</sup> M. EMANUELE, *La Cassa edile*, che segue.

<sup>(6)</sup> E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2002, 531.

<sup>(7)</sup> M. TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione*, in *GLav*, 2003, n. 4, suppl., 126.

<sup>(8)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, 164.

<sup>(9)</sup> M. PARISI, *Le Direzioni provinciali del lavoro*, che segue.

funzioni relative al collocamento, all'avviamento, alla preselezione tra domanda ed offerta di lavoro. Anche volendo ammettere che il termine "Provincia" vada letto come riferito alle strutture indicate, i centri sono privi di esperienze specifiche connesse alle controversie di lavoro o, in ogni caso, alla qualificazione dei contratti. Essi, inoltre, non hanno particolari competenze tecniche (come le università) che ne possano in qualche modo giustificare il coinvolgimento » <sup>(10)</sup>.

Quanto alle università pubbliche e private (comprese le fondazioni universitarie) esse devono innanzitutto registrarsi in un apposito albo <sup>(11)</sup>. Il loro coinvolgimento è di tipo tecnico specialistico e riguarda esclusivamente i docenti di diritto del lavoro. Il coinvolgimento delle università è sicuramente positivo perché dovrebbe consentire di leggere razionalmente i filoni giurisprudenziali dando poi linee guida precise con ricaduta positiva sugli organi certificatori. Le perplessità hanno riguardato la « mancanza, nei docenti universitari, della esperienza e della sensibilità necessarie per valutare gli interessi concreti coinvolti nella situazione da certificare » <sup>(12)</sup>. Un'occasione invece per chiamare fuori dalle torri eburnee chi è deputato a pensare e progettare soluzioni giuridiche che spesso non tengono in conto proprio le realtà di fatto cui devono essere applicate.

### 3. I principi dell'articolo 78, decreto legislativo n. 276/2003.

L'articolo 78, decreto legislativo n. 276/2003, come si è cennato, detta principi generali che le Commissioni dovranno seguire nella determinazione delle procedure di certificazione. Si tratta, a ben vedere, più che di principi, di vere e proprie tassative indicazioni di dettaglio che non è possibile in modo alcuno interpretare. Il legislatore ha dunque posto non principi ma elementi minimi che ogni procedura di certificazione deve necessariamente seguire. In sostanza, anche se una Commissione, nell'atto di costituzione, non autodefinisce la procedura, applicando il dettato legislativo, sarebbe pur sempre possibile attivare la certificazione. L'articolo 78 prevede infatti che le parti del contratto di lavoro presentino, volontariamente, una comune istanza scritta alla Commissione. Quest'ultima deve comunicare l'inizio del procedimento alla Direzione provinciale del lavoro che a sua volta deve provvedere a comunicarla alle

---

<sup>(10)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, 165.

<sup>(11)</sup> M. TIRABOSCHI, *Le sedi universitarie*, cit.

<sup>(12)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, 166.

autorità pubbliche nei cui confronti l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti. Queste ultime possono presentare osservazioni alle Commissioni di certificazione.

Il procedimento di certificazione deve poi concludersi entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza e l'atto di certificazione deve essere motivato e contenere il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere. L'atto di certificazione deve poi contenere esplicita menzione degli effetti, civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione.

La disposizione in esame prevede poi oneri di conservazione della documentazione inerente la certificazione.

Dagli elementi sopra esposti risulta indirettamente che la comune istanza scritta deve contenere menzione degli effetti, civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione, con il che l'oggetto dell'istanza risulterà dal combinato disposto degli articoli 75 e 78, comma 2, lettera *d*), e 81. Le parti del contratto di lavoro con l'istanza chiedono infatti la certificazione del contratto tra di loro instaurato o istaurando per i fini indicati nell'istanza stessa e alla Commissione deve competere la valutazione con esclusivo riferimento a tali effetti.

Alcune considerazioni si impongono con riferimento alle comunicazioni, al termine di trenta giorni, al contenuto dell'atto di certificazione, e agli oneri di conservazione della documentazione.

### **3.1. Le comunicazioni di cui all'articolo 78, comma 2, lettera a).**

Le comunicazioni previste dal decreto legislativo avvengono per così dire a due livelli. Il primo è quello che prevede che l'inizio del procedimento debba essere comunicato, da parte degli enti bilaterali, università e Province, alla Direzione provinciale del lavoro. Il secondo è la comunicazione che quest'ultima deve effettuare « alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre i suoi effetti ». Si tratta degli enti previdenziali (Inps, Inail) e finanziari (Agenzia delle entrate) interessati alla singola vicenda certificativa, enti che vengono così coinvolti per poter presentare proprie osservazioni alla Commissione « per utilizzare le esperienze specifiche maturate dalle singole amministrazioni nei propri settori di riferimento » <sup>(13)</sup>.

È evidente che gli enti interessati potranno svolgere consapevol-

---

<sup>(13)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, 176.

mente il proprio ruolo nella misura in cui sia loro comunicata tutta la documentazione inerente la pratica certificativa, il che pone seri dubbi sulla concreta incidenza delle loro osservazioni, che rischiano di essere legate ad una conformità astratta tra documenti e previsione normativa. Oppure, se la certificazione prenderà campo, nella concreta impossibilità di svolgere in maniera mirata il proprio compito, con il rischio di produrre osservazioni stereotipate.

Il decreto ministeriale 21 luglio 2004, che come si è detto disciplina la procedura dinanzi alle Direzioni provinciali del lavoro e alle Province, introduce una interessante semplificazione nelle comunicazioni di cui si è trattato. All'articolo 1, comma 6, è infatti previsto che « la comunicazione del calendario della seduta con l'indicazione delle relative pratiche rivolta all'INPS, INAIL e Agenzia delle entrate ha valore di comunicazione ai sensi dell'articolo 78, comma 2, lett. a), del decreto legislativo n. 276/2003. Le medesime autorità possono presentare le eventuali osservazioni in qualsiasi momento e comunque fino al termine della seduta della Commissione ».

La disposizione in esame infatti snellisce la burocrazia del procedimento soprattutto con riferimento alle certificazioni richieste alle Province (essendo evidente che per la certificazione richiesta alla Direzione provinciale del lavoro la comunicazione a se stessa deve ritenersi del tutto superflua).

« Par di capire che, ferma restando la comunicazione dell'inizio del procedimento, la stessa convocazione per la seduta (indubbiamente, bisognerà allegare le richieste e la eventuale documentazione in possesso) assolve l'onere della richiesta di osservazioni e, per quel che riguarda le istanze presentate alla Provincia, esonera la Direzione del lavoro dal chiederla essa stessa, per conto dell'ente territoriale »<sup>(14)</sup>.

### **3.2. Il termine di trenta giorni.**

Il legislatore non ha qualificato il termine di trenta giorni, entro cui deve concludersi la procedura di certificazione. Come noto la regola generale in materia di termini processuali è che se non dichiarati espressamente dalla legge perentori devono intendersi ordinatori (articolo 152 c.p.c.). Dovrebbe quindi concludersi per la ordinatorietà del termine. Ma l'approccio processualistico non è il corretto metro di valutazione. Nel caso in esame infatti il procedimento di certificazione

---

<sup>(14)</sup> E. MASSI, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2004, 34.

è, a pieno titolo, un procedimento amministrativo. Qualche dubbio può sorgere per gli enti bilaterali che, a stretto rigore, sono soggetti privati ma che svolgono comunque una funzione pubblica e ben possono essere equiparati alla PA <sup>(15)</sup>. La normativa di riferimento è quindi costituita dalla legge n. 241/1990 che ha codificato « il principio generale di tempestività dell'azione amministrativa, collegandolo, in connessione simbiotica, all'obbligo di provvedere » <sup>(16)</sup>. L'articolo 2 della citata legge prevede che nel caso in cui la legge non stabilisca direttamente i termini, essi debbano essere fissati con regolamento dalla singola PA; in caso la singola PA non provveda, il termine debba comunque essere di trenta giorni.

Nel caso in esame la legge speciale, cioè il decreto legislativo n. 276/2003, stabilisce il termine di trenta giorni, termine entro cui deve pertanto concludersi necessariamente il procedimento. Occorre allora valutare quali siano le conseguenze della mancata conclusione del procedimento entro tale termine, circostanza quest'ultima tutt'altro che remota sia per la brevità del termine di trenta giorni, sia per la mole di lavoro che probabilmente (ed auspicabilmente, pena il fallimento dell'istituto) affluirà alle varie Commissioni.

Non deve dimenticarsi che le parti contrattuali, nel caso utilizzino la certificazione prima di dare inizio al rapporto di lavoro, hanno entrambe interesse a pervenire in tempi rapidi alla certificazione. Sotto questo aspetto la certificazione non deve rappresentare un accidente burocratico che intralcia la stipulazione dei contratti di lavoro (non va infatti dimenticata la funzione di assistenza e consulenza della Commissione e quindi la possibilità per le parti contraenti di modificare in tutto o in parte il regolamento contrattuale prima di darvi attuazione).

Invero il dato normativo, « il procedimento di certificazione deve concludersi entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della istanza », articolo 78, comma 2, lettera *b*), non è sufficiente a dimostrarne la perentorietà. La mancata conclusione del procedimento nel termine di trenta giorni è quindi priva di sanzione anche se non può negarsi che la certificazione in alcune situazioni potrebbe costituire la condizione cui è ancorato l'inizio del rapporto lavorativo sicché, il conseguente affidamento delle parti contrattuali al termine legislativo, entro cui deve avvenire la certificazione, potrebbe determinare ipotesi

---

<sup>(15)</sup> Sul punto v. V. SPEZIALE, *op. cit.*, 177, anche per i riferimenti di dottrina.

<sup>(16)</sup> A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Giuffrè, Milano, 2000, 1056.

di responsabilità civile dell'amministrazione, nel caso in cui tale affidamento abbia comportato l'assunzione di costi e di oneri. In caso poi di superamento del termine, a seguito di istanza dell'interessato, potrebbe anche ipotizzarsi responsabilità penale *ex* articolo 328 c.p. per omissione di atti d'ufficio <sup>(17)</sup>.

In altri termini la non perentorietà del termine, se da un lato, secondo la giurisprudenza amministrativa, non determina né la decadenza del potere di emanare la certificazione in ritardo, né la sua illegittimità, lascia spazio peraltro ad azioni risarcitorie secondo i principi generali.

Per quanto riguarda il decreto ministeriale 21 luglio 2004, fermo restando il termine di trenta giorni è stata operata una specificazione per quanto riguarda il *dies a quo* che decorre, come previsto dalla legge, dal ricevimento dell'istanza, « ovvero dal ricevimento della ulteriore documentazione che venga richiesta ad integrazione dalla Commissione ». La specificazione è stata opportuna perché il breve termine legislativo, se da un lato può stimolare le Commissioni a meglio organizzarsi onde evitare responsabilità, dall'altro rischiava di realizzare una certificazione meramente formale e notarile sulla base cioè degli atti allegati all'istanza, negandosi così ogni possibilità per la Commissione di entrare nel merito e apprestare anche i suggerimenti e lo scopo di non consentire valutazioni ponderate sulle istanze presentate con completa obliterazione dell'attività di consulenza ed assistenza che è invece il momento qualificante dell'istituto.

### 3.3. La motivazione dell'atto di certificazione.

La motivazione dell'atto di certificazione assume l'indubbio significato di consentire il controllo, sia in sede giurisdizionale ordinaria che amministrativa, sull'*iter* logico giuridico che ha determinato la Commissione a certificare quel determinato rapporto. Peraltro la motivazione assume anche funzione di consentire, in sede di tentativo di conciliazione *ex* articolo 410 c.p.c. e alla stessa Commissione che ha certificato quel contratto, di utilizzare la motivazione per tentare la conciliazione partendo proprio da quanto accertato in sede certificativa. In sostanza la Commissione potrà ben utilizzare precedenti di-

---

<sup>(17)</sup> Cfr. Trib. Vibo Valentia 4 maggio 1994 per ipotesi di mancato rilascio entro il termine di copia degli atti relativi a procedimenti amministrativi, senza che alcuna giustificazione del ritardo fosse addotta, in *FI*, 1994, II, 652.



chiarazioni delle parti, loro scritti, atteggiamenti e quant'altro emergente dalla motivazione della certificazione per contestare alle parti se ed in quale misura tali elementi non si sono realizzati. In sostanza, mentre senza certificazione, chi tenta la conciliazione non ha punti di riferimento ma si trova tra due verità contrastanti, chi tenta la conciliazione dopo la certificazione parte da dati comuni alle parti che per strada si sono poi diversificati e quindi teoricamente dovrebbe poter condurre il tentativo di conciliazione contando su un « voluto » comune. Logicamente tanto più accurata sarà la motivazione tanto più utile essa risulterà in sede di conciliazione, con indubbio effetto deflativo sul potenziale contenzioso giurisdizionale.

### 3.4. Gli effetti di cui le parti chiedono la certificazione.

Le parti nella istanza congiunta devono indicare espressamente gli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali chiedono la certificazione <sup>(18)</sup>. In realtà il decreto legislativo indica tale principio con riferimento all'atto di certificazione, ma tale atto, per potere contenere tale esplicita menzione, deve necessariamente raccordarsi con la istanza, secondo lo schema processuale del chiesto e del pronunciato. A conferma di ciò deve rilevarsi come il decreto ministeriale 21 luglio 2004 indichi tra i requisiti della richiesta di certificazione « l'indicazione espressa degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione » (articolo 3, comma 3).

Si è trattato di una precisazione quanto mai opportuna anche se ricavabile indirettamente, quale contenuto della istanza, dal fatto che la certificazione deve contenere tale esplicita menzione che non può che essere legata a quanto richiesto appunto dalle parti. La dottrina ha messo in evidenza che se l'atto di certificazione deve descrivere i diritti e doveri gravanti sulle parti, con riferimento all'ambito per il quale hanno richiesto la certificazione, l'atto di certificazione si trasformerebbe in una sorta di *summa* delle varie discipline connesse al rapporto di lavoro. « Probabilmente, dunque, tutto si ridurrà ad un rinvio alle norme di legge e di contratto collettivo connesse al contratto certificato, con informazioni che saranno utili solo per persone che conoscono la

---

<sup>(18)</sup> P. RAUSEI, *Efficacia della certificazione a fronte di un'indagine ispettiva*, che segue.

materia e non certo per la stragrande maggioranza degli utenti »<sup>(19)</sup>. Alcuni hanno proposto di fornire al lavoratore schede riassuntive delle principali questioni giuridiche del contratto certificato<sup>(20)</sup>. Invero il tenore della disposizione non lascia molti margini interpretativi, se non nel senso sopra espresso. Francamente la disposizione lascia fortemente perplessi perché, comunque, gli effetti certificati sono necessariamente legati al momento storico in cui è stata resa la certificazione: le parti non possono certamente farla valere per sottrarsi a modifiche legislative od ordinamentali (si pensi alle novelle fiscali e soprattutto previdenziali che si susseguono con estrema rapidità nel nostro ordinamento e che possono modificare il regime applicabile al contratto certificato). Una certezza quindi effimera, destinata a venire meno ad ogni sospiro legislativo.

### 3.5. Oneri di conservazione.

I contratti di lavoro certificati e la relativa documentazione devono essere conservati presso le sedi di certificazione « per un periodo di almeno cinque anni a far data dalla loro scadenza ». La scadenza si riferisce al contratto di lavoro. Al riguardo deve rilevarsi come, anche per effetto dell'allargamento a tutti i contratti di lavoro della procedura di certificazione, a seguito della modifica dell'articolo 75, molti contratti certificati potrebbero essere a tempo indeterminato. Secondo la dottrina « in questi casi ... la norma deve essere interpretata nell'unico modo possibile: la conservazione documentale è obbligatoria quantomeno per cinque anni dalla data di effettuazione della certificazione (dove la locuzione « almeno » indica un periodo minimo, che potrebbe anche essere superiore, con scelta una discrezionale rimessa agli organi certificatori). La « scadenza » avrà rilievo soltanto per i contratti a termine, nel senso che il periodo quinquennale decorrerà non dal giorno di emanazione dell'atto certificato, ma dal successivo momento di cessazione del contratto, con una differenza rispetto ai rapporti tempo indeterminato priva di ragioni plausibili »<sup>(21)</sup>.

Le perplessità manifestate in realtà non hanno ragione di esistere: sembra più corretto ritenere che i cinque anni decorrano per tutti i contratti dalla loro scadenza, come del resto sembra avere inteso il

---

<sup>(19)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, 178.

<sup>(20)</sup> L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, n. 2, 1.

<sup>(21)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, 179.

decreto ministeriale 21 luglio 2004 che espressamente fa decorrere il quinquennio « a far data dalla estinzione del contratto stesso » (articolo 7). Il termine quinquennale sembra riferirsi alla necessità che la conservazione della documentazione copra la prescrizione dei diritti di natura retributiva, previdenziale e fiscale, ma, come noto molti diritti scaturenti dal rapporto si prescrivono invece in dieci anni e tra essi proprio quello relativo alla qualificazione giuridica del rapporto. La ragione che dovrebbe indurre le parti alla certificazione, per non essere compromessa, deve allora far leva sul vocabolo « almeno », che indica nel quinquennio il termine minimo di conservazione, da modularsi secondo l'esplicita menzione degli effetti (civili, amministrativi, previdenziali o fiscali) richiesti dalle parti all'atto della certificazione. È quindi condivisibile l'osservazione secondo cui « bisognerà che, in qualche modo ... gli organi certificatori vengano a conoscenza che il rapporto è terminato o, in caso di trasformazione da una tipologia ad un'altra per la quale non è stata chiesta la qualificazione, che il precedente contratto è venuto meno. Allo stato attuale non c'è alcuna disposizione che imponga alle parti, pena l'irrogazione di una sanzione amministrativa, la comunicazione dell'avvenuta cessazione o trasformazione » (22).

#### 4. Il decreto 21 luglio 2004.


Il decreto 21 luglio 2004 disciplina la procedura di certificazione dinanzi alla Commissione presso gli uffici territoriali del Dicastero del *welfare* e presso le Province (23). Il decreto in larga misura ricalca quanto espresso in termini di principi dall'articolo 78, decreto legislativo n. 276/2003, con alcune precisazioni procedurali di dettaglio.

Il comma 2 dell'articolo 3 prevede che l'istanza vada redatta in bollo su modello predeterminato e deve essere sottoscritta in originale con allegata copia dei documenti dei firmatari. Lascia perplessi il fatto che l'istanza debba essere in bollo perché, come noto, il processo del lavoro si connota per l'esenzione dei suoi atti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura — articolo 10, legge n. 533/1973 (24) —, esenzione fiscale che la citata disposizione estende anche « agli atti relativi ai provvedimenti di

---

(22) E. MASSI, *op. cit.*, X.

(23) In  *Certificazione*.

(24) In  *Processo del lavoro*.

conciliazioni dinanzi agli uffici del lavoro e della massima occupazione o previsti da contratti o accordi collettivi di lavoro ». Non saranno forse 14,62 euro del bollo (cfr. decreto del Ministero dell'economia 24 maggio 2005) <sup>(25)</sup> a disincentivare la certificazione, anche se di tale bollo non si sentiva la mancanza, tenuto conto della finalità sperimentale e deflativa dell'istituto.

Di indubbio interesse è invece quanto disposto dal successivo articolo 5 che disciplina l'audizione delle parti, momento altamente qualificante, e per certi aspetti decisivo, dell'attività di qualificazione. È previsto che le parti debbano presentarsi all'ora e giorno stabilito nella nota di convocazione e che l'assenza di una di esse renda improcedibile l'istanza, il che determina che se le parti intendano comunque certificare il rapporto devono ripresentare altra istanza. La rigidità della procedura, che non consente rinvio della comparizione, se da un lato sembra tenere conto del breve termine previsto per concluderla (trenta giorni), dall'altro non tiene conto della possibile « forza maggiore » o comunque di comprovate e serie esigenze che non consentano alla parte la presenza personale. Non è tanto il fatto che deve ripresentarsi l'istanza, quanto che la certificazione, se viene richiesta prima dell'inizio del rapporto, lo burocratizza il che non è nelle corde delle imprese, tanto più che l'efficacia della certificazione è assai modesta.

Senza scordare che « un orientamento più flessibile sull'argomento, da attuare mediante un chiarimento amministrativo, eviterebbe un possibile accumulo di ulteriori carte che ... rappresenta un aspetto non secondario » <sup>(26)</sup>.

Le parti devono quindi essere presenti di persona e la possibilità di delega viene valutata dal Presidente della Commissione in presenza di comprovati motivi. « I comprovati motivi (riferibili, ad esempio, ad un caso di forza maggiore o alla struttura « piramidale » dell'impresa che non prevede attribuzioni specifiche sull'argomento ad altro soggetto che non sia il responsabile dell'azienda, impossibilitato per valide motivazioni ad intervenire) vanno, per quanto possibile, evidenziati nel regolamento, mentre per quel che concerne l'istituto della delega valgono le regole generali, ivi compresa la possibilità di rilasciarla innanzi all'organo collegiale o all'Ufficio di segreteria dello stesso » <sup>(27)</sup>.

Le parti possono comunque farsi assistere dalle rispettive organiz-

---

<sup>(25)</sup> In *GU*, 28 maggio 2005, n. 123.

<sup>(26)</sup> E. MASSI, *op. cit.*, VII.

<sup>(27)</sup> E. MASSI, *op. cit.*, VIII.

zazioni sindacali o da professionisti abilitati (avvocati, commercialisti, consulenti del lavoro). Tale assistenza diventa addirittura necessaria se la parte è presente con un rappresentante. Anche qui un aggravio di costi e di burocrazia: non risulta infatti sia stato abrogato l'istituto della rappresentanza (sostanziale) o il mandato con rappresentanza, e come opportunamente rilevato la disposizione appare un po' curiosa: « si pensi, ad esempio, ad un lavoratore che ha dato la propria delega ad un sindacalista il quale, a sua volta, in virtù della previsione del comma 4 si deve far, necessariamente, assistere da un altro rappresentante sindacale »<sup>(28)</sup>.

Le dichiarazioni delle parti vanno poi verbalizzate così come tutta l'attività della Commissione.

L'atto di certificazione (articolo 6) viene espressamente qualificato provvedimento amministrativo, deve essere motivato e deve indicare i rimedi esperibili contro di esso, nonché l'autorità cui è possibile ricorrere *ex* articolo 80 del decreto legislativo n. 276/2003.

---

<sup>(28)</sup> E. MASSI, *op. cit.*, VIII.



## 7.

# LE DIREZIONI PROVINCIALI DEL LAVORO

MAURO PARISI

SOMMARIO: 1. Le nuove funzioni delle Direzioni provinciali del lavoro. — 2. La disciplina e le fonti. — 3. La « terzietà » delle Direzioni del lavoro. — 4. Il ruolo dei dirigenti. — 5. La composizione della commissione. — 6. Il processo di validazione. — 7. Le sottocommissioni. — 8. I controlli del Ministero del lavoro.

### 1. Le nuove funzioni delle Direzioni provinciali del lavoro.

Il legislatore della riforma del lavoro, introducendo nell'ordinamento l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro, ha inteso attribuire alle Direzioni provinciali del Ministero del lavoro una posizione sicuramente centrale nel perseguimento del prefissato obiettivo di deflazione del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro <sup>(1)</sup>.

Il ruolo assunto al riguardo dai detti Uffici territoriali si presenta, in effetti, duplice, concernendo, da un lato, la gestione <sup>(2)</sup> dei processi certificatori presso le proprie sedi; dall'altro, sostanziandosi nella funzione — non meno pregnante, benché finora poco attentamente considerata — di impulso e di coordinamento della complessiva azione di validazione sul territorio di propria competenza. In tale senso, già in seno al decreto attuativo (articolo 78, comma 2, lettera *a*), decreto legislativo n. 276/2003) si è venuto a prevedere l'obbligatorietà della comunicazione alla Direzione del lavoro dell'avvio di qualunque procedimento di certificazione interessi la circoscrizione di competenza.

L'estensione di tali nuove attribuzioni alle sedi periferiche del Ministero del lavoro costituisce senza dubbio manifestazione — oltre

---

<sup>(1)</sup> Sulle sedi in genere, cfr. E. RAVERA, *La certificazione: sedi e procedure*, che precede.

<sup>(2)</sup> Si preciserà meglio oltre della non imputabilità diretta alla Direzione del lavoro dell'attività di certificazione che pure si svolge presso di essa.

che di una notevole fiducia nelle potenzialità amministrative delle medesime — dell'evidente volontà legislativa di fornire un immediato (oltre che dovuto) riscontro operativo all'istituto sperimentale, altrimenti destinato all'attenzione di organismi (quali quelli universitari e bilaterali) a cui è assegnata la facoltà di darvi corso <sup>(3)</sup>.

Va perciò intesa appieno la notevole aspettativa che circonda l'azione delle Direzioni del lavoro, in quanto molto probabilmente destinate — specie in una prima fase — a sostenere da sole il maggiore impegno di attuazione del nuovo istituto.

La scelta di costituire commissioni di certificazione presso le Direzioni del lavoro ha tenuto certamente in giusto conto l'« attitudine » storica di queste strutture a gestire in proprio processi « compositivi », come accade anche nell'attualità con i c.d. tentativi obbligatori di conciliazione, da esperirsi presso tali sedi ai sensi dell'articolo 410 c.p.c. Più in generale, si è molto opportunamente valutata la « frequentazione » istituzionale di queste strutture con la disciplina giuslavoristica e, in particolare, con le oramai molteplici tipologie contrattuali. Il vaglio della corretta « copertura » del rapporto di lavoro con un accordo formalmente idoneo, nonché la verifica della congrua attuazione del programma negoziale sottostante, costituiscono la cifra essenziale della più significativa parte del compito istituzionale di vigilanza e di autorizzazione <sup>(4)</sup>.

È utile notare come, sempre nel quadro della c.d. riforma Biagi, siano stati di recente attribuite alle Direzioni provinciali primarie e ancor più ampie funzioni di coordinamento delle complessive attività di prevenzione e controllo sul lavoro, nonché sul rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i relativi diritti civili e sociali.

Ora, appare senza dubbio imprescindibile che le sedi periferiche del Ministero del lavoro assumano la più pronta e piena contezza del rinnovato impulso di cui sono state fatte segno, affinché sappiano

---

<sup>(3)</sup> Un discorso diverso vale per le Province. Mentre la costituzione delle relative commissioni risulta da un verso realizzata, *ipso iure*, in forza della decretazione ministeriale, dall'altro non appare che l'ulteriore attività di certificazione di competenza possa essere oggetto di verifica e « coazione » istituzionale, neppure da parte dello stesso Ministero istituyente.

<sup>(4)</sup> Beninteso — fermo il sempre più esiguo margine concesso a competenze autorizzatorie —, altro è la generale opera di monitoraggio e vigilanza istituzionale svolta nella materia del lavoro, altro è l'azione ispettiva concepita quale verifica e accertamento delle condizioni di lavoro, che reca con sé potenziali risvolti sanzionatori.



costituire, nell'ambito amministrativo di competenza, l'efficiente « causa » ordinatrice del rinnovato sistema lavoristico.

## 2. La disciplina e le fonti.

L'attività di certificazione dell'organo abilitato istituito presso la Direzione del lavoro risulta quella che, ad oggi, viene senz'altro a connotarsi per il più elevato livello di regolamentazione. Le ragioni di tale maggiore attenzione « normativa » e della più compiuta disciplina positiva sono chiarite dal ruolo e dalla « centralità » di cui si diceva.

Oltre a quanto disposto in via generale nel Capo I del Titolo VIII del decreto legislativo n. 276/2003 (come di recente modificato dal decreto legislativo n. 251/2004), contribuiscono a definire la materia e l'ordinamento dell'attività certificatoria delle Direzioni del lavoro ulteriori fonti normative e amministrative, quali il decreto legislativo n. 124/2004 <sup>(5)</sup>, il decreto ministeriale 21 luglio 2004 <sup>(6)</sup>, la circolare del Ministero del lavoro 15 dicembre 2004, n. 48 <sup>(7)</sup> e, sia pure solo di riflesso, la circolare del 24 giugno 2004, n. 24 <sup>(8)</sup>.


In effetti, nessun'altra azione di certificazione può vantare altrettanta puntualità di disciplina. La quale circostanza, beninteso, mentre nel caso dei diversi organi previsti dall'articolo 76, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003, rende ampio il margine di discrezionalità quanto alle modalità e alle procedure (ma non certo quanto al merito e allo scopo) dell'attività condotta, per quanto concerne le commissioni di certificazione istituite presso gli Uffici territoriali del Ministero del lavoro fa intendere appieno l'esiguità dell'apprezzamento concesso all'adattamento « locale ».

In sostanza, atteso che le fonti sopra citate dispongono nel loro complesso su ogni parte della disciplina della certificazione, appare assolutamente limitato il margine entro cui le Direzioni del lavoro si possono validamente dotare di regolamenti interni « originali » e, tuttavia, non contrastanti, non solo con le disposizioni di legge, ma altresì con la cogenza delle indicazioni ministeriali.


Vale qui la pena di riassumere brevemente. Il decreto di attuazione della legge 14 febbraio 2003, n. 30, ha stabilito sui principi dell'istituto

---

<sup>(5)</sup> In  *Servizi ispettivi e attività di vigilanza.*

<sup>(6)</sup> In  *Certificazione.*

<sup>(7)</sup> In  *Certificazione.*

<sup>(8)</sup> In  *Servizi ispettivi e attività di vigilanza.*

della certificazione, definendone l'oggetto (articolo 75, oggi novellato dal decreto legislativo n. 251/2004), i soggetti abilitati, i « passaggi » procedurali di massima, nonché i rimedi esperibili avverso l'effetto certificato.

Il decreto ministeriale 21 luglio 2004 — provvedimento di sostanziale contenuto regolamentare, adottato ai sensi dell'articolo 76, comma 2, lettera *b*), decreto legislativo n. 276/2003 —, ha puntualizzato sulle forme e la procedura delle diverse tipologie di certificazione ammesse, dichiarando *ipso iure* istituite presso le Direzioni del lavoro e le Province (articolo 1, comma 1) le relative commissioni.

La circolare 15 dicembre 2004, n. 48, ha non solo definito nel dettaglio i modi e la composizione della commissione costituita presso la Direzione del lavoro, ma ha altresì offerto ulteriori chiarimenti operativi, in special modo con riguardo alle singole fasi procedurali, nonché all'approvazione del regolamento interno e alle c.d. « linee guida » che orienteranno il merito della certificazione nelle more dell'adozione dei previsti provvedimenti ministeriali (articolo 78, commi 4 e 5, decreto legislativo n. 276/2003).

Quanto all'importante ruolo conformativo — cui si accennava nel paragrafo precedente — delle complessive attività di qualificazione dei contratti di lavoro, non può trascurarsi l'articolo 8, comma 4, decreto legislativo n. 124/2004 che chiama gli Uffici territoriali <sup>(9)</sup> a fornire « i criteri volti a uniformare l'azione dei vari soggetti abilitati alla certificazione » e a cui, quest'ultimi, com'è evidente, sono tenuti a uniformarsi pena l'invalidità delle rispettive condotte. A tale proposito, pare qui opportuno richiamare la circolare n. 24/2004 (alla cui materia si appella anche la circolare n. 48/2004), la quale, trattando della riforma dei servizi ispettivi, sul punto delle attribuzioni affidate alle Direzioni del lavoro ne riafferma — con una formulazione che in qualche modo anticipa la modifica ampliativa apportata dal correttivo (cfr. il novellato articolo 75, decreto legislativo n. 276/2003) — la competenza generale in materia di vigilanza <sup>(10)</sup> « sulla tutela dei rapporti di lavoro ... prescindendo dalla specifica tipologia contrattuale adottata dalle parti contraenti ».

---

<sup>(9)</sup> Va sottolineato — ma si veda quanto osservato nel paragrafo che segue — come il riferimento operato dal predetto art. 8, comma 4, concerna la Direzione del lavoro in sé e non la commissione di certificazione costituita presso di essa.

<sup>(10)</sup> La quale, come si è già notato, è cosa ben diversa — nel senso del rapporto di genere a specie — dall'ispezione.

### 3. La « terzietà » delle Direzioni del lavoro.

Un discorso a parte merita la preliminare osservazione della netta distinzione organica che corre tra la commissione, quale unità funzionale istituita presso la Direzione del lavoro, e quest'ultima. Tale divergenza strutturale — per quanto, effettivamente, talune « distonie » della disciplina positiva non ne rendano sempre del tutto immediata la percezione — non pare che, generalmente, sia stata ancora intesa appieno. Va detto, invece, che proprio la non coincidenza soggettiva tra Ufficio territoriale e organo abilitato costituisce il presupposto — nonché l'effetto di non indifferenti conseguenze giuridiche — delle scelte « organizzatorie » operate dal legislatore, così come dal Ministero del lavoro.

Che il collegio abilitato alla certificazione sia soggettivamente « altro » rispetto all'ente presso cui « risiede » era già dato evincersi a mente della stessa lettera della legge (articolo 76, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003). Tuttavia, semmai in principio fosse potuta permanere qualche ragione di dubitare dell'effettiva autonomia della commissione — che perciò si sarebbe ritenuta quasi una eterogenea modalità di strutturazione di una funzione comunque propria della stessa Direzione —, è successivamente intervenuto il decreto correttivo che ha precisato che « i dirigenti o i funzionari ... delle Direzioni provinciali del lavoro ... rappresentano e difendono il Ministero del lavoro ... nei giudizi di cui all'art. 80 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 » (articolo 21, decreto legislativo n. 251/2004). Una cotale affermazione della ricorribilità di provvedimenti provenienti dalla commissione non potrebbe correttamente trovare fondamento ove si prescindesse dalla distinzione soggettiva (al di là della parziale e inevitabile coincidenza « personale » quanto ai funzionari che la compongono) tra commissione di certificazione e Ufficio territoriale <sup>(11)</sup>.

Meno sottilmente — e anzi dal punto di vista dell'inquadramento pubblicistico non affatto correttamente —, della stessa posizione di « alterità » della commissione si dà atto anche nella circolare n. 48/2004, dove si rimarca che essa « deve essere costituita all'interno del Servizio Politiche del lavoro » della stessa Direzione. Tale previsione,

---

(11) P. RAUSEI, *Efficacia della certificazione a fronte di un'indagine ispettiva*, che segue.

all'apparenza di mero contenuto interno e organizzativo, assume in sé significati e riflessi ben più pregnanti.

A migliore comprensione della dinamica dei rapporti correnti tra l'organo abilitato, i legittimati a richiedere la certificazione e la Direzione del lavoro (quindi « terza » rispetto ai predetti), va opportunamente premesso che l'odierna struttura degli Uffici territoriali si riassume — fatta eccezione per le unità operative di *staff* del Dirigente — nei due Servizi denominati « Politiche del lavoro » e « Ispezione del lavoro », corrispondenti all'incirca — quanto alle competenze — alle due « anime » (ex Uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione e Ispettorati del lavoro) che a seguito della riforma del 1996 hanno dato vita alle odierne Direzioni provinciali del lavoro.

Il decreto attuativo, limitandosi a indicare le sedi presso cui si fa luogo alla certificazione, non si è diversamente soffermato sulla composizione degli organi abilitati — così come su ogni altra modalità specifica della loro costituzione —, rinviando per quelli presso le Direzioni del lavoro e delle Province, all'apposito decreto ministeriale. Sul punto la scelta del Ministero del lavoro si rappresentava, pertanto, ampiamente « libera », ben potendosi determinare senza vincoli specifici di sorta, che non fossero quelli di offrire il necessario apporto « logistico » alla certificazione. Eppure, la necessità di « innervare » le commissioni di personale della Direzione territoriale (primo tra tutti il dirigente che la presiede) e la considerazione che le attribuzioni di rilevanti funzioni in materia preventivo-repressiva — in special modo proprio agli Uffici provinciali (cfr. decreto legislativo n. 124/2004) — non dovessero creare odiose — e malintese <sup>(12)</sup> — commistioni con la funzione certificatoria, ha fatto ritenere opportuno indicare nel solo personale del Servizio Politiche del lavoro quello interessato all'attività qualificatoria.

In effetti la precisazione ministeriale, per essere correttamente intesa, non va concepita in senso obbiettivo-formale, bensì soggettivo-sostanziale. Vale a dire che alle commissioni di certificazione, ai sensi del decreto ministeriale 21 luglio 2004 e della circolare n. 48/2004, non solo — e non tanto — va destinato il personale formalmente apparte-

---

(12) È in effetti da apprezzare la scelta di « buona amministrazione », benché vada valutato che la circostanza che la certificazione debba imputarsi ad un organo differente — sebbene contiguo — alla Direzione del lavoro, non creerebbe formalmente alcuna limitazione giuridica — e salvo le opportune precauzioni « di merito » — al distacco di personale ispettivo in attività di certificazione.

nente al Servizio Politiche del lavoro (che normalmente dovrebbe essere, dati i compiti amministrativi ivi dispiegati, personale non appartenente al ruolo ispettivo), bensì, per l'appunto, il personale del ruolo amministrativo. Quest'ultimo, proprio per la difformità di ruolo istituzionale, non potrà, neppure potenzialmente, venire chiamato a compiere accertamenti sugli stessi, o consimili, rapporti di lavoro il cui contratto sia stato oggetto di accertamento.

Il fatto che, a seguito di interventi ispettivi <sup>(13)</sup>, si possa pronosticare l'evoluzione in fasi contenziose della contestazione del merito di quanto certificato, fa ritenere, non solo opportuna la non adibizione di personale ispettivo alle commissioni di certificazione — come indicato dal Ministero del lavoro —, ma, al limite, addirittura rilevante rispetto alla legittimità della stessa procedura di certificazione — quale profilo sintomatico di eccesso di potere, sia per contrarietà a obblighi di razionalità operativa della condotta complessiva, sia per violazione di circolare — la partecipazione di personale ispettivo all'attività di validazione.

#### 4. Il ruolo dei dirigenti.

A seguito degli interventi di riforma il ruolo dei dirigenti delle Direzioni del lavoro si è venuto ad accrescere di nuovi compiti e importanti funzioni <sup>(14)</sup>. In particolare, non solo essi oggi rappresentano gli organi di coordinamento e di impulso della vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale sul territorio, costituendo l'indispensabile momento di raccordo tra le diverse istanze operative. Ma vengono altresì a « sostanziare », quali organi esponenziali, la più autorevole espressione dell'amministrazione nella disciplina giuslavoristica. I compiti e il nuovo ruolo, specie nell'attuale difficile congerie di trapasso, non appaiono di poco momento e richiedono una profonda attenzione alle mutate dinamiche lavoristiche, nonché una notevole sensibilità giuridica.

Perciò, abbandonati i paludamenti delle prassi burocratiche, oggi il

---

<sup>(13)</sup> Va osservato che vi è chi propone (Treu) di riservare all'ispezione del lavoro — almeno in via « primaria » — solo i « rapporti » non certificati. Ad ogni conto non può negarsi che vada sostenuta l'esistenza di una importante correlazione tra l'efficacia dell'azione ispettiva sul territorio e l'avvertita esigenza del ricorso alle procedure di certificazione.

<sup>(14)</sup> P. RAUSEI, *Efficacia della certificazione a fronte di un'indagine ispettiva*, cit.

dirigente della Direzione del lavoro, così come « concepito » dal legislatore della riforma, si rappresenta quale vero esperto di diritto del lavoro e della previdenza sociale, in grado di gestire fattivamente, per quanto di competenza, la definizione del diritto. L'efficienza dell'azione e dell'influenza amministrativa nel condurre a regime gli istituti della riforma si misureranno, principalmente, in ragione di come e quanto si mostrerà autorevole sul territorio la presenza del Ministero del lavoro.

Simili considerazioni hanno condotto ad attribuire ai medesimi dirigenti delle Direzioni provinciali la presidenza « effettiva » delle commissioni di certificazione. La funzione di presidenza, va chiarito una volta per tutte, non risulta delegabile (se non nei casi eccezionali di impedimento e nei modi generalmente ammessi dal diritto amministrativo) <sup>(15)</sup>. Al riguardo, sia il decreto ministeriale 21 luglio 2004 (« la commissione di certificazione presso la direzione provinciale del lavoro è composta dal dirigente preposto, che la presiede... »), sia la circolare n. 48/2004 (« la presidenza del Dirigente è funzionale ... all'attività in esame ») sono incontrovertibilmente chiare.

Peraltro, nel medesimo senso, risulta del tutto convincente la considerazione che nell'altro rilevante caso di commissioni di competenza delle Direzioni, ovvero quelle suddette di conciliazione, il legislatore, avendolo voluto, ha espressamente disposto la delegabilità delle funzioni presidenziali <sup>(16)</sup>.

La presidenza, del resto — fatta eccezione per quanto si dirà oltre con riguardo alle sottocommissioni —, dovrà essere di « sostanza », essendo destinata, come sottolinea il Ministero, « ad assicurare una elevata e qualificata attenzione da parte dell'ufficio » alla certificazione. Essa sarà, perciò, rivolta a condurre effettivamente tutte le fasi del procedimento.

---

<sup>(15)</sup> Ovviamente — rilevando la circostanza anche ad ogni eventuale fine impugnatorio — qualunque interessato potrà chiedere giustificazione di eventuali poteri delegati dal presidente, così come delle qualità di quanti intervengono in commissione.

<sup>(16)</sup> Va osservato come nel caso delle commissioni di conciliazione è stato esplicitamente previsto che sia il dirigente della Direzione del lavoro a fungere da presidente, salva l'espressa possibilità — come di norma accade — di delegarne le funzioni ad altro soggetto (« con provvedimento del direttore dell'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione è istituita in ogni provincia ... una commissione di conciliazione composta dal direttore dell'ufficio stesso o da un suo delegato, in qualità di presidente ... »). Lo stesso dicasi per la composizione delle sottocommissioni (art. 410, comma 6, c.p.c.).

Al di là della considerazione dell'evidente « opportunità » che i preposti non disattendano le indicazioni ministeriali al riguardo, non può sottacersi che una sottrazione « ingiustificata » del dirigente ai propri compiti istituzionali in seno alla commissione ben potrà configurare un vizio procedimentale — con riflessi altresì sul merito della decisione —, sia sotto forma di violazione o falsa applicazione delle direttive ministeriali sulla modalità dell'azione di validazione, sia, comunque, sostanziando un profilo sintomatico di eccesso di potere per « violazione di circolare ». Con riguardo ad « assenze » non legittime, quanti siano interessati, potranno esperire i ricorsi giudiziari amministrativi previsti dall'articolo 80, comma 4, decreto legislativo n. 276/2003.

Infine, anche riferendoci a ciò che si è osservato in precedenza, va detto che ai dirigenti delle Direzioni del lavoro viene attribuito, per così dire *iure proprio*, il compito di indirizzo e coordinamento complessivo della certificazione nella circoscrizione di propria pertinenza. A tale importante e ulteriore dovere di razionalizzazione e raccordo essi dovranno accingersi dando corso alle « direttive del Ministro del lavoro e delle politiche sociali ». Al riguardo, come altrimenti — fatti salvi gli idonei adeguamenti alle situazioni contingenti e locali — non risulta consentito alcun intervento di reinterpretazione « creativa » della disciplina da parte del dirigente. Ove ciò si verificasse, non solamente non si aderirebbe alle superiori indicazioni, ma si nuocerebbe altresì gravemente all'effetto principale e sistematico perseguito, vale a dire all'« uniformazione » della materia sull'intero territorio nazionale.

## 5. La composizione della commissione.

La commissione di certificazione istituita presso la Direzione del lavoro si rappresenta sotto quella forma di organo collegiale che la dottrina pubblicistica definisce « imperfetto », essendo costituito tanto da partecipanti la cui presenza (*quorum* strutturale) condiziona la legittimità dell'azione della commissione, quanto da altri componenti (quelli consultivi) la cui eventuale assenza non ne influenza il valido esercizio.

Solo la disposizione ministeriale — puntualmente precisata dalla circolare n. 48/2004 con riguardo alla presenza in commissione anche dei rappresentanti di enti che, benché recanti un interesse sostanziale alla certificazione, non erano stati presi in « considerazione » dalla



decretazione —, e non la legge, stabilisce quali debbano essere i componenti dell'organo istituito presso la Direzione del lavoro.

La più parte dei dirigenti delle Direzioni del lavoro ha provveduto — anche precedentemente alla circolare del Ministero del lavoro sul punto <sup>(17)</sup> — a costituire mediante decreto le « proprie » commissioni di certificazione, individuando altresì i membri — titolari e supplenti —, che le comporranno. Tuttavia, al di là della valutazione della rilevanza di tali decreti direttoriali, al più quali atti meramente ordinatori e ricognitivi della composizione locale dell'organo, va osservato che sulla qualità dei componenti già si esprimeva, ad ogni effetto di legge, il decreto ministeriale 21 luglio 2004. L'articolo 1 del predetto stabilisce, infatti, puntualmente circa quanti vi debbano partecipare « ai fini della validità della commissione » (il dirigente preposto, due funzionari addetti al Servizio Politiche del lavoro, un rappresentante dell'Inps e un rappresentante dell'Inail) e quanti vi possano partecipare « a titolo consultivo » (un rappresentante dell'Agenzia delle entrate e un rappresentante per ciascuno degli ordini professionali di cui alla legge n. 12/1979, oltre a quegli « Enti ed istituti che gestiscono forme di previdenza e assistenza obbligatoria », nei cui confronti, a titolo eventuale e ulteriore, può avere effetto la certificazione).

La convocazioni dei partecipanti alla commissione potrà avvenire anche con la trasmissione dei calendari delle sedute che riportino l'« indicazione esatta delle istanze di certificazione che verranno esaminate nelle singole sedute (nominativo delle parti, tipologia contrattuale ed effetti richiesti) ». Tale forma di convocazione permette di ottemperare all'obbligo di comunicazione ai fini della presentazione di osservazioni alla commissione (cui all'articolo 78, comma 2, lettera *a*), decreto legislativo n. 276/2003) e si dimostra un mezzo idoneo per la valida costituzione dell'organo collegiale.

Come già osservato, il collegio istituito presso la Direzione del lavoro è un collegio c.d. « imperfetto », non essendo necessaria — ai fini della legittimità della procedura — la presenza di tutti i suoi membri, bensì solo di quelli previsti « ai fini della validità » (ovvero gli indicati rappresentanti del Ministero del lavoro, dell'Inps e dell'Inail).

I soggetti designati a rappresentare Inps, Inail e Agenzia delle entrate sono quelli indicati nell'apposito elenco inviato alla Direzione

---

<sup>(17)</sup> La quale, non del tutto correttamente, stando alla disciplina pubblicistica, dispone che « la commissione ... deve essere costituita ... mediante decreto del Dirigente ». Ma si veda oltre nel testo.



del lavoro, senza che siano previste restrizioni di sorta, anche con riguardo all'appartenenza a sedi diverse da quelle competenti per territorio. Nulla osta alla loro sostituibilità in ogni tempo, purché sia garantita la composizione dell'organo.

Per quanto concerne i rappresentanti dei suddetti Ordini professionali, la stessa previsione ministeriale pare stabilire quale requisito di individuazione quello dell'iscrizione all'Albo professionale dell'Ordine provinciale di appartenenza. Peraltro, una designazione difforme rispetto alla lettera della norma non sarebbe comunque destinata a viziare il procedimento.

## 6. Il processo di validazione.

Il procedimento di certificazione presso la commissione della Direzione del lavoro, si conforma, di fondo, come non potrebbe altrimenti, ai principi e alle fasi stabilite in generale per la disciplina (articolo 78, decreto legislativo n. 276/2003). Per cui, all'istanza, segue, nei successivi trenta giorni, la comunicazione di pendenza del procedimento alle autorità pubbliche interessate e l'intero processo deve trovare conclusione in un atto espresso e motivato <sup>(18)</sup>.

Come cennato, tuttavia, la disciplina della certificazione presso le Direzioni del lavoro presenta caratteri di maggiore puntualità, essendo stata oggetto di una attenta specificazione da parte del Ministero del lavoro, sia con l'apposito decreto, sia con la successiva circolare a riguardo.

In sintesi, può dirsi che le più significative peculiarità concernono, innanzitutto, la forma della richiesta di certificazione — su apposito modulo, recante i dati anagrafici e fiscali dei contraenti, a cui è allegata una copia del documento di identità dei medesimi, nonché l'originale del contratto in oggetto: in essa, a pena di improcedibilità, va dichiarata esplicitamente — oltre agli effetti per cui è avanzata — la pendenza di pari richieste di certificazione o l'esistenza di precedenti provvedimenti sulla « medesima istanza » <sup>(19)</sup>.

All'istanza segue una istruttoria documentale — « sulla base dei

---

<sup>(18)</sup> Cfr. E. RAVERA, *La certificazione: sedi e procedure*, cit.

<sup>(19)</sup> La qual cosa, ovviamente, equivale a dire, con riguardo al medesimo contratto e tra le medesime parti. Diversa, invece, risulta l'ipotesi che tra le medesime parti si « tratti » di un diverso genere di contratto di lavoro, stante l'evidente difformità del *petitum*.

documenti e degli atti presentati » o « della ulteriore documentazione che venga richiesta ad integrazione » — e una indefettibile audizione delle parti — personalmente o a mezzo di delegati autorizzati; sole o assistite da organizzazioni sindacali e da professionisti. La sanzione per il mancato espletamento dell'audizione, a data e ora fissa, è costituita dall'improcedibilità dell'istanza.

Va osservato come, con riferimento alla fase istruttoria, la circolare n. 48/2004 — nell'evidente preoccupazione delle eventuali conseguenze, al meglio « riparatorie », che un pronosticabile « sforamento » dell'esiguo termine disposto può ingenerare — ha fornito ulteriore chiarimento alla disposizione dell'articolo 3, comma 1, del decreto ministeriale del 21 luglio 2004, precisando che il termine istruttorio da cui ridecorrono i previsti trenta giorni del procedimento (ovvero quello del « ricevimento » della documentazione richiesta) va inteso « in senso funzionale e non meramente materiale ». In sostanza, il perfezionamento di qualsiasi attività di istruzione (« ivi compresa la prospettazione degli elementi di fatto richiesti alle parti in sede di audizione ») farà correre nuovamente il termine finale <sup>(20)</sup>.

Salvo quanto si dirà oltre con riguardo alle sottocommissioni, va indubbiamente chiarito che *domina* dell'intera procedura di certificazione — compresa, quindi, la fase istruttoria e dell'audizione delle parti <sup>(21)</sup> — è la commissione nella sua composizione plenaria, la quale, ordinariamente, si avvarrà di un relatore designato all'uopo.

Se infatti non pare potersi prescindere da una valida e completa composizione dell'organo al tempo della deliberazione, similmente dovrà dirsi con riguardo alle fasi intermedie e di formazione del convincimento sulla « bontà » della qualificazione contrattuale richiesta. Diversamente argomentando — fatta eccezione per i casi giustificati dall'eccessivo « carico di lavoro » — verrebbero frustrati, tra l'altro, i fini di consulenza e assistenza « effettiva » esercitati dall'intera commissione.

Di ogni attività e « osservazione » successiva all'istanza deve essere dato atto nel provvedimento conclusivo, mentre dell'audizione va

---

<sup>(20)</sup> Benché il chiarimento non paia del tutto convincente, va ad ogni modo sottolineato che la complessiva disciplina del procedimento di certificazione, nonché quella dell'effettiva valenza dei relativi termini, andrà comunque « parametrata » su quanto stabilito in via generale dalla nota l. n. 241/1990.

<sup>(21)</sup> L'art. 5, d.m. 21 luglio 2004, ad esempio, indica espressamente che « le parti devono presentarsi dinanzi alla commissione ».

redatta apposita verbalizzazione — si suppone anche in forma sintetica, ma esaustiva — da allegare alla certificazione o al suo diniego.

Quanto alla deliberazione finale, quand'anche nelle fasi precedenti si sia proceduto — ove consentito — in sede di sottocommissione, essa non può venire validamente adottata se non nel concorso tra tutti i membri con diritto di voto <sup>(22)</sup> (quelli previsti « ai fini della validità commissione ») e ove questi ultimi si esprimano sul punto a maggioranza <sup>(23)</sup>. Se tale soglia non può essere raggiunta per l'astensione di taluni dei componenti, il provvedimento finale va inteso di diniego, mentre la mancata sottoscrizione dell'atto finale da parte dei componenti con diritto al voto — fermi gli eventuali profili di personale responsabilità — rende illegittimo il medesimo, fatta salva la sua consolidazione per mancata impugnazione.

## 7. Le sottocommissioni.

Come osservato, la valida costituzione della commissione di certificazione deve essere garantita in ogni fase dell'attività della stessa. Vale a dire, tanto nella fase istruttoria quanto all'atto di conclusione del procedimento. Tuttavia, l'articolo 2, comma 4, decreto ministeriale 21 luglio 2004, dispone che, ove per la mole di lavoro la funzionalità stessa dell'organo possa risultare compromessa, il dirigente che lo presiede « può costituire eventuali sottocommissioni » onde rendere più efficace e tempestiva l'azione.

La questione di quali siano i presupposti della valida attivazione delle sottocommissioni rappresenta uno dei motivi di maggiore delicatezza connessi alla disciplina degli organi di certificazione istituiti presso la Direzione del lavoro.

Va innanzitutto chiarito che due sono le condizioni la cui ricorrenza qualifica come legittimi i limiti entro cui agisce la sottocommissione. In primo luogo, la previsione in seno al regolamento interno della commissione di tale eventualità operativa. Quindi, l'espressa deliberazione in tale senso del dirigente della Direzione del lavoro (*rectius* — per quanto detto circa la « terzietà » di quest'ultima — del

---

<sup>(22)</sup> La definizione pare migliore rispetto a quella, fuorviante, di « membri di diritto » utilizzata dalla circ. Min. lav. n. 48/2004. In effetti, anche i membri « consultivi » partecipano alla commissione di pieno diritto.

<sup>(23)</sup> Va perciò ritenuta l'assoluta illegittimità di tutte quelle previsioni dei regolamentari interni che prevedano *quorum* deliberativi diversamente qualificati.

presidente della commissione), « qualora risulti necessario » e « valutato il carico di lavoro » (cfr. articolo 4, comma 2, decreto ministeriale 21 luglio 2004, e circolare n. 48/2004). E comunque, come correttamente indica il Ministero del lavoro, limitatamente a « funzioni istruttorie ».

Sono quindi illegittime le sottocommissioni istituite stabilmente, mentre le medesime devono rappresentare « partizioni » straordinarie — vale a dire, caso per caso o per periodi circoscritti — e in seguito a dimostrate esigenze funzionali. Similmente agisce in forme invalide la commissione che ordinariamente si spoglia della fase istruttorie (o di taluni aspetti di essa, come la sola audizione), attribuendola alla sottocommissione. Ove tuttavia essa sia costituita nelle ipotesi consentite, le relative attività espletate verranno successivamente acquisite dalla commissione in composizione « plenaria », che se ne avvarrà specie ai fini della deliberazione.

Pure essendo stata consentita la concreta facoltà organizzativa di procedere a talune attività a mezzo di « eventuali sottocommissioni », non sembra che ciò possa condurre finanche a prospettare la tesi della costituibilità di una « pluralità » di commissioni di certificazione presso la medesima Direzione del lavoro. Tale ipotesi, peraltro, pare escludersi di per sé sulla mera considerazione che a presiedere l'organo abilitato, come si è visto, non può essere destinato che il medesimo dirigente dell'Ufficio. Perciò, plausibilmente, il Ministero del lavoro, nel prevedere il ricorso alle sottocommissioni, non intendeva che riferirsi a mere ripartizioni funzionali dell'unica commissione di certificazione in composizione plenaria, così limitata ad alcuni solamente dei suoi membri.

Va tuttavia sottolineato come lo stesso Ministero, nella circolare n. 48/2004, precisi che ai lavori della sottocommissione possono partecipare con compiti consultivi « anche » i rappresentanti dell'Agenzia delle entrate e dei Consigli provinciali degli ordini professionali. Tale puntualizzazione sembrerebbe avere un significato (logico, prima che giuridico) solo ove alla sottocommissione partecipino necessariamente tutti i membri « di diritto » della commissione medesima <sup>(24)</sup>. Al contrario, non viene affatto chiarito quale debba essere la composi-

---

<sup>(24)</sup> Eppure, in tale ipotesi non si comprenderebbe quale beneficio operativo se ne verrebbe a trarre. Ove, diversamente, si ritenga che alla sottocommissione possano partecipare soggetti diversi rispetto a quelli che compongono l'organo (ad esempio, i membri supplenti), non sarebbe tecnicamente corretto neppure parlare di sottocommissione.

zione « minima » della sottocommissione, a cui, va notato, potrebbe essere potenzialmente delegato l'atto più pregnante (oltre che quello destinato maggiormente ad incidere sulla tempistica dell'azione della commissione) dell'intero procedimento di validazione, ovvero l'audizione delle parti.

Ma neppure quest'ultimo aspetto pare possa dirsi incontroverso. Vero è che, benché il Ministero del lavoro avesse già espressamente stabilito che l'audizione dovesse trovare luogo di fronte alla stessa commissione (articolo 5, decreto ministeriale 21 luglio 2004), la circolare n. 48/2004, da un verso, come detto, sottolinea la particolare rilevanza della fase dell'audizione, quale momento dell'« effettivo » apporto dell'organo collegiale; dall'altro non parrebbe escludere — riferendosi, con riguardo all'attività della sottocommissione, genericamente a « funzioni istruttorie » — che ciò possa riguardare anche la medesima comparizione dei contraenti <sup>(25)</sup>. Sembrerebbe tuttavia preferibile escludere — attesa la preminenza della fonte che depono per l'interpretazione restrittiva e salvi i casi di eccezionale impedimento — che dell'audizione possa essere incaricata una sottocommissione.

Più in generale, alla sottocommissione potranno essere attribuite solo funzioni non espressamente conferite all'azione « unitaria » della commissione validamente costituita. Certamente è da negarsi la possibilità che la sottocommissione adotti — anche solo « sostanzialmente » — il provvedimento conclusivo del procedimento, spettante, come appare evidente, alla deliberazione collegiale dell'intera commissione.

## 8. I controlli del Ministero del lavoro.

La novità dell'istituto in commento — unita alla reale complessità delle molte attribuzioni di recente demandate alle Direzioni provinciali del lavoro — crea indubbiamente la necessità — onde evitare situazioni di « sviamento » connesse a una prima imperfetta valutazione della materia — di una attenta opera di controllo e monitoraggio da parte del Ministero del lavoro.

In tale senso, già con il decreto ministeriale 21 luglio 2004 si è venuti a prevedere che in sede ministeriale si « valut[ino], ai fini della

---

<sup>(25)</sup> In altra parte la medesima circolare fa riferimento al « verbale di audizione redatto separatamente dalla commissione o dalla sottocommissione ». Tuttavia, nella logica di quanto si dice, e nella sostanza della stessa certificazione, l'indicazione parrebbe rappresentare l'espressione di un imperfetto coordinamento del testo.

conformità con le disposizioni di legge e di regolamento», i regolamenti interni che le commissioni di certificazione trasmettono, dopo l'adozione avvenuta alla prima seduta. Una attenta azione di uniformazione delle condotte adottate dagli organi di certificazione dovrà perciò, e innanzitutto, passare dall'efficace e penetrante controllo eseguito su tali strumenti interni, destinati a non discostarsi dalle indicazioni di massima fornite dalla circolare n. 48/2004.

In effetti, una prima generica ricognizione dei regolamenti approvati mostra come, in taluni casi, siano state assunte determinazioni « creative » non giustificabili a tenore della normativa. Disporre maggiori qualifiche, applicare stabilmente alla commissione personale ispettivo, prevedere nell'anno una sospensione feriale dell'attività di certificazione rappresentano solamente alcune delle discrasie riscontrabili, rispetto a puntuali contenuti dispositivi, che il Ministero del lavoro è chiamato a « comporre ».

Se appare fondamentale una attenta azione di omogeneizzazione <sup>(26)</sup> rispetto alle modalità procedimentali, ancor più imprescindibile risulta l'attenzione che si dovrà porre nel vagliare il « merito » delle locali azioni di certificazione. Soprattutto in un sistema ancora sfornito dei previsti e idonei strumenti di conformazione (codici di buone pratiche, moduli e formulari). Atteso il carattere dichiaratamente non vincolante delle c.d. linee guida — richiamate dalla circolare n. 48/2004 — relative ai caratteri sintomatici delle tipologie contrattuali da validare, sarà cura del Ministero del lavoro, al fine di fornire pienezza di contenuto e di attuazione all'istituto, verificare che condotte e valutazioni « distorsive » non pongano a repentaglio lo stesso fine primario — quello di deflazione del contenzioso — su cui si fonda il proposito sperimentale della disciplina.

---

<sup>(26)</sup> S'intende, tuttavia, come la maggiore azione di uniformazione delle condotte verrà dalla adozione dei decreti ministeriali previsti dall'art. 78, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 276/2003.

## 8.

### LE SEDI UNIVERSITARIE

MICHELE TIRABOSCHI

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. — 2. Le formalità necessarie alla istituzione delle sedi di certificazione presso le Università e le Fondazioni universitarie. — 3. Efficacia dell'atto di certificazione.

#### 1. Posizione del problema.

La scelta di contemplare, tra gli organi abilitati alla certificazione dei contratti di lavoro, le commissioni istituite presso le Università pubbliche e private e le Fondazioni universitarie ha sollevato non poche perplessità tra quanti — soprattutto docenti di diritto del lavoro — si sono occupati dell'istituto della certificazione di cui agli articoli 75-84 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

Autorevole dottrina ha etichettato questa scelta alla stregua di una vera e propria bizzarria del legislatore <sup>(1)</sup>, in taluni casi adducendo una (presunta) carenza di competenze tecniche che potessero giustificare il coinvolgimento di tali sedi nelle attività di certificazione <sup>(2)</sup>. V'è poi chi ha sottolineato l'esiguità del numero dei docenti, che impedirebbe una effettiva e sostanziale messa a regime delle sedi universitarie <sup>(3)</sup>, anche per la mancanza della esperienza e della sensibilità necessarie per poter apprezzare la specificità delle situazioni e valutare gli interessi concreti sottesi alle operazioni di certificazione dei contratti di lavoro <sup>(4)</sup>. V'è

---

<sup>(1)</sup> E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJÓ, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, qui 279.

<sup>(2)</sup> In questo senso cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, I, 281.

<sup>(3)</sup> F. TOFFOLETTO, *Scommessa sulla certificazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 settembre 2003, 18.

<sup>(4)</sup> Ancora V. SPEZIALE, *La certificazione ecc.*, cit., 281. *Contra*, condivisibilmente,

infine chi ha rilevato che la certificazione dei contratti di lavoro si traduce in una attività sinora estranea ai compiti assegnati alle sedi universitarie, in quanto funzione di carattere essenzialmente amministrativo non collegata funzionalmente né all'attività didattica né a quella di ricerca scientifica <sup>(5)</sup>.

L'affidamento alle sedi universitarie di specifiche competenze in materia di certificazione dei contratti di lavoro ha peraltro sollevato una vibrante reazione polemica da parte di una nutrita schiera di giuslavoristi — non tutti invero docenti a tempo pieno — che hanno firmato un appello volto a denunciare « pubblicamente gli aspetti critici e i rischi connessi al coinvolgimento nella certificazione delle università e dei docenti di diritto del lavoro » anche perché — è stato precisato — « in questo modo sottrarrebbero tempo e risorse preziosi alla ricerca e alla didattica per dedicarlo alle nuove funzioni » <sup>(6)</sup>.

Se è facile replicare alle deboli argomentazioni di quanti ritengono che le sedi universitarie siano prive di adeguate competenze tecniche e sensibilità pratiche, soprattutto nel confronto con gli organismi bilaterali e le sedi istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province, più articolata deve essere la risposta per quanto attiene alla opportunità di coinvolgere le strutture universitarie nelle procedure di certificazione.

Le competenze in materia di certificazione non vengono infatti attribuite, di per sé, alle singole Università, ma a docenti di diritto del lavoro a tempo pieno che svolgono, in regime di convenzione con soggetti privati, attività di consulenza e assistenza *intra moenia*. Non si tratta dunque di una abilitazione *tout court* ma, ai fini della efficacia giuridica della certificazione, circoscritta alle sole attività oggetto di specifica convenzione in conto terzi. In questo senso dispone espressamente l'articolo 76 del decreto legislativo n. 276 del 2003, là dove precisa che le sedi universitarie possono essere abilitate « esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati

---

L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in AA.Vv. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 900 ss.

<sup>(5)</sup> Così: L. ZOPPOLI, *Università e riforma del mercato del lavoro*, in *DRI*, 2004, n. 1, 98-112.

<sup>(6)</sup> L'appello è reperibile all'indirizzo internet del Centro Studi « Massimo D'Antona », [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it). Si veda inoltre il relativo forum di discussione attivato all'indirizzo [www.lex.unict.it/euolabor/forum/](http://www.lex.unict.it/euolabor/forum/).



con docenti di diritto del lavoro di ruolo ai sensi dell'articolo 66 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 ».

La sede di certificazione sarà pertanto operativa in funzione di specifiche convenzioni di collaborazione e consulenza in conto terzi debitamente firmate dal Rettore di Ateneo, dal Preside di Facoltà, dal Direttore di Dipartimento o Istituto ai sensi della organizzazione interna di ciascuna Università.

L'articolo 66 del d.P.R. n. 382 del 1980, nel disciplinare i contratti di ricerca, di consulenza e convenzioni di ricerca in conto terzi <sup>(7)</sup>, dispone in primo luogo che le Università e i docenti possono svolgere siffatte attività a condizione che « non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica e didattica ». In secondo luogo chiarisce inequivocabilmente, al comma 6, che i proventi derivanti dalla attività in conto terzi costituiscono entrate del bilancio dell'Università da destinare, secondo quanto previsto in apposito regolamento di Ateneo, in parte al personale docente e non docente incaricato di eseguire il lavoro o che collabora a tali prestazioni e in parte all'Università « per spese di carattere generale » o « per spese sostenute per l'espletamento delle prestazioni medesime », nonché per « l'acquisto di materiale didattico e scientifico » e « per spese di funzionamento dei dipartimenti, istituti o cliniche che hanno eseguito i contratti e le convenzioni ».

Al di là di ogni generica quanto aprioristica retorica sulle « preziose risorse » sottratte alla ricerca e alla didattica <sup>(8)</sup>, questo significa che, nel promuovere la costituzione di una sede di certificazione universitaria, il singolo docente si impegna ad attirare verso la propria struttura universitaria importanti finanziamenti privati, che potranno poi consentire di trattenere giovani studiosi e di indirizzare la ricerca anche verso quei settori che sempre più raramente beneficiano di adeguati finanziamenti da parte del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Nell'ambito dei regimi convenzionali, come visto e come puntualmente disciplinato nei singoli regolamenti di Ateneo, una quota rilevante degli introiti viene trattenuta dalla strutture universitarie e di dipartimento, per la copertura di costi generali e anche per finanziare assegni di ricerca e l'attività del personale amministrativo.

Né va trascurata la circostanza che, in questo modo, i docenti universitari di diritto del lavoro possono svolgere attività di consulenza

---

(7) In  *Certificazione*.

(8) Si veda l'appello di cui alla nota 6.


e assistenza al mondo delle imprese, arricchendo la propria sensibilità ed esperienza, senza dover necessariamente abbandonare le aule e gli istituti universitari per la professione <sup>(9)</sup>. Un modello di assistenza attiva al mondo del lavoro peraltro recentemente auspicata da una parte del movimento sindacale con riferimento alle funzioni di conciliazione e arbitrato <sup>(10)</sup>.

Ma vi è anche una ulteriore motivazione che ha spinto il legislatore a investire sulle sedi di certificazione universitaria. Se, infatti, la competenza delle altre sedi di certificazione sembra essere limitata alla applicazione dei criteri e indici forniti sotto forma di codici e formulari dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali ai fini della qualificazione dei contratti di lavoro <sup>(11)</sup>, più peculiare e, se vogliamo, sistematico appare il contributo offerto dalle commissioni istituite presso le Università, le cui indicazioni costituiranno certamente — per la particolare competenza e/o autorevolezza che caratterizza, o dovrebbe caratterizzare, i suoi componenti — un puntuale e affidabile punto di riferimento per tutte le altre sedi, in merito alla corretta interpretazione degli orientamenti giurisprudenziali e dunque alla formazione di indirizzi unitari <sup>(12)</sup>, nonché un importante ausilio al corretto funzionamento dell'istituto.

Infatti, come puntualmente precisato dall'articolo 4 del decreto ministeriale 14 giugno 2004 <sup>(13)</sup>, il Ministero del lavoro detiene e cataloga gli studi ed elaborati prodotti dalle commissioni universitarie ai fini della iscrizione all'apposito Albo che consente lo svolgimento della attività di certificazione stessa, non solo garantendone a tutti la accessibilità a fini di studio e ricerca, ma anche e soprattutto per la definizione dei codici di buone pratiche e indici presuntivi in tema di qualificazione dei contratti di lavoro e dei contratti di appalto.

---

<sup>(9)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, in *GLav*, 2003, n. 4, suppl., 125; L. NOGLER, *op. cit.*, qui 38.

<sup>(10)</sup> Cfr. il documento presentato dalla Cisl nel 2004, *Per un diritto del lavoro « legislativo e contrattuale » che abbracci tutte le forme di lavoro*, nell'ambito dei lavori della Commissione di studio per la definizione di uno Statuto dei lavori. In  *Statuto dei lavori*.

<sup>(11)</sup> Cfr. i contributi di E. RAVERA, *La certificazione: sedi e procedure*, e di M. PARISI, *Le Direzioni provinciali del lavoro*, che precedono.

<sup>(12)</sup> Così, V. SPEZIALE, *Gli organi abilitati alla certificazione*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. IV, 166.

<sup>(13)</sup> In  *Certificazione*.



Precisato che la disciplina in tema di certificazione ha carattere dichiaratamente sperimentale (articolo 86, comma 12, decreto legislativo, n. 276 del 2003), vi sarà peraltro modo di verificare se questi ambiziosi obiettivi, volti ad avvicinare i docenti universitari al mondo delle imprese e anche alle strutture ministeriali, possano essere realisticamente conseguiti attraverso l'affidamento di questo nuovo e delicato compito.

Non va peraltro neppure sottovalutato che sono proprio le strutture universitarie le sedi presso le quali sono state realizzate le prime sperimentazioni in materia di certificazione dei rapporti di lavoro. Già a partire dal 2000, grazie a una felice intuizione di Marco Biagi, il Centro Studi Internazionali e Comparati dell'Università di Modena e Reggio Emilia ha infatti avviato, su base sperimentale e volontaria, una esperienza pilota nell'ambito di una convenzione con la Regione Emilia Romagna relativa alla promozione dell'incontro tra domanda e offerta di attività autonome e professionali <sup>(14)</sup>.

Vero è, in ogni caso, che l'attribuzione alle sedi universitarie di competenze certificatorie si colloca, a ben vedere, in un più ampio disegno di raccordo tra Università e mercato del lavoro sotteso alla riforma Biagi <sup>(15)</sup>.

Già il *Libro Bianco* dell'ottobre 2001 <sup>(16)</sup> sollecitava una nuova stagione di patti locali per l'occupabilità, assegnando agli Atenei un ruolo di regia e di motore dell'innovazione. E sempre per questa ragione il *Libro Bianco* invitava le Università a compiere uno sforzo straordinario per assicurare a tutti gli studenti una occasione di occupabilità, realizzando una insostituibile funzione: facilitare la transizione dalla scuola al lavoro. Proprio per agevolare la nuova funzione di orientamento al lavoro e un più stretto dialogo con il mondo delle imprese la riforma Biagi affida oggi alle Università tre compiti centrali: il collocamento, l'alta formazione in apprendistato e, appunto, la certificazione dei contratti di lavoro. È attraverso questi strumenti —

---

<sup>(14)</sup> Cfr. la relazione *Progetto per la promozione dell'incontro tra domanda e offerta di attività autonome e professionali qualificate a livello regionale mediante procedura di « certificazione » del contratto di lavoro prescelto dagli operatori economici*, in  *Certificazione*. Il Centro Studi è stato ora autorizzato ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003 con decreto del 22 febbraio 2005, anch'esso reperibile in  *Certificazione*.

<sup>(15)</sup> Cfr. M. BIAGI, *Università e orientamento al lavoro nel doporiforma: verso la piena occupabilità*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale*, Giuffrè, Milano, 2003, 13-31.

<sup>(16)</sup> In  *Riforma Biagi*.

utilizzabili prioritariamente anche verso i propri studenti — che pare in effetti possibile fare del sistema universitario il segmento strategico di una ben più complessa e articolata rete di relazioni giuridico-istituzionali che si propone l'obiettivo di un reale raccordo tra amministrazioni periferiche dello Stato, organizzazioni rappresentative degli interessi dei lavoratori e sistema economico e produttivo locale.


## **2. Le formalità necessarie alla istituzione delle sedi di certificazione presso le Università e le Fondazioni universitarie.**

Specificando quanto previsto dall'articolo 76, comma 2, del decreto legislativo n. 276 del 2003, il decreto ministeriale 14 giugno 2004 ha istituito « presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'Albo informatico delle Commissioni di certificazione istituite presso le Università, statali e non statali, legalmente riconosciute e autorizzate al rilascio di titoli aventi valore legale, comprese le Fondazioni universitarie ». La direzione e la responsabilità dell'Albo è affidata al Direttore generale della Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. A questo ufficio del Ministero del lavoro è attribuito il compito di provvedere alla tenuta dell'Albo e di acquisire le domande di iscrizione, nonché la relativa documentazione.

Il decreto ministeriale prevede, ai fini dell'esercizio delle attività di certificazione ad opera delle Università, l'obbligo di registrazione presso il predetto Albo, previa presentazione della richiesta mediante lettera raccomandata, corredata da *floppy disc* che riproduca la necessaria documentazione (articolo 3, comma 1, decreto ministeriale 14 giugno 2004) <sup>(17)</sup>.

Condizione per l'abilitazione alla certificazione dei contratti di lavoro è, come detto, la presenza di una convenzione in conto terzi ex articolo 66 del d.P.R. n. 382 del 1980. Dal combinato disposto dell'articolo 76, comma 1, lettera *c*) del decreto legislativo n. 276 del 2003 e dell'articolo 66, comma 1, del d.P.R. n. 382 del 1980 risulta che gli unici docenti abilitati alla costituzione di una sede di certificazione sono quelli di ruolo e — almeno in via preliminare — quelli a tempo pieno. L'articolo

---

<sup>(17)</sup> Per chiarire ulteriormente le modalità di presentazione della domanda di abilitazione alla certificazione delle sedi universitarie il Ministero del lavoro è successivamente intervenuto con due lettere-circolari del 15 e 17 febbraio 2005, in  *Certificazione*.

66 del d.P.R. n. 382 del 1980 dispone, infatti, che l'esecuzione di tali convenzioni/contratti in conto terzi sia « affidata, di norma, ai dipartimenti o, qualora questi non siano costituiti, agli istituti o alle cliniche universitarie o a singoli docenti a tempo pieno ». Mentre l'articolo 76, comma 1, del decreto legislativo n. 276 del 2003 parla di rapporti di collaborazione e consulenza attivati non con i dipartimenti, come dovrebbe essere « di norma », secondo quanto dispone l'articolo 66 del d.P.R. n. 382 del 1980, ma con i singoli docenti di diritto del lavoro. Ne consegue, anche per evitare possibili conflitti di interesse sollevati dalla dottrina con riferimento a docenti a tempo definito che esercitano la professione di avvocato<sup>(18)</sup>, che solo i professori di ruolo a tempo pieno dovrebbero essere abilitati a richiedere, anche per il tramite del proprio Dipartimento, la costituzione di una sede di certificazione. Nulla impedisce tuttavia che, nell'ambito della predetta convenzione, il docente incaricato si possa poi avvalere della collaborazione di altri docenti, anche non a tempo pieno, cultori della materia, collaboratori e anche veri e propri professionisti. È facile tuttavia prevedere che ai fini del sostegno e del radicamento dell'istituto anche presso le Università, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali finisca per adottare una interpretazione "flessibile" abilitando anche i docenti a tempo definito. Non a caso, con riferimento alle prime due sedi universitarie autorizzate, Modena e Genova, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali si è limitato a richiedere — salvo nuovi orientamenti — che almeno un docente nella commissione sia a tempo pieno.

Ai fini dell'ottenimento della registrazione e del mantenimento della stessa, è poi previsto che le Università debbano inviare all'atto della registrazione, e ogni sei mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento a tipologie di lavoro indicate dal Ministero; nonché, ai fini del mantenimento della registrazione medesima, una relazione sulla attività di certificazione svolta. Al riguardo va segnalato che la frequenza semestrale, prevista per l'aggiornamento degli indici (articolo 3, comma 4, decreto ministeriale 14 giugno 2004), ritenuta da taluni eccessiva in virtù della tendenziale stabilità degli indici giurisprudenziali nel tempo<sup>(19)</sup>, non sembra costituire che un monito alla correttezza delle operazioni di certificazione da parte delle commissioni, di

---

(18) In questa prospettiva cfr. A. Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2004, n. 41.

(19) F. Toffoletto, *op. cit.*, 18; P. Tullini, *Certificazione dei contratti di lavoro*,

cui le parti contrattuali, e le esigenze di certezza e riduzione del contenzioso che l'istituto si propone di realizzare, non potranno che giovare. Vero è peraltro che l'abbondante elaborazione dottrinale in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro e le relative rassegne giurisprudenziali dimostrano come la materia in esame sia suscettibile di svariate letture e ipotesi ricostruttive. Di modo che l'onere dell'aggiornamento semestrale non potrà che fungere da pungolo per le sedi universitarie alla costituzione di sedi di certificazione altamente qualificate e sostenute da una solida base teorica.

Come già evidenziato, gli elaborati provenienti dalle sedi di certificazione istituite presso le Università sono catalogati dalla Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro, responsabile della tenuta dell'Albo, e accessibili a fini di studio e ricerca, nonché funzionali alla individuazione delle clausole indisponibili di cui all'articolo 78, comma 4, del decreto legislativo n. 276 del 2003, e alla definizione dei codici di buone pratiche e degli indici presuntivi di cui all'articolo 84, comma 2 (articolo 4, decreto ministeriale 14 giugno 2004).

Il decreto ministeriale non precisa le modalità di svolgimento delle attività di certificazione, che saranno dunque determinate dal regolamento interno delle commissioni stesse nel rispetto delle regole procedurali stabilite dal decreto legislativo n. 276 del 2003.

Nelle convenzioni di collaborazione e consulenza in conto terzi dovrebbe peraltro essere puntualmente indicata la composizione della commissione di certificazione, che in ogni caso potrà essere composta anche da un solo docente di diritto del lavoro di ruolo, ma che non può comprendere docenti che, in ragione di altre attività di consulenza o per motivi attinenti all'esercizio della attività di avvocato, si trovino in una situazione di incompatibilità.

### **3. Efficacia dell'atto di certificazione.**

Va infine chiarito che l'effetto prodotto dall'atto di certificazione è il medesimo, qualunque sia l'organo che ha effettuato la certificazione del contratto. Così, l'atto di certificazione prodotto presso la commissione istituita in una struttura universitaria non possiede una forza giuridica diversa rispetto a quello prodotto dalla commissione istituita

---

in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 832.

presso un ente bilaterale ovvero una Direzione provinciale del lavoro o la Provincia.

Ai sensi dell'articolo 79 del decreto legislativo n. 276 del 2003, infatti, una volta prodotto da una qualsiasi delle sedi abilitate, l'atto di certificazione produce i suoi effetti fino al momento in cui sia accolto uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili avverso di esso. In particolare, l'atto vincola *medio tempore* non solo le parti stipulanti il contratto oggetto di certificazione, ma anche i terzi che sono tuttavia legittimati attivi a instaurare uno dei rimedi di cui all'articolo 80. L'atto di certificazione, in altre parole, ha il potere di conferire al contratto una particolare efficacia e un effetto di certezza che si impone ai terzi e che impedisce loro di mettere in discussione il contenuto dell'atto fino a che non intervenga una sentenza di merito che ne accerti l'invalidità.

I soggetti terzi cui la norma si riferisce sono da identificarsi con i soggetti abilitati allo svolgimento dell'attività di vigilanza sulla corretta applicazione delle norme in materia di lavoro, quali gli istituti previdenziali, le Agenzie delle Entrate e gli organi periferici del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Questi soggetti, pertanto, in presenza di un contratto regolarmente certificato, potrebbero esercitare soltanto i poteri di accertamento e vigilanza; mentre è da escludere che possano validamente porre in essere atti di autotutela che presuppongano una contestazione della natura del rapporto. Ne consegue che per ottenere il recupero delle contribuzioni eventualmente omesse dal datore di lavoro è comunque necessario o l'annullamento da parte del giudice amministrativo dell'atto che impedisce l'azione di autotutela oppure la modifica ad opera del giudice ordinario della qualificazione originaria del contratto e la condanna del datore di lavoro alla regolarizzazione della posizione previdenziale del lavoratore <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> Non è tuttavia sostenibile che l'istituto in parola impedirebbe l'accertamento e l'azione degli enti previdenziali, così contravvenendo al principio di buon andamento della P.A. Sul punto cfr. M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, 2003, 359; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DRI*, 2004, n. 2, 247. Essi infatti avrebbero ampia possibilità di intervento e potrebbero, al pari degli altri legittimati attivi, anche agire in via cautelare, al fine di ottenere una tutela immediata dei propri diritti (art. 79). Allo stesso modo, tenuto conto della possibilità di agire in via cautelare, risulta vanificata la critica secondo la quale l'istituto della certificazione produrrebbe effetti positivi per il committente o datore di lavoro il quale non si vedrebbe contestato il contenuto dell'atto fino alla pronuncia di merito. In questo senso, V. SPEZIALE, *L'efficacia giuridica della certificazione*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *op. cit.*, 184.





## 9.

### LA CASSA EDILE

MARIO EMANUELE

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi. — 2. Cassa edile e certificazione.

#### 1. Brevi cenni introduttivi.

Le Casse edili hanno, sin dalla loro istituzione all'inizio del secolo scorso, rivestito grande importanza nel settore produttivo di riferimento.

Al di là della valenza organizzativo-contrattuale di ente bilaterale, esse, oltre a costituire una rilevante occasione di valorizzazione dell'appartenenza categoriale, hanno consentito di garantire strumenti di tutela effettiva ai lavoratori contro le condizioni di instabilità, frammentazione e mobilità che caratterizzano i rapporti di lavoro nel settore edile.

È così risultata estremamente varia la gamma di prestazioni che le Casse hanno erogato nello svolgimento delle funzioni ad esse assegnate dalla contrattazione collettiva: dalle prestazioni connesse al trattamento economico e normativo (pagamento diretto della tredicesima, delle ferie, delle indennità integrative di disoccupazione malattie e infortuni), agli interventi assistenziali e previdenziali integrativi delle prestazioni erogate da strutture pubbliche, dall'istituzione delle scuole edili all'assegnazione di borse studio, dalla formazione professionale all'azioni di contrasto ai fenomeni di irregolarità contributiva.

A queste significative funzioni, con l'emanazione del decreto legislativo n. 276/2003, se ne sono aggiunte altre, anch'esse di indubbio rilievo.

#### 2. Cassa edile e certificazione.

Le Casse edili, infatti, in ragione della loro consolidata e effettiva esperienza di intervento nel settore edilizio, nonché della loro capillare

presenza sul territorio nazionale, sono state invitate, dal recente intervento di riforma del mercato del lavoro, ad assumere un ruolo davvero importante in vista della pronta attuazione dell'istituto della certificazione della *genuinità* del contratto di appalto, come disciplinato all'articolo 29, decreto legislativo n. 276/2003.

In relazione al settore edile, infatti, vista la lunga esperienza di bilateralità in esso maturata <sup>(1)</sup>, sarà certamente la Cassa edile a rispondere alle aspettative di cui alla lettera *a*), dell'articolo 76, comma 1, del suddetto decreto legislativo.


A tal fine, si rileva come, con l'accordo collettivo del 20 maggio 2004 di rinnovo del Ccnl/Industria del 29 gennaio 2000 <sup>(2)</sup>, le parti contraenti hanno convenuto che, in generale, per le prestazioni che essa sarà istituzionalmente chiamata a svolgere — tra cui, a seguito dell'emanazione del decreto legislativo n. 276/2003, non potrà che rientrare anche la certificazione in materia di appalto — si dovrà far riferimento alla Cassa edile competente per territorio, da individuarsi in relazione alla ubicazione della « sede dell'impresa per l'insieme dei cantieri attivi e degli operai occupati nel territorio di pertinenza della Cassa stessa ».

Peraltro, circa la volontà dell'Esecutivo di puntare sulle Casse edili come sede di supporto, controllo, vigilanza e monitoraggio del settore edilizio, non sembrano proprio esservi dubbi: basti pensare, seppur in un contesto più generalizzato, alla lettera circolare 16 marzo 2004, n. 351 <sup>(3)</sup>, con cui il Ministero del lavoro ha richiesto alle proprie strutture periferiche di avviare « una collaborazione permanente con le Casse edili al fine di realizzare un monitoraggio sulle aziende e sulla manodopera del settore, avendo cura di orientare in via del tutto prioritaria l'attività di vigilanza nei confronti delle aziende non iscritte alle Casse ».

---

<sup>(1)</sup> Dal punto di vista del settore edile, circa le prospettive della Cassa come ente certificatore, fa ben sperare il giudizio espresso dall'Ance sulla riforma del mercato del lavoro: « il settore edile si trova in una situazione di vantaggio rispetto agli altri comparti. Gli organismi bilaterali di settore, e cioè le casse edili, le Scuole edili, i Comitati per la sicurezza sul lavoro, sono ormai consolidati da decenni su tutto il territorio nazionale. Si tratta quindi di razionalizzarne in modo complessivo le funzioni, oltre che di procedere alla necessaria omogeneizzazione delle regole che ne disciplinano il funzionamento, in modo da poter affidar loro anche i compiti nuovi individuati dalla riforma del mercato del lavoro ». (G. PAGLIUCA, *Il giudizio di Ance sulla Riforma Biagi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 948).

<sup>(2)</sup> In *Boll. Adapt*, 2004, n. 20.

<sup>(3)</sup> In  *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*. D. PAPA, *Appalti privati: il documento unico di regolarità contributiva*, in *DPL*, 2004, n. 19, 1286.

Proprio in relazione all'articolo 76, comma 1, lettera *a*), del decreto legislativo n. 276/2003, è rilevante sottolineare come nell'appena richiamato accordo collettivo sia stata prevista (allegato XXVI, comma 5) l'istituzione di « commissione paritetica tecnica per la certificazione di cui al decreto legislativo n. 276/03 ».

In particolare, all'allegato XXIX del medesimo accordo è stato puntualizzato che « le parti nazionali provvedono, entro la data del 31 dicembre 2004, a costituire una Commissione paritetica tecnica *finalizzata allo studio e approfondimento di requisiti, regole, modalità operative degli enti bilaterali di settore ai fini dell'affidamento dei compiti di certificazione dell'appalto genuino, ai sensi di quanto previsto dal decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003* ».

Sebbene la scadenza di fine 2004 non possa dirsi ancora rispettata, si ritiene che, ai fini della costituzione di questa *Commissione paritetica tecnica*, possa essere particolarmente costruttivo il confronto — sempre che non venga ad essere trascurata la chiara diversità delle questioni nello stesso affrontate — che le parti sociali del settore edile hanno già sostenuto e continuano a sostenere, con indubbie ricadute positive, in merito alla definizione del Documento Unico di regolarità contributiva (DURC) <sup>(4)</sup>, introdotto anche nel settore privato dall'articolo 86, comma 10, decreto legislativo n. 276/2003, con cui è stato modificato l'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo n. 494/1996 attraverso l'aggiunta ad esso della lettera *b)-bis*, avente il seguente tenore letterale: « chiede un certificato di regolarità contributiva. Tale certificato può essere rilasciato, oltre che dall'Inps e dall'Inail, per quanto di rispettiva competenza, anche dalle *Casse edili* le quali stipulano una apposita convenzione con i predetti istituti al fine del rilascio di un documento unico di regolarità contributiva » <sup>(5)</sup>.

A tal fine, come noto, le parti sociali (Ance, Anaepa, Confartigianato, Anse Assoedili Cna, Fiae Casartigiani, Clai, Ancpl Lega, Federlavoro Confcooperative, Aicpl Agci, Aniem Confapi, Feneal Uil, Filca Cisl, Fillea Cgil) operanti nel settore edile hanno, in data 16 dicembre 2003, sottoscritto una convenzione con Inps ed Inail per *rendere uniforme la gestione di questo Documento sul territorio* al fine di certificare la regolarità delle singole aziende, iscritte alle Casse edili a

---

<sup>(4)</sup> A tal proposito, si rinvia a D. DE SANCTIS, G. VIRGILIO, *Lavoro nero in edilizia e certificato di regolarità contributiva*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 270-280.

<sup>(5)</sup> Il Durc, inizialmente, era stato introdotto con l'art. 2, l. n. 266/2002 con riferimento ai soli appalti pubblici ed a quelli privati, ma finanziati da fondi pubblici.

livello provinciale, rispetto agli adempimenti previdenziali ed assistenziali, soprattutto attraverso l'attivazione di controlli incrociati tra le banche dati di cui sono depositari alcuni dei soggetti sottoscrittori della convenzione medesima <sup>(6)</sup>.

In essa, peraltro, le medesime parti sociali hanno comunemente concordato un percorso impegnativo e reciprocamente vincolante in funzione dell'affidamento, in tale contesto, alle Casse edili di diverse e specifiche responsabilità: segnalare mensilmente alla Cassa edile nazionale (CNCE) le ragioni sociali delle imprese non in regola; rilasciare il DURC dopo aver ricevuto per via informatica il nulla osta dalla CNCE; archiviare copia del DURC rilasciato unitamente al nulla osta della CNCE per eventuali successivi controlli. Una volta a regime, pertanto, il DURC, valorizzando la virtuosità delle aziende in regola con gli adempimenti di legge, dovrebbe permettere, soprattutto in fase preventiva, l'implementazione di una più incisiva azione di contrasto contro tutte quelle imprese irregolari a cui si deve, in massima parte, il protrarsi nel settore in esame di gravi fenomeni, sostanzialmente endemici, come il lavoro sommerso e la massiccia incidenza di infortuni sul lavoro.

Infatti, a parte ogni rilievo circa il valore formale dell'introduzione del suddetto documento, si ritiene comunemente che dall'adozione dello stesso dovrebbe scaturire, in ultima istanza, una rigorosa selezione di quegli operatori che, iscritti alle Casse edili, abbiano dato dimostrazione di rigorosa ed attenta ottemperanza alle norme introdotte a tutela delle posizioni giuridiche dei lavoratori e della loro sicurezza.

È così verosimile che, in generale, l'avvio nel settore edile del brevemente ricostruito percorso di concertazione per l'adozione del DURC, peraltro già in stato di avanzata attuazione, possa allo stesso tempo essere adottato dalle parti sociali per individuare, verosimilmente con un apposito accordo di categoria (come richiesto al comma 2 dell'articolo 84 del decreto legislativo n. 276/2003), gli indici rivelatori o i codici di buone pratiche per l'accertamento dell'appalto genuino, così da evidenziare le fattispecie concrete in cui risultino assenti, negli appalti, i presupposti idonei a dare consistenza all'affidabilità ed alla struttura imprenditoriale, complessivamente considerata, dell'appaltatore.

A tal fine, infatti, il ricorso alla concertazione si presenta come una « occasione preziosa per mettere a punto una piattaforma, appunto,

---

<sup>(6)</sup> In  *Certificazione*.


rigorosa, in materia di appalti » (7), soprattutto in termini di controllo della corretta esecuzione di quest'ultimi, laddove sarà più probabile che si verifichino delle difformità rispetto al modello definito dall'articolo 29 del decreto legislativo n. 276/2003, difformità queste che l'ordinamento, pur dopo l'abrogazione della legge n. 1369/1960 (8), richiede che vengano tuttora contrastate con vigore.

Tuttavia, a tutt'oggi, a poche settimane dalla scadenza prevista nell'Accordo Collettivo del maggio 2004, le Casse edili non possono dirsi ancora pronte ad assumere il ruolo di soggetto certificatore che la legge, quali enti bilaterali, riconosce loro; nel settore, tuttavia, si coglie un grande fermento organizzativo in vista del prossimo perfezionamento di tale obiettivo organizzativo e strategico.

Come premesso, il termine del 31 dicembre 2004 per la costituzione della suddetta Commissione paritetica tecnica è ormai scaduto, ma, del resto, questa circostanza era ampiamente prevedibile soprattutto perché le parti sociali, sia in fase di trattativa che in sede di rapporti istituzionali con il Ministero e gli Enti previdenziali ed assicurativi, hanno preferito dedicarsi nell'ultimo periodo in modo assolutamente preponderante alla definitiva elaborazione e sistematizzazione del DURC. Ciò nonostante, è opinione diffusa tra gli operatori del settore che l'esperienza di collaborazione partecipativa sinora espressa in questa stagione contrattuale offrirà certamente un ottimo *viatico* per permettere che, quanto prima, l'avvio dell'attività di certificazione avvenga con la necessaria preparazione e completezza che quest'istituto richiede ed il mercato del lavoro in edilizia impone, specie dopo che, con le modifiche alla disciplina dell'appalto, è divenuto più sfumato il confine tra appalto genuino ed interposizione illecita di manodopera.

---

(7) P. ALLEVA, *Ricerca ed analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, n. 4, 897. Con riferimento al ricorso alla certificazione, il medesimo giurista (P. ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione - Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 175) osserva inoltre che « il sindacato non ha interesse a negare, da un lato, la legittimità di un appalto affidato ad un collettivo di lavoratori specializzati, in vista della superiore qualità del loro apporto, ma ha un grandissimo e vitale interesse, dall'altra, che non passi l'idea deteriore (che l'art. 29, in realtà non avalla, ma consente che circoli) della legittimazione del caporalato, ovvero della legittimazione di qualsiasi appalto di mero lavoro, purché diretto, formalmente, dall'appaltatore ».

(8) In  *Rapporti interpositori*.

Proprio per questo, oltre agli indici presuntivi ricavati dalla giurisprudenza ed ai codici di buone pratiche che saranno quanto prima adottati in sede amministrativa, appare auspicabile e parimenti prevedibile che le stesse parti sociali del settore edile diano presto un apporto propositivo in vista dell'ulteriore definizione di quegli elementi ermeneutici che dovranno essere utilizzati in modo condiviso in sede di certificazione, onde poter assicurare una accettabile *tenuta* ai pertinenti accertamenti delle istituende commissioni.

In verità, il compito è tutt'altro che semplice, visto che, in quest'ambito, dovrà essere affrontata la questione mai definitivamente risolta della precisa definizione dell'*organizzazione di mezzi necessari* che, come precedentemente esposto, viene attualmente, soprattutto da parte della giurisprudenza più recente, rinvenuta anche nella capacità di organizzare il lavoro altrui, quando la stessa capacità sia tale da potersi affermare la sussistenza in capo all'appaltatore di un vero *know how* « legittimante » <sup>(9)</sup>.

Tuttavia, la condivisa finalità di pervenire, nelle fattispecie concrete, alla esatta definizione di legittimi rapporti di appalto, ben differenziati quindi da ogni diversa ipotesi organizzativa in violazione delle disposizioni in tema di somministrazione di lavoro, induce a ritenere che la certificazione possa costituire oggi, soprattutto se verrà adeguatamente supportata in sede di contrattazione collettiva e se si affermerà, a tal fine, la partecipazione costruttiva delle parti sociali in modo strutturale all'interno degli enti bilaterali, un valido strumento a disposizione di coloro che, nel settore dell'edilizia, intendono privilegiare la legalità degli operatori e la tutela dei lavoratori contro ogni forma di abuso ed irregolarità.

---

<sup>(9)</sup> P. ALLEVA, *op. ult. cit.*, 175.

## 10.

### EFFICACIA DELLA CERTIFICAZIONE A FRONTE DI UN'INDAGINE ISPETTIVA

PIERLUIGI RAUSEI

SOMMARIO: 1. Efficacia perdurante della certificazione fra le parti e verso i terzi. — 2. Gli organismi di vigilanza quali « terzi ». — 3. L'indagine ispettiva dinanzi al contratto certificato. — 4. Profili di azione « cautelare » per gli Istituti previdenziali. — 5. L'impugnativa del contratto certificato da parte degli organismi di vigilanza.

#### 1. Efficacia perdurante della certificazione fra le parti e verso i terzi.

Uno degli interrogativi che accompagnano più frequentemente le discussioni, accademiche e no, intorno alla certificazione dei contratti di lavoro attiene al *cui prodest*, ovvero all'individuazione del soggetto al quale « convenga » (e perché) utilizzare il nuovo istituto sperimentale <sup>(1)</sup>.

La risposta alla domanda, che risulterà chiara al termine di queste

---

<sup>(1)</sup> Fin dai primi commenti alla legge delega la dottrina si è nettamente divisa in due tronconi. Da una parte quelli che hanno sancito la assoluta inutilità della certificazione: L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal « libro bianco » al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002, 97; V. PINTO, R. VOZA, *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro bianco al disegno di legge delega*, in RGL, I, 2002, 487; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in RGL, I, 2003, 299. Dall'altra quelli che, pur con diverse sfumature, hanno riconosciuto la possibile finalità deflativa del contenzioso alla luce della « certezza » acquisita dal contratto in forza dell'esame valutativo degli organismi deputati: L. NOGLER, *Il nuovo istituto della « certificazione » dei contratti di lavoro*, in MGL, 2003, 114 ss.; M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 240-241; P. RAUSEI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DPL, 2003, 10, inserto, XVI ss.

riflessioni, va letta sotto due profili distinti, entrambi necessariamente collegati alla più ampia e dichiarata finalità deflativa del contenzioso.

Su un piano generale ed astratto non si può non osservare che il contratto di lavoro certificato dà, in qualche modo, certezza ad ambo le parti del contratto circa la qualificazione dello stesso e, di fatto, del rapporto funzionalmente da quello derivato.

Su un piano più diretto e concreto, invece, la certificazione del contratto di lavoro, in ragione delle previsioni relative alla sua efficacia nei confronti dei terzi, consente al datore di lavoro di poter fare pieno affidamento ai canoni qualificatori del contratto così come avallati, dalla commissione adita, con il provvedimento di certificazione.

In effetti, ai sensi dell'articolo 5, lettera e), della legge 14 febbraio 2003, n. 30, il decreto delegato doveva prevedere che l'atto di certificazione ha « piena forza di legge », anche nei confronti dei terzi: questo è l'obiettivo dell'articolo 79 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, quando prescrive che l'efficacia della certificazione rimane intatta fino al momento in cui viene accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili <sup>(2)</sup>.


Restando alla individuazione della reale portata dell'efficacia della certificazione dei contratti di lavoro, occorre anzitutto segnalare che la certificazione può essere opposta, fino alla sentenza di merito, a tutti i terzi nei cui confronti esplica effetti, compresi, quindi, come si vedrà appresso, gli organismi ispettivi e di vigilanza degli Istituti previdenziali e assistenziali, dell'Amministrazione finanziaria e del Ministero del lavoro e delle politiche sociali <sup>(3)</sup>.

Al fine di comprendere quali sono effettivamente i rapporti della nuova ispezione in materia di lavoro e di previdenza sociale, quella derivante dalla riforma di cui al decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 <sup>(4)</sup>, con l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro occorre,

---

<sup>(2)</sup> Testualmente, la norma richiamata recita: « gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari ».

<sup>(3)</sup> Proprio il riferimento ai terzi rende per taluno veramente « piena » la forza legale della certificazione, cfr. L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 240 ss.

<sup>(4)</sup> In  *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*. Per una disamina compiuta del decreto di riordino dei servizi ispettivi si vedano i contributi pubblicati in C.L.



in primo luogo, determinare con chiarezza qual è l'ambito operativo della certificazione, vale a dire quali ne sono il contenuto, l'oggetto e, conseguentemente, la relativa efficacia.

Preliminarmente, quindi, è opportuno chiarire quale sia, in concreto, l'effettiva efficacia del contratto certificato nei confronti delle parti e dei terzi.

L'accertamento effettuato dalla commissione di certificazione e l'esito favorevole dello stesso, consacrato nel contratto certificato, vale a dire nel provvedimento motivato di certificazione, permangono intatti fintantoché non venga accolto, dal magistrato civile o amministrativo, uno dei ricorsi previsti dalla legge, quali strumenti idonei ad annullare i contratti certificati ovvero i provvedimenti di certificazione <sup>(5)</sup>.

Quanto poi alla natura di tale « perduranza » di effetti fra le parti va tenuto presente che gli effetti che permangono sono quelli che ineriscono, di fatto, allo svolgimento del rapporto di lavoro secondo il programma negoziale concordato e successivamente certificato, nonché a quello svolto nelle forme e secondo le caratteristiche tipiche del contratto originario.

Nella sostanza si realizza una situazione giuridica allocata su due livelli: il primo quello « negoziale » che si potrebbe definire « deontico », vale a dire del dover essere del rapporto (momento statico); il secondo « relazionale » che si potrebbe dire « ontico » ovvero dell'essere effettivo del rapporto di lavoro (momento dinamico) <sup>(6)</sup>.

Sul primo livello « virtuale » si calcano gli effetti che permangono, sul secondo livello « reale » vengono a fondarsi gli eventuali ricorsi (e, come si evidenzierà, i provvedimenti cautelari) contro i medesimi effetti.

---

MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 4, Giuffrè, Milano, 2004. Cfr. anche L. DEGAN, M. TIRABOSCHI, *La riforma dei servizi ispettivi e delle attività di vigilanza*, in *GLav*, 2004, n. 21, 15 ss.; L. IERO, *La nuova vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale*, in *LG*, 2004, 7, 637 ss.; P. RAUSEI, *La nuova ispezione in azienda*, in *DPL-Oro*, 2004, 4.

<sup>(5)</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *L'efficacia giuridica della certificazione dei contratti di lavoro*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali, a progetto e occasionali*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. IV, 183 ss.; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 887 ss.

<sup>(6)</sup> Per un'impostazione simile vedi S. COSTANTINI, *Riforma Biagi: la certificazione dei contratti di lavoro*, in *GLav*, 2004, n. 8, 51.

La « piena forza legale » della certificazione cede dinanzi all'errore di qualificazione del contratto di lavoro ovvero alla constatata difformità dell'attuazione del programma di lavoro rispetto a quello certificato, o ancora per il manifestarsi di vizi del consenso in sede di certificazione, come dice la norma, ma più correttamente nell'atto di volontà (del lavoratore o, meno credibilmente, del datore di lavoro) della definitiva adesione al contratto di lavoro certificato.

L'attestazione del *certifier*, peraltro, non ha effetto in caso di difformità fra quanto definito in sede contrattuale dalle parti, nel momento genetico del rapporto di lavoro, così come confermato dinanzi alla commissione di certificazione, e quanto poi, invece, concretamente avvenuto nelle dinamiche reali dello svolgimento delle prestazioni lavorative.

Il presunto collaboratore a progetto potrà rivolgersi al giudice asserendo che il contratto di collaborazione, pur regolarmente certificato, in realtà si è concretamente svolto con modalità tali da configurare una ipotesi di vero e proprio lavoro subordinato, con netta prevalenza della dimensione « fattuale » del rapporto (momento funzionale) sulla volontà negoziale comunque espressa e certificata (momento genetico).

D'altro canto, proprio in ragione di queste precisazioni sull'efficacia del provvedimento di certificazione, occorre altresì ribadire che oggetto della certificazione è e rimane, in ogni caso, soltanto la qualificazione del contratto di lavoro sottoposto al giudizio del *certifier* adito.

In effetti, le parti con la loro istanza di certificazione, comune e consensuale, potranno rivolgersi alle commissioni istituite solo ed esclusivamente per richiedere il crisma della « certezza pubblica » del contratto, senza poter, al contrario, chiedere alcun pronunciamento dell'organismo certificante con riguardo ai contenuti normativi, retributivi o previdenziali specifici del negozio.

Sempre e solo la « qualificazione » del contratto risulterà essere ciò che rivestirà piena efficacia, anche nei confronti dei terzi, con riferimento alla certificazione ottenuta secondo la procedura dettata dall'articolo 78 del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(7)</sup>.

---

(7) Per le procedure dinanzi all'unica commissione di certificazione insediata presso un'istituzione (la Direzione provinciale del lavoro) che ha al suo interno anche un apposito servizio ispettivo, sia consentito rinviare a P. RAUSEI, *La certificazione dei contratti presso le DPL*, in *DPL*, 2005, n. 12, XX ss. Cfr. anche M. PARISI, *Le Direzioni provinciali del lavoro*, che precede.

In alcun modo, pertanto, il provvedimento di certificazione potrà esplicare effetti con riguardo agli aspetti legati agli elementi del contratto diversi dalla riconduzione ad una tipologia contrattuale <sup>(8)</sup>.

Non è, dunque, certificabile l'inquadramento delle mansioni del lavoratore in un determinato livello contrattuale, ovvero l'attribuzione di una specifica maggiorazione per il lavoro straordinario o l'assegnazione di particolari emolumenti o indennità al prestatore di lavoro.

Peraltro, anche qualora la commissione di certificazione dovesse procedere ad esprimersi su tali elementi, il giudizio nei confronti degli stessi non avrebbe alcuna valenza certificatoria e dovrà essere considerato *tamquam non esset*.

Sotto altro profilo, infine, non si può omettere di considerare che l'attività di qualificazione del contratto di lavoro da parte del *certifier* dovrà appuntarsi, proprio per quel che concerne l'efficacia della certificazione, soltanto sugli effetti specificamente voluti ed espressamente richiesti dalle parti nell'istanza.

A norma dell'articolo 78, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, infatti, il provvedimento certificatorio deve contenere l'esplicita menzione degli effetti, civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti hanno richiesto la certificazione.

Il legislatore ha previsto, sostanzialmente, che siano il lavoratore e il datore di lavoro a determinare, indicandoli espressamente, quali debbano essere i profili e gli « effetti » rispetto ai quali intendono fare operare la certificazione del contratto e l'efficacia della stessa <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> Quanto meno nei confronti dei terzi, posto che fra le parti il contratto stesso, ai sensi dell'art. 1372 c.c., ha per sé solo forza di legge. Cfr. E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, 289-290.

<sup>(9)</sup> Sul punto tuttavia, si possono esprimere alcune perplessità. In primo luogo, occorrerebbe prevedere una « scissione » logica e giuridica per consentire che un contratto certificato produca effetti (di qualsiasi tipo e natura) diversi da quelli conseguenti dalla certificazione stessa: sarebbe come sostenere che un contratto possa avere valore assoluto e inconfutabile (salvo quanto si dirà nel testo circa l'efficacia del contratto certificato) ai fini fiscali e non invece a fini amministrativi o civili. Né può avere senso un'interpretazione secondo la quale le parti potrebbero avere interesse ad ottenere « certezza » soltanto a taluni effetti specifici, e non così per altri, anche perché la qualificazione giuridica del contratto certificando spetta al *certifier*, così come *ex post* l'avvenuta certificazione non è in grado di evitare una diversa qualificazione del rapporto svoltosi secondo criteri e modalità differenti da quelle tipiche del contratto certificato. Unico « vantaggio », procedurale, della limitazione degli effetti, allora, parrebbe essere esclusivamente quello per la commissione che non dovrà espressa-

Quindi, concludendo sul punto, col duplice limite legale di un oggetto predeterminato e non estensibile (la qualificazione del contratto) e di una finalizzazione del provvedimento di certificazione nelle facoltà di scelta delle parti (identificazione degli effetti), il contratto certificato è rivestito di una efficacia che perdura fino al pronunciamento giudiziale, in sede civile o amministrativa, ai sensi dell'articolo 80 del decreto legislativo n. 276/2003.

## 2. Gli organismi di vigilanza quali « terzi ».

Quanto poi al permanere degli effetti anche nei confronti dei terzi, va senza dubbio chiarito, come sopra accennato, che « terzi » sono qui tutte le autorità amministrative che nei riguardi del rapporto di lavoro espletano una qualsiasi attività di tutela, in forma di prevenzione o di assistenza, ivi comprese le funzioni ispettive e di vigilanza a scopo di tutela del lavoratore e degli interessi dello Stato <sup>(10)</sup>.

Il riferimento, dunque, è a tutti gli organismi pubblici che sono, sotto qualsiasi veste e per qualsivoglia finalità, destinatari di specifici obblighi posti in capo al datore di lavoro o al committente, rispetto ai quali, peraltro, le medesime autorità pubbliche rivestono anche poteri diretti di vigilanza e sanzione <sup>(11)</sup>.

Più specificamente, dunque, rilevano:

(a) l'Inps, nei confronti del quale la diversa qualificazione del contratto di lavoro mira ad un differente trattamento dei profili previdenziali e assistenziali delle prestazioni lavorative dallo stesso derivate

---

mente motivare i punti relativi agli effetti « indesiderati », e, sotto altro e più specifico profilo, per gli organismi di vigilanza i quali, come si segnala più oltre nel testo, quando gli effetti che li riguardano non sono certificati possono procedere agli accertamenti di competenza e all'irrogazione delle sanzioni civili e/o amministrative conseguenti.

<sup>(10)</sup> L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 888, ritiene addirittura « scontato » il riferimento alle amministrazioni pubbliche. Con riferimento alla l. n. 30/2003 cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 284.

<sup>(11)</sup> Fra i molti si vedano: L. NOGLER, *Il nuovo istituto della « certificazione » dei contratti di lavoro*, cit., 116; E. GHERA, *op. cit.*, 290; M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, cit., 246; V. SPEZIALE, *L'efficacia giuridica della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 184; P. TULLINI, *Certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 842; C. SOMA, *Procedure di certificazione*, in G. FAVALLI, A. STANCHI (a cura di), *La riforma Biagi. Commento al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, CELT, Piacenza, 2004, 201; S. COSTANTINI, *op. cit.*, 52.

in concreto e, conseguentemente, ad eventuali recuperi delle differenze contributive dovute e, per effetto della certificazione, omesse;

(b) l'Inail, nei cui riguardi, in parallelo e analogamente a quanto avviene per l'Inps, il rapporto di lavoro si situa su scale di rischio e su profili valutativi che comportano un calcolo diverso dei premi assicurativi effettivamente dovuti alla luce della reale qualificazione contrattuale nella quale si inquadrano le prestazioni lavorative rese in virtù del contratto previamente certificato;

(c) l'Amministrazione finanziaria (Ministero dell'economia e delle finanze, Agenzia delle entrate), in ragione del riverberare significativo del rapporto di lavoro concretamente svolto sotto un profilo tributario, sia in termini di imposizione, sia in termini di sgravi e, più in generale, per il diverso regime cui sono soggetti i singoli rapporti di lavoro, a seconda di come vengono qualificati;

(d) *last but not least* il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che ha il diritto-dovere di vigilare sul corretto svolgimento dei rapporti di lavoro e sull'attività di Inps e Inail, quindi di verificare la regolare collocazione nel mondo del diritto (con riferimento alle leggi, ma anche alla contrattazione collettiva) di una relazione lavorativa fra un soggetto datoriale e un prestatore di lavoro.

La certificazione del contratto di lavoro, pertanto, sarà opponibile nei confronti degli organi di vigilanza, sia degli Istituti previdenziali e assicurativi (Inps e Inail in specie), sia delle altre autorità pubbliche (ad es. Guardia di finanza, Agenzia delle entrate, Ispettori del lavoro).

Anzi, questo rappresenterebbe per taluno l'unico effettivo vantaggio per il datore di lavoro che abbia inteso sottoporre a certificazione il contratto di lavoro, d'accordo con il lavoratore.

Ben è vero, il contratto certificato, per effetto dell'articolo 79 del decreto legislativo n. 276/2003, viene ad esplicare la propria efficacia, oltre e al di là del rapporto di lavoro instaurato fra le parti, anche nei riflessi assicurativi, previdenziali e fiscali, determinando, di fatto, la disciplina normativa applicabile al caso, con le relative garanzie e tutele, delineando per intero il trattamento pubblico al quale la qualificazione giuridica, accertata dal *certifier*, assoggetta le prestazioni lavorative.

Tuttavia, occorre essere chiari nel definire il contesto e i connotati dell'efficacia della certificazione nei confronti dei terzi ora individuati.

In particolare, non è possibile tacere del collegamento stretto che si instaura fra il momento procedurale, nel quale i « terzi » (autorità pubbliche) sono esplicitamente chiamati a presentare le proprie osservazioni, previa comunicazione *ad hoc* — articolo 78, comma 2, lettera

a) —, e il successivo momento di controllo, in sede ispettiva, del contratto certificato che esplicherà soltanto gli effetti espressamente voluti e dichiarati dalle parti — articolo 78, comma 2, lettera d).

Sembra necessario poi domandarsi in quali limiti e a quali condizioni i terzi subiranno la volontà certificata anche a prescindere dalle eventuali osservazioni contrarie che gli stessi abbiano presentato, non rivestendo queste ultime carattere vincolante per la commissione di certificazione <sup>(12)</sup>.

In questa prospettiva, pertanto, appare da fotografarsi la posizione degli organismi di vigilanza, terzi rispetto al rapporto di lavoro sorto in base al contratto certificato, interrogandosi sui diversi profili nei quali gli stessi vengono ad essere limitati o censurati nel verificare e valutare l'eventuale erroneità della qualificazione operata in sede certificante ovvero la successiva difformità fra il contratto certificato e il rapporto di fatto posto in essere.

### 3. L'indagine ispettiva dinanzi al contratto certificato.

In linea generale, a norma dell'articolo 79 del decreto legislativo n. 276/2003, si deve affermare che fintantoché permangono gli effetti della certificazione gli organismi di vigilanza non possono adottare, atti o provvedimenti amministrativi da cui derivino una diversa qualificazione del rapporto di lavoro e, per l'effetto, la contestazione dei risultati dell'attività certificativa svolta.

D'altra parte, però, un'affermazione così perentoria deve essere concretata ed esplicitata.

Anzitutto, assunto di partenza è che fino alla sentenza di merito che accerta l'invalidità del provvedimento di certificazione e riqualifica in modo differente il contratto già certificato, i terzi permangono vincolati alle risultanze della certificazione, subendone gli effetti e, conseguentemente, rimanendo impediti nell'agire in contrasto <sup>(13)</sup>.

Il contratto certificato acquisisce, dunque, una sorta di « certezza pubblica », da cui deriva *de plano* una presunzione giuridica di corri-

---

<sup>(12)</sup> Sul punto cfr. V. SPEZIALE, *La procedura di certificazione ed i codici di buone pratiche*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *op. cit.*, 176.

<sup>(13)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *L'istituto della certificazione tra decretazione ministeriale e Circolari interpretative*, in *DRI*, 2005, n. 519. Vedi anche il contributo di L. PERINA, *La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in questa Parte, Sez. (A).

spondenza tra quanto forma oggetto di certificazione e quanto realmente avvenuto in costanza di rapporto di lavoro <sup>(14)</sup>.

La certificazione, in buona sostanza, conferisce una forma di stabilità al contratto di lavoro, con riguardo alla tenuta giudiziaria e agli effetti che è in grado di generare nei confronti dei terzi richiamati, determinando, appunto fino alla statuizione giudiziaria di merito (quindi anche non definitiva) una presunzione, di valore peraltro provvisorio, tra l'oggetto della certificazione e quanto si presume realmente integrante il contratto al quale la stessa si rivolge <sup>(15)</sup>.

Tuttavia, ciò non può impedire minimamente ai diversi soggetti di vigilanza e di controllo l'effettuazione degli accertamenti di propria competenza, anche con riguardo al contratto certificato.

La certificazione, infatti, non blocca l'ispezione del lavoro né, tanto meno, quella previdenziale o assicurativa o fiscale <sup>(16)</sup>.

L'effetto diretto che il contratto certificato riveste nei confronti dei terzi vigilanti e interessati è, piuttosto, quello di impedire l'immediata ricostruzione del rapporto di lavoro in termini diversi con applicazione delle conseguenze connesse, comprese quelle di natura sanzionatoria.

Il provvedimento di certificazione, proprio alla luce di quanto sopra argomentato, determina l'impossibilità per i terzi di adottare qualsivoglia provvedimento o atto amministrativo esecutivo che faccia fondamento su una qualificazione negoziale in contrasto con quella certificata <sup>(17)</sup>.

A titolo di esempio l'ispettore del lavoro procederà ad accertare, mediante verifica documentale e acquisizione di informazioni e dichiarazioni, la sussistenza di una co.co.co. a progetto o anche di una associazione in partecipazione, e ove sia in possesso di prove idonee a contestare la natura e la qualificazione del rapporto di lavoro esaminato

---

<sup>(14)</sup> Parla di maggiore certezza legale anche A. TURSÌ, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Working Paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2004, n. 41, 26.

<sup>(15)</sup> Si vedano le argomentazioni riassuntive di S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, in *MGL*, 2004, n. 7, 500-501.

<sup>(16)</sup> Così L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 888; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 284; M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, cit., 246, nota 28; P. TULLINI, *op. cit.*, 842-843. *Contra* E. GHERA, *op. cit.*, 290, che ritiene la certificazione in grado di « mettere al riparo dagli interventi di tipo ispettivo ».

<sup>(17)</sup> Cfr. oltre agli Autori citati nella nota precedente anche A. CICOLARI, M. GOLFERINI, S. MALANDRINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DPL*, 2004, n. 30, 1996.



procederà alla rituale verbalizzazione della irregolare manifestazione del rapporto di lavoro.

Tuttavia da tale verbale ispettivo non potranno scaturire contestazioni o notifiche di illecito amministrativo, né recuperi previdenziali o assicurativi, né sanzioni fiscali o di altro tipo.

Unico esito della verbalizzazione <sup>(18)</sup> e dell'accertamento retrostante sarà l'eventuale attivazione, da parte dei terzi prima indicati, dei rimedi giudiziari per annullare la certificazione e ottenere la corretta qualificazione, in termini di subordinazione nell'esempio, del rapporto di lavoro esaminato.

Gli organismi di vigilanza, infatti, pur non venendo inibiti o limitati nei poteri di accesso, di verifica e di accertamento, sono, tuttavia, impediti nel portare ad esecuzione immediata l'esito delle indagini esperite, qualora risulti in contrasto con il contratto certificato, fintantoché la certificazione non venga, *ope iudicis*, superata dal contrario accertamento *ex* articolo 80 del decreto legislativo n. 276/2003.

Il potere di vigilanza in capo ai terzi individuati non viene messo in discussione dalla certificazione, sebbene lo strumento introdotto dalla riforma Biagi consenta alle parti di poter acquisire quella stabilità temporanea del contratto che inibisce l'irrogazione di sanzioni (amministrative, civili o tributarie), nonché il recupero di somme a credito degli Istituti interessati (contributi Inps o premi Inail), fino a quando gli organismi pubblici non abbiano riacquisito la piena libertà di movimento in ragione della decisione del Giudice del lavoro o del T.A.R. <sup>(19)</sup>, ferme restando le eventuali azioni cautelari.

Né, infatti, è possibile sostenere che al di fuori dello spettro di azione ora sintetizzato, gli Istituti previdenziali o le Direzioni provinciali del lavoro possano procedere — ai sensi della legge 24 novembre

---

<sup>(18)</sup> Va segnalato, a questo punto, che il verbale conclusivo dell'ispezione su un contratto certificato, dal quale emerge una qualificazione diversa del contratto o del rapporto di fatto instauratosi, quale che sia l'organismo ispettivo che ha proceduto agli accertamenti e alla verbalizzazione, verrà ad essere stilato in più esemplari che avranno per destinatari, oltre al datore di lavoro, reciprocamente, gli altri terzi (ad es. Inps, Inail e Amministrazione finanziaria, nel caso di un'ispezione condotta dalla Direzione provinciale del lavoro), ma anche lo stesso lavoratore che, in quanto parte « lesa » dall'erronea qualificazione o dal difforme inquadramento delle prestazioni lavorative, avrà primario interesse ad agire ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(19)</sup> Secondo S. COSTANTINI, *op. cit.*, 53, il « peso » del potere di vigilanza degli Istituti previdenziali « di fronte alla validazione amministrativa del contratto di lavoro viene certamente a ridursi rispetto al passato ».



1981, n. 689 <sup>(20)</sup> — ad emettere ordinanze-ingiunzione ovvero a domandare decreti ingiuntivi all'esito degli accertamenti ispettivi, come se la certificazione del contratto non rivestisse alcuna efficacia giuridica diversa dall'essere meramente invocabile dal datore di lavoro sanzionato in sede di opposizione giudiziaria ai medesimi atti, in assenza della quale i provvedimenti di ingiunzione diverrebbero comunque definitivi, pur permanendo non impugnata e non annullata la certificazione del contratto, che viene diversamente qualificato dagli organismi di vigilanza <sup>(21)</sup>.

Analogamente, non può neppure accogliersi la diversa posizione di chi ritiene che l'unico effetto reale del provvedimento di certificazione sarebbe dato da una sorta di automatismo giudiziale nella sospensione dell'esecutorietà dei provvedimenti di Inps, Inail e Direzioni provinciali del lavoro, in sede di opposizione, in attesa della decisione di merito <sup>(22)</sup>.

Accettare simili impostazioni, in effetti, significherebbe svuotare di ogni contenuto dispositivo l'articolo 79 del decreto legislativo n. 276/2003, giacché l'efficacia del contratto certificato non sarebbe punto diversa da quella del contratto non certificato: all'evidenza l'argomento prova troppo.

La certificazione non può avere, senza dubbio, l'effetto di limitare o bloccare l'attività ispettiva, ma non deve neppure, dal lato opposto, essere sacrificata in una posizione di debolezza normativa tale da non rivestire alcun significato concreto.

Il disegno, costituzionalmente orientato, dell'istituto sperimentale della certificazione dei contratti di lavoro, al contrario, appare chiaramente definito <sup>(23)</sup>:

— lasciare libero il lavoratore di adire l'autorità giudiziaria per contestare la veridicità della certificazione alla luce del reale differente svolgimento del rapporto di lavoro;

— lasciare liberi gli organismi di vigilanza di procedere (di inizia-

---

<sup>(20)</sup> In  *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*.

<sup>(21)</sup> Così, invece: G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 251-252; M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *op. cit.*, 436-437; S. GANDI, *op. cit.*, 501-502.

<sup>(22)</sup> In questo senso A. TURSI, *op. cit.*, 43.

<sup>(23)</sup> Concorde M.D. BLOTTA, *Gli effetti della certificazione*, in G. PERONE, A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 352 ss.

tiva o su richiesta di intervento) alle attività ispettive utili a verificare la correttezza della qualificazione operata dal *certifier*;

— lasciare libero il datore di lavoro di potersi pienamente affidare ai risultati acclarati nel provvedimento di certificazione, considerando il contratto di lavoro così come qualificato, assoggettandolo al regime previdenziale, assicurativo e fiscale derivante da quanto certificato, fino all'esito di uno dei rimedi giudiziari di cui all'articolo 80.

D'altro canto, si deve anche evidenziare un ulteriore importante profilo, relativo alla programmazione dell'attività ispettiva e all'individuazione dell'oggetto degli accertamenti posti in essere in azienda da parte degli organismi di vigilanza.

A questo proposito, infatti, occorre concordare con quanti profetizzano un assestamento delle iniziative di vigilanza e di controllo orientate a concentrare l'attenzione degli accertatori in modo preminente, se non addirittura esclusivo, sui rapporti di lavoro che non siano stati instaurati in base a contratti appositamente certificati (24).

Si tratta di un effetto, per così dire, «persuasivo», idoneo a rendere sistematico il ricorso alla certificazione dei contratti di lavoro (25) e, per certi versi, capace di restringere l'area del sommerso, inducendo il datore di lavoro a rivestire tutti i rapporti di lavoro in essere in azienda di una forma negoziale idonea a superare il vaglio della commissione di certificazione, a fronte della guarentigia fornita dal contratto certificato.

D'altra parte, nel concreto delle ipotetiche esperienze ispettive, occorre anche evidenziare alcuni casi particolari che dovranno essere affrontati e risolti dai funzionari accertatori e dai datori di lavoro.

Anzitutto, rileva l'ipotesi di un accertamento ispettivo che venga posto in essere nelle more della trattazione dell'istanza di certificazione del contratto, presentata dopo l'inizio del rapporto di lavoro sul quale si concentrano le indagini.

---

(24) Così, con riferimento analogico a quanto avviene in materia tributaria, M. TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *GLav*, 2003, n. 4, suppl., 125; aderiscono all'impostazione P. TULLINI, *op. cit.*, 843; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, *cit.*, 894. Concordano, valutando anche la prospettiva di incentivo «a ricorrere sistematicamente alla procedura di certificazione» A. CICOLARI, M. GOLFERINI, S. MALANDRINI, *op. cit.*, 1997.

(25) Cfr. T. TREU, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione et arbitrato*, in *DRI*, 2003, n. 1, 90; S. GANDI, *op. cit.*, 506.

In effetti, in siffatta situazione sembra doversi orientare la soluzione fra due differenti e contrapposte opzioni:

— da un lato, la scelta « opportuna » di attendere l'esito dell'avviata procedura di certificazione, in tal caso l'organo ispettivo dovrebbe procedere ad acquisire a verbale tutti gli elementi di prova che attestano l'eventuale difformità fra il contratto certificando e il rapporto già instauratosi, procrastinando la conclusione dell'accertamento in un momento successivo all'emanazione del provvedimento di certificazione;

— dall'altro lato, la scelta « autoritativa » di ritenere prevalente, anche perché antecedente la conclusione dell'accertamento ispettivo, in questo secondo caso l'ispettore dovrebbe provvedere ai sensi del decreto legislativo n. 124/2004 e della legge n. 689/1981 a terminare gli accertamenti, contestando e sanzionando le violazioni riscontrate.

Invero, si ritiene che nella fattispecie prospettata la soluzione debba essere, necessariamente, quella da ultimo descritta <sup>(26)</sup>.

Sebbene, infatti, il testo del decreto di riforma non dica espressamente che la certificazione del contratto permane possibile esclusivamente nei casi in cui il relativo rapporto di lavoro non sia stato sottoposto ad attività di vigilanza <sup>(27)</sup>, a tale conclusione si deve comunque pervenire per via interpretativa.

Altro caso esemplare ipotizzabile è quello dell'ispezione effettuata su un contratto certificato da una commissione incompetente a norma dell'articolo 77 del decreto legislativo n. 276/2003: in verità poiché la lettera dell'articolo 79 fa riferimento all'organo « preposto alla certificazione del contratto di lavoro » ci si deve interrogare proprio con riguardo alla certificazione operata da un *certifier* in concreto « non preposto » a certificare quel concreto e singolo contratto dal quale deriva il rapporto di lavoro oggetto di ispezione.

La questione, come appare evidente già di primo acchito, non è di poco momento, quale che sia la soluzione per la quale si propenda:

---

<sup>(26)</sup> Si tenga comunque presente che il datore di lavoro nell'ipotesi prospettata conserva un'altra forma di rimedio amministrativo, successivo ben è vero e non preventivo, qual è quello del ricorso *ex art. 17* del d.lgs. n. 124/2004 al Comitato regionale per i rapporti di lavoro, su cui cfr. A. TUFFANELLI, *I ricorsi amministrativi*, in C.L. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 301 ss.; P. RAUSEI, *La nuova ispezione in azienda*, cit., 174-179.

<sup>(27)</sup> Sul punto vedi le condivisibili perplessità di L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 887.

— prosecuzione dell'ispezione a fronte di certificazione inesistente, perché operata da soggetto incompetente;

— verbalizzazione con susseguente impugnativa dinanzi al T.A.R. per vizio procedurale.

Si ritiene, nel caso di specie, che i funzionari ispettivi debbano comunque concludere l'accertamento con la mera verbalizzazione che farà luogo all'eventuale impugnazione da parte dell'organismo istituzionale di appartenenza, in ragione del presumibile carattere derogatorio dei criteri di competenza (territoriale o soggettivo) stabiliti dalla norma, per cui, se le parti, in sede di audizione, o i commissari, d'ufficio, non hanno sollevato l'incompetenza, la certificazione dovrà ritenersi valida con l'efficacia ad essa riconosciuta dalla legge <sup>(28)</sup>.

Nessun dubbio può sussistere, invece, circa l'inefficacia della certificazione per quanto concerne gli effetti che non sono stati espressamente indicati dalle parti nell'istanza di certificazione e che non siano integralmente richiamati nel provvedimento di certificazione.

Cosicché se, ad esempio, dal contratto certificato non risulta che lo stesso ha valenza certificatoria anche con riguardo agli effetti previdenziali (e assicurativi) l'Inps (e l'Inail) ben potranno procedere agli accertamenti ispettivi di loro competenza anche diversamente qualificando il contratto.

Altra precisazione importante, per quanto attiene ai rapporti fra ispezione e certificazione, è quella relativa agli accertamenti che riguardano aspetti non attinenti alla qualificazione del contratto.

In effetti, richiamando quanto sopra argomentato circa l'oggetto della certificazione, non possono esservi dubbi circa la piena libertà degli organismi di vigilanza di procedere a contestare e sanzionare gli aspetti che non riguardano la mera qualificazione del contratto, ma elementi o profili a questa solo consequenziali.

Si pensi, a titolo di esempio, alla diffida accertativa per crediti patrimoniali (articolo 12 del decreto legislativo n. 124/2004) che l'ispettore del lavoro venga a notificare al datore di lavoro a fronte di un contratto di lavoro intermittente certificato, in ragione alle differenze retributive spettanti al lavoratore che, per le mansioni in concreto svolte, doveva essere inquadrato ad un livello contrattuale superiore rispetto a quello risultante dal contratto.

Su tali profili, come detto, l'articolo 79 del decreto legislativo n.

---

<sup>(28)</sup> In tal senso V. SPEZIALE, *La competenza territoriale degli organi certificatori*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *op. cit.*, 170-172.

276/2003 non esplica alcuna efficacia dispositiva, non trattandosi di aspetti attinenti alla qualificazione del tipo contrattuale.

Altro caso interessante appare quello relativo all'ispezione che ha per oggetto un rapporto di lavoro che si è di fatto svolto in luogo tutt'affatto diverso da quello indicato nel contratto certificato ovvero che è iniziato in data diversa da quella segnalata nel contratto certificato.

Quanto al primo profilo, invero, se fra le parti vi è stato il rispetto della normativa in materia di comunicazioni e informazioni al lavoratore <sup>(29)</sup>, verificato il dato e valutata la non incidenza del luogo di svolgimento delle prestazioni lavorative sull'esatta qualificazione del contratto, l'ispettore dovrà prendere atto degli esiti della certificazione, non essendo mutato l'oggetto della stessa.

Con riferimento, invece, alla data di effettivo inizio della prestazione lavorativa l'ispettore dovrà verificare che la stessa risulti esattamente riportata nei libri obbligatori di lavoro e nella comunicazione al centro per l'impiego, potendo provvedere a sanzionare gli eventuali inadempimenti e le relative violazioni, se non implicano una diversa qualificazione del contratto di lavoro; in caso contrario dovrebbe procedere a verbalizzare gli esiti dell'accertamento al fine dell'impugnazione ai sensi dell'articolo 80.

Da ultimo, una particolare attenzione merita il caso dell'ispezione relativa ad un contratto di appalto certificato ai sensi dell'articolo 84 del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(30)</sup>.

La peculiarità di questa tipologia di certificazione è rilevabile sotto due distinti profili: in primo luogo qui accanto agli organismi di vigilanza anche i lavoratori assumono le vesti di « terzi » rispetto alle parti del contratto che sono i due imprenditori (committente e appaltatore); in secondo luogo nel certificare il contratto di appalto (di opere o di servizi) il *certifier* procede non ad una mera valutazione tipologica o comunque normativa, ma piuttosto sviluppa una disamina dei presupposti di fatto che legittimano e rendono conformi ai requisiti dell'articolo 29 del decreto legislativo n. 276/2003 il contratto certificando <sup>(31)</sup>.

La delicatezza della fattispecie, d'altro canto, rileva sotto entrambi

---

<sup>(29)</sup> Il riferimento è segnatamente al d.lgs. n. 152/1997.

<sup>(30)</sup> Si veda in argomento M. EMANUELE, *La certificazione dell'appalto*, e P. RAUSEI, *La certificazione nel lavoro esternalizzato*, entrambi in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(31)</sup> Cfr. L. CACCIAPAGLIA, *La certificazione dell'appalto*, in G. PERONE, A. VALLE-

gli aspetti in ragione della specifica tutela riconosciuta ai lavoratori dal testo dell'articolo 29, così come novellato dal decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, anche con riguardo alla introduzione dell'ipotesi di reato dell'interposizione illecita da pseudo-appalto <sup>(32)</sup>.

A ben guardare, in effetti, l'ispettore del lavoro che proceda ad accertare la non corrispondenza degli elementi di fatto dell'appalto portato ad esecuzione in una determinata realtà aziendale ai contenuti rappresentati nel provvedimento di certificazione acquisisce, in concreto, i dati utili a rilevare una ipotesi di reato di natura contravvenzionale, per la quale dovrebbe obbligatoriamente procedere, a norma dell'articolo 15 del decreto legislativo n. 124/2004, intimando al trasgressore una prescrizione obbligatoria.

Soltanto che, a rigore, al fine di eliminare la valenza contraria della fattispecie negoziale certificata, in termini di efficacia, proprio con riferimento agli elementi che possono consentire una ricostruzione nelle caratteristiche tipiche di illiceità, sarà indispensabile procedere all'impugnativa della certificazione, sulla scorta di quanto compiutamente verbalizzato, prima di poter rilevare e contestare la violazione penalmente sanzionata <sup>(33)</sup>.

#### 4. Profili di azione « cautelare » per gli Istituti previdenziali.

Guardando all'attività ispettiva dinanzi ad un contratto certificato sotto altro e diverso profilo, si è anticipato sopra del rilievo assunto dall'inciso normativo, all'interno dell'articolo 79 del decreto legislativo n. 276/2003, che fa salvi i provvedimenti cautelari, proprio con riferimento agli organismi pubblici « terzi » <sup>(34)</sup>.

Entrando nel merito di tale disposizione, va segnalato che la

---

BONA (a cura di), *op. cit.*, 284 ss.; E. GRAGNOLI, *Interposizione illecita e appalto genuino*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 874 ss.

<sup>(32)</sup> Sia consentito rinviare per tale ipotesi di reato a P. RAUSEI, *Le novità del correttivo alla Riforma del lavoro*, in *DPL*, 2004, n. 43, inserto, X-XI.

<sup>(33)</sup> D'altro canto si tenga presente che laddove la certificazione sia avvenuta durante la fase di esecuzione del contratto di appalto, il provvedimento di certificazione renderà totalmente non aggredibile il periodo antecedente alla sua emanazione, essendo stato lo stesso puntualmente esaminato sotto i profili sostanziali e non meramente formali, cfr. L. CACCIAPAGLIA, *op. cit.*, 288 ss.

<sup>(34)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *L'istituto della certificazione ecc. cit.*, che sottolinea come la possibilità di agire in via cautelare, « al fine di ottenere una tutela immediata dei propri diritti », vanifica « la critica secondo la quale l'istituto della certificazione

perduranza degli effetti della certificazione cede il passo allorché il ricorrente chieda al giudice adito di emanare un provvedimento cautelare ex articolo 700 c.p.c., sussistendo il *periculum in mora* consistente nella possibilità che il diritto possa essere irreparabilmente pregiudicato durante lo svolgimento del processo, a fronte della sussistenza di elementi idonei a sostenere la pretesa in ragione dello sviluppo concreto del rapporto di lavoro <sup>(35)</sup>.

Analogamente, più in generale, qualora si faccia ricorso ai provvedimenti previsti dagli articoli 669-*bis* e ss. c.p.c. al fine di ottenere una caducazione provvisoria anticipata degli effetti della certificazione, sia pure con necessità di successiva conferma in sede di trattazione nel merito del ricorso <sup>(36)</sup>.

In verità, fra i vari terzi soltanto gli Istituti ed enti pubblici previdenziali, in ragione dei termini brevi di decadenza di cui all'articolo 25, comma 1, lettera *b*), del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46 <sup>(37)</sup>, vantano un interesse specifico ad agire in via cautelare.

Si pensi, a mero titolo di esempio, al diritto dell'Inps, quale «terzo» rispetto al contratto certificato, di non vedersi dichiarare decaduto il diritto alla riscossione dei contributi dovuti e omessi.

D'altra parte, va segnalato che anche laddove l'Inps o l'Inail non procedano in via cautelare, limitandosi ad impugnare il provvedimento di certificazione a norma dell'articolo 80 del decreto legislativo n. 276/2003, essi non si vedranno privati della possibilità di agire per la successiva riscossione dei contributi o dei premi a mezzo ruoli esattoriali, dovendosi interpretare correttamente il termine decadenziale nel senso di una decorrenza postuma rispetto alla definitività dell'accertamento <sup>(38)</sup>.

Peraltro, in conclusione sul punto, non si può non tenere conto

produrrebbe effetti positivi per il committente o datore di lavoro il quale non si vedrebbe contestato il contenuto dell'atto fino alla pronuncia di merito».

<sup>(35)</sup> Analogamente si potrebbe pensare all'ipotesi di un sequestro conservativo dei beni, che è provvedimento cautelare tipico, ex art. 671 c.p.c.

<sup>(36)</sup> Cfr. sulla questione V. SPEZIALE, *L'efficacia giuridica della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 184-185.

<sup>(37)</sup> In  *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*.

<sup>(38)</sup> In argomento, con ampie annotazioni, S. COSTANTINI, *op. cit.*, 53-55, secondo il quale l'art. 25 del d.lgs. n. 46/1999 deve essere letto conformemente ad una interpretazione che non contrasti con l'art. 79 del d.lgs. n. 276/2003, tale per cui il termine di decadenza è da individuarsi nel 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui è stata emessa la sentenza che ha annullato il provvedimento di certificazione.



della prassi già consolidata degli Istituti previdenziali che, appunto, sono orientati per un atteggiamento temporeggiatore nei confronti dell'aggressione diretta al patrimonio del trasgressore, fintantoché non sia stato definitivamente confermato l'esito degli accertamenti dai quali traggono fondatezza i recuperi contributivi e assicurativi <sup>(39)</sup>.

### **5. L'impugnativa del contratto certificato da parte degli organismi di vigilanza.**

Da ultimo, come anticipato, all'esito della normale attività di vigilanza su un contratto di lavoro certificato, i terzi (Inps, Inail, Amministrazione finanziaria, Direzioni provinciali del lavoro) <sup>(40)</sup> nella cui sfera giuridica l'atto produce effetti, al pari del lavoratore <sup>(41)</sup>, possono proporre ricorso avverso l'atto di certificazione al Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, competente per territorio (articolo 80, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003).

A sostegno del ricorso di lavoro si pongono, alternativamente, l'erronea qualificazione del contratto oppure la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione <sup>(42)</sup>; alla

---

<sup>(39)</sup> Si veda V. SPEZIALE, *L'efficacia giuridica della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 185.

<sup>(40)</sup> Valga la pena segnalare che le Direzioni provinciali del lavoro non si trovavano, *ante* d.lgs. n. 251/2004, nelle condizioni giuridiche per intervenire processualmente in modo diretto avverso un contratto certificato. Qualora all'esito di una ispezione sul lavoro fosse risultato che ad un contratto certificato corrispondeva un rapporto di lavoro svolto in modo diverso da quanto oggetto dell'originario programma negoziale, le risultanze dell'accertamento ispettivo, unitamente ai dovuti riscontri probatori, sarebbero state trasmesse agli Istituti (segnatamente Inps e Inail) per il seguito giudiziario essendo quelli soli, fra i terzi interessati dagli effetti della certificazione, dotati di una propria avvocatura professionale interna agli uffici periferici. L'art. 21 del d.lgs. n. 251/2004 ha tuttavia attribuito ai dirigenti e ai funzionari legali degli uffici periferici del Ministero del lavoro « incaricati della rappresentanza nei giudizi di opposizione » la rappresentanza e la difesa nei giudizi *ex art.* 80 del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(41)</sup> Sotto un profilo più strettamente processuale, dunque, la legittimazione ad agire, non spetta soltanto alle parti, ma anche ai terzi qualificati che si sono individuati sopra: tuttavia va tenuto presente che laddove ad agire siano i terzi, le parti del contratto dovranno essere chiamate in causa entrambe quali litisconsorti necessari (*ex art.* 102 c.p.c.). Non così se agiscono le parti in fase impugnativa, sebbene i terzi potranno intervenire in giudizio (*ex art.* 105 c.p.c.). Cfr. R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, in AA.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 431 ss.

<sup>(42)</sup> Sottolinea con vigore la piena titolarità e legittimazione ad agire degli



stessa autorità giudiziaria è rivolta poi l'impugnazione dell'atto di certificazione (*rectius* del contratto certificato) per vizi del consenso <sup>(43)</sup>.

Inoltre, contro il provvedimento di certificazione, per gli stessi terzi, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, del decreto legislativo n. 276/2003, è ammesso ricorso giurisdizionale amministrativo, dinanzi al T.A.R. nella cui giurisdizione ha sede la commissione che ha certificato il contratto, alla luce di due distinte patologie del provvedimento di certificazione: violazione delle regole procedurali ed eccesso di potere.

Sul punto, con esclusivo riferimento al comportamento processuale dei «terzi» organismi di vigilanza, valgono alcune puntuali considerazioni conclusive.

Anzitutto, l'azione giudiziaria civile di impugnazione dell'atto di certificazione per erronea qualificazione del contratto, in cui è proprio l'oggetto stesso della certificazione ad essere oppugnato, sembrerebbe preclusa alla Direzione provinciale del lavoro che ha emanato il provvedimento e, analogamente, al terzo che ha dato parere favorevole al *certifier* mediante la produzione delle osservazioni di cui all'articolo 78, comma 2, lettera *a*), del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(44)</sup>.

In secondo luogo, il ricorso al T.A.R. sarà presumibilmente utilizzato dai terzi soltanto per impugnare provvedimenti di certificazione che provengano da autorità diverse dalla Direzione provinciale del lavoro, data la composizione della commissione che prevede la partecipazione come membri di diritto ovvero come membri consultivi di tutte le autorità pubbliche comunque interessate — decreto ministeriale 21 luglio 2004 <sup>(45)</sup>.

Infine, in termini alquanto problematici si pone un'ultima questione, quella relativa all'attività di vigilanza posta in essere da funzionari del Servizio ispezione del lavoro della Direzione provinciale del lavoro avverso un contratto certificato dal Servizio politiche del lavoro del medesimo ufficio periferico di appartenenza.

Anzitutto, vi è una chiara coincidenza di figure fra il presidente

---

organismi di vigilanza, in entrambe le ipotesi di ricorso, V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 284.

<sup>(43)</sup> Si veda la trattazione di L. PERINA, *La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit.

<sup>(44)</sup> In tal senso si vedano le osservazioni di R. BARCHI, *op. cit.*, 432.

<sup>(45)</sup> In  *Certificazione*.

della commissione di certificazione e l'autorità competente ad irrogare mediante ordinanza-ingiunzione le sanzioni, nonché, per l'effetto, ad impugnare il contratto certificato.

In secondo luogo, stante la previsione dell'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003, nel promuovere il ricorso contro la propria certificazione il Direttore della Direzione provinciale del lavoro deve esperire un previo tentativo obbligatorio di conciliazione (*ex* articolo 410 c.p.c.) da espletarsi innanzi alla commissione che ha certificato il contratto, vale a dire dinanzi a sé stesso quale presidente.

Le soluzioni sembrano, ancora una volta, agli antipodi:

— il Direttore affida al funzionario legale responsabile degli Affari legali della Direzione provinciale del lavoro la rappresentanza e la difesa degli interessi dell'amministrazione (riservando a sé solo il ruolo di conciliatore-certificatore, in vesti di presidente);

— il Direttore quale presidente della commissione, ricevuta l'informazione dal Servizio ispezione del lavoro e valutati i relativi atti con i connessi riscontri probatori, può proporre alla commissione, in via di autotutela amministrativa, la revoca del provvedimento di certificazione <sup>(46)</sup>.

Nell'assoluta praticabilità di entrambe le vie individuate, la situazione prospettata richiede un opportuno chiarimento ministeriale che sciogla in un senso o nell'altro l'interrogativo posto.

---

<sup>(46)</sup> A questa soluzione, stante la natura di provvedimento amministrativo dell'atto di certificazione, sembra ora potersi aderire in forza delle previsioni normative contenute nell'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 14 della l. n. 15/2005, il quale espressamente stabilisce che « per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti ». Si aprirebbe, tuttavia, un prevedibile contenzioso, sulla scorta della medesima disposizione, per quanto attiene ai profili relativi all'indennizzo spettante alle parti del contratto certificato se la revoca comporta dei pregiudizi a loro danno (ad es. in caso di errata qualificazione del contratto).

Parte II

IL LAVORO COORDINATO  
E CONTINUATIVO  
E IL LAVORO A PROGETTO



SEZIONE A  
COLLABORAZIONI COORDINATE E CONTINUATIVE  
E LAVORO OCCASIONALE

1.

**L'EVOLUZIONE DELLE COLLABORAZIONI  
COORDINATE E CONTINUATIVE**

LUCIANO DE MARCO

SOMMARIO: 1. La creazione della categoria delle collaborazioni coordinate e continuative e l'elaborazione giurisprudenziale. — 2. Gli ulteriori interventi legislativi sul lavoro parasubordinato. — 3. L'attuale assetto normativo in materia di collaborazioni coordinate e continuative. — 4. Infondatezza di talune critiche alla nuova disciplina sulle collaborazioni coordinate e continuative. — 5. La *ratio* e la finalità dell'intervento normativo sulle collaborazioni coordinate e continuative.

**1. La creazione della categoria delle collaborazioni coordinate e continuative e l'elaborazione giurisprudenziale.**

Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, consente di tracciare un nuovo quadro normativo di riferimento per la materia delle collaborazioni coordinate e continuative, nella prassi denominate « co.co.co. » <sup>(1)</sup>, e delle prestazioni occasionali di lavoro autonomo <sup>(2)</sup>.

Va anzitutto premesso che il campo delle collaborazioni coordinate e continuative rese senza vincolo di subordinazione rappresenta l'area

---

<sup>(1)</sup> In generale sulle collaborazioni coordinate e continuative, si veda M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 199 ss.; S. LEONARDI, *Il lavoro coordinato e continuativo: profili giuridici e problematici*, in RGL, 1999, I, 501 ss.; M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Quale regolamentazione per le collaborazioni coordinate e continuative?*, in GLav, 2001, n. 9, 18 ss.

<sup>(2)</sup> Cfr. i contributi contenuti in questa Parte, Sez. (A) e Sez. (B).

contrattuale di maggior incidenza di quella che è stata definita la « tendenza espansiva del diritto del lavoro », ossia la tendenza della disciplina del diritto del lavoro — storicamente modellata sulla fattispecie del lavoro subordinato stabile e per una carriera — ad estendersi progressivamente « oltre i confini del lavoro dipendente, interessando alcune rilevanti aree del lavoro autonomo e del lavoro associato » (3).

Con riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative si parla anche di lavoro « parasubordinato », intendendosi quelle forme di lavoro autonomo che realizzano — analogamente al lavoro subordinato — una collaborazione nell'attività produttiva altrui e che presentano le caratteristiche della natura prevalentemente personale della prestazione, della continuità e della coordinazione.

Il primo riferimento normativo a prestazioni d'opera coordinata e continuativa si rinviene nell'articolo 2 della legge 14 luglio 1959, n. 741 — c.d. Legge Vigorelli (4) —, che conferiva la delega al Governo per l'emanazione di norme giuridiche conformi alle clausole dei contratti collettivi, dirette ad assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo per tutti gli appartenenti ad una medesima categoria, tra cui anche i rapporti che si concretizzassero in prestazioni d'opera coordinata e continuativa.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 19 febbraio 1976, n. 33 (5), confermava la costituzionalità della norma ritenendo degna di tutela la volontà del legislatore di regolare una fattispecie di lavoro autonomo che graviti attorno all'impresa.

Ma l'effettivo riconoscimento di questo rapporto è sancito dall'articolo 409, n. 3, c.p.c., così come modificato dalla legge 11 agosto 1973, n. 533 (6), di riforma del processo del lavoro, che ha esteso la disciplina delle controversie individuali di lavoro anche « ai rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato » (7).

Tale norma aveva recepito l'esigenza di estendere ai lavoratori


---

(3) M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 197.

(4) In  *Collaborazione coordinata continuativa*.

(5) In  *Collaborazione coordinata continuativa*.

(6) In  *Processo del lavoro*.

(7) Da tale norma la giurisprudenza fa derivare la nozione lavoristica di parasubordinazione. V. per tutte, Cass. 19 aprile 2002 n. 5698, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

parasubordinati, che si trovano rispetto ai committenti in una condizione socio-economica di inferiorità, alcune forme di tutela processuale proprie del lavoro subordinato.

Sulla base di questa normativa, si può affermare che il lavoratore parasubordinato è, anzitutto, un collaboratore e cioè un soggetto che compie attività finalizzate al raggiungimento di scopi determinati da altri.

La prestazione d'opera non deve essere meramente occasionale ed istantanea, ma deve protrarsi per un arco di tempo apprezzabilmente lungo, implicante un impegno costante del prestatore a favore del committente.

Può trattarsi anche di una prestazione relativa ad un'opera o un servizio unici, sempre che sia prolungata nel tempo.

Ciò che rileva, quindi, come sottolineato dalla giurisprudenza, è la causa dell'incarico affidato al prestatore: la continuità della prestazione coordinata e prevalentemente personale riconducibile alla natura parasubordinata del rapporto è svincolata dalla occasione in cui si manifesta l'incarico professionale, assumendo rilevanza la causa dell'incarico stesso <sup>(8)</sup>.

Il carattere della coordinazione implica che l'attività sia strutturalmente e funzionalmente in relazione con l'attività svolta dal committente, in modo tale da collegarsi con la sua organizzazione produttiva <sup>(9)</sup>. Il coordinamento può estrinsecarsi nei modi più svariati, anche in relazione al tempo ed al luogo dell'attività, ma non può mai risolversi in una piena eterodeterminazione della prestazione da parte del committente — perché, altrimenti, si tratterebbe di lavoro subordinato — con ordini e controlli penetranti sulle modalità di esecuzione della prestazione, che devono restare nell'autonomia del collaboratore.

La personalità della prestazione, ai fini della sussistenza di un rapporto di lavoro parasubordinato, si ha in caso di prevalenza del lavoro personale del preposto sull'opera svolta dai propri collaboratori e sull'utilizzazione di una struttura di natura materiale. L'eventuale partecipazione di altri soggetti alla prestazione deve rivestire funzione accessoria e/o puramente esecutiva ed il prestatore d'opera non deve avvalersi di una struttura di carattere imprenditoriale <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> V. Cass. 14 febbraio 2001 n. 2120, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(9)</sup> Sul punto, si veda Cass. 30 dicembre 1999 n. 14722, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(10)</sup> Cfr., tra le tante, Cass. 1° agosto 1995 n. 8412, in  *Lavoro autonomo*.

Fra i rapporti di lavoro parasubordinato sono inclusi — purché si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale — tutti quei rapporti aventi ad oggetto una prestazione di fare riconducibile allo schema generale del lavoro autonomo, senza che a ciò osti il fatto che il prestatore d'opera svolga la sua attività in autonomia e con responsabilità e rischi propri <sup>(11)</sup>.

## 2. Gli ulteriori interventi legislativi sul lavoro parasubordinato.

Più recentemente, la legge 8 agosto 1995, n. 335, di riforma del sistema pensionistico <sup>(12)</sup>, ha previsto l'iscrizione dei collaboratori coordinati e continuativi ad un'apposita Gestione separata dell'Inps, al fine di estendere anche ad essi l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia e superstiti <sup>(13)</sup>.


Sempre in ambito previdenziale, l'articolo 5 del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38 <sup>(14)</sup>, ha previsto per i collaboratori l'obbligatorietà dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali.


Tali norme, al fine di individuare i soggetti contribuenti, non richiamano i presupposti di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c., ma si rifanno al Testo Unico delle Imposte sui Redditi — d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 <sup>(15)</sup>.

Il legislatore fiscale all'articolo 47, comma 1, lettera *c)-bis*, del d.P.R. n. 917/1986, modificato in seguito dall'articolo 34, legge 21 novembre 2000, n. 342 <sup>(16)</sup>, ha assimilato ai redditi di lavoro dipendente le somme e i valori percepiti in relazione a rapporti di collaborazione aventi per oggetto la prestazione di attività svolte senza vincolo di subordinazione a favore di un determinato soggetto nel quadro di un rapporto unitario e continuativo, senza impiego di mezzi organizzati e con retribuzione periodica prestabilita.

In precedenza, invece, i redditi in questione erano classificati come redditi da lavoro autonomo (articolo 49, comma 2, lettera *a*), d.P.R. n. 917/1986).

---

<sup>(11)</sup> V. Cass. 25 novembre 2002 n. 16582, in  *Lavoro autonomo*.

<sup>(12)</sup> In  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(13)</sup> Cfr. il contributo di A. ASNAGHI, *Lavoro coordinato e continuativo e lavoro occasionale: profili previdenziali*, che segue.

<sup>(14)</sup> In  *Assicurazioni sociali*.

<sup>(15)</sup> In  *Retribuzione*.

<sup>(16)</sup> In  *Retribuzione*.



L'assimilazione tra le due fattispecie del lavoro parasubordinato e del lavoro dipendente, per espressa indicazione normativa, ha valenza ai fini puramente fiscali. L'aver collocato i redditi derivanti da prestazioni di lavoro coordinate e continuative nell'area assimilata al lavoro dipendente e non più in quella del lavoro autonomo non potrebbe dunque avere una immediata ricaduta sul piano della qualificazione dei rapporti in questione dal punto di vista della normativa lavoristica ad essi applicabile.

Tale collocazione rappresenta anzi la conferma di una differenziazione tipologica e strutturale tra le due fattispecie.

Va comunque riconosciuto che l'articolo 34, legge 21 novembre 2000, n. 342, rappresenta una tappa significativa della tendenza alla tipizzazione legale e contrattuale delle collaborazioni coordinate e continuative sulla falsariga del lavoro dipendente <sup>(17)</sup>.

Infine, la recentissima legge sul collocamento — decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297 <sup>(18)</sup> — ha disposto l'obbligo di comunicazione contestuale agli uffici competenti della instaurazione del rapporto di lavoro autonomo in forma coordinata e continuativa (articolo 6, comma 2).

### **3. L'attuale assetto normativo in materia di collaborazioni coordinate e continuative.**

Fermi restando gli elementi che caratterizzano il lavoro parasubordinato sopra rapidamente descritti, come specificati da decenni di interpretazione giurisprudenziale e dottrina, il recente decreto legislativo n. 276/2003, all'articolo 61, dispone ora che, fatta salva la disciplina per gli agenti ed i rappresentanti di commercio <sup>(19)</sup>, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c. « devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente ed indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa ».

Dal 24 ottobre 2003, data di entrata in vigore della riforma del lavoro, coesistono tre tipologie di prestazioni di lavoro svolte sotto forma di collaborazione: le co.co.co. « alla vecchia maniera », le colla-

---

<sup>(17)</sup> In tal senso, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 201.

<sup>(18)</sup> In  *Collocamento*.

<sup>(19)</sup> Cfr. il contributo di F. PASQUINI, *Il contratto di agenzia*, in questa Parte, Sez. (C).

borazioni occasionali, il lavoro a progetto o, più propriamente, le co.co.co. nella modalità a progetto.

Per collaborazioni coordinate e continuative « tradizionali », alle quali continuano ad applicarsi le regole previgenti alla riforma del lavoro, si intendono: A) i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa in essere al 23 ottobre 2003 (prima della entrata in vigore della legge di riforma) che, qualora non riconducibili ad un progetto, programma di lavoro o fase di esso, sono automaticamente prorogati fino alla loro naturale scadenza, e comunque non oltre il 23 ottobre 2004. È prevista, inoltre, la possibilità, in base alla nuova legge, di prevedere termini diversi e più lunghi di efficacia delle vecchie collaborazioni, anche superiori all'anno, nell'ambito di accordi sindacali di transizione al nuovo regime del lavoro a progetto, stipulati in sede aziendale con i sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale <sup>(20)</sup>;

B) i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati dalla data di entrata in vigore della riforma del lavoro (24 ottobre 2003) in avanti da parte di soggetti o per prestazioni che la legge sulla riforma del lavoro esclude dal lavoro a progetto. Restano esclusi dalle nuove disposizioni del lavoro a progetto: contratti stipulati da, o relativi a, componenti di organi di amministrazione e controllo di società, partecipanti a collegi e commissioni, percettori di pensioni di vecchiaia, le professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, agenti ed i rappresentanti di commercio, prestazioni occasionali, collaborazioni rese nei confronti delle associazioni e società sportive dilettantistiche, il settore del lavoro pubblico (articolo 61, commi 2 e 3).

Per prestazioni occasionali di lavoro si intendono, ai sensi dell'articolo 61, comma 2, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati dopo il 23 ottobre 2003 di durata complessiva non superiore a 30 giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente e per le quali vengono corrisposti compensi sino ad un importo massimo di 5.000 euro <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> Il decreto legislativo recante disposizioni modificative e correttive del d.lgs. n. 276/2003 dispone all'art. 20, comma 1, che « All'articolo 86, comma 1, del decreto legislativo le parole « termini diversi, anche superiori all'anno, di efficacia » sono sostituite dalle seguenti: « termini diversi, comunque non superiori al 24 ottobre 2005 » [il corsivo è nostro], di efficacia ».

<sup>(21)</sup> Cfr. il contributo di L. DE MARCO, *Il lavoro occasionale: profili problematici*, che segue.

Si tratta di collaborazioni coordinate e continuative — dunque, rapporti parasubordinati — per le quali, data la loro limitata portata, il legislatore ha ritenuto non fosse necessario il riferimento al « progetto » e sono pertanto state sottratte all'ambito di applicazione della nuova disciplina del lavoro. Continuano, quindi, a rispettare le regole prevalenti alla riforma del lavoro.

Tali rapporti di collaborazione coordinata e continuativa si distinguono dalle attività di lavoro autonomo occasionale vero e proprio, per le quali non si riscontra un coordinamento ed una continuità nelle prestazioni; proprio per tale loro natura, le prestazioni di lavoro autonomo occasionale vero e proprio, a differenza delle collaborazioni occasionali, non sono soggette agli obblighi contributivi previsti per la gestione separata Inps, né a quelli assicurativi Inail.

#### **4. Infondatezza di talune critiche alla nuova disciplina sulle collaborazioni coordinate e continuative.**

Le prime letture della nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative sono state accompagnate da una sorta di affanno interpretativo e da notazioni critiche forse « frettolose » (22).

In particolare, parte della dottrina ha rappresentato il nuovo regime delle collaborazioni coordinate e continuative come una intollerabile forzatura rispetto all'evoluzione del quadro economico e normativo degli ultimi anni, destinata ad entrare a regime in modo drastico e perentorio a partire dall'entrata in vigore del decreto (23).

Al riguardo, occorre ribadire che in realtà il decreto legislativo n. 276/2003, nelle disposizioni finali, prevede una — senza dubbio comoda — disciplina transitoria di un anno per il definitivo passaggio dal vecchio al nuovo regime (v. articolo 86, comma 1).

Peraltro, non va neppure dimenticato che un meditato giudizio sulla riforma potrà aversi soltanto alla luce dei risultati che deriveranno da una prima fase di sperimentazione della stessa, in piena linea con quello che è lo spirito del decreto legislativo n. 276/2003, che, all'ar-

---

(22) In tal senso, v. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *GLav*, 2004, 14; osservazione condivisa da E. MINALE COSTA, *Il lavoro a progetto: requisiti formali*, in questa Parte, Sez. (B).

(23) In tal senso P. ICHINO, *Il vero strappo è un'altra rigidità*, in *Il Corriere della Sera*, 8 giugno 2003.

articolo 86, comma 12, sancisce espressamente la natura appunto sperimentale della disciplina del lavoro a progetto.

L'obiettivo fondamentale di politica del diritto sotteso agli articoli 61-69 del decreto legislativo n. 276/2003 — che costituisce la base su cui poggia l'intera riforma Biagi e che nessuno sconfessa o critica apertamente <sup>(24)</sup> — è la repressione degli abusi nell'area grigia del lavoro coordinato e continuativo e la definizione di un quadro di corretta competizione tra le imprese mediante la fissazione di regole certe e di cui dovrebbe essere facile pretendere il rispetto nella gestione del personale.

In una logica di medio-lungo periodo, una concorrenza basata sulla mera riduzione del costo del lavoro, che è poi la vera ragione negli abusi delle collaborazioni coordinate e continuative, rischia di mettere completamente fuori mercato le imprese italiane rispetto alle logiche della nuova economia e nel confronto internazionale.

Come è stato acutamente osservato, « le organizzazioni di impresa fondate (solo) sulla precarietà del lavoro hanno bassi costi, ma finiscono per disincentivare la formazione e la crescita professionale, onde non riescono a garantirsi a lungo la competitività e alla fine anche la concorrenzialità sui mercati internazionali » <sup>(25)</sup>. Nella variegata area delle collaborazioni, il passaggio da rapporti a minore o nessuna contribuzione ad altri a più alta aliquota dovrebbe costituire, per contro, un beneficio per l'intero sistema delle imprese. Eliminando forme di concorrenza sleale, basata su abusi ed elusioni palesi alla normativa di legge, sarà plausibilmente più facile programmare misure volte alla progressiva riduzione del costo del lavoro dipendente.

## **5. La ratio e la finalità dell'intervento normativo sulle collaborazioni coordinate e continuative.**

In materia di collaborazioni coordinate e continuative, il legislatore delegato ha prospettato una impostazione rigida volta a restringere in modo significativo il ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative.

---

<sup>(24)</sup> Sul punto, si veda V. D'ORONZO, *Primi chiarimenti ministeriali sulla disciplina del lavoro a progetto*, in *GLav*, 2004, n. 3, 10.

<sup>(25)</sup> L. CASTELVETRI, *Il lavoro a progetto*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004.

Un'attenta lettura del *Libro Bianco* dell'ottobre 2001 <sup>(26)</sup> mostra come l'intento di restringere il campo di applicazione delle collaborazioni coordinate e continuative, mediante l'impiego del lavoro a progetto, in modo da limitarle alle sole forme di lavoro autonomo genuine, risponde ad una precisa opzione di politica del diritto — confermata dal Patto per l'Italia del 5 luglio 2002 <sup>(27)</sup> — volta alla regolamentazione complessiva delle tipologie di lavoro atipico e flessibile, riequilibrando i rapporti tra lavoro autonomo e subordinato <sup>(28)</sup>.


Il decreto legislativo n. 276/2003, di fronte al dibattito polarizzato attorno alla alternativa tra tipizzazione di un *tertium genus* e codificazione di uno « Statuto dei lavori » <sup>(29)</sup>, si propone di percorrere una sorta di terza via, limitandosi ad introdurre una serie di robuste barriere di tipo definitorio e sanzionatorio <sup>(30)</sup> per impedire l'utilizzo improprio delle collaborazioni coordinate e continuative.

In conformità ai criteri della legge delega ed agli impegni assunti nel Patto per l'Italia del 5 luglio 2002, le collaborazioni coordinate e continuative vengono ricollocate con decisione nell'area — che è loro propria — del lavoro autonomo, incrementandone il prelievo contributivo, restando fermo l'impegno ad arginare adeguatamente dal punto di vista promozionale e sanzionatorio il fenomeno delle collaborazioni fittizie, che invece andranno ricondotte all'area del lavoro subordinato in base a criteri oggettivi.

Il decreto legislativo n. 276/2003, non contiene una robusta normativa di tutela del collaboratore coordinato e continuativo sulla falsariga del contratto di lavoro subordinato o, comunque, una serie di

---

<sup>(26)</sup> In  *Riforma Biagi*.

<sup>(27)</sup> In  *Contrattazione collettiva*.

<sup>(28)</sup> M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in *GLav*, 2003, n. 4, 107, parla di una sorta di terza via, con l'introduzione di vincoli di tipo definitorio e sanzionatorio onde impedire un uso improprio delle collaborazioni coordinate e continuative. Sul punto, si veda anche A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusiva ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *www.dirittodellavoro.it*, in *ILLeJ*, 2004, 1, che qualifica il lavoro a progetto come un « sottotipo del contratto d'opera, quale sua variante definitoria e disciplinare, piuttosto che come un *tertium genus* separato ed autosufficiente ».

<sup>(29)</sup> Su cui si rimanda, *supra*, all'introduzione a cura di C. Enrico, M. Tiraboschi. Cfr., per un riepilogo dell'ampio dibattito sviluppatosi, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 209.

<sup>(30)</sup> V. più in dettaglio *infra* nella Sez. (B).

rinvii alla contrattazione collettiva in funzione della specificazione del dettato normativo <sup>(31)</sup>.

Sarebbe comunque errato considerare il decreto legislativo in esame come una forte limitazione alle libere determinazioni dell'autonomia negoziale delle parti. Infatti, occorre ribadire che le collaborazioni coordinate e continuative sono una figura indicativa non tanto di una fattispecie negoziale tipica, ma piuttosto di un insieme indistinto di rapporti di lavoro accomunati genericamente dal vincolo della dipendenza economica e, dunque, dalla disparità contrattuale del collaboratore rispetto al committente <sup>(32)</sup>. E si tratta di un insieme di rapporti che negli ultimi anni si sono espansi in maniera assai rapida ed incontrollata.

Dato il rilevante numero di collaborazioni fittizie ed irregolari, non era certo possibile immaginare di governare le disfunzioni dell'ordinamento nell'area grigia tra autonomia e subordinazione mediante il solo controllo giurisdizionale.

L'opzione concettuale di considerare il lavoro coordinato e continuativo come una forma di lavoro autonomo genuino e dunque di prevenire un utilizzo improprio di tale figura si è conseguentemente tradotta in un'operazione di politica legislativa volta a far transitare quanti più rapporti possibili, e secondo una certa gradualità temporale, dall'incerta area del lavoro grigio o atipico agli schemi del lavoro dipendente, ora opportunamente ampliati e diversificati in funzione di questo obiettivo di sostanziale rimodulazione delle tutele verso forme di flessibilità regolata e — sindacalmente — controllata coerente con l'evoluzione dei rapporti economici e sociali.

Il decreto legislativo n. 276/2003, costituisce, in sostanza, la *pars destruens* del disegno riformatore delineato nel *Libro Bianco* sul mercato del lavoro <sup>(33)</sup>, ossia la necessaria premessa per la messa a punto del più ampio ed ambizioso progetto di « Statuto dei lavori », che è la

---

<sup>(31)</sup> Va ricordato che nella fase finale di approvazione del d.lgs. n. 276/2003, è stato il rifiuto di Confindustria a prevedere qualsivoglia rinvio alla contrattazione collettiva nell'area del lavoro coordinato e continuativo e a rafforzare l'idea di delimitarne rigorosamente l'area di operatività al lavoro genuinamente autonomo.

<sup>(32)</sup> Sul punto v., tra i tanti, G. FERRARO, *Tipologie flessibili*, Giappichelli, Torino, 2002, 126.

<sup>(33)</sup> Parte della dottrina sostiene, invece, che il decreto si ponga in contraddizione con il disegno riformatore delineato dal *Libro Bianco* del 2001. Così R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2003, n. 25 ([www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it)).

*pars construens*, su cui è stato registrato un ampio consenso con la firma del Patto per l'Italia del 5 luglio 2002 <sup>(34)</sup>.

In altre parole, era necessario anzitutto aggregare e fare emergere, attraverso le nuove tipologie contrattuali, quella miriade di prestazioni lavorative collocate nell'area del lavoro grigio e, sempre più spesso, del lavoro nero e irregolare. E questo è l'obiettivo del decreto n. 276/2003: aggredire quella immensa area di lavoro nero e irregolare, rispetto alla quale ogni singolo contratto di lavoro costituisce una forma *sui generis* di flessibilità contrattuale, laddove la codificazione di uno « Statuto dei lavori » senza aver prima identificato, costruito ed aggregato modalità di lavoro rese oggi in uno stato di totale anomia normativa e sindacale, avrebbe costituito un'operazione destinata a rimanere sulla carta.

---

<sup>(34)</sup> Così M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, cit.





## 2.

### LE IPOTESI DI COLLABORAZIONI COORDINATE E CONTINUATIVE ESCLUSE DALLA MODALITÀ A PROGETTO

MARTA ROSSI

SOMMARIO: 1. Le ipotesi escluse dall'ambito di applicazione del Capo I del Titolo VII del decreto legislativo n. 276/2003. — 2. Gli agenti e i rappresentanti di commercio. — 3. Le prestazioni occasionali. — 4. Le professioni intellettuali. — 5. Le collaborazioni con società sportive dilettantistiche. — 6. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e i partecipanti a collegi e commissioni. — 7. I percettori di pensione di vecchiaia. — 8. La pubblica amministrazione.


#### 1. Le ipotesi escluse dall'ambito di applicazione del Capo I del Titolo VII del decreto legislativo n. 276/2003.

Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e in specie l'articolo 61, delimita l'ambito soggettivo di applicazione del Capo I, Titolo VII, dedicato al lavoro a progetto, indicando i rapporti o le attività di collaborazione coordinata e continuativa che restano esclusi dalla nuova disciplina rimanendo, quindi, sottoposti al regime di cui all'articolo 409 c.p.c., nonché alle discipline fiscali e previdenziali che a tale norma si riferiscono.

Occorre ricordare che scopo della disciplina che emerge dagli articoli 61-69 del decreto legislativo n. 276/2003 è quello di « impedire l'utilizzo improprio o fraudolento delle collaborazioni coordinate e continuative » in elusione della normativa inderogabile del diritto del lavoro <sup>(1)</sup>. Ne consegue che, al di fuori del campo di applicazione dell'articolo 61, decreto legislativo n. 276/2003, si collocano fattispecie che « non presentano significativi rischi di elusione » <sup>(2)</sup>.

Rientrano, quindi, nella lista degli esclusi: i rapporti di collabora-

---

<sup>(1)</sup> In tal senso la circ. Min. lav. n. 1/2004, in  *Lavoro a progetto*.

<sup>(2)</sup> Cfr. circ. Min. lav. n. 1/2004, cit.

zione degli agenti e dei rappresentanti di commercio (articolo 61, comma 1); le prestazioni occasionali, intendendosi per tali « i rapporti di durata non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivo per lo svolgimento della prestazione sia superiore a 5.000 Euro » (articolo 61, comma 2); le professioni intellettuali per cui è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; le collaborazioni rese nei confronti delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciute dal C.O.N.I.; i componenti degli organi di amministrazione e controllo di società; i partecipanti a collegi e commissioni; i collaboratori che percepiscono la pensione di vecchiaia (articolo 61, comma 3).


A queste esclusioni, specifiche del lavoro a progetto, il legislatore ha operato un'ulteriore esclusione di portata generale: la pubblica amministrazione (articolo 1, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003).

Occorre, altresì, considerare che rientrano nell'ambito delle fattispecie escluse anche quelle collaborazioni coordinate e continuative mantenute in vita dall'articolo 86, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003. La norma, infatti, prevede che le collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina previgente, che non possano essere ricondotte ad un progetto o a una fase di esso, mantengano efficacia fino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ossia non oltre il 23 ottobre 2004, ovvero sino alla successiva data individuata nell'ambito di accordi sindacali di transizione stipulati in sede aziendale.

In verità, si è obiettato che la proroga della durata di tali contratti concordata in sede sindacale, potrebbe costituire un'ipotesi generale, essendo ammessa senza limiti formali e con possibilità di rinvio per tempi anche molto lunghi<sup>(3)</sup>. Fortunatamente, in data 6 ottobre 2004, è stato emanato il decreto legislativo n. 251 recante *Disposizioni correttive del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*<sup>(4)</sup>, che ha modificato l'articolo 86 disponendo che gli accordi sindacali non potranno comunque attribuire efficacia alle collaborazioni coordinate e

---

<sup>(3)</sup> In tal senso P. DI NUNZIO, *Le collaborazioni coordinate e continuative*, in AA.VV. (a cura di), *Le nuove collaborazioni*, in *GLav*, 2004, spec., 77; M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *LG*, 2003, n. 9, 816.

<sup>(4)</sup> In  *Riforma Biagi*.

continuative stipulate ai sensi della disciplina previgente oltre il 24 ottobre 2005.

Di seguito analizziamo le singole ipotesi di esclusione.

## 2. Gli agenti e i rappresentanti di commercio.

La prima delle fattispecie che risultano escluse dall'ambito di applicazione dell'articolo 61, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003, è rappresentata dagli agenti e dei rappresentanti di commercio <sup>(5)</sup>.

In tal modo il legislatore sana una dimenticanza della legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, che non aveva considerato il primo e storico tipo di collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale, e cioè l'agente di commercio <sup>(6)</sup>.

Gli agenti e i rappresentanti di commercio, infatti, sono lavoratori parasubordinati tipici, in quanto espressamente nominati nella disposizione dell'articolo 409, n. 3, c.p.c., in considerazione della continuità della prestazione lavorativa — insita nella stabilità dell'incarico (articolo 1742, comma 1, c.c.) — e del coordinamento della propria attività, derivante dall'obbligo di conformarsi alle istruzioni ricevute (articolo 1746, comma 1, c.c.) <sup>(7)</sup>.

Tali figure divengono pertanto una fattispecie del tutto autonoma e distaccata di parasubordinazione, acquistando o meglio conservando una propria autonomia speciale <sup>(8)</sup>.

Gli agenti, anche non parasubordinati — articoli 1742 e ss. c.c. come novellati dal decreto legislativo 15 febbraio 1999, n. 65, in attuazione della direttiva comunitaria n. 653/1986/CE <sup>(9)</sup> —, sono destinatari di disposizioni specifiche: il divieto salvo casi particolari dello star del credere (articolo 1746 c.c.); una indennità di cessazione del rapporto (articolo 1751 c.c.); il preavviso, salvo giusta causa, in caso di recesso da un contratto a tempo indeterminato (articolo 1750 c.c.); un privilegio generale sui beni mobili del preponente per le provvigioni dell'ultimo anno e le indennità di fine rapporto (articolo 2751-*bis*, n. 3, c.c.); una disciplina del patto di non concorrenza (articolo 1751-*bis* c.c.).


---

<sup>(5)</sup> Cfr. il contributo di F. PASQUINI, *Il contratto di agenzia*, in questa Parte, Sez. (C).

<sup>(6)</sup> M. MISCIONE, *op. cit.*, 815.

<sup>(7)</sup> A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 15.

<sup>(8)</sup> M. MISCIONE, *Qualificazione dell'agente di commercio*, in *LG*, 2003, n. 7, 605.

<sup>(9)</sup> In  *Agenzia (contratto di)*.

### 3. Le prestazioni occasionali.



Restano escluse dall'ambito applicativo della regolamentazione dettata per il lavoro a progetto le prestazioni occasionali, e cioè i « rapporti di durata non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivo per lo svolgimento della prestazione sia superiore a 5.000 Euro » — articolo 61, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(10)</sup>.

La norma, che per la prima volta tipizza la nozione di lavoro occasionale <sup>(11)</sup>, rinvia ad un duplice criterio per l'individuazione di tale tipologia di lavoro: da un lato, un criterio temporale che fa riferimento alla durata complessiva del rapporto che non deve essere superiore a trenta giorni nell'anno solare con lo stesso committente e dall'altro un criterio economico, riferito al compenso percepito dal lavoratore che non deve superare i 5.000 euro nel medesimo anno solare <sup>(12)</sup>.

Alcuni dubbi erano sorti in merito alla necessità di riferire entrambi i criteri, sia quello temporale che quello economico, ad uno stesso committente ovvero a più committenti.

Secondo l'interpretazione fatta propria dal Ministero del lavoro con la circolare n. 1/2004 e dall'Inps con la circolare n. 9/2004 <sup>(13)</sup>, anche il limite economico dei 5.000 euro — oltre a quello temporale riferito al numero di giorni lavorativi — deve intendersi riferito ad un unico committente <sup>(14)</sup>.

<sup>(10)</sup> Cfr. L. DE MARCO, *Il lavoro occasionale: profili problematici*, e A. ASNAGHI, *Lavoro coordinato e continuativo e lavoro occasionale: profili previdenziali*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(11)</sup> Nel lavoro subordinato il legislatore ha individuato la nozione di lavoro occasionale unicamente nell'ambito dei contratti di lavoro a tempo determinato disciplinati dal d.lgs. n. 368/2001, ai sensi del quale sono occasionali i rapporti la cui durata non sia superiore a 12 giorni, ovvero quei rapporti destinati all'esecuzione di speciali servizi nel settore del turismo e dei pubblici servizi di durata non superiore a 3 giorni, in  *Lavoro a termine*. Ulteriore riferimento al lavoro autonomo occasionale è contenuto nell'art. 44, comma 2, l. n. 326/2003, da cui risulta che i soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale sono obbligati all'iscrizione presso la gestione separata Inps qualora il reddito annuo derivante da dette attività sia superiore a 5.000 euro, in  *Lavoro autonomo*.

<sup>(12)</sup> F. LUNARDON, *Ai confini dell'impero: il lavoro autonomo regolato (lavoro a progetto e lavoro occasionale) e la certificazione*, in *LG*, 2004, 268.

<sup>(13)</sup> In  *Lavoro a progetto*.

<sup>(14)</sup> «I limiti dei trenta giorni e dei cinquemila euro annui devono essere entrambi riferiti a ciascun singolo committente. Conseguentemente il superamento di detti limiti annui per effetto del susseguirsi, in capo allo stesso collaboratore, di una

Il medesimo articolo 61 prevede che, in caso di superamento della soglia dei 5.000 euro « trovano applicazione la disposizioni contenute nel presente capo ».

Ciò significa che quel rapporto di collaborazione occasionale va considerato quale lavoro a progetto.

Rientrano, dunque, nell'ambito del lavoro a progetto, per il quale s'impone la corrispondente regolamentazione, anche le prestazioni di un solo o di pochi giorni purché il compenso sia superiore a 5.000 euro <sup>(15)</sup>.

Poiché la norma si riferisce al compenso complessivamente « percepito » (e non pattuito), alcuni Autori hanno sostenuto che l'elemento discrezionale per ricondurre la prestazione occasionale al proprio ambito di applicazione o a quello del lavoro a progetto va individuato nella effettiva percezione di un compenso che ricada interamente in un unico anno solare, a prescindere da quanto sia stato eventualmente pattuito nel contratto <sup>(16)</sup>.

Altri Autori ritengono, invece, che l'elemento discriminante tra detta fattispecie ed il lavoro a progetto sarebbe rappresentato dal requisito dell'occasionalità e cioè dall'« entità contenuta » (sia sotto il profilo dell'estensione temporale della prestazione, sia in ragione della modesta entità del corrispettivo) del ricorso alla figura di collaborazione coordinata e continuativa <sup>(17)</sup>.

#### 4. Le professioni intellettuali.

Ai sensi dell'articolo 61, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003, sono escluse dall'ambito di applicazione del lavoro a progetto le « professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi » esistenti alla data di entrata in vigore del decreto n. 276/2003 — 24 ottobre 2003 <sup>(18)</sup>.

---

pluralità di rapporti, non rende necessaria l'esistenza del progetto o del programma di lavoro » (in tal senso la circ. Inps n. 9/2004).

<sup>(15)</sup> G. NICOLINI, *Compendio di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, 35.

<sup>(16)</sup> In tal senso L. CASTELVETRI, *Lavoro a progetto. Finalità e disciplina*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 143.

<sup>(17)</sup> A. PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 729.

<sup>(18)</sup> Cfr. i contributi di R. CONTINISIO, *I rapporti professionali*, e P. DUI, *I rapporti di lavoro dei giornalisti*, entrambi in questa Parte, Sez. (C).

La norma si riferisce a tutti i professionisti che per poter legittimamente esercitare determinate professioni intellettuali — quali l'architetto, l'avvocato, il giornalista, il commercialista ecc. — devono necessariamente iscriversi in un Albo professionale <sup>(19)</sup> e sempre che l'Albo sia già esistente alla data del 24 ottobre 2003.

La disciplina sul lavoro a progetto dovrà invece trovare applicazione per i professionisti iscritti in Albi di nuova formazione <sup>(20)</sup>.

Dunque, in applicazione della nuova disciplina di cui agli articoli 61 e ss., decreto legislativo n. 276/2003, il committente che voglia instaurare un contratto di collaborazione coordinata e continuativa con un professionista — senza dover redigere un progetto determinato — dovrà verificare, in primo luogo, che l'oggetto della prestazione corrisponda a quello tipico di una professione intellettuale per il cui esercizio sia richiesta l'iscrizione in un Albo obbligatorio, secondariamente che il collaboratore sia effettivamente iscritto al predetto Albo professionale <sup>(21)</sup>.

## 5. Le collaborazioni con società sportive dilettantistiche.

Sono altresì esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 61, decreto legislativo n. 276/2003, « i rapporti e le attività di collaborazione coordinata e continuativa comunque rese e utilizzate a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline spor-

---

<sup>(19)</sup> L'Albo viene tenuto dalle associazioni professionali di categoria che curano l'accertamento dei requisiti per l'iscrizione e provvedono alla cancellazione o alla sospensione degli iscritti su cui esercitano anche un potere disciplinare ai sensi dell'art. 2229 c.c.

<sup>(20)</sup> A parere di M. SFERRAZZA, *Il contratto di lavoro a progetto*, Giuffrè, Milano, 2004, 60, « non è dato comprendere perchè l'esclusione è riferita solamente a coloro che risultino iscritti negli appositi albi esistenti alla data di entrata in vigore della nuova disciplina, con preclusione per altre categorie professionali in relazione alle quali venga successivamente istituito un apposito albo ».

<sup>(21)</sup> Secondo C. CARDARELLO, A. TIRANNA, C. MAZZAMAURO, A. PATRIZI MONTORO, *La legge Biagi e la nuova disciplina dei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 368, « la estrema varietà delle leggi professionali in vigore, e la frequenza con cui le norme consentono lo svolgimento delle medesime attività anche in regime di subordinazione e di mancanza di iscrizione all'Albo stesso, rende improponibile una lettura della norma di carattere oggettivo (con esonero dal progetto di tutti i contratti di co.co.co. che abbiano ad oggetto le attività proprie delle professioni intellettuali, a prescindere dall'effettiva iscrizione all'Albo del collaboratore autonomo) ».

tive (...) individuate e disciplinate dall'articolo 90 della legge 27 dicembre n. 289 ».

La norma in esame si riferisce solo alle collaborazioni individuate dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 <sup>(22)</sup> che ha esteso il regime fiscale delle collaborazioni coordinate e continuative (di cui all'articolo 81, comma 1, lettera *m*), Tuir) ai rapporti aventi « carattere amministrativo-gestionale di natura non professionale resi in favore di società e associazioni sportive dilettantistiche » posti in essere a partire dall'anno 2003.

In altre parole, ricadono nel campo di applicazione del lavoro a progetto tutte le altre collaborazioni instaurate da una società o da una associazione sportiva dilettantistica che non siano riconducibili a quelle richiamate <sup>(23)</sup>.

La qualifica di società sportive « dilettantistiche » comporta la riconduzione, nel campo di applicazione del lavoro a progetto anche delle associazioni e società sportive professionistiche ad esclusione degli sportivi <sup>(24)</sup>.

Nessuna presunzione favorevole, né esclusione dal lavoro a progetto, è invece rinvenibile per le figure differenti dagli atleti che prestino la propria opera in favore delle associazioni sportive professionistiche <sup>(25)</sup>.


## 6. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e i partecipanti a collegi e commissioni.

Altro caso di esclusione dalla disciplina delle collaborazioni a progetto è quello dei « componenti degli organi di amministrazione e

---

<sup>(22)</sup> In  *Lavoro sportivo*.

<sup>(23)</sup> A. PERULLI, *op. cit.*, 736.

<sup>(24)</sup> L'art. 3, l. n. 91/1981, prevede una presunzione di autonomia della prestazione sportiva professionistica resa a titolo oneroso dall'atleta quando ricorra almeno uno dei seguenti requisiti: *a*) l'attività sia svolta nell'ambito di una singola manifestazione sportiva o di più manifestazioni tra loro collegate in un breve periodo di tempo, *b*) l'atleta non sia contrattualmente vincolato per ciò che riguarda la frequenza alle sedute di preparazione o allenamento, *c*) la prestazione che è oggetto del contratto, pur avendo carattere continuativo, non superi otto ore settimanali oppure cinque giorni ogni mese ovvero trenta giorni ogni anno, in  *Lavoro sportivo*.

<sup>(25)</sup> In tal senso C. CARDARELLO, A. TIRANNA, C. MAZZAMAURO, A. PATRIZI MON-  
TORO, *op. cit.*, 372.

controllo delle società e [de]i partecipanti a collegi e commissioni » (articolo 61, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003).

La formulazione della norma non sembra ricomprendere tutti i soggetti i cui redditi — analogamente ai componenti degli organi societari — sono assoggettati ai redditi dei lavoratori parasubordinati — articoli 47 e 49 del Tuir <sup>(26)</sup>.

In particolare, non sono compresi gli amministratori, sindaci o revisori di associazioni e altri enti con o senza personalità giuridica.

L'opinione prevalente è che anche tali soggetti possano essere estensivamente equiparati fra i « partecipanti a collegi e commissioni » che l'articolo 61, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003, espressamente esclude dal lavoro a progetto <sup>(27)</sup>.

Tale interpretazione è avvalorata altresì dalla più volte citata circolare del Ministero del lavoro n. 1/2004 che nell'espressione « collegi e commissioni » include anche quegli « organismi aventi natura tecnica ». Ciò al fine di estendere il beneficio dell'esclusione anche a favore dei componenti di collegi e commissioni non previsti per Statuto.

Per quanto riguarda, invece, i soci di società che non rivestono la qualifica di amministratori e che svolgono attività lavorativa nelle forme della collaborazione coordinata e continuativa, essi dovranno adeguare il loro rapporto alla nuova disciplina del lavoro a progetto ed instaurare con la società un ulteriore e distinto rapporto di collaborazione coordinata non occasionale, analogamente a quanto accade per i soci di cooperativa <sup>(28)</sup>.

## 7. I percettori di pensione di vecchiaia.

L'articolo 61, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003 esclude dal regime del lavoro a progetto « coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia ».

Si tratta di un ipotesi che non era prevista nell'originario impianto normativo e che si giustifica se si considera che tali soggetti, in quanto titolari di un trattamento di quiescenza, non necessitano particolar-

---

<sup>(26)</sup> In  *Retribuzione*.

<sup>(27)</sup> L. CASTELVETRI, *op. cit.*, 148; nello stesso senso M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, cit., 816.

<sup>(28)</sup> In tal senso M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, cit., 816.



mente di una tutela mirata in sede di instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro <sup>(29)</sup>.

I titolari di trattamento pensionistico, dunque, potranno continuare a prestare attività lavorativa sotto forma di collaborazione coordinata e continuativa e saranno esentati dai contributi previdenziali <sup>(30)</sup>.

Per l'esclusione di tale categoria di soggetti, la norma richiede la sussistenza sia dei requisiti per il percepimento della pensione di vecchiaia (età anagrafica di 65 anni per gli uomini e 60 per le donne ed il possesso di 20 anni di contributi), sia l'effettiva percezione da parte del collaboratore di tale trattamento pensionistico <sup>(31)</sup>.

## 8. La pubblica amministrazione.

Al di fuori della riforma restano le pubbliche amministrazioni che, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003, sono escluse dall'applicazione generalizzata del decreto medesimo <sup>(32)</sup>.

Di conseguenza, per ciò che riguarda il lavoro a progetto, le pubbliche amministrazioni potranno continuare ad avvalersi di collaborazioni coordinate e continuative tradizionali.

Ciò sempre e comunque nel rispetto dei limiti imposti al ricorso a collaborazioni esterne dalle specifiche norme di diritto amministrativo <sup>(33)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> In tal senso A. PERULLI, *op. cit.*, 737.

<sup>(30)</sup> M. SFERRAZZA, *op. cit.*, 62.

<sup>(31)</sup> C. CARDARELLO, A. TIRANNA, C. MAZZAMAURO, A. PATRIZI MONTORO, *op. cit.*, 363.

<sup>(32)</sup> Si vedano i contributi nella Parte VI, Sez. (A), di questo volume, e soprattutto, le riflessioni di P. RAUSEI, *L'adesione volontaria della Pubblica Amministrazione al lavoro a progetto: luci e ombre di una ipotetica certificazione del contratto*, relativamente all'estensione dell'applicazione di alcuni istituti del d.lgs. n. 276/2003 alla P.A.

<sup>(33)</sup> Per una ricostruzione della disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative dopo la riforma si rimanda a M. SQUAGLIA, *Il retaggio della collaborazione coordinata e continuativa nella Pubblica Amministrazione: spunti ricostruttivi dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *MGL*, 2004, n. 1-2, 29 ss.



### 3.

## IL LAVORO OCCASIONALE: PROFILI PROBLEMATICI

LUCIANO DE MARCO


SOMMARIO: 1. L'esclusione dei rapporti « occasionali » dall'ambito di applicazione della disciplina del lavoro a progetto. — 2. La definizione di lavoro « occasionale » fornita dal legislatore della riforma. — 3. Le collaborazioni occasionali di lavoro autonomo. — 4. Le prestazioni occasionali di lavoro autonomo rientranti nel contratto d'opera di cui all'articolo 2222 c.c. — 5. Le critiche al sistema delineato dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. — 6. Il lavoro occasionale accessorio. Rinvio.

#### 1. L'esclusione dei rapporti « occasionali » dall'ambito di applicazione della disciplina del lavoro a progetto.

Si è in precedenza rilevato <sup>(1)</sup> che il nuovo regime delle collaborazioni coordinate e continuative predisposto dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, non trova applicazione con riferimento: a) alle Pubbliche Amministrazioni (articolo 1, comma 2); b) agli agenti ed ai rappresentanti di commercio (articolo 61, comma 1); c) alle professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi Albi professionali esistenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo (articolo 61, comma 3); d) alle collaborazioni coordinate e continuative comunque rese ed utilizzate a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate ed agli enti di promozione sportiva riconosciute dal Coni, come individuate e disciplinate dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 <sup>(2)</sup> (articolo 61, comma 3); e) ai componenti degli organi di amministrazione e di

---

<sup>(1)</sup> Cfr. il contributo di M. Rossi, *Le ipotesi di collaborazioni coordinate e continuative escluse dalla modalità a progetto*, che precede.

<sup>(2)</sup> In  *Lavoro sportivo*.

controllo delle società ed ai partecipanti ai collegi e commissioni (articolo 61, comma 3); f) nonché a coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia (articolo 61, comma 3).

Altra area di esclusione dell'applicazione della disciplina contenuta negli articoli 61-69 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è, ai sensi dell'articolo 61, comma 2 del decreto legislativo stesso, quella dei rapporti di lavoro « occasionali » <sup>(3)</sup>.

Il legislatore, al fine di evitare fenomeni elusivi della normativa di tutela del lavoro subordinato, ha innanzitutto definito il concetto di lavoro occasionale — le cosiddette collaborazioni occasionali — intendendosi per tali tutti i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, sempre che il compenso complessivamente percepito nel medesimo anno solare, e sempre con lo stesso committente, non sia superiore a 5.000 euro.


Dopodichè, ha statuito con perentorietà che nel caso che sia superato il limite dei 5.000 euro, trovano applicazione le disposizioni sul lavoro a progetto.

Come è stato precisato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con la circolare 8 gennaio 2004, n. 1 <sup>(4)</sup>, le collaborazioni occasionali sono collaborazioni coordinate e continuative per le quali, data la loro « limitata portata », si è ritenuto che non fosse necessario il riferimento al progetto e, dunque, di sottrarle all'ambito di applicazione della nuova normativa.

Tali rapporti di collaborazione coordinata e continuativa si distinguono dalle prestazioni occasionali di tipo accessorio, rese ai sensi degli articoli 70 e ss. del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 <sup>(5)</sup>, sia soprattutto dalle attività di lavoro autonomo vero e proprio, rispetto alle quali « non si riscontra un coordinamento ed una continuità nelle prestazioni e che proprio per questa loro natura non sono soggette agli

---

<sup>(3)</sup> Sul lavoro « occasionale », v. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *GLav*, giugno 2003, n. 4, suppl.; V. PINTO, *Le collaborazioni coordinate e continuative ed il lavoro a progetto*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 5-7.

<sup>(4)</sup> In  *Lavoro a progetto*.

<sup>(5)</sup> Sul lavoro occasionale di tipo accessorio, v. G. MAUTONE, *Lavoro accessorio e prestazioni che esulano dal mercato del lavoro*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 112 ss.

obblighi contributivi previsti per le collaborazioni coordinate e continuative, bensì a quelli di cui all'art. 44, comma 2, del decreto-legge n. 269 del 30 settembre 2003, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 » (6).

Occorre sottolineare che, contrariamente a quanto si potrebbe essere indotti a pensare, il regime delle deroghe non dà in ogni caso luogo ad un'area sottratta agli interventi giudiziari o degli organi ispettivi.

Si ricade, infatti, nell'ambito del lavoro coordinato e continuativo sì senza « progetto », ma pur sempre reso senza vincolo di subordinazione.

Attenta dottrina ha osservato che « non troppo paradossalmente, mentre l'area presidiata dal 'progetto' consente, ai sensi dell'articolo 69, comma 3, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, una certa tranquillità alle parti contrattuali in merito alla fedele esecuzione del programma negoziale concordato, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa resi secondo le modalità tradizionali potranno sempre essere oggetto di ampie incursioni, mancando l'obbligo di definire *ex ante* le modalità di esecuzione della prestazione di lavoro dedotta in contratto » (7).

## **2. La definizione di lavoro « occasionale » fornita dal legislatore della riforma.**

Il primo interrogativo che ci si è posti nell'interpretazione dell'articolo 61, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è se il legislatore con tale norma abbia voluto introdurre una nuova ed unica definizione di lavoro autonomo occasionale, valida sia agli effetti civilistici che a quelli fiscali e previdenziali, oppure abbia voluto soltanto distinguere, nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative, due modalità di esecuzione delle prestazioni dalle quali conseguono effetti diversi (8).

Si può sostenere che, anche a seguito di quanto precisato nella circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 8 gennaio

---

(6) Così la circ. Min. lav. n. 1/2004.

(7) Così M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *Le nuove collaborazioni*, in *GLav*, gennaio 2004.

(8) Cfr. il contributo di A. ASNAGHI, *Lavoro coordinato e continuativo e lavoro occasionale: profili previdenziali*, che segue.

2004, n. 1, sopra citata, possa essere seguita la seconda delle ipotesi sopra indicate per le ragioni che diremo in seguito.

Poiché l'articolo 61, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, stabilisce che « dalla disposizione di cui al comma 1 sono escluse le prestazioni occasionali ... », sembrerebbe lecito sostenere che l'esclusione di tali prestazioni occasionali dalle disposizioni sulle collaborazioni coordinate e continuative a progetto di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c., si sia resa necessaria perché questi rapporti potenzialmente dovrebbero esservi compresi.

Pertanto, dal momento che, appunto, il comma 1 dell'articolo 61 si riferisce ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c., i rapporti definiti « occasionali », espressamente esclusi dall'ambito di applicazione delle norme sul lavoro a progetto, dovrebbero consistere in collaborazioni continuative e personali, non subordinate, per le quali, tuttavia, in relazione alla esiguità della prestazione (sia in termini di tempo che di corrispettivo), la loro riconducibilità ad uno specifico progetto o programma di lavoro, che a sua volta richiede una articolazione più o meno complessa, appare poco coerente.

D'altra parte, se il riferimento normativo fosse a tutte le collaborazioni « occasionali » e, quindi, anche a quelle non caratterizzate da un minimo di collaborazione e continuità, ne deriverebbe che una collaborazione resa in modo del tutto estemporaneo (ad esempio per poche ore) per il solo fatto di aver superato a titolo di compenso la somma di 5.000 euro dovrebbe essere automaticamente ricondotta alla disciplina del contratto a progetto, assolutamente incompatibile con la suddetta prestazione proprio perché mancano i presupposti per costruire e determinare un progetto specifico articolato.

A conferma di tale interpretazione, la circolare 8 gennaio 2004, n. 1, del Ministero del lavoro ha stabilito, infatti, che tali prestazioni « occasionali » sono « collaborazioni coordinate e continuative per le quali, data la loro limitata portata, si è ritenuto non fosse necessario il riferimento al progetto e, dunque, di sottrarle dall'ambito di applicazione della nuova normativa » e che « tali rapporti di collaborazione coordinata e continuativa si distinguono sia dalle prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti di cui agli articoli 70 e seguenti del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sia dalle attività di lavoro autonomo occasionale vero e proprio, ossia dove non si riscontrano un coordinamento ed una continuità delle prestazioni e che proprio per questa loro natura non sono soggette agli obblighi

contributivi previsti per le collaborazioni coordinate e continuative, bensì a quelli di cui all'articolo 44, comma 2, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 ».

Ne consegue, quindi, che tutte le altre tipologie di prestazioni occasionali, ossia che non hanno le caratteristiche sopra indicate, devono considerarsi automaticamente escluse dalle disposizioni del titolo VII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in quanto per le stesse una previsione esplicita sarebbe superflua.

Si possono dunque individuare collaborazioni occasionali di lavoro autonomo e prestazioni occasionali di lavoro autonomo rientranti nel contratto d'opera *ex* articolo 2222 c.c.

### 3. Le collaborazioni occasionali di lavoro autonomo.

Tali tipologie contrattuali sono caratterizzate da prestazioni coordinate e continuative (e, quindi, pur in presenza di un risultato da conseguire, il prestatore potrebbe essere, in parte, inserito nella struttura e lavorare con mezzi forniti dal committente), svolte con prevalente lavoro personale, dove non sussistono vincoli di subordinazione, senza un progetto specifico, ovvero programma o fase di lavoro.

La durata dei rapporti con lo stesso committente non deve superare, complessivamente, i trenta giorni nel corso dell'anno solare ed il compenso complessivamente percepito nel medesimo anno solare — sempre con lo stesso committente — non deve superare i 5.000 euro.

Per quanto riguarda i limiti indicati, si ritiene, anche alla luce delle precisazioni da parte del Ministero del lavoro, che entrambi i limiti riguardino lo stesso committente e cioè che sia lecita la conclusione, da parte dello stesso soggetto, di più contratti di collaborazione occasionale con più committenti nel corso dello stesso anno solare di durata, ognuno, inferiore a trenta giorni ed il cui compenso non supera, per ogni contratto, i 5.000 euro <sup>(9)</sup>.

Inoltre, poiché la norma fa riferimento all'anno solare, il computo dello stesso deve essere effettuato considerando 12 mesi dal momento della conclusione del contratto.

Il superamento dei suddetti limiti comporta, come stabilito dal

---

(9) Sul punto, v. E. VITIELLO, *I nuovi rapporti di lavoro: secondo la « Riforma Biagi »*, Cedam, Padova, 2004, 233-234; E. MASSI, *Riforma del mercato del lavoro. Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in *DPL*, ottobre 2003, n. 4, suppl., 21.

comma 2 dell'articolo 61 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, l'applicazione delle disposizioni previste per il contratto a progetto, sempre che il rapporto sia caratterizzato dai necessari elementi del coordinamento e della continuità, sia pure ovviamente limitata.

Nel caso in cui, invece, i due elementi siano del tutto assenti, e quindi il rapporto si configuri come contratto d'opera, essi sono influenti.

Lo ha precisato anche il Ministero del lavoro con la più volte citata circolare n. 1/2004, quando afferma che « nel caso in cui un prestatore d'opera superi, nei rapporti con lo stesso committente, uno dei due limiti previsti dall'articolo 61, comma 2 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, non necessariamente lo stesso prestatore dovrà vedere qualificato il proprio rapporto come collaborazione a progetto o a programma, ben potendosi verificare il caso che quel prestatore abbia reso una o più prestazioni d'opera ai sensi dell'art. 2222 e seguenti c.c. ».

#### **4. Le prestazioni occasionali di lavoro autonomo rientranti nel contratto d'opera di cui all'articolo 2222 c.c.**

Si ritiene che in questo caso il rapporto sia caratterizzato da una o più prestazioni episodiche, non riconducibili ad uno o più progetti specifici o programmi di lavoro, anche con lo stesso soggetto.

In pratica, la prestazione dovrebbe essere resa da un soggetto che abitualmente non svolge altra attività di lavoro autonomo e per la quale mancano i requisiti della continuità e della collaborazione, ma che, utilizzando i termini più volte usati dalla giurisprudenza, è « ad esecuzione istantanea ».

A tale proposito, la circolare n. 1/2004 sopra citata ricorda che « sia l'introduzione nel nostro ordinamento della fattispecie dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa nella modalità a progetto sia la previsione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa a carattere occasionale *ex* articolo 61, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, non hanno certamente comportato la abrogazione delle disposizioni del contratto d'opera di cui all'art. 2222 e seguenti c.c. ».

Pertanto, ad esempio, nel caso di un prestatore d'opera che superi, nei rapporti con uno stesso committente, uno dei due limiti previsti dall'articolo 61, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, non necessariamente dovrà veder qualificato il proprio rapporto



come collaborazione a progetto o a programma, ben potendosi verificare il caso che quel prestatore abbia reso una o più prestazioni d'opera ai sensi degli articoli 2222 e ss. c.c.

Dunque, a conclusione del discorso sopra svolto in riferimento al dato normativo, si può sostenere che il lavoratore autonomo occasionale può essere definito colui il quale si obbliga a compiere un'opera od un servizio con lavoro prevalentemente proprio, senza vincolo di subordinazione e senza alcun coordinamento con il committente (l'esercizio dell'attività deve essere del tutto occasionale, senza i requisiti della abitudine e della professionalità).

Le prestazioni occasionali di lavoro autonomo si differenziano dalle collaborazioni occasionali in quanto nelle prime non è previsto un coordinamento con il committente, né una continuità della prestazione, né è posto un vincolo di durata della prestazione ed un limite massimo del compenso.

Quindi, le collaborazioni occasionali, pur trattandosi di prestazioni lavorative di breve durata, devono comunque contenere tutti i requisiti normativi richiesti per le collaborazioni coordinate e continuative. Le attività di lavoro autonomo svolte in forma occasionale (saltuariamente), in modo non professionale, senza vincolo di subordinazione e senza organizzazione di mezzi, rientrano nella categoria dei redditi diversi, con corrispondente assoggettamento alla ritenuta d'acconto del 20% e non in quella dei redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente.

## **5. Le critiche al sistema delineato dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.**

Una parte della dottrina<sup>(10)</sup>, lamentando una certa « oscurità » del quadro complessivo delle fattispecie, ha posto il dubbio di cosa diventi dal punto di vista civilistico il lavoro occasionale che non corrisponda alle caratteristiche richieste dalla legge.

In altre parole, alcuni commentatori, dato per assodato che, in base al comma 2 dell'articolo 61 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in caso di superamento del tetto dei trenta giorni o dei 5.000 euro « trovano applicazione le disposizioni contenute nel presente capo », ossia il rapporto nato come occasionale diventa a progetto, si

---

<sup>(10)</sup> In particolare, v. F. LUNARDON, *Ai confini dell'impero: il lavoro autonomo regolato (lavoro a progetto e lavoro occasionale) e la certificazione*, in *LG*, 2004, n. 3, 268 e 270.

sono però chiesti che cosa accada se il lavoro occasionale, che in realtà occasionale non è, non riesca a tramutarsi in lavoro a progetto per l'assenza di un progetto.

In sostanza, tale corrente critica sostiene che « a voler ad esempio attribuire rilievo al dato letterale (ma anche sistematico, purtroppo) della legge » <sup>(11)</sup> si arriverebbe, in base al combinato disposto degli articoli 61, comma 2, e 69, comma 1 (quest'ultima norma sancendo che i rapporti di collaborazione coordinata continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto), al punto di trasformare il lavoro occasionale in lavoro a progetto qualora superi i trenta giorni nell'anno solare oppure la soglia dei 5.000 euro di compenso, ma di doversi poi dedurre che, qualora manchi il progetto, la prestazione occasionale subisca l'ulteriore sanzione della conversione in rapporto di lavoro subordinato.

Tali critiche possono essere considerate eccessive proprio esaminando il dato normativo: l'articolo 61, comma 2, statuisce che con riferimento alle prestazioni occasionali che superano i limiti indicati dalla medesima norma *trovano applicazione le disposizioni contenute nel presente capo* non dice che debba esservi un « progetto », che evidentemente, essendo il rapporto nato almeno nelle intenzioni iniziali delle parti come occasionale, non c'è e non potrebbe esservi, ma semplicemente statuisce che le regole che valgono per il lavoro a progetto varranno anche per quel rapporto (basti pensare alle norme sul corrispettivo o sulle invenzioni del collaboratore a progetto o sull'obbligo di riservatezza).

E comunque, se anche un simile meccanismo — trasformazione da collaborazione occasionale a collaborazione a progetto a lavoro subordinato a tempo indeterminato — fosse effettivamente previsto dalla legge, non va dimenticato che i caratteri del rapporto di lavoro subordinato devono essere accertati in concreto dal giudice (si veda il comma 2 dell'articolo 69).

## 6. Il lavoro occasionale accessorio. Rinvio.

Il capo II del titolo VII del decreto legislativo 10 settembre 2003,

---

<sup>(11)</sup> F. LUNARDON, *op. cit.*, 268.

n. 276, (articoli 70-74), disciplina il « lavoro occasionale accessorio », rispondendo all'esigenza di recuperare alla trasparenza ed alla regolarità fattispecie che, come in precedenza le collaborazioni coordinate e continuative, tendevano a costituire il tramite per l'elusione della disciplina previdenziale e fiscale.

Inoltre, non va taciuta anche l'esigenza di inserimento di lavoratori di segmenti deboli del mercato, come si evince dall'elenco dei soggetti prestatori di cui al comma 1 dell'articolo 71: disoccupati di lunga durata, casalinghe, disabili, extracomunitari.

Con il lavoro occasionale accessorio questi soggetti possono essere adibiti a determinate mansioni (piccoli lavori domestici, insegnamento privato, ecc.) per riceverne in cambio un pagamento di buoni che potranno essere incassati presso centri all'uopo autorizzati (concessionari).

Il decreto legislativo delegato individua esattamente sia l'oggetto della prestazione (articolo 70, comma 1), sia il corrispettivo (o meglio l'unità di misura di esso): ciascun buono costa al beneficiario 7,5 euro ed il compenso netto del prestatore è di 5,8 euro. La differenza è detratta dal concessionario e versata, per conto del lavoratore, in parte alla gestione separata Inps ed in parte all'Inail <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Il decreto legislativo recante disposizioni modificative e correttive del d.lgs. n. 276/2003, recentemente approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri dispone all'art. 17 che « L'articolo 72 del decreto legislativo è sostituito dal seguente: "Art. 72 - Disciplina del lavoro accessorio - 1. Per ricorrere a prestazioni di lavoro accessorio, i beneficiari acquistano presso le rivendite autorizzate uno o più *carte* di buoni per prestazioni di lavoro accessorio il cui valore nominale è fissato con decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali da emanarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto e periodicamente aggiornato. 2. Tale valore nominale è stabilito tenendo conto della media delle retribuzioni rilevate per le attività lavorative affini a quelle di cui all'articolo 70, comma 1, nonché del costo della gestione del servizio. 3. Il prestatore di lavoro accessorio percepisce il proprio compenso presso il concessionario, di cui al comma 5, all'atto della restituzione dei buoni ricevuti dal beneficiario della prestazione di lavoro accessorio. Tale compenso è esente da qualsiasi imposizione fiscale e non incide sullo stato di disoccupato o inoccupato del prestatore di lavoro accessorio. 4. Il concessionario provvede al pagamento delle spettanze alla persona che presenta i buoni, registrandone i dati anagrafici e il codice fiscale, effettua il versamento per suo conto dei contributi per fini previdenziali all'INPS, alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26 della legge 335 del 1995, in misura pari al 13 per cento del valore nominale del buono e per fini assicurativi contro gli infortuni all'INAIL, in misura pari al 7 per cento del valore nominale del buono e trattiene l'importo autorizzato dal decreto, di cui al comma 1, a titolo di rimborso spese. 5. Il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, con proprio decreto, individua le aree metropolitane e il concessionario del servizio attraverso cui

Si è sostenuto che in tal modo « si realizza una sorta di soluzione transattiva per effetto della quale i lavoratori, in cambio dell'esenzione dagli oneri fiscali attualmente dovuti nella misura del 20%, a titolo di ritenuta d'acconto, sopportano ora gli oneri previdenziali, anch'essi nella misura del 20% »<sup>(13)</sup>.

Il lavoro occasionale accessorio viene sottratto all'area della certificazione, la prestazione lavorativa essendo già certificata dal buono consegnato.

---

avviare una prima fase di sperimentazione delle prestazioni di lavoro accessorio e regolamenta criteri e modalità per il versamento dei contributi di cui al comma 4 e delle relative coperture assicurative e previdenziali” ».

<sup>(13)</sup> Così P. BELLOCCHI, *Il lavoro occasionale accessorio*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, IV, Ipsoa, Milano, 2004.

#### 4.

### LAVORO COORDINATO E CONTINUATIVO E LAVORO OCCASIONALE: PROFILI PREVIDENZIALI

ANDREA ASNAGHI

SOMMARIO: 1. Le tipologie previdenziali dei rapporti di collaborazione dopo le novità introdotte dal decreto legislativo n. 276/2003. — 2. Osservazioni sulle problematiche previdenziali della c.d. « gestione separata ».

#### **1. Le tipologie previdenziali dei rapporti di collaborazione dopo le novità introdotte dal decreto legislativo n. 276/2003.**

Il mondo delle collaborazioni è stato ultimamente investito da innovazioni normative che ne hanno rivoluzionato l'assetto; questi cambiamenti si innestano nella ancora recente produzione legislativa estremamente fertile sull'argomento, il quale desta interesse tanto riguardo all'intento antielusivo che permea lo sforzo legislativo quanto nella considerazione del tentativo di definizione positiva e di inquadramento delle prestazioni a vario titolo rese nella c.d. « zona grigia ».

Le variazioni di notevole interesse che nel giro di pochi anni hanno interessato ora l'ambito fiscale, ora quello previdenziale-assicurativo e finalmente quello più propriamente giuslavoristico, richiedono attualmente una particolare attenzione al commentatore e all'operatore, ed anche (occorrerà dirlo subito) una certa capacità di « interpretazione creativa », considerato che non è stato purtroppo ad oggi tentato un utile e razionale coordinamento tra i tre succitati aspetti normativi, con il risultato che l'orizzonte appare costellato di tipologie variegata, parallele, in parte coincidenti, in parte sovrapposte, in parte ancora divergenti.

Tentarne una definizione, classificazione e distinzione allo stato attuale è, pertanto, quasi *rendere un'interpretazione* privilegiando alcuni concetti-guida nella piccola giungla scaturita da siffatta situazione.

Dal punto di vista previdenziale, poi, la questione è complicata dal fatto che in questo campo l'individuazione dei soggetti destinatari di

una determinata *regulation* è normalmente « di rimando » ed il riferimento ora alla normativa fiscale ora a quella civilistica rende particolarmente sensibile il rischio sopra evidenziato.

La prima grande distinzione (di senso logico, ma con alcune contraddizioni che evidenzieremo) che *in campo previdenziale* occorre fare è quella fra collaborazione coordinata e continuativa e lavoro occasionale <sup>(1)</sup>.

Nel primo macro-gruppo vanno incluse:

— le co.co.co. escluse dall'applicazione del capo I titolo VII (articoli 61-69) del decreto legislativo n. 276/2003 ai sensi del comma 3 dell'articolo 61 (nel nutrito gruppo rientrano anche le collaborazioni c.d. « tipiche », quali quelle di amministratori e componenti degli organi societari di coordinamento e controllo);

— le vecchie co.co.co. che, in forza di accordo sindacale, mantengono la loro efficacia per un periodo transitorio e comunque, con le nuovissime modifiche all'articolo 86 del decreto legislativo n. 276, non oltre il 23 ottobre 2005;

— le collaborazioni rientranti nel lavoro a progetto;

— le cosiddette « mini co.co.co. », ovvero sia il lavoro coordinato e continuativo occasionale, intendendosi per tale quello non necessitato di corrispondere ad un progetto giusta la ridotta consistenza quantitativa individuata dal comma 2, articolo 61 (non superiore a 30 giorni e a 5.000 euro nell'anno solare per ciascun committente).

Il secondo gruppo è costituito, residualmente, da tutte quelle prestazioni individuabili come contratto d'opera *ex* articolo 2222, di natura c.d. istantanea, esercitate in maniera non abituale dai prestatori d'opera, fra cui distinguiamo ulteriormente fra:

— le collaborazioni occasionali « pure », non superiori a 5.000 euro all'anno <sup>(2)</sup>;

— le collaborazioni occasionali « pure » che superano il predetto limite quantitativo annuo, indifferentemente se con uno o più committenti. Queste ultime, a norma dell'articolo 44 del decreto legge n.

---

<sup>(1)</sup> Cfr. il contributo di L. DE MARCO, *Il lavoro occasionale: profili problematici*, che precede.

<sup>(2)</sup> Con il termine « annuo » interpretiamo qui il senso di anno come anno civile o meglio ancora come anno fiscale, vista la lettera dell'art. 44 che parla di « reddito annuo derivante da dette attività ». Il concetto si distingue da quello di anno solare dell'art. 61, comma 2, d.lgs. n. 276 (periodo continuo ininterrotto di 365 giorni a ritroso), pertanto rileviamo come le due norme, *prima facie* insistenti sullo stesso segmento di attività, si riferiscano ad ipotesi assolutamente diverse fra loro.

269/2003 convertito nella legge n. 326/2003 <sup>(3)</sup> sono soggette dal 1° gennaio 2004 al medesimo trattamento ed onere previdenziale delle tipologie di cui al primo gruppo, con la franchigia del ricordato importo di 5.000 euro.

Senza farsi fuorviare dalla descrizione nominale del capo I del titolo VII del decreto legislativo n. 276 (« Lavoro a progetto e lavoro occasionale ») constatiamo quindi che la norma ricordata non qualifica minimamente il lavoro occasionale puro, ma si limita, con un'infelice assonanza, a qualificare la collaborazione coordinata occasionale <sup>(4)</sup>. La finale discriminante fra lavoro occasionale e collaborazione è invece basata sul requisito del coordinamento <sup>(5)</sup> e analoghe considerazioni si potranno fare per il contratto d'opera (professionale e non) posto in essere da lavoratori autonomi abituali, ai fini della possibile applicazione o meno della normativa del lavoro a progetto.

Tali prestazioni professionali rappresentano pertanto il « limite alto » <sup>(6)</sup> delle tipologie di collaborazione a vario titolo interessate dalle riforme in questione. Altre riflessioni meriterebbero invece nuove tipologie di profili previdenziali e professionali individuate dalle leggi che stiamo esaminando (associati in partecipazione, venditori porta a porta) che però non presentano una particolare prossimità con le collaborazioni e pertanto sono esclusi da una considerazione in queste righe.

Nella successiva tabella 1 tentiamo un riepilogo <sup>(7)</sup> estremamente sintetico ed un confronto fra le varie tipologie di collaborazione. Da questa classificazione, impostata sulla distinzione fra coordinamento ed autonomia (intesa qui convenzionalmente come « mera assenza di coordinamento ») si riscontra come nessuna tipologia è uguale all'altra.

È inoltre appena il caso di notare qui che il coordinamento risulta

---

<sup>(3)</sup> In  *Lavoro a progetto*.

<sup>(4)</sup> Cfr. F. LUNARDON, *Ai confini dell'impero: il lavoro autonomo regolato (lavoro a progetto e lavoro occasionale) e la certificazione*, in *LG*, 2004, n. 3.

<sup>(5)</sup> Sul punto riteniamo particolarmente incisive le riflessioni di M. VICECONTE, *Prestazione occasionale ex d.lgs. 276/2003 e prestazione occasionale di lavoro autonomo ex articolo 2222 c.c.: identità e differenze*, in *MGL*, luglio 2004.

<sup>(6)</sup> Cfr. G. STANCATI, *Profili tributari del lavoro a progetto*, in *Corr. Trib.*, 2004, n. 15.

<sup>(7)</sup> Non crediamo sia il caso qui di riproporre l'ennesima elencazione di tipologie, aliquote ed adempimenti, su cui si rimanda a contributi più articolati, quali l'ottimo M. MAGNANI, N. BIANCHI, *Il lavoro autonomo occasionale*, in *GLav*, 2004, n. 1, spec.

elemento risibile, suscettibile di interpretazioni soggettive e di difficile accertamento, e che pertanto, anche a causa di ciò, la differenziazione tra le varie tipologie risulta spesso difficoltosa.

Tab. 1. - *Tipologie di collaborazione autonoma interessate dal decreto legislativo n. 276/2003.*

	Tipo	Note	Prog.*	Tut.*	Fisco	Inps	Inail
Coordinamento	Vecchie Co.Co.Co. Art. 86 c. 1	Fino 24/10/04 (Con acc. sind. 24/10/05)	No	Si	Art. 50 Tuir (dip.)	Si	Si
	Co.Co.Co. Esclusi (tipici e non)	Art. 61 c. 3	No	No	Idem	Si	Si
	Lav. a Progetto	Artt. 61-69	Si	Si	Idem ? ****	Si	Si
	Occasionale Mini Co.Co.Co. Art. 61 c. 2	fino € 5.000 e fino 30 gg annui **	No	Si	Idem	Si	Si
	Autonomi Iva No Albo No Cassa	Art. 61	Si	Si	Art. 53 Tuir (aut.)	Si (GS auton. ?) *****	No? *****
Autonomia	Occasionale « Puro »	fino 5000 €/anno ***	No	No	Art. 67 Tuir	No	No
	Occasionale « Puro Plus »	Oltre 5000 €/anno *** (1 o + comm.)	No	No	Art. 67 Tuir	Si	No
	Autonomi Iva No Cassa		No	No	Art. 53 Tuir (aut.)	Si (GSAuton.)	No

\* Prog: necessità di progetto/programma // Tut: applicabilità articoli 63-66 decreto legislativo n. 276

\*\* Valori riferiti all'anno solare

\*\*\* Valori riferiti ad anno civile/fiscale

\*\*\*\* Applicabilità dubbia se manca retribuzione periodica prestabilita

\*\*\*\*\* Assicurazioni come autonomo puro o come parasubordinato?

Come puntualmente notato da più osservatori <sup>(8)</sup> nella nozione di collaborazione coordinata e continuativa sin qui delineatasi sulla spinta del decreto legislativo n. 276/2003, quello che è venuto completamente a mancare è l'elemento della continuità, per cause e con effetti che abbiamo sottolineato in altri contributi del presente Commentario.

Piuttosto si ritiene utile qui osservare come il mancato coordina-

(8) Cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il Lavoro a progetto: opinioni a confronto*, in LG, 2004, n. 7.




mento fra norma fiscale (che è *l'unica di riferimento della normativa previdenziale*) e quella civilistica presentino (*anche* per la sottovalutazione dell'elemento della continuità) alcune inquietanti distinzioni che danno spazio a dubbi sulla tranquilla classificazione operata nella tabella precedente.

Le circolari-quadro degli Enti previdenziali <sup>(9)</sup> sulla materia, infatti, riconoscono che la tipologia dei lavoratori parasubordinati oggetto delle assicurazioni sociali gestite dai detti Enti « continua ad essere individuata mediante richiamo alla norma fiscale che definisce i compensi derivanti da rapporti di collaborazione coordinata e continuativa » <sup>(10)</sup>, benché nel contempo « la nuova configurazione di dette collaborazioni introdotta dall'articolo 61 del decreto legislativo n. 276/2003 *esplica la sua efficacia anche ai fini previdenziali* » <sup>(11)</sup>.

La norma fiscale e quella civilistica si incentrano tuttavia su concetti non perfettamente coincidenti: se il decreto legislativo n. 276 si riferisce direttamente all'articolo 409 c.p.c. (che non detta, al pari dell'articolo 61 del decreto in esame, una definizione della co.co.co.) di portata più generale, viceversa l'articolo 50 Tuir recita un'interpretazione univoca e restrittiva, a cui gli Enti previdenziali, per loro stessa ammissione e per le leggi di riferimento, devono strettamente attenersi. Così risulta condivisibile l'affermazione che le collaborazioni coordinate e continuative *ex* articolo 50 Tuir siano ricomprese nell'accezione generalizzata dell'articolo 409 e quindi nella normazione del decreto legislativo n. 276 che vi si riferisce direttamente, e, benché teoricamente non impossibile, risulta residuale o estremizzata <sup>(12)</sup> l'ipotesi di una collaborazione assicurata previdenzialmente senza le caratteristiche tipiche del lavoro a progetto (ovviamente al di fuori delle esclusioni specificamente previste dal comma 3 dell'articolo 61).


Non così il contrario. In ipotesi tutt'altro che estrema, anzi perfettamente coerente con il dettato degli articoli 2222 e ss. e con l'impianto del decreto legislativo n. 276, il collaboratore a progetto che percepisce

---

<sup>(9)</sup> Inps, circ. n. 9/2004; Inail, circ. n. 22/2004, entrambe in  *Lavoro a progetto*.

<sup>(10)</sup> Inail, *ibidem*.

<sup>(11)</sup> Inps, *ibidem*.

<sup>(12)</sup> Tuttavia, è proprio la circ. Min. lav. n. 1/2004 ad ammettere, sia pure giudizialmente, « la prova della esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo » al di fuori del lavoro a progetto. In tal caso, nel rispetto di tutte le altre caratteristiche dell'art. 50 Tuir, non sembra possibile negare l'obbligatorietà dell'iscrizione alla gestione separata per il percettore di compensi per un simile rapporto, in  *Lavoro a progetto*.

l'intero compenso per la propria collaborazione al termine del progetto (esecuzione dell'opera, raggiungimento del risultato) non dovrebbe essere ammesso all'assicurazione obbligatoria Inps né a quella Inail atteso che esse possono essere ammesse solo in presenza di una « retribuzione *periodica* prestabilita » (RPP), giusto il dettato dell'articolo 50 Tuir.

È inoltre abbastanza evidente, *ad abundantiam*, che proprio il concetto di retribuzione periodica prestabilita è in sostanziale contrasto con la caratteristica dell'articolo 61, comma 1, decreto legislativo n. 276, per cui la collaborazione (e quindi la relativa retribuzione) è indipendente « dal tempo impiegato per l'esecuzione della prestazione lavorativa. È evidente infatti che il concetto di RPP, seppur giustamente non collegato al tempo come variabile dipendente diretta della retribuzione (come accade invece nel rapporto subordinato), è comunque legato nell'articolo 50 ad una *cadenza*, non potendo immaginarsi pertanto che il susseguirsi di più periodi legati alla cadenza prescelta, poniamo mensile, non aumentino il compenso stabilito proprio in funzione del mero trascorrere del tempo, invece che della realizzazione (o, al limite, della dilatazione) del progetto. Basterà inoltre dire che qualsiasi tentativo di adesione fittizia alla norma (ad esempio lo spezzettamento periodico in tanti « acconti » del compenso globale fissato per l'esecuzione del progetto) non sarebbe valido, atteso che nell'esempio fatto la percezione di tali acconti *assomiglierebbe*, ma di certo non *aderirebbe*, a quella RPP richiesta dalla norma fiscale.

Per fare un altro esempio, nel caso, ipotetico, di prevalenza della norma civilistica su quella fiscale, i professionisti senza albo, attirati nella normativa a progetto da una prestazione coordinata, pagherebbero i contributi alla gestione separata come professionisti « senza cassa » o come collaboratori <sup>(13)</sup>?

Esemplificazioni di come si debbano ancora mettere a punto tutti i necessari coordinamenti normativi al fine di costruire un impianto legislativo coerente, chiaro ed incontrovertibile, anche sul versante fisco-previdenziale. Noteremo qui solo incidentalmente che il naturale compito di coordinamento dovrebbe spettare alla normazione fiscale: è infatti essa che dovrebbe uniformarsi al dettato civilistico, non vice-

---

<sup>(13)</sup> La domanda non è puramente provocatoria o velleitaria, atteso che l'una o l'altra definizione di inerenza comportano ad es. oneri prettamente diversi a carico del lavoro autonomo e determinano l'esistenza o meno della copertura Inail sulla collaborazione.

versa; piace peraltro ribadire ulteriormente che nel caso in oggetto la norma fiscale è portatrice di una tipicità (quella appunto relativa alla continuità della collaborazione) che nello sforzo normativo in qualche modo si perde.

## 2. Osservazioni sulle problematiche previdenziali della c.d. « gestione separata ».

Dobbiamo rilevare preliminarmente che le problematiche previdenziali relative alla gestione separata (qui ovviamente considerata rispetto al mondo delle collaborazioni) nascono dalla genesi della stessa.

In sostanza, le motivazioni per cui nasce e si configura nel tempo il prelievo contributivo riguardante le collaborazioni (ed analogamente dicasi per tutte le altre situazioni di lavoro autonomo che confluiscono nella gestione separata) possono essere così sinteticamente individuate:

- a) un'esigenza di « fare cassa »;
- b) un principio di regolazione del mercato (il costo della collaborazione allineato a quello di altri tipi di lavoro autonomo, la riduzione del *gap* fra il costo della collaborazione e quello del rapporto subordinato);
- c) criteri anti-elusivi (come la citata norma dell'articolo 44, decreto legge n. 269/2003);
- d) l'individuazione (*least, but just last*) di una tutela previdenziale ed assicurativa a favore di tali forme di collaborazione.

Va da sé osservare che le caratteristiche di siffatto prelievo lo avvicinano molto più ad una *tassa* — o al limite ad un tributo <sup>(14)</sup> — piuttosto che ad un contributo vero e proprio.

Le dirette conseguenze di questa impostazione (o, se vogliamo, le caratteristiche proprie del contributo della gestione separata, *atipiche* rispetto ad ogni forma e criterio di contribuzione esperito) sono le seguenti:

- 1) contribuzione basata sul criterio di *cassa* e non di competenza;
- 2) eliminazione del criterio dell'anzianità contributiva, o meglio anzianità *sui generis*, non correlata al periodo di lavoro (è una diretta conseguenza di 1);
- 3) mancanza di un minimale contributivo;

---

<sup>(14)</sup> Ci riferiamo qui alle definizioni classiche di *tassa* e *tributo*, cfr. E. DE MITA, *Principi di diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 1999, 8.

4) negazione del principio dell'attività prevalente.

Per quanto riguarda il punto 1, osserviamo che il contributo viene calcolato sul reddito di lavoro autonomo *percepito* nell'anno fiscale. È necessario evidenziare che in nessun altro caso è così evidente il criterio di cassa rispetto a quello di competenza (nemmeno per quanto riguarda la gestione commercianti-terziario ed artigiani, che pure si calcolano sul reddito d'impresa); da tale criterio consegue ad esempio che la percezione di un reddito ultrannuale in soluzione unica determina un accredito contributivo solo nell'anno di percezione, anche se, al limite, estraneo alla collaborazione.

È evidente la correlazione con il punto 2: attualmente per determinare l'anzianità contributiva utile per la gestione separata, si prende il reddito imponibile ai fini contributivi su cui è stato effettuato il versamento (che è quello fiscale) e lo si rapporta ad un imponibile convenzionale annuo, che è poi il minimale di reddito del settore commercianti-terziario (attualmente di circa 12.500 euro). Se il reddito è superiore od uguale l'anzianità è considerata per intero, altrimenti si ridetermina l'anzianità utile (per l'accredito contributivo) sulla base del rapporto fra dichiarato e convenzionale. Esempio: se un collaboratore versa in un anno il proprio contributo su un reddito di 24.000 euro, a lui verrà computata un'anzianità « piena » (dodici mesi) mentre se l'avesse versato su una base di reddito di 6.300 euro gli sarebbe stato accreditato, contributivamente parlando, il rapporto fra il suo reddito ed il convenzionale (nel nostro esempio, c/a il 50% di anzianità, ovvero 6 mesi). Da tutto ciò consegue che è assolutamente indifferente quando sia iniziata e quando sia terminata la collaborazione, la copertura è sul versato (pura cassa).

Se tale è la determinazione dell'anzianità, anche il punto 3 non può che essere visto in stretto rapporto con i punti precedenti: il minimale contributivo infatti ha senso laddove l'Ente previdenziale o assicurativo debba garantire una prestazione in qualche modo legata ad un periodo <sup>(15)</sup>, per cui se per una parte di tale periodo la contribuzione fosse insufficiente « scatterebbe » il minimale contributivo garantendo il versamento di una quota sufficiente a coprire la prestazione. Eliminando il concetto di anzianità, anche stabilire un minimale contributivo non avrebbe più senso (o, potremmo reciprocamente dire, in assenza di

---

<sup>(15)</sup> Così ad esempio, il contributo Inail sulle collaborazioni, dovendo garantire una prestazione minima stabilita sulla rendita Inail, è invece stabilito su un minimale, indipendentemente dal compenso percepito.

minimale contributivo l'anzianità deve essere calcolata con criteri differenti).

Il principio dell'attività prevalente, generalmente adottato in ogni forma previdenziale ma disapplicato nel caso del contributo alla gestione separata (GS), stabilisce in sostanza che in presenza di più attività differenti, i contributi debbano essere pagati solo in quell'attività che costituisce l'occupazione principale del contribuente. Ad esempio, un lavoratore dipendente a tempo pieno che apre e gestisce (insieme ad altri soci) un negozio, non pagherà nemmeno un euro di contributo alla gestione commercianti; lo stesso dicasi per un artigiano. Se però i due soggetti dovessero instaurare una collaborazione (ancorché occasionale ma oltre i 5.000 euro all'anno) sarebbero soggetti al contributo dovuto alla GS, seppure con aliquota minore rispetto a chi non aderisce ad altra contribuzione obbligatoria. È appena il caso di notare, inoltre, che tale principio di prevalenza subisce un duro colpo laddove si prevedano forme di versamento previdenziale su collaborazioni occasionali e addirittura estemporanee (accessorie).

Benché non sia una caratteristica in sé, completa il quadro delle « diversità » del contributo l'impossibilità di ricongiunzione dei contributi dovuti alla GS con quelli versati nelle altre gestioni previdenziali obbligatorie Inps, a meno di optare per lo spostamento dei contributi versati alle altre gestioni nel nuovo sistema contributivo (contro il sistema retributivo o misto che ha caratterizzato tali gestioni) e quindi con una penalizzazione notevole rispetto al trattamento dovuto. Di fatto tuttavia, i versamenti nella GS attualmente non si cumulano con versamenti nelle altre gestioni obbligatorie Inps al fine del raggiungimento di particolari requisiti di anzianità contributiva (ad es. i vent'anni come requisito minimo per la pensione di vecchiaia). La recentissima legge delega di riforma del sistema pensionistico ha forse iniziato a muovere qualche timido passo in questo senso.

Rimane forte l'impressione di fondo che il contributo alla GS, pure rivestendo una indubitabile funzione di tutela previdenziale che si è estesa ultimamente anche ad alcune prestazioni assistenziali (indennità di ricovero, di maternità e paternità, assegno per il nucleo familiare), mantenga tuttavia una forte connotazione dei suoi aspetti più propriamente impositivi ed antielusivi, ergendosi così, nel panorama contributivo, con criteri di eccezionalità e di eccentricità e con distorsioni e disuguaglianze che andrebbero sicuramente armonizzate, con particolare riguardo agli effetti di dispersione e atomizzazione contributiva.

Sarebbe facile, a questo punto, per un operatore sul campo indi-

viduare ad effetto tre-quattro casi, peraltro nemmeno estremi, in cui sono più evidenti gli effetti distorsivi e le incongruenze della norma considerata, tuttavia riteniamo più utile una considerazione finale di altro tipo. Oggettivamente ci troviamo in un periodo di grandi cambiamenti; il decreto legislativo n. 276/2003 (c.d. Legge Biagi) e la legge n. 243/2004 — legge delega c.d. di *Riforma delle pensioni* <sup>(16)</sup> — riscrivono in maniera significativa, aggiornandole positivamente, una gran parte di norme relative al mercato del lavoro. Per lo scopo che qui ci siamo proposti, è necessario evidenziare l'importante tendenza di rafforzare la tutela previdenziale obbligatoria « a tutto campo », inserendovi praticamente la quasi totalità delle forme di collaborazione, comprese quelle delle fasce più deboli e, quasi, irraggiungibili. Curiosamente, ciò avviene proprio nel momento in cui si riconosce, insieme alla crisi della contribuzione obbligatoria classica quale copertura previdenziale efficace, la necessità di promuovere in maniera radicale forme di previdenza complementare, anche incentivando una sensibilità « autonoma » del singolo contribuente. Se la scelta della copertura « a tutto campo » può quindi destare allo stato attuale qualche perplessità (e rimane sempre sospeso il dubbio che, al di là della buona intenzione del legislatore giuslavorista, il fare cassa rimanga il criterio più immediato da cui scaturiscono tali opzioni previdenziali), non possiamo tuttavia non auspicare, in aderenza a tale impostazione, una gestione contributiva da parte dell'Ente pubblico di riferimento (Inps) senza contribuzioni « separate in casa » e realmente armonizzate, in modo che questa tutela, laddove si voglia davvero realizzarla, sia concretamente efficace. Ancora nella legge delega sulla riforma pensionistica tale esigenza pare affermata più come petizione di principio che non con la necessaria attenzione agli aspetti pratici più immediati, che sono poi quelli su cui si misura la « percezione » dei destinatari della norma e quindi su cui si gioca l'importante partita dell'elusione ed evasione contributiva, sempre incentivata da regole di riferimento poco chiare, incongruenti, distorsive o di scarsa efficacia.

---

<sup>(16)</sup> In  *Boll. Adapt*, 2004, n. 34.

SEZIONE B

LE COLLABORAZIONI COORDINATE E CONTINUATIVE  
NELLA MODALITÀ A PROGETTO

5.

**LE NUOVE COLLABORAZIONI  
COORDINATE E CONTINUATIVE:  
CONSIDERAZIONI SU UNA FATTISPECIE ONNIVORA**

FRANCESCO BASENGHI

SOMMARIO: 1. Le nuove collaborazioni nella filosofia della decretazione delegata. — 2. Dal tipo rapportuale al tipo contrattuale. — 3. Gli effetti della riconduzione vincolata. — 4. La congruità della scelta sistematica. — 5. L'opzione correttiva: verso una valorizzazione discretiva del coordinamento continuativo.

**1. Le nuove collaborazioni nella filosofia della decretazione delegata.**

Non senza una comprensibile sorpresa, uno dei maggiori effetti concreti conseguenti alla riforma attuata con il decreto legislativo n. 276 del 2003 — ad onta della sua dichiarata vocazione, segnata da un indubbio arricchimento dell'offerta di tipologie contrattuali nuove o rinnovate — è parsa doversi tradurre nella non trascurabile limitazione posta alla diffusione di uno strumento che aveva trovato ampia fortuna nella prassi.

Si allude, ovviamente, alla revisione delle ben note collaborazioni coordinate e continuative, il cui successo, almeno in tempi precedenti la riforma, non ha bisogno di particolari commenti. Del resto, che il segno dell'intervento dovesse essere, relativamente alla materia *de qua*, di ordine restrittivo, è cosa ampiamente risaputa, proprio come risapute sono le ragioni che l'hanno dettata. Il ricorso improprio a modelli contrattuali formalmente autonomi in funzione elusiva e di copertura


rispetto a rapporti realmente subordinati — ossia la dissociazione tutta giuridica tra « essere » e « dover essere » — ha spesso segnato le scelte di imprenditori attenti a sfruttare la propria posizione di forza contrattuale, approfittando anche dell'assenza di una seria politica di emersione e repressione degli abusi.

In questa chiave, è facile opinare che la necessità di ricondurre entro il proprio alveo fisiologico le figure contrattuali in predicato — in coerenza con il recupero delle linee confinarie tra autonomia e subordinazione — ha giocato un ruolo centrale nella scelta del legislatore delegante <sup>(1)</sup>.

Nondimeno, la sorpresa alla quale si accennava all'esordio è rimasta. Ed è rimasta perché tra un lavoro intermittente, un lavoro ripartito ed un lavoro accessorio — tutti segnati da un futuro ancora da scrivere — il decreto legislativo n. 276 del 2003 ha avuto l'effetto, questo sì immediato, di palesarsi come limite alla incontrollata diffusione di uno strumento fino ad oggi privilegiato dalle imprese.

Tanto premesso — e ritenuta la pregiudiziale latamente politica posta alla base della riforma — sembra inevitabile sottolineare, *in parte qua*, la forte dimensione restrittiva implicata nell'opzione fatta propria dal legislatore delegato, con un sensibile scostamento rispetto alla flessibilità di cui — secondo l'opinione più diffusa — il provvedimento

---

<sup>(1)</sup> Al riguardo si può registrare una generale condivisione: cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro « a progetto »*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2003, n. 25, in [www.unict.it/eurolabor/ricerca](http://www.unict.it/eurolabor/ricerca), 11; M. PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 657 ss.; M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2004, n. 27, 2; M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *LG*, 2003, 812; F. LUNARDON, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. III, 5 ss.; P. ALLEVA, *La ricerca e la analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in [www.cgil.it/giuridico](http://www.cgil.it/giuridico), 19; L. CASTELVETRI, *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 138 ss.; L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, 2, in [www.unicz.it/lavoro/Deangelis.htm](http://www.unicz.it/lavoro/Deangelis.htm). Del resto, è la stessa *Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della riforma Biagi*, in  *Riforma Biagi*, a fissare espressamente l'obiettivo dell'intervento *in parte qua* nella necessità di « superare la farisaica accettazione » delle pratiche elusive che si sono affermate sul mercato del lavoro.



si farebbe portatore nell'ambito del mercato del lavoro <sup>(2)</sup>. Se, infatti, detta flessibilità presuppone l'ampliamento degli spazi assegnati all'autonomia individuale, è banale notare che ogni intervento limitativo non può che sconfessarla.

D'altra parte, nemmeno una rilettura dell'impianto complessivo del provvedimento, in chiave di riconduzione forzata di ciascuna figura contrattuale nel proprio ambito elettivo, è del tutto appagante. Da questo punto di vista, la regolazione legale « prova troppo » e denuncia una diffidenza verso la figura delle collaborazioni autonome che va oltre l'accennata volontà di dissuadere dal loro uso inappropriato e spesso fraudolento. La ermeneusi letterale del combinato disposto degli articoli 61 e 69 — che ha affaticato la dottrina già nei primi mesi di vigenza del nuovo provvedimento — depone nel senso della riconduzione coattiva all'area della subordinazione di rapporti geneticamente e funzionalmente autonomi, nell'apparente segno di una volontà dissuasiva, se non apertamente repressiva, che ha pochi precedenti nel nostro sistema ordinamentale.

Ma non è di questi temi che si intende trattare, quanto invece dei riflessi sistematici prodotti dalla introduzione del contratto a progetto e, segnatamente, della ridefinizione delle collaborazioni di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c. Invero, la lettura delle disposizioni che il decreto delegato riserva al tema pone alcuni interrogativi, prima di tutto afferenti alla collocazione tipologica della figura e ad essi sono dedicate le considerazioni che seguono.

## 2. Dal tipo rapportuale al tipo contrattuale.

Naturale punto d'avvio è rappresentato dalla necessità di decifrare la portata oggettiva dell'intervento limitatore.

Oggetto della riforma — lo denuncia apertamente la formula dell'articolo 61 del decreto — sono le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c. Sono proprio questi

---

<sup>(2)</sup> Non è peraltro mancato chi ha avanzato dubbi sulla consistenza dei contenuti di flessibilità della decretazione: cfr. B. CARUSO, *Diritto invasivo e flessibilità a senso unico: la riregolazione del part-time nel d.lgs. n. 267/03*, relazione al Convegno *La riforma del mercato del lavoro*, Reggio Calabria, 24 ottobre 2003, in [www.unicz.it/lavoro/Caruso-24102003.pdf](http://www.unicz.it/lavoro/Caruso-24102003.pdf). Più in generale, con riferimento al *Libro Bianco*, cfr. G. FERRARO, *La flessibilità in entrata alla luce del Libro Bianco sul mercato del lavoro*, in *Studi economici*, 2002, n. 2, 81 ss.

rapporti a cadere nel fuoco dell'intervento normativo: rapporti — e non certo contratti — con una insopprimibile attitudine alla comprensione assorbente di una ricca congerie di figure e tipi negoziali diversi.




Come è fin troppo facile notare, le collaborazioni coordinate e continuative (d'ora in poi, secondo un fortunatissimo acronimo, anche co.co.co.) individuano *naturalisticamente* una serie aperta di relazioni giuridiche nell'ambito delle quali è dedotta, in modo obbligatorio, una prestazione d'opera personale caratterizzata, pur senza vincolo di subordinazione, da un qualche apprezzabile inserimento del prestatore nella organizzazione creditoria <sup>(3)</sup>.

In altri termini, è noto che possono generare co.co.co. figure contrattuali diverse, dotate di tipicità legale ovvero sociale, o, ancora, prive di qualsiasi diffusione e create *ad hoc* dai contraenti nell'esercizio delle prerogative di autonomia loro riconosciute sulla scorta dell'articolo 1322 c.c. <sup>(4)</sup>.

La conferma di questa elementare riflessione si trae dalla semplice lettura delle posizioni assunte dal diritto vivente a proposito del campo applicativo del rito processuale del lavoro, che proprio sull'articolo 409 c.p.c. è notoriamente modulato <sup>(5)</sup>. Quest'ultima previsione realizza l'unificazione tra rapporti assimilati per connotati modali — con ciò intendendo riferirsi al *quomodo* dell'attività prestata — e pone le co.co.co. come macroarea aperta, a contenuto tipologico indeterminato: qualsiasi contratto in cui sia dedotta una prestazione personale

---


<sup>(3)</sup> Cfr. M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in LD, 1987, 44; M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 663 ss.


<sup>(4)</sup> Sulla possibilità, invero scontata, che anche rapporti atipici possano dar vita a collaborazioni comprese nell'ambito applicativo del rito del lavoro *ex art.* 409, n. 3, c.p.c., cfr. Cass. 19 agosto 1996 n. 7625, in  *Collaborazione coordinata continuativa*. Ciò escludeva (ed esclude ancor oggi, al di fuori del campo nel quale opera il meccanismo di riconducibilità vincolata del quale si dirà) che le co.co.co. potessero (e possano), in quanto tali, costituire un tipo contrattuale a sé, stante la impossibilità di trarre « dalle disposizioni tributarie e previdenziali » dedicate « una definizione legale sistematica, in considerazione delle finalità qualitativamente diverse dalle norme di questo tipo, mutevoli e collegate ad obiettivi puramente finanziari, che di tempo in tempo ne motivano la nascita e la modifica »: così L. CASTELVETRI, *op. cit.*, 149. Del resto, le stesse formule legali confortano questo esito nel momento in cui fanno esplicito riferimento — in chiara sintonia con l'art. 409, n. 3, c.p.c. — a *rapporti* e non a *contratti* di collaborazione: cfr. l'art. 50, comma 1, del Tuir, in  *Retribuzione*, e l'art. 2, comma 26, della l. n. 335/1995, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(5)</sup> Cfr. L. NOGLER, *La doppia nozione giuslavoristica di parasubordinazione*, in MGL, 2000, 1024 ss.; M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, *passim*.

dotata dei caratteri della continuità e del coordinamento, se non subordinata, può dar vita ad una relazione giuridica « parasubordinata » e, quindi, sottoposta alla cognizione del giudice del lavoro <sup>(6)</sup>. Così facendo, la disposizione giustappone i rapporti per così dire « tipizzati » nascenti dal contratto di agenzia e rappresentanza commerciale — in cui pure può essere dedotta una prestazione di natura personale non subordinata, con carattere di coordinamento e continuità <sup>(7)</sup> — alla amplissima gamma dei rapporti « detipizzati » nascenti da un qualsiasi altro contratto, anche atipico <sup>(8)</sup>. Ben si può dire, allora, che la chiave di volta della previsione insista proprio nell'aggettivo « altre » — riferito appunto alle co.co.co. — a conforto della natura

---

<sup>(6)</sup> Vale, in tal senso, l'incisiva osservazione di M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, 64, secondo la quale la parasubordinazione « costituisce sottotipo di altri tipi ». Il legislatore delegato, correlando il lavoro a progetto alle co.co.co. di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., ha evidentemente inteso dare ingresso alla nozione di lavoro parasubordinato costruita sui quattro connotati della « collaborazione », della « continuità », del « coordinamento » e della « prevalente personalità », neglignendo la più restrittiva figura di parasubordinazione costruita dall'art. 47, comma 1, lett. *c-bis*, del Tuir, che valorizza altri elementi come l'assenza di impiego di mezzi organizzati propri del collaboratore ovvero l'erogazione di una « retribuzione periodica prestabilita »: sul punto, incisivamente, cfr. L. NOGLER, *op. cit.*, 1028. In giurisprudenza cfr. Cass. 4 aprile 1992 n. 4152, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(7)</sup> Ciò è confermato, *a contrariis*, dalla nota esclusione dall'area del rito del lavoro dei rapporti di agenzia nell'ambito dei quali parte agente non sia una persona fisica: Cass. 13 luglio 2001 n. 9547; Cass. 19 dicembre 2000 n. 15922, entrambe in  *Agenzia (contratto di)*.

<sup>(8)</sup> Di recente cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, attraverso il lavoro a progetto*, in RIDL, 2004, I, 548 ss., al quale è utile rinviare anche per una analisi del percorso evolutivo tracciato dal lavoro parasubordinato. Afferiscono a quest'ultima area « oltre che i rapporti esplicitamente richiamati (agenzia e rappresentanza commerciale), (...) quelli compresi nella fattispecie del contratto d'opera (art. 2222 c.c.) ovvero derivanti dall'esercizio di professioni intellettuali (art. 2229 c.c.) o artistiche (...), i rapporti di lavoro autonomo tipizzati nel libro IV del codice civile (come il mandato, la spedizione, il deposito, la somministrazione), nonché (...) quelli atipici, o semi-tipici, forgiati dalla pratica commerciale, come, ad esempio, quello intercorrente tra concessionario di un impianto di distribuzione automatica di carburante e società petrolifera concedente, quello fra *remiser* e agente di cambio e — nonostante i dubbi della dottrina — quello del procacciatore di affari »: così, incisivamente, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1996, 209-210. Per una documentata rassegna dei rapporti potenzialmente generatori di co.co.co. ex art. 409, n. 3, c.p.c., cfr. L. NOGLER, *op. loc. cit.*

logicamente residuale e, proprio per questo, potenzialmente omnicomprensiva della fattispecie rapportuale.

La scelta legislativa sottesa a questa opzione è ben chiara. In un sistema volutamente orientato a valorizzare l'effettività relazionale — e non la dimensione formale del legame negoziale — non si poteva che porre a discriminine della applicazione del rito l'effettivo contenuto del rapporto, emarginando ogni indagine sui profili cartolari.

È quindi chiaro che nell'area della parasubordinazione — e, segnatamente, in quella delle co.co.co. — hanno diritto di cittadinanza rapporti generati da una ricca e variegata congerie di figure contrattuali <sup>(9)</sup>, sebbene la figura elettiva sia quella del contratto d'opera *ex* articolo 2222 c.c. <sup>(10)</sup>.

Le posizioni assunte dalla giurisprudenza in tema di ermeneusi dell'articolo 409, n. 3, c.p.c., confermano — come accennato — questi rilievi. Non è certo un caso il fatto che vengano ricondotte alle co.co.co. le collaborazioni prestate nell'ambito di rapporti di mandato ovvero di commissione, ma anche di procacciamento d'affari, di scrittura artistica, e così via, in un crescendo di fattispecie difficilmente confinabili entro limiti precisi.

Rispetto a questo quadro d'insieme — di cui si è potuto dar conto solo per punti essenziali — l'intervento riformatore segna una forte rottura.

---

<sup>(9)</sup> L'osservazione di R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 12 — secondo la quale la parasubordinazione richiamata dall'art. 409, n. 3, c.p.c. si atteggia « come area all'interno del lavoro autonomo » — è condivisibile a condizione di non riferirla in modo vincolato alla sola fattispecie *ex* art. 2222 ss. c.c., ma, ellitticamente, a tutte le figure contrattuali, tipiche o atipiche, in cui sia dedotta una prestazione qualificata dai connotati della personalità, della non subordinazione, della continuità e del coordinamento.

<sup>(10)</sup> Cfr. G. PROIA, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *ADL*, 2003, 665, il quale giustamente rileva che la relazione non è univoca: è ovvio che il contratto d'opera può ben generare rapporti di co.co.co. oppure no. L'elemento discrezionale — qui come nelle altre forme contrattuali potenzialmente generatrici — è dato, al solito, dalla coordinate modali della prestazione dedotta, ossia dall'apprezzabile inserimento del prestatore d'opera nella struttura organizzativa creditoria, inserimento misurabile sul piano strumentale e temporale. Sulla natura a sua volta residuale — e, quindi, generale — della fattispecie *ex* art. 2222 c.c. rispetto alle fattispecie negoziali particolari « aventi ad oggetto un *facere* di cui al libro IV del medesimo codice civile », cfr. V. PINTO, *La collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 312.

La regolazione legale interviene sulla stessa costruzione sistematica della figura. E l'effetto, invero centrale, è quello di transustanziare le collaborazioni coordinate e continuative da tipo *rapportuale* — destinato quindi a comprendere una congerie aperta di rapporti fondati su contratti diversi <sup>(11)</sup> — a vero e proprio tipo *contrattuale* <sup>(12)</sup>.

Si tratta di un esito al quale il sistema perviene attraverso un doppio percorso: il primo procede dalla creazione legale di una figura tipologica inedita; il secondo postula la riconduzione forzosa ad essa delle collaborazioni di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c.

Le « nuove » co.co.co. — che chiaramente sono ben lontane dallo scomparire, ben diversamente dalle « semplificazioni mediatiche » fatte circolare in tempi immediatamente successivi all'entrata in vigore del decreto delegato <sup>(13)</sup> — sono ora fatte oggetto di uno statuto normativo essenziale ma innovativo, che si compone di disposizioni costruite sul nuovo tipo contrattuale dal quale esse procedono.

È il contratto di lavoro a progetto ad acquisire dignità legale ed assumere, quindi, rilevanza tipica, a seguito della costruzione di un impianto regolatorio dedicato, nato dalla enucleazione in formule normativamente codificate dei contenuti dell'operazione economica alla quale le parti contrattuali hanno inteso dare vita. Ne sono parte la previsione dell'obbligo di stipulazione in forma scritta (articolo 62), quella relativa alla necessaria proporzionalità del corrispettivo (articolo 63), quelle, ancora, in punto di invenzioni del collaboratore (articolo 65), di obbligo di riservatezza (articolo 64), di tutele minimali in caso di eventi impeditivi della prestazione (articolo 66), e così via. Del resto, la stessa intitolazione del titolo VII — *tipologie contrattuali a progetto*

<sup>(11)</sup> Cfr. esattamente M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 664 ss.

<sup>(12)</sup> Di nuovo tipo contrattuale parlano, tra gli altri, M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 685 ss.; F. LUNARDON, *op. cit.*, 7; G. SANTORO PASSARELLI, *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, attraverso il lavoro a progetto*, cit., 557, il quale lo qualifica, in particolare, come « sottotipo del contratto d'opera »; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 12. Analogamente A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *ILLeJ*, 2004, n. 1, [www.labour-lawjournal.it](http://www.labour-lawjournal.it), ad avviso del quale il legislatore ha mantenuto ancorato il lavoro a progetto al contratto d'opera, cui il contratto a progetto risulta mutuuario per l'ossatura disciplinare residuale e per l'assetto causale astratto. Cfr., inoltre, V. PINTO, *op. loc. cit.*; G. CANAVESI, *Il contratto di lavoro a progetto: profili ricostruttivi e spunti sistematici*, in *DML*, 2004, 219 ss.; U. GARGIULO, *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti*, in *ADL*, 2004, 898 ss., il quale pure qualifica la nuova figura come « sottotipo, legislativamente disciplinato, del contratto d'opera ».

<sup>(13)</sup> Così L. CASTELVETRI, *op. cit.*, 138.

*e occasionali* — tradisce la volontà di costruire un paradigma contrattuale destinato a comprendere le nuove figure <sup>(14)</sup>.

Nondimeno — come accennato — non è la semplice creazione del nuovo tipo legale ad esaurire, assorbendola, l'innovatività della riforma. Essa si completa necessariamente con la previsione della regola di riconducibilità necessaria, cioè con la previsione di una relazione obbligatoria per effetto della quale le co.co.co. — fatte salve le eccezioni di legge — sono forzosamente dedotte nel neonato paradigma tipologico, costruito *ad hoc*.

Il contratto a progetto — in sintesi — sembra rappresentare il *solo* tipo contrattuale legittimamente generatore dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa <sup>(15)</sup>.

Conforta questo esito, prima di tutto, la lettera imperativa dell'ar-

<sup>(14)</sup> In questa prospettiva l'interrogativo insistente sulla qualificabilità del contratto a progetto come *tertium genus*, a cavaliere tra autonomia e subordinazione, sembra mal posto. Quanto al piano del metodo, corre tenere presente la originaria deducibilità dei rapporti di co.co.co. in una pluralità di paradigmi contrattuali, tipici o atipici e, nel contempo, l'avvenuta aggregazione di una disciplina dedicata al modello contrattuale assunto come vincolativamente referenziale. Fermo restando che « collaborazioni coordinate e continuative », da un lato, e « contratto a progetto », dall'altro, sono entità logicamente non comparabili — perché aventi natura non coincidente: rapporto giuridico le prime, contratto il secondo — di *tertium genus* potrebbe semmai parlarsi solo a condizione di ammettere che il lavoro autonomo costituisca un *secundum genus* omogeneo e non, invece, una « disciplina transtipica » residuale (A. PERULLI, *op. cit.*, 86) destinata a cedere di fronte alla ricorrenza di un diverso modello tipico (es. agenzia, mandato, etc.). In ogni caso — quand'anche venisse sposata questa teorica e si volesse assumere una rappresentazione descrittivamente duale o binaria, tutta giocata ed esaurita sulla coppia alternativa ex art. 2094 e art. 2222 c.c. — la configurabilità del citato *tertium genus* sarebbe comunque negata, stante la evidente collocazione della nuova figura nell'area dell'autonomia, quale sottotipo. Opportunamente nega l'avvenuta introduzione di un *tertium genus*, ad opera del d.lgs. n. 276/2003, M. TIRABOSCHI, *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in Id. (a cura di), *op. cit.*, 17 ss.

<sup>(15)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in AA.VV., *Le nuove collaborazioni*, in *GLav*, 2004, n. 4, suppl., 20 ss.; ID., *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 ecc.*, cit., 19 ss. *Contra* M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 692, secondo il quale il meccanismo della riconducibilità a progetto delle co.co.co. sarebbe contraddetto dal riconoscimento legislativo della instaurabilità di rapporti collaborativi ex art. 409, n. 3, c.p.c. anche attraverso « un atto costitutivo diverso dal contratto di lavoro a progetto », evenienza contemplata dalla legge nella formulazione dell'art. 69 già citato. Pur nella eleganza della ricostruzione, la soluzione non pare del tutto appagante nel momento in cui sembra non tenere in debito conto che — sebbene effettivamente indagata — la aporeticità, fatte salve le eccezioni di legge, è comunque ritenuta

articolo 61, fin troppo esplicita ed assoluta — *i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (...) devono essere riconducibili ad uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso* — nell'escludere che queste relazioni possano trovare spazi di ammissibilità al di fuori del modello contrattuale sorto in concomitanza con la formulazione dell'enunciato <sup>(16)</sup>. Né è casuale che la inedita fattispecie veda fissato il proprio nucleo qualificante nella obbligatoria deduzione di un *progetto, programma di lavoro o fase di esso*, tra l'altro formalmente risultante dal corpo del contratto (articolo 62).

D'altro canto, in secondo luogo, forse ancor più *tranchant* è il successivo articolo 69, che — nell'introdurre un peraltro discusso meccanismo di apparente conversione legale relativamente ai *rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61, comma 1* — simmetricamente assesta e consolida la obbligatorietà della riconduzione vincolata al modello codificato. Ciò, del resto, in perfetta assonanza con il vero e proprio *aut aut* sistematico riassunto nel proposito secondo il quale *le misure contenute nel (...) provvedimento (...) riconducono le attuali co.co.co. o al lavoro subordinato o al lavoro a progetto* <sup>(17)</sup>.

Per soprammercato, anche il riferimento d'avvio alla figura dell'agenzia prova molto, in negativo, sulla portata del precetto, che il legislatore ha inteso evidentemente estendere a tutta l'area dei rapporti *naturalisticamente* consistenti in una co.co.co., in coerenza con la formula dell'articolo 409, n. 3, c.p.c., senza lasciare spazi residuali.

Più in generale — va da sé — è ovvio che il sistema delle esclusioni e delle deroghe conforti l'assunzione del contratto a progetto a modello di *default*: l'allontanamento da quest'ultima fattispecie referenziale — con il parallelo recupero degli originari spazi applicativi ritagliati a favore delle altre figure contrattuali adottabili per la deduzione di prestazioni collaborative connotate dal coordinamento e dalla continuità — appare legittima solo in presenza di un esplicito salvacondotto

---

patologica e, come tale, viene sanzionata attraverso l'effetto transustanziale di cui alla previsione da ultimo citata.

<sup>(16)</sup> Giustamente G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 557, valorizza « i requisiti previsti dalla nuova disciplina (...) al fine di considerare il lavoro a progetto una fattispecie esclusiva e non una variante semantica delle collaborazioni coordinate e continuative ».

<sup>(17)</sup> Cfr. ancora la *Relazione di accompagnamento*, cit., 14.



legale: oltre alla citata ipotesi delle relazioni agenziali, le prestazioni libero-professionali rese da soggetti iscritti in albi, quelle utilizzate a fini istituzionali in favore di società sportive dilettantistiche, quelle prestate da pensionati di vecchiaia e da componenti di collegi, commissioni ed organi amministrativi o di controllo <sup>(18)</sup>.

In larga prevalenza, l'innovatività della riforma è stata avvertita *all'interno del tipo dominante*, rappresentato dal contratto d'opera, tenuto conto dell'avvenuto sconfinamento della nuova fattispecie nelle aree da questo tradizionalmente colonizzate <sup>(19)</sup>. È difficile negare, in altri termini, che proprio il contratto d'opera si trovi a pagare il tributo più alto, vedendo erosi i propri spazi originari. A fronte di una collaborazione resa in regime di autonomia e connotata dai tratti della personalità, del coordinamento e della continuità — collaborazione dedotta di regola, secondo il regime previgente, nel tipo contrattuale *ex* articoli 2222 e ss. c.c. — il nuovo impianto postula in via necessaria e obbligatoria l'adozione della nuova figura del contratto a progetto. E a questa qualificazione forzosa fa seguito l'applicazione del relativo statuto dedicato. In altri termini, se è incontestabile la permanenza nel mondo giuridico del contratto d'opera — circostanza in merito alla quale nessuno peraltro poteva ragionevolmente nutrire il minimo dubbio — è altrettanto fondato opinare che questo veda estrapolato al proprio interno il « nuovo » lavoro a progetto, enucleabile attraverso la decifrazione di alcuni ulteriori requisiti selettivi <sup>(20)</sup>.

Nondimeno, non vanno trascurate nemmeno le ricadute prodotte *all'esterno del tipo* che si è detto *dominante*, le quali vengono a riverberarsi sulle altre forme di co.co.co. non dedotte nell'ambito del contratto d'opera, ma in formule contrattuali diverse.

Del resto, un esito di questo segno procede precisamente dalla citata riconduzione vincolata dei rapporti di collaborazione nell'ambito di un nuovo tipo contrattuale che tutti li comprende in modo neces-

---

<sup>(18)</sup> Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 24; V. PINTO, *op. cit.*, 317.

<sup>(19)</sup> Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 12; G. PROIA, *op. cit.*, 665.

<sup>(20)</sup> Cfr. ancora R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 14. A proposito della qualificazione del lavoro a progetto come sottotipo del contratto d'opera si rinvia agli Autori citati alla n. 12. Nessuna indicazione decisiva è offerta dalla prassi amministrativa. Si allude, ovviamente, alla ben nota circ. Min. lav. n. 1/2004, il cui significato è piuttosto scontato quando rileva che « sia l'introduzione nel nostro ordinamento della fattispecie dei rapporti di co.co.co. nella modalità a progetto, sia la previsione di rapporti di co.co.co. a carattere occasionale (...) non hanno certamente comportato l'abrogazione delle disposizioni del contratto d'opera di cui all'art. 2222 e ss. del codice civile ».



sario. E sembra di poter dire che proprio la coattività di questa operazione postula la riduzione dello spettro applicativo di un esteso numero di figure contrattuali, destinate a scomparire per assorbimento.

### 3. Gli effetti della riconduzione vincolata.

Le conseguenze derivanti della necessità di dedurre in contratti a progetto l'ampio *genus* naturalistico delle co.co.co. sono chiare sia riguardo ai tipi legali che riguardo ai tipi sociali.

Quanto ai primi, è evidente la dimensione dell'effetto erosivo al quale si accennava: figure come il mandato <sup>(21)</sup> sembrano dover denunciare la loro sopravvenuta inadeguatezza a dedurre rapporti nei quali «il compimento di uno o più atti giuridici per conto» del mandante sia svolto con modalità fattuali tali da integrare i connotati della collaborazione coordinata e continuativa. Ove ciò accadesse, la vicenda dovrebbe essere inevitabilmente attratta sotto il fuoco del contratto a progetto, godendo del relativo statuto. E lo stesso varrebbe per la commissione, la somministrazione <sup>(22)</sup> o, addirittura, il trasporto <sup>(23)</sup>.

Sul piano sistematico, l'innovazione si riflette sul frazionamento interno al complesso dei rapporti riconducibili al tipo, con conseguente duplicazione dei regimi regolatori applicabili: il primo, di nuova formazione, assegnatario dell'impianto costruito sul lavoro a progetto; il secondo, per contro, fedele depositario della disciplina via via applicabile sulla scorta della tradizionale qualificazione tipologica. E lo spartiacque tra le due posizioni sembra insistere unicamente sulla circostanza tutta fenomenologica — cioè su un dato storico, volatile ed

---

<sup>(21)</sup> Sulla possibilità che una co.co.co. potesse, fino ad oggi, essere dedotta in un contratto di mandato, così da far rientrare la relativa, eventuale controversia, nella competenza del giudice del lavoro, cfr. Cass. 13 febbraio 1988 n. 1596, in [Collaborazione coordinata continuativa](#).

<sup>(22)</sup> Cass. 25 ottobre 1982 n. 5582, in [Collaborazione coordinata continuativa](#), secondo la quale è rimessa alla competenza del giudice del lavoro la controversia relativa alla risoluzione di un rapporto di commissione o di somministrazione «ove dal convenuto si deduca (...) la prestazione di un'attività personale e coordinata su istruzioni e nell'interesse diretto del committente e così la sussistenza quanto meno di un rapporto di collaborazione con il committente con i requisiti previsti dall'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. ».

<sup>(23)</sup> Cfr. Cass. 4 aprile 1992 n. 4152, in [Collaborazione coordinata continuativa](#).

estrinseco rispetto alla struttura della fattispecie — della traduzione dell'attività convenuta in forme di collaborazione prevalentemente personale, pur non subordinate, caratterizzate dalla continuità e dal coordinamento con l'organizzazione creditoria.


Lo stesso frazionamento si gioca, in parallelo, anche relativamente alle figure miste o atipiche.

Si pensi, così, al procacciamento d'affari <sup>(24)</sup>, ovvero ai contratti di scrittura artistica <sup>(25)</sup> o, ancora, ai contratti di concessione di impianti di distribuzione di carburante, rispetto ai quali ultimi, notoriamente, ha avuto modo di formarsi un nutrito orientamento giurisprudenziale <sup>(26)</sup>. Ma si pensi anche a particolari contratti causalmente misti — la cui diffusione dovrebbe essere viepiù crescente, in funzione dello sviluppo di nuovi bisogni delle imprese — come quelli nell'ambito dei quali una prestazione personale risulti correlata alla cessione di uno o più beni materiali (quali, ad esempio, i contratti di manutenzione ordinaria e continuativa per apparecchiature industriali complesse), oppure alla concessione in uso di beni immateriali (è il caso, ancora esemplificando, dell'attività del consulente in tema di *advertising* che curi una articolata campagna pubblicitaria cedendo in uso l'opera dell'ingegno concepita a quel fine).


Anche riguardo a questi contratti — semmai a causa mista o negozialmente collegati in modo reciproco — pare doveroso postulare una ripartizione tutta interna. Ed anche a questo riguardo il frazionamento deve assumere come linea discretiva l'emersione o meno di una prestazione collaborativa connotata dalla continuità e dal coordinamento.

In sintesi, il mutamento prospettico è radicale. La scelta di intervenire su una serie di rapporti geneticamente scaturenti da figure contrattuali irriducibili a paradigmi tipologici chiusi o confinati non poteva non avere pesanti costi sistematici, ascrivibili alla necessità di strappare ciascuno di questi dal proprio modello fino ad oggi assunto

---

<sup>(24)</sup> Cfr. Cass. 8 agosto 1998 n. 7799; Cass. 4 febbraio 1992 n. 1172, entrambe in  *Collaborazione coordinata continuativa*, relativamente ad un incarico di procuratore d'affari « rinnovato per un apprezzabile lasso di tempo ».

<sup>(25)</sup> Cfr. Cass. 17 marzo 1992 n. 3272, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(26)</sup> Cfr. Cass. 23 giugno 1995 n. 7111; Cass. 27 febbraio 1992 n. 2433, entrambe in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

come referenziale, per disporre l'attrazione nello schema del lavoro a progetto.

Quest'ultimo si trova ad assumere una posizione centrale nel panorama delle tipologie negoziali in cui possono essere naturalisticamente dedotte prestazioni personali e connotate dai caratteri della continuità e del coordinamento, sebbene non subordinate. Così facendo, il contratto a progetto attrae nel proprio ambito, imponendone un preciso statuto, rapporti fino ad oggi afferenti a tipi contrattuali diversi (27).

#### 4. La congruità della scelta sistematica.

Vien da chiedersi se un effetto di tal segno — che procede dalla testuale formula dell'articolo 61 — possa dirsi accettabile sul piano sistematico, considerate la regolazione del contratto a progetto e l'attitudine onnivora della nuova fattispecie, inserita in modo forzoso nel panorama delle tipologie nell'ambito delle quali era liberamente deducibile, fino a ieri, una prestazione collaborativa resa in autonomia e segnata dai tratti del coordinamento e della continuità.

Due, in particolare, sono i punti di crisi maggiormente vistosi.

Il primo riguarda il regime dettato in tema di conversione del rapporto *ex* articolo 69.

Sono fin troppo noti, in proposito, i dubbi espressi da un ampio schieramento dottrinale nei riguardi di una formula — appunto quella dell'articolo 69 — che pare dare ingresso ad una sorta di trasformazione *ope legis* del rapporto a progetto in rapporto di lavoro dipendente, addirittura prescindendo dalla effettività della subordinazione. Di questi dubbi, quindi, non è il caso di dire (28). Vale solo la pena di notare che la comprensibile necessità di ricondurre entro canoni di ragionevolezza la gravità delle conseguenze del regime legale, ha condotto alcuni autori a proporre letture temperate del disposto, come quella che ipotizza l'esistenza di una semplice *praesumptio iuris tantum* di subordinazione (29).

---

(27) È quindi condivisibile quanto rileva F. LUNARDON, *op. cit.*, 8, nel momento in cui mette in luce i tratti dello scenario « *post* riforma » come « dominato da fattispecie che operano tutte in modo inclusivo ».

(28) Cfr., per tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 19 ss.; L. CASTELVETRI, *op. cit.*, *passim*.

(29) Cfr. M. MISCIONE, *op. cit.*, *passim*. Nello stesso senso sembra orientata anche

Quale che sarà la posizione accolta dal diritto vivente, sembra chiaro che la disposizione in predicato, in quanto tale, sia stata concepita avendo riguardo alla radicale, esclusiva antinomia tra autonomia e subordinazione, i due termini logici entro i quali è giocato l'effetto di conversione forzata. In altre parole, la formula dell'articolo 69 pare essere figlia di una visione duale, connotata da una alternatività tipologica fondata e, nel contempo, esaurita nella giustapposizione tra le fattispecie *ex* articoli 2094 e 2222 c.c.

Orbene, se ciò — come accennato — pare essere fonte di non poche perplessità nel momento in cui si valutino gli effetti della introduzione del lavoro a progetto *internamente al tipo* costituito dal contratto d'opera, ancor maggiori esse si pongono nel momento in cui si ammetta che la portata della nuova figura sia tale da estendersi *all'esterno* di quello, intercettando figure e modelli negoziali, tipici o atipici, diversi ed ulteriori rispetto al paradigma *ex* articolo 2222 c.c.

Si pensi, così, alla difficile convivenza della conversione — quale effetto legale conseguente alla omessa « individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso » — al mandato, alla somministrazione, come pure a rapporti misti o atipici che le parti private sono autorizzate a porre in essere secondo l'articolo 1322 c.c. La trasformazione forzosa di questi rapporti in relazioni di lavoro subordinato *tout court* — a motivo della sola mancanza di un *quid* esogeno ed estrinseco alla fattispecie come la individuazione di un progetto — sembra esito difficilmente difendibile da censure ordinali (30), prima fra tutte quella che insiste sulla necessità di riconoscere alle parti il potere di dare l'assetto voluto ai propri rapporti interpretati (articolo 41 Cost.) (31). Invero, è difficile negare la fonda-

---

la prassi amministrativa: cfr. la circ. Min. lav. n. 1/2004. *Contra*, tra gli altri, A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*

(30) Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 20, le cui riserve in punto di « stravolgimento imposto all'iniziativa economica privata » paiono pienamente recuperabili in relazione alle ipotesi cui si allude nel testo; M. MAGNANI, S. SPATARO, *op. cit.*, 6 ss.

(31) È superfluo rilevare che le riserve in ordine alla conversione *ope legis* di cui all'art. 69, comma 1, non riguardano la patologia della fase esecutiva del rapporto, ma la sua fisiologia, e postulano quindi la piena conformità tra il programma negoziale convenuto, la sua effettiva attuazione concreta ed il modello codificato legalmente. In altri termini, è fuori discussione che, in ossequio alla regola di effettività, un rapporto svolto nelle forme del lavoro dipendente debba essere qualificato come tale, a prescindere dal *nomen iuris* adottato e dalla qualificazione offerta dalle parti, come pleonasticamente conferma l'art. 69, comma 2. Nell'ipotesi di conversione alla quale si allude

tezza di tali censure non appena si consideri che la previsione dà ingresso all'effetto di conversione non solo nell'ambito della coppia alternativa tra i tipi *ex* articoli 2094 e 2222 c.c., ma anche tra i tipi *ex* articoli 2094 e 1703 c.c., oppure *ex* articoli 2094 e 1731 c.c., o, ancora *ex* articolo 2094 ed un qualsiasi altro contratto solo socialmente tipico o, addirittura, atipico *tout court*.

E di fronte alla eventuale obiezione che pretendesse di riconoscere al legislatore la facoltà di trasformare l'acqua in vino — cioè un rapporto autenticamente non subordinato in una relazione di lavoro dipendente, con l'applicazione del relativo statuto — potrebbe proporsi l'argomento che, in sintonia con il canone della parità di trattamento di fronte alla legge, impone di trattare in modo diverso situazioni obiettivamente diverse sul piano dei contenuti del rapporto.

Il secondo punto di crisi è rappresentato dalla difficile convivenza tra collaborazioni coordinate e continuative, da un lato, e collaborazioni occasionali.

Come è ben noto, infatti, lo sforzo definitorio profuso dal legislatore ha riguardato anche la enucleazione della figura di collaborazione logicamente adiacente rispetto alla co.co.co., pur volendo lasciare impregiudicata la questione — tutt'altro che marginale — della attitudine di detta ultima fattispecie ad esaurire l'intera tipologia di tutte le vicende rapportuali nelle quali sia dedotta una prestazione lavorativa personale e non siano per converso integrate le condizioni minimali stabilite normativamente per la configurazione coattiva di un rapporto di lavoro a progetto <sup>(32)</sup>. Attraverso i due connotati della durata del rapporto e della entità degli emolumenti corrisposti, le collaborazioni occasionali si colorano in negativo ma diventano — proprio partecipando della tendenziale omnicomprensività forzata del lavoro a progetto, quale fattispecie complementare — figure altrettanto onnivre rispetto alle tipologie contrattuali confinanti.

---

nel testo, ben diversamente, si fa questione di prestazioni di lavoro autenticamente irriducibili all'area del lavoro dipendente.

<sup>(32)</sup> Per la soluzione negativa si pronuncia V. PINTO, *op. cit.*, 317. Nello stesso senso pare orientata la prassi amministrativa: secondo la citata circ. Min. lav. n. 1/2004, le prestazioni occasionali di cui al comma 2 dell'art. 61 del d.lgs. n. 276/2003 si distinguerebbero non solo dal lavoro accessorio, ma anche « dalle attività di lavoro autonomo occasionale vero e proprio, (...) dove non si riscontra un coordinamento ed una continuità nelle prestazioni e che proprio per questa loro natura non sono soggette agli obblighi contributivi previsti per le collaborazioni coordinate e continuative bensì a quelli » di cui all'art. 44, comma 2, della l. n. 326/2003.

È ben vero che nell'impianto voluto dal legislatore delegate dette collaborazioni occasionali non sembrano dover essere dedotte in una particolare figura negoziale. In altri termini, non si verifica quel fenomeno di traslazione da tipo rapportuale a tipo contrattuale invece registrabile nell'ambito del lavoro a progetto, destinato a vedere ricondotte nel proprio fuoco *i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.* (articolo 61).

In tal senso, non v'è dubbio che l'attività occasionale ben può essere dedotta in un qualsiasi contratto, tipico o no. Ma un esito di questo tipo è solo in parte rassicurante. Da un lato, infatti, non può tacersi il sensibile allargamento della gamma tipologica entro la quale può essere dedotta una prestazione personale di tal fatta. D'altro lato, soprattutto, può riuscire assai delicata l'operazione di riparto tra co.co. continuative e co.co. occasionali, non foss'altro per la difficoltà di applicare ad un così ampio novero di tipologie contrattuali criteri discretivi concepiti e modellati per il contratto d'opera <sup>(33)</sup>.

Si pensi, così, ai problemi posti dalla applicazione del criterio selettivo di ordine economico — i 5.000 euro annuali — ad un contratto atipico nell'ambito del quale la prestazione personale del debitore non esaurisca l'interesse dell'obbligazione assunta. E si pensi anche — in modo ancor più vistoso — ai risultati incongrui ai quali rischia di dare seguito il parametro temporale, commisurato — a quanto pare — all'ampiezza cronologica non delle prestazioni naturalisticamente intese, ma alla durata del vincolo negoziale.

In buona sostanza, dalla piana lettura dell'articolo 61 il rischio di dover tradurre in contratti a progetto normali rapporti di mandato — se ed in quanto svolti con una qualche forma di apprezzabile coordinamento con l'organizzazione del mandatario — per il solo fatto di avere durata superiore ai 30 giorni (oppure di prevedere un compenso superiore alle soglie indicate), è tutt'altro che teorico. E l'esito potrebbe essere ancor più drammatico non appena si pensi che in questi casi l'eventuale mancata individuazione di un progetto — stando alle lettere della legge — produrrebbe la conversione del rapporto in una relazione di lavoro dipendente *sin dalla data di costituzione* (articolo 69).

---

<sup>(33)</sup> Cfr. M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 714 ss.

## 5. L'opzione correttiva: verso una valorizzazione discretiva del coordinamento continuativo.

All'esito delle considerazioni più sopra svolte, sembra difficile revocare in dubbio l'attitudine erosiva del lavoro a progetto, in quanto figura derivata dalla traslazione di una categoria rapportuale in un tipo contrattuale e, perciò, portata per propria natura ad imporsi come fattispecie negoziale necessariamente elettiva e referenziale.

Ciò non toglie che le distonie sistematiche alle quali si è fatto cenno debbano e possano essere temperate, così da evitare effetti distortivi difficilmente accettabili sul piano degli assetti interni all'ordinamento. In gioco, a ben vedere, sono sia l'intima coerenza del sistema legale, sia l'efficacia degli interventi di riforma, il cui effettivo valore non potrebbe che essere compromesso dalla ben nota tendenza della realtà economica a sottrarsi ad ogni pretesa regolatoria avvertita come iniqua o irragionevole. Il rischio, in altri termini, è quello di una fuga dal nuovo regime, a tutto favore dell'adozione di comportamenti e prassi non meno gravi di quelle che si volevano evitare.

Se l'esigenza, pertanto, è quella di contenere la propensione onnivora della figura, una delle opzioni praticabili sembra poter consistere nella valorizzazione dei connotati della continuità e, soprattutto, del coordinamento, la cui utilizzazione prudente e sorvegliata potrebbe compensare la tendenza colonizzatrice del nuovo tipo, implicando una riduzione della massa dei rapporti di co.co.co. fino ad oggi frettolosamente ricondotti nell'area ritagliata dall'articolo 409, n. 3, c.p.c.

In altri termini, è ben noto che detti criteri presentano tratti di intima ed insopprimibile indeterminatezza, che fino ad oggi l'esperienza empirica ha mostrato di voler utilizzare in chiave estensiva, scevra da ogni rigore di analisi, anche al fine, più o meno dichiarato, di ampliare l'area applicativa delle (invero modeste) tutele dettate in materia<sup>(34)</sup>. Nondimeno, non c'è dubbio che le esigenze avvertite sotto il previgente impianto regolatorio non possono fare premio sull'attuale assetto, proprio per le ragioni sulle quali si è insistito più sopra. Del resto, ragioni di coerenza ordinamentale prima sconosciute insistono per una lettura in chiave restrittiva dei due connotati, valutati in modo doverosamente e reciprocamente integrato.

Non si nascondono, ovviamente, le difficoltà legate ad una opzione di questo segno, che si traducono, da un lato, nella riduzione dell'am-

---

(34) Cfr. le incisive osservazioni di A. PERULLI, *op. cit.*, 220 ss.



bito operativo dello statuto, anche processuale, dettato per le co.co.co. ex articolo 409, n. 3, c.p.c., dall'altro, nell'ambigua e pericolosa contiguità con i lineamenti qualificanti il lavoro dipendente, nell'ambito del quale proprio il coordinamento e la continuità sono tratti ritenuti connotanti da una diffusa teorica <sup>(35)</sup>.

Ciò non toglie, tuttavia, che le asperità qualificatorie non possano e non debbano rappresentare un motivo ostativo. Del resto, che la continuità ed il coordinamento siano caratteri propri delle forme di collaborazione autonome è esplicitamente riconosciuto dalla legge ed all'interprete non resta che fare appello, in funzione validamente discreativa, proprio ai criteri selettivi citati.

In tal senso, il coordinamento sembra configurabile solo in presenza di una reale ed effettiva colleganza tra l'attività prestata e l'organizzazione del committente, intesa come diretta ed immediata fruibilità datoriale dei risultati del lavoro reso. Del resto — ferma restando la tendenziale irrilevanza dell'elemento temporale, coerente con l'autonomia del rapporto — una volta che si assegni al coordinamento ruolo discretivo rispetto al contratto d'opera *tout court*, corre che esso si sostanzi nella correlazione diretta tra il risultato del contributo professionale prestato e l'utilità creditoria da soddisfare, assicurandone la pronta e naturale integrazione nel processo volto alla realizzazione del prodotto o alla erogazione del servizio oggetto dell'attività d'impresa. Detta colleganza, nondimeno, deve essere continuativa, cioè perdurare per la durata della collaborazione. Del resto, che una costruzione di questo segno sia nella *mens legis* è confortato dalla stessa formulazione dell'articolo 62, secondo il quale la formalizzazione del rapporto postula la definizione delle forme di « coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa ».

Assumendo questa linea ermeneutica, rispetto alla relazione di lavoro dipendente, manterrebbero la loro indiscussa centralità il parametro della continuità giuridica — intesa come assoggettamento attuale o potenziale alle direttive creditorie <sup>(36)</sup> — ed il parallelo riconosci-

---

<sup>(35)</sup> Cfr., condivisibilmente, M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 705 ss., secondo il quale proprio la corrente opinione favorevole a differenziare il coordinamento tipico della subordinazione da quello proprio dell'autonomia sulla scorta della diversa intensità — e non, invece, della diversa natura — ha giocato un ruolo non marginale nella diffusione delle note prassi degenerative quanto all'uso delle « vecchie » collaborazioni.

<sup>(36)</sup> Valgano per tutti le riflessioni di P. ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione*



mento del potere datoriale volto alla istantanea conformazione delle energie erogate alle mutevoli istanze del caso. Del tutto diversamente — vien da aggiungere — rispetto alla posizione del collaboratore a progetto, comunque obbligato a realizzare un *quid* (produzione di un bene o erogazione di un servizio) i cui contenuti sono stati convenuti consensualmente e che, pertanto, solo consensualmente possono essere oggetto di revisione, modifica o trasformazione <sup>(37)</sup>.

Come accennato, l'applicazione congiunta e rigorosa dei due criteri potrebbe permettere di ridurre gli spazi di configurazione delle co.co.co., temperando la tendenza espansiva della nuova fattispecie di lavoro a progetto. In particolare, le forme di collaborazione svolte dal prestatore al di fuori di precise coordinate temporali e spaziali convenute con il creditore, seppur a tutt'oggi ritenute comprese nel fuoco applicativo dell'articolo 409, n. 3, c.p.c. sulla scorta di una lettura di segno estensivo — si pensi, ad esempio, alle ipotesi del procacciamento d'affari, al mandato, alla commissione ed alle altre forme tipiche o atipiche di esecuzione di attività in forme prive di rigorosa continuità di coordinamento — sarebbero suscettibili di riconduzione al loro alveo naturale di rapporti non parasubordinati. E identica sorte incontrerebbero le collaborazioni segnate da una serie di singole prestazioni « giuridicamente indipendenti, ma legate tra loro in linea di fatto da un'apprezzabile frequenza del loro succedersi nel tempo » <sup>(38)</sup>, con la conseguenza di negare valore discrezionale a condizioni fattuali ed estrinseche — si pensi al dato della cadenza temporale — obiettivamente prive di idoneità qualificatoria.


Sul piano delle applicazioni giurisprudenziali, potrebbe quindi farsi giustizia di alcuni esiti in larga misura segnati dall'atteggiamento di estensione forzata di cui si è detto. Non sarebbe più consentita, se non al termine di un attento scrutinio delle peculiarità dei singoli casi, l'attrazione nel fuoco dell'articolo 409, n. 3, c.p.c. — con i conseguenti riflessi in punto di riconduzione nell'alveo del contratto a progetto — di contributi di generica collaborazione segnati da una « serie di incarichi » <sup>(39)</sup> svolti al di fuori di uno stretto collegamento con

---

*e inquadramento*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1992, 26 ss.

<sup>(37)</sup> Cfr. A. PERULLI, *op. cit.*, 222.


<sup>(38)</sup> Cfr. F. LUNARDON, *op. cit.*, 29.


<sup>(39)</sup> Cfr. Cass. 29 agosto 2003 n. 12681, — in analogia con Cass. 16 gennaio 1999 n. 413, in  *Collaborazione coordinata continuativa* — secondo la quale a fondare la

l'organizzazione creditoria, ovvero da più « prestazioni istantanee » destinate a perfezionarsi *uno actu*, dedotte in singoli contratti via via autonomi e diversi ma « succedentisi in modo ripetitivo nel tempo » (40). Per la medesima ragione potrebbero non trovare più spazio incontrollato le posizioni orientate ad ammettere letture parateologiche del coordinamento e ad avvalorarne la sussistenza anche solo in presenza di una (spesso ovvia e scontata) relazione di strumentalità tra la prestazione resa e le finalità dell'impresa (41).

È ben vero che un siffatto percorso non si presenterebbe privo di difficoltà, ma sembra indubbio che comprensibili esigenze di coerenza sistematica potrebbero giustificare la prospettazione di nuovi ambiti definitivi e la più rigorosa enucleazione dei relativi criteri discretivi.

---

sussistenza di un rapporto di co.co.co. sarebbe « sufficiente (...) l'espletamento di una serie di incarichi (integranti o meno gli estremi del mandato *ad negotia*) riconducibili allo schema generale del lavoro autonomo ancorché rientranti in una pluralità di figure contrattuali tipiche le cui modalità di esplicazione possono essere caratterizzate dall'impiego prevalente di attività personale non subordinata ». Ancor più estensiva — al punto da postulare una vera e propria evaporazione della nozione di coordinamento — è la posizione assunta a proposito della nozione tributaristica di co.co.co., affermata come sussistente in relazione alla figura dell'amministratore di condominio, in quanto operante « nell'ambito di un rapporto continuativo e unitario con il soggetto richiedente, senza vincolo di subordinazione e senza impiego di mezzi organizzati »: Cass. pen. 16 gennaio 1998 n. 1954, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

(40) Cfr. Cass. 18 febbraio 1997 n. 1459, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

(41) Cfr. Cass. 19 agosto 1996 n. 7625, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

## 6.

# CONSIDERAZIONI CRITICHE E *DE JURE CONDENDO* SULLA DURATA NEL LAVORO A PROGETTO

ANDREA ASNAGHI

SOMMARIO: 1. Appunti di metodo. — 2. La collaborazione coordinata e continuativa e il lavoro a progetto. — 3. La durata nel lavoro a progetto. — 4. Effetti perversi del mantenimento del termine nel lavoro a progetto. — 5. Il progetto, non necessariamente a termine, quale elemento costitutivo del contratto.

### 1. Appunti di metodo.

Si ritiene necessario, in premessa del presente contributo, esplicitare i criteri metodologici e l'ambito entro cui l'argomento verrà qui affrontato. Occorre innanzitutto evidenziare che per scelta precisa, correlata alle peculiarità professionali dello scrivente, si è voluto portare il discorso sul piano più propriamente della *pràxis* quotidiana, ovvero, per meglio dire, l'argomentazione teorica non ha mai voluto perdere di vista il risvolto concreto e pratico collegato all'esperienza maturata sul campo.

La seconda avvertenza metodologica riguarda la scelta di considerare senza soluzione di continuità, e cioè come *un unico intento legislativo* (sia pure con tempi, caratteristiche ed esigenze innegabilmente diverse) il dettato del decreto legislativo n. 276/2003 (naturalmente in riferimento agli articoli da 61 a 69) e quello delle successive circolari ministeriali, in particolare la n. 1 del Ministero del lavoro dell'8 gennaio 2004 <sup>(1)</sup>. Ciò non solo per l'ovvia ragione che la seconda svolge una funzione interpretativa del primo, ma anche perché, qualora apparissero divergenze o contraddizioni fra l'uno e l'altro dettato, tali contraddizioni non verrebbero risolte *tout court* a favore della Legge Biagi (stante la fonte superiore di diritto che rappresenta) come molti

---

(1) In  *Lavoro a progetto*.

commentatori hanno fatto <sup>(2)</sup>, ma verrebbero *confrontate* ai fini di una migliore comprensione dell'impostazione generale del legislatore e della eventuale evidenziazione, in funzione critica, degli aspetti problematici che ne conseguono.

Si deve inoltre evidenziare il sostanziale accordo dello scrivente con l'approccio del legislatore alla materia, in particolare con quelle scelte di campo <sup>(3)</sup> che ne hanno caratterizzato l'azione e che possono essere sinteticamente così riassunte:

— la rinuncia all'individuazione delle collaborazioni coordinate e coordinative come un *tertium genus*, a metà strada fra lavoro autonomo e dipendente e la loro collocazione entro i limiti già individuati del contratto d'opera, di cui agli articoli 2222 e ss. c.c.;

— la scelta di non spostare (o continuare) la lotta all'elusione (insieme contributiva e giuslavoristica) sul fronte della moltiplicazione degli oneri e delle tutele riguardanti le collaborazioni, rimandando ad uno Statuto dei Lavori un'eventuale riflessione giustamente autonoma sulla materia;

— l'individuazione, nel contempo, di un minimo di tutele applicabili con immediatezza alla collaborazione;

— la scelta di limitare (in duplice funzione: prettamente anti-elusiva da un lato, di regolazione della concorrenza dall'altro) l'autonomia contrattuale individuale attraverso il tentativo di una tipizzazione (o quantomeno una definizione di modalità) delle collaborazioni in oggetto, dando così anche ad un'attività ispettiva in potenziamento strumenti certi di contrasto dei fenomeni evasivi;

— la conseguente rinuncia <sup>(4)</sup> a far confluire le collaborazioni in un orizzonte generico (questo è di fatto stato l'orientamento prevalso nel recente passato), utilizzandole quale strumento di « pace fiscal-contributiva », contenitore elastico di tutte le situazioni che si affaccia-

---

<sup>(2)</sup> Anche se si comprende che tale taglio è stato spesso dettato da ragioni pratiche: nel momento in cui si deve dare un consiglio prettamente operativo, meglio attenersi sulla linea prudenzialmente più rigorosa o più forte.

<sup>(3)</sup> Una sintesi puntuale e concreta della « filosofia di intervento sulle co.co.co. », in M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *GLav*, gennaio 2004, spec.

<sup>(4)</sup> La scelta, da un punto di vista squisitamente dottrinale, è ineccepibile; rischia tuttavia di avere conseguenze catastrofiche se non mette a fuoco una griglia concettuale rigorosa ma al tempo stesso sufficientemente ampia da poter comprendere tutte le collaborazioni *legittime*.

vano a vario titolo nella zona grigia fra autonomia professionale e subordinazione.

L'accordo su questi temi di fondo, ed è l'ultima osservazione di metodo, permette di costruire un rilievo, anche critico, come il presente che si pone come obiettivo non tanto quello di demolire il tentativo di intervento legislativo quanto, soprattutto in vista della sua natura autenticamente *sperimentale*, di offrire riflessioni « dall'interno », per così dire, dell'ottica legislativa sui dubbi interpretativi o sulle eventuali forzature contenute nella legge, riflessioni che possano suggerire spunti per la eventuale rettifica o integrazione del testo legislativo.

## 2. La collaborazione coordinata e continuativa e il lavoro a progetto.

Per lo scopo di cui sopra, e prima di affrontare direttamente il tema del nostro commento, si ritiene utile un breve esame preliminare degli elementi caratteristici della collaborazione coordinata e continuativa, che non scompare nell'ordinamento ma viene inclusa nella modalità a progetto, tranne che in alcuni casi che « non presentano significativi rischi di elusione »<sup>(5)</sup>.

Cosa dunque era, e per certi versi rimane, la collaborazione coordinata e continuativa?

I suoi elementi essenziali possono essere così sintetizzati:

a) la natura autonoma e personale della prestazione, direttamente riconducibile all'articolo 2222 e ss. c.c.;

b) il coordinamento, cioè l'inserimento, seppure in forma non subordinata, del collaboratore nell'organizzazione e nel funzionamento dell'impresa<sup>(6)</sup>;

c) la continuità nel tempo della prestazione, intesa come esigenza non occasionale e destinata a svolgere i suoi effetti nel tempo (contratto di durata);


d) la mancanza di impiego di mezzi organizzati;

e) la natura « paraprofessionale » del collaboratore.

Tale ultimo aspetto, mediabile dalla legislazione fiscale (ma non solo) viene molto spesso trascurato o ricondotto negli elementi prece-

---


<sup>(5)</sup> Circ. Min. lav. n. 1/2004, cit. Cfr. il contributo di M. Rossi, *Le ipotesi di collaborazioni coordinate e continuative escluse dalla modalità a progetto*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(6)</sup> Cfr. Cass. 19 aprile 2002 n. 5698, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

denti, soprattutto nel primo, da cui è però disgiunto. Una normale attenzione alla figura del co.co.co. « genuino » ci rivela invece che lo stesso si manifesta sul mercato del lavoro con una tipologia molto particolare di lavoro autonomo: esercita un'arte (o mestiere o professione) o, per meglio dire, *possiede una professionalità indipendente* (per quanto minimale possa esserne il contenuto), in funzione della quale viene definita la sua opera o servizio verso il committente; quest'ultimo a sua volta offre (con una modalità « parasubordinata ») al collaboratore il comodo alveo entro cui gestire il proprio autonomo apporto, senza alcuni dei rischi e degli impegni propri dell'imprenditore/professionista. Tant'è che la disciplina fiscale <sup>(7)</sup> andò determinando il concetto di rapporto « unitario », che deve essere inteso in senso qualitativo prima che quantitativo: è evidente che la scelta di offrire la propria professionalità per l'esecuzione di un'opera o un servizio determinati, se rivolta verso una molteplicità di committenti potrebbe ben far presumere a carico del lavoratore autonomo un'organizzazione professionale e/o imprenditoriale; viceversa il mantenimento di una prospettiva unitaria sta a significare che l'oggetto della professionalità si eserciterà, per scelta, sia pure con modalità autonome all'interno di un rapporto privilegiato e protettivo al tempo stesso <sup>(8)</sup>. Un rapporto, pertanto, del tutto autonomo per quanto riguarda le modalità di esecuzione dell'opera, i rischi collegati all'ottenimento del risultato, la professionalità che viene dedotta nella collaborazione, e simil-subordinato per quanto riguarda i rischi di natura più propriamente imprenditoriale (in senso lato) e l'inserimento funzionale nella struttura del committente. Anche da una considerazione di questo genere sono nate probabilmente le tutele di cui all'articolo 409 c.p.c., destinate quindi ad intervenire su figure lavorative, ed il caso (in parallelo) dell'agente in forma individuale è al riguardo tipico ed emblematico, strettamente dipendenti, ancorché autonome, dal committente e dalle scelte dello stesso, proprio in ragione dell'importante ricaduta diretta economico-occupazionale sul soggetto collaboratore.

Non deve destare meraviglia se viene qui invocata la norma fiscale,

---

(7) Prima art. 49, comma 2, Tuir, d.P.R. n. 917/1986, poi spostato nei redditi assimilati a lavoro dipendente ed ora da ultimo art. 50, in correlazione con l'art. 5, d.P.R. n. 633/1972, in  *Retribuzione*.

(8) Ci si potrebbe chiedere quanti rapporti « unitari » possano coesistere senza presumere attività professionale; appare tuttavia evidente che non può esservi una regola fissa (o peggio un numero predeterminato a priori) e peraltro in linea generale è abbastanza agevole individuare il tipo di « atteggiamento professionale » del collaboratore.

ancora in vigore e per molti anni unica guida dottrinale nel campo della collaborazione coordinata e continuativa. Anzi, sicuramente una critica che può essere mossa al decreto legislativo n. 276/2003 è quella di non aver sufficientemente cercato un coordinamento fra la norma fiscale, quella previdenziale e quella civilistica (o giuridica che dir si voglia), con il risultato che oggi l'intersecarsi delle figure di collaborazione e le sottotipologie che ne scaturiscono contribuiscono a creare disorientamento nella platea dei destinatari della normativa, compresi gli stessi professionisti.

Rispetto alla paraprofessionalità, ad esempio, il decreto legislativo n. 276/2003 ha sicuramente tolto decisività al possesso della partita iva <sup>(9)</sup> da parte del collaboratore, restringendo il campo di esclusione della normativa ad alcune categorie ben determinate; ciò, se da un lato ha voluto (riuscendovi solo in parte, come argomenteremo più avanti) contrastare fenomeni ancora elusivi, crea un certo imbarazzo laddove rischia di *dilatare la platea dei soggetti compresi nel lavoro a progetto* alzando probabilmente la tutela oltre la soglia legittima e necessaria; tale tutela infatti, ancorché accettabile dal punto di vista processuale e quindi con i riferimenti dell'articolo 409 c.p.c. <sup>(10)</sup>, diventa più stretta e di non immediata applicazione verso il collaboratore professionale allorché ricomprenda previsioni come quelle dell'articolo 66 del decreto.

Ma più in generale, cosa toglie e cosa aggiunge il lavoro a progetto alla vecchia co.co.co.? In controtendenza con una nutrita schiera di opinioni ragguardevoli, è possibile pensare che la modalità di lavoro a progetto, purché opportunamente rettificata come diremo, rappresenti un ampliamento di prospettive rispetto alla normativa precedente. Si è voluto rimarcare, ad esempio, da più parti una differenza fra vecchio e nuovo distinguendo rispettivamente una prestazione di mezzi da una prestazione di risultato; ed in effetti sembrerebbe che l'ago della bilancia si sia spostato dalla funzione o dall'incarico (come emergeva dalla precedente disciplina), per arrivare piuttosto alla considerazione dell'*opera* e del conseguente *risultato*. In realtà, se si rimanda al contratto d'opera *ex* articolo 2222 per individuare l'ossatura principale della tipizzazione della collaborazione coordinata e continuativa, il

---

<sup>(9)</sup> Il che era già avvenuto, del resto, nella riflessione giurisprudenziale; cfr. ancora Cass. 19 aprile 2002 n. 5698, cit.

<sup>(10)</sup> Proprio tali riferimenti sono quelli su cui si è incentrata l'attenzione della magistratura nella sentenza ricordata nella nota precedente.

lavoro a progetto semplicemente *aggiunge* nuove prospettive, richiede una determinazione più rigorosa dei termini contrattuali e contemporaneamente individua dei (nuovi) limiti temporali oltre i quali (in una prospettiva chiarificatrice ed al tempo stesso antielusiva) viene eliminato il concetto di occasionalità.

Il vero nodo, il vero punto cruciale della questione ci sembra piuttosto essere il problema della *durata*; tale argomento finisce per essere lo spartiacque concettuale fra il possibile irrigidimento della Legge Biagi o invece la ricchezza e l'apertura dell'intento riformatore cui accennavamo poco sopra.

Cercheremo di dimostrare nelle righe che seguono questa tesi, collegata alla necessità di riformare su questo punto il dettato normativo.

### 3. La durata nel lavoro a progetto.


Risulta assolutamente acclarato che, allo stato attuale, la normativa contenuta negli articoli 61-69 del decreto legislativo n. 276 faccia esplicito riferimento ad un *contratto a termine*, ciò sicuramente con riferimento ai caratteri costitutivi del contratto (articolo 62) ma anche, sia pure in forma meno incisiva, alle previsioni sull'estinzione contenute nell'articolo 67; il concetto è ulteriormente esplicitato a chiare lettere nella circolare n. 1/2004 <sup>(11)</sup>.

Qualche autorevole commento <sup>(12)</sup> ha rimarcato con particolare enfasi questo principio, tralasciando tuttavia di interrogarsi, come cercheremo di fare qui, se esso sia particolarmente coerente con l'orizzonte nel quale la legge si inserisce e con le finalità che la stessa si proponeva.

Non vi è, in effetti, alcun avanzabile dubbio interpretativo riguardo alla considerazione letterale ed anche generale della legge, tuttavia ad una attenta riflessione apparirà chiaro che *l'introduzione di questo specifico elemento costituisce un impoverimento della prospettiva ed un inutile ampliamento della rigidità*.

---

<sup>(11)</sup> Sul punto ci sembra utile ed in qualche modo definitiva la puntuale analisi di V. D'ORONZO, *Durata del contratto a progetto legata alla prestazione resa*, in GN, 18 febbraio 2004, spec., tanto più incisiva in quanto lineare e schematica.

<sup>(12)</sup> Ci riferiamo ai contenuti del *Principio interpretativo n. 1 delle leggi in materia di lavoro: il lavoro a progetto*, elaborato dalla FONDAZIONE STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE CONSULENTI DEL LAVORO, in  *Lavoro a progetto*.



Cominciamo ad osservare che da un punto di vista strettamente lessicale si definisce *progetto* la « ideazione, piano, proposta per l'esecuzione di un lavoro o di una serie di lavori » e *programma* la « enunciazione particolareggiata (...) di ciò che si vuole fare, di una linea o condotta da seguire, degli obiettivi cui si mira e dei mezzi con cui si intende raggiungerli »<sup>(13)</sup>. In piena sintonia con il concetto di descrizione dell'oggetto della collaborazione e delle modalità entro cui svolgerla, tuttavia, i vocaboli ricordati in sé non contengono né sottintendono alcunché di determinato.

Restando entro l'orizzonte giuridico del contratto d'opera (articoli 2222 e ss. c.c.) non si rinviene alcun utile indizio sulla durata del contratto. Si ricava invero che il contratto ha la durata definita dal termine (consegna) dell'opera nel comma 2 dell'articolo 2226, che tuttavia riguarda appunto il solo caso dell'opera ma non anche quello del *servizio*, parimenti disciplinato dallo stesso Capo.

Da questo punto di vista, poi, gli stessi rimandi ivi contenuti agli articoli 1655 e ss. che disciplinano l'appalto confortano questa osservazione. È infatti condivisa opinione dottrinale che la differenza tra appalto e contratto d'opera sia puramente *soggettiva*, cioè inerente il lavoratore autonomo che, nel primo caso, coordina mezzi e assume rischi imprenditoriali, mentre nel contratto d'opera si obbliga unicamente alla prestazione di un'opera o di un *servizio* a carattere prevalentemente personale. Pertanto, se ben si può considerare a tempo indeterminato un contratto d'appalto, come esplicita l'articolo 1677 per il caso di « prestazioni continuative o periodiche di servizi » altrettanto lo si potrà fare per il contratto d'opera e soprattutto per il servizio. Lo stesso articolo 1677 *ad abundantiam* rimanda all'applicazione delle norme del contratto di somministrazione, in cui il contratto a tempo indeterminato è specificamente previsto all'articolo 1569.

È anche possibile ipotizzare che oltre 60 anni fa il legislatore codicista avesse una certa riluttanza e diffidenza a prevedere esplicitamente<sup>(14)</sup> una prestazione autonoma *personale* di durata indeterminata, attese le analogie riscontrabili con il lavoro dipendente; tuttavia, l'evoluzione della materia e soprattutto delle esigenze e le nuove forme di collaborazione nate del mercato del lavoro ci impongono oggi una

---

<sup>(13)</sup> La definizione è riportata dal Vocabolario Treccani, ma nello stesso senso si esprimono opere analoghe.

<sup>(14)</sup> Ma, come abbiamo appena argomentato, nessun dubbio che lo faccia implicitamente.

differente considerazione, atteso che di per sé e nominalmente parlando nemmeno il contratto d'opera debba intendersi od evincersi come totalmente determinato.

In ogni caso, atteso che la co.co.co. si è sviluppata nel tempo, soprattutto nella disciplina fiscale dianzi ricordata, in modalità prettamente continuativa e funzionale, il lavoro a progetto costituirebbe un'importante estensione che ci permetterebbe di ricomprendere decisamente in questa forma di collaborazione anche le prestazioni di puro risultato o meglio di opera definita (le prestazioni istantanee o prolungate) <sup>(15)</sup>.

Viceversa e reciprocamente, occorre notare come il contratto d'opera *determinata*, cioè soggetto ad una durata ben definita, sia pure non direttamente esplicitata ma ricavabile in relazione alla necessità temporale di esecuzione dell'opera non esaurisce i contratti di collaborazione coordinata e continuativa, ma *ne costituisce solo una parte*, nemmeno particolarmente consistente. Il lavoro a progetto, nell'interpretazione più ristretta benché formalmente coerente con la legge, costituisce in pratica un elemento di parziale novità ed in ogni caso solamente *un sottoinsieme* del più vasto ambito delle collaborazioni coordinate e continuative, essendo state le stesse pensate fino ad ora entro una prestazione di durata, di carattere funzionale e spesso a tempo indeterminato.

Anche dal punto di vista fattuale ed empirico, attraverso l'analisi di molti contratti *realmente autonomi* attualmente esistenti, si può notare la particolare rigidità della norma, ed in sostanza l'esclusione di una serie di figure professionali ormai familiari alla platea del mondo imprenditoriale. In generale la tipologia di collaboratori che qui si intende delineare è quella di chi, magari già qualificato professionalmente per precedente attività autonoma o dipendente, offre la propria opera per una serie di lavori che di per sé non hanno durata determinata, o perché connessi all'attività propria, e ricorrente, del committente (anche se eseguiti con modalità autonome) o perché connessi ad attività non suscettibili di un termine, in quanto veri e propri *servizi*.

Del vasto gruppo fanno parte ad esempio alcune figure di formatore, chi offre servizi accessori (pulizia e custodia oppure manuten-

---

<sup>(15)</sup> Sotto questo aspetto è stato rettamente osservato (cfr. M. VICECONTE, *Prestazione occasionale ex d.lgs. 276/2003*, in *MGL*, luglio 2004) che, salvo i limiti puramente temporali di cui al comma 2 dell'art. 61, la prestazione d'opera occasionale e quella a progetto si distinguono solo per l'assenza del coordinamento.

zione), il socio di cooperativa <sup>(16)</sup> che partecipa in forma autonoma all'attività sociale, chi si occupa di chiusure contabili, di programmazione finanziaria, di *risk-management*, di programmazione commerciale, di assistenza/consulenza per attività varie quali la qualità, l'antifortunistica e la prevenzione, l'aggiornamento informatico, anche nelle attività più semplici e di affiancamento all'impresa per il controllo e la supervisione dell'impostazione delle funzioni e delle risorse aziendali, collaboratori ed istruttori ginnico-sportivi.

La maggior parte di queste figure professionali rende una prestazione di servizio propriamente autonoma, sia sotto il profilo della decisione di mezzi, tempi e modalità di effettuazione della prestazione, sia sotto quello, non meno importante, del risultato e della propria responsabilità al riguardo.

Con il decreto legislativo n. 276 sembra proprio stabilirsi che tutte queste attività, quando non possano (più o meno *artificialmente*, è appena il caso di notarlo) essere ricondotte ad un *progetto con una scadenza temporale*, sarebbero *tout court* fuori dalla possibilità di essere considerate collaborazioni coordinate e continuative.

Oltre queste osservazioni, di natura essenzialmente pratico-empirica e raccolte, per così dire, sul campo, dobbiamo notare che vi sono elementi interni alla stessa norma del decreto legislativo n. 276/2003 che mal si combinano con la previsione di un termine.

In particolare, ci chiediamo se la sospensione-proroga di 180 giorni in caso di gravidanza <sup>(17)</sup> sia applicabile alla maggior parte dei progetti (a tempo determinato) estrinsecabili nell'area del lavoro autonomo e della piccola-media impresa (i fronti a maggior rischio-elusione); giustamente è stato osservato, in stretta coerenza con il dettato normativo, che ove « l'assenza incida negativamente nella realizzazione del progetto o del programma di lavoro può (...) non essere corrisposto parzialmente, o anche *totalmente*, il relativo compenso pattuito » <sup>(18)</sup>. Ma quali progetti sviluppati in funzione di un'attività autonoma a termine (in quanto non servizi continuativi bensì opera finita) nella

---

<sup>(16)</sup> Ad avviso di chi scrive erroneamente la figura del socio di cooperativa di produzione e lavoro allineata alla normativa della l. n. 142/2001 non è stata inserita negli ambiti di esclusione dell'applicazione delle norme sul lavoro a progetto. Cfr. M. IENGO, *Il lavoro in cooperativa alla luce della circolare n. 10/2004*, nella Parte V, Sez. (A).

<sup>(17)</sup> Altri hanno fatto notare l'ambiguità del termine, che qui viene ripreso nell'accezione letterale presente nella legge.

<sup>(18)</sup> Cfr. FONDAZIONI STUDI C. D. L., *op. cit.*

piccola azienda non finirebbero per essere stravolti da un'assenza di sei mesi <sup>(19)</sup>?

È probabile che qui il modello di riferimento della norma (ammesso che si voglia insistere sul tempo determinato) fosse piuttosto quello delle medio-grandi aziende di consulenza, progettazione/costruzione o ricerca, le sole che vedono svilupparsi al loro interno progetti di così lungo termine da poter (forse) sopportare una sospensione di 180 giorni; curiosamente, tali aziende finora hanno preferito, per i progetti in questione, inquadrare le relative collaborazioni nell'area del lavoro dipendente (con qualifiche dirigenziali o paradirigenziali), allo scopo di creare una maggiore fidelizzazione e di inserire nel contratto alcune caratteristiche contrattuali di non facile collocazione nel lavoro autonomo (e su cui ora il decreto legislativo n. 276 lancia un'apertura con gli articoli 64 e 65), eventualmente gestendo l'eventuale *decommitment* (il mancato o parziale perseguimento degli obiettivi progettuali) attraverso meccanismi di retribuzione variabile e/o di mancato raggiungimento di *status* <sup>(20)</sup>.

Curioso inoltre (sempre all'interno delle distonie legislative, qui in particolare l'articolo 67) che anche il « preavviso » sia citato nelle modalità di estinzione del contratto, laddove tale clausola contrattuale trova la propria collocazione (o quantomeno la sua tipicità e piena giustificazione) nei contratti (di qualsiasi genere) a tempo *indeterminato*.

Possiamo notare quindi che, in qualsiasi prospettiva abbiamo analizzato il progetto ed il contratto relativo, dall'interpretazione letterale-nominalistica di progetto e programma all'orizzonte legislativo (articolo 2222 c.c.), dalle considerazioni pragmatico-empiriche ad alcune oscillazioni all'interno del testo legislativo, la durata non è un elemento costitutivo ed essenziale delle collaborazioni coordinate e continuative, quale continuano ad essere gli stessi lavori a progetto.

Risulta quindi agevole concludere che, salvo una nozione prettamente « ingegneristica » o pragmatico-strumentale del vocabolo, al

---

<sup>(19)</sup> Il collegamento su tale prospettiva di alcuni scritti preparatori di Biagi e di alcune osservazioni comprese anche nel *Libro Bianco* sul mercato del lavoro riguardo ai contenuti di un possibile « Statuto dei lavori » ed alle garanzie minime per i collaboratori rafforza, anziché allontanare, queste perplessità: ad esempio la previsione di un periodo di « riposo » di due settimane all'anno o l'ipotesi di un diritto di precedenza del collaboratore in caso di esecuzione di lavori analoghi.

<sup>(20)</sup> Lunghi da dispiegare i suoi effetti nel mondo della piccola e media impresa (quello più a rischio di elusione sull'argomento) il lavoro a progetto sarebbe così una « facilitazione » per le grandi aziende?

concetto di progetto (ed ancor più a quello di programma) *non è strutturalmente connesso il concetto di termine*. In sostanza l'enunciazione particolareggiata di ciò che si vuole fare o di un piano di lavoro non comporta che questo lavoro debba necessariamente essere un lavoro che finisce; nemmeno nel contratto d'opera è prevista con assoluta l'opera come qualcosa di predeterminato (in quanto al termine) nel tempo e comunque ciò è particolarmente escludibile per la maggior parte delle collaborazioni riconducibili a un servizio. Da ciò si ricava pertanto l'evidenza che la durata non è che *una eventualità*, nell'opera come nel progetto (e soprattutto nel programma), cioè quello che potremmo definire un *elemento accessorio*; importantissimo e fondamentale, ma *solo* qualora se ne faccia riferimento relativamente all'opera o al progetto, in quanto ad essi connotato, oppure relativamente alla volontà delle parti di far cessare nel tempo gli effetti contrattuali di una collaborazione altrimenti a tempo indeterminato.

Una considerazione particolare e per inciso merita qui il regime di esclusioni dal lavoro a progetto per i soggetti di cui al primo periodo del comma 3 dell'articolo 61. Sull'argomento puntualmente è stato notato <sup>(21)</sup> come le vecchie co.co.co. e la relativa disciplina non sono sparite e continuano ad esistere, sia pure confinate nelle ipotesi di esclusione del comma citato. A meno quindi di considerare che taluni soggetti o settori (molto ampi) abbiano una particolare « licenza di elusione », si riconosce implicitamente che la platea delle possibilità legittime di collaborazione autonoma coordinata e continuativa non si esaurisce nel lavoro a progetto.

Arrivati a questo punto ci domandiamo quindi perché e come il concetto di durata affiori così prepotentemente nella normativa sul lavoro a progetto.

Sicuramente nel contratto a progetto la durata (se a ragione o a torto lo esamineremo oltre) ha una funzione prettamente antielusiva: non a caso, nella circolare ministeriale n. 1/2004 l'unico punto in cui viene utilizzato il concetto di « elusione » è quello concernente le possibilità di rinnovo del contratto a termine. Potremmo pertanto essere davanti ad una scelta definibile in certo qual modo *arbitraria*: il contratto a tempo indeterminato verrebbe escluso in quanto portatore del rischio-elusione, o più direttamente in quanto possibile sintomo di quella *locatio operarum* tipica della subordinazione. In questo modo,

---

<sup>(21)</sup> P. DI NUNZIO, *Le collaborazioni coordinate e continuative*, in *GLav*, gennaio 2004, spec.

tuttavia, come non dar sponda alle critiche di chi ha rilevato che così facendo si butta via il bambino insieme con l'acqua sporca? Rispetto ad una probabilità, per così dire, statistica, ritagliare un sottoinsieme (quale quello delle collaborazioni a tempo determinato) dal ben più vasto insieme delle co.co.co. sicuramente perderà per strada alcuni tentativi di elusione, ma al caro prezzo di escludere dalla normativa altrettanti, se non ben più numerosi, contratti di genuina collaborazione autonoma che, per le caratteristiche sopra ricordate, nel passato si è delineata con preferenza (ed in funzione della caratteristica della continuità) proprio negli incarichi a tempo indeterminato (22).

Benché non decisivo ai termini della questione, e senza volersi addentrare in un tentativo esegetico del lavoro dell'illustre studioso scomparso, non appare inopportuno ricordare che lo stesso Marco Biagi (23) in lavori preparatori e definitivi della attuale normativa aveva previsto la possibilità di lavoro a progetto a tempo indeterminato.

Piuttosto, rispetto alla pura arbitrarietà della scelta, appare allo scrivente come il taglio sulla durata e quindi sul tempo indeterminato delle co.co.co. riguardi un *principio logico* che, laddove enunciato, finisce per essere quella che in termini filosofici si potrebbe definire un'antinomia (o un paradosso) e che cercheremo di ridurre al seguente sillogismo e discutere pertanto in termini logici:

A) la collaborazione genuinamente autonoma (potremmo dire qui, il *progetto*) sottende ad un *risultato*;

B) perché si possa valutare un risultato bisogna che l'opera abbia un *termine*;

C) la collaborazione genuina deve avere un *termine* (inteso nel senso di durata temporale).

Chi legge ricorderà che nel sillogismo la confutazione della proposizione C, che rappresenta la sintesi logica di A + B, può avvenire o confutando l'intero procedimento logico o, più semplicemente, sorprendendo la non verità (o la parzialità) di A o B, per cui anche C conseguentemente risulta non valido.

Assumendo come vera la proposizione A del nostro sillogismo, vogliamo qui evidenziare che la proposizione B risulta non completamente vera per almeno due ordini di problemi:

---

(22) Vorremmo qui ricordare che molte figure paraprofessionali sono nel tempo diventate vere e proprie *risorse* per le imprese che se ne avvalgono.

(23) *Articolato normativo dell'8 maggio 2001, art. 7*, pubblicato sulla rivista *Quaderni Agens*, marzo 2004.

— se l'opera è rivolta ad un'esigenza di carattere *continuo*, essa si manifesterà ripetutamente (tanti termini uno dietro l'altro) ed anzi spesso viene addirittura normalmente strutturata in una modalità di lavoro, appunto, *continuativa*;

— se l'oggetto della collaborazione non riguarda una vera e propria opera in sé conclusa, ma una funzione, un incarico o un servizio, il risultato (come evidenziato peraltro anche nella circolare n. 1/2004 quando si parla di programma) pur essendo in ogni caso evidente e verificabile non è riconducibile ad una « produzione finale » immediata ma all'ottenimento di una utilità, ancora una volta, *continuativa* <sup>(24)</sup>.

Il sillogismo di cui sopra non è, invero, completamente sbagliato, ma rimane vero *solo per una parte* e cioè solo per quelle attività che si caratterizzano per un'opera/cosa finita, conclusa e determinata; da ciò discende la *parzialità della normativa* e la sua incapacità, allo stato attuale, di concepire al suo interno le collaborazioni autonome, sia pure di elevato spessore professionale, riconducibili ad una progettualità ben definita ma non suscettibile di per sé di un termine (se non derivante da una volontà delle parti o dal riferimento, al limite, ad una ciclicità che si consideri in qualche modo significativa, ma sempre per le parti e non intrinsecamente per la collaborazione).

Non si vuole qui, è appena il caso di dirlo, applicare alla riflessione una banale formuletta logico-teorica, quanto piuttosto *sorprendere ed individuare il percorso logico* (giusto o riduttivo che sia) che porta il legislatore ad operare la drastica riduzione che concepisce le collaborazioni nella sola forma del tempo determinato. In pratica i concetti di progetto-risultato-termine risultano essere fra loro intrinsecamente collegati così da formare, nell'idea-guida del legislatore, un tutto unico ed inscindibile, in ragione anche dell'inspiegabile scelta di traguardare tutta la normativa con riferimento solo all'opera e non al servizio.

Questa rigidità, peraltro rilevata da autorevoli osservatori su quotidiani a tiratura nazionale, è stata fra le cause che hanno prodotto una serie di commenti sostanzialmente negativi sulla normativa. Non vogliamo certo formulare un trattato organico sulla materia quanto piuttosto indirizzare la riflessione su un oggetto specifico; pertanto considereremo come noto il dibattito sviluppatosi intorno all'argomento. Si ritiene tuttavia utile, nell'economia delle riflessioni che

---

(24) Il che porterebbe ad introdurre, secondo alcuni, il concetto di collaborazione come riferibile ad un'obbligazione di *mezzi* e non di risultato. Il contrasto a nostro avviso è tuttavia solo apparente e riconciliabile nel concetto di progetto.



seguiranno, individuare alcune modalità e prospettive con cui il legislatore (e coloro che ne hanno condiviso e difeso l'operato) ha « reagito » alle critiche <sup>(25)</sup>.

Innanzitutto si è stigmatizzata la previsione catastrofica della fine delle co.co.co. mediante la poco comprensibile enfattizzazione del comma 1 dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 276/2003: se è pur vero, in effetti, che il legislatore ha previsto un periodo transitorio di un anno per la continuazione dei contratti già stipulati non in conformità con la nuova normativa, non di fine istantanea ma pur sempre di « morte annunciata » si tratta, cosicché ciascun contratto di collaborazione genuinamente autonoma e riconducibile ad un progetto determinato a cui manca il solo limite temporale (per le condizioni strutturali ricordate) sarebbe una sorta di *dead man walking*, in attesa di un'esecuzione con la data già fissata (24 ottobre 2004). Questa esclusione, come vedremo, rischia di generare effetti perversi rispetto a realtà consolidate nel tempo, e peraltro del tutto legittime e genuine, che allo stato attuale non trovano pacifica collocazione nella normativa in oggetto <sup>(26)</sup>.

Il legislatore ha poi dato l'impressione di aver voluto attenuare l'impatto della normativa, ad esempio mediante una definizione, per così dire, elastica del progetto e soprattutto del programma <sup>(27)</sup>, arrivando a sostenere concetti-limite come quello per cui « la determinabilità della durata può dipendere dalla persistenza dell'interesse del committente all'esecuzione del progetto » <sup>(28)</sup>.

Un'altra evidente attenuazione consiste nella riduzione interpretativa dei divieti e delle sanzioni di cui all'articolo 69 (la conversione di una collaborazione atipica in un contratto di lavoro subordinato) attraverso la definizione delle presunzioni ivi contenute quali « presunzioni semplici » suscettibili così di una prova contraria; in tal modo

---

<sup>(25)</sup> Bisogna peraltro qui notare preliminarmente, per giustizia, come alcune critiche, ancorché legittime ed autorevoli, abbiano preferito muoversi nell'ottica di una *tabula rasa* e di una demolizione a 360 gradi piuttosto che cercare di cogliere, come faremo, le novità e le positività portate dalla riflessione legislativa.

<sup>(26)</sup> Cfr. L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle co.co.co.*, in *LG*, marzo 2004.

<sup>(27)</sup> Non a caso qualche commentatore (M. FREDIANI, *Le nuove collaborazioni: il contratto a progetto*, in *LG*, aprile 2004) ha ricondotto, sia pure in un'ottica particolarmente pratica, le espressioni sul programma di lavoro contenute nella circ. Min. lav. n. 1/2004 ad un puro « esercizio di stile » non applicabile nel concreto se non con estremo rischio del committente.

<sup>(28)</sup> Cfr. circ. Min. lav. n. 1/2004, cit.



viene sempre riconosciuta la possibilità di provare in ogni caso l'autonomia del rapporto. Va detto subito che tale affermazione, in sé assolutamente legittima e non diversamente proponibile, sarebbe anche valida soluzione laddove si ponesse a salvaguardia di ipotesi rare, marginali e residuali; al contrario le tipologie di collaborazione « fuori norma », data la permanenza dell'ancoraggio del progetto al tempo determinato, rischiano di essere davvero numerose, per i motivi che abbiamo precedentemente evidenziato. Cosicché, ai fini della certezza del diritto e della linearità dell'azione, appare davvero improponibile ed ostica la « soluzione » di indirizzare *ab origine* una molteplicità di contratti (assolutamente normali) sulle infide ed impervie strade del ricorso in via amministrativa o alla magistratura del lavoro.

Da ultimo, appare non condivisibile l'insistenza con cui viene rimarcata la possibilità di proroga, reiterazione o stipula per un periodo lungo del contratto a progetto quale soluzione per quei rapporti di collaborazione dotati della caratteristica della continuità. Difatti, la stretta connessione della durata al progetto-opera, per cui il termine è e deve necessariamente essere correlato all'esecuzione dell'opera dedotta nel progetto (tesi dottrinalmente ineccepibile, ma non riferibile al servizio) prevede anche le citate distinte ipotesi, ma nessuna di esse appare idonea a comprendere la continuità<sup>(29)</sup>: la possibilità di reiterazione riguarda il fatto che altre opere analoghe si succedano nel tempo, la proroga riguarda la possibilità di adeguare la previsione di un piano di lavoro alle emergenze ed agli imprevisti verificatisi nel corso dell'esecuzione dell'opera (e di norma, salvo che non riguardi un'errata previsione o un'estensione del progetto, la proroga non dovrebbe essere retribuita, ai sensi del comma 1 dell'articolo 61) ed il progetto a lunga durata riguarda un'ipotesi a sé stante. Viceversa, qui rileviamo l'impossibilità di stabilire la durata di un servizio perché non ha termine e produce un risultato di utilità continua, a meno di tollerare<sup>(30)</sup> l'inserimento di un termine convenzionale seguito dalla reite-

---

(29) Sulla difficoltà della compatibilità fra la norma attuale ed il concetto di continuità, cfr. L. DE ANGELIS, *op. cit.*, e L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il lavoro a progetto: opinioni a confronto*, in *LG*, 2004, n. 7.

(30) Questa impostazione può essere rilevata nell'Accordo Collettivo sulle co.co.co. degli Ippodromi e delle Società di Corse dei Cavalli del 15 luglio 2004; l'art. 4, comma 3, è emblematico al riguardo. Tuttavia se la prassi interpreta ed applica la norma scavalcandola, ed ancor di più potrebbe accadere in ambito di certificazione, non siamo alla situazione precedente al d.lgs. n. 276? Per di più ora la norma prevede le severe sanzioni dell'art. 69.

razione e dalla rielaborazione in termini di successione di contratti a quei rapporti che si considerino connotati da reale autonomia, ma ciò confermerebbe la nostra tesi che la durata è puramente posticcia, in funzione antielusiva e rischia di aprire varchi inquietanti in una dottrina che si desidererebbe (almeno alla nascita) compatta, chiara, inequivocabile, puntuale.

A parere di chi scrive <sup>(31)</sup> la circolare n. 1/2004 ha il merito di aver accolto, nello spirito, la complessità dei problemi in gioco, apparentemente trascurata dalla rigidità del testo legislativo; purtroppo, condizionale nel fine, la circolare in argomento non lo è altrettanto nei mezzi. Innanzitutto per lo strumento stesso scelto per comporre e risolvere le zone d'ombra e le rigidità della legge: ha avuto infatti facile gioco chi ha fatto notare come, fonte di diritto di livello decisamente inferiore, una circolare possa al più creare un indirizzo interpretativo, lasciando al contempo lo spazio per tutte le contrarie considerazioni che potrebbero delinearsi sul fronte giurisprudenziale ed amministrativo ed ancora una volta, quindi, innescando una marcata incertezza del diritto. Quello che appare di più difficile comprensione è peraltro lo *svuotamento del concetto di progetto*, che da elemento costitutivo e portante del contratto di collaborazione viene ridotto a « mera modalità organizzativa della prestazione », mentre gli elementi qualificatori rimangono, come in passato, l'autonomia del collaboratore e la coordinazione. Se è pur vero infatti, ed è un'importante precisazione che determina una preziosa linea di continuità con il passato, che gli elementi essenziali (già delineati all'inizio della nostra argomentazione) della co.co.co. non cambiano, tuttavia il progetto finisce per perdere consistenza propria assumendo una natura quasi descrittiva <sup>(32)</sup>.

Riprenderemo questi argomenti nella parte finale e propositiva di questa riflessione: qui dobbiamo notare che il mancato cambiamento di prospettiva del concetto di progetto, ed il suo ancorarsi in una *dimensione restrittiva* di cui l'elemento della durata (su cui si è incentrato il presente contributo) è una spia significativa, determina in fondo il

---

<sup>(31)</sup> E ciò in assoluto contrasto con l'opinione che la circolare abbia stravolto ed annullato lo spirito della legge e riportato tutto come prima o quasi (su tutti, ricordiamo i commenti su Italia Oggi del 9 e 16 gennaio 2004, nello spazio a cura Ancl).

<sup>(32)</sup> Addirittura A. MARESCA, *La nuova disciplina delle co.co.co.: profili generali*, in *GLav*, gennaio 2004, spec., arriva a definire il progetto come « non ... il contenuto della prestazione del collaboratore, bensì il *contenitore* (?!?) all'interno del quale tale prestazione deve essere eseguita ».

rischio di una svalutazione a posteriori del concetto di progetto, sulla spinta delle osservazioni che tendono a ridurre la rigidità legislativa e ad accentuare una continuità con la precedente normativa. In ogni caso, parziale dal punto di vista squisitamente dottrinale ed anche sul piano pragmatico (a meno di sostenere che *tutti* i contratti di collaborazione coordinata e continuativa stipulati, ai sensi della precedente normativa, a tempo indeterminato, fossero a rischio di elusione), la tesi che intravede come necessaria l'apposizione di un termine nel contratto a progetto risulta foriera di effetti a catena notevolmente spiacevoli.

#### **4. Effetti perversi del mantenimento del termine nel lavoro a progetto.**

Prima di affrontare la finale *pars costruens*, ci sembra opportuno delineare i possibili effetti negativi che il mantenimento del contratto a progetto come contratto *a termine* estrinseca nell'attività pratica. Occorre innanzitutto premettere che si respingono per principio gli scenari apocalittici; benché sicuramente la rigidità del dettato normativo finirà per spingere non pochi alla deriva del lavoro nero o di soluzioni parallele altrettanto evasive e benché tale rigidità risulti in parte accentuare la « tendenza espansiva del diritto del lavoro » così poco cara allo stesso Biagi<sup>(33)</sup>, si deve tuttavia superare il catastrofismo puro, tanto facile quanto sterile, e riflettere invece sugli « aggiustamenti » pratici che potrebbero verificarsi nella realtà, *perversi* in quanto contrari alle finalità della legge ed agli interessi più generali.

Innanzitutto, ci preme sottolineare che se il contratto può essere solo a termine, tutti quei contratti, ancorché oggi a tempo indeterminato, che possono in qualche modo essere ricondotti ad una serie di opere o servizi finiti (magari anche artificialmente, magari anche enfatizzando la ciclicità della collaborazione come una successione di contratti a termine) finiranno per spezzettarsi in tanti contratti a tempo determinato. A ciò consegue la creazione di una sorta di « precarietà *ex lege* », effetto indesiderato e che crea molteplici inconvenienti a catena.

Prendiamo ad esempio un'attività (come quelle di progettazione o costruzione) che vive di appalti, cioè che sviluppa la propria attività come una successione di progetti uno dietro l'altro. Il collaboratore autonomo che a vario titolo presta la sua opera professionale nell'im-

---

(33) Cfr. M. BIAGI, *Riflessioni preliminari*, in *Schema di lavoro a progetto* (articolato normativo del 19 aprile 2001), in *Quaderni AGENS*, cit.

presa in questione (ad es. un disegnatore o un progettista), svolge magari un compito od una funzione di cui l'azienda ha continuamente bisogno e che quindi avrebbe potuto oggi definire con modalità proprie anche a tempo indeterminato. Orbene, in considerazione degli obblighi formali previsti dal decreto 276, il collaboratore vedrà invece svolgersi la propria collaborazione come una serie di prestazioni a singhiozzo o ripetute, ciascuna formalmente indipendente dall'altra. Considerazioni analoghe si possono riferire e tutti quei committenti che a tal fine potrebbero sfruttare la ciclicità temporale della propria attività (scuole, istituti di formazione, palestre, teatri, ecc.).

In tal modo il collaboratore non ha alcuna certezza del proprio futuro ed il committente è talmente svincolato da qualsiasi obbligo da poter, al limite, considerare finita la collaborazione dall'oggi al domani, al termine del progetto/appalto/ciclo in corso: una posizione professionale in cui « si sta come d'autunno sugli alberi le foglie », altamente ricattabile e senza nemmeno quella minima garanzia che è il preavviso e che, anche se non esplicitamente previsto, andrebbe equitativamente riconosciuto in un qualsiasi contratto a tempo indeterminato.

Abbiamo qui buon gioco nell'osservare incidentalmente che quei commentatori <sup>(34)</sup> che disconoscono, in ossequio alla difesa da eventuali tentativi di elusione, la possibilità di reiterazione del contratto a progetto, o peggio ancora che escludono che il contratto a progetto possa delinearci per esigenze normali e non straordinarie dell'azienda, non fanno altro che esasperare la situazione ed in definitiva *moltiplicare ed istituzionalizzare la precarietà del contratto a progetto*: la diffidenza e la negatività verso tali forme di collaborazione sarebbe indice di un atteggiamento di malcelata insofferenza per cui « se non si possono eliminare, almeno si pongano alle co.co.co. dei limiti e dei vincoli altissimi ».

Un altro effetto, che verificandosi risulterebbe sicuramente perverso, potrebbe essere definito la « moltiplicazione delle partite Iva ». Cosa possono infatti fare un collaboratore ed un committente che intendano sviluppare una collaborazione realmente autonoma e conseguente ad un progetto (nel senso lato che verrà definito più avanti) ma non suscettibile di un termine? Debbono cercare di dare comunque un assetto il più possibile stabile ed incontrovertibile alla collaborazione, evitando l'instaurazione di un vero e proprio contratto a progetto, il

---

<sup>(34)</sup> Cfr. ad es. U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, Bonomo Ed., Bologna, 2003.

quale (per le previsioni dell'articolo 69, decreto legislativo n. 276/2003) in assenza di termine rischierebbe di essere cassato e trasformato all'istante in rapporto subordinato.

È pur vero che (attese le esclusioni dell'articolo 61, commi 2 e 3) il solo possesso della partita Iva e l'esecuzione di un'attività professionale (non rientrante in quelle per cui è necessaria l'iscrizione ad un albo/ordine obbligatorio) non esclude nominalmente che la collaborazione possa rientrare nelle previsioni del lavoro a progetto, tuttavia qui *il problema è contrario*, poiché la collaborazione in questione viene esclusa di diritto e di fatto dal contratto a progetto (in quanto, rispetto al termine, indeterminata o difficilmente e solo strumentalmente determinabile), e pertanto in questa condizione le parti cercheranno di dare al rapporto un *assetto formale* che limiti le possibilità di accertamento e permetta più agevolmente di rendere le proprie difese probatorie in ordine alla dimostrazione dell'attività autonoma del soggetto.

Questa attrazione strumentale e fittizia nel campo più tipicamente imprenditoriale e professionale avrebbe alcune conseguenze fattuali decisamente discutibili:

— da un punto di vista strettamente tributario non sarebbe augurabile questo artificiale allargamento della platea delle partite Iva, in quanto appesantirebbe il già non facile lavoro di accertamento e controllo, finirebbe per falsare i dati e le prospettive del lavoro autonomo (si pensi per esempio alle stime statistiche per « studi di settore ») e scatenerrebbe attività di microelusione fiscale in capo ai collaboratori (che vedrebbero nel contempo aumentare ingiustamente gli oneri tributari ed amministrativi a loro carico);

— sotto il profilo della protezione sociale, le coperture delle assicurazioni obbligatorie finirebbero per scomparire oppure i loro oneri ricadrebbero (in tutto o in una parte significativa) sul collaboratore, che contemporaneamente perderebbe anche le tutele previste dall'articolo 66 ed anche quelle nuove eventualmente introdotte da un prossimo Statuto dei Lavori;

— anche l'accertamento giuslavoristico ed ispettivo finirebbe per essere viziato da una sistemazione che si chiama decisamente fuori dal lavoro parasubordinato ed accentua in maniera anomala le proprie caratteristiche di autonomia (con meccanismi di occultamento già noti, ad esempio la triangolazione di prestazioni).

Da quanto sopra si ricava che la logica di tali effetti perversi, e che più in generale potremmo anche elencare come effetto ulteriore, è la

costrizione alla simulazione (del progetto, della collaborazione o dello *status* del collaboratore) per poter far confluire realtà ad oggi pacifiche di lavoro autonomo in un'aderenza, almeno formale ed apparente, alla rigidità legislativa, contando sul discernimento e la buona volontà dei certificatori, degli accertatori o dei giudicanti. Non si può fare a meno di notare che proprio la diffusa simulazione è oggi alla base della indecifrabilità ed impunitività dell'abuso nella zona grigia, con buona pace (e qualche responsabilità) degli attuali certificatori, accertatori e giudicanti.

Per finire, è possibile prevedere appunto un effetto particolarmente multiforme ed estremamente perverso che potremmo ironicamente definire « personalizzazione della normativa ». L'esperienza ci insegna infatti che laddove una norma sia particolarmente restrittiva o comunque riduttiva rispetto alla materia che affronta (in questo caso una inesplicabile forclusione della collaborazione a tempo indeterminato), si sviluppano una serie di fenomeni quali: indirizzi giurisprudenziali <sup>(35)</sup> contrastanti e di difficile riconciliazione, contenzioso, accondiscendenza o interventi di basso profilo degli organi accertatori, indirizzi divergenti (territorialmente e/o per categoria, sindacato o ente, anche bilaterale) sull'applicazione pratica della materia.

In una parola: *incertezza del diritto*, applicazione disomogenea e non uniforme della normativa, ampie fasce di elusione, magari supportate o favorite da ben determinati poteri forti <sup>(36)</sup>.

Ancora una volta, le buone (anzi, ottime) intenzioni non produrrebbero gli effetti desiderati ed al contrario andrebbero, in ottima compagnia, a lastricare un pezzetto di strada per l'Inferno, come un vecchio adagio suggerisce.

---

<sup>(35)</sup> Del resto il ricorso alla magistratura in tutti i casi non contemplati dalla norma è addirittura suggerito esplicitamente dalla stessa circ. Min. lav. n. 1/2004. Il problema è che se questo ricorso non è residuale ma riguarda, tendenzialmente, numerosi casi, la produzione giurisprudenziale potrebbe registrare tendenze anche significativamente divergenti dalla normativa.

<sup>(36)</sup> In realtà, come evidente a chi si occupa della materia, questo è un effetto anche attuale, che il d.lgs. n. 276, nell'appiattirsi sul rapporto a termine, più che a provocare tenderebbe piuttosto a non ridurre, semmai spostandone la questione. Inoltre l'incertezza del diritto rimane comunque, purtroppo, un fattore tendenzialmente endemico nel campo giuslavoristico italiano, fattore che tuttavia non si attenua certo con una normativa dai contorni sfumati.

## 5. Il progetto, non necessariamente a termine, quale elemento costitutivo del contratto.

Partendo da un problema estremamente particolare (la durata nel lavoro a progetto e la sua natura solo eventuale e non costitutiva all'interno dello stesso) siamo arrivati, alla fine, al cuore della norma; ciò ci fa presupporre che il problema sia tutt'altro che marginale e particolare ed investa invece in maniera essenziale uno degli aspetti centrali della questione, cioè la definizione di progetto e programma, in duplice funzione di utilità e supporto alla norma esistente e di ricomprensione delle caratteristiche, neglette e trascurate dalla norma attuale, della collaborazione come prestazione continuativa di un servizio.

Per tirare le linee conclusive di questo intervento partiremo ancora una volta da un confronto con la situazione anteriore al decreto legislativo n. 276. Come era infatti possibile un'azione antielusiva prima di tale decreto? Quale difesa aveva il lavoratore che, costretto dal bisogno, accettava condizioni di lavoro pseudoautonomo, vedendosi negati formalmente quei diritti che gli sarebbero spettati quali effettivo dipendente in condizione di subordinazione? Come poteva l'ente previdenziale scardinare il reciproco accordo dello pseudo-collaboratore e dello pseudo-committente, attuato al solo fine di scambiarsi benefici di natura fiscale e previdenziale in odore di elusione<sup>(37)</sup>?

Senza avventurarci qui in un *excursus* probabilmente già ben noto a chi legge, ricordiamo brevemente che la giurisprudenza, tanto di merito come di legittimità, ha individuato in modo pressoché costante e condiviso gli elementi distintivi essenziali del rapporto di lavoro subordinato, che potremmo così sintetizzare, sia pure in modo molto schematico:

- assoggettamento del prestatore al potere organizzativo, disciplinare e direttivo del datore di lavoro;
- inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale con prestazione solo delle proprie energie lavorative.

Accanto a questi, inoltre, sono stati individuati altri elementi, non costitutivi bensì solo sussidiari (quali l'assenza di organizzazione impen-

---

<sup>(37)</sup> Crediamo infatti sia un errore antistorico quello di considerare sempre la vecchia co.co.co. come un'attività elusiva a senso unico: spesso è lo stesso collaboratore ad invocarla o ad esservi connivente (esempio tipico: il caso del pensionato che continua a lavorare come prima della pensione e stipula una co.co.co. fittizia per attenuare gli effetti del divieto di cumulo).




ditoriale, l'assenza di rischio economico e/o professionale, l'osservanza di un orario di lavoro, la forma di retribuzione) vale a dire non particolarmente essenziali presi a sé stanti, bensì eventualmente rivelatori dei primi, in assenza di decisiva individuazione diretta degli stessi. Se il caso « conclamato » di elusione poteva quindi, anche ben prima del decreto legislativo n. 276, essere ricondotto con discrete probabilità di successo nel suo alveo naturale, cioè quello del lavoro subordinato, parallelamente è emersa nel tempo un'*amplissima zona grigia*, cioè una serie di rapporti in equilibrio instabile fra autonomia e subordinazione, in riferimento ai quali risulta evidente l'obsolescenza dei criteri essenziali di distinzione fra autonomia e subordinazione. Come non ricordare le molte e note sentenze — e ultima, ma non ultima, ci piace qui evidenziare la recente Cassazione n. 8569/2004 <sup>(38)</sup> — che ormai fanno riferimento praticamente esclusivo ai criteri sussidiari per la difficoltà a circoscrivere il campo d'azione sulla base di concetti, come quelli di assoggettamento, di potere disciplinare e di controllo, veramente molto mutati nel tempo.

La nozione di lavoro a progetto offerta dal decreto legislativo n. 276 si innesta proprio in questo punto, inteso in senso sia logico che temporale; con una duplice funzione antielusiva e regolatrice (entrambe particolarmente condivisibili) si vuole evitare la fuga verso l'autonomia di prestazioni occultate di lavoro subordinato <sup>(39)</sup> (particolarmente avvertita in questo contesto storico e sociale) ed al tempo stesso offrire un modello contrattuale all'autonomia delle parti, da una parte limitandone il raggio d'azione (superando così un modello di « contratto libero » o leggero, che pure era stato proposto da parti importanti della passata ed anche corrente legislatura) senza però costituire un intervento « pesante » <sup>(40)</sup> che avrebbe finito per frustrare le peculiarità e la versatilità delle collaborazioni.

La posizione particolarmente delicata in cui si pone questa *discretio* della normativa in esame, evidenzia allo stato attuale un *doppio rischio*, che abbiamo cercato di cogliere nei paragrafi precedenti: da un lato una

---

<sup>(38)</sup> La sentenza in oggetto — ai fini dell'argomento di cui si tratta, e cioè dei criteri distintivi essenziali di subordinazione — ha operato, fra l'altro, un parallelo fra il lavoro elementare e quello altamente qualificato, sostenendo giustamente che entrambi sono accomunati da un debolissimo, e pertanto non individuabile, potere gerarchico e direttivo del datore di lavoro (in  *Lavoro subordinato*.)

<sup>(39)</sup> Offrendo nel contempo, nell'ampia portata del decreto e con identiche finalità a vasto raggio d'azione, maggiore flessibilità nell'ambito della utilizzazione di risorse, subordinate ed autonome.

<sup>(40)</sup> Cfr. *Fine dell'abuso delle co.co.co.*, nella *Relazione legislativa* al d.lgs. n. 276.



particolare rigidità derivata dall'appiattimento della nozione di progetto sulla nozione di opera (e trascurando il concetto di servizio), come evidenziato dal problema della durata determinata, dall'altro (forse dietro la spinta di critiche su questa ed altre forme di rigidità) indebolire le nozioni di progetto, programma e fase, svuotandole di contenuto forte e circondandole di osservazioni discutibili, che proprio sul tema della durata e della continuità hanno manifestato particolare debolezza. Questo rischio è assolutamente da evitare in quanto determinerebbe una svalutazione della normativa e la frustrazione degli ottimi scopi che ne hanno determinato la definizione.

Ci sembra un ottimo criterio generale quello di considerare, nello spirito dell'intento legislativo ricordato sopra, il lavoro a progetto non un *tertium genus* fra l'autonomia e la subordinazione, né un modello preconstituito e rigido di contratto (quindi non una tipizzazione, quantomeno in senso stretto).

« Nel riferimento al progetto o al programma o ad una sua fase deve cogliersi non l'elemento essenziale di una nuova fattispecie contrattuale, ma un modo di esplicazione di una prestazione di tipo autonomo e quella correlazione tra prestazione e risultato che ha normalmente consentito alla giurisprudenza di qualificare il contratto nel senso dell'autonomia »<sup>(41)</sup>.

Se è, in tal modo, ben chiaro l'intento del legislatore, notiamo che *andando decisamente in questa direzione* non si può fare a meno di *fare quadrato intorno alla nozione di progetto e di programma rivalutandone pienamente il concetto*.

O infatti, e qui si situa il rischio di ambiguità e di equivoco della delicata posizione del legislatore, ci attesteremo sulla tradizionale distinzione fra collaborazione genuina e fittizia facendo riferimento alle nozioni classiche di autonomia e subordinazione<sup>(42)</sup> (e pertanto ci

---

<sup>(41)</sup> Così, in modo essenziale ed assolutamente condivisibile V. D'ORONZO, *op. cit.*, che peraltro come vedremo poche righe dopo giunge curiosamente a conclusioni non proprio coincidenti con la nostra.

<sup>(42)</sup> Infatti poco più avanti D'Oronzo nota come « l'elemento *essenziale* delle collaborazioni coordinate e continuative a progetto è rappresentato *dall'autonomia* del collaboratore ». L'affermazione, in generale senz'altro condivisibile, offre a nostro avviso tutta l'ambiguità del problema: il progetto rimanda senz'altro all'autonomia come orizzonte finale della prestazione, ma l'elemento *decisivo e qualificante* non può che consistere proprio nell'attività dedotta nel progetto. I criteri classici di distinzione fra autonomia e subordinazione, tenuti ovviamente presenti (ma preferiremmo pensarli *insiti*) nel progetto, diventano a questo punto utile strumento integrativo di un'even-

chiederemmo a questo punto quale elemento di novità avrebbe apportato il lavoro a progetto), oppure andremo a ridefinire una *nozione abbastanza ampia ma decisa di progetto* (o programma o fase di esso) che riconosca innanzitutto l'esigenza di descrivere positivamente e compiutamente il raggio di azione, l'oggetto della collaborazione e le sue modalità di esecuzione, di modo che sia inequivocabile l'autonomia della collaborazione.

Infatti troppo spesso ha caratterizzato le vecchie co.co.co. (sia quelle genuine che, ovviamente, quelle fittizie) il fatto che i relativi contratti, lungi dal definire con precisione l'attività concordata fra le parti, ne evidenziassero piuttosto, con un'operazione « a sottrarre », i limiti negativi, arrivando più volentieri a specificare con precisione (invece che l'oggetto reale della collaborazione) cosa la collaborazione *non* fosse e quali elementi *non* ricorressero (vale a dire gli elementi distintivi essenziali e sussidiari della subordinazione sopra ricordati) <sup>(43)</sup>.

Il progetto invece, al contrario di una mera cornice descrittiva ora delle esigenze del committente ora delle modalità di esecuzione del contratto, rappresenta l'oggetto della collaborazione *più* le sue modalità di esecuzione *più* il risultato che se ne vuole ottenere; solo l'enucleazione di questo insieme di caratteristiche ci fa capire che è stata progettata un'attività, un'opera finita od un incarico con le caratteristiche proprie di un rapporto autonomo.

L'oggetto della collaborazione, infatti, in questo modo sarà ben definito e strettamente dipendente dalla caratura professionale dell'apporto del collaboratore; il risultato richiesto, ancorché non legato ad una durata, detterà le condizioni di rischio proprie del lavoro autonomo, mentre le modalità di esecuzione del lavoro saranno tali (« in progetto », cioè pensate come autonome in sede di individuazione iniziale dell'attività da inserire nell'organizzazione aziendale) da connotare una reale autonomia del collaboratore. Il tutto secondo una

---

tuale valutazione « a posteriori » della collaborazione, soprattutto nel caso previsto dall'art. 69, comma 2, cioè la trasformazione del rapporto rispetto al programma originale.

<sup>(43)</sup> Era infatti quello il terreno su cui « darsi battaglia ». Tuttavia è facile evidenziare, osservando la produzione legislativa, che i contorni della distinzione fra autonomia e subordinazione, sono incerti non tanto nella loro definizione teorica, quanto nella applicazione empirica e nella loro rilevazione « sul campo », il che costituisce sponda all'elusione se non viene costituito un modello pre-contrattuale come appunto quello del lavoro a progetto.

logica funzionale di interdipendenza, nel senso che l'oggetto, il risultato e le modalità della collaborazione costituiscono la caratterizzazione del progetto e pertanto nessuno di questi elementi potrà essere autonomo o staccato dagli altri due. Potremmo esprimere sinteticamente questo concetto, che si ricollega alle nostre osservazioni precedenti su autonomia e paraprofessionalità, parafrasando un noto slogan commerciale: « se puoi pensarlo (= progettarlo come autonomo), puoi farlo ».

Giustamente ed esattamente il progetto deve essere « determinato dal committente » (come recita l'articolo 61) il che equivale a dire non che il lavoratore autonomo non entri nella fase di determinazione contrattuale ed anche operativa della propria collaborazione (il che sarebbe obiettivamente in contrasto con la natura autonoma e professionale del proprio apporto), bensì che *resta nella responsabilità finale del committente individuare, nella struttura della propria impresa od ente, in modo corretto e puntuale le eventuali figure di collaborazione autonoma*, (individuandone l'oggetto e le modalità della prestazione in funzione del risultato), nonché delimitarne le caratteristiche dell'autonomia ed assicurare la continuità della stessa nonostante l'inserimento funzionale all'interno della propria organizzazione.

Altrettanto correttamente si prevede la forma scritta (benché i singoli contenuti del contratto siano ivi previsti *ad probationem*)<sup>(44)</sup>, atteso che potrà parlarsi compiutamente di progetto solo allorquando lo stesso sia definibile ed inquadrabile a priori, cosicché se alcuni degli elementi (il corrispettivo, la durata, il coordinamento, le misure di tutela) potranno essere dedotti dalla natura del progetto, sarà proprio il progetto o programma che non potrà mancare di avere una puntuale definizione nel contratto scritto, pena l'inefficacia del contratto medesimo ai sensi del comma 1 dell'articolo 69. Lo stesso dicasi quando la collaborazione e le sue modalità, sia pure garantendo teoricamente l'autonomia del collaboratore, differiscano in maniera significativa dal progetto indicato nel contratto scritto: anche in tal caso infatti riteniamo debba essere operativa la presunzione dell'articolo 69, considerato che l'autonomia deve primariamente essere dedotta dal progetto e non da altri indicatori.

I concetti di progetto e di programma sono fortunatamente abbastanza ampi da poter agevolmente ricomprendere le tre grosse cate-

---

(44) A nostro avviso ed a rigore con quanto esposto, l'art. 62 dovrebbe essere modificato, sulla prova, come più avanti evidenziato, spostando l'enucleazione del progetto quale elemento formale irrinunciabile.

rie (per utilizzare una sintesi schematica) che costituiscono il mondo delle collaborazioni autonome:

a) i progetti per la realizzazione di un'opera definita, lo schema logico su cui si è incentrato il decreto legislativo n. 276 <sup>(45)</sup>, con un termine, determinato o, più propriamente, determinabile;

b) i progetti indeterminati, o ciclici, corrispondenti ad un servizio o ad un'opera continuativa, a cui l'apposizione di un termine risulterebbe difficile per la ripresentazione nel tempo della medesima esigenza;

c) gli incarichi <sup>(46)</sup>, il cui risultato è dedotto da una funzione ricoperta nell'organizzazione, benché ben connotata e delimitata nei suoi confini di autonomia e professionalità <sup>(47)</sup>.

L'obiezione che in questo modo si metterebbe mano ad una completa rielaborazione del concetto di progetto e programma e quindi ad uno stravolgimento della legge potrebbe essere facilmente superata da una semplice constatazione: per mettere mano attualmente a questa « rivoluzione » basterebbe una semplicissima modifica dell'articolo 62 del decreto legislativo come quella qui sotto proposta (in corsivo sono evidenziate le modifiche):

*Articolo 62 - Forma*

« Il contratto di lavoro a progetto è stipulato in forma scritta e deve contenere *l'indicazione del progetto o programma di lavoro, o fasi di esso, individuata nel suo contenuto caratterizzante, che viene dedotto in contratto* <sup>(48)</sup> *nonché*, ai fini della prova, i seguenti elementi:

---

<sup>(45)</sup> E che invece, associato alle altre due tipologie, costituisce un arricchimento di possibilità, introducendo una *novità* laddove una buona parte di tali prestazioni restavano nel campo della collaborazione occasionale o finivano per essere attratte dal lavoro dipendente.

<sup>(46)</sup> Un esempio potrebbe essere quello di certe forme di procuratore.

<sup>(47)</sup> È appena il caso di sottolineare qui che la forma dei compensi delle collaborazioni di tipo b) e c) sarà praticamente quella delineata dall'art. 53 Tuir ovvero sia il « compenso periodico prestabilito », mentre per il tipo a) il compenso sarà evidentemente calibrato sull'opera da eseguire, con il saldo alla fine del lavoro e la possibilità di erogare eventuali acconti con criteri simili a quello dello « stato avanzamento lavori ». In ogni caso bisognerà qui prevedere, da parte della disciplina fiscale e previdenziale, ogni utile raccordo con la normativa in essere.

<sup>(48)</sup> La lett. b) è stata spostata qui per rafforzare l'idea di progetto e non costituire una forma scritta obbligatoria ma formalmente priva di contenuto. Sul tema cfr. M. LOVO, *La difficile transizione dalle co.co.co. al lavoro a progetto*, in LG, 2004, n. 9, 849.

a) indicazione della *eventuale* durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro;

b) (soppresso)

(*omissis*)... »

Sarebbero a questo punto consigliabili solo forme di raccordo della normativa con modifiche di stile dell'articolo 67 ed il resto della disposizione sarebbe perfettamente congruo con quanto sopra esposto <sup>(49)</sup>.

Sembra infine giusto notare che, in questa prospettiva, ciò che distinguerebbe un genuino contratto di collaborazione (oltre alla volontà delle parti, che però spesso è viziata da molteplici causali) sarebbe proprio *la forma e l'oggetto della collaborazione*, cioè il « cosa-come-perché » si vuole fare una cosa, nell'accezione originale del concetto di programma/progetto <sup>(50)</sup>. Pertanto appare obiettivamente equo che, qualora vi sia un'impossibilità logica di ricondurre una collaborazione ad una descrizione particolareggiata di una attività, della sua autonomia e della sua coordinazione con il committente, nonché di un risultato, scatti legittimamente il sospetto (meglio, la presunzione di legge) che vi sia una *locatio operarum*: infatti, o non si distinguono attività perché tutto rimane in una prestazione indifferenziata (di solito propria del lavoro subordinato), oppure, e peggio, perché proprio l'estrinsecazione delle modalità contrattuali stabilite denuncierebbe l'attività subordinata che si tenderebbe a mascherare sotto le spoglie di una fittizia collaborazione autonoma <sup>(51)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> Forma proposta: Art. 67 - *Estinzione del contratto e preavviso*

« 1. I contratti di lavoro di cui al presente capo si estinguono al momento della realizzazione o dell'esaurimento del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto.

(continua da nota prec.) 2. Le parti possono recedere, *anche* prima della scadenza dell'eventuale termine, per giusta causa ovvero secondo le diverse causali o modalità stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale, incluso un congruo preavviso nel tempo indeterminato ».

(Fermo il resto).

<sup>(50)</sup> L'unica distonia con il dettato normativo sarebbe la possibilità, ivi prevista, di riconducibilità ad « uno o più » progetti, mentre nel modello concettuale che qui proponiamo risulterebbe quantomeno problematico o ancora fronte aperto all'elusione la possibilità che si possa contemporaneamente collaborare in una molteplicità di progetti, onde non ricadere per altri versi in una *locatio operarum* occultata.

<sup>(51)</sup> Con ciò, a nostro parere, operando una piena rivalutazione ed una lettura estremamente positiva dell'art. 69.

Lungi dall'effettuare uno stravolgimento, questa interpretazione estensiva del concetto di progetto avrebbe in definitiva la possibilità di rivalutare e completare in maniera conclusiva e coerente (anche con gli intenti del legislatore) la legge in tutti i suoi aspetti, di coprire un campo più ampio delle collaborazioni, aprendo altresì a *tutte* le legittime figure paraprofessionali l'applicazione di nuove specifiche norme di tutela legali o discendenti dalla contrattazione collettiva, di non mortificare effettivamente l'autonomia contrattuale esperita fino all'entrata in vigore del decreto n. 276, fornendo nello stesso tempo uno spartiacque concettuale o, se vogliamo, un setaccio con cui affrontare validamente l'elusione o dare futuri criteri ampi ma al tempo stesso inequivocabili agli enti certificatori.

Abbiamo notato come questa apparente rivoluzione <sup>(52)</sup> passi soprattutto attraverso l'eliminazione dell'idea di termine, il che obbliga a ricollocare il concetto di progetto entro confini più ampi, per ricomprendere la nozione di servizio e di funzione, autenticamente autonome e che costituiscono una parte davvero importante delle *risorse* professionali delle imprese; al tempo stesso abbiamo sottolineato che proprio questo allargamento concettuale non fa venir meno ed anzi rafforza l'esigenza di definizioni più decise e meno sfumate del progetto e delle sue caratteristiche.

Le uniche alternative a questa rivalutazione semantica ci sembrano, allo stato attuale, o quella di costruire un meccanismo di considerazione delle collaborazioni « a due vie » (opere da una parte, servizi e funzioni da un'altra, peraltro ancora da individuare), o quella di rimanere su un basso profilo del progetto, eventualmente cercando di colmare il *gap* concettuale e dottrinale attraverso buone pratiche a livello di certificazione (ma è nostra ferma opinione che l'abuso, la personalizzazione ed il pragmatismo negativo siano i rischi che, nemmeno tanto celatamente, si nascondano dietro a questa scelta).

Siamo estremamente fiduciosi, dopo il serrato dibattito di questi mesi, rispetto al fatto che la norma possa incanalarsi verso una finale definizione più costruttiva e che, a tal fine, il legislatore possa cogliere tutte le suggestioni utili al fine di mettere a punto un dettato ampio, incontrovertibile e coerente al tempo stesso.

---

(52) Si tratta in effetti, più che di una rivoluzione della legge, di una rivalutazione semantica del concetto di progetto, operata non certo a fini elusivi o minimalisti. Sul punto sono particolarmente condivisibili le osservazioni conclusive di M. LOVO, *op. cit.*

## 7.

### IL LAVORO A PROGETTO: REQUISITI FORMALI

ENRICA MINALE COSTA

SOMMARIO: 1. Difficoltà interpretative e forma scritta. — 2. Il vincolo della temporaneità. — 3. L'indicazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso. — 4. Il requisito della proporzionalità del compenso. — 5. Il coordinamento col committente. — 6. Le tutele del lavoratore a progetto.

#### 1. Difficoltà interpretative e forma scritta.

Dopo più di un anno di copiosa letteratura sui nuovi modelli contrattuali, densa di profili teorico-ricostruttivi, d'osservazioni critiche o di dubbi interpretativi e alla luce dei rilievi presenti nella circolare ministeriale n. 1 del gennaio 2004 <sup>(1)</sup> e nel decreto legislativo recante disposizioni modificative e correttive del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 <sup>(2)</sup>, la lettura della regolamentazione del lavoro a progetto, ancorata all'impianto complessivo del decreto n. 276, appare più agevole per alcuni punti, ma non interamente priva di dubbi.

Né la prassi applicativa <sup>(3)</sup> offre eventuali spunti di chiarimento,

---

<sup>(1)</sup> In argomento cfr. V. D'ORONZO, *Primi chiarimenti ministeriali sulla disciplina del lavoro a progetto*, in *GLav*, 2004, n. 3, 10.

<sup>(2)</sup> L'introduzione di eventuali modifiche è stata prevista dall'art. 7, l. n. 30/2003 e dall'art. 86, comma 12, del d.lgs. n. 276/2003, in cui si afferma il carattere sperimentale della disciplina del lavoro a progetto e la possibilità di revisione dopo una verifica con le parti sociali. Per un primo commento al decreto legislativo n. 251/2004 nella versione approvata dal Governo il 3 giugno 2004, v. M. MISCIONE, *Il « correttivo » 2004 del D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *LG*, 2004, 621.

<sup>(3)</sup> Uno schema per la redazione del lavoro a progetto è stato predisposto da Confindustria e si può leggere in *GLav*, gennaio 2004, *Gli Speciali, Riforma Biagi - Le nuove collaborazioni*, 57, e nell'Accordo economico/normativo collettivo per la disciplina dei rapporti fra società di corse dei cavalli e addetti al totalizzatore, ingressi e servizi vari, stipulato il 15 luglio 2004 tra la Federippodromi e la Slc-Cgil, Fisascat-Cisl e Uilcom-Uil.



poiché i problemi tecnico-operativi, forse uniti ad una certa ostilità pregiudiziale e talvolta ideologica <sup>(4)</sup>, sollevati dal nuovo assetto regolamentare delle collaborazioni coordinate e continuative hanno ritardato il ricorso alla stipulazione del contratto di lavoro a progetto.

L'analisi degli enunciati degli articoli 61-69 del decreto legislativo n. 276, dedicati alla disciplina del lavoro a progetto, deve avvenire, pertanto, in modo sistematico e teleologico con l'obiettivo, mai contestato, perseguito dal legislatore di sopprimere gli abusi nell'utilizzo delle collaborazioni coordinate e continuative mediante l'emanazione di regole certe, coerenti con le esigenze dell'economia, della libera competizione tra le imprese e con i principi individuati dall'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza in ordine al lavoro parasubordinato.

La disciplina definitoria e sanzionatoria del lavoro a progetto colloca le collaborazioni coordinate e continuative nell'area del lavoro autonomo <sup>(5)</sup> ed il legislatore prevede che la volontà delle parti le quali

---

<sup>(4)</sup> L'osservazione, condivisa, è di M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *GLav*, 2004, n. 4, 14.

<sup>(5)</sup> Il legislatore abbandona l'idea di individuare un *tertium genus*, sulla cui opportunità v. R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro « a progetto »*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2003, n. 25, 12 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *QDLRI*, 1998, n. 21, 331. Invece v. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in *GLav*, 2003, n. 4, 107, il quale A. parla di una sorta di terza via, con l'introduzione di vincoli di tipo definitorio e sanzionatorio onde impedire un uso improprio delle collaborazioni coordinate e continuative; A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *www.dirittoedellavoro.it*, in *ILLeJ*, 2004, 1, che qualifica il lavoro a progetto come « un sottotipo del contratto d'opera, quale sua variante definitoria e disciplinare, piuttosto che come un *tertium genus* separato ed autosufficiente ». F. LUNARDON, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario del D. Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Ipsoa, Milano, 2004, 10 ss.; G. PROIA, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *ADL*, 2003, 671, sottolinea come il nuovo contratto si differenzia dal contratto di lavoro autonomo e « costituisce, semmai, l'evoluzione dei contratti speciali di mandato, (artt. 1703 e ss. c.c.) e soprattutto di agenzia ». Già G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2004, 126, definisce le collaborazioni coordinate e continuative una figura indicativa e non una fattispecie negoziale tipica. V. anche, seppure in un diverso contesto argomentativo, P. ALLEVA, *Ricerca ed analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, I, 915, il quale A. ritiene che la soluzione più appagante nel rivedere la sistematica del contratto di lavoro sarebbe stata la configurazione « di un unico contratto con due



stipulano il contratto di lavoro a progetto sia manifestata in un atto scritto, che deve far fede del carattere autonomo del rapporto e dello specifico obiettivo prefissosi, progetto, programma di lavoro o fase di esso.

La presenza dei requisiti formali non riguarda le collaborazioni esplicitamente ammesse dal legislatore nell'articolo 61 e quelle per le quali è esclusa la riconduzione a lavoro a progetto, mantenute in vita in via transitoria <sup>(6)</sup>, configurandosi per queste ultime la sola alternativa della conversione in rapporti di lavoro subordinato o prestazione di lavoro autonomo. È più difficile la risposta per quelle collaborazioni già in atto che possono essere ricondotte ad un progetto o ad un programma di lavoro o fase di esso: in quest'ipotesi la forma scritta, non richiesta per la stipulazione del contratto da alcuna norma previgente al decreto legislativo n. 276, potrà essere almeno necessaria per l'individuazione dell'esistenza dell'elemento progettuale.

La forma scritta è il primo requisito formale richiesto per la stipulazione del contratto di lavoro a progetto. Nel documento, secondo la norma dell'articolo 62 del decreto legislativo n. 276, devono essere indicati, ai fini probatori, cinque elementi: la durata della prestazione, determinata o determinabile; il progetto o il programma di lavoro o le fasi dello stesso, individuati nel loro contenuto caratterizzante; il compenso o i criteri per la sua determinazione, con i tempi e le modalità di pagamento e la disciplina dei rimborsi spese; le modalità nelle quali si esplica il coordinamento del lavoratore con il committente; le eventuali misure per la tutela e sicurezza del lavoratore, fermo restando quanto disposto dall'articolo 66, comma 4.

Le specifiche pattuizioni tra le parti previste in altre disposizioni del decreto, come la deroga all'obbligo di esclusiva (articolo 64, comma 1), la proroga della durata del contratto in caso di malattia o di infortunio (articolo 66, comma 2) e l'ulteriore proroga in caso di gravidanza, la previsione del recesso *ante tempus* (articolo 67, comma 3) non richiedono, invece, alcuna formalità.

Preliminare all'esame dei requisiti formali, peculiari del contenuto della fattispecie negoziale, è la questione di fondo che coinvolge il

---

modalità di esecuzione, rispettivamente eterodiretto e autodeterminato, ferma l'omogeneità della tutela e l'unicità della fattispecie ».

<sup>(6)</sup> Non oltre il 24 ottobre 2005 secondo quanto stabilito nel decreto correttivo, n. 251/2004.

significato sostanziale da attribuire all'obbligo di forma scritta del contratto (7): il legislatore, in merito, non ha specificato, come per gli elementi contenutistici, se la scrittura è richiesta ai fini della prova o per l'esistenza stessa del contratto.

L'opzione tra le due diverse ipotesi comporta conseguenze ben differenti.

Se la forma scritta è prevista come requisito di validità del contratto (articolo 1418, comma 2, articolo 1325, comma 4, c.c.) la sua mancanza determina la nullità dell'atto, con la possibilità di ricorrere ai rimedi previsti nel codice civile *ex* articolo 2041. Quando la forma è richiesta ai soli fini probatori e manca il documento scritto il contratto è valido, ma i mezzi di prova sono limitati alla confessione (giudiziale) ed al giuramento (decisorio), con l'esclusione del ricorso alla prova testimoniale ed a quella per presunzioni (articoli 2725, comma 1, e 2729, comma 2), a meno che il contraente non abbia perduto senza sua colpa il documento (articolo 2724, n. 3).

Quest'ultima opzione interpretativa, suffragata anche da dettagliate elaborazioni dottrinali (8), appare la più convincente, in quanto la legge delega n. 30 del 2003 — articolo 4, lettera c) — non prevede la sanzione della nullità del contratto in mancanza di forma scritta e nell'articolo 69, comma 1, decreto legislativo n. 276, è prevista la conversione dei rapporti di collaborazione, privi nella fase genetica di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, in rapporti

---

(7) Per approfondimenti v. A. PERULLI, *Sub art. 62*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 739, il quale A. osserva come il legislatore richieda il requisito formale per il contratto separatamente dal requisito formale per gli elementi del contenuto del contratto.

(8) Cfr. L. CASTELVETRI, *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in M. TIRABOSCHI, (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 156; G. LEONE, *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, in RGL, 2004, I, 101; M. PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2004, n. 29, 74 e 93, il quale A. rileva tuttavia come sia diversa la dizione sul lavoro intermittente e sul lavoro ripartito degli artt. 35, comma 1, e 42, comma 1, che non lascia dubbi sul fatto che si tratti di forma scritta richiesta *ad probationem*, o dell'art. 56, comma 2, sul contratto di inserimento, in cui la forma scritta è esplicitamente richiesta *ad substantiam*. Secondo L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in LG, 2004, 248, il requisito formale è previsto per la validità del contratto.

di lavoro subordinato, ma non risulta alcun riferimento alla mancata osservanza del vincolo formale <sup>(9)</sup>.

La stessa interpretazione letterale dell'articolo 62 non consente di attribuire una diversa finalità alla forma richiesta per la stipulazione del contratto, rispetto a quella richiesta *ad probationem* per gli elementi elencati nelle lettere *a)*, *b)*, *c)*, *d)*, *e)*; la quale scrittura, comunque, si presenta come uno strumento a tutela della parte contraente più debole che le consente di conoscere con precisione il contenuto del contratto e l'insieme dei suoi diritti e doveri, cui deve fornire il proprio consenso.

Scelta questa linea interpretativa, che trova conferma, nei limiti concessi, anche nella circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 1 del gennaio 2004, è necessario verificare le conseguenze che derivano dall'impossibilità di provare tramite il documento il contratto.

Se manca la forma scritta che prova il contratto di lavoro a progetto, con ogni probabilità, non risulteranno nemmeno gli elementi che il contratto deve contenere, oppure può mancare la forma per uno o più elementi contenutistici, pur rivestendo il contratto forma scritta. Il legislatore non definisce le conseguenze della mancanza della scrittura e dell'indicazione degli elementi del contratto, limitandosi a sottolineare la necessità della scrittura ai soli fini probatori <sup>(10)</sup>.

Ne consegue come la mancata specificazione degli elementi richiesti dall'articolo 62 del decreto legislativo n. 276 non comporti alcuna conseguenza sulla validità ed efficacia del contratto, purché sia possibile ricostruire un progetto od un programma <sup>(11)</sup>, salvaguardando così l'interesse alla conservazione del rapporto, sebbene con contenuti diversi da quelli dedotti nel contratto, alla luce delle tutele di interessi di particolare rilevanza sociale.

In presenza di disposizioni ambigue che creano incertezze sull'intento delle parti il compito di interpretare il significato dell'accordo è compito del giudice di merito, la cui interpretazione può portare ad

---

<sup>(9)</sup> In argomento per più dettagliate considerazioni di ordine sia sostanziale, sia sistematico cfr. A. PERULLI, *op. cit.*, 740; G. FERRARO, *op. cit.*, 255.

<sup>(10)</sup> In quest'ultima ipotesi qualora sia impossibile fornire la prova dell'indicazione del progetto, il dato di riferimento non sembra essere il dettato dell'art. 69, comma 1, in cui il richiamo attiene alla mancanza nella fase genetica del progetto inteso come elemento qualificatorio, ma, nel silenzio della legge, si potrebbero seguire le regole predisposte per il contratto di lavoro a tempo parziale e spetterà al committente dimostrare l'esistenza del progetto e dunque di un rapporto di lavoro autonomo. V. M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *LG*, 2003, 821.

<sup>(11)</sup> Cfr. G. FERRARO, *op. cit.*, 26.

una sua (eventualmente nuova) qualificazione, cioè alla sua iscrizione ad un determinato tipo legale. Analoga interpretazione è fornita dalla circolare ministeriale del gennaio 2004, che sottolinea la necessità che il giudice non fermi la sua indagine sul mero dato formale, ma proceda ad individuare l'esistenza in concreto del dato progettuale, la cui prova dovrà essere fornita in giudizio dal committente.

## 2. Il vincolo della temporaneità.

Il contratto di lavoro a progetto è un contratto a termine <sup>(12)</sup>. Il vincolo della temporaneità <sup>(13)</sup> del lavoro a progetto si desume dalla richiesta dell'indicazione, *ex ante*, della sua durata determinata, in base ad un'epoca prestabilita o determinabile, in base ad eventi futuri, ma certi o fatti oggettivi.

Il requisito temporale, vista l'irrilevanza del tempo impiegato nell'esecuzione dell'attività lavorativa (articolo 61, comma 1) attiene alla durata del rapporto contrattuale <sup>(14)</sup>, in modo coerente con la previsione dell'articolo 409, n. 3, c.p.c e con la tipologia del rapporto di lavoro autonomo.

Il rispetto del divieto di rapporti di collaborazione generali e privi di un termine finale determinato o determinabile <sup>(15)</sup> certamente risulta più difficoltoso in riferimento « alle fasi del lavoro », che richiamano un'esigenza ripetitiva o in cui la prestazione è subordinata ai tempi impiegati da eventuali altri soggetti nella realizzazione della prestazione.

La determinabilità del termine consente, tuttavia, anche prestazioni prolungate nel tempo in relazione alle modalità d'esecuzione dell'attività lavorativa, in funzione del risultato dedotto nel contratto, poiché la sua durata è funzionale alla realizzazione del progetto o programma o fase di esso; bisogna tener presente, infatti, che il termine non individua il momento finale dell'adempimento <sup>(16)</sup>, ma limita la

---

<sup>(12)</sup> Cfr. il contributo di A. ASNAGHI, *Considerazioni critiche e de jure condendo sulla durata nel lavoro a progetto*, che precede.

<sup>(13)</sup> M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, cit., 23, definisce la durata come parte integrante del programma negoziale.

<sup>(14)</sup> In argomento si rinvia alle precisazioni di A. PERULLI, *op. cit.*, 742. Il riferimento alla durata è messo in relazione alla durata della prestazione da M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, facendo sì che il termine sia non di durata, ma d'adempimento.

<sup>(15)</sup> A parte le eccezioni specificatamente individuate dallo stesso legislatore.

<sup>(16)</sup> Sulla difficoltà di qualificare il contratto di lavoro a progetto come contratto

durata del rapporto di lavoro a progetto in relazione all'interesse del committente.

Quest'affermazione induce a ritenere possibile una revoca, qualora il ritardo nell'esecuzione del progetto, in base ad eque valutazioni di convenienza del committente, incida in modo così rilevante da privare di ragione economica la prosecuzione del rapporto. In ogni modo non si tratta di riconoscere un'immediata possibilità al contraente, il quale subisce il ritardo, di recedere dal rapporto, ma di ricorrere a rimedi che consentono di assicurare il rispetto delle regole contrattuali, che impongono al lavoratore a progetto di eseguire la sua prestazione in un periodo di tempo comunque determinabile.

Il rilievo attribuito all'interesse del committente alla realizzazione dell'elemento progettuale si riversa, anche, nella disciplina dei casi di sospensione del rapporto (v. *infra*): malattia e infortunio sospendono, ma non prorogano la sua durata in vista all'interesse del committente ad una prestazione svolta con continuità <sup>(17)</sup> in un arco di tempo prestabilito.

Lo stesso progetto e programma possono essere oggetto di successivi contratti — dotati dei requisiti di legge — con lo stesso collaboratore, così come è da ritenersi possibile il rinnovo del contratto per nuovi progetti. Quest'ultima circostanza non deve mascherare una frode alla temporaneità disposta dalla legge; al riguardo il controllo sulle elusioni alla disciplina legale deve essere rigoroso e non vi è che da auspicare l'intervento dei servizi ispettivi e l'incremento dell'attività di vigilanza di cui all'articolo 8 della legge delega n. 30 del 2003 <sup>(18)</sup>.

Il legislatore non prevede alcuna sanzione per una eventuale omissione della durata; del resto nel dettato dell'articolo 67, comma 1, si dispone che il contratto di lavoro a progetto, come gli altri contratti indicati nel capo I, « si risolvono al momento della realizzazione del progetto, o del programma di lavoro o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto ». Ciò che importa, come è stato rilevato <sup>(19)</sup>, è, dunque, la sostanziale correlazione del termine al progetto o al pro-

---

di durata v. G. SANTORO PASSARELLI, *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *ADL*, 2004, 37 ss.

<sup>(17)</sup> V. A. PERULLI, *op. cit.*, 726.

<sup>(18)</sup> In argomento cfr. P. PENNESI, *La riforma dei servizi ispettivi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 1091, e C.L. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 4, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>(19)</sup> In tal senso cfr. L. CASTELVETRI, *op. cit.*, 158.

gramma o fase di esso; di fronte all'esistenza di uno specifico progetto, di cui sia difficile la determinazione temporale data la sua complessità, la durata del contratto è comunque desumibile dalla realizzazione del progetto.

La natura temporanea del rapporto incide sulle vicende estintive del contratto (al cui commento si rinvia): è ammesso il recesso prima della scadenza del termine per giusta causa, ma il legislatore vieta il recesso *ad nutum* e quello per notevole inadempimento del collaboratore o per ragioni tecniche, organizzative e produttive <sup>(20)</sup>, la severità della previsione è mitigata dalla possibilità di inserire comunque nel contratto diverse causali o modalità, variamente articolate, incluso il preavviso, di recesso unilaterale.

### 3. L'indicazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso.

L'indicazione per iscritto dello specifico « progetto, programma di lavoro o fase di esso » <sup>(21)</sup> dedotto in contratto — articolo 62, lettera *b*) — rappresenta il limite anche formale all'utilizzo della prestazione del collaboratore per la durata necessaria alla realizzazione del progetto <sup>(22)</sup>.

L'obbligo di ricondurre i rapporti di collaborazione nell'ambito di

---

<sup>(20)</sup> Sulla necessità di una interpretazione estensiva in materia di recesso dal contratto di lavoro a progetto, consona alla sua natura automa e finalizzata ad incentivare la diffusione e l'applicazione della nuova formula contrattuale v. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 18.

<sup>(21)</sup> Il requisito della puntuale indicazione scritta del progetto, o programma di lavoro o fase di esso — art. 62, lett. *b*) —, analizzato alla luce di quanto disposto nel dettato dell'art. 69, comma 1, ha dato origine a difficoltà interpretative, per cui le problematiche relative alla forma scritta *ad probationem* presentano una serie di ampie implicazioni che trascendono il semplice controllo sulla validità dell'atto di autonomia individuale, sotto l'aspetto della regolarità formale ed investono le ragioni dei limiti cui è assoggettata la dinamica contrattuale. La mancata documentazione di un elemento essenziale della fattispecie e che incide sulla riconoscibilità del tipo di contratto è interpretata, da parte della dottrina, come indice dell'inesistenza di una comune volontà negoziale delle parti sulla configurazione del negozio giuridico; secondo A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, 2, l'assenza, nella fase genetica del contratto, del progetto o programma o fase di esso o di non coincidenza, nella fase esecutiva, del *nomen iuris* e realtà effettiva determinano la presunzione assoluta di ricorrenza di un rapporto di lavoro subordinato e la trasformazione del rapporto di lavoro a progetto in rapporto di lavoro subordinato rafforza l'operatività delle fonti di disciplina del lavoro subordinato attraverso l'identificazione di un diverso titolo del contratto.

<sup>(22)</sup> In tal senso A. MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate*

un progetto o programma di lavoro è diretto ad evitare l'instaurazione di rapporti di collaborazione a durata indeterminata, che sovente mascherano rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

La documentazione del progetto equivale a descrivere la modalità d'attuazione della prestazione di lavoro rivolta al raggiungimento di un determinato risultato entro un periodo temporale predefinito. La specificazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso, oggetto del contratto *ex* articolo 67, compete al committente e le valutazioni e scelte tecniche, organizzative e produttive, sottese al progetto, sono insindacabili. Mentre il progetto indica le caratteristiche della prestazione cui si è impegnato il collaboratore, le modalità e le condizioni di esecuzione dell'attività lavorativa risultano dalle forme di coordinamento con il committente, sebbene il lavoratore gestisca autonomamente il proprio tempo lavorativo in funzione del risultato <sup>(23)</sup>.

L'attività del lavoratore può essere legata ad un unico progetto o programma, può riguardare una prestazione d'opera o servizio con adempimenti periodici, può consistere in una serie d'attività oggetto di obbligazioni contrattuali diverse, ma legate tra loro. Se poi il progetto richiede una sola opera o servizio, il risultato coincide con il compimento della prestazione, se il progetto (ecc.) si realizza mediante più opere o servizi, il risultato comprende più adempimenti continuativi.

Una collaborazione generica non corrisponde al lavoro a progetto; ai requisiti presenti nel dettato dell'articolo 409, n. 3, c.p.c., — continuità, personalità della prestazione e coordinazione — si aggiunge così la peculiare modalità di utilizzo della prestazione di lavoro attraverso la realizzazione di un progetto, programma di lavoro o fase di esso.

Questi ultimi, come è stato osservato, non sono elementi che caratterizzano una nuova fattispecie contrattuale <sup>(24)</sup>, poiché il collaboratore può essere qualificato lavoratore subordinato o autonomo a

---

*e continuative: profili generali*, in *GLav*, gennaio 2004, *Gli Speciali, Riforma Biagi - Le nuove collaborazioni*, 10.

<sup>(23)</sup> Secondo A. MARESCA, *op. cit.*, 11, la gestione autonoma del progetto fa sì che il collaboratore concorra a gestire il progetto. Invece G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 29, precisa che « se il risultato connota e permea l'obbligazione del lavoratore a progetto, questo si configura come obbligazione di risultato ».

<sup>(24)</sup> Il risultato non è un elemento di fattispecie, ma un effetto della qualificazione del contratto cfr. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto ecc.*, cit.



seconda delle modalità di esecuzione della prestazione, eterodiretta o meno <sup>(25)</sup>.

In adesione a questo contesto ricostruttivo il lavoro a progetto può avere ad oggetto l'esecuzione di qualunque tipo d'opera o servizio, purché resi senza vincolo di subordinazione <sup>(26)</sup>; ne consegue l'irrelevanza della nozione di progetto ancorata a particolari tipi di lavoro altamente qualificato o di tipo creativo <sup>(27)</sup>, poiché qualsiasi attività lavorativa può essere ricondotta ad un progetto o programma di lavoro. Né dall'interpretazione del dato positivo risulta che l'attività oggetto del programma debba presentare il connotato della straordinarietà o dell'eccezionalità rispetto al ciclo produttivo ordinario dell'impresa del committente; ciò che rileva è l'effettività e la specificità dell'oggetto progettuale o programmatico.

È utile ricordare che nel documento scritto deve risultare una descrizione dettagliata (« contenuto caratterizzante ») <sup>(28)</sup> del progetto specifico o programma o fase di esso, cioè questi elementi dovranno essere determinati in modo da permettere al collaboratore di conoscere e valutare il suo impegno ed assumersi la responsabilità della realizzazione dell'opera o servizio; in particolare, poi, deve essere chiaramente indicato il progetto e non una prestazione d'opera, poiché oggetto del contratto è il progetto stesso e non la prestazione dedotta.

Premesso che l'autonomia della prestazione è requisito essenziale, il progetto dovrà consistere in un'attività produttiva ben identificabile e funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale, connesso all'attività principale o accessoria dell'impresa, mentre il programma di lavoro o la fase di esso individuano una prestazione diretta ad un obiettivo che deve essere integrato, mediante le forme di coordinamento, con altri risultati e lavorazioni in vista del risultato finale.

Il programma di lavoro, dunque, individua un segmento del processo produttivo che può essere gestito autonomamente da un soggetto

---

<sup>(25)</sup> Cfr. il contributo di F. BASENGHI, *Le nuove collaborazioni coordinate e continuative: considerazioni su una fattispecie onnivora*, che precede.

<sup>(26)</sup> Cfr. G. PROIA, *op. cit.*, 668 e 670.

<sup>(27)</sup> In senso differente cfr. M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, cit., 818, il quale A. ritiene che il progetto deve essere « una ideazione » con un risultato specifico, diverso dalla routine già ripetuta senza novità e ormai prevedibile ». *Contra* G. PROIA, *op. cit.*, 668; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto ecc.*, cit., 22; M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2004, n. 27, 5.

<sup>(28)</sup> Sulle formule grammaticalmente enigmatiche usate dal legislatore nella lett. b) si rinvia alle osservazioni di L. CASTELVETRI, *op. cit.*, 158 e 159.



esterno nell'ambito di un processo globale d'impresa coordinato dal committente <sup>(29)</sup>; per quanto riguarda le fasi di lavoro il committente deve indicarle espressamente nella loro specificità, soprattutto se sono attività non facilmente individuabili in base alla comune esperienza.

#### 4. Il requisito della proporzionalità del compenso.

La forma scritta ai fini della prova è richiesta per il corrispettivo statuito dalle parti, per i criteri scelti per la sua determinazione, per le scadenze e le modalità di pagamento e per la disciplina dei rimborsi spese <sup>(30)</sup>.

Il compenso, requisito formale di cui all'articolo 62, lettera c), costituisce oggetto di uno specifico diritto soggettivo del lavoratore a progetto, pertanto il suo esame deve tener conto del dato normativo del successivo articolo 63.

Le parti contraenti sono libere <sup>(31)</sup> di determinare l'entità del compenso ed i criteri per la sua quantificazione, in conformità a quanto previsto nella disciplina del lavoro autonomo. La principale novità riguarda il riferimento al criterio della proporzionalità <sup>(32)</sup> del corrispettivo alla quantità e qualità del lavoro del collaboratore a progetto; criterio che richiama la regola predisposta nell'articolo 36 Cost. a tutela del lavoratore subordinato, tuttavia estranea al lavoro autonomo ed alle collaborazioni coordinate e continuative <sup>(33)</sup>.


Questa specificazione sull'adeguatezza del compenso <sup>(34)</sup>, da cui

<sup>(29)</sup> Cfr. G. FERRARO, *op. cit.*, 254.

<sup>(30)</sup> Cfr. i contributi di A. RUSSO, *Non concorrenza e riservatezza nel lavoro a progetto*, e di S. BRUZZONE, *Estinzione del contratto a progetto e preavviso*, e ID., *Il regime sanzionatorio*, che seguono.

<sup>(31)</sup> In argomento v. le osservazioni di M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 85, il quale A. dubita che la previsione della lett. c) dell'art. 62 abbia valore d'indicazione del ruolo preminente dell'autonomia individuale delle parti, poiché la libertà di determinare il compenso è presente in qualsiasi contratto di collaborazione coordinata e continuativa.

<sup>(32)</sup> In merito G. GRAMICCIA, *Prime osservazioni sul contratto di lavoro a progetto*, in *MGL*, 2004, 24, parla di una tutela impropriamente estensiva al lavoratore a progetto.

<sup>(33)</sup> Si ricorda che già nel 1959, nell'ambito della c.d. Legge Vigorelli, in  *Collaborazione coordinata continuativa*, si era prevista la possibilità di assicurare trattamenti minimi economico-normativi anche ai lavoratori che svolgono prestazioni d'opera continuativa e coordinata, ma senza giungere ad un'attuazione concreta dell'intento.

<sup>(34)</sup> Al lavoratore a progetto, come già risultava per i lavoratori parasubordinati sono applicabili le sole norme di legge specificatamente indicate nel decreto, ne

esula il principio di un minimo inderogabile, pone, da un lato, un confine all'autonomia delle parti, con la possibilità di richiedere un intervento correttivo del giudice, dall'altro lato implica la possibilità di ridurre l'entità dell'importo nell'ipotesi di non corretto o parziale adempimento del collaboratore e di diversificare il corrispettivo fra soggetti impegnati in un programma di lavoro o fase di esso in vista della realizzazione dello stesso progetto o collaboratori, dotati di differenti capacità e professionalità, interessati nella realizzazione di progetti analoghi.

Un altro vincolo, posto all'autonomia delle parti nella determinazione dell'entità del giusto ed equo compenso, risulta dall'obbligo della specificazione scritta dei criteri oggettivi che sono stati prescelti per valutare la proporzionalità tra il corrispettivo ed il valore economico dell'attività prestata dal collaboratore, per evitargli un danno economico, socialmente e moralmente, ingiustificato.

Dalla lettura dell'articolo 63 del decreto legislativo n. 276 l'adeguatezza del corrispettivo trova termine di riferimento <sup>(35)</sup> nei compensi percepiti normalmente — (cioè la differenza deve trovare riscontro in giustificazioni oggettive) — dai lavoratori autonomi per analoghe <sup>(36)</sup> prestazioni, nel luogo d'esecuzione del contratto.

A questo riguardo si delineano alcuni problemi di non facile soluzione: in mancanza, almeno in questa fase transitoria, di specifici accordi collettivi sul lavoro a progetto uniformi su tutto il territorio nazionale, il richiamo alle tariffe applicate al lavoro autonomo potrà comportare un diverso trattamento economico del collaboratore a progetto a seconda del territorio o per la difficoltà di reperire indicazioni precise dal vago parametro di riferimento.

---

consegue la mancata estensione del principio di sufficienza della retribuzione previsto nell'art. 36 Cost.

<sup>(35)</sup> Cfr. M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, cit., 823, il quale A. sottolinea come nell'art. 63 del d.lgs. n. 276 l'espressione « tener conto », usata dal legislatore, non determina un obbligo preciso e rileva anche che il principio di stretta proporzionalità potrebbe impedire i rimborsi forfetari. Secondo P. ALLEVA, *op. cit.*, 918, è criticabile la scelta operata dal legislatore, perché non elimina la tendenza a sottopagare i lavoratori parasubordinati, mentre sarebbe stato più opportuno il riferimento a trattamenti economici non inferiori a quelli corrisposti ai lavoratori subordinati impegnati in analoghe mansioni. Il riferimento alla retribuzione prevista nei contratti collettivi per i lavoratori subordinati è escluso dalla circ. Min. lav. n. 1/2004.

<sup>(36)</sup> E. GHERA, *Sul lavoro a progetto*, in *RGDL*, 2005, I, 212; A. PIZZOFRATTO, *Presente e futuro del lavoro a progetto*, in *LG*, 2004, 238.

Tutto ciò suggerisce la necessità di una specifica identificazione degli « usi di piazza », tramite raccolte delle Camere di commercio o di strumenti determinati in sede di certificazione del contratto <sup>(37)</sup> al fine di evitare modulazioni diversificate e di fornire pratici ed omogenei strumenti di verifica per la valutazione equitativa del giudice. Un eventuale rinvio ad accordi collettivi solleverebbe, invece, non pochi dubbi sull'individuazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi <sup>(38)</sup> competenti e, comunque, sembra molto complessa la possibilità che le organizzazioni sindacali predispongano un corrispettivo minimo correlato alla realizzazione di un'opera o servizio scelto, di volta in volta, liberamente dalle parti individuali.

Per quanto riguarda i tempi e le modalità di pagamento i contraenti possono decidere in piena libertà di differire il pagamento al compimento della prestazione corrispettiva, come avviene sovente nel lavoro autonomo, dopo la verifica ed accettazione del risultato pattuito o disporre l'erogazione di acconti o pagamenti rateali.

L'inserimento della disciplina dei rimborsi spese, che non rientrano nella nozione di corrispettivo, tra i requisiti formali rende i rimborsi spese parte integrante dell'obbligazione del committente <sup>(39)</sup>, e il richiamo all'indicazione scritta prende in considerazione situazioni, verificabili con frequenza, in cui il collaboratore anticipa il pagamento dei costi sostenuti per la realizzazione del progetto o programma di lavoro o fase di esso, con conseguente diritto ad essere rimborsato in base ai giustificativi presentati al committente.

## 5. Il coordinamento col committente.

Presupposto fondamentale del lavoro a progetto è l'esecuzione di uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso, nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente, in-

---

<sup>(37)</sup> Cfr. L. CASTELVETRI, *op. cit.*, 160 ss.

<sup>(38)</sup> In argomento cfr. A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *RGL*, 2003, I, 250.

<sup>(39)</sup> V. A. PERULLI, *op. cit.*, 745, il quale A. prospetta la possibilità che l'obbligo relativo, penetrato nel sinallagma contrattuale in forza della previsione di cui all'art. 62, dovrebbe costituire una delle obbligazioni fondamentali del committente. Invece M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 85, parla di tipizzazione debole da attribuirsi alla tecnica dei rimborsi spese.

dipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa <sup>(40)</sup>.

Sotto questo profilo l'irrilevanza del tempo impiegato nell'esecuzione della prestazione non implica una piena discrezionalità del collaboratore per quanto riguarda le modalità temporali d'esecuzione del lavoro, ma sono ammesse dal legislatore regole esecutive predefinite, risultanti da atto scritto, per definire il coordinamento <sup>(41)</sup>, vale a dire il collegamento funzionale dell'attività del lavoratore con l'organizzazione del committente, necessario al conseguimento dell'utilità del risultato.

La presenza di questo requisito formale diversifica il lavoro a progetto dalla disciplina del lavoro autonomo, in cui l'elemento caratteristico è costituito dall'*opus perfectum*, mentre l'attività del lavoratore non riveste alcuna utilità per il committente <sup>(42)</sup>. Con la nuova disciplina il legislatore attribuisce invece rilievo anche alla fase preparatoria dell'adempimento dell'obbligazione, pur nel rispetto dell'autonomia operativa del collaboratore.

Il coordinamento, se così risulta nel documento scritto, può comprendere controlli periodici sullo stato di avanzamento della prestazione, la verifica delle procedure seguite o dei materiali usati, il rispetto di un orario di lavoro in base alle esigenze aziendali, l'uso della strumentazione del committente e, in genere tutte quelle modalità che salvaguardano l'interesse del committente al perfezionamento del risultato, senza interferire sulla disponibilità della prestazione del lavoratore che è libero di organizzarsi i tempi e i modi del suo lavoro e fermo restando il divieto di adibire il collaboratore ad attività che esulino dal progetto, programma o fase di esso convenuto in contratto.

L'autonomia del collaboratore nella gestione dell'obbligazione lavorativa costituisce, dunque, il limite alla possibile ingerenza del committente, ma, come è stato precisato, non sembra sufficiente a fornire la specificazione dei confini entro cui devono essere mantenute le forme di coordinamento nell'applicazione pratica. Al riguardo potranno essere utili le indicazioni provenienti dall'elaborazione giurisprudenziale

---

<sup>(40)</sup> Cfr. i contributi contenuti in questa Parte, Sez. (C).

<sup>(41)</sup> Il coordinamento temporale può essere realizzato anche con la fissazione di un orario di lavoro « che misura il tempo in cui la prestazione si deve svolgere, ovvero che detta il ritmo dell'esecuzione della prestazione stessa, se questa avviene per tratti successivi o ad intervalli », secondo M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 87.

<sup>(42)</sup> Cfr. in tal senso G. PROIA, *op. cit.*, 673.

in ordine alla distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, ma, ancora di più, come già sottolineato <sup>(43)</sup>, saranno utili le indicazioni provenienti dalla prassi certificatoria.

## 6. Le tutele del lavoratore a progetto.

L'ultimo requisito formale presente nell'articolo 62 riguarda le eventuali misure per la tutela della salute e della sicurezza del collaboratore a progetto <sup>(44)</sup>.

Queste misure, previste in esclusiva per il lavoro a progetto, si aggiungono a quelle applicabili obbligatoriamente in base alle disposizioni del decreto legislativo n. 626 del 1994 e successive modifiche ed integrazioni <sup>(45)</sup>, qualora la prestazione di lavoro si svolga nei luoghi di lavoro del committente; pertanto nei casi in cui l'attività del collaboratore a progetto si svolga al di fuori dei luoghi di lavoro del committente, ai fini probatori, devono essere indicate le misure ulteriori necessarie a garantire la sicurezza e la salute del lavoratore <sup>(46)</sup>.

Il richiamo all'articolo 66, comma 4, del decreto legislativo n. 276 («fermo restando quanto disposto dall'articolo 66, comma 4») individua altre disposizioni che trovano applicazione nei contratti di lavoro a progetto: si applica l'articolo 409, n. 3, c.p.c., con il tentativo obbligatorio di conciliazione in sede amministrativa o sindacale, propedeutico al ricorso giudiziale, l'articolo 64 del decreto legislativo n. 151 del 2001 <sup>(47)</sup>, che disciplina la tutela della maternità e della paternità nei limiti indicati, le norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, le norme della Legge Finanziaria 2000 (articolo 51, comma 1) sulle percentuali ed aliquote contributive e fiscali e (tramite rinvio ad altre disposizioni di legge) sulla disciplina degli assegni per il nucleo familiare e del trattamento economico di malattia in caso di degenza ospedaliera; il decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 12 gennaio 2001.

---

<sup>(43)</sup> Cfr. L. CASTELVETRI, *op. cit.*, 161.

<sup>(44)</sup> Cfr. il contributo di E. MINALE COSTA, *Diritti e obblighi delle parti*, che segue.

<sup>(45)</sup> In  *Sicurezza (obbligo di)*.

<sup>(46)</sup> V. M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 89; A. PERULLI, *op. cit.*, 749, il quale A. osserva che «la mera *eventualità* di tali misure» mostra una certa disattenzione del legislatore rispetto alla raccomandazione comunitaria (COM(2002)166 def.) che afferma il diritto di tutti i lavoratori autonomi di proteggere la loro salute e sicurezza su un piano di uguaglianza con i lavoratori subordinati.

<sup>(47)</sup> In  *Maternità*.

Inalterata la disciplina codicistica del contratto d'opera *ex* articoli 2222 e 2230 c.c. ed i suoi elementi caratterizzanti, la fattispecie delle collaborazioni coordinate e continuative a progetto risulta così definita entro i requisiti formali posti dal legislatore.

## 8.

### DIRITTI E OBBLIGHI DELLE PARTI

ENRICA MINALE COSTA

SOMMARIO: 1. I diritti del lavoratore a progetto e le prospettive di uno « Statuto dei lavori ». — 2. Le tutele in caso di maternità, malattia e infortunio. — 3. Misure di sicurezza e profili previdenziali. — 4. Rinunzie e transazioni.

#### 1. I diritti del lavoratore a progetto e le prospettive di uno « Statuto dei lavori ».

È ben noto come l'inquadramento sistematico del lavoro a progetto abbia dato luogo a differenti interpretazioni — oscillanti tra il riconoscimento di un *tertium genus* o l'alternativa di un sottotipo del contratto di collaborazione coordinata e continuativa o, ancora, un sottotipo del contratto d'opera — che investono anche la configurazione delle collaborazioni sopravvissute alla riforma, per le quali s'ipotizza la creazione di un *quartum genus* <sup>(1)</sup>.

Non si è di fronte né ad un *tertium genus* né ad una nuova fattispecie rispetto al lavoro subordinato o autonomo, ma nell'ambito del contratto d'opera il lavoro a progetto gode di una propria disciplina peculiare ed esclusiva <sup>(2)</sup>. L'insieme delle garanzie predisposte per il lavoratore a progetto richiamano la continuità con la precedente

---

<sup>(1)</sup> Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro « a progetto »*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2003, n. 25, 24.

<sup>(2)</sup> In questo senso v. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in *GLav*, 2003, n. 4, 107; A. PIZZO FERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *www.dirittodellavoro.it*, in *ILLe*, 2, il quale A. parla anche di « una parziale apertura verso una nuova fattispecie in posizione mediana tra subordinazione ed autonomia ». Il legislatore inoltre sembra non dar seguito al suggerimento proposto da T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 200 ss., e *Id.*, *Statuto dei lavori e Carta dei diritti*, in *DRI*, 2004, 2 ss., di un insieme di diritti applicabili a tutti i lavoratori senza distinzione. Viene abbandonata anche l'ipotesi di P. ALLEVA, *Ridefnizione della fatti-*

configurazione delle collaborazioni coordinate e continuative, ricavabile dai pochi dati normativi <sup>(3)</sup> in argomento, dall'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza e dagli elementi delineati nella prassi applicativa.

La tutela del collaboratore a progetto prevede pochi rinvii sia alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato, sia alla contrattazione collettiva. Nello stesso tempo l'autonomia individuale delle parti è costretta entro i limiti segnati dal legislatore, i quali rispondono all'esigenza di garantire ad un insieme di soggetti, accomunati da un vincolo di dipendenza economica nei confronti del committente, tanto più accentuata nell'ipotesi di stipulazione di un contratto in esclusiva o qualora sia preclusa al collaboratore la possibilità di incidere sulla determinazione del contenuto del contratto, un trattamento adeguato « a principi minimi di civiltà giuridica » <sup>(4)</sup>.


I diritti riconosciuti ai collaboratori a progetto si adeguano a quel tipo d'intervento legislativo « leggero », auspicato nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro* del 2001 <sup>(5)</sup>, diretto a favorire l'espressione dell'autonomia delle parti sul presupposto dell'adeguata capacità d'autotutela di questi lavoratori.

È vero, poi, che si assegna ad un futuro « Statuto dei lavori » il compito di predisporre un'ulteriore serie di tutele <sup>(6)</sup> « per cerchi

*specie di contratto di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro*, Ediesse, Roma, 1996, 191 ss.

<sup>(3)</sup> Vista la mancanza di una specifica disciplina speciale da cui ricavare la definizione legale, il dato certo della nozione delle collaborazioni coordinate e continuative risultante dalle norme processuali e tributarie in materia è l'assenza della subordinazione.

<sup>(4)</sup> L'espressione è di L. CASTELVETRI, *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 164. Non mancano le critiche alle scarse tutele apprestate per il lavoratore a progetto, tenuto conto della sua disparità contrattuale rispetto al committente, v., in tal senso P. ALLEVA, *Ricerca ed analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in RGL, 2003, I, 918 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 21; M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in LG, 2003, 815. V. anche G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2004, 256 ss.; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in GLav, 2004, n. 4, 18; C.L. MONTICELLI, *Garanzie per i lavoratori e nuove forme di flessibilità aziendale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 128.

<sup>(5)</sup> In  *Riforma Biagi*.

<sup>(6)</sup> Sul mancato riferimento nella nuova normativa ad altre tutele, come la libertà d'opinione o il divieto di non discriminazione e di controlli sul lavoratore, v. le



concentrici e geometrie variabili a seconda del tipo di istituto da applicare» (7).

Le norme degli articoli 63, 64 e 65 del decreto legislativo n. 276 garantiscono al collaboratore il diritto al compenso, proporzionato alla qualità e quantità del lavoro, il diritto alla paternità delle invenzioni effettuate nello svolgimento del rapporto di lavoro e ad un congruo corrispettivo nell'ipotesi di accordi in esclusiva con un solo committente (8); nel successivo articolo 66 sono richiamate specifiche tutele in occasione di malattia, infortunio e gravidanza e si conferma l'applicazione della normativa sul processo del lavoro, di quella sulla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo n. 626 del 1994 (9), nonché delle disposizioni sugli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

La prestazione rivolta a realizzare un progetto, un programma o una parte di esso diventa oggetto o contenuto del contratto (10), regolamentato dal negozio giuridico secondo la volontà delle parti e le regole legali; lo scambio tra tale tipo di attività ed il compenso stabilito dal committente costituisce la causa del contratto di lavoro a progetto, se essa manca, o è illecita, il contratto è nullo e la nullità investe anche l'eventuale contratto in frode alla legge in quanto stipulato per conseguire risultati non approvati dall'ordinamento giuridico.

Quanto al diritto al compenso, proprio di ogni contratto di scambio, si è già accennato al requisito della proporzionalità ed alla difficoltà

osservazioni critiche di R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 21, il quale A. rimarca anche la mancata costruzione di un sistema di sicurezza operante sul piano del mercato del lavoro, in grado di offrire servizi ed incentivi alla mobilità, alla riqualificazione ed al reimpiego del lavoratore e forme di sostegno al reddito.

(7) Cfr. M. TIRABOSCHI, *ult. op. cit.*, 18, e, più ampiamente, M. BIAGI, *Le ragioni a favore di uno Statuto dei lavori*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003, 228.

(8) Cfr. il contributo di A. RUSSO, *Non concorrenza e riservatezza nel lavoro a progetto*, che segue.

(9) In  *Sicurezza (obbligo di)*.

(10) A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, precisa che la definizione del progetto o del programma non ha « valenza di elemento sostitutivo o antitetico rispetto alla passata esperienza contrattuale, né quella di super indice onnicomprensivo e aselettivo, ma ha la funzione di chiarire l'oggetto del contratto », garantendo la corrispondenza del contenuto del contratto alla realtà e offrendo strumenti di verifica sulla natura dell'obbligazione dedotta nel contratto. Vedi anche A. MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in *GLav*, gennaio 2004, *Gli Speciali, Riforma Biagi - Le nuove collaborazioni*, 9.

di reperire utili parametri di riferimento per la sua determinazione nelle remunerazioni per « analoghe prestazioni di lavoro autonomo »<sup>(11)</sup>; qui si può aggiungere che la pattuizione di un corrispettivo, fisso o periodico, non è collegato alla continuità della prestazione, ma sempre alla realizzazione del progetto cui è interessato il committente ed in caso di recesso per giusta causa, il corrispettivo sarà dovuto in base alla quota parte di risultato, finale o parziale, realizzato.

Un'ulteriore precisazione riguarda la mancata indicazione da parte del legislatore delle garanzie a tutela dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria del committente, pertanto nel silenzio della legge, si reputa che siano esperibili i rimedi ordinari previsti per il lavoro autonomo<sup>(12)</sup>.

## 2. Le tutele in caso di maternità, malattia e infortunio.


Gli altri diritti del lavoratore a progetto derivano dal minimo di tutele garantite nell'ipotesi di gravidanza, malattia e infortunio.

Questi ultimi due eventi sospendono il rapporto di lavoro, senza erogazione del corrispettivo e non prorogano il rapporto contrattuale, che si estingue alla sua scadenza.

La norma dell'articolo 66, commi 1, 2, 3, ha natura inderogabile<sup>(13)</sup> per cui ogni clausola contraria sarebbe nulla. Il legislatore concede al committente di recedere dal rapporto qualora l'impossibilità di svolgere il lavoro a causa della malattia o dell'infortunio si protrae per un periodo superiore ad un sesto della durata prestabilita o per un

---

(11) Si è di fronte ad una tipologia lavorativa per la quale « ontologicamente il compenso è dettato dal mercato » e non è facilmente conoscibile, v. in tal senso G. LEONE, *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, in *RGL*, 2004, I, 102.

(12) Previsioni specifiche si rinvencono invece in materia di subfornitura sia *ex* l. n. 192/1998 e successiva modifica ad opera dell'art. 10 del d.lgs. n. 231/2002, sia nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transizioni commerciali *ex* art. 7 del d.lgs. n. 231/2002 di attuazione della direttiva n. 2000/35/CE, in  *Lavoro autonomo*, come ricorda A. PERULLI, *Sub art. 63*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 745.

(13) Cfr. A. BELLAVISTA, *Sub art. 66*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 773, il quale ricorda che la relazione di accompagnamento, nonché l'art. 4, comma 1, lett. c), n. 4, della l. n. 30/2003 « parlano, proprio con riferimento a queste in esame, di "tutele fondamentali", pertanto sono da considerarsi inderogabili in senso peggiorativo queste sia pur minime tutele ».

periodo superiore a trenta giorni nelle ipotesi di durata determinabile, salvo disposizioni del contratto individuale più favorevoli <sup>(14)</sup>.

Una disciplina parzialmente differente è dettata per la gravidanza, o meglio per la maternità, poiché, ai sensi dell'articolo 2, decreto ministeriale 4 aprile 2002, si applicano uguali tutele alla collaboratrice madre adottiva o affidataria <sup>(15)</sup>. Tale evento, anche in questo caso salvo disposizioni più favorevoli per la lavoratrice, proroga (non sospende soltanto) la durata del rapporto per 180 giorni <sup>(16)</sup>.

La disciplina contenuta nel comma 2 dell'articolo 66 ricalca quanto stabilito nell'articolo 80 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 <sup>(17)</sup>, che estende la tutela della maternità nelle forme e con le modalità previste per il lavoro dipendente alle lavoratrici iscritte alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26 della legge n. 335 del 1995 <sup>(18)</sup> ed il richiamo all'articolo 64 del Testo Unico a sostegno della maternità e paternità — decreto legislativo n. 151 del 2001 <sup>(19)</sup> — comprende le tutele estese alla paternità.

Sebbene nel testo dell'articolo 66 non vi sia alcun riferimento in merito, la circolare ministeriale del gennaio 2004 precisa che in caso di malattia, infortunio e maternità dovrà essere inviata al committente, ai fini della prova, idonea certificazione scritta per giustificare l'assenza <sup>(20)</sup>.

Per ottenere l'indennità relativa a questi eventi il collaboratore

<sup>(14)</sup> Nell'art. 61, comma 4, si rinvia alle disposizioni più favorevoli del contratto individuale o collettivo, ma nel caso del contratto di lavoro a progetto la attuale mancanza di accordi collettivi restringe il campo alle migliori disposizioni del contratto individuale.

<sup>(15)</sup> In  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(16)</sup> La previsione legislativa si adegua ai principi costituzionali in materia, ma, come osserva M. GIUDICI, *Dalle collaborazioni ai contratti a progetto*, in *DPL*, 2004, n. 5, 314, lascia spazio ad alcuni dubbi interpretativi che possono porsi nell'ipotesi che, durante la sua assenza per maternità, il progetto o il programma di lavoro cui è legata la prestazione della lavoratrice giunga a conclusione per l'intervento di terzi, visto l'interesse del committente alla realizzazione del progetto o programma.

<sup>(17)</sup> In  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(18)</sup> In  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(19)</sup> In  *Maternità*.

<sup>(20)</sup> Il legislatore non accenna ad un eventuale potere di controllo del committente, in merito v. M. PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2004, n. 29, 108; A. BELLAVISTA, *op. cit.*, 773 ss., il quale A. osserva che di fronte ad un interesse ragionevole del committente si pone il problema del limite e delle modalità di tale controllo ed in merito si potrebbe ricorrere all'art. 5 Stat. lav. ed al principio di imparzialità che ne deriva.

deve assolvere l'onere della presentazione dell'apposita domanda all'ente previdenziale, con allegata la certificazione attestante l'evento protetto. L'articolo 51, comma 1, della legge n. 488 del 1999 <sup>(21)</sup>, ed il decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 12 gennaio 2001 <sup>(22)</sup> prevedono l'indennità economica di malattia nel solo caso di degenza ospedaliera; questa viene corrisposta su richiesta dell'interessato, in presenza di specifici requisiti di anzianità contributiva e condizioni di reddito individuale <sup>(23)</sup>; tutto ciò non esclude il concorso di eventuali forme di assistenza con adesione volontaria predisposte dal committente.

L'indennità di maternità <sup>(24)</sup> (articolo 66, comma 4, decreto legislativo n. 276) è corrisposta dalla gestione separata Inps alle collaboratrici madri in presenza di specifici requisiti contributivi: almeno tre mensilità di contribuzione nei dodici mesi precedenti i due mesi anteriori la data del parto e analoga previsione riguarda l'indennità di paternità, corrisposta nei tre mesi successivi il parto.

L'assegno per il nucleo familiare viene corrisposto a seguito della domanda presentata dal collaboratore, in relazione alle modalità di attribuzione della specifica prestazione.


Sempre in merito agli altri diritti del collaboratore a progetto il legislatore rinvia alla disciplina del processo di lavoro — legge n. 533 del 1973 <sup>(25)</sup> — ed a quella sulla sicurezza e igiene del lavoro — decreto legislativo n. 626 del 1994.



Il richiamo alla normativa processuale, come già osservato da attenta dottrina <sup>(26)</sup>, sembra superfluo vista la definizione del collaboratore a progetto contenuta nell'articolo 61, comma 1, che riprende l'articolo 409, n. 3, c.p.c. Merita precisare come trovi applicazione

---

<sup>(21)</sup> In  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(22)</sup> In  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(23)</sup> L'ammontare dell'indennità varia secondo la durata del periodo contributivo, mentre il reddito percepito dal collaboratore non deve superare il 70% del massimale contributivo (art. 64, d.lgs. n. 151/2001 e d.m. 4 aprile 2002, in  *Maternità*). Sul richiamo al dm 12 gennaio 2001, cit., v. le osservazioni di L. CASTELVETRI, *op. cit.*, 167, e M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 110.

<sup>(24)</sup> V. art. 64, d.lgs. n. 151/2001, art. 2, comma 16, cit.; l. n. 335/1995, art. 59, comma 16, in  *Collaborazione coordinata continuativa*; l. n. 449/1997 in  *Collaborazione coordinata continuativa*. L'ammontare è determinato in misura percentuale del reddito utile ai fini contributivi per i dodici mesi precedenti l'inizio del periodo indennizzabile.

<sup>(25)</sup> In  *Processo del lavoro*.

<sup>(26)</sup> In senso contrario v. però G. LEONE, *op. cit.*, 109.

anche la disposizione di cui all'articolo 429, comma 3, c.p.c., in merito all'ipotesi di condanna del committente al pagamento di somme di denaro e determinazione degli interessi moratori nella misura legale, che si cumulano con le somme dovute per il danno da svalutazione monetaria.

### **3. Misure di sicurezza e profili previdenziali.**

Più problematico è il rinvio alla normativa in materia di tutela della salute e sicurezza del collaboratore a progetto: quest'ultima risulta applicabile quando la prestazione di lavoro sia svolta nei luoghi di lavoro del committente; tuttavia mancano, da parte del legislatore, indicazioni più dettagliate, che consentano il diretto riferimento all'articolo 7, in cui si prevedono le tutele per la salute e sicurezza a favore dei lavoratori autonomi, piuttosto che all'articolo 2, lettera *a*), riferito al lavoratore subordinato.

In merito a tale interrogativo il dato testuale ricavabile dall'articolo 66, lettera *e*), relativo al requisito formale dell'indicazione di « eventuali misure » per la tutela della salute e sicurezza dei collaboratori a progetto, induce a ritenere applicabile l'articolo 7 del decreto legislativo n. 626, con la possibilità di predisporre ulteriori strumenti di tutela, peculiari all'attività svolta ed al rischio cui è esposto il lavoratore a progetto, anche differenti da quelle misure di sicurezza predisposte dal committente a favore dei propri dipendenti e, comunque, ulteriori a quelle richiamate nell'articolo 7.

Tale disposizione regola gli obblighi del committente nell'ipotesi di lavoro autonomo svolto all'interno dei luoghi di lavoro del committente; quest'ultimo è tenuto a verificare l'idoneità tecnico-professionale del collaboratore e a fornirgli informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente e sulle misure di prevenzione e d'emergenza adottate.

Merita sottolineare come nella stessa circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del gennaio 2004 si rileva che la finalità del decreto legislativo n. 626 del 1994 sia la tutela della salute e sicurezza del lavoratore subordinato, pertanto numerose disposizioni in tema di « rischi professionali » risultano « di problematica attuazione » nei confronti dei collaboratori a progetto, tenuto conto che nell'ambito della legge è previsto uno specifico regime di tutela per il lavoratore autonomo. Al riguardo la nota ministeriale esplicativa precisa che l'attuazione della delega di cui all'articolo 3 della legge di semplifica-

zione 2001, n. 229 del 2003 <sup>(27)</sup>, per il riassetto normativo in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, rappresenta l'occasione di un adattamento dei principi generali della tutela di prevenzione per la salute e sicurezza dei lavoratori, adeguato alla peculiarità del lavoro coordinato e continuativo a progetto <sup>(28)</sup>.

Per quanto attiene i profili assistenziali (di cui sopra) e previdenziali rimangono inalterate le tutele stabilite dalla normativa vigente a favore dei collaboratori coordinati e continuativi <sup>(29)</sup>.

Per precisione nell'articolo 66, comma 4, del decreto legislativo n. 276, non compare una specifica menzione della legge n. 335 del 1995 <sup>(30)</sup>, tuttavia i rinvii contenuti nelle disposizioni esplicitamente richiamate in merito alle prestazioni previdenziali non pensionistiche confermano quanto affermato, nonché sono in linea con l'intento perseguito dal legislatore di aumentare le entrate nelle casse degli enti di previdenza sociale.


La legge di riforma del sistema pensionistico (8 agosto 1995, n. 335) prevede, all'articolo 2, comma 26, che i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 49, comma 2, lettera a), del TUIR <sup>(31)</sup> debbano essere iscritti ad una apposita gestione separata presso l'Inps per beneficiare dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia ed i superstiti <sup>(32)</sup>, qualora non siano iscritti ad altre forme pensionistiche obbligatorie o siano titolari di pensione o siano iscritti ad altre forme previdenziali. Anche i nuovi collaboratori a progetto devono iscriversi dal 1° gennaio 2004 alla gestione separata presso l'Inps, ferma restando la facoltà d'iscrizione volontaria ad altre forme di previdenza integrativa o d'assistenza


---

<sup>(27)</sup> In  *Sicurezza (obbligo di)*.

<sup>(28)</sup> Cfr. in argomento le osservazioni di G. GRAMICCIA, *Prime osservazioni sul contratto di lavoro a progetto*, in *MGL*, 2004, 25; A. BELLAVISTA, *op. cit.*, 774 ss.; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto ecc.*, cit., 25.

<sup>(29)</sup> Cfr. il contributo di A. ASNAGHI, *Lavoro coordinato e continuativo e lavoro occasionale: profili previdenziali*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(30)</sup> In  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(31)</sup> In  *Retribuzione*. Testo Unico sulle Imposte sui redditi approvato con d.P.R. n. 917/1986, e ora art. 50, comma 1, lett. c-bis) del d.lgs. n. 344/2003.

<sup>(32)</sup> Il contributo previdenziale è dovuto nel limite del massimale contributivo stabilito dalla l. n. 335/1995, art. 2, comma 18, ed è posto a carico del collaboratore per un terzo e del committente per due terzi. Nell'art. 45 del d.lgs. n. 269/2003, in cui si prospettano i contenuti della legge delega di riforma del sistema pensionistico, si prevede per i collaboratori il raggiungimento dell'aliquota massima del 19% del reddito prodotto.

sanitaria, nonché di copertura assicurativa per la responsabilità civile verso terzi mediante convenzioni con istituti d'assicurazione, nell'ipotesi in cui il committente non abbia provveduto a stipulare in proprio idonea polizza assicurativa *a favore* del lavoratore a progetto.

Il decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, di riforma della disciplina sull'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali <sup>(33)</sup>, richiamato dall'articolo 66 del decreto legislativo n. 276 per i lavoratori a progetto, prevede, fra le altre innovazioni, l'obbligo assicurativo <sup>(34)</sup> (articolo 5) in capo ai collaboratori coordinati e continuativi, che svolgono le attività pericolose indicate nell'articolo 1 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 <sup>(35)</sup>, o che necessitano dell'uso personale di veicoli a motore per lo svolgimento, non occasionale, della loro attività, altrimenti sorge il diritto all'indennizzo dell'eventuale infortunio *in itinere*, ma non l'obbligo assicurativo <sup>(36)</sup>.


In conseguenza a quest'obbligo il collaboratore ha diritto alle prestazioni previdenziali previste nella normativa del 1965 in caso di infortunio sul lavoro o malattia professionale ed il committente <sup>(37)</sup> è tenuto a tutti gli adempimenti propri del datore di lavoro nei confronti dei suoi dipendenti, tra cui l'iscrizione del lavoratore a progetto nei libri matricola e nei libri paga.

#### 4. Rinunzie e transazioni.

A conclusione di questa breve rassegna dei diritti e degli obblighi

---

<sup>(33)</sup> In  *Assicurazioni sociali*.

<sup>(34)</sup> Il premio assicurativo è determinato sulla base imponibile costituita dai compensi percepiti dal collaboratore in relazione al tasso applicabile all'attività svolta. Il committente è tenuto a tutti gli adempimenti previsti nei confronti del lavoratore dipendente (art. 5, d.m. 30 ottobre 2002, in  *Collaborazione coordinata continuativa*).

<sup>(35)</sup> In  *Assicurazioni sociali*.

<sup>(36)</sup> Se il collaboratore intrattiene rapporti con più committenti, ciascuno di essi è tenuto agli adempimenti previsti per i datori di lavoro e l'imponibile assicurativo verrà determinato in base alla quota di competenza.

<sup>(37)</sup> In argomento v. S. PICCININNO, *I nuovi lavori e l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, in *ADL*, 2004, 158, il quale A. nota come, diversamente da quanto avviene per gli altri lavoratori autonomi, quali gli artigiani, l'obbligo assicurativo in capo ad un soggetto diverso, il committente, risponda all'esigenza di tutelare il rischio professionale «inteso non più quale rischio tecnico-economico dell'imprenditore, ma quale rischio personale del lavoratore», prescindendo dalla riconducibilità dell'attività lavorativa ad una determinata tipologia.



del collaboratore a progetto e delle tutele indicate dal legislatore, merita qualche rilievo il significato del dettato dell'articolo 68, decreto legislativo n. 276, « i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di cui al Titolo V (*leggasi VII*) del presente decreto legislativo ».

La formulazione letterale di questa disposizione ha suscitato molti e differenti commenti, dai quali si ricavano due linee interpretative: il richiamo al meccanismo della certificazione ha indotto alcuni autori <sup>(38)</sup> a ritenere possibile, già al momento della stipulazione del contratto, la « derogabilità individuale assistita » dei diritti del collaboratore a progetto, derivanti dalle disposizioni del capo VII, con l'assistenza degli organi di certificazione, con relativa rinunzia a tutele imperative. Oppure, questa è l'altra opinione sostenuta <sup>(39)</sup>, le rinunzie e transazioni riguardano soltanto quei diritti già maturati, vale a dire entrati nel patrimonio del lavoratore a progetto e non la disciplina iniziale del rapporto.

In realtà la stessa interpretazione letterale dell'articolo 68 del decreto legislativo n. 276 induce a ritenere che il legislatore, disponendo in merito alle rinunzie e transazioni per questa nuova figura di collaboratore, abbia inteso riferirsi ad un'ipotesi di disponibilità dei diritti già entrati in possesso del lavoratore anche presso le commissioni di certificazione, oltre le sedi già indicate nel comma 2 dell'articolo 2113 c.c.

Nello stesso tempo non sembra esservi una sovrapposizione con quanto disposto nel successivo articolo 82, in cui si individua l'organo di certificazione competente a qualificare il rapporto e non il suo contenuto, né il richiamo ai codici di buone pratiche, può modificare questa impostazione, poiché il compito attribuito a tali codici è quello di creare un meccanismo che consenta la trasparenza del regolamento contrattuale attraverso una individuazione precisa delle clausole legali

---

<sup>(38)</sup> V. i timori espressi da L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *LG*, 2004, 250, e i dubbi sulla portata innovativa dell'art. 68 di M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, cit., 823, A. MARESCA, *op. cit.*, 12.

<sup>(39)</sup> Cfr. A. PIZZOFRERATO, *op. cit.*, 12; P. ALLEVA, *Ricerca e analisi ecc.*, cit., 919; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 23; M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2004, n. 27, 12; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto ecc.*, cit., 26.



e contrattuali inderogabili, al fine di evitare interpretazioni ed applicazioni difformi da una sede di certificazione all'altra.

Il dibattito dovrebbe esaurirsi e trovare una soluzione nella nuova formulazione dell'articolo 68, prospettata nell'articolo 11 del decreto correttivo approvato nel 2004 <sup>(40)</sup>: « Nella riconduzione a progetto, programma di lavoro o fase di esso dei contratti di cui all'art. 61, co. 1, i diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo VII del presente decreto legislativo ».

Il legislatore evidenzia in tal modo la disponibilità dei soli diritti quesiti, i quali possono coincidere anche con i diritti già acquisiti dal collaboratore in occasione di un rapporto previgente all'introduzione della nuova normativa, ma che può essere ricondotto entro il nuovo schema del lavoro a progetto <sup>(41)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> In  *Riforma Biagi*.

<sup>(41)</sup> V. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto ecc.*, cit.; A. BELLAVISTA, Sub art. 68, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 783; S. GRANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, in MGL, 2004, 491.



## 9.

# NON CONCORRENZA E RISERVATEZZA NEL LAVORO A PROGETTO

ALBERTO RUSSO

SOMMARIO: 1. Principio di pluricommitenza e clausola di esclusiva. — 2. Obbligo di non concorrenza e di riservatezza del lavoratore a progetto. — 3. Patto di non concorrenza.

### 1. Principio di pluricommitenza e clausola di esclusiva.

Lo *status* giuridico del lavoratore a progetto trova un significativo elemento di specificazione nella disciplina di cui all'articolo 64, decreto legislativo n. 276/2003, rubricato « obbligo di riservatezza », ma delinente in realtà — più ampiamente — il regime concorrenziale del collaboratore in relazione all'eventuale sussistenza di una pluralità di contratti.

Il comma 1 sancisce innanzitutto, in conformità con la natura autonoma della prestazione, il principio di pluricommitenza del collaboratore. Il riferimento alla necessaria unicità del committente era del resto sostanzialmente estraneo anche alla precedente concezione di parasubordinazione. È vero che alcuni autori <sup>(1)</sup> avevano individuato una connessione tra l'assorbimento di una parte rilevante della capacità lavorativa, propria del collaboratore coordinato e continuativo, con una naturale situazione di monocommitenza; tuttavia tale connessione rilevava unicamente a livello empirico di rilevazione del dato fattuale, pur avendo poi uno sviluppo speculativo quale supporto ai fini dell'elaborazione di una nozione di dipendenza assai più ampia rispetto

---

(1) Cfr. in particolare P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000, 295-302.

alla dipendenza di cui all'articolo 2094 c.c. (2). Analoghe considerazioni erano del resto alla base della forzosa configurazione dottrinale della parasubordinazione quale *tertium genus* tra lavoro autonomo e subordinato (3). Configurazione oggi ancor meno condivisibile sul presupposto della necessaria riconduzione della prestazione ad un progetto, da cui si evidenzia la specificazione della attività in esame quale peculiare forma di lavoro autonomo e la piena compatibilità ontologica della fattispecie con una pluralità di committenze. « Diversamente » — si è giustamente osservato — « non solo sfumerebbe la percezione dell'attività come risultato, ma anche la pregnanza giuridica stessa del progetto che per definizione deve risultare come circoscrivibile e specifico » (4).

La norma, tuttavia, fa espressamente salvo il diverso accordo tra le parti: precisazione non pleonastica nella misura in cui chiarisce la compatibilità della tipologia contrattuale in esame rispetto alla situazione di monocommittenza, escludendosi quindi l'idoneità della clausola di esclusiva a travolgere di per sé la natura autonoma del rapporto (5). Nessuna indicazione, peraltro, è presente con riferimento ai contenuti sostanziali e formali del patto, evidenziandosi una contraddizione con gli obiettivi del legislatore di affrancamento dalla sogge-

---

(2) Si consideri peraltro che il concetto di pluricommittenza non è estraneo nemmeno al lavoratore subordinato, nella misura in cui l'attività ulteriore non sia suscettibile di sottrarre clientela o affari al datore di lavoro. Cfr. in questo senso P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, 284-290.

(3) Cfr. in particolare G. PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*, Giuffrè, Milano, 1997, 121-169; M. PERSIANI, *Autonomia e subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL*, 1998, 205-207. *Contra* R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del « lavoro coordinato »*, in *ADL*, 1997, 47; M. BIAGI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno statuto dei lavori?*, in *LD*, 1999, 571-592, il quale sottolinea come « l'impegno della dottrina, per quanto generoso e creativo, non abbia (...) condotto a risultati neppure parzialmente appaganti ».

(4) Così F. LUNARDON, *Lavoro a progetto a lavoro occasionale*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, 30.

(5) Cfr. in particolare L. CASTELVETRI, *Il lavoro a progetto*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 137 ss.

zione economica del collaboratore derivante dallo svolgimento della prestazione a favore di un unico committente. Non solo infatti l'accordo potrà stipularsi oralmente in corso di rapporto, ma lo stesso potrà prescindere dalla determinazione di un adeguato corrispettivo economico a compenso della rinuncia ad altre occasioni di lavoro <sup>(6)</sup>. Senza contare l'assenza di una qualsiasi limitazione in termini territoriali e di tempo dell'eventuale esclusiva, la cui durata, peraltro, non potrà comunque oltrepassare il termine (determinato o determinabile) di scadenza del contratto di lavoro a progetto.

## **2. Obbligo di non concorrenza e di riservatezza del lavoratore a progetto.**

Ma la clausola di esclusiva costituisce solo il profilo più estremo di limitazione della concorrenza del collaboratore. Il legislatore infatti a riequilibrio del generale principio di pluricommitenza pone a carico del lavoratore a progetto, *ex* articolo 64, comma 2, una serie di obblighi specifici, individuati nel divieto di svolgere attività in concorrenza con i committenti, e, in ogni caso, di diffondere notizie e apprezzamenti attinenti ai programmi e alla organizzazione di essi, e di compiere, in qualsiasi modo, atti in pregiudizio della attività dei committenti medesimi. Di non univoca interpretazione è la connessione sistematica tra i suddetti obblighi e il principio generale, ma derogabile, di pluricommitenza di cui al comma 1. Vi è chi sostiene il carattere sussidiario degli obblighi di cui al comma 2, che scatterebbero solo in presenza « della contemporanea sussistenza di più committenze (...), e solo nei confronti dei committenti di volta in volta coinvolti dalla relazione — di rilievo puramente temporale — di con-committenza » <sup>(7)</sup>. E vi è invece chi afferma che « non v'è (...) motivo di ritenere che il legislatore abbia inteso vietare solo tale fattispecie di illecito e non anche quella posta in essere dal collaboratore legato contrattualmente, per la durata del “progetto” o del “programma”, ad un solo committente » <sup>(8)</sup>. La questione, invero, a mio avviso, sfugge a una prospettiva di valutazione aprioristica, sul presupposto che l'ambito di operatività

---

<sup>(6)</sup> Cfr. in particolare, V. PINTO, *Le collaborazioni coordinate continuative e il lavoro a progetto*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, 2004, 338.

<sup>(7)</sup> Così F. LUNARDON, *op. cit.*, 61.

<sup>(8)</sup> Così C. SOMA, *Non concorrenza e riservatezza nel lavoro subordinato e a progetto*, in *DPL*, 2004, 1058.

della esclusiva — in quanto fattispecie puramente convenzionale, nonché aliena da qualsiasi intervento regolativo da parte del legislatore — non assume contorni predeterminati e/o predeterminabili; senza contare le diversità funzionali tra le posizioni passive del collaboratore così come individuate *ex* articolo 64, comma 2. In questo senso, mentre il divieto di concorrenza potrebbe operare in presenza di una clausola di esclusiva solo qualora quest'ultima lasci uno spazio potenziale di lesività all'attività del collaboratore, l'obbligo di riservatezza, invece, opererebbe senza soluzione di continuità in quanto obbligo prescindente — come bene si evince dall'utilizzo del legislatore della locuzione « in ogni caso » — da una finalità concorrenziale, diretta o indiretta, della diffusione di notizie riservate.

Ma anche in questi termini, i profili di criticità sistematica non sono ancora da considerarsi completamente risolti, nella misura in cui non si dà conto del contenuto specifico dei suddetti obblighi, nella loro interrelazione con il menzionato principio di pluricommitenza. La questione concerne in particolare la configurazione ontologica del divieto di svolgere attività in concorrenza con i committenti. La dottrina <sup>(9)</sup> espressasi sul punto pare concorde nel ricondurre la fattispecie nelle maglie interpretative dell'articolo 2105 c.c., deducendo la valenza omnicomprensiva del menzionato divieto: riferito non solo alla attività concorrenziale svolta in proprio dal collaboratore, ma anche alla attività svolta a favore di una impresa concorrente (la c.d. concorrenza differenziale). Nello specifico si è sostenuta l'impossibilità di dare un significato diverso al concetto di concorrenza sul presupposto della sostanziale neutralità dell'interesse datoriale tutelato rispetto alla natura della prestazione <sup>(10)</sup>. Anzi, in senso ancor più rigoroso, alcuni autori hanno posto « l'accento sulla maggiore pericolosità, quantomeno potenziale, della concorrenza realizzata dal lavoratore a progetto rispetto a quella del lavoratore subordinato, da cui la necessità di una interpretazione estensiva della norma » <sup>(11)</sup>. Tali argomentazioni, peraltro, non paiono insuperabili, potendosi infatti prospettare un diverso percorso interpretativo qualora, per un verso, si valorizzasse il carattere

---

<sup>(9)</sup> Cfr. in particolare F. LUNARDON, *op. cit.*, 59-61; M. PEDRAZZOLI, *La disciplina delle collaborazioni ricondotte a progetto e dei contratti di lavoro a progetto*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 786; C. SOMA, *op. cit.*, 1058-1059.

<sup>(10)</sup> Cfr. in particolare F. LUNARDON, *op. cit.*, 60.

<sup>(11)</sup> Così C. SOMA, *op. cit.*, 1058.

autonomo del collaboratore, per altro verso, non si sottovalutassero le esigue ma significative differenze sistematiche e letterali tra l'articolo 64, decreto legislativo n. 276/2003 e l'articolo 2105 c.c.


Occorre, in questo senso, innanzi tutto sottolineare la diversa rubricazione della norma: non obbligo di fedeltà, bensì, più semplicemente, obbligo di riservatezza. Locuzione, che lontana da avere un rilievo interpretativo decisivo, pare comunque fornire una significativa indicazione sulla configurabilità della fattispecie quale criterio di condotta prevalentemente omissiva. In questi termini, il comportamento del collaboratore dovrebbe valutarsi alla luce di una concezione aliena da qualsiasi profilo associativo o comunitaristico del rapporto lavorativo. È vero che l'elaborazione dottrinale<sup>(12)</sup> si è già da tempo assestata su una visione integralmente contrattualistica e di scambio anche con riferimento al lavoro subordinato; tuttavia, le diversità tra vincolo di autonomia e di subordinazione si riflettono a livello di diversa valorizzazione degli stessi strumenti civilistici. Ne è prova il fatto che la prevalente giurisprudenza<sup>(13)</sup> non ha mai smesso di fornire una nozione estesa dell'articolo 2105 c.c. — comprensiva anche dei comportamenti commissivi non conformi con le finalità e gli interessi dell'impresa<sup>(14)</sup> — sulla base di una accentuata valorizzazione dei generali principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto.

A ciò si aggiunga, in una ottica più aderente alla lettera della legge, che nell'articolo 2105 c.c., diversamente dalla norma in esame, viene specificato che il divieto riguarda affari trattati dal lavoratore in concorrenza con l'imprenditore, per conto proprio o — si noti — di terzi. L'omissione potrebbe quindi supportare una nozione del divieto limitata alla concorrenza personale del collaboratore, non comprendente quindi la c.d. concorrenza differenziale<sup>(15)</sup>. In una siffatta prospettiva, la condivisibile critica circa la maggiore potenziale pericolosità del

---

(12) Cfr. per tutti M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 101-105.

(13) Cfr., in particolare Cass. 26 agosto 2003 n. 12489; Cass. 16 maggio 1998 n. 4952; Cass. 5 luglio 1995 n. 7427, tutte in  *Fedeltà (obbligo di)*.

(14) Con riferimento naturalmente alle sole attività lecite. Cfr. sul punto Cass. 16 gennaio 2001 n. 519, in  *Fedeltà (obbligo di)*.

(15) In questo senso, fino ad ora isolata in dottrina, è l'opinione di V. PINTO, *op. cit.*, 338, secondo il quale « è evidente che si possa parlare di attività in concorrenza soltanto allorché il lavoratore a progetto ponga in essere direttamente uno o più atti o comportamenti (o attività) con finalità di lucro, nel medesimo settore produttivo o

lavoratore a progetto, troverebbe comunque soddisfazione nella maggiore rigidità dell'obbligo di riservatezza in senso stretto <sup>(16)</sup>. Senza contare anche che avrebbe così soluzione, da un lato, l'antinomia — rilevata da alcuni autori <sup>(17)</sup> — tra la molteplicità di collaborazioni ontologicamente occasionali, ma superiori ai 30 giorni o ai 5 mila euro di compenso, e il divieto di concorrenza, e, dall'altro lato, la questione circa la funzionalità della clausola di esclusiva, altrimenti limitata (ma a che scopo?) ad escludere attività non concorrenziali del collaboratore, a meno che non si individui, come ha fatto qualche autore, una funzione, peraltro di dubbia determinabilità, di graduazione dello stesso obbligo di riservatezza <sup>(18)</sup>.

A sostegno di una interpretazione flessibile, vi sono tuttavia anche profili di ordine sistematico-sostanziale concernenti le altrimenti rilevanti difficoltà per il lavoratore a progetto di raggiungere un reddito adeguato alle proprie aspirazioni. Il riferimento è, in particolare, alla assenza di criteri di legge funzionali alla determinazione della piena capacità di lavoro del collaboratore, così da giustificare una interpretazione rigorosa del divieto in commento. In via alternativa, si sarebbe comunque costretti a scomporre la fattispecie, sulla base del raffronto analogico con la stessa disciplina del lavoro subordinato, tra tipologia a tempo pieno e tipologia a tempo parziale. Diversamente, si rischierebbe di configurare un sistema non equilibrato e iniquo nei confronti di quei lavoratori a progetto temporalmente scarsamente impegnati e dotati di una professionalità scarsamente qualificante. Si consideri del resto la recente giurisprudenza in materia di lavoro subordinato laddove ha negato l'operatività dello stesso articolo 2105 c.c. nei confronti dei lavoratori *part-timer* qualora « non svolgano prestazioni di carattere intellettuale di notevole autonomia e discrezionalità » <sup>(19)</sup>. Si consideri in questo senso anche la disciplina sul lavoro a domicilio in cui si limita,


---

commerciale (o ramo di attività) in cui opera il committente, in un medesimo ambito territoriale, e, quindi, potenzialmente, in modo da contendergli la clientela ».

<sup>(16)</sup> V. *infra*.

<sup>(17)</sup> Cfr. in particolare M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 787-789.

<sup>(18)</sup> Cfr. in particolare L. CASTELVETRI, *op. cit.*, 163, secondo cui « la clausola di esclusiva (...) sembra (...) in grado di riverberare sull'obbligazione di riservatezza successivamente prevista il rigore che la giurisprudenza ha più volte ritenuto assistere l'obbligo di fedeltà dei lavoratori subordinati nei casi in cui il rapporto abbia carattere fiduciario (come, ad esempio, pacificamente, nei rapporti di lavoro nel settore del credito) ».

<sup>(19)</sup> Così Cass. 26 ottobre 2001 n. 13329, in  *Fedeltà (obbligo di)*.



ex articolo 11, legge n. 877/1973, l'obbligo di non concorrenza al caso in cui il datore di lavoro gli chieda « una quantità di lavoro atta a procurargli una prestazione continuativa corrispondente all'orario normale di lavoro secondo le disposizioni vigenti e quelle stabilite dal contratto di lavoro di categoria ».

Ma l'intera questione presenta poi altri profili di criticità, che sebbene non in grado di assumere rilievo decisivo per la tesi interpretativa che si è avanzata, si pongono comunque in contrasto con la affermazione secondo cui i concetti di concorrenza, riservatezza e pregiudizio di cui all'articolo 64, decreto legislativo n. 276/2003, si porrebbero allo stesso modo che nell'articolo 2105 c.c. <sup>(20)</sup>.

Si consideri innanzitutto che nel rapporto di lavoro subordinato il divieto di concorrenza investe non solo le mansioni contrattuali ma anche le mansioni equivalenti che potrebbe svolgere il lavoratore ex articolo 2103 c.c. Concetto di equivalenza delle mansioni che non può in alcun modo confrontarsi, per un verso, con il potere di conformazione del committente rispetto alla attività del lavoratore a progetto e la cui applicazione, per altro verso, comporterebbe in ogni caso la novazione oggettiva del contratto <sup>(21)</sup>. È vero che entrambe le norme in esame paiono estendere il divieto agli atti comunque pregiudizievoli e quindi alle ulteriori attività obiettivamente in concorrenza con l'attività imprenditoriale del datore e/o del committente; tuttavia la menzionata polifunzionalità del lavoratore subordinato sembra poter differenziare (rispetto al lavoratore a progetto), almeno a livello preventivo, le potenzialità lesive dei comportamenti concorrenziali.

Ulteriore e ben più significativo profilo di differenziazione, suscettibile tra l'altro di assumere, come già accennato, una funzione di riordino concettuale dello stesso divieto di non concorrenza, riguarda l'obbligo di riservatezza in senso stretto. Diversità peraltro non referente l'obbligo di divulgazione di notizie. È vero infatti che l'articolo 64, decreto legislativo n. 276/2003 collega il suddetto obbligo « ai programmi e all'organizzazione dei committenti », mentre l'articolo 2105 c.c. si riferisce « all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa ». Tuttavia, tali elementi di discrepanza testuale paiono bene risolvibili sulla base dei principi di correttezza e buona fede

---

<sup>(20)</sup> In questo senso cfr. in particolare F. LUNARDON, *op. cit.*, 60.

<sup>(21)</sup> Cfr. in questo senso G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro parasubordinato, lavoro coordinato, lavoro a progetto*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, 187 ss.

nell'esecuzione del contratto <sup>(22)</sup>, configurandosi in questi termini una perfetta convergenza con la tradizionale nozione di segreto aziendale, quale obbligo di « silenzio su notizie delle quali il lavoratore sia venuto a conoscenza per il solo fatto del suo inserimento nell'azienda » <sup>(23)</sup>. Identici presupposti di applicazione dovrebbero del resto individuarsi anche con riferimento alla tutela penale di cui agli articoli 622 e 623 c.p. relativi rispettivamente al c.d. segreto professionale e al c.d. segreto industriale: fattispecie, peraltro, di ambito più ristretto <sup>(24)</sup>, in quanto operanti unicamente con riferimento a quelle notizie e/o scoperte che il lavoratore abbia conosciuto « per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte ».

L'accennato fattore di differenziazione concerne invece l'estensione dell'obbligo di riservatezza alla diffusione di « apprezzamenti » circa il programma e l'organizzazione dei committenti; da cui una evidente limitazione del diritto di critica del lavoratore <sup>(25)</sup>. Limitazione che, secondo la più parte dei commentatori <sup>(26)</sup>, sembra peraltro richiamare, in senso riduttivo, la disciplina codicistica in materia di concorrenza sleale, laddove l'articolo 2598, comma 1, n. 2, condiziona la illegittimità della diffusione di apprezzamenti alla idoneità di questi a determinare il discredito del committente e a danneggiarne così la posizione commerciale.

Invero, l'assenza di aggettivazione dell'obbligo in questione e la sua riconduzione da illecito extracontrattuale ad illecito contrattuale, sembra poter stimolare una interpretazione ancor più estesa del divieto, cosicché la mera « espressa insoddisfazione per l'organizzazione e i ritmi del lavoro potrebbe risultare addirittura apprezzamento invisito al

---

<sup>(22)</sup> Cfr. in questo senso C. SOMA, *op. cit.*, 1059. L'autore sembra peraltro individuare una discrepanza testuale ben maggiore tra le due norme rispetto a quella da noi evidenziata, interpretando, a nostro avviso erroneamente, la locuzione (*ex art.* 64, d.lgs. n. 276/2003) « organizzazione di essi » con riferimento ai programmi piuttosto che ai committenti.

<sup>(23)</sup> Così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 291.

<sup>(24)</sup> Non pare quindi condivisibile l'affermazione di V. PINTO, *op. cit.*, 338, secondo il quale il divieto di divulgazione di notizie *ex art.* 64, d.lgs. n. 276/2003, si rapporterebbe in termini analoghi — sotto il profilo degli interessi tutelati — alle fattispecie di cui agli artt. 622 e 623 c.p.

<sup>(25)</sup> Cfr. in questo senso U. GARGIULO, *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'ANTONA », in [www.lex.unict.it/eurolabor/](http://www.lex.unict.it/eurolabor/).


<sup>(26)</sup> Cfr. in particolare V. PINTO, *op. cit.*, 338-339; M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 785; C. SOMA, *op. cit.*, 1059-1060.


committente e non ammesso dalla legge » (27), a condizione naturalmente che sia rivolta verso una pluralità di persone (28) così da poter giustificare la potenzialità lesiva dell'apprezzamento, sia pure anche in termini di non un vero e proprio discredito. Si consideri anche che il divieto di apprezzamenti, nel contesto dell'obbligo di riservatezza in senso stretto, prescinde, come già precedentemente rilevato, dalla finalità concorrenziale della condotta del lavoratore, non potendosi conseguentemente in alcun modo configurare il c.d. *animus nocendi*, quale presupposto necessario della fattispecie (29). Si evidenzia in questi termini un problema di gradualità della sanzione conseguente, che impone all'interprete di « ricercare nel diritto dei contratti i possibili limiti ad un esercizio punitivo (...) da parte del committente, verificando se la violazione di tali obblighi possa configurare, *ex se*, una giusta causa di recesso » (30).

Del resto, in una ottica ancor più ampia, proprio il regime delle conseguenze individua un ulteriore profilo di diversità, sia pure implicita, rispetto alla fattispecie di cui all'articolo 2105 c.c. Nel contesto del lavoro subordinato non vi è infatti dubbio che la violazione dell'obbligo di non concorrenza (inteso in senso ampio) sia fonte innanzitutto di responsabilità disciplinare e che la responsabilità risarcitoria agisca in funzione sussidiaria ed eventuale qualora il comportamento del lavoratore abbia cagionato danno all'impresa. In una siffatta prospettiva, il principio della sufficienza della potenzialità lesiva dell'atto trova perfetta applicazione in virtù del criterio proporzionalistico che caratterizza l'esercizio del potere disciplinare. Diversamente, nell'ambito del lavoro a progetto, lo stesso principio viene limitato dalla rigidità delle opzioni, divise (in assenza di danno effettivo) tra risoluzione del

---

(27) Così A. VISCOMI, *Lavoro a progetto e occasionale: osservazioni critiche*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 327.

(28) È questa del resto la concezione di divulgazione di apprezzamenti individuata dalla giurisprudenza in materia di concorrenza sleale. Cfr. per tutte Cass. 2 aprile 1982 n. 2020, in  *Fedeltà (obbligo di)*.

(29) Presupposto invece dubbio in materia di concorrenza sleale *ex art.* 2598 c.c., in quanto la giurisprudenza prevalente, invero con espressioni non affatto chiare, per un verso, sottolinea la rilevanza oggettiva della condotta, sul presupposto che il dolo e la colpa non sono elementi costitutivi della fattispecie legale di cui all'art. 2598 c.c., per altro verso, evidenzia che la concorrenza sleale deve, comunque, consistere in attività dirette ad appropriarsi illegittimamente dello spazio di mercato ovvero della clientela del concorrente. Cfr. in particolare Cass. 30 luglio 1996 n. 6887, in  *Fedeltà (obbligo di)*.

(30) Così U. GARGIULO, *op. cit.*, 15.


contratto e impunità della condotta per scarsa importanza dell'ina-dempimento <sup>(31)</sup>. Unica alternativa si pone in termini convenzionali mediante la previsione nel contratto di una penale, dovuta *ex* articolo 1382, comma 2, c.c. indipendentemente dalla prova del danno.

### 3. Patto di non concorrenza.

Nessuna specifica disposizione concerne la limitazione della concorrenza del lavoratore a progetto per la fase successiva al rapporto contrattuale tramite stipulazione di un apposito patto (il c.d. patto di non concorrenza). Valgono quindi le medesime considerazioni svolte in passato per le collaborazioni coordinate e continuative. Al riguardo si era da alcuni ipotizzata l'applicabilità dell'articolo 2125 c.c., in considerazione di una equiparabile situazione di inferiorità economica e contrattuale del lavoratore rispetto al soggetto committente. Giurisprudenza <sup>(32)</sup> e dottrina prevalenti <sup>(33)</sup> si sono mostrate peraltro sfavorevoli a una siffatta estensione, sul presupposto che l'equivalenza sostanziale tra lavoratore autonomo e subordinato sarebbe resa impossibile proprio dalla diversa cornice contrattuale dei menzionati rapporti lavorativi, differenza che riflette il tradizionale *discrimen* tra *locatio operarum* e *locatio operis*. Differenza ora tanto più accentuata in considerazione della valorizzazione del profilo dell'autonomia del rapporto, mediante la riconduzione dell'attività a uno specifico progetto. Del resto, « anche volendo applicare l'articolo 2125 c.c. non si saprebbe, per esempio, a quale limite di tempo fare riferimento, se a quello più ampio stabilito per i dipendenti in genere o a quello più ristretto dettato per i dirigenti. Inoltre ragioni di ordine sistematico, quale la sede in cui il legislatore regola il patto di non concorrenza per il periodo successivo alla

---

<sup>(31)</sup> Da evidenziare peraltro che l'analogia con il lavoro subordinato verrebbe recuperata qualora si condividesse l'opinione di quella minoritaria dottrina, « per la quale il comportamento infedele, consistente nella concorrenza, dovrebbe considerarsi un'ipotesi paradigmatica di giusta causa di licenziamento in tronco senza possibilità di graduare la sanzione » (così senza peraltro dividerne l'assunto M.G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, 218). Cfr. in questo senso G. TRIONI, *Tutela contro il licenziamenti: fine di un'epoca?*, in *DRI*, 1997, 138.

<sup>(32)</sup> Cfr. in particolare Trib. Forlì 18 giugno 2002; Cass. 6 novembre 2000 n. 14454; Cass. 24 agosto 1991 n. 9118, tutte in  *Patto di non concorrenza*.

<sup>(33)</sup> Cfr. in particolare G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali alla concorrenza*, Cedam, Padova, 1961.

cessazione del rapporto di lavoro (nel titolo II del libro V, titolo dedicato al lavoro nell'impresa, ed in particolare ad un tipo di contratto di lavoro caratterizzato dal vincolo della subordinazione nei confronti del datore di lavoro, e non nel titolo III, ove si tratta il lavoro autonomo, prescindendosi conseguentemente da detto vincolo), inducono a negare l'applicabilità della disciplina in esame ad ipotesi che non sono regolate espressamente dalla medesima norma»<sup>(34)</sup>.

Discorso diverso occorre peraltro compiere nell'ipotesi di sussistenza di un conseguente o precedente rapporto lavorativo subordinato con l'impresa committente.

Nel primo caso — ipotesi che potrebbe verificarsi in una ottica sanzionatoria *ex* articolo 69, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003, qualora le « vecchie » collaborazioni coordinate e continuative non siano finalizzate a uno specifico progetto, programma o fase di esso — il patto di non concorrenza anche se stipulato in corso del rapporto di collaborazione sarebbe fatalmente attratto dalla disciplina più rigida prevista per il lavoratore subordinato, da cui la necessità di una novazione dell'accordo limitativo qualora privo dei requisiti di forma e di sostanza di cui all'articolo 2125 c.c.

Nel secondo caso, invece, la soluzione pare imprescindibilmente connessa con l'ulteriore problematica della rilevanza del momento di stipulazione del patto, e dunque con la verifica di una persistente influenza sulla situazione attuale del « cessato » contratto di lavoro subordinato. Al riguardo occorre innanzi tutto ricordare l'importante sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 1965 in cui si afferma che « la norma dell'articolo 2125 c.c., (...), non limita la sua sfera di applicazione alle sole ipotesi in cui il patto di non concorrenza sia stato incluso nel contratto di lavoro o sia stato concluso durante il rapporto di lavoro in relazione alla cessazione del rapporto stesso, ma la estende anche all'ipotesi che il patto sia stato stipulato dopo la cessazione del rapporto, tutte le volte che il patto stesso, avente origine e causa da detto evento ed in collegamento col regolamento che le parti hanno fatto dei reciproci interessi economici, sia da ricondurre al rapporto medesimo »<sup>(35)</sup>. Conseguentemente, anche in tale ipotesi, al

---

<sup>(34)</sup> Così G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali alla concorrenza*, cit., 284.

<sup>(35)</sup> Virgolettato da Cass., sez. un., 10 aprile 1965, in *Libri* *Patto di non concorrenza*. Conforme a questa impostazione cfr. anche Cass. 17 novembre 1980 n. 6139, in *Libri* *Patto di non concorrenza*, secondo cui: « ravvisata la *ratio* dell'articolo 2125 c.c. nella tutela preferenziale della libertà professionale del lavoratore, e non in suo

patto stipulato dopo la cessazione del rapporto di lavoro è inapplicabile la norma generale e meno restrittiva posta dall'articolo 2596 c.c. ».

Tale orientamento giurisprudenziale peraltro è stato al centro di rilevanti critiche dottrinali, che ne hanno messo in dubbio la correttezza interpretativa <sup>(36)</sup>.

In particolare, secondo alcuni autori <sup>(37)</sup>, sul presupposto che l'articolo 2125 c.c. configurerebbe una norma indirizzata specificatamente a tutelare il lavoratore subordinato, in considerazione della sua connaturata posizione di svantaggio contrattuale ed economico rispetto alla controparte datoriale, i più rilevanti limiti previsti dal citato articolo 2125 c.c. sarebbero giustificati unicamente al fine di ripristinare la *par condicio* delle suddette posizioni contrattuali.

Quindi, una volta cessato il rapporto di lavoro subordinato verrebbe « a mancare lo stato di soggezione del lavoratore che giustifica

---

supposto stato di minorazione rispetto al datore di lavoro, ne segue che la detta tutela non può ritenersi inesistente per il solo fatto che il patto di non concorrenza, anziché con il contratto di lavoro sia stato stipulato dopo la cessazione del rapporto stesso, ma in connessione col regolamento dei reciproci interessi da esso derivanti. D'altra parte, l'irrelevanza del momento della stipulazione del patto di non concorrenza emerge, altresì, dalla considerazione che l'articolo 2125 c.c. non stabilisce per esso alcun limite temporale e prende in considerazione soltanto il momento dell'esecuzione, dato che la concorrenza durante lo svolgimento del rapporto di lavoro è già regolata dall'articolo 2105 c.c. ».

<sup>(36)</sup> Per una breve ricostruzione dei diversi orientamenti dottrinali cfr. in particolare R. BARCHI, *Il patto di non concorrenza gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in DPL, 2001, 899 ss.; O. BONARDI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, in C. CESTER (a cura di), *Commentario di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro subordinato costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 1998, 724 ss.; M. MARIANI, *Articolo 2125 c.c.*, in M. GRANDI, G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, sub art. 2125, Cedam, Padova, 1996, 409 ss.

<sup>(37)</sup> Cfr. in particolare F. GIAMMARIA, *Riflessioni in tema di patto di non concorrenza*, in GLav, 2000, n. 29, 30 ss.; F. ROTONDI, *Patto di non concorrenza: limiti e sanzioni*, in DPL, 1993, 1880 ss.; V. MELECA, *La fidelizzazione del lavoratore*, in DPL, 2002, 757 ss.; E. BRUNETTI, *Critica all'articolo 2125 c.c. in una sentenza della cassazione a sezioni unite*, in MGL, 1965, 62 ss.; B. MELCHIONNA, *Sul patto di concorrenza nel contratto di lavoro*, in D&L, 1966, 31 ss. Da evidenziare inoltre che prima del citato intervento della S.C. si erano già espressi in senso contrario all'applicabilità dell'articolo 2125 c.c. ai patti di non concorrenza stipulati dopo la cessazione del rapporto di lavoro: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1957, 48; L. DE LITALA, *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1956, 235; L. BARASSI, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, II, 322; M. CASANOVA, *Concorrenza*, in NDI, 1959, III, 1994; A. TORRENTE, *Commentario del Codice Civile*, Utet, Torino, 1962, libro V, tomo 1, 271 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 2002, 172.

l'intervento cautelativo del legislatore e pertanto al negozio *de quo* » si applicherebbe « la disciplina generale e meno limitativa dell'articolo 2596 c.c. che prescinde dal rapporto obbligatorio precorso tra i soggetti » <sup>(38)</sup>.

La stessa estensione della *ratio* dell'articolo 2125 c.c. ai soggetti non più vincolati da un rapporto gerarchico con la controparte contrattuale, sarebbe, sempre secondo gli stessi autori, una operazione ermeneutica priva di fondamento sul piano della lettera della norma. L'utilizzo del termine prestatore di lavoro sarebbe infatti logicamente e necessariamente correlato alla posizione di lavoratore subordinato, come del resto confermato dalla collocazione topografica della disposizione nella sezione (la III) che disciplina il rapporto di lavoro subordinato <sup>(39)</sup>. In definitiva l'opinione espressa dalla citata Corte di Cassazione si risolverebbe in « una pura e semplice critica » alla norma in questione; « critica la quale, ovviamente, potrebbe anche essere lecita in sede dottrinale e *de iure condendo*, ma non certo in sede giurisdizionale, dove le norme legislative si interpretano e si applicano strettamente e soltanto *iure condito* » <sup>(40)</sup>.

Va evidenziata, in senso contrario, la presenza di un consolidato orientamento dottrinale <sup>(41)</sup> che, sul presupposto della prevalenza del

<sup>(38)</sup> Virgolettati da B. MELCHIONNA, *Sul patto di non concorrenza ecc.*, cit., 37.

<sup>(39)</sup> Da sottolinearsi peraltro che il rilievo è preso in considerazione dalla citata giurisprudenza. Cfr. in particolare Cass. 11 novembre 1980 n. 6139, cit., secondo cui « l'espressione prestatore di lavoro usata dall'articolo 2125 c.c., non si riferisce necessariamente ad una qualificazione in atto, potendo, anche riguardare un soggetto che non è più tale o che dovrà esserlo, rispettivamente per essere cessato o per non essere ancora iniziato il rapporto di lavoro ».

<sup>(40)</sup> Virgolettati da E. BRUNETTI, *Critica all'articolo 2125 c.c. in una sentenza della cassazione a sezioni unite*, in MGL, 1965, 67.

<sup>(41)</sup> Cfr. in particolare C. PAGLIERO, *Il patto di non concorrenza*, in DPL, 1991, 2035 ss.; L. MONTUSCHI, *Patto di non concorrenza concluso dopo l'estinzione del rapporto di lavoro*, in RTDPC, 1965, 784, che sostiene una sorta di permanenza dello *status* di prestatore di lavoro anche dopo la cessazione del relativo rapporto; V. SGROI, *Patto di non concorrenza stipulato dopo la cessazione del rapporto di lavoro*, in GC, 1965, 1103 ss. Da evidenziare anche, prima dell'intervento della S.C., G. GUGLIEMMETTI, *Patto di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro*, in DE, 1959, 688, secondo il quale, se per un verso « venuto meno il rapporto di lavoro — sia esso a tempo determinato od indeterminato — e regolati i rispettivi rapporti economici, i due soggetti non potranno più qualificarsi come datore e prestatore di lavoro e cesserà inoltre quella situazione di timore reverenziale che quasi sempre sussiste in pendenza del medesimo rapporto ed alla quale, probabilmente, va ricollegata la necessità *ad substantiam* della stipulazione per iscritto (che non si ritrova in nessun'altra restrizione



momento finalistico della norma rispetto a quello letterale, aderisce nelle conclusioni alla menzionata opinione giurisprudenziale, negando la presenza di qualsiasi restrizione temporale con riferimento al momento della stipula del patto di non concorrenza. In questo senso, infatti, la *ratio* della norma, in quanto complessivamente identificata nella tutela del soggetto contrattualmente più debole, comprenderebbe la tutela del lavoratore anche per il tempo successivo alla fine del rapporto subordinato. Il pericolo connesso al timore riverenziale nei confronti del (ex) datore di lavoro, infatti, « lungi dall'essere per sempre scongiurato, incombe potenzialmente anche a contratto cessato, allorché non siano integralmente esauriti i rapporti che ne discendono, quando cioè la preesistenza di un rapporto di lavoro fra le parti non costituisce soltanto un lontano ed in sé incompiuto dato storico, ma rappresenta una premessa, valida nella sua attualità, dell'assetto contrattuale definitivo degli interessi delle parti, già vincolate dal rapporto stesso, ancora produttivo di residuali conseguenze giuridiche »<sup>(42)</sup>. Conseguenze tanto più evidenziabili se il lavoratore resta contrattualmente legato all'impresa, sia pure in termini di autonomia e non più di subordinazione. In tale ottica, dunque, la novazione del rapporto non sarebbe di per sé sufficiente a spostare la disciplina del patto di non concorrenza dall'articolo 2125 c.c. all'articolo 2096. c.c.

---

concorrenziale) richiesta dal legislatore », per l'altro verso, tuttavia, sottolinea la necessità che non soltanto sia cessata la prestazione di lavoro, ma anche che siano stati regolati i rapporti economici tra le parti.

<sup>(42)</sup> Virgolettato di V. SGROI, *op. cit.*, 1104.



## 10.

### ESTINZIONE DEL CONTRATTO A PROGETTO E PREAVVISO

SILVIA BRUZZONE

SOMMARIO: 1. Estinzione, recesso unilaterale e preavviso. — 2. Alcuni aspetti controversi. — 3. Le disposizioni nei primi contratti collettivi.


#### 1. Estinzione, recesso unilaterale e preavviso.

Ai sensi dell'articolo 67, decreto legislativo n. 276/2003, la risoluzione del contratto avviene al momento della « realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto » (comma 1). Inoltre, le parti possono recedere prima della scadenza del termine per giusta causa o secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale (comma 2) <sup>(1)</sup>.

L'articolo 67, comma 1, prevede l'estinzione del contratto in quanto la realizzazione del progetto priva il negozio della sua funzione essenziale, della ragione giustificativa dell'operazione economica voluta (e dedotta in contratto) dalle parti, indipendentemente dal raggiungimento del termine; mentre il secondo comma è dedicato al recesso <sup>(2)</sup>.

Le parti possono prevedere, oltre la giusta causa e le ipotesi sia di giustificato motivo soggettivo che oggettivo di recesso unilaterale,

---

<sup>(1)</sup> La circ. Min. lav. n. 1/2004, in  *Lavoro a progetto*, ha confermato il tenore letterale dell'articolo in oggetto.

V. V. D'ORONZO, *Primi chiarimenti ministeriali sulla disciplina del lavoro a progetto*, in *GLav*, 2004, n. 3, 10.

<sup>(2)</sup> Così U. GARGIULO, *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti*, in *Working Paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », Catania, 2004, n. 48, 9.

Più approfonditamente cfr. G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962.

anche clausole risolutive espresse <sup>(3)</sup>: ad esempio, la facoltà di recedere nell'ipotesi in cui il sopravvenuto mutamento delle condizioni di fatto importi il venire meno dell'interesse alla realizzazione del progetto <sup>(4)</sup>.

Dal testo dell'articolo 67, comma 2, in particolare, è ragionevole dedurre che, per le causali c.d. aggiuntive, il riferimento debba essere fatto ad eventi rispetto ai quali le parti siano nella possibilità di assumere decisioni consensuali prima del recesso (l'esempio più immediato è quello del collaboratore a cui sia stato offerto un altro contratto più vantaggioso) <sup>(5)</sup>.

Più discussa è la possibilità di concordare un regime di libera recredibilità acausale <sup>(6)</sup>.

Relativamente alla giusta causa gli interpreti sono divisi fra chi <sup>(7)</sup>

---

<sup>(3)</sup> Cfr. G. GRAMICCIA, *Prime osservazioni sul contratto di lavoro a progetto*, in *MGL*, 2004, n. 1-2, 26; R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro « a progetto »*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », Catania, 2003, n. 25, 18 ss.

<sup>(4)</sup> In tal senso M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », Catania, 2004, n. 27, 11. Gli Autori prevedono il recesso *ante tempus* anche nell'ipotesi in cui il sopravvenuto mutamento delle condizioni di fatto importi il venir meno dell'interesse alla realizzazione del progetto.

<sup>(5)</sup> Così G. LEONE, *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, in *RGL*, 2004, n. 1, 111: quanto al preavviso le parti possono prevedere anche l'eventuale indennità sostitutiva.

<sup>(6)</sup> Esclude il recesso *ad nutum*, così come il recesso per notevole inadempimento del collaboratore o per ragioni tecniche, organizzative o produttive, R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 19: « in senso positivo milita il rilievo letterale che la norma consente la pattuizione di ulteriori causali e di altre modalità; in senso negativo una tradizione sistematica che riferisce il recesso *ad nutum* ai soli contratti a tempo indeterminato, anche in omaggio alla storica avversione nei confronti della perpetuità dei vincoli giuridici ».

Cfr. A. BELLAVISTA, *Sub art. 67. Estinzione del contratto e preavviso*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, Padova, 2004, 777.

<sup>(7)</sup> V. L. CASTELVETRI, *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Giuffrè, Milano, 2004, 167: per l'Autore possono costituire « un ricco arsenale esemplificativo sia la giurisprudenza sulla giusta causa di recesso del contratto d'opera, sia l'omologa giurisprudenza relativa al lavoro dipendente, quanto meno con riguardo alle posizioni soggettive di diritto e di obbligo delle parti comuni o simili nelle diverse fattispecie ».

V. anche M. MAGNANI, S. SPATARO, *op. cit.*, 11, i quali ritengono possa valere la generale definizione di giusta causa come fatto sopravvenuto che, in relazione alla natura del rapporto, non ne consenta la prosecuzione neppure provvisoria.

confida sul futuro contributo della giurisprudenza; chi <sup>(8)</sup> considera già mutuabile la nozione prevista per il lavoro subordinato, aggiungendo che il collaboratore se si sente lesa dal comportamento del committente può chiedere, attraverso il ricorso giudiziale preceduto dal tentativo obbligatorio di conciliazione, la corresponsione di una indennità risarcitoria (qualora venga accertato un comportamento illegittimo del datore); chi <sup>(9)</sup> sostiene che il riferimento alla giusta causa si debba limitare ai soli inadempimenti contrattuali, poiché nel caso del lavoro a progetto non si è in presenza di contratti caratterizzati dal vincolo della subordinazione.

Immediata appare, invece, dalla lettura del testo normativo, la configurabilità di una giusta causa di recesso nella violazione del diritto di esclusiva (articolo 64, comma 1) e dell'obbligo di non concorrenza (articolo 64, comma 2) <sup>(10)</sup>.

Per la Confindustria <sup>(11)</sup> l'espressione « diverse causali o modalità » di risoluzione del rapporto rimessa dalla legge all'autonomia negoziale delle parti deve essere interpretata nel senso che il contratto potrà prevedere, al verificarsi di determinati eventi oggettivi, la cessazione dell'interesse delle parti alla prosecuzione del rapporto. La liberazione anticipata dalle obbligazioni contrattuali potrà, inoltre, essere collegata dal contratto ad un semplice onere di preavviso (o alla corresponsione di un'indennità sostitutiva), svincolato da qualsiasi motivazione, soggettiva od oggettiva, da parte del soggetto che recede. È ammessa la facoltà di recesso senza preavviso, anche in assenza di una giusta causa ma, in tal caso, si ritiene opportuno prevedere la corresponsione di una penale.

La ERVET s.p.a. (Emilia Romagna Valorizzazione Economica Territorio s.p.a.), in data 9 gennaio 2004, ha siglato con le rappresentanze sindacali un contratto-tipo per le collaborazioni a progetto <sup>(12)</sup>.


Relativamente alla possibilità di recesso anticipato tale contratto stabilisce che le parti potranno recedere anche prima della scadenza


---

<sup>(8)</sup> E. MASSI, *Contratti a progetto: chiarimenti ministeriali*, in *DPL*, 2004, 257.

<sup>(9)</sup> Così G. LEONE, *op. cit.*, 111.

<sup>(10)</sup> G. LEONE, *op. cit.* Sulla necessità di verificare se la violazione del divieto di diffondere notizie ed apprezzamenti circa i programmi o l'organizzazione del committente (indicato, fra gli obblighi accessori *ex art.* 64, d.lgs. n. 276/2003) configuri, *ex se*, una giusta causa, cfr. U. GARGIULO, *op. cit.*, 13.

<sup>(11)</sup> Circ. Confindustria n. 17796/2004, *Disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative nella modalità c.d. a progetto*, in  *Lavoro a progetto*.

<sup>(12)</sup> In  *Boll. Adapt*, 2004, n. 3.

per giusta causa o giustificato motivo, dando un preavviso di 30 giorni a mezzo raccomandata a.r.

Non solo. Il contratto potrà essere risolto anticipatamente anche ad iniziativa della parte adempiente in caso di inadempimento dell'altra parte ai sensi degli articoli 1453 e 1455 c.c., non dovendo riconoscere nessuna penalità o compenso accessorio a quanto concordato e stabilito.

In tali casi è prevista la liquidazione, in pro-rata, del compenso per la prestazione già fornita, considerando il risultato utile che ne è derivato per la società. Se il recesso è determinato dalla morte del collaboratore, i suoi aventi causa avranno titolo al corrispettivo maturato alla data del decesso ed al rimborso delle spese sostenute dal collaboratore fino alla suddetta data.

## 2. Alcuni aspetti controversi.

La lettura dell'articolo 67 pone alcune questioni di rilevanza pratica.

Nell'eventualità che il progetto o il programma venga realizzato prima della scadenza fissata nel contratto, la circolare ministeriale n. 1/2004 <sup>(13)</sup> indica la risoluzione, indipendentemente dal termine apposto; se è il progetto l'elemento caratterizzante della collaborazione, il corrispettivo determinato nel contratto sarà dovuto comunque per l'intero <sup>(14)</sup>.

Sulla liceità della stipulazione di un nuovo contratto alla scadenza del termine apposto al contratto originario, la dottrina prevalente <sup>(15)</sup> ha espresso un giudizio positivo, sebbene per taluni Autori l'ammis-

---

<sup>(13)</sup> In  *Lavoro a progetto*.

<sup>(14)</sup> Condivide l'interpretazione formulata dalla circolare ministeriale G. GRAMICIA, *op. cit.*, 26, il quale suggerisce, nel caso in cui il progetto sia ultimato prima della scadenza, la necessità di una valutazione positiva da parte del committente.

<sup>(15)</sup> Così A. BELLAVISTA, *op. cit.*, 778. Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 18; A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *ILLeJ*, *www.dirittodellavoro.it*, febbraio 2004, n. 1, 10.

V. anche M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-risostituti*, in *GLav*, 2004, n. 4, suppl., 23: « la durata del progetto, programma di lavoro o fase di esso è indubbiamente a termine, ma questo solo nel senso che il tempo necessario per la realizzazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso, deve essere determinato o anche solo determinabile *ex ante* come parte integrante del programma negoziale in cui si esplicitano le modalità di esecuzione dell'attività lavorativa. La determinabilità del termine, funzionale a un avvenimento futuro certo nell'*an* ma non nel *quando*, consente pertanto anche prestazioni a progetto denotate *ex art.* 409, n. 3, c.p.c., da una

sione del rinnovo — e quindi la reiterazione di contratti a progetto per la stessa attività — possa facilitare l'aggiramento della disposizione che impone la durata determinata o determinabile della prestazione di lavoro nonché della stessa disciplina limitativa del recesso <sup>(16)</sup>.

La circolare ministeriale specifica che un analogo progetto o programma di lavoro può essere oggetto di successivi contratti di lavoro con lo stesso collaboratore. Quest'ultimo può essere impiegato successivamente anche per diversi progetti o programmi aventi contenuto del tutto diverso. Tuttavia i rinnovi, così come i nuovi progetti in cui sia impiegato lo stesso collaboratore, non devono costituire strumenti elusivi dell'attuale disciplina. Ciascun contratto di lavoro a progetto deve pertanto presentare, autonomamente considerato, i requisiti di legge.

È prorogabile il termine inizialmente fissato nella misura in cui per realizzare il progetto sia necessaria una continuazione dello svolgimento della prestazione del collaboratore oltre il termine previsto o prevedibile *ab origine* <sup>(17)</sup>. Ciò implica una valutazione oggettiva e certa del progetto o del programma <sup>(18)</sup>.

### 3. Le disposizioni nei primi contratti collettivi.

Il primo Accordo economico-normativo che ha disciplinato la

---

consistente continuità nel tempo in funzione del risultato — finale o parziale — dedotto in contratto ».

Non si pone alcun dubbio circa la possibilità di rinnovo. E. VITIELLO, *I nuovi rapporti di lavoro. Secondo la « Riforma Biagi »*, Cedam, Padova, 2004, 225.

<sup>(16)</sup> Per A. BELLAVISTA, *op. cit.*, 778, ogni rinnovo andrebbe valutato con particolare severità, in quanto le collaborazioni reiterate, e di fatto senza limiti di durata, fanno sorgere il forte sospetto che nascondano rapporti di lavoro subordinato. In assenza di una presa di posizione del legislatore, ritengono ipotizzabile che, qualora si provi l'illiceità del rinnovo, il collaboratore possa aspirare alla sola tutela risarcitoria con quantificazioni discrezionali.

L'Autore, per il caso di stipula di un nuovo contratto a progetto con lo stesso collaboratore (avente per oggetto una prestazione diversa da quella originale) invoca la generale regola antifraudolenta di cui all'art. 1344 c.c., sul contratto in frode alla legge.

V. anche V. PINTO, *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 345, secondo il quale il rinnovo del contratto ha sempre di per sé una causa illecita.

<sup>(17)</sup> Cfr. A. BELLAVISTA, *op. cit.*, 778; V. PINTO, *op. cit.*, 345.

<sup>(18)</sup> M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *LG*, 2003, n. 9, 820 ss.

« tipologia del lavoro a programma, fasi dello stesso e/o progetto, di cui al Titolo VI — capo I, artt. 61-69 del d.lgs. 276/2003 » riguarda le Società di corse dei cavalli e gli addetti al totalizzatore, ingressi e servizi vari <sup>(19)</sup>.

Fra i casi di sospensione del rapporto di lavoro (articolo 14) è prevista l'impossibilità sopravvenuta per il collaboratore di eseguire l'incarico: esclusi i casi espressamente indicati (nel comma 2 dello stesso articolo 14), il rapporto può essere risolto, ad iniziativa della Società, senza necessità di alcun preavviso né indennizzo.

Il collaboratore ha diritto, a richiesta, alla sospensione del rapporto, senza percepire il compenso (entro il periodo massimo scadente con il termine contrattualmente previsto): per contrarre matrimonio, per un periodo massimo di 15 giorni di calendario (consecutivi); per malattia, per un periodo di durata massima pari ad 1/4 della durata stabilita nel contratto individuale; per infortunio professionale, per un periodo coincidente con quello di inabilità temporanea assoluta; per gravi, comprovati e giustificati motivi, anche di forza maggiore, per un massimo di 5 giornate di lavoro. Rientra in tale previsione anche il permesso necessario per sostenere gli esami universitari.

Data la natura di contratto a tempo determinato, il rapporto si risolve (*ex* articolo 15) automaticamente alla scadenza inizialmente prevista, o successivamente di comune accordo prorogata.

Il rapporto può essere risolto da entrambe le parti prima del termine, per giusta causa, ivi compresa la sopravvenuta impossibilità, derivante da volontà o agenti esterni alle parti, di offrire e/o eseguire la prestazione oggetto dell'incarico, qualora non sia possibile attuare una sospensione. Rientra nella fattispecie precedente anche il termine della gestione, da parte della Società committente, delle attività oggetto del contratto di collaborazione.

Fra le altre disposizioni dell'articolo 15, è previsto che il rapporto può essere risolto dal collaboratore prima del termine, al di fuori delle fattispecie di giusta causa, con preavviso minimo di un mese (comma 3); senza il rispetto di tale termine, il collaboratore sarà tenuto a risarcire il committente con un importo pari alla media dei compensi dovuti per l'intero rapporto già effettuato, rapportata al periodo mancante fino al termine del preavviso che sarebbe stato dovuto; il com-

---

<sup>(19)</sup> Il testo dell'Accordo economico-normativo collettivo stipulato il 15 luglio 2004 tra la Federippodromi e la Slc-Cgil, Fisascat-Cisl e Uilcom-Uil, è consultabile in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 30.

mittente avrà diritto di rivalersi per tale risarcimento su tutte le competenze finali dovute al collaboratore.


L'accordo prevede, infine, un premio di fine mandato (articolo 16, comma 1): « in coincidenza con la cessazione del rapporto, e comunque entro 30 giorni da tale evento, sarà corrisposto dal committente al collaboratore un Premio di fine mandato in misura pari al 3% dei compensi maturati e corrisposti nel corso del rapporto di collaborazione appena terminato, e comunque per la parte riferita al periodo successivo alla data di stipula del presente Accordo ».

Nell'ipotesi di Accordo-Quadro per la regolamentazione delle collaborazioni a progetto elaborata da Assirm, Nidil-Cgil, Alai-Cisl, Cpo-Uil<sup>(20)</sup> è prevista la risoluzione di diritto dell'incarico (*ex* articolo 1456 c.c.) nel caso di violazione delle clausole di cui all'articolo 5 che richiedono: il coordinamento del collaboratore con il committente; la rimodulazione della disponibilità inizialmente decisa; il rispetto della riservatezza e del segreto a proposito di fatti, informazioni, notizie o altro di cui si avrà comunicazione o si prenderà conoscenza nello svolgimento dell'incarico; il divieto di svolgere attività che possano creare danno all'immagine e pregiudizio del committente.

Quanto alla risoluzione del contratto individuale da parte del committente fra i casi elencati (articolo 16) vi è la scadenza del termine concordato; la fine anticipata dell'oggetto della prestazione per motivi non derivanti da volontà del committente; per giusta causa, se si verificano gravi inadempimenti contrattuali; il danneggiamento o il furto di beni; la sospensione ingiustificata della prestazione per un periodo superiore a 8 giorni; se non si osservano gli obblighi e i divieti indicati nello stesso Accordo-Quadro.

Fermo il diritto a ricevere il compenso per l'attività resa, il collaboratore deve ricevere — tramite raccomandata a.r. — la comunica-

---

<sup>(20)</sup> Il testo dell'ipotesi di Accordo-Quadro per la regolamentazione delle collaborazioni a progetto tra Assirm, Nidil-Cgil, Alai-Cisl, Cpo-Uil, del 29 settembre 2004, è consultabile in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 36. Pressoché contestuale è l'accordo quadro per la regolamentazione dei rapporti di collaborazione a progetto siglato il 20 ottobre 2004, tra l'associazione delle Ong italiane (Aoi) e Alai-Cisl, Cpo-Uil e Nidil-Cgil (in *Boll. Adapt*, 2004, 39). Esso riguarda i lavoratori del terzo settore impegnati in progetti di cooperazione internazionale, per lo sviluppo e l'aiuto umanitario. Più recentemente è stato firmato l'accordo tra Legacoop, Confcooperative, Agci, Alai-Cisl, Cpo-Uil, Nidil-Cgil per i lavoratori a progetto impiegati nei servizi sociali gestiti dalle tre organizzazioni cooperativistiche (il testo dell'accordo firmato il 9 febbraio 2005 è consultabile in *Boll. Adapt*, 2005, n. 5).

zione motivata della causa di risoluzione e può richiedere la convocazione della commissione bilaterale *ad hoc* (di cui all'articolo 18).

Il collaboratore può rescindere il contratto per giusta causa se si verificano dei ritardi nella corresponsione del compenso o se vi è l'inosservanza delle norme contrattuali da parte del committente. Anche in tal caso è fatto salvo il diritto al pagamento dei compensi maturati fino all'interruzione, oltre al mancato guadagno fino al termine di scadenza contrattuale, mentre ha l'obbligo di inviare al committente — tramite raccomandata a.r. — la comunicazione motivata della causa di risoluzione.

Richiedendo tale comunicazione, la contrattazione collettiva in esame, inserisce un elemento di certezza per entrambe le parti.

Alla cessazione anticipata del rapporto ad opera del committente per ragioni diverse da quelle sopra indicate (di cui all'articolo 16), il prestatore di lavoro deve essere tenuto indenne delle spese, del lavoro eseguito e del mancato guadagno (*ex* articolo 2227 c.c.).

La stessa dottrina <sup>(21)</sup> ha ben evidenziato come mentre per il recesso del prestatore, in assenza di previsioni normative e con il limite della buona fede (*ex* articolo 1375 c.c.), le parti possono intervenire discrezionalmente per prevedere causali e modalità di esercizio del recesso, nell'ipotesi di recesso del committente la libertà regolativa dei contraenti incontra i limiti, non disponibili, dell'articolo 2227 c.c.

---

(21) U. GARGIULO, *op. cit.*, 20.



## 11.

### IL REGIME SANZIONATORIO

SILVIA BRUZZONE

SOMMARIO: 1. Le conseguenze della « non individuazione » di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso. — 2. Il secondo e terzo comma dell'articolo 69.

#### 1. Le conseguenze della « non individuazione » di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso.

Nell'ambito dell'ampio dibattito sulla rimodulazione delle garanzie giuslavoristiche <sup>(1)</sup>, la determinazione dell'apparato sanzionatorio per i rapporti c.d. parasubordinati rappresenta un problema delicato, affrontato anche dal disegno di legge Smuraglia <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Senza alcuna pretesa di completezza, v. M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefnizione dei rapporti di lavoro*, in *QDLRI*, 1988, n. 21, 13 ss.; P. ALLEVA, *Ridefnizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro, proposta per un testo unico*, Ediesse, Roma, 1996, 195 ss.; M. D'ANTONA, *Ridefnizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in G. GHEZZI (a cura di), *op. cit.*, 95 ss.; R. FLAMMIA, *Un nuovo tipo di lavoro: il lavoro coordinato*, in *MGL*, 1997, 161 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *ADL*, 1997, 41; R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *QDLRI*, 1998, n. 21, 331 ss.; G. FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *DLRI*, 1998, 429 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *DLRI*, 1998, 509 ss.; M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno statuto dei lavori*, in *LD*, 1999, 571 ss.

<sup>(2)</sup> Sul d.d.l. n. 5651/1999 (firmato dai Senatori Smuraglia, De Luca ed altri), recante il titolo *Norme di tutela dei lavori « atipici »*: AA.VV., *Quale disciplina per i lavori atipici?*, in *DL*, 2000, 13 ss.; F. LISO, *Note a proposito dell'iniziativa legislativa in materia di lavori atipici*, in A. ACCORNERO, F. LISO, A. MARESCA (a cura di), *I cosiddetti « lavori*

Nel *Libro Bianco* dell'ottobre 2001 <sup>(3)</sup> era già espresso l'intento di restringere il campo di applicazione delle co.co.co., mediante l'impiego del lavoro a progetto, in modo da limitarle alle sole forme di lavoro autonomo genuine.


Fra le varie tipologie contrattuali disciplinate nel decreto legislativo n. 276/2003, la collaborazione coordinata e continuativa nella modalità a progetto ha « sollecitato le maggiori inquietudini », con commenti « quasi sempre allarmistici » <sup>(4)</sup> che — in molti casi — non hanno tenuto in considerazione il carattere sperimentale della riforma (*ex* articolo 86, comma 12).

L'articolo 69, in particolare, concernente il « Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto », è stato oggetto di ampie osservazioni e di taluni dubbi interpretativi <sup>(5)</sup>.

Il comma 1 dispone che: « I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto » <sup>(6)</sup>.

---

*atipici* ». *Aspetti sociologici, giuridici ed esigenze dell'impresa*, Ecol, Agenzia per la promozione di studi di economia e lavoro, Roma, 2000, 44; R. DE LUCA TAMAJO, *L'ipotesi di un « tertium genus » e il disegno di legge n. 5651 sui c.d. « lavori atipici »*, in *DL*, 2000, 4, 263; C. SMURAGLIA, *Lavoro e lavori: subordinazione, collaborazioni non occasionali, lavoro in cooperativa*, in *LG*, 2001, 11.

<sup>(3)</sup> In  *Riforma Biagi*. Si veda il paragrafo II. 3.6 del *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*. Ottobre 2001.

<sup>(4)</sup> Così C. M. DALMASSO, *Il contratto di lavoro a progetto*, in *LPO*, 2003, n. 8/9, 1329.

<sup>(5)</sup> Cfr., fra le numerose opere, P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, I, 915; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in M. TIRABOSCHI (A CURA DI), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *GLav*, 2003, n. 4, suppl., 107; G. PROIA, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *ADL*, 2003, 671; M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », Catania, 2004, n. 27, 6 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al Titolo VII del D. Lgs. 276/03*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », Catania, 2004, n. 29, 64; A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *ILLeJ*, *www.dirittodellavoro.it*, febbraio 2004, n. 1.

<sup>(6)</sup> Sul comma in oggetto si veda la sentenza del tribunale di Torino, sez. lav., del 15 marzo 2005, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 20.

Si stabilisce, in tal modo, che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c., saranno considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto, là dove manchi uno specifico progetto ovvero non sia stato identificato o, comunque, non sia possibile identificare un programma di lavoro o fase di esso (7).

La riqualificazione *ex ante* in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato comporta, come conseguenza, l'applicazione dei trattamenti economici e normativi legali e collettivi efficaci in forza dell'iscrizione del datore di lavoro all'organizzazione sindacale stipulante o della sua adesione alla suddetta contrattazione collettiva, nonché l'obbligo di pagare la contribuzione previdenziale e assistenziale nella misura prevista per la tipologia del rapporto di lavoro subordinato individuata (8).

Non sono tuttavia mancati Autori (9) che hanno giudicato questo comma 1 particolarmente rigido, allorché il rapporto instaurato, pur privo del requisito tipizzante del progetto o programma di lavoro, presenti tutti i caratteri della collaborazione autonoma o parasubordinata, o sia — sin dall'origine — assistito dall'apposizione di un termine. In questi casi la conversione produrrebbe un eccessivo sacrificio della volontà dei contraenti, obbligati ad accettare una tipologia di contratto non solo non voluta, inizialmente, ma che nemmeno trova conferma nelle concrete modalità di svolgimento del rapporto, determinando in tal modo un effetto punitivo per il committente (10).

La circolare del Ministro del lavoro n. 1/2004 (11) ha interpretato la disposizione del comma 1 come una presunzione superabile qualora

---

(7) Così M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, cit., 107.

(8) Si veda G. GRAMICCIA, *Prime osservazioni sul contratto di lavoro a progetto*, in *MGL*, 2004, n. 1/2, 27. Per l'Autore l'art. 69, comma 1, è una norma sanzionatoria ad efficacia retroattiva: pertanto i trattamenti e la contribuzione assicurativa sono dovuti sin dalla costituzione del rapporto senza il limite della prescrizione estintiva.

(9) R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro « a progetto »*, *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », Catania, 2003, n. 25, 19 ss.

(10) Cfr. L. TARTAGLIONE, *Il contratto a progetto nella riforma Biagi*, in *GLav*, 2003, n. 42, spec., II, per l'Autore il comma 1 dell'art. 69 presuppone che una collaborazione coordinata e continuativa senza un progetto sia sempre simulata per nascondere un rapporto di lavoro subordinato.

(11) Circ. Min. lav. n. 1/2004, in  *Lavoro a progetto*.

Cfr. V. D'ORONZO, *Primi chiarimenti ministeriali sulla disciplina del lavoro a progetto*, in *GLav*, 2004, n. 3, 10.


il committente fornisca in giudizio la prova dell'esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo <sup>(12)</sup>.


Per una parte degli interpreti l'articolo 69, comma 1, non assume il rilievo di una presunzione *iuris et de iure* proprio perché il progetto non è elemento costitutivo di alcuna fattispecie negoziale, ma mera modalità di esecuzione del lavoro da cui si presume l'autonomia della prestazione dedotta in contratto; ipotizzare per contro una presunzione assoluta significherebbe congegnare non solo un apparato sanzionatorio inadeguato, al punto di poter qualificare come subordinata una prestazione di lavoro genuinamente autonoma, ma anche a rischio di incostituzionalità rispetto agli articoli 3, 41, 101 e 104 Cost. e alla congruenza della misura rispetto alla delega legislativa <sup>(13)</sup>.

Il fatto che nella circolare ministeriale si sia « optato » per una presunzione relativa determina, per altri <sup>(14)</sup>, la conseguenza positiva che non potranno essere convertiti rapporti di lavoro sprovvisti del requisito formale, se sia stata accertata in giudizio la loro natura autonoma; una diversa interpretazione, che porti a configurare, solo per la mancanza del requisito formale, come subordinati rapporti di lavoro genuinamente autonomi sarebbe improponibile poiché farebbe venir meno la necessaria corrispondenza fra fattispecie ed effetti.

Secondo altra dottrina, invece, l'articolo 69, comma 1, non può e non deve intendersi alla stregua di una previsione di conversione *ex lege* del contratto di collaborazione in un contratto di lavoro subordi-

---

<sup>(12)</sup> Testo analogo è previsto nella circ. Confindustria n. 17796/2004, *Disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative nella modalità c.d. a progetto*, in  *Lavoro a progetto*.

Nella circ. Inps. n. 9/2004, in  *Lavoro a progetto*, l'Inps indica la presunzione *iuris tantum* e fa salva la facoltà del committente di dimostrare, con inversione dell'onere della prova, che si tratti di rapporto di diversa natura. Viene specificato, inoltre, come « qualora in sede giudiziaria venga accertato che un rapporto, ancorché instaurato nel rispetto formale delle condizioni previste dall'articolo 61, venga a configurarsi quale rapporto di lavoro subordinato, lo stesso si trasforma nella tipologia contrattuale di fatto realizzatasi tra le parti ».

<sup>(13)</sup> In tal senso si è espresso M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *GLav*, 2004, n. 4, suppl., 26; Id., *Legge Biagi a tempo di primato*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 ottobre 2003, 2; Id., *Gli effetti del riordino. Con più certezze un taglio agli abusi. Le disposizioni sanzionano solo l'utilizzo fraudolento di questa forma di impiego*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 gennaio 2004.


Cfr. M. MAGNANI, S. SPATARO, *op. cit.*, 7 ss.


<sup>(14)</sup> Così V. D'ORONZO, *Durata del contratto a progetto legata alla prestazione resa*, in *GN*, 18 febbraio 2004.

nato *tout court*, che porrebbe rilevanti dubbi in ordine alla legittimità, finanche costituzionale con riferimento agli articoli 3, 41, 101 e 104 Cost., ed alla razionalità di una tale previsione legislativa, considerato che gli articoli 2222 c.c. e ss. tutt'oggi prevedono e legittimano nell'ambito del nostro ordinamento il lavoro autonomo <sup>(15)</sup>.

Per alcuni Autori <sup>(16)</sup> il comma 1 dell'articolo in esame può provocare conseguenze gravemente incostituzionali in quanto, nella sua formulazione, impedirebbe ogni forma di lavoro autonomo parasubor-

---

<sup>(15)</sup> Cfr. L. TARTAGLIONE, *op. cit.*, IX. Secondo l'Autore la giurisprudenza costituzionale (con le sentenze n. 121/1993 e n. 115/1994, in  *Lavoro subordinato*) avrebbe correttamente evidenziato, da tempo, che al legislatore è interdetto il potere di qualificare in astratto un rapporto di lavoro quale autonomo o subordinato, negando così al giudice il potere di interpretare autonomamente i fatti rilevanti per determinare la sua esatta e concreta qualificazione giuridica, dovendosi, bensì, procedere a tal fine ad una apposita ed accurata indagine caso per caso in sede giudiziale, sulla scorta dei criteri di distinzione tra autonomia e subordinazione individuati dalla giurisprudenza e imposti dall'art. 104 Cost. (...) « Il termine 'considerati' deve — viene aggiunto — intendersi alla stregua di una mera presunzione legale ai sensi dell'articolo 2727 c.c., secondo la quale il contratto di collaborazione privo di un collegamento effettivo con uno specifico progetto o programma di lavoro o fasi di esso si presume essere in realtà un contratto di lavoro subordinato, salva comunque l'eventuale possibile prova contraria da offrirsi in particolare da parte del preteso datore di lavoro. Si avrebbe perciò un'inversione dell'onere della prova sulla natura del rapporto di lavoro, che graverebbe a tal punto non su chi pretende la natura subordinata del rapporto stesso, che si gioverebbe della presunzione legale ai sensi dell'articolo 2728, comma 1, c.c., ma su chi oppone la sua natura autonoma. Laddove, pertanto fosse accertato in sede giudiziale che il rapporto sia da considerarsi oggettivamente un rapporto di lavoro autonomo, il fatto che esso sia stato erroneamente denominato come un contratto coordinato e continuativo, seppure a tempo indeterminato ovvero senza alcun reale collegamento ad uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso, non potrà avere alcun rilievo contrario. Semmai, esso potrà e dovrà in tal caso considerarsi un mero e del tutto legittimo rapporto di lavoro autonomo *ex art. 2222 e ss. c.c.* e non un tipico rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, *cd. a progetto*, al quale dunque le norme proprie di tale ultimo contratto semplicemente non si applicheranno ».

<sup>(16)</sup> A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 22 ss. Cfr. anche E. MASSI, *Contratti a progetto: chiarimenti ministeriali*, in *DPL*, 2004, 258, per il quale la presunzione assoluta sarebbe « avvalorata dal tenore letterale della disposizione che tenderebbe a rendere pienamente operativa la tutela del prestatore, sulla base di un'automaticità che prescinderebbe da qualunque accertamento e che troverebbe anche conforto in precedenti pronunce della C. Cost. (C. Cost. 29 marzo 1993 n. 121; C. Cost. 31 marzo 1994 n. 115, entrambe in  *Lavoro subordinato*) laddove si è sostenuto che il Legislatore nell'effettuare le qualificazioni giuridiche dei rapporti trova il solo limite delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi ».

dinato diversa dal lavoro a progetto, equiparandola, con effetto legale sostitutivo, al lavoro subordinato a tempo indeterminato: non solo, nel ridurre a rapporti di lavoro subordinato anche rapporti di lavoro autonomo continuativo e coordinato veri, seppur non legati ad un progetto, si configurerebbe la violazione degli articoli 3, 4, 35 e 41 Cost., poiché non consente di lavorare a tempo indeterminato a soggetti che intendono conservare la propria libertà personale e professionale proprio evitando i rigidi vincoli di obbedienza, di orario e di luogo tipici della subordinazione e correlativamente non consente alle imprese e alle altre organizzazioni di avvalersi di tali lavoratori.

Sempre in relazione all'articolo 69, comma 1, rilevano le conseguenze della mancata determinazione della durata del rapporto. Taluni<sup>(17)</sup> sono partiti dalla considerazione che l'indicazione della durata serve a stabilire che si tratta di una prestazione protratta nel tempo, continuativa, ma determinata o determinabile, per scongiurare il rischio che dietro a vincoli contrattuali potenzialmente perpetui o indeterminati si annidino ipotesi di fraudolenta fuga dal lavoro subordinato; da ciò deriva che un'eventuale omissione del termine di durata comporta o la nullità del contratto per carenza di un elemento essenziale o la conversione dello stesso in lavoro subordinato, applicandosi in via analogica la sanzione di cui all'articolo 69, comma 1, relativa alla carenza del progetto<sup>(18)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> In tal senso si è espresso A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, 10. L'Autore aggiunge che se la prestazione deve essere giudicata secondo criteri qualitativi del risultato effettivamente prodotto e non secondo un metro quantitativo di erogazione per unità temporali, ciò nondimeno, proprio per evitare abusi, il legislatore ritiene che debba essere stabilito un termine massimo, oltrepassato il quale, in assenza di contraria volontà delle parti, il rapporto si scioglie per il venire meno del reciproco interesse alla continuazione. In tal caso sarà dovuto al prestatore il rimborso delle spese sostenute ed il compenso per l'attività utilmente svolta, mentre sarà dovuto l'intero compenso solo se dimostrerà di non aver portato a compimento l'opera per causa imputabile al creditore. E, pertanto, indifferente se il progetto venga « chiuso » in un arco temporale maggiore o minore purché comunque sia stato definito un limite massimo e lo stesso venga rispettato nell'esecuzione della prestazione.

<sup>(18)</sup> M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *LG*, 2003, n. 9, 821: « La mancanza della durata vuol dire mancanza di un vero progetto o programma, con applicazione della drastica sanzione, prevista per quest'ultimo caso, della conversione fin dall'inizio in lavoro subordinato. In altre parole, se davvero il progetto o programma c'è (o ci sono), allora la durata non dovrebbe mancare, e viceversa se manca la durata dovrebbe mancare anche il progetto o programma. Si va però solo per l'impervia via della deduzione logica, che potrebbe essere non tanto logica, perché al contrario,

Si concorda con chi <sup>(19)</sup> ritiene che la mancanza della durata non sia un indizio che depona automaticamente a favore dell'autonomia, e che il vero problema per il datore di lavoro sia la « sostanziale correlazione al progetto specifico, al programma di lavoro o alla sua fase ».

Nel caso si presenti la trasformazione del rapporto di lavoro in una serie continua di pretesi progetti, formalmente a termine, ma in realtà senza alcuna soluzione di continuità, appare ragionevole l'applicazione dell'articolo 69, comma 1, per penalizzare i casi fraudolenti che dissimulano un rapporto di lavoro subordinato sotto le spoglie formali di una collaborazione continuativa e coordinata atipica e/o innominata ovvero solo formalmente a progetto <sup>(20)</sup>.

Appare lecita, invece, la possibilità di modificare il contenuto della prestazione del collaboratore — nell'ambito del progetto o del programma o della fase di lavoro inizialmente determinato dal committente — purché vi sia l'accordo tra le parti <sup>(21)</sup>.

Secondo taluni Autori <sup>(22)</sup> la collaborazione priva del progetto determina una mera inversione dell'onere probatorio che può essere soddisfatto dal committente con la dimostrazione dell'assoggettamento del collaboratore alle modalità di coordinamento indicate nel contratto, articolo 62, lettera *d*): ciò consente di ipotizzare che la collaborazione coordinata e continuativa ben può nascere e svolgersi anche senza progetto, con l'effetto, in tal senso, di spostare sul committente l'onere di provare, a fronte di un'eventuale contestazione, l'insussistenza della

---

potrebbe anche esserci un progetto o programma serio, ma senza che sia determinabile una durata ».

<sup>(19)</sup> L. CASTELVETRI, *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Collana Adapt - Fondazione "Marco Biagi", n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 157 ss.

<sup>(20)</sup> L. CASTELVETRI, *op. cit.*, 169.

<sup>(21)</sup> A. MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in *GLav*, 2004, n. 4, suppl., 10.

<sup>(22)</sup> A. MARESCA, *op. cit.*, 11 ss. Secondo l'Autore attesa l'irrelevanza del progetto ai fini della qualificazione della natura del contratto, non può risultare dirimente l'esistenza anche effettiva del progetto per affermare la natura coordinata di una collaborazione, escludendo, in radice, la possibilità di verificare in sede giudiziaria l'assoggettamento del prestatore ai poteri tipici del datore di lavoro subordinato. Non c'è, infatti, alcuna incompatibilità tra progetto e subordinazione, con la conseguenza che quest'ultima dovrà essere accertata dal giudice in relazione agli elementi di prova adottati dal collaboratore che intende far discendere da tale accertamento un proprio diritto.



subordinazione presunta: « in sostanza si delinea un'alternativa alla collaborazione a progetto: la collaborazione senza progetto, ma con presunzione, in caso di controversia, della natura subordinata del rapporto ».

## 2. Il secondo e terzo comma dell'articolo 69.

L'articolo 69 specifica, nel comma 2, che « qualora venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato ai sensi dell'articolo 61 sia venuto a configurare un rapporto di lavoro subordinato, esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti ».

La circolare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 1/2004 precisa che qualora invece, in corso di rapporto, venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato sia venuto a configurare un contratto di lavoro subordinato per difetto del requisito dell'autonomia, esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti. Il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento all'accertamento della esistenza del progetto, programma di lavoro o fase di esso e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano al committente. Detto controllo, inoltre, concerne in entrambi i casi l'esistenza nei fatti di un progetto e non la sua mera deduzione nel contratto. La mancata deduzione del progetto nel contratto, infatti, preclude solo la possibilità di dimostrarne l'esistenza e la consistenza con prova testimoniale.

Il comma 2 dell'articolo 69, a giudizio della Confindustria <sup>(23)</sup>, comporta la possibilità che il giudice emetta una sentenza in cui dichiara costituito non un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, bensì, ad esempio, un rapporto a tempo parziale e/o a tempo determinato <sup>(24)</sup>.

Anche in dottrina <sup>(25)</sup> è stata evidenziata l'importanza di rispettare l'autonomia contrattuale delle parti, in quanto se il contratto di lavoro

---

<sup>(23)</sup> Circ. Confindustria n. 17796/2004, cit.

<sup>(24)</sup> Richiama il rapporto di lavoro a tempo determinato e quello a tempo parziale anche L. TARTAGLIONE, *op. cit.*, VIII.

<sup>(25)</sup> Così R. De LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro « a progetto »*, cit., 20.



a progetto sottende un tipico rapporto di subordinazione, l'emersione di quest'ultimo avviene sulla scorta della tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti, restando così salvaguardati l'eventuale termine di riduzione di orario o altri profili caratterizzanti un eventuale rapporto di lavoro atipico.

Ammessa la conversione con un contratto di lavoro a termine e non necessariamente a tempo indeterminato, altri Autori <sup>(26)</sup> richiamano l'articolo 80, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, per determinare da quando debba operare la suddetta conversione: l'accertamento giurisdizionale della difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato ha effetto a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità stessa con configurabilità sia di una conversione *ab origine* che dell'individuazione di un momento successivo.

L'articolo 69 si conclude specificando che, ai fini del giudizio del comma 2, il controllo giudiziale è limitato « esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza del progetto, programma di lavoro o fase di esso e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano al committente » (comma 3).

Tale norma è stata giudicata <sup>(27)</sup> come un omaggio all'articolo 41, comma 1, Cost. Il divieto si presta a due interpretazioni, entrambe giudicate plausibili: esso può essere, infatti, inteso sia con riferimento alla determinazione del programma, del progetto o della fase del lavoro, cioè alla scelta organizzativa effettuata dal committente, sia con riferimento all'opzione del lavoro a progetto piuttosto che a un rapporto di lavoro subordinato. « La riconducibilità al programma, al progetto o alla fase del lavoro opera dunque in modo differente: se essa manca al momento della costituzione del rapporto opera la conversione prevista dall'articolo 69, comma 1; se invece essa è presente, ma l'attività prestata dal collaboratore non rispetta il collegamento funzionale con il programma, il progetto o la fase del lavoro opera la trasformazione di cui al comma 2. Resta invece incerta l'individuazione del rimedio esperibile nel caso in cui, pur essendoci il suddetto collegamento funzionale sia nella fase genetica sia in quella dell'esecu-

---

<sup>(26)</sup> G. LEONE, *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, in RGL, 2004, n. 1, 112.

<sup>(27)</sup> G. LEONE, *op. cit.*, 112 ss.

zione del rapporto di lavoro a progetto, quest'ultimo non presenti le caratteristiche della continuità, del coordinamento e della prevalente personalità e mostri, al contrario, gli indici dai quali dedurre la sussistenza della subordinazione: nel silenzio del legislatore, potrebbe essere tuttora valido il percorso fin qui seguito dalla giurisprudenza per l'emersione della fattispecie negoziale simulata ».

Dalla lettura del comma 3 emerge chiaramente che al giudice è sottratto il sindacato circa la ragionevolezza del progetto, che coinvolge le scelte tecniche, organizzative e produttive che lo hanno ispirato <sup>(28)</sup>.

Ciò significa che non ci si può spingere « a valutare l'opportunità della scelta del committente/datore di lavoro di organizzare l'impresa attraverso collaboratori autonomi o lavoratori subordinati ». Si potrà però « ricercare l'effettiva volontà delle parti riguardo all'assetto di interessi dedotto in contratto, mettendo a confronto dichiarazioni e comportamenti stipulativi, comportamenti precedenti e successivi ad essi e, eventualmente, quelli tenuti in fase di certificazione, con le concrete modalità di svolgimento del rapporto » <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Così A. PERULLI, Sub *art. 61. Definizione e campo di applicazione*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 716 ss.

Anche riguardo a quest'ultimo comma non sono mancati alcuni dubbi interpretativi. Secondo R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro « a progetto »*, cit., 15 ss.: « si potrebbe essere indotti a ritenere che la norma postuli una verifica solo formale dell'esistenza del progetto e precluda una considerazione delle caratteristiche sostanziali ovvero della ricorrenza in concreto di un piano imprenditoriale definibile come 'progetto' restando le parti (e in particolare il committente) arbitre in via esclusiva della presenza o meno del requisito selettivo previsto dall'art. 61 »; « viceversa più coerente allo spirito e alla lettera della previsione sostenere che, mentre sono insindacabili le ragioni per cui il committente ha inteso far ricorso al lavoro a progetto piuttosto che al lavoro subordinato nonché la convenienza tecnico-economica del progetto, il giudice resta pur sempre abilitato a verificare se ricorrono gli estremi concettuali (ancorché esili, epperò esistenti) del 'progetto' o 'programma' . Del resto, una diversa interpretazione proietterebbe sulla norma un dubbio di costituzionalità, dal momento che farebbe dipendere la natura del rapporto di lavoro e la fruizione o meno di una serie di diritti di rilevanza costituzionale da un requisito puramente formale (l'astratta attestazione di 'parte' della presenza di un 'progetto') ».

<sup>(29)</sup> L. CASTELVETRI, *op. cit.*, 170 ss.

SEZIONE C  
TIPOLOGIE CONCRETE DI LAVORO COORDINATO  
E CONTINUATIVO E LORO RICONDUCIBILITÀ  
ALLA MODALITÀ A PROGETTO

12.

**L'INQUADRAMENTO DEI PRODUTTORI ASSICURATIVI  
ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEL MERCATO DEL LAVORO**

MAURIZIO DEL CONTE

SOMMARIO: 1. Le diverse figure dei produttori assicurativi. — 2. La qualificazione del rapporto con i produttori di terzo e quarto gruppo. — 3. I collaboratori autonomi delle compagnie di assicurazione. — 4. I contratti di collaborazione dei produttori assicurativi nella fragile distinzione fra autonomia e parasubordinazione. — 5. La riforma Biagi e le collaborazioni coordinate e continuative. — 6. Produttori assicurativi e contratto di lavoro a progetto. — 7. Conclusioni.

**1. Le diverse figure dei produttori assicurativi.**

Nel mercato dei prodotti assicurativi sono coinvolti, oltre alle compagnie di assicurazione che emettono le polizze, una eterogenea moltitudine di altri soggetti che — in qualità di agenti, produttori, segnalatori, consulenti etc. — vengono a costituire una complessa rete distributiva e commerciale.

Le imprese che operano in questo mercato si avvalgono di strutture produttive relativamente « leggere » in termini di elementi materiali e caratterizzate da un processo continuo di rimodulazione, sia in termini dimensionali che in termini operativi, per rispondere in tempi rapidi alle variazioni del mercato ed in funzione dei risultati conseguiti ad ogni livello e ad ogni fase della produzione.

Per questa ragione, la sfida della flessibilità del lavoro è stata tradizionalmente affrontata attraverso la predisposizione di assetti contrattuali specifici per il settore e per le professionalità coinvolte, che

riguardano non solo i lavoratori subordinati ma — ed è ciò che più qui interessa — anche le diverse figure di collaboratori autonomi coinvolti nel processo produttivo.

In questa sede non ci occuperemo dei rapporti di lavoro subordinato né dei rapporti di agenzia, per i quali la specificità del contesto assicurativo non incide in modo significativo sui principi generali e le regole ordinarie dei rispettivi istituti contrattuali e legali.

Interessante appare, invece, l'analisi della disciplina contrattuale relativa alle collaborazioni svolte senza vincolo di subordinazione.

Le radici di tale sistema di regolamentazione contrattuale sono risalenti nel tempo e trovano un significativo precedente nel contratto collettivo corporativo per la disciplina dei rapporti fra agenti e produttori di assicurazione del 25 maggio 1939 (1).

In quel contratto, infatti, sono state enucleate due categorie di procacciatori d'affari per la produzione di polizze assicurative: da un lato, si individuano i c.d. « produttori del primo e secondo gruppo », la cui attività è svolta con vincolo di subordinazione; dall'altro i c.d. « produttori di terzo e quarto gruppo », che vengono espressamente qualificati come collaboratori autonomi che operano nell'ambito delle agenzie di assicurazione a supporto dell'azione degli agenti e sub agenti di assicurazione, sulla base di una lettera di incarico dell'agente principale. I « produttori » vengono anche chiamati, nel linguaggio corrente dell'ambiente assicurativo, « subagenti ».

All'interno di questa categoria di collaboratori autonomi, la distinzione fra produttori di terzo gruppo e produttori di quarto gruppo viene individuata nel fatto che, mentre i primi hanno l'obbligo di lavorare esclusivamente per l'agenzia dalla quale hanno ricevuto la lettera di incarico, per i rami dalla stessa esercitati e di acquisire un determinato minimo di produzione, i produttori del quarto gruppo sono produttori liberi di piazza o di zona, senza l'obbligo di lavorare esclusivamente per la stessa agenzia e non sono tenuti ad un determinato minimo di produzione. Per entrambi il compenso è normalmente stabilito in provvigioni.

Sempre sotto il profilo definitorio risulta interessante quanto disciplinato dal contratto collettivo del 17 marzo 1993 tra l'Associazione Nazionale Agenti Generali Ina-Assitalia (Anagina) e l'Associazione

---

(1) In  *Lavoro atipico*.

Nazionale Produttori Autonomi Professionisti Ina-Assitalia <sup>(2)</sup>, che definisce la figura del « produttore professionista » come colui che, con rapporto autonomo e con compenso in tutto o in parte a provvigione, iscritto come tale alla Camera di commercio, dedica in modo abituale e prevalente la propria attività professionale all'incarico direttamente conferitogli dall'Agente Generale.

## **2. La qualificazione del rapporto con i produttori di terzo e quarto gruppo.**

Come ogni contratto che abbia ad oggetto un'attività umana, anche il contratto di collaborazione con i produttori assicurativi può, in forza dello specifico regolamento negoziale e del successivo comportamento effettivamente tenuto dalle parti, dare vita ad un rapporto riconducibile alla fattispecie del lavoro subordinato *ex* articolo 2094 c.c. ovvero di lavoro autonomo, *ex* articolo 2222 c.c.


L'antica tradizione del richiamato contratto collettivo corporativo per la disciplina dei rapporti fra agenti e produttori di assicurazione del 1939 — nel quale, come si è visto, erano espressamente distinti i profili dei « produttori » legati da un contratto di lavoro subordinato (i c.d. produttori di 1° e 2° livello) ed i « produttori » legati da un contratto di collaborazione autonoma — ha sterilizzato, nei fatti, le ragioni che avrebbero potuto far insorgere questioni rilevanti in punto di qualificazione dei rapporti di lavoro, tant'è che non si registra un apprezzabile contenzioso giudiziario in materia.

Tale assetto contrattuale collettivo è stato — in un certo senso — « recepito » dall'articolo 44, comma 2, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326 <sup>(3)</sup>, secondo cui dal 1° gennaio 2004, ai fini della tutela previdenziale, i produttori di terzo e quarto gruppo di cui agli articoli 5 e 6 del contratto collettivo per la disciplina dei rapporti fra agenti e produttori di assicurazione del 25 maggio 1939 sono iscritti all'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti degli esercenti attività commerciali. Al riguardo, la circolare Inps 22 gennaio 2004, n. 12 <sup>(4)</sup>, ha osservato che « i lavoratori in argomento, già considerati quali « cittadini non mutuati » e pertanto assoggettati al

---

<sup>(2)</sup> In  *Lavoro atipico*.

<sup>(3)</sup> In  *Assicurazioni sociali*.

<sup>(4)</sup> In  *Lavoro atipico*.

solo pagamento dei contributi di malattia, pur trattandosi di soggetti che percepiscono redditi d'impresa, iscritti alle Camere di commercio e titolari di partita I.V.A. trovano ora la loro tutela previdenziale nell'ambito della Gestione degli esercenti attività commerciali, dopo anni di incertezze circa il loro inquadramento ».

Tuttavia, non deve essere trascurata l'ovvia considerazione che la disciplina legale previdenziale non dà vita ad un contratto tipico del « produttore autonomo » e, conseguentemente, non è in grado di influire sul problema qualificatorio delle fattispecie concrete astrattamente riconducibili a quanto stabilito dal più volte citato contratto collettivo del 1939.

D'altra parte, neppure lo stesso contratto collettivo è, di per sé, idoneo a risolvere in via generale ed astratta gli eventuali dubbi sulla natura autonoma o subordinata dei produttori di terzo e quarto tipo, essendo la qualificazione della fattispecie concreta rimessa al giudice, che potrà sempre essere chiamato a verificare, caso per caso, l'esistenza degli elementi caratteristici della subordinazione. In altre parole, non è possibile trarre dalla pur lunga e pacifica prassi maturata fino ad ora, la regola in base alla quale i produttori di terzo e quarto gruppo sono necessariamente da considerarsi alla stregua di lavoratori autonomi.

### **3. I collaboratori autonomi delle compagnie di assicurazione.**

Accanto ai collaboratori delle agenzie di assicurazione, numerosi sono anche i « produttori » che collaborano direttamente con le compagnie di assicurazione. Per tali professionisti non esiste uno specifico richiamo contrattuale e ciò, come vedremo, ne differenzia significativamente la disciplina rispetto ai produttori di terzo e quarto gruppo.

La loro attività consiste, normalmente, nella segnalazione alla compagnia di assicurazioni di nominativi di persone interessate a sottoscrivere contratti di assicurazione ovvero a modificare le polizze già in essere. Non sono infrequenti i casi in cui la compagnia autorizza il produttore libero a riscuotere i premi di assicurazione presso i propri assicurati. La retribuzione è generalmente commisurata ai risultati conseguiti dai produttori in termini di numero e valore delle polizze sottoscritte o modificate. Il regolamento contrattuale che lega il produttore libero alla compagnia di assicurazioni esclude espressamente ogni vincolo di subordinazione, non imponendo al collaboratore alcun obbligo di prestazione legata ad un orario di lavoro, a modalità esecutive predeterminate o al conseguimento di un predefinito risultato

di produzione e lasciandolo altresì libero di svolgere ovvero di non svolgere l'attività oggetto della prestazione dedotta in contratto.

Pur non essendovi, come è invece per il caso dei collaboratori delle agenzie, una apposita regolamentazione collettiva, anche in relazione a questa categoria di collaboratori delle compagnie assicurative non si segnalano precedenti giurisprudenziali che evidenzino un contenzioso significativo in tema di qualificazione del rapporto.

Tuttavia, è evidente che la mancanza di una contrattazione di riferimento e l'assenza di una indicazione normativa sul regime contributivo e previdenziale, comporta che i rapporti di collaborazione con questi soggetti siano regolati da discipline contrattuali che, sovente, variano più in ragione del variare del committente che in coerenza alle reali specificità della prestazione lavorativa.

#### **4. I contratti di collaborazione dei produttori assicurativi nella fragile distinzione fra autonomia e parasubordinazione.**

I produttori delle compagnie di assicurazione sono tradizionalmente legati ai propri committenti da contratti di lavoro autonomo *ex* articolo 2222 c.c. Si tratta per lo più — è il caso di sottolinearlo — di contratti di lavoro genuinamente autonomo, mancando i requisiti minimi della subordinazione quali, ad esempio, il potere di direzione e controllo in capo al committente, che non ha, nei fatti, alcun ruolo nell'organizzazione della prestazione lavorativa del suo collaboratore. Dunque, in relazione a questi prestatori d'opera il problema della qualificazione del contratto non richiama la dicotomia fra lavoro autonomo e lavoro subordinato, attenendo, piuttosto, alle differenti forme di articolazione proprie del contratto definito dall'articolo 2222 c.c.

Infatti, pur saldamente collocati all'interno della sfera del lavoro non subordinato, i rapporti di collaborazione dei produttori assicurativi si sono progressivamente collocati nella vasta quanto indefinita area della c.d. parasubordinazione, assumendo le forme della collaborazione coordinata e continuativa a carattere prevalentemente personale.

Se non è certamente questa la sede per ripercorrere i complessi nodi teorici sottesi alla natura ed ai requisiti dei rapporti di lavoro c.d. parasubordinato <sup>(5)</sup>, non può peraltro essere trascurata la circostanza che, in questo specifico settore produttivo, la sottopartizione — di

---

(5) Sulle origini del suo fondamento teorico cfr., per tutti, G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Giuffrè, Milano, 1978.

origine dottrinale e giurisprudenziale — del lavoro autonomo parasubordinato ha avuto una evidenza significativa proprio in chiave di distinzione fra professionalità di tipo diverso come quelle dei produttori di terzo e quarto gruppo (secondo la più volte richiamata partizione del contratto collettivo del 1939) e altre categorie, non espressamente nominate, di produttori. Con le conseguenti importanti ricadute in termini di regime fiscale e previdenziale.

Infatti, i produttori di terzo e quarto gruppo sono stati tradizionalmente considerati lavoratori autonomi « in senso stretto » e, conseguentemente, non riconducibili alla gestione previdenziale istituita presso l'Inps per i collaboratori coordinati e continuativi mentre, dal punto di vista fiscale, sono stati considerati liberi professionisti titolari di partita I.V.A.

In un certo senso, il contratto collettivo del 1939 ha individuato nei produttori di terzo e quarto gruppo una categoria di liberi professionisti che, pur non essendo rappresentati da un apposito albo, ha assunto una autonoma dignità, al punto da indurre il legislatore alla sua « ratifica » mediante la specifica tutela previdenziale accordata con il già richiamato articolo 44, comma 2, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269.

Tuttavia, come si è detto, nessuna normativa di carattere fiscale o previdenziale è in grado di risolvere questioni di natura qualificatoria e ciò neppure se la qualificazione opera all'interno della stessa categoria di lavoratori autonomi, distinguendo cioè fra « autonomi puri » e « autonomi parasubordinati ».

D'altra parte, neppure la disciplina processuale introdotta dall'articolo 409, n. 3, c.p.c., che ha dato origine a quella sottopartizione del lavoro autonomo definita in dottrina come « parasubordinazione », ha introdotto nel nostro ordinamento un nuovo tipo contrattuale <sup>(6)</sup>. Ma la conseguente diversificazione dei regimi fiscali e previdenziali previsti per i lavoratori autonomi « puri » ed i lavoratori autonomi « parasubordinati » ha contribuito a stimolare consistenti flussi di migrazione contrattuale, creando un vero e proprio fenomeno di *shopping* fiscale e previdenziale, in funzione delle convenienze contingenti. Tale libertà di scelta è derivata proprio dal fatto che il lavoro parasubordinato è

---

(6) Cfr. L. CASTELVETRI, *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 138 ss.



ricompreso, in realtà, nello stesso tipo legale del contratto di lavoro autonomo.

## 5. La riforma Biagi e le collaborazioni coordinate e continuative.

I contratti di collaborazione dei produttori assicurativi possono essere presi in considerazione come un significativo banco di prova per verificare l'impatto di alcuni meccanismi previsti dalla riforma Biagi in materia di collaborazioni coordinate e continuative.

Come è noto, infatti, l'articolo 61 del decreto legislativo n. 276 del 2003 ha stabilito che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c., devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa.

Alla luce di tale disposizione i contratti dei produttori delle compagnie di assicurazione già regolati sotto la specie di contratti di collaborazione coordinata e continuativa dovrebbero essere ricondotti a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso ed essere quindi sottoposti all'intera disciplina legale del c.d. lavoro a progetto.

Naturalmente, nulla impedisce che questi rapporti siano regolati in modo diverso rispetto al passato e, quindi, con forme contrattuali anche estranee all'area di applicazione degli articoli 61 e ss. del citato decreto legislativo n. 276 del 2003 (7).

In particolare, nulla impedisce che tali rapporti vengano spostati, nella loro effettiva regolamentazione contrattuale, dall'area della c.d. « parasubordinazione » a quella della autonomia in senso stretto. Ma proprio in relazione a tale ipotesi è necessario considerare la differenza tra il regime legale previgente alla riforma Biagi e quello ad essa conseguente.

Infatti, con l'entrata in vigore della nuova disciplina del lavoro a progetto, le parti restano certamente libere di « scegliere » il regime del lavoro autonomo *sans phrase* (con il conseguente regime fiscale e

---

(7) Cfr. il contributo di F. BASENGHI, *Le nuove collaborazioni coordinate e continuative: considerazioni su una fattispecie onnivora*, in questa Parte, Sez. (B).

previdenziale) in luogo del lavoro parasubordinato coordinato e continuativo, ma, in tal caso, le modalità della collaborazione non devono presentare la caratteristica dell'attività prevalentemente personale, del coordinamento e della continuità. Queste, infatti, sono le caratteristiche in presenza delle quali si applicano le regole previste dagli articoli 61 e ss. del decreto legislativo n. 276 del 2003.

In questo senso, la riforma Biagi ha confermato la libertà di scelta contrattuale anche all'interno del lavoro autonomo, ma rappresenta un ostacolo concreto al fenomeno della scelta contrattuale meramente finalizzata alla scelta del regime fiscale o previdenziale, prevedendo una specifica disciplina legale inderogabile <sup>(8)</sup> per i lavoratori autonomi qualora l'assetto negoziale voluto dalle parti sia caratterizzato dal coordinamento e dalla continuità della prestazione di lavoro.

## 6. Produttori assicurativi e contratto di lavoro a progetto.

Ai fini di stabilire la riconducibilità dei contratti dei produttori assicurativi alla nuova disciplina legale del lavoro a progetto, può essere in parte recuperato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale precedentemente sviluppatosi in tema di parasubordinazione, alla luce delle novità introdotte dalla riforma del 2003.

A tale proposito va ricordato che, secondo l'opinione dottrinale prevalente <sup>(9)</sup>, la collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409 c.p.c. non è legata al compimento di un'opera finita, potendo avere ad oggetto la semplice attività lavorativa.

Con specifico riguardo alla caratteristica della continuità, è stato osservato che essa è rinvenibile ove emerga « anche solo *ex postea*, un qualche dato di unificazione a partire dal quale sia lecito desumere che, con il complesso delle prestazioni, si è soddisfatto un bisogno del committente ... dotato del grado di persistenza e di omogeneità che consenta di considerare unitariamente l'interesse che vi è correlato » <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> Sulla inderogabilità della disciplina legale sul lavoro a progetto è stato fugato ogni dubbio dal decreto correttivo n. 251/2004, che ha a tal fine riformulato l'art. 68 del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(9)</sup> M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL*, 1998, 207; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, 296 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Opera*, in *NDI*, Torino, 1984, 477.


<sup>(10)</sup> M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *RIDL*, 1984,

Quanto al requisito del coordinamento, esso è stato interpretato dalla giurisprudenza in modo assai variegato <sup>(11)</sup>, talora intendendolo come la combinazione della prestazione lavorativa, « in senso funzionale, spaziale o temporale, con altri fattori od apporti occorrenti per l'attingimento di un fine produttivo » <sup>(12)</sup>, altre volte ponendolo in stretta relazione alle finalità perseguite dall'organizzazione nel cui favore è prestata l'attività lavorativa <sup>(13)</sup>, fino ad individuare in esso una « connessione funzionale derivante da un protratto inserimento nell'organizzazione aziendale o, più in generale, nelle finalità perseguite dal committente e caratterizzato dall'ingerenza di quest'ultimo nell'attività del prestatore » <sup>(14)</sup>.


Se è vero che la dottrina prevalente tende ad attribuire al requisito del coordinamento *ex* articolo 409, n. 3, c.p.c., un significato restrittivo, riconoscendo in esso un particolare potere di ingerenza del committente nello svolgimento dell'attività del collaboratore <sup>(15)</sup>, resta comunque il problema della sua difficile ricostruzione nel caso concreto.


Per questa ragione, la qualificazione dei rapporti di collaborazione con i produttori assicurativi dovrà essere attentamente valutata caso per caso, per verificare se presentino caratteristiche di continuità e coordinamento tali da renderli riconducibili alla nuova disciplina del lavoro a progetto. In caso positivo, infatti, ove le parti non avessero rispettato quanto previsto dagli articoli 61 e ss. del decreto legislativo n. 276 del 2003 (in particolare, la individuazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso), si produrrebbero le conseguenze espressamente previste dall'articolo 69 dello stesso decreto, secondo cui dovrebbero

---

522. In giurisprudenza cfr. Cass. 17 marzo 1992 n. 3272; Cass. 25 febbraio 1982 n. 1215, entrambe in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(11)</sup> Cfr. P. ICHINO, *op. cit.*, 29, che rileva come la giurisprudenza abbia attribuito al concetto di coordinamento un significato « elastico, per non dire indefinito ».

<sup>(12)</sup> Cass., sez. un., 22 febbraio 1994 n. 1682, in *GI*, 1994, I, 1, 1120, con nota di S. NAPPI, e in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(13)</sup> Cass. 2 ottobre 1991 n. 10259, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(14)</sup> Cass. 19 aprile 2002 n. 5698, in *NGL*, 2002, 620.

<sup>(15)</sup> Cfr., fra gli altri, G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 67-68; G. FERRARO, *I contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, 130; P. SANDULLI, *Il lavoro autonomo. Disposizioni generali*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1986, vol. XV, tomo 1, 1419; M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *LD*, 1987, 59. *Contra*, però, M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 475, secondo cui il coordinamento non sarebbe configurabile solo nel caso (per la verità estremo) dell'attività resa *invito domino*.

essere considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto.

A tale proposito va osservato che l'attività dei produttori, dei segnalatori e dei consulenti assicurativi appare, in molti casi, perfettamente riconducibile allo spirito ed alla forma della nuova disciplina del lavoro a progetto, potendosi ricondurre ad un progetto, programma di lavoro o fase di esso le prestazioni lavorative fornite al committente che opera nel mercato assicurativo, per il tempo necessario alla tipologia del lavoro concordato.

La nuova disciplina del lavoro a progetto va presa in considerazione, naturalmente, anche in relazione ai produttori assicurativi di terzo e quarto gruppo. Infatti, pur in presenza di una regolamentazione collettiva e di una disciplina previdenziale che li colloca bensì all'interno del lavoro autonomo, ma al di fuori della specifica sfera della parasubordinazione, l'eventuale compresenza, nella fattispecie concreta, degli elementi della attività prevalentemente personale, della continuità e del coordinamento — così come intesi nell'interpretazione corrente dell'articolo 409 c.p.c. — finirebbe per far scattare l'applicazione di quanto previsto dagli articoli 61 e ss. del decreto legislativo n. 276 del 2003.

## **7. Conclusioni.**

L'articolata realtà dei produttori assicurativi, che ha costituito per molto tempo un fertile terreno di sperimentazione di forme nuove di flessibilità atipica — talora anche mediante regolamentazioni di fonte collettiva — si deve confrontare, oggi, con le novità introdotte dalla riforma del mercato del lavoro. Ciò non dovrebbe comportare significative soluzioni di continuità rispetto al passato, laddove le forme atipiche di lavoro flessibile previste dalle parti non siano state intese a perseguire finalità elusive della disciplina legale dei contratti di lavoro — autonomo o subordinato — ovvero laddove non siano state poste in essere con lo scopo di forzare la corretta collocazione fiscale e previdenziale dei lavoratori.

D'altra parte, le nuove regole in materia di lavoro a progetto possono rappresentare una opportunità di chiarificazione e di semplificazione, almeno per una quota dei rapporti di collaborazione dei produttori assicurativi, in un contesto in cui l'ingegneria contrattuale delle parti rischia di produrre una proliferazione incontrollata e, nel lungo periodo, anche inefficiente, di formule contrattuali atipiche.

### 13.

## I RAPPORTI PROFESSIONALI

ROBERTO CONTINISIO

SOMMARIO: 1. Della norma. — 2. L'inquadramento giurisprudenziale. — 3. Sulle ipotesi da escludersi. — 4. In merito alla circolare n. 1/2004. — 5. Sulla tutela processuale. — 6. Considerazioni conclusive.

### 1. Della norma.

L'articolo 61, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 definisce il lavoro a progetto come un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa (pertanto senza vincolo di subordinazione e personale) che sia riconducibile ad uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso <sup>(1)</sup>.

Dalla disposizione di cui innanzi risultano escluse (comma 2) le prestazioni occasionali, intese come rapporti di durata e compenso limitati (non superiore a giorni trenta, non superiore ad euro 5.000, con riferimento all'anno solare) <sup>(2)</sup>.

Risultano, inoltre, escluse dal campo di applicazione dell'intero capo I del titolo VII (pertinente, per l'appunto, il lavoro a progetto e lavoro occasionale) le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali sia necessaria l'iscrizione in appositi Albi professionali <sup>(3)</sup>.

Dall'analisi dell'ultima disposizione in esame risulta con chiarezza

---

<sup>(1)</sup> Sul contratto di lavoro a progetto cfr. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in *GLav*, 2003, n. 4, suppl., 107 ss., con ampi riferimenti bibliografici ivi; ancora, L. CASTELVETRI, *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione "Marco Biagi", n. 2, Giuffrè, Milano, 137 ss.

<sup>(2)</sup> Cfr. A. ASNAGHI, *Lavoro coordinato e continuativo e lavoro occasionale: profili previdenziali*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(3)</sup> Cfr. M. ROSSI, *Le ipotesi di collaborazioni coordinate e continuative escluse dalla modalità a progetto*, in questa Parte, Sez. (A).

che, per esempio, un avvocato non potrà essere legittimo contraente di un contratto di lavoro a progetto in quanto l'esercizio della sua professione è legato all'iscrizione nel relativo Albo professionale.

## 2. L'inquadramento giurisprudenziale.

Ciò posto, è lecito ricordare che la giurisprudenza di legittimità si è più volte orientata, in un recente passato, nel riconoscere che «l'attività svolta dal libero professionista in modo esclusivo, o comunque di gran lunga prevalente, a favore di un unico cliente, può rientrare nello schema del rapporto di collaborazione previsto dall'articolo 409, n. 3, c.p.c.»<sup>(4)</sup>.

Tale orientamento ben si sposava con il carattere autonomo della professione legale, laddove la stessa giurisprudenza di merito, anche di recente<sup>(5)</sup>, ha ribadito che «il rapporto di lavoro parasubordinato, caratterizzato dalla prestazione d'opera continuativa e coordinata nonché prevalentemente personale» (presupposti tipici della collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c.), «costituisce un'ipotesi di lavoro autonomo e non subordinato ...».


Più nel dettaglio, e volendo focalizzare l'esempio da noi proposto con il riferimento alla professione di avvocato, la Suprema Corte aveva sostenuto la configurabilità di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa con riguardo all'attività di consulenza, non esauritasi in episodiche prestazioni professionali, svolta da un avvocato nelle fasi di progettazione e realizzazione di una rilevante iniziativa economica dell'imprenditore, non avendo rilievo in contrario la mancanza di direttive diverse dall'indicazione del risultato da conseguire<sup>(6)</sup>.

La pronuncia in esame assume, in primo luogo, un certo rilievo laddove, in epoca «non sospetta», legava la collaborazione coordinata e continuativa, specificamente, al risultato da conseguire<sup>(7)</sup>.

Appare, in verità, quantomeno singolare la circostanza che ciò che

---

(4) Cfr. Cass. 19 maggio 1994 n. 4918, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

(5) *Ex plurimis*, cfr. Trib. Roma 12 luglio 2002, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

(6) Così Cass. 15 aprile 1991 n. 4030, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

(7) Sulla continuità fra gli orientamenti giurisprudenziali e la riforma Biagi, nel segno di un concetto di risultato (o progetto) da realizzare, posto a fondamento del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, cfr. R. CONTINISIO, *I contratti di*

la giurisprudenza qualificava lecito rientri, invece, fra i « divieti » oggi posti dalla norma: ma di ciò parleremo, poi, più diffusamente.

Nella stessa ottica si era posta giurisprudenza più risalente <sup>(8)</sup> che individuava la possibilità di desumere un rapporto di parasubordinazione fra legale e cliente dalla reiterazione, in un arco temporale pluriennale, di incarichi professionali non volti solo a perseguire contingenti ed occasionali interessi della committente *ma collegati con le finalità perseguite dalla sua organizzazione* e riconducibili ad un più ampio rapporto di consulenza con la committente medesima.

Più di recente la Suprema Corte individuava nella sussistenza di reiterate direttive, *pur limitate all'indicazione di un risultato da ottenere*, il requisito atto a configurare un rapporto di coordinazione tra avvocato e cliente <sup>(9)</sup>.

Senza volerci ulteriormente soffermare su analoghe pronunce giurisprudenziali, pertinenti altre figure professionali, per il cui esercizio sia ugualmente prescritto l'onere dell'iscrizione all'Albo <sup>(10)</sup>, è lecito chiedersi come si atteggerà la giurisprudenza attuale e futura in presenza del veto posto dal comma 3 dell'articolo 61 di cui al citato decreto legislativo n. 276/2003.


In sostanza ci poniamo il quesito circa la configurazione più opportuna che riguardi i rapporti professionali assimilabili alla parasubordinazione fra il cliente ed il professionista intellettuale che sia « catalogato » in un ordine professionale.


### 3. Sulle ipotesi da escludersi.

Al riguardo, non ci sembra utile o soddisfacente richiamarci alle norme transitorie e finali e, in particolare, a quell'articolo 86 del decreto legislativo n. 276/2003 che disciplina la residua efficacia delle collaborazioni coordinate e continuative « che non possono essere ricondotte ad un progetto o ad una fase di esso »: dare un termine ultimativo ad una realtà di fatto, ed in giurisprudenza riconosciuta, ci appare inadeguato.

---

*collaborazione coordinata e continuativa fra riforme e giudici*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 172 ss.

<sup>(8)</sup> Cass. 21 febbraio 1985 n. 1580; Cass. 26 ottobre 1990 n. 10382, entrambe in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(9)</sup> Cfr. Cass. 9 gennaio 1996, n. 96, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(10)</sup> Per un approfondimento in tal senso, cfr. R. CONTINISIO, *op. cit.*

Tantomeno ci sembra esaustivo risolvere il problema inquadrando le prestazioni professionali in oggetto nell'ambito di quelle prestazioni occasionali escluse *ex* comma 2, articolo 61, decreto legislativo n. 276/2003, dal novero dei contratti a progetto: gli stretti limiti di tempo e di compenso annuo mal si conformano alle ipotesi in esame.

D'altro canto è bene ribadire che l'articolo 61 più volte richiamato, al comma 3 esclude le professioni intellettuali soggette all'onere di un'iscrizione all'albo dal campo di applicazione dell'intero capo I (laddove le prestazioni occasionali di cui al comma 2 sono semplicemente escluse dall'applicabilità del comma 1): questo significa che tale tipo di rapporti professionali non può essere inquadrato né nel lavoro a progetto, né nel lavoro occasionale.

L'articolo 86, infine, già innanzi richiamato, non sembra consentire la sopravvivenza delle vecchie collaborazioni: non appare lecito riferirci, pertanto, al vecchio *genus* per inquadrare la problematica dei rapporti professionali che abbiano continuità ed una finalità.

#### 4. In merito alla circolare n. 1/2004.

Con la circolare 8 gennaio 2004, n. 1 <sup>(11)</sup>, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha chiarito, in merito al decreto legislativo n. 276/2003, che « l'articolo 61 non sostituisce e/o modifica l'articolo 409, n. 3, c.p.c ... »; ancora, la circolare medesima precisa che i primi due commi dell'articolo 61 « non hanno certamente comportato l'abrogazione delle disposizioni del contratto d'opera di cui all'articolo 2222 e ss. del codice civile ... ».

« Ne consegue, secondo la circolare, che, qualora risulti superato uno dei limiti previsti dal comma 2 dell'articolo 61, ossia la durata del rapporto e l'importo del compenso spettante al prestatore d'opera, elementi questi che ne consentono di qualificare come occasionale l'attività, non necessariamente il rapporto dovrà essere ricondotto allo schema del lavoro a progetto, potendo configurarsi, invece, una o più prestazioni d'opera, ai sensi dell'articolo 2222 del codice civile » <sup>(12)</sup>.

Orbene, a consuntivo di quanto sinora esposto, a noi sembra evidente che i rapporti professionali tra iscritto all'Albo e cliente vadano oramai inquadrati nella disciplina sostanziale e processuale del

---

<sup>(11)</sup> In  *Lavoro a progetto*.

<sup>(12)</sup> Così Maria Gentile nel commento alla circ. Min. lav. n. 1/2004, in *GD*, 2004, n. 8, 113.



contratto d'opera di cui agli articoli 2222 e ss. c.c. (Del lavoro autonomo, capo I, disposizioni generali) e 2229 e ss. c.c. (capo II, Delle professioni intellettuali): e questo sia nell'ipotesi di prestazioni ad esecuzione contingente, sia nella fattispecie in cui il rapporto sia caratterizzato da un interesse durevole del professionista e del cliente committente a svolgere nel tempo una o più prestazioni, anche se non periodiche, sia ancora nell'ipotesi in cui il committente affidi al professionista un unico incarico che necessita, però, di una pluralità di interventi da parte sua <sup>(13)</sup>.


## 5. Sulla tutela processuale.


Così inquadrato il rapporto sostanziale occorre una riflessione sull'aspetto della tutela processuale, cercando di ragionare in base alle « tracce » giurisprudenziali. È fuor di dubbio che nei rapporti parasubordinati di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c., il requisito della prevalente personalità (che deve accompagnarsi alla continuità ed alla coordinazione), viene riferito non tanto alla infungibilità soggettiva della prestazione (come, invece, avviene nel rapporto di lavoro subordinato) quanto piuttosto al profilo organizzativo della prestazione, che va inteso come prevalenza dell'attività del prestatore rispetto ai fattori impiegati per l'esecuzione dell'obbligazione prevista <sup>(14)</sup>.


È altrettanto chiaro che, pur in presenza di una definizione delle parti che qualifichi la prestazione d'opera come coordinata e continuativa *ex* articolo 2222 c.c., laddove in concreto il Giudicante riscontri, invece, i tipici requisiti della subordinazione (primo fra tutti la sottoposizione al potere gerarchico del committente), provvederà in tal senso al di là del *nomen iuris* adottato <sup>(15)</sup>.

D'altro canto, la natura di rapporto di lavoro autonomo delle fattispecie di lavoro c.d. parasubordinato risponde ad un principio di diritto consolidato dalla giurisprudenza della Suprema Corte <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Cfr. su tale ultima ipotesi Cass. 30 dicembre 1999 n. 14722, in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(14)</sup> Cfr. Cass. 29 marzo 1996 n. 2906; Cass. 26 luglio 1996 n. 6752, tutte in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

<sup>(15)</sup> Sul punto Cass. 2 aprile 2002 n. 4682, in  *Lavoro subordinato*.

<sup>(16)</sup> *Ex plurimis*, Cass. 2 maggio 1994 n. 4204; Cass. 5 febbraio 1997 n. 1459, entrambe in  *Collaborazione coordinata continuativa*.

E invero, per insegnamento costante, l'assimilazione dei rapporti di parasubordinazione a quelli di lavoro subordinato, prevista dall'articolo 409, n. 3, c.p.c., ha esclusivo rilievo processuale, ma non investe in alcun modo la disciplina sostanziale del rapporto.

## 6. Considerazioni conclusive.

Ciò posto, è lecito rassegnare, in merito al tema oggetto della presente indagine, le seguenti considerazioni conclusive: *a)* appare pienamente applicabile la tipologia contrattuale del lavoro a progetto laddove il rapporto si instauri fra cliente committente e professionista che non sia soggetto all'onere di iscrizione all'Albo professionale (si pensi, ad esempio, al consulente d'azienda); *b)* al contempo, la medesima tipologia appare inapplicabile ai rapporti professionali, che possono o meno definirsi occasionali, laddove sia espressamente prescritto il suindicato onere; *c)* l'inquadramento di tali ultimi rapporti nella disciplina sostanziale di cui agli articoli 2222 e ss. c.c. non preclude, a nostro sommo avviso, che sul piano squisitamente processuale ed in ipotesi specifiche, ossia dove se ne ravvisino i requisiti, possa ritenersi applicabile il rito del lavoro in conformità alla disciplina di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c., e ad una interpretazione giurisprudenziale quantomeno ricorrente.

Merita infine segnalazione una recente nota<sup>(17)</sup> con cui il Ministero del lavoro, in risposta ad un apposito quesito formulato dalla Federazione Italiana editori giornali, nega alla categoria dei « pubblicitisti », in quanto fattispecie inquadrabile nell'articolo 61, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003, l'obbligo a stipulare il contratto di collaborazione a progetto.

Come spesso accade, l'interpretazione « autentica » è un tracciato di *work in progress*, come tale in continua evoluzione, anche contraddittoria: è pur vero che la categoria dei pubblicitisti, nell'ambito dei rapporti professionali tipici (intercorrenti cioè fra professionista e cliente) rappresenta una evidente « atipicità ».

Resta il dubbio se la nota ministeriale abbia voluto cominciare ad offrire una lettura meno « rigida » del comma 3 di cui all'articolo 61: in virtù della quale, per le categorie ivi previste, vi sarebbe un « non obbligo a contrarre » (e non un divieto a contrarre, che è cosa, come evidente,

---

(17) In  *Boll. Adapt*, 2004, n. 47.

ben differente); all'operatore del diritto non resta che aspettare, come sempre, l'opinione dei Magistrati giudicanti capaci di plasmare, partendo dall'esame concreto, l'interpretazione generale della norma.



## 14.

# IL CONTRATTO DI AGENZIA: PROFILI ESSENZIALI E SPUNTI PROBLEMATICI

FLAVIA PASQUINI

SOMMARIO: 1. Nozione e forma del contratto. — 2. Il diritto di esclusiva. — 3. Obblighi dell'agente e del preponente. — 4. Impedimento e diritti dell'agente. — 5. Durata del contratto, recesso ed indennità dovuta in caso di cessazione del rapporto. — 6. Il patto di non concorrenza. — 7. Il problema della mancata iscrizione all'albo professionale da parte dell'agente con particolare riferimento al diritto comunitario e comparato.

### 1. Nozione e forma del contratto.

Come è noto, con il contratto di agenzia <sup>(1)</sup> una parte (c.d. agente)

---

(1) Sul contratto di agenzia in generale cfr. G. GHEZZI, *Del contratto di agenzia*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970, e ID. (a cura di), *La disciplina dell'attività di agente e rappresentante di commercio. Commentario alle l. 3 maggio 1985, n. 204 e 15 maggio 1986, n. 190 e al d.m. 21 agosto 1985*, in NLCC, 1986, 665 ss. Più recentemente cfr. poi R. DEL PUNTA, *Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia (d.lgs. 65/1999)*, in DRI, 2000, 315 ss.; M.F. TOMMASINI, *Area tematica: contratti. Il contratto di agenzia*, in *Diritto e Formazione*, 2003, fasc. 6, 902; V. CARBONE (a cura di), *Contratto di agenzia (Osservazioni a Cass. sez. civ. II 20 aprile 2001, n. 5901)*, in CG, 2001, fasc. 7; A. GNAN, *In tema di contratto di agenzia (Nota a Trib. Torino 6 luglio 2001)*, in GPiem, 2001, fasc. 3, 423; R. MULLER, *La disciplina del contratto di agenzia alla luce dei recenti interventi legislativi*, in *Studium iuris*, 2001, fasc. 11, 1284; R. BALDI, A. VENEZIA, *Le nuove norme sul contratto di agenzia al vaglio della Cassazione (Nota a Cass. sez. lav. 2 maggio 2000, n. 5467)*, in I Contratti, 2000, fasc. 8-9, 798; N. GHIBELLINI, *Contratto di agenzia (Nota a Cass. sez. civ. I 10 novembre 1999, n. 12454)*, in *Studium iuris*, 2000, fasc. 5, 593; F. OLIVO, *Contratto di agenzia*, in *Studium iuris*, 2000, fasc. 9, 986; E. CALZOLAIO, *Prime riflessioni sul contratto di agenzia dopo il d.lg. 15 febbraio 1999, n. 65 (Commento al d.lg. 15 febbraio 1999, n. 65)*, in NLCC, 1999, fasc. 4, 899; R. NUNIN, *Contratto di agenzia: novità e perduranti incertezze interpretative*, in LG, 1999, fasc. 8, 705; P. LAMBERTUCCI, *Agenti e rappresentanti*, in EGT, 1988, II. Su alcuni problemi specifici cfr. M. STRAFILE, *Agenti che svolgono attività all'estero: iscrizione all'Enasarco*, in DPL, 2004, n. 44, 2827;

assume stabilmente l'incarico di promuovere per conto dell'altra (c.d. preponente) la conclusione di contratti in una determinata zona, dietro corrispettivo <sup>(2)</sup>. L'agente, dunque, svolge una attività finalizzata alla conclusione del maggior numero di affari in capo al preponente, così che l'obbligazione lavorativa dedotta in contratto comporta in genere una analisi accurata della zona assegnata, l'individuazione dei possibili soggetti interessati alla stipulazione di contratti con il preponente, la conduzione delle trattative e la trasmissione delle proposte e controproposte al preponente <sup>(3)</sup>, il tutto con carattere di stabilità.

Esistono figure in parte assimilabili a quella dell'agente <sup>(4)</sup>, come ad esempio il procacciatore d'affari, che raccoglie le ordinazioni dei clienti, trasmettendole all'impresa da cui ha ricevuto l'incarico, ma in questo caso l'attività viene svolta senza vincolo di stabilità e in via del tutto occasionale. Il che costituisce, secondo dottrina <sup>(5)</sup> e giurisprudenza <sup>(6)</sup>, l'elemento che consente di distinguere nettamente le due ipotesi <sup>(7)</sup>. Figura invece totalmente diversa, anche se apparentemente

---


A. VENEZIA, *Il patto di prova nel contratto di agenzia*, in *Agenti e rappresentanti*, Periodico di *GLav*, 2003, n. 6, 12; M. DE LUCA, *Contratto di agenzia: aspetti processuali ed onere della prova. Costituzione e scioglimento del rapporto*, in *RassDC*, 2001, fasc. 3-4, 697; R. CIANFARINI, *Competenza del giudice di pace e rapporto di agenzia (Nota a Giudice di pace Milano 16 giugno 1998)*, in *Giudice di pace*, 1999, fasc. 2, 131; A. MANIACI, *Agenzia, procacciamento d'affari e buona fede contrattuale (Nota a Cass. 8 febbraio 1999 n. 1078)*, in *I Contratti*, 1999, fasc. 11, 1019-1033; F. DI CIOMMO, *L'abuso di potere del preponente nel rapporto di agenzia (Commento a Cass. sez. lav. 2 maggio 2000, n. 5467)*, in *CG*, 2000, fasc. 8, 1032.

<sup>(2)</sup> Cfr. art. 1742, comma 1, c.c.

<sup>(3)</sup> Cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 205.

<sup>(4)</sup> Anche se molte di esse mantengono chiari elementi distintivi. Cfr. G. ROSIN, *La sottile linea di confine che separa l'agente di commercio dal viaggiatore piazzista*, in *DL*, 2004, n. 1-2, 593; M. MULARONI, *La conclusione di affari del preponente tramite brokers assicurativi (Nota a Cass. sez. II civ. 26 agosto 1998, n. 8467)*, in *NGCC*, 2000, fasc. 3, pt. 1, 250; F. BOCHICCHIO, *Nuovi profili del contratto di agenzia per i promotori finanziari e per gli agenti di assicurazione*, Relazione al convegno « Paradigma » sul tema *La nuova disciplina del contratto di agenzia*, 21 aprile 1999, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1999, fasc. 4, 785; P. SANTORO, *Sul « broker » assicurativo (Nota a Cass. sez. II civ. 26 agosto 1998, n. 8467)*, in *FI*, 1999, fasc. 2, pt. 1, 608.

<sup>(5)</sup> Cfr. G. TRIONI, *Il contratto di agenzia*, Cedam, Padova, 1994, 80; R. BALDI, *Il contratto di agenzia*, Giuffrè, Milano, 2001, 51.

<sup>(6)</sup> Cfr. Cass. 9 dicembre 2003 n. 18736; Cass. 6 aprile 2000 n. 4327, entrambe in  *Agenzia (contratto di)*.

<sup>(7)</sup> Secondo la giurisprudenza, per la disciplina del rapporto del procacciatore d'affari può comunque farsi ricorso in via analogica alla disciplina del contratto di

molto vicina a quella dell'agente, è poi quella del c.d. *broker*, che un orientamento ormai consolidato riconduce nell'ambito della mediazione (8).

Secondo la giurisprudenza più recente, la prestazione dell'agente può consistere in atti di contenuto vario e non predeterminato, quali, oltre a quelli già richiamati, l'attività di propaganda, la predisposizione dei contratti e così via. L'attività tipica dell'agente non richiede, perciò, necessariamente la ricerca di un « cliente », ed è sempre riconducibile alla prestazione dedotta nel contratto di agenzia anche quando il soggetto, da cui proviene la proposta di contratto trasmessa dall'agente, non sia stato direttamente ricercato da quest'ultimo, ma risulti acquisito su indicazioni dello stesso preponente (o in qualsiasi altro modo), purché sussista un nesso di causalità tra l'opera promozionale svolta dall'agente nei confronti del cliente e la conclusione dell'affare cui si riferisce la richiesta di provvigione (9). Normalmente non rientra invece tra le obbligazioni dell'agente quella di concludere il contratto con il terzo: l'attribuzione all'agente anche della rappresentanza per la conclusione dei contratti non costituisce infatti elemento necessario del regolamento tra le parti (10). Ove tale elemento sia comunque presente, si delinea la figura del c.d. agente con rappresentanza o rappresentante di commercio, al quale è conferito anche il potere — ma non l'obbligo — di concludere contratti in nome e per conto del preponente.

In ogni caso, secondo l'articolo 1745 c.c. l'agente ha sempre alcuni poteri di rappresentanza, sebbene limitati, in quanto sono considerati validi, se a lui rivolti, i reclami relativi alle inadempienze contrattuali e le dichiarazioni che riguardano l'esecuzione del contratto concluso per suo tramite. Inoltre l'agente, nell'interesse del preponente, può chiedere, nel caso insorga una controversia connessa all'esercizio dell'attività sua propria, i provvedimenti cautelari diretti ad assicurare, in via

---

agenzia, cosicché, se il procacciatore è munito di rappresentanza, il contratto stipulato produce i suoi effetti direttamente tra il preponente e il soggetto che ha contrattato con il procacciatore, mentre le riscossioni effettuate per conto del preponente sono regolate secondo le norme del mandato con rappresentanza, e quindi l'acquisto della proprietà della somma si produrrà in capo al procacciatore, che avrà poi l'obbligo di ritrasferirla al preponente. Cfr. Cass. 9 dicembre 2003 n. 18736, in [📖 Agenzia \(contratto di\)](#).

(8) Cfr. Cass. 5 giugno 1992 n. 6956; Trib. Milano 17 luglio 1989; Cass. 26 agosto 1998 n. 8467, tutte in [📖 Agenzia \(contratto di\)](#).

(9) Cfr. Cass. 1° aprile 2004 n. 6482, in [📖 Agenzia \(contratto di\)](#).

(10) Cfr. art. 1752 c.c.

provvisoria, la tutela dei diritti che risulterebbero irrimediabilmente pregiudicati se si attendesse la definizione della lite in sede ordinaria, e può inoltre presentare i reclami che sono necessari per la conservazione dei diritti spettanti al preponente. Ciò significa, in sostanza, che all'agente viene riconosciuto un potere di rappresentanza, connaturale al rapporto di agenzia, per il quale non è necessario un esplicito conferimento, a meno che i poteri che gli vengono attribuiti non siano più ampi di quelli che gli spettano per legge. Esplicita pattuizione sarà poi necessaria ove si voglia in qualche modo limitare, o addirittura escludere, determinate prerogative per l'agente.

Pur assumendo un incarico continuativo e sistematico (quindi anche perdurante nel tempo) a favore del preponente, l'agente resta pur sempre un lavoratore autonomo <sup>(11)</sup>, e come tale assume su di sé il rischio dell'attività svolta, che rimane libero di organizzare come ritiene opportuno, all'interno della zona di competenza. Non sono però mancati casi in cui, a causa della sostanziale ambiguità che connota la figura dell'agente, la giurisprudenza si è trovata a dover sottolineare

---

<sup>(11)</sup> Sui rapporti di lavoro autonomo in generale cfr. C. ASSANTI, *Il lavoro autonomo. Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1986, XV, 1471 ss.; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1996, XXVII; P. SANDULLI, *Il lavoro autonomo. Disposizioni generali*, in P. RESCIGNO (diretto da), *op. cit.*, 1415 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo: I) Diritto del lavoro*, in EGT, 1990, XVIII; più recentemente cfr. infine P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Lavoro autonomo*, VI, Utet, Torino, 2003. Sulla distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 2000, 256 ss. e ivi ampia ed esauriente rassegna delle diverse posizioni dottrinali e, più recentemente, A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in RGL, 2003, I, 221 ss. Cfr. poi L. BUSICO, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo: profili civilistici*, in [www.lavoroprevidenza.com/index.php?iddoc=258](http://www.lavoroprevidenza.com/index.php?iddoc=258), e ivi numerosi riferimenti giurisprudenziali. Sulla distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato — distinzione posta dalla dottrina tradizionale come base della contrapposizione concettuale tra lavoro autonomo e lavoro subordinato — oltre al classico studio di L. MENGONI, *Obbligazioni « di risultato » e obbligazioni « di mezzi »*, in RDComm, 1954, I, 185 ss., cfr. le considerazioni critiche di M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, spec. 95 ss. Cfr. altresì U. PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Vallardi, Milano, 1971. Più recentemente, e con particolare riferimento al lavoro autonomo, cfr., infine C. PONARI, *Le nuove tipologie del lavoro autonomo: obbligazioni di durata e obbligazioni di risultato*, in DML, 2004, n. 1-2, 191.




quali siano gli elementi che distinguono il contratto di agenzia da alcuni contratti di lavoro subordinato.

Particolari dubbi sono sorti in relazione al rapporto del c.d. viaggiatore piazzista di commercio, in relazione al quale è stato evidenziato che, ove l'orario e l'itinerario siano determinati dal preponente, sarà presente il vincolo della subordinazione, mentre la presenza di altri elementi, talora utilizzati come indici rivelatori o criteri guida al fine di distinguere tra contratto di agenzia e contratto di lavoro subordinato, sono particolarmente ambigui, e per questo non possono assumere alcuna rilevanza al fine in esame. Essi sono, in particolare: l'obbligo di relazionare periodicamente al preponente o di partecipare a riunioni periodiche presso la sede dell'impresa; la previsione pattizia di un rimborso totale o parziale delle spese o di un fisso mensile; la fornitura all'agente di un elenco clienti, ecc. <sup>(12)</sup>.

A fomentare ulteriori dubbi ha poi contribuito la stessa disciplina del contratto di agenzia, la quale mostra, come si vedrà, non poche analogie con quella del lavoro subordinato, soprattutto in materia di estinzione e di recesso dal vincolo negoziale <sup>(13)</sup>. A questo proposito

---

<sup>(12)</sup> Cfr. Trib. Bassano del Grappa 11 luglio 2003, in  *Agenzia (contratto di)*.

<sup>(13)</sup> Cfr. F. BOCHICCHIO, *Contratto di agenzia e contratto di lavoro dipendente: la linea di distinzione*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1999, fasc. 3, 397. L'Autore premette che il contratto di agenzia è un contratto di lavoro autonomo, caratterizzato dall'obbligazione dell'agente di promuovere contratti per conto del preponente, e dopo averne messo in luce i tratti caratteristici ne pone in risalto le differenze con il contratto di lavoro dipendente. L'indagine prende poi in considerazione i contratti collegati al contratto di agenzia, nonché gli incarichi accessori al medesimo; F. BOCHICCHIO, *La distinzione tra contratto di agenzia e contratto di lavoro subordinato: le nuove frontiere del lavoro autonomo e i profili dubbi, con particolare riferimento al minimo ed all'incarico accessorio di supervisione su altri agenti* (Nota a Cass. 27 gennaio 1998, n. 813), in *NGCC*, 1999, fasc. 3, pt. 1, 334. L'Autore commenta, nel presente scritto, una pronunzia che si pone, sia pure implicitamente, in contrasto con il recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, la quale, al fine di individuare una linea di discriminazione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, fornisce rilievo, non solo prevalente ma pressoché esaustivo, alla qualificazione fornita dalle parti. La sentenza in esame, infatti, attribuisce importanza alla qualificazione funzionale, nel cui ambito ruolo decisivo è attribuito alla deduzione o meno in contratto di una prestazione promozionale a rischio economico (quindi in autonomia di organizzazione) dell'agente. L'Autore pare condividere quest'ultimo orientamento, soprattutto sulla base della considerazione che, seguendo all'opposto l'orientamento dominante fino alle estreme conseguenze, si consentirebbe, in virtù di una mera qualificazione consensuale, la rinuncia ai fondamentali diritti del lavoratore, rinuncia che, nell'ordinamento, è subordinata ai rigorosi limiti di cui all'art. 2113 c.c. L'Autore approfondisce poi

occorre poi rilevare che per gli agenti esiste anche un rilevante fenomeno di autotutela collettiva, che porta alla stipulazione di accordi (economici) sulla falsariga di quanto avviene nell'area del lavoro subordinato, e che la legge n. 533/1973 <sup>(14)</sup>, nei casi in cui la prestazione dell'agente abbia un carattere prevalentemente personale, ha previsto nei confronti di quest'ultimo l'applicazione pure delle norme sul processo del lavoro <sup>(15)</sup>.

A seguito dei più recenti assetti contrattuali e delle contestuali modifiche legislative, in relazione alla figura dell'agente è stato però sottolineato come essa si vada sempre più allontanando sia dal modello tipico di lavoratore subordinato, sia da quello del « parasubordinato », assumendo caratteri speciali. In particolare, secondo un'interpretazione <sup>(16)</sup>, la differenziazione risulterebbe ancor più visibile a seguito del decreto legislativo n. 276/2003, in quanto quest'ultimo provvedimento parrebbe fare riferimento ad un modello di lavoratore « parasubordinato » diverso rispetto all'agente di commercio, che da sempre aveva invece costituito il prototipo generale.

Passando ora ad analizzare la disciplina dell'istituto in oggetto, dal dispositivo codicistico si evince innanzitutto che il contratto di agenzia è un contratto oneroso, nel senso che il corrispettivo ne rappresenta un elemento essenziale, oltre ad essere, naturalmente, la prestazione principale posta a carico del preponente.

Anche la delimitazione del luogo in cui gli affari devono essere svolti è un elemento essenziale del contratto, ed è spesso finalizzata ad individuare la potenziale clientela con la quale il preponente desidera entrare in contatto.

Quanto alla forma del contratto, è richiesto che essa sia scritta, ma semplicemente *ad probationem*, con l'ovvia conseguenza che non sarà possibile provare l'esistenza del rapporto per testimoni <sup>(17)</sup>. A seguito, però, delle modifiche al comma 2 dell'articolo 1742 c.c., introdotte dal

---

l'analisi della questione anche attraverso richiami ai precedenti giurisprudenziali ed alle opinioni espresse in dottrina.

<sup>(14)</sup> In  *Processo del lavoro*.

<sup>(15)</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto di agenzia (d.lgs. n. 65 del 1999)*, in *DRI*, 2000, 320.

<sup>(16)</sup> Cfr. M. MISCIONE, *Qualificazione dell'agente di commercio*, in *LG*, 2003, 7, 605; ma sul tema cfr. anche F. PARRELLA, *Agenti e procacciatori d'affari nel settore finanziario alla prova del « decreto Biagi »*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2004, fasc. 3, 429.

<sup>(17)</sup> Cfr. artt. 2724 e 2725 c.c.


decreto legislativo n. 65/1999 <sup>(18)</sup> e resesi necessarie a causa della procedura di infrazione avviata nei confronti dello Stato italiano per l'incompleta attuazione della direttiva n. 86/653/CEE <sup>(19)</sup>, ciascuna parte ha ora il diritto — peraltro irrinunciabile — di ottenere dall'altra un documento debitamente sottoscritto che riproduca il contenuto del contratto e delle eventuali clausole aggiuntive <sup>(20)</sup>.

Più specificamente, la direttiva attribuiva a ciascuna parte il diritto « di chiedere ed ottenere dall'altra parte un documento firmato, riprodotto il contenuto del contratto di agenzia » (articolo 13, paragrafo primo), ma lasciava agli Stati membri la facoltà di prescrivere la forma scritta ai fini della validità del medesimo (articolo 13, paragrafo secondo). Com'è stato osservato in dottrina <sup>(21)</sup>, il disposto dell'articolo 13, paragrafo primo, mirava naturalmente a tutelare l'interesse delle parti (tanto nell'ipotesi di contratto stipulato oralmente, quanto nel caso di modifiche orali apportate ad un contratto scritto) a che i termini dell'accordo venissero formalizzati per iscritto, così da evitare incertezze circa i rispettivi diritti ed obblighi. Il vecchio articolo 1742 c.c., però, prevedendo il diritto di ciascuna parte « di ottenere dall'altra una copia del contratto dalla stessa sottoscritto », non aveva dato corretta attuazione alla direttiva, in quanto il diritto di ottenere un documento che riproduceva il contenuto del contratto avrebbe potuto essere esercitato soltanto qualora le parti avessero già stipulato un contratto scritto. Il nuovo articolo 1742, comma 2, c.c., invece, parafrasando l'articolo 13, paragrafo primo, della direttiva, fornisce ora una tutela alle parti anche nell'ipotesi in cui il contratto di agenzia non sia stato originariamente stipulato per iscritto.

Com'è stato giustamente sottolineato <sup>(22)</sup>, però, l'imposizione della forma scritta *ad probationem* potrebbe seriamente danneggiare la parte contrattualmente più debole in tutti i casi in cui essa sia costretta ad agire giudizialmente nei confronti della controparte che non abbia consegnato il documento contrattuale dalla stessa sottoscritto, in quanto ciò significherebbe di fatto impedire l'esercizio del diritto contemplato dall'articolo 1742, comma 1, c.c. Questo perché, natural-

---

<sup>(18)</sup> In  *Agenzia (contratto di)*.

<sup>(19)</sup> In  *Agenzia (contratto di)*.

<sup>(20)</sup> Cfr. art. 1742, comma 2, c.c.

<sup>(21)</sup> Cfr. F. BORTOLOTTI, C. MOSCA, *La nuova disciplina dell'agenzia commerciale*, Cedam, Padova, 1999, 44.

<sup>(22)</sup> Cfr. F. BORTOLOTTI, C. MOSCA, *op. cit.*, 49.

mente, chi eventualmente agisse in giudizio sarebbe in grado di provare soltanto per testimoni i termini del contratto e le modifiche ad esso apportate oralmente, anche ove lo stesso fosse stato concluso per iscritto. Così, per non vanificare la tutela accordata alle parti dalla norma in esame, nell'ipotesi sopra illustrata non dovrebbe operare la regola della forma scritta *ad probationem* prevista dall'articolo 1742, comma 2, c.c., ma ciascuna parte dovrebbe essere posta nelle condizioni di agire giudizialmente nei confronti dell'altra per ottenere un documento scritto che riproduca gli accordi orali, fornendo anche per testimoni la prova di tali accordi. Una volta ottenuto il documento, la parte in questione potrebbe utilizzare successivamente lo stesso per far valere in giudizio i diritti derivanti dal contratto di agenzia il cui contenuto non potrebbe, invece, a questo punto, essere provato per testimoni (23).

## 2. Il diritto di esclusiva.

Tra i diritti delle parti del contratto di agenzia vi è il diritto di esclusiva, in virtù del quale, nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività, il preponente non può avvalersi contemporaneamente di più agenti, né l'agente può assumere l'incarico di trattare gli affari di più imprese in concorrenza tra loro (24). Si ritiene che l'agente non possa poi nemmeno concludere affari per conto proprio, ad esempio come titolare o socio di un'impresa che produca prodotti in concorrenza.

Onde evitare poi che il preponente, sfruttando l'attività dell'agente che lo ha messo in contatto con i terzi contraenti, concluda direttamente gli affari, è riconosciuta all'agente una sorta di provvigione indiretta, proprio a garanzia del suo diritto di esclusiva. L'articolo

---

(23) Cfr. F. BORTOLOTTI, C. MOSCA, *op. cit.*, 48-49.

(24) Cfr. art. 1743, c.c. Sul patto di esclusiva cfr. F. BOCHICCHIO, *Il patto di esclusiva — in pendenza di contratto — tra preponente ed agente e la tutela della concorrenza e dei clienti: un falso problema*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2004, fasc. 2, 381; A. GNAN, *Sul diritto di esclusiva nel contratto di agenzia* (Nota a App. Torino 1 agosto 2000), in *GPiem*, 2001, fasc. 1, 83; L. D'ARCANGELO, *Contratto di agenzia e concessione di vendita in esclusiva* (Nota a Pret. Cosenza 15 febbraio 1999), in *RGL*, 2000, fasc. 2, pt. 2, 336; A. FORCHINO, *Mediazione atipica con clausola di esclusiva e di rinuncia a revocare l'incarico prima della scadenza del termine di efficacia del contratto* (Nota a Cass. sez. III civ. 1 giugno 2000, n. 7273), in *CG*, 2000, fasc. 12, 1613; M. POLLAROLI, *Appunti sull'esclusiva nel contratto d'agenzia* (Nota a Cass. sez. lav. 13 dicembre 1999, n. 13981), in *OGL*, 2000, fasc. 1, pt. 6, 316.


1748, comma 2, c.c. stabilisce infatti che la provvigione gli è dovuta « anche per gli affari conclusi dal preponente con terzi che l'agente aveva in precedenza acquisito come clienti per affari dello stesso tipo » — escludendo così gli affari di tipo diverso, come ad esempio quelli relativi ad un settore merceologico non trattato dall'agente <sup>(25)</sup> —, nonché per gli affari conclusi dal preponente con clienti « appartenenti alla zona o alla categoria o gruppo di clienti riservati all'agente, salvo che sia diversamente pattuito » <sup>(26)</sup>.

In realtà, come è stato osservato <sup>(27)</sup>, la prima tra le due ipotesi appena accennate potrebbe anche riguardare l'agente non esclusivo. In particolare, si è sostenuto che con la previsione del diritto alla provvigione sui c.d. « affari successivi » il legislatore avrebbe inteso tutelare in generale l'agente non esclusivo per il caso di affari conclusi direttamente dal preponente (e, quindi, senza il contributo dell'agente) con clienti in precedenza procurati dall'agente medesimo <sup>(28)</sup>. Affari in relazione ai quali l'agente — proprio perché privo di esclusiva — non potrebbe altrimenti pretendere il pagamento di una provvigione. La norma avrebbe, cioè, lo scopo di evitare che il preponente possa indebitamente avvantaggiarsi dell'opera dell'agente non esclusivo contattando direttamente i clienti da questi acquisiti e sottraendosi in tal modo all'obbligo di pagamento delle provvigioni sugli « affari dello stesso tipo » conclusi con tali clienti senza il tramite dell'agente.

Quanto alla seconda ipotesi, la giurisprudenza è comunque intervenuta con una ulteriore precisazione, statuendo che il diritto dell'agente a conseguire le provvigioni per le vendite concluse direttamente dal preponente nella zona riservata allo stesso agente presuppone che lo scambio fra le prestazioni corrispettive avvenga in maniera immediata e diretta tra preponente e controparte acquirente, senza l'intervento di soggetti interposti e senza ulteriori passaggi intermedi <sup>(29)</sup>.


---

<sup>(25)</sup> Cfr. F. BORTOLOTTI, *Le nuove norme sul contratto di agenzia introdotte dal d. legisl. 65/1999, con particolare riferimento alla disciplina delle provvigioni*, in *CI/Europa*, 1999, fasc. 1, 129.

<sup>(26)</sup> Per il concetto di appartenenza ad una determinata « zona » cfr. C. Giust. 12 dicembre 1996, causa C-104/95, *Kontogeorgas c. Kartonpak AE*, in  *Agenzia (contratto di)*.

<sup>(27)</sup> Cfr. R. SCORCELLI, *Le recenti modifiche alle disposizioni del Codice Civile in materia di contratto di agenzia*, in [www.di-elle.it/approfondimenti-frameset.htm](http://www.di-elle.it/approfondimenti-frameset.htm).

<sup>(28)</sup> Cfr. F. BORTOLOTTI, C. MOSCA, *op. cit.*, 1999, 57.

<sup>(29)</sup> Cfr. Cass. 22 agosto 2001 n. 11197, in  *Agenzia (contratto di)*.

### 3. Obblighi dell'agente e del preponente.

In materia di obblighi che il legislatore pone a carico delle parti del contratto di agenzia si deve sottolineare che, per quanto concerne il preponente, nel nuovo articolo 1749 è stata recepita buona parte della disciplina dettata dalla precedente versione dell'articolo 1748. Essi riguardano così, in primo luogo, la necessità di mettere a disposizione dell'agente la documentazione necessaria relativa ai beni o ai servizi trattati e di fornire all'agente le informazioni necessarie all'esecuzione del contratto. Essi consistono inoltre nell'avvertire l'agente, entro un termine ragionevole, delle eventuali previste flessioni del volume d'affari, oltre che dell'accettazione, del rifiuto e della mancata esecuzione di un affare procuratogli <sup>(30)</sup>.

Il preponente deve altresì consegnare all'agente un estratto conto delle provvigioni dovute entro un termine stabilito dalla legge (l'ultimo giorno del mese successivo al trimestre nel corso del quale esse sono maturate), che vale anche come data ultima per l'effettivo pagamento delle medesime all'agente <sup>(31)</sup>. L'agente ha poi diritto di ricevere tutte le informazioni necessarie per verificare l'importo delle provvigioni liquidate, ed in particolare un estratto dei libri contabili <sup>(32)</sup>.

Rispetto al regime previgente, le novità introdotte dalla riforma del 1999 sono fondamentalmente due. In primo luogo, anche il preponente, così come l'agente <sup>(33)</sup>, è chiamato espressamente ad agire con lealtà e buona fede <sup>(34)</sup>. In secondo luogo, è sancita la nullità di qualsiasi convenzione che deroghi, anche solo in parte, agli obblighi posti a carico del preponente <sup>(35)</sup>.

Quanto all'agente, va evidenziato come a quest'ultimo, in generale, a seguito dell'intervento del legislatore del 1999, sia semplicemente richiesto, nell'esecuzione dell'incarico, di tutelare gli interessi del preponente e di agire con lealtà e buona fede. Il che costituisce, a ben guardare, la mera specificazione del generale principio in materia di obbligazioni, così che nulla pare essersi aggiunto rispetto alla

---

<sup>(30)</sup> Cfr. art. 1749, comma 1, c.c.

<sup>(31)</sup> Cfr. art. 1749, comma 2, c.c.

<sup>(32)</sup> Cfr. art. 1749, comma 4, c.c.

<sup>(33)</sup> Cfr. art. 1746, comma 1, c.c.

<sup>(34)</sup> Cfr. art. 1749, comma 1, c.c.

<sup>(35)</sup> Cfr. art. 1749, comma 4, c.c.

previgente disciplina <sup>(36)</sup>. Più in particolare, l'agente deve adempiere l'incarico affidatogli in conformità delle istruzioni ricevute, e fornire al preponente le informazioni riguardanti le condizioni del mercato nella zona assegnatagli, oltre ad ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari. L'obbligo di fornire informazioni al preponente era già previsto dal testo precedente dell'articolo 1746, comma 1, c.c., ed esponeva l'agente ad una possibile risoluzione del contratto per sua colpa. Con riguardo all'obbligo, anch'esso già previsto, di conformarsi alle istruzioni ricevute, si ritiene poi che le indicazioni del preponente non debbano in nessun caso ledere l'autonomia dell'agente, ad esempio limitandone la libertà di movimento o di orario. Posto poi che, secondo la legge, ogni patto contrario è nullo, non sarà possibile alle parti derogare alle disposizioni appena richiamate.

L'agente deve altresì osservare gli obblighi che incombono sul commissionario, ma, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 526/1999 <sup>(37)</sup>, viene fatta eccezione per quelli inerenti lo « star del credere » (di cui all'articolo 1736 c.c.) <sup>(38)</sup>, in virtù dei quali chi ne è gravato deve garantire al committente il regolare adempimento dell'obbligazione del terzo e il buon esito dell'affare, nel senso che risponderà con il proprio patrimonio se i soggetti con cui ha contrattato si riveleranno inadempienti.

Ciò significa che per l'agente sarà vietato il patto che ponga a suo carico una responsabilità, anche solo parziale, per l'inadempimento del terzo. È però consentito eccezionalmente alle parti di concordare di volta in volta la concessione di una apposita garanzia da parte dell'agente, anche se soltanto a particolari condizioni. Innanzitutto, ciò deve avvenire con riferimento a singoli affari, di particolare natura ed importo, individualmente determinati. In secondo luogo, l'obbligo di

---

<sup>(36)</sup> Cfr. R. SCORCELLI, *op. cit.*, che opera un puntuale parallelo tra vecchia e nuova versione dell'articolato codicistico.

<sup>(37)</sup> In  *Agenzia (contratto di)*.

<sup>(38)</sup> Sullo star del credere cfr. N. ALESSANDRI, *Contratto di agenzia: star del credere addio*, in *LG*, 2000, fasc. 3, 213; F. DI CIOMMO, *Lo « star del credere » dell'agente: responsabilità oggettiva e compenso non espressamente previsto* (Nota a Cass. sez. lav. 3 giugno 1999, n. 5441), in *Disciplina del commercio*, 2000, fasc. 1, 200; D. MENCIASSI, *La Legge Comunitaria 1999 elimina lo « star del credere »*, in *Notiziario del lavoro e Previdenza*, 2000, fasc. 5, 381; F. DI CIOMMO, *Il contratto di agenzia tra nuove regole e vecchie incertezze: lo « star del credere » ancora al vaglio della Cassazione* (Nota a Cass. sez. lav. 3 giugno 1999, n. 5441), in *FI*, 1999, fasc. 7-8, pt. 1, 2192.



garanzia assunto dall'agente deve essere di ammontare più elevato della provvigione che per quell'affare l'agente medesimo avrebbe diritto a percepire, e infine per l'agente deve essere previsto un apposito corrispettivo <sup>(39)</sup>. Prima della ricordata legge n. 526/1999, al contratto di agenzia poteva essere aggiunta la clausola dello « star del credere », anche se ad essa non si applicava la disciplina di cui all'articolo 1736 c.c., bensì quella contenuta negli accordi economici collettivi. Al riguardo, si era rilevato che, mentre nel contratto di commissione la previsione dello star del credere generalmente rispondeva — e tuttora risponde — ad un'esigenza di garanzia per l'adempimento del terzo, sconosciuto al committente, lo star del credere nel contratto di agenzia aveva invece la funzione di cautelare il preponente di fronte alla scarsa diligenza dell'agente nello svolgimento della sua attività di promozione e conclusione di contratti <sup>(40)</sup>. Il legislatore, con le modifiche apportate alla disciplina previgente, ha inteso però escludere una garanzia generalizzata, sostituendola con una garanzia riferita a singoli affari e di portata limitata, in quanto individualizzata.

Va ricordato infine che l'agente non ha generalmente la facoltà di riscuotere i crediti del preponente. Questa facoltà può però essergli attribuita espressamente (non importa se per iscritto, verbalmente, o anche di volta in volta, in relazione al compimento di ogni singolo affare), anche se, senza speciale autorizzazione, egli non può comunque concedere sconti o dilazioni, ossia agevolazioni di pagamento che comportino riduzioni sul prezzo, o la possibilità di pagarlo in momenti successivi <sup>(41)</sup>.

#### 4. Impedimento e diritti dell'agente.

L'agente che non è in grado di eseguire l'incarico affidatogli deve darne immediato avviso al preponente, o sarà tenuto al risarcimento del danno <sup>(42)</sup>. Più in particolare, se il rapporto di agenzia è a tempo indeterminato, esso si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando il preponente non ha più interesse ad esigere la prestazione, mentre, se è a tempo determinato, il preponente può chiedere la risoluzione del contratto se non ha interesse all'adempimento parziale, ossia alla parte

---

<sup>(39)</sup> Cfr. art. 1746, comma 3, c.c.

<sup>(40)</sup> Cfr. R. BALDI, *op. cit.*, 169.

<sup>(41)</sup> Cfr. art. 1744 c.c.

<sup>(42)</sup> Cfr. art. 1747 c.c.



di prestazione svolta prima del verificarsi della causa di impossibilità sopravvenuta.

Per tutti gli affari conclusi durante il contratto, quando l'operazione è stata conclusa per effetto del suo intervento, l'agente ha poi diritto alla provvigione <sup>(43)</sup>, ossia ad una percentuale sull'importo lordo degli affari andati « a buon fine » <sup>(44)</sup>. Naturalmente si tratta di tutte le ipotesi in cui manca un'esclusiva a favore dell'agente <sup>(45)</sup>. Salvo che sia diversamente pattuito, la provvigione spetta all'agente dal momento e nella misura in cui il preponente ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione in base al contratto concluso con il terzo o, al più tardi ed inderogabilmente <sup>(46)</sup>, dal momento e nella misura in cui il terzo ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione qualora il preponente avesse eseguito la prestazione a suo carico <sup>(47)</sup>.

Da ciò si desume che, mentre il diritto alla provvigione non sorge più (come era precedentemente previsto) con la corretta esecuzione del contratto tra preponente e terzo, bensì già nel momento in cui il contratto è concluso, l'esigibilità della provvigione viene invece ricollegata all'esecuzione del contratto, salva in ogni caso, per le parti, la possibilità di stabilire pattiziamente un diverso momento.

Secondo la giurisprudenza, poi, nel caso in cui insorga una controversia tra agente e preponente in relazione all'accertamento del diritto del primo al pagamento delle provvigioni, incomberà sullo stesso agente l'onere di provare che gli affari da lui promossi sono

---

<sup>(43)</sup> Sul diritto alla provvigione cfr. C. GIAPPICHELLI, *Rapporto di agenzia privilegio e indennità*, in *Studium iuris*, 2003, fasc. 2, 233; M. POLLAROLI, *Il diritto alla provvigione del procuratore d'affari* (Nota a Cass. sez. II 6 aprile 2000, n. 4327), in *I Contratti*, 2001, fasc. 4, pt. 2, 366; F. DI CIOMMO, *Diritto alle provvigioni e recesso dell'agente per giusta causa* (Nota a Cass. sez. lav. 2 maggio 2000, n. 5467), in *Disciplina del commercio*, 2000, fasc. 3, 1087; M. FABIANI, *Il contrasto circa il privilegio dell'agente costituito in società di capitali sul credito per provvigioni* (Nota a Cass. sez. I civ. 15 giugno 2000, n. 8171, Cass. sez. I civ. 14 giugno 2000, n. 8114), in *FI*, 2000, fasc. 12, pt. 1, 3525; V. MAIO, *La Corte costituzionale e le « ambiguità » del « diritto vivente »: il privilegio del credito per provvigioni e indennità spetta ora soltanto all'agente individuale* (Osservazione a C. Cost. 7 gennaio 2000, n. 1), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, fasc. 2, 1081; F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, 124.

<sup>(44)</sup> Cfr. art. 1748, comma 1, c.c.

<sup>(45)</sup> Cfr. F. BORTOLOTTI, C. MOSCA, *op. cit.* 57.

<sup>(46)</sup> Cfr. F. BORTOLOTTI, C. MOSCA, *op. cit.* 67 ss.

<sup>(47)</sup> Cfr. art. 1748, comma 4, c.c.

andati a buon fine, ovvero che il mancato pagamento dei premi sia derivato da un fatto imputabile al preponente <sup>(48)</sup>.


Nel regime previgente era previsto che qualora l'affare avesse avuto un'esecuzione soltanto parziale, la provvigione spettasse all'agente in proporzione alla parte eseguita: tale norma si ritiene ora assorbita all'interno del comma 4 dell'articolo 1748 c.c., dal momento che esso stabilisce che la provvigione sarà dovuta « nella misura in cui il terzo ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione ».

Nell'intento di assicurare all'agente un'adeguata tutela nel caso di cessazione del rapporto con il preponente, l'articolo 1748, comma 3, c.c. stabilisce che egli ha diritto alla provvigione sugli affari conclusi dopo la data di scioglimento del contratto sia nel caso in cui la proposta sia pervenuta (al preponente o all'agente) in data antecedente, sia se gli affari sono stati conclusi entro un termine ragionevole dalla data di scioglimento del contratto e la conclusione è da ricondurre prevalentemente all'attività da lui svolta. In tali casi, la provvigione è anzi dovuta solo all'agente precedente, salvo che da specifiche circostanze risulti equo ripartire la provvigione con altri agenti eventualmente intervenuti <sup>(49)</sup>.

Se il preponente e il terzo si accordano per non dare, in tutto o in parte, esecuzione al contratto, l'agente ha diritto, per la parte ineseguita, ad una provvigione ridotta nella misura determinata dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità <sup>(50)</sup>. Tale fattispecie, si è detto <sup>(51)</sup>, naturalmente è configurabile solo quando la mancata esecuzione è dovuta ad un accordo tra le parti intervenute successivamente alla conclusione del contratto e, pertanto, la stessa non ricorre qualora il contratto stesso consenta ad una delle parti di non eseguire la sua prestazione, ovvero la mancata esecuzione sia dovuta a causa non imputabile al preponente.

L'agente è poi tenuto a restituire le provvigioni riscosse solo nella ipotesi e nella misura in cui sia certo che il contratto tra il terzo e il

---

<sup>(48)</sup> Cfr. Cass. 22 novembre 2003 n. 12838, in  *Agenzia (contratto di)*.

<sup>(49)</sup> Sul punto cfr. Cfr. F. BORTOLOTTI, C. MOSCA, *op. cit.*, 60.

<sup>(50)</sup> Cfr. art. 1748, comma 5, c.c., che riproduce letteralmente il dettato del vecchio art. 1749, comma 2, c.c. In precedenza, la materia nel complesso era regolata dall'art. 1749 c.c., che contemplava il diritto dell'agente di ottenere la provvigione anche per gli affari non eseguiti per causa imputabile al preponente.

<sup>(51)</sup> Cfr. R. SCORCELLI, *op. cit.*

preponente non avrà esecuzione per cause non imputabili al preponente, ed è nullo ogni eventuale patto più sfavorevole all'agente <sup>(52)</sup>.

Quest'ultimo, infine, non ha diritto al rimborso delle spese di agenzia <sup>(53)</sup>, ossia di tutte le spese causalmente collegate all'attività di promozione dei contratti, come, ad esempio, le eventuali spese pubblicitarie sostenute per incrementare il proprio volume di affari, o le spese di viaggio per raggiungere i potenziali clienti all'interno della zona assegnata.

## **5. Durata del contratto, recesso ed indennità dovuta in caso di cessazione del rapporto.**

Il contratto di agenzia è un contratto di durata, in quanto la sua esecuzione (nella fattispecie, l'obbligo di promuovere la conclusione degli affari) si protrae nel tempo per soddisfare un interesse del creditore che si estende anch'esso nel tempo. Ciò comporta che il contratto possa essere a tempo indeterminato o a tempo determinato, con la particolare previsione, in quest'ultimo caso, che, ove esso continui ad essere eseguito dalle parti successivamente alla scadenza del termine, si trasformerà in contratto a tempo indeterminato <sup>(54)</sup>.

Se il contratto di agenzia è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto stesso dandone preavviso all'altra entro un termine stabilito <sup>(55)</sup>. Per questa dichiarazione non è richiesta una forma particolare, né è necessaria l'accettazione, ciò che rileva è soltanto che essa giunga a conoscenza dell'altra parte. Il codice civile prevede una durata minima del preavviso, differenziata proporzionalmente alla durata del contratto di agenzia <sup>(56)</sup>, ma le parti possono concordare termini di preavviso di maggiore durata, anche se il preponente non può osservare un termine inferiore a quello posto a carico dell'agente <sup>(57)</sup>.

Secondo la giurisprudenza, poi, la mancata concessione del termine di preavviso, ovvero la concessione di un termine inferiore a quello dovuto, non travolge né rende invalido il recesso come manife-

---

<sup>(52)</sup> Cfr. art. 1748, comma 6, c.c.

<sup>(53)</sup> Cfr. art. 1748, comma 7, c.c.

<sup>(54)</sup> Cfr. art. 1750, comma 1, c.c.

<sup>(55)</sup> Cfr. art. 1750, comma 2, c.c.

<sup>(56)</sup> Cfr. art. 1750, comma 3, c.c.

<sup>(57)</sup> Cfr. art. 1750, comma 4, c.c.

stazione di volontà di porre fine al rapporto; in tale caso, infatti, la clausola nulla viene sostituita di diritto dalla norma imperativa che impone la concessione del preavviso (secondo quanto dispone l'articolo 1419, comma 2, c.c.) <sup>(58)</sup>.

Nel caso poi in cui il preavviso non venga dato, colui cui viene comunicato il recesso avrà diritto ad un'indennità sostitutiva, pari alla base del volume di affari conclusi e regolarmente eseguiti nell'anno precedente.

Secondo la giurisprudenza, gli articoli 1750 e 1751 c.c., anche nel nuovo testo introdotto dagli articoli 3 e 4 del decreto legislativo n. 303/1991 <sup>(59)</sup>, pur avendo indubbiamente accresciuto i livelli di garanzia per l'agente, non hanno comunque introdotto un regime di stabilità reale o obbligatoria del rapporto <sup>(60)</sup>, posto che manca un qualsiasi riferimento alla giustificazione del recesso.

Apprendo una serie di disposizioni inderogabili a svantaggio dell'agente <sup>(61)</sup>, il comma 1 dell'articolo 1751, c.c., stabilisce che, all'atto della cessazione del rapporto, il preponente è tenuto a corrispondere all'agente un'indennità (c.d. indennità di clientela), che costituisce una sorta di compenso per aver fatto conoscere il preponente in una determinata zona e ad una determinata clientela, procurandogli così un vantaggio economico <sup>(62)</sup>. Tale indennità è dovuta, però, soltanto nel

<sup>(58)</sup> Cfr. Cass. 6 agosto 2002 n. 11791, in *AAVV Agenzia (contratto di)*.

<sup>(59)</sup> In *AAVV Agenzia (contratto di)*.

<sup>(60)</sup> Cfr. Cass. 26 maggio 2004 n. 10179, in *AAVV Agenzia (contratto di)*.

<sup>(61)</sup> Cfr. art. 1751, comma 6, c.c.

<sup>(62)</sup> Sulla cessazione del rapporto e sulla relativa indennità cfr. M. FERI, *Indennità di cessazione del rapporto nel contratto di agenzia: prevalenza dell'art. 1751 c.c. o degli A.E.C.? (Nota a Trib. Firenze 7 luglio 2003)*, in *Foro toscano*, 2004, fasc. 1, pt. 2, 56-58; C. MUSSO, *In tema di indennità di cessazione del rapporto di agenzia (Nota a Trib. Palermo sez. lav. 16 maggio 2002)*, in *GComm*, 2004, fasc. 2, pt. 2, 249-251; R. SCORCELLI, *Ancora sull'art. 1751 c.c. e sulla validità dei cd. Accordi ponte (Nota a App. Milano 3 luglio 2001)*, in *D&L*, 2002, fasc. 1, 135; L. ANTONETTO, *Indennità di fine rapporto di agenzia: la disarmonia delle sfere di legittimità (Nota a Cass. sez. lav. 29 luglio 2002, n. 11189, Cass. sez. lav. 6 agosto 2002, n. 11791)*, in *GI*, 2003, fasc. 1, 101; R. BALDI, *La meritocrazia nell'indennità di fine contratto di agenzia (Commento a Cass. sez. lav. 29 luglio 2002, n. 11189)*, in *I Contratti*, 2003, fasc. 1, 42; M. PAULLI, *Rapporto di agenzia: l'indennità di cessazione tra equità e contrattazione collettiva (Nota a Cass. sez. lav. 29 luglio 2002 n. 11189 e Appello Milano 21 novembre 2002)*, in *D&L*, 2003, fasc. 1, 135; L. ANTONETTO, *I nuovi accordi collettivi per gli agenti: le indennità di fine rapporto (alla « luce » di Cass. 30 agosto 2000, n. 11402; Cass. 29 luglio 2002, n. 11189; Cass. 6 agosto 2002, n. 11791)*, in *GPiem*, 2002, fasc. 3, 372; F. PIRELLI, *Rapporto d'agenzia e giusta causa di recesso dell'agente (Nota a Trib. Firenze 23 ottobre 2001)*, in *D&L*, 2002,

caso in cui ricorrano contemporaneamente due condizioni. La prima è che l'agente abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente riceva ancora sostanziali vantaggi derivanti da tali affari, mentre la seconda richiede che il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, con particolare riferimento alle provvigioni che l'agente perde e che risultano dagli affari in questione. L'agente decade comunque dal diritto all'indennità prevista se, nel termine di un anno dallo scioglimento del rapporto, omette di comunicare al preponente l'intenzione di far valere i propri diritti <sup>(63)</sup>.

Secondo la giurisprudenza, il riferimento al criterio dell'equità (che prevede anche l'esame di tutte le circostanze del caso) va in particolare utilizzato non solo per determinare quando l'indennità deve essere erogata, ma anche per la determinazione del suo ammontare. Ciò, secondo un orientamento minoritario, comporta come conseguenza che tale criterio debba ritenersi prevalente sulla contrattazione collettiva tutte le volte in cui la sua applicazione conduca a un trattamento in concreto più favorevole all'agente, restando irrilevante una valutazione *ex ante* della maggior convenienza della regolamentazione pattizia rispetto a quella legale <sup>(64)</sup>. Secondo un diverso — e maggioritario — filone interpretativo <sup>(65)</sup>, al contrario, la valutazione se la regolamentazione pattizia sia o meno pregiudizievole per l'agente rispetto a

---

fasc. 3, 732; P. SORDI, *L'invalidità degli accordi del 1992 sull'indennità di cessazione del rapporto di agenzia* (Nota a Trib. di Treviso 18 giugno 2001), in GC, 2002, fasc. 2, pt. 1, 487; M. TATARELLI, *Recesso ingiustificato dal contratto d'agenzia e tutela d'urgenza* (Nota a ord. Trib. Roma 22 ottobre 2001), in *Il nuovo diritto*, 2002, fasc. 5, pt. 2, 346; N. ALESSANDRI, *Agenzia: indennità di fine rapporto e patto di non concorrenza*, in LG, 2001, fasc. 3, 209; R. BALDI, *Ancora sull'indennità di fine rapporto di agenzia* (Nota a App. Milano sez. lav. 2 marzo 2001, n. 124), in *I Contratti*, 2001, fasc. 11, 1002; F. BORTOLOTTI, *L'indennità di scioglimento del contratto di agenzia nella Direttiva europea e nelle leggi nazionali*, Relazione al convegno sul tema *Contratti di agenzia e distribuzione nell'Unione Europea*, Torino, 25 ottobre 2001, in *CI/Europa*, 2001, fasc. 2, 819; C.M. DALMASSO, *La determinazione secondo equità dell'indennità di cessazione del rapporto di agenzia ... e i suoi riflessi sulla transabilità in sede di conciliazione obbligatoria del relativo diritto*, in LPO, 2001, fasc. 1-2, 11; G. COSCIA, *L'indennità per la cessazione del rapporto di agenzia fra diritto interno e diritto comunitario*, in DE, 1999, fasc. 3, 585.

<sup>(63)</sup> Cfr. art. 1751, comma 5, c.c.

<sup>(64)</sup> Cfr. Cass. 29 luglio 2002 n. 11189, in *AAVV Agenzia (contratto di)*.

<sup>(65)</sup> Cfr. Cass. 30 agosto 2000 n. 11402; Cass. 11 agosto 2000 n. 10659; Cass. 20 dicembre 2002 n. 18283; Cass. 7 febbraio 2004 n. 2383; Cass. 21 ottobre 2003 n. 15726, tutte in *AAVV Agenzia (contratto di)*.

quella legale (con la conseguenza, nella prima ipotesi, della nullità della clausola) deve essere operata proprio *ex ante*, mediante raffronto in astratto delle due regolamentazioni, e non in concreto, cioè in base ai risultati finali dell'attività dell'agente, non ritenendosi possibile, né sul piano obiettivo, né sul piano dell'affidamento delle parti, specie con riferimento ad un rapporto di durata, giudicare della validità delle clausole del negozio costitutivo del rapporto alla luce del risultato economico che le parti conseguirebbero in concreto alla cessazione del rapporto a seconda che si applichi il regime convenzionale o quello legale <sup>(66)</sup>. Quest'ultima soluzione, che pareva condivisa, come già sottolineato, dalla maggior parte delle pronunzie sul tema, risulta però travolta da una recente ordinanza della Suprema Corte <sup>(67)</sup>, con la quale il problema dell'indennità di cessazione per gli agenti è stato rinviato alla Corte di Giustizia Europea. Il che comporterà, come è stato paventato, la necessità di attendere a lungo prima di vedere la questione definitivamente risolta <sup>(68)</sup>.

Ad ogni modo, poiché l'indennità di cessazione del rapporto di agenzia compensa l'agente per l'incremento patrimoniale che la sua attività reca al preponente sviluppando l'avviamento dell'impresa, tale condizione deve sempre ritenersi sussistente, ed è quindi dovuta l'indennità, allorché i contratti conclusi dall'agente siano contratti di durata, in quanto lo sviluppo dell'avviamento e la protrazione dei vantaggi per il preponente, anche dopo la cessazione del rapporto di agenzia, sono *in re ipsa*, mentre resta irrilevante la circostanza che i vantaggi derivanti dai contratti in questione non possano essere ricevuti dal preponente per suo fatto volontario <sup>(69)</sup>.

L'indennità è poi dovuta anche in caso di morte dell'agente <sup>(70)</sup>.

Vi sono al contrario alcune circostanze in cui l'indennità non è

<sup>(66)</sup> Sul tema cfr. D. ZAVALLONI, *L'art. 1751 c.c. e la giurisprudenza di Cassazione (appunti per una critica ragionata)*, in *LG*, 2004, 964; G. TRIONI, *Ancora sui rapporti fra l'art. 1751 c.c. e la disciplina collettiva in materia di indennità di scioglimento del contratto di agenzia*, in *RIDL*, 2003, II, 305.

<sup>(67)</sup> Cfr. Cass. ordinanza 18 ottobre 2004 n. 20410, in *AAVV Agenzia (contratto di)*.

<sup>(68)</sup> Cfr. M. MISCIONE, *Per l'indennità di cessazione degli agenti di commercio rinvio alla corte europea* (Cass. ordinanza 18 ottobre 2004 n. 20410, cit.), in *LG*, 2005, n. 1, 29 ss.

<sup>(69)</sup> Nel caso di specie, consistente nella deliberazione di porre in liquidazione la società: cfr. Cass. 26 giugno 2002 n. 9317, in *AAVV Agenzia (contratto di)*.

<sup>(70)</sup> Cfr. art. 1751, comma 7, c.c.

dovuta <sup>(71)</sup>. In primo luogo, quando il preponente risolve il contratto per un'inadempimento imputabile all'agente, la quale, per la sua gravità, non consente di proseguire il rapporto nemmeno temporaneamente. In questi casi si parla di giusta causa di recesso dal rapporto di agenzia. Secondo la giurisprudenza, essa costituisce un'ipotesi normativa che è desumibile per analogia dalla norma sul licenziamento per giusta causa nel lavoro subordinato (come ora confermato dall'articolo 1751 c.c., che parla appunto — ai fini dell'esclusione del diritto all'indennità di cessazione del rapporto — di « inadempimento imputabile all'agente, la quale, per la sua gravità, non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto »), salva, naturalmente, la necessità di tenere conto della specificità delle varie situazioni. Detta ipotesi normativa, non diversamente da quella relativa al lavoro subordinato, è infatti caratterizzata da una certa genericità, che la giurisprudenza ha generalmente interpretato in sede applicativa in correlazione allo specifico tipo di situazione oggetto di esame, inquadrando le singole vicende sia in termini fattuali, sia in termini valutativi, entrambi ritenuti funzionali alla loro qualificazione in termini legali <sup>(72)</sup>.

Inoltre, sempre secondo la giurisprudenza, ai fini della legittimità del recesso per giusta causa del preponente rilevano anche le connotazioni soggettive dell'eventuale inadempimento dell'agente. Questo aspetto viene in rilievo, in particolare, nei casi in cui esso si avvalga della collaborazione dei c.d. subagenti. Infatti, la riferibilità all'agente anche dell'attività del subagente, nel quadro dei rapporti del primo con il preponente, non è sufficiente, ai fini del recesso per giusta causa di quest'ultimo, a rendere irrilevanti, sotto il profilo delle necessarie valutazioni soggettive, le ragioni specifiche degli inadempimenti che si collegano alla collaborazione prestata all'agente dal subagente, e in particolare ad una malattia di quest'ultimo. Al contrario, così come in ogni caso in cui l'agente possa dimostrare la presenza di specifici fattori incidenti negativamente sulla sua organizzazione, deve esaminarsi, nel quadro della portata oggettiva degli inadempimenti e della loro incidenza, quali sono gli eventuali aspetti di colpa dell'agente quanto all'insorgenza di tali fattori e, se del caso, alla loro non adeguata o tempestiva eliminazione <sup>(73)</sup>.

Vi sono poi due ulteriori casi in cui l'indennità non è dovuta:

---

<sup>(71)</sup> Cfr. art. 1751, comma 2, c.c.

<sup>(72)</sup> Cfr. Cass. 12 dicembre 2001 n. 15661, in  *Agenzia (contratto di)*.

<sup>(73)</sup> Cfr. sempre Cass. 12 dicembre 2001 n. 15661, cit.



quando l'agente recede dal contratto, a meno che il recesso sia giustificato da circostanze attribuibili al preponente o da circostanze attribuibili all'agente, quali età, infermità o malattia, per le quali non può più essergli ragionevolmente chiesta la prosecuzione dell'attività, e quando, ai sensi di un accordo con il preponente, l'agente cede ad un terzo i diritti e gli obblighi che ha in virtù del contratto d'agenzia.

Quanto all'importo, il codice civile prevede un limite massimo, infatti l'indennità non può superare una cifra annua calcolata sulla base della media annuale delle retribuzioni riscosse dall'agente negli ultimi cinque anni e, se il contratto risale a meno di cinque anni, sulla media del periodo in questione <sup>(74)</sup>.

La concessione dell'indennità non priva comunque l'agente del diritto all'eventuale risarcimento dei danni <sup>(75)</sup>.


In tema di rapporto di agenzia, infine, anche per il subagente — la cui posizione soggettiva si differenzia da quella dell'agente esclusivamente perché nei suoi confronti è un agente ad assumere il ruolo di preponente — vale la regola secondo cui la normativa codicistica in materia di indennità di scioglimento del contratto non è derogabile *in peius* in danno dell'agente <sup>(76)</sup>.

Si ritiene quindi che anche per tali soggetti dovrà valere la regola secondo la quale, in tema di determinazione dell'indennità dovuta all'agente di commercio alla cessazione del rapporto, l'articolo 1751, comma 6, c.c., vieta sì alle parti di derogare a svantaggio dell'agente ai criteri di determinazione ivi stabiliti, ma non trattandosi di una indelegabilità assoluta ed essendo consentita alle parti la deroga non pregiudizievole per l'agente, deve ritenersi ugualmente consentita alla contrattazione collettiva una modificazione pattizia di quei criteri. Così, nella pratica accade che la misura dell'indennità di fine rapporto venga generalmente stabilita dagli accordi economici e collettivi — il che, peraltro, ha generato alcuni problemi di non lieve importanza, quale quello, poc'anzi richiamato, che ha recentemente condotto la Suprema Corte a rinviarne la soluzione alla Corte di Giustizia <sup>(77)</sup>.

---

<sup>(74)</sup> Cfr. art. 1751, comma 3, c.c.

<sup>(75)</sup> Cfr. art. 1751, comma 4, c.c.

<sup>(76)</sup> Cfr. Cass. 22 aprile 2002 n. 5827, in  *Agenzia (contratto di)*.

<sup>(77)</sup> Cfr. *infra*.



## 6. Il patto di non concorrenza.

È possibile, per il preponente e per l'agente, concludere un patto che limiti la concorrenza da parte dell'agente dopo lo scioglimento del contratto (78). Esso però deve avere forma scritta e riguardare la medesima zona, clientela e genere di beni o servizi per i quali era stato concluso il contratto di agenzia, e la sua durata non può eccedere i due anni successivi all'estinzione del contratto (79).

La legge n. 422/2000 (80) ha poi previsto che la nuova disciplina non si applichi a tutti i contratti di agenzia, bensì soltanto agli agenti che esercitino in forma individuale, di società di persone o di società di capitali con un solo socio, nonché, ove previsto da accordi economici nazionali di categoria, alle società di capitali costituite esclusivamente o prevalentemente da agenti di commercio. In questi casi, l'accettazione del patto di non concorrenza comporterà, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all'agente di commercio di una indennità di natura non provvisoria.


Occorre osservare che, a differenza di quanto previsto dall'articolo 2125 c.c. in materia di patto di non concorrenza con i lavoratori subordinati, l'articolo 1751-bis, comma 2, c.c., non impone alle parti di quantificare tale indennità in sede di stipulazione del patto a pena di nullità dello stesso.

Quanto alla misura dell'indennità, essa va commisurata alla durata del patto, alla natura del contratto di agenzia e all'indennità di fine rapporto, e la sua determinazione è affidata alla contrattazione tra le parti, tenuto conto degli accordi economici nazionali di categoria. In mancanza di accordo, l'indennità è determinata dal giudice in via equitativa, tenendo conto di una serie di parametri espressamente

---

(78) Sul patto di non concorrenza cfr. R. SCORCELLI, *Contratto di agenzia e patto di non concorrenza* (Nota a ord. Trib. Milano 23 maggio 2003), in *D&L*, 2003, fasc. 3, 708; N. ALESSANDRI, *Agenzia: indennità di fine rapporto e patto di non concorrenza*, in *LG*, 2001, fasc. 3, 209; L. ANTONETTO, *Il nuovo regime del patto di non concorrenza dell'agente: nuovi e vecchi problemi*, in *GPiem*, 2001, fasc. 2, 169; F. BOCHICCHIO, *Patto di non concorrenza per il periodo successivo all'estinzione del rapporto di agenzia: l'art. 1751-bis c.c. non esaurisce la problematica* (Nota a Pret. Milano 4 giugno 1998), in *GComm*, 1999, fasc. 2, pt. 2, 210. Con particolare riferimento alla controprestazione dovuta per il patto di non concorrenza cfr. poi A. CARESTIA, *L'onerosità del patto di non concorrenza nel rapporto di agenzia* (art. 23 della l. 29 dicembre 2000, n. 422), in *NLCC*, 2001, fasc. 3-4, 471.

(79) Cfr. art. 1751-bis, comma 1, c.c.

(80) In  *Agenzia (contratto di)*.

elencati dalla legge (ossia la media dei corrispettivi riscossi dall'agente in pendenza di contratto e la loro incidenza sul volume d'affari complessivo nello stesso periodo; le cause di cessazione del contratto di agenzia; l'ampiezza della zona assegnata all'agente e l'esistenza o meno del vincolo di esclusiva per un solo proponente).

## 7. Il problema della mancata iscrizione all'albo professionale da parte dell'agente con particolare riferimento al diritto comunitario e comparato.

Vi è un ultimo problema cui fare cenno in materia di contratto di agenzia, posto che, sul medesimo, si sono interrogati numerosi Autori <sup>(81)</sup>: è quello della mancata iscrizione all'albo (o ruolo) professionale da parte dell'agente, ma anche di altre figure, come ad esempio quella del mediatore, con particolare riferimento alla questione se essa determini o meno la nullità del contratto di agenzia.


Anche la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni sul tema <sup>(82)</sup>, statuendo, in alcuni casi, che il soggetto che aveva svolto attività di mediazione in assenza del titolo professionale qualificante (iscrizione nel ruolo degli agenti in affari di mediazione) non poteva vantare il diritto alla provvigione, e doveva perciò restituire quanto eventualmente percepito, in quanto il contratto stipulato risultava affetto da nullità assoluta per contrarietà a norme imperative.

A livello comunitario, però, tale interpretazione è stata disattesa da una fondamentale decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee, la quale ha evidenziato, in particolare, che l'unica condizione tassativamente richiesta dalla direttiva n. 86/653/CEE <sup>(83)</sup>, ai fini della

---

<sup>(81)</sup> Cfr. E.M. TRIPODI, *Agenti di commercio: continua il dilemma tra la validità del contratto e l'obbligo di iscrizione al ruolo* (Commento a Cass. sez. civ. II 17 aprile 2002, n. 5505; Cass. sez. lav. 18 marzo 2002, n. 3914), in CG, 2002, fasc. 10, 1301; M. CAPUTI, *Agenti, mediatori e difetto di iscrizione nei ruoli professionali: « unicuique suum »?* (Osservazioni a Cass. sez. II civ. 17 aprile 2002, n. 5505; Cass. sez. III civ. 2 aprile 2002, n. 4635; Trib. Bergamo 15 maggio 2002), in FI, 2002, fasc. 10, pt. 1, 2709; G. MANNACIO, *L'ex agente abusivo approda in Cassazione* (Nota a Cass. sez. lav. 18 maggio 1999, n. 4817), in LG, 1999, fasc. 9, 830; R. SCORCELLI, *Un caso di applicazione diretta delle direttive comunitarie e la fine del c.d. « agente abusivo »* (Nota a Cass. sez. lav. 18 maggio 1999, n. 4817), in D&L, 1999, fasc. 3, 620.


<sup>(82)</sup> Cfr., in nota a Trib. Avellino 14 febbraio 2001, P. FLAMMIA, *Attività di mediazione e mancata iscrizione all'albo*, in GM, 2001, I, 906.

<sup>(83)</sup> In  Agenzia (contratto di).

validità di un contratto di agenzia, è la forma scritta, e ha perciò ritenuto che « gli Stati membri non possono imporre alcun'altra condizione » diversa da questa <sup>(84)</sup>. Su tale pronunzia si sono levate voci contrastanti: vi è chi ha dissentito <sup>(85)</sup>, ma vi è anche chi si è mostrato concorde con la posizione espressa dalla Corte <sup>(86)</sup>, ritenendo condivisibile l'esclusione della nullità del contratto per mancata iscrizione all'albo degli agenti.

Sulla figura dell'agente, con particolare riferimento ai rapporti con il diritto comunitario e comparato, sono poi numerosi gli interventi dottrinali <sup>(87)</sup>. Particolarmente interessanti, sul punto, appaiono le considerazioni operate in relazione ad una pronunzia che prendeva origine dalla richiesta del Tribunale di Trento di chiarire se la direttiva CEE n. 653/1986 impedisse ad una normativa nazionale di subordinare all'iscrizione dell'agente di commercio in un apposito albo l'iscrizione dello stesso agente nel registro delle imprese <sup>(88)</sup>. Secondo la Corte, la direttiva non si oppone, in via di principio, al fatto che gli Stati membri mantengano registri nei quali gli agenti di commercio debbano o possano iscriversi, ivi compreso un registro delle imprese, a condizione, però, che la mancata iscrizione non pregiudichi la tutela garantita dalla direttiva agli agenti di commercio nei rapporti giuridici con i loro preponenti. Anche la Corte di Cassazione ha poi mostrato di aderire alla giurisprudenza comunitaria, affermando che l'inosservanza dell'obbligo di iscrizione non implica più la nullità del contratto d'agenzia. Infine, pure l'Autorità garante della concorrenza ha ritenuto che l'iscrizione al ruolo degli agenti e dei rappresentanti commerciali costituisca un'ingiustificata restrizione alla concorrenza e un limite non previsto

---

<sup>(84)</sup> Cfr. C. Giust. 30 aprile 1998, causa C-215/97, Bellone, in  *Agenzia (contratto di)*.

<sup>(85)</sup> Cfr. M.P. MONACO, *Validità del contratto di agenzia*, in *Studium iuris*, 2000, 185; ma sul punto cfr. anche F. PIRELLI, *Nullità del contratto di (sub) agenzia per mancata iscrizione al ruolo del (sub) agente ed efficacia delle Direttive comunitarie (Nota a Trib. di Brescia 18 ottobre 1999)*, in *D&L*, 2000, fasc. 3, 766.

<sup>(86)</sup> Cfr. F. BOCHICCHIO, *Contratto di agenzia e mancata iscrizione nel ruolo dei rappresentanti e degli agenti di commercio: effetti civilistici. Il ruolo della nullità nell'attuale ordinamento*, in *NGCC*, 1999, I, 163.

<sup>(87)</sup> Cfr. M. MISCIONE, *Per l'indennità di cessazione degli agenti di commercio rinvio alla corte europea, ecc.*, cit., 23; V. SANGIOVANNI, *Il patto di non concorrenza postcontrattuale tra preponente e agente nel diritto tedesco*, in *CI/Europa*, 2004, n. 1, 121.

<sup>(88)</sup> Cfr. R. FOGLIA, *Iscrizione all'albo degli agenti di commercio e diritto comunitario*, in *DL*, 2003, II, 50.

dalla direttiva, la quale non pone alcuna condizione per l'esercizio dell'attività, consentendo agli Stati un'unica deroga in ordine al requisito della forma scritta per la validità del contratto di agenzia <sup>(89)</sup>.

---

<sup>(89)</sup> Sul tema cfr. anche le riflessioni di V. CAPUANO, *I limiti dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali sugli agenti di commercio* (Nota a C. Giust. sez. V 6 marzo 2003, causa C-485/01), in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, fasc. 3, 1431; A. BERTOLOTTI, *La direttiva comunitaria 86/653/CEE, le modalità ed i ritardi nella sua attuazione e le provvigioni dovute all'agente: ne deriva, per il periodo di attesa, il rischio dell'incertezza del diritto* (Nota a Trib. Bergamo 15 maggio 2002), in *GI*, 2002, fasc. 10, 1890; E. ADOBATI, I. GIANGROSSI, *Necessaria applicabilità della normativa comunitaria in tema di contratto di agenzia indipendentemente dalla legge che regola il contratto* (Nota a C. Giust. 9 novembre 2000, causa C-381/98), in *Diritto del commercio internazionale*, 2001, fasc. 3, 725; F. BORTOLOTTI, *L'indennità di scioglimento del contratto di agenzia nella Direttiva europea e nelle leggi nazionali*, Relazione al convegno sul tema *Contratti di agenzia e distribuzione nell'Unione Europea*, cit., 819; R. BALDI, *Le novità nel contratto di agenzia per l'adeguamento alla Direttiva CEE*, in *I Contratti*, 1999, fasc. 5, 505; Id., *La sentenza della Corte UE e il ruolo degli agenti di commercio* (Nota a C. Giust. sez. I 30 aprile 1998, causa C-215/97), in *I Contratti*, 1999, fasc. 1, 90. È poi opportuno ricordare il particolare approfondimento operato dalla dottrina in relazione al problema dell'efficacia diretta verticale delle direttive comunitarie: cfr. A. LEPORE, *Un ulteriore caso d'estensione dell'efficacia diretta verticale delle direttive comunitarie: la liberalizzazione della figura dell'agente di commercio* (Nota a Cass. sez. lav. 18 maggio 1999, n. 4817), in *DL*, 2000, fasc. 6, pt. 2, 487; R. SCORCELLI, *Un caso di applicazione diretta delle direttive comunitarie e la fine del c.d. « agente abusivo »*, cit., 620.

## 15.

# I CONTRATTI DI LAVORO NEL SETTORE DEI SERVIZI DI MARKETING OPERATIVO

ANDREA CASCIANELLI

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Attuale organizzazione del lavoro e del settore dei servizi di marketing operativo. — 3. Precedente organizzazione del lavoro e del settore dei servizi di marketing operativo. — 4. Modalità di gestione degli attuali rapporti di collaborazione nel settore dei servizi di marketing operativo. — 5. Situazione reale attuale dell'organizzazione del lavoro e del settore dei servizi di marketing operativo.

### 1. Introduzione.

La riforma del mercato del lavoro ha avuto incidenza anche nel settore dei servizi di marketing operativo in cui, fino all'entrata in vigore del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, entrato in vigore il 24 ottobre 2003, la situazione era di assoluta incertezza e conflittualità.

Generalmente tutte le figure professionali autonome utilizzate, se non avevano partita IVA, erano gestite con prestazioni occasionali a ritenuta d'acconto o, in alcuni casi, con contratti di collaborazione coordinata e continuativa.

Il mercato dei servizi di marketing operativo in Italia ha conosciuto, negli ultimi anni, con lo sviluppo della grande distribuzione, una grandissima crescita: ogni giorno coinvolge un'enormità di figure professionali che vi lavorano, ma, nonostante ciò, a causa del fatto che vi operano quasi esclusivamente microimprese, ha poca visibilità.

### 2. Attuale organizzazione del lavoro e del settore dei servizi di marketing operativo.

Sotto il termine « servizi di marketing operativo » si racchiudono molteplici tipi di servizi a supporto e/o di attuazione delle strategie di marketing, tra i quali citiamo: distribuzione di materiale pubblicitario,

promozioni e degustazioni di prodotti presso punti di vendita, allestimento di espositori ed altro materiale pubblicitario presso i punti di vendita, rilevamento di prezzi e dati presso i punti di vendita, caricamento di prodotti sugli scaffali dei punti di vendita, controllo dello spazio espositivo ed eventuale gestione degli ordini di prodotto presso i punti di vendita, interviste ai consumatori, attività di animazione e spettacolo presso i punti di vendita o presso luoghi *ad hoc*.

Per lo svolgimento dei servizi di marketing operativo le imprese possono ricorrere direttamente a lavoratori autonomi i cui compensi sono assoggettati alle normative fiscali e previdenziali vigenti o, come accade più frequentemente, incaricare altre imprese specializzate a cui appaltare i servizi.

In questo secondo caso, viene generalmente dato incarico scritto annuale o limitato solo allo svolgimento di una determinata attività o di una determinata campagna o di un periodo più breve.

A questo punto l'impresa che ha ricevuto l'incarico, dotata di propria struttura e di proprio personale, si attiva per la realizzazione del servizio commissionato.

Queste imprese hanno una banca dati di collaboratori attivi e/o potenziali che vengono incaricati di svolgere le attività ogni volta in cui si verifica la necessità.

Vengono contattati per verificare l'interesse e la disponibilità a svolgere un certo servizio, e in caso di accettazione vengono adeguatamente istruiti.

Le figure professionali sopra citate possono essere così definite:

— *Promoter*: definita anche promotrice o promotore o *hostess*, svolge attività che hanno l'obiettivo di incrementare le vendite di un prodotto o servizio nel punto di vendita mediante il contatto diretto con il consumatore potenziale cliente.

Ha il compito di contattare il maggior numero possibile di consumatori per presentare loro l'azienda che rappresenta ed illustrare le caratteristiche dei prodotti e l'offerta promozionale in corso, confermando la scelta dell'acquisto o facendo conoscere e sperimentare la qualità del prodotto.

— *Merchandiser*: è la persona incaricata di applicare sul punto vendita le molteplici tecniche di *merchandising* <sup>(1)</sup>, con l'obiettivo di

---

<sup>(1)</sup> Il *merchandising* è l'insieme delle tecniche applicative utilizzate dai distributori o dai produttori per aumentare la redditività del punto vendita e la rotazione dei

garantire al consumatore la migliore esposizione dei prodotti nel rispetto di tutti gli accorgimenti necessari per una corretta ed efficace comunicazione.

Egli svolge, sul punto vendita, le seguenti attività:

- montaggio di strutture promozionali itineranti, come banchi, espositori o *stands*;

- allestimento di *floor stand* e isole promozionali per esposizioni fuori banco;

- cura del *display* al fine di ottimizzarne l'esposizione.

- *Addetto alla rilevazione/monitoraggio*: è la persona incaricata della rilevazione dei prezzi e di raccogliere le altre informazioni che riguardano i prodotti presenti in assortimento nel punto vendita (prezzo di vendita dei prodotti, presenza del prodotto al banco, misura dell'esposizione lineare, promozioni in atto).

- *Addetto al caricamento, alla gestione dello stock, alla compilazione di ordini*: effettua, per conto delle aziende produttrici, il servizio di gestione dei prodotti e cioè:

- prelevamento del prodotto dal magazzino;

- caricamento ed esposizione sui banchi vendita;

- determinazione del fabbisogno del prodotto di reintegro, compilazione e trasmissione del relativo ordine;

- effettuazione degli inventari periodici.

- *Addetto agli eventi speciali o all'animazione sul punto vendita*: si tratta di personale specializzato addetto alle operazioni promozionali quali:

- gare sportive;

- partecipazione a giochi collettivi;

- utilizzo di servizi gratuiti;

- distribuzione di materiale illustrativo e pubblicitario;

- vendita incentivata;

- spettacoli.

Il personale utilizzato per la realizzazione di tali eventi, pertanto, può essere costituito da: attori, fantasisti, dj, ballerine, animatori, atleti, *hostess/stewards*, personaggi abbigliati e tutto il personale di supporto.

- *Distributore di materiale pubblicitario*: è la persona incaricata, da sola o in squadra, della distribuzione nelle cassette delle lettere, a

---

prodotti, attraverso l'adattamento permanente dell'assortimento ai bisogni del mercato e l'appropriata presentazione dei prodotti (Istituto Francese del *Merchandising*).

domicilio, a mano di materiale pubblicitario (volantini, *depliants*, opuscoli, cataloghi, buoni sconto, campioni di prodotto).

— *Preparatore di materiale pubblicitario*: è la persona incaricata della preparazione del materiale pubblicitario da distribuire.

La sua attività si svolge presso il magazzino della società o al suo domicilio e consiste nell'inserire del materiale informativo in altri *depliants* o cataloghi o giornali.

— *Coordinatore di squadra di distributori*: definito anche capogruppo di squadra, ha il compito di organizzare, coordinare e controllare il servizio di distribuzione effettuato dai distributori. Si occupa anche dell'attività di rifornimento del materiale da distribuire ai distributori utilizzando automezzi dell'azienda o il proprio automezzo.

— *Addetto alle interviste*: è colui che intervista clienti e/o utenti somministrando loro un questionario nei punti vendita o in strada o in altro luogo al fine di raccogliere dati e informazioni per la realizzazione di ricerche di mercato.

In alcuni casi effettua anche interviste volte a verificare la qualità erogata nei servizi di distribuzione forniti dalle imprese di servizi.

Si precisa che per tutte le figure professionali sopra descritte, nella realtà è sempre necessario il coordinamento dell'impresa committente (prima e/o durante e/o al termine dell'attività) che comunica loro le modalità di svolgimento e i tempi delle varie attività come richiesto dalle imprese-clienti. Le medesime attività vengono svolte in piena autonomia organizzativa dai collaboratori medesimi.

### **3. Precedente organizzazione del lavoro e del settore dei servizi di marketing operativo.**

L'introduzione del decreto n. 276 del 2003 nella sostanza non ha modificato l'organizzazione dei servizi di marketing operativo, quindi anche in passato venivano organizzati come oggi.

Per lo svolgimento dei servizi sopra citati venivano utilizzati professionisti in possesso di partita IVA o cooperative che fornivano questi servizi o lavoratori autonomi sui compensi dei quali veniva applicata la ritenuta d'acconto in quanto prestatori d'opera occasionali o successivamente, per le figure meno occasionali, contratti di collaborazione coordinata e continuativa.

In particolare, la mancanza di una legge chiara ha portato ad una certa conflittualità tra le parti (professionista incaricato, impresa-



cliente, impresa di servizi, punto di vendita interessato) che ha condizionato i servizi il cui svolgimento avveniva all'interno dei punti di vendita (promozioni e degustazioni di prodotto, *merchandising* tipo allestimento di materiale pubblicitario o caricamento di prodotti a scaffale, animazioni con intrattenimento della clientela).

In conseguenza di ciò vi erano alcuni punti di vendita che autorizzavano lo svolgimento dei servizi di marketing presso i loro locali solo dietro presentazione della documentazione da cui potevano evincere che i collaboratori coinvolti nell'attività fossero o soci o dipendenti di cooperative, o dipendenti dell'impresa-cliente o dell'impresa di servizi, o collaboratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa. In questo modo, vedendo i professionisti tutelati da un punto di vista sia Inail che Inps, si ritenevano più tranquilli di non ricevere future rivendicazioni da parte delle persone coinvolte.

Tutto ciò ha creato situazioni paradossali, in cui le imprese di servizi, a seconda delle richieste dei punti di vendita, inquadravano o meno i collaboratori in un modo o nell'altro generando ulteriore confusione.

Ove non veniva richiesta dal punto di vendita nessuna documentazione attestante il tipo di rapporto in essere tra collaboratore e impresa di servizi, queste ultime procedevano generalmente con il pagamento della ritenuta di acconto per compensi occasionali ai lavoratori autonomi impiegati.

#### **4. Modalità di gestione degli attuali rapporti di collaborazione nel settore dei servizi di marketing operativo.**

L'entrata in vigore del decreto n. 276 del 2003 e la successiva circolare Inps 22 gennaio 2004, n. 9, hanno reso obbligatorio l'assoggettamento a contribuzione previdenziale Inps ed assicurativa Inail dei rapporti di collaborazione anche nel settore dei servizi di marketing operativo nella totalità dei casi.

Le figure professionali sono lavoratori autonomi che vengono attivati per lo svolgimento di un determinato servizio e la loro attività può essere ricondotta ad un progetto o programma specifico o parte di esso (in questo caso si provvede a stipulare tra le parti un contratto di collaborazione a progetto) o essere più occasionale e quindi senza necessità di stipulare un contratto vero e proprio (anche se un contratto scritto tra le parti è sempre preferibile).

Va comunque sottolineato che anche in caso di collaborazione occasionale essendoci continuità nel rapporto (anche 1 o 2 giorni al mese è sufficiente) e coordinamento (perché anche se in autonomia il professionista non riesce ad operare senza il coordinamento dell'impresa di servizi) il rapporto va obbligatoriamente assoggettato alle contribuzioni Inail e Inps.

### **5. Situazione reale attuale dell'organizzazione del lavoro e del settore dei servizi di marketing operativo.**

Lo stato reale dell'applicazione della Legge Biagi purtroppo è ben lontano da quelli che probabilmente erano gli intenti iniziali del legislatore.

Il mercato dei servizi di marketing è dominato sempre di più dal fattore prezzo, più che dal fattore qualità, e le imprese committenti spesso cercano la tariffa più bassa da imprese di servizi che riescono ad applicarla solo perché non rispettano le norme.

In molti, ad oggi, ancora speculano sulla mancanza di chiarezza della legge nell'assoggettamento totale ad Inail ed Inps dei collaboratori operanti nel settore dei servizi di marketing operativo e sull'evidenziazione della responsabilità solidale per 1 anno dell'appaltatore con l'appaltante, introdotta dal decreto n. 276 del 2003.

Questa concorrenza sleale comporta un grave danno a quelle imprese oneste che rispettano le regole, e più in generale alle figure professionali che ci lavorano, che rischiano così di rimanere nel sommerso per lungo tempo, oltre che al mercato nel suo complesso, che potrebbe sicuramente essere più virtuoso e professionale se ci fosse un rispetto generalizzato delle norme da applicare.

Si spera quindi che il legislatore renda in breve tempo le norme ancora più chiare e circoscritte ai servizi specifici indicati, al fine di ottenere un maggior rispetto della legge da parte degli attori coinvolti e di poter così consentire agli organi preposti una attività ispettiva di controllo basata su elementi chiari e certi, per non alimentare ulteriormente la confusione e la conflittualità tra le parti.

## 16.

### I RAPPORTI DI LAVORO DEI GIORNALISTI

PASQUALE DUI

SOMMARIO: 1. Autonomia e subordinazione in ambito giornalistico. — 2. La collaborazione coordinata e continuativa. — 3. Rilevanza dell'iscrizione all'albo dei giornalisti: prima e dopo il decreto legislativo n. 276/2003. — 4. Conclusioni. Persistenza della collaborazione coordinata e continuativa nel lavoro giornalistico.

#### 1. Autonomia e subordinazione in ambito giornalistico.

Una trattazione circa la portata e l'incidenza della riforma di cui al decreto legislativo n. 276/2003 sui rapporti di lavoro coordinato e continuativo nell'ambito giornalistico <sup>(1)</sup> non può prescindere da una premessa relativa, in primo luogo, alla definizione dell'attività propriamente giornalistica e, in secondo luogo, ai confini che separano il lavoro giornalistico subordinato da quello autonomo. Non ci occuperemo, invece, delle prestazioni di lavoro, pure svolte in favore di organi di stampa, ma aventi ad oggetto attività *non* giornalistiche (come, ad esempio, la mera raccolta e catalogazione di dati, la semplice tenuta di archivi, la segreteria), prestazioni che non presentano alcuna specificità, rispetto alla trattazione generale contenuta in altri capitoli della presente opera, cui si rinvia.

La nozione di attività giornalistica, non definita dalla legge, è peraltro sufficientemente chiara sul piano concettuale, ma può rivelarsi problematica sul piano concreto. La definizione generalmente condivisa riconduce al lavoro giornalistico la raccolta, il commento e l'ela-

---

<sup>(1)</sup> Fra i contributi dedicati, in generale, al lavoro giornalistico, segnaliamo qui S. CHIUSOLO, M. BORALI, *Il contratto nazionale di lavoro giornalistico commentato articolo per articolo*, Consiglio dell'Ordine dei giornalisti della Lombardia, Milano, 2002; P. DUI, *Contratto dei giornalisti*, Ipsoa, Milano, 1990; D. D'AMATI, *Il lavoro del giornalista*, Cedam, Padova, 1989; F. SANTONI, *Giornalisti (lavoro giornalistico)*, in *EGT*, Roma, 1989, vol. XV; G.M. BERRUTI, *Contratto collettivo dei giornalisti*, Jovene, Napoli, 1987.

borazione *critica* di notizie, destinate a formare oggetto di comunicazione interpersonale attraverso organi d'informazione, quale che ne sia la forma (scritta, video, grafica) <sup>(2)</sup>. Alcune figure « di confine », o nuove, che emergono con l'evolversi delle tecnologie, delle forme e dei generi nella comunicazione di massa, hanno comportato e continuamente comportano, tuttavia, la necessità di ulteriori precisazioni ed affinamenti, ad integrazione ed a precisazione della nozione sopra ricordata. Ad esempio, a proposito del tele-cine-foto-operatore, il d.P.R. 19 luglio 1976, n. 649, integrativo degli articoli 34 e 44 della legge 3 febbraio 1963, n. 69 — *Ordinamento della professione di giornalista* <sup>(3)</sup> —, ha ammesso all'esame di abilitazione professionale coloro che svolgano la detta attività « per organi di informazione attraverso immagini che completano o sostituiscono l'informazione scritta ». È inoltre giornalistica anche l'attività del grafico, che determina le modalità di comunicazione della notizia, scegliendo se riferirla in una parte o nell'altra di una data pagina, nonché il carattere tipografico da utilizzare <sup>(4)</sup>.

Nelle definizioni appena ricordate, non trova alcuno spazio, come elemento definitorio, il rapporto che il giornalista intrattiene con l'editore o, comunque, con l'impresa proprietaria dei mezzi che consentono la diffusione al pubblico delle notizie, rapporto che può pertanto ben dirsi indifferente a tal effetto, sicché l'attività giornalistica può svolgersi tanto in forma di lavoro autonomo, tanto in forma di lavoro subordinato. Formulazione, quest'ultima, che riecheggia ben note massime giurisprudenziali tralattizie e ribadite, tendenzialmente, per ogni genere di attività e di lavoro <sup>(5)</sup>. Nel lavoro giornalistico, tuttavia, la demarcazione fra l'area dell'autonomia e quella della subordinazione si prospetta in termini indubbiamente peculiari.

Un primo profilo di peculiarità attiene al fatto che la categoria professionale è retta in ordine professionale disciplinato per legge (la

---

<sup>(2)</sup> Cass. 20 febbraio 1995 n. 1827; Cass. 19 maggio 1990 n. 4547, entrambe in *📖 Lavoro giornalistico*.

<sup>(3)</sup> In *📖 Lavoro giornalistico*.

<sup>(4)</sup> Cass. 1° febbraio 1996 n. 889, in *📖 Lavoro giornalistico*. Sulle figure del tele-cine-foto-operatore e del grafico sono assai utili le notazioni ed i richiami giurisprudenziali di D. D'AMATI, *op. cit.*, 46 ss.

<sup>(5)</sup> Per tutte, Cass. 3 aprile 2000 n. 4036, in *📖 Lavoro subordinato*: « ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle modalità del suo svolgimento ».


citata legge 3 febbraio 1963, n. 69), e, contemporaneamente, destinataria di un apposito contratto collettivo nazionale di lavoro subordinato. Tanto che, anche in giurisprudenza, si è giustamente sottolineata la vera e propria « anomalia » di un ordine professionale costituito, per lo più, da lavoratori subordinati (6). La peculiarità consiste, per quest'aspetto, nell'apparente paradosso del normale assoggettamento di una professione, la cui libertà e la cui autonomia sono anche costituzionalmente protette (articolo 21 Cost.), al vincolo della dipendenza, del potere direttivo e di controllo di un datore di lavoro.

Un secondo profilo di peculiarità, speculare rispetto al primo, riguarda il particolare atteggiarsi della dipendenza, che risulta notevolmente attenuata e sfumata, rispetto al modello tipico, proprio in virtù del carattere eminentemente intellettuale (7) del lavoro giornalistico; il che si riflette su numerosi istituti legali e/o contrattuali di questo. In tale luce vanno, ad esempio ricordati i particolari poteri del direttore, cui sono riservate con « competenza specifica ed esclusiva » (articolo 6 Ccnl 11 aprile 2001) direttive e scelte politiche e tecnico-professionali altrove riservate al datore di lavoro. Va, altresì, ricordata la spiccata elasticità nella gestione dell'orario e della presenza (articolo 7 Ccnl). Esistono del resto figure, come il collaboratore fisso *ex* articolo 2, Ccnl, nonché le figure di vertice, gli inviati, i critici, ecc., che sono totalmente svincolate dal rispetto di un orario di lavoro (8).

Sulla base di questi tratti caratteristici, il discrimine fra subordinazione ed autonomia sembrerebbe conformarsi solo orientativamente ed in linea di massima al generale criterio della necessaria soggezione al potere direttivo del datore di lavoro. Non mancano, beninteso, le pronunce che, sia pure con tutte le peculiarità proprie dell'attività giornalistica, sottolineano comunque la necessità di verificare la sussistenza, in concreto, di un vincolo di natura personale che assoggetti il prestatore di lavoro subordinato al detto potere direttivo, esplicantesi, ad esempio, nel controllo esercitato dal direttore della pubblicazione sugli elaborati del giornalista, nella disponibilità di quest'ultimo ad

---

(6) Così Cass., sez. un., 10 aprile 1979 n. 2029, in  *Lavoro giornalistico*, citata in D. D'AMATI, *op. cit.*, 1.

(7) L'« attenuazione », la « labilità », la « particolare configurazione » del lavoro subordinato giornalistico sono ripetutamente affermate in dottrina e giurisprudenza: cfr., fra le più recenti pronunce in tal senso, Cass. 7 novembre 2001 n. 13778; Cass. 21 ottobre 2000 n. 13945; Cass. 14 luglio 1997 n. 6389, tutte in  *Lavoro giornalistico*. In dottrina, ci si limita qui a richiamare D. D'AMATI, *op. cit.*, 55 ss.

(8) Cfr. S. CHIUSOLO, M. BORALI, *op. cit.*, 72.

apportarvi modifiche ed aggiustamenti in funzione di esigenze redazionali e d'impaginazione <sup>(9)</sup>. Sono tuttavia più frequenti le sentenze che privilegiano, quale indice di subordinazione, l'elemento della continuità e, anzi, della permanente disponibilità del lavoratore ad eseguire le istruzioni del datore, disponibilità che può interessare anche intervalli non lavorativi in conseguenza della eventuale discontinuità delle richieste datoriali <sup>(10)</sup>.

Ne emergono, *a contrario*, i connotati del lavoro giornalistico autonomo, definito come quella prestazione in cui è invece configurabile una fornitura scaglionata nel tempo e predeterminata di più opere e servizi, in base ad un unico contratto o ad una successione di incarichi fiduciari <sup>(11)</sup>. Nella stessa direzione vanno quelle sentenze che valorizzano le condizioni ed i criteri di remunerazione del prestatore di lavoro, che nel lavoro autonomo sarebbe subordinata alla valutazione da parte del direttore e commisurata in relazione alla singola prestazione <sup>(12)</sup>.

Volendo procedere ad una valutazione comparativa e critica di tali « filoni » giurisprudenziali, non si può che riconoscere il rigore concettuale del primo orientamento sopra ricordato, dal momento che non vi è motivo di operare la sussunzione sotto il tipo del lavoro subordinato in base a criteri eterogenei, rispetto a quelli validi, in generale, agli effetti dell'articolo 2094 c.c. Il semplice riferimento al potere direttivo, tuttavia, appare troppo generico e richiede effettivamente di essere precisato e adeguato alle specificità del giornalismo. In questa direzione, la continuità e la stabilità della prestazione sono indici che, di per sé considerati, non appaiono, francamente, decisivi, in quanto, ad esempio, non valgono a distinguere la subordinazione dai rapporti di lavoro autonomo coordinati e continuativi. Le figure di lavoro autonomo identificate in base ai sopra menzionati requisiti della non continuità e della remunerazione del singolo « pezzo » appaiono infatti sostanzialmente ristrette all'ipotesi dei *free lance* con una pluralità di committenti. Di tale inadeguatezza ben si rendono conto quelle pro-

---

<sup>(9)</sup> Così Cass. 20 maggio 1997 n. 4502; cfr., da ultimo, Cass. 29 novembre 2002 n. 16997. In precedenza, Cass. 20 febbraio 1995 n. 1827; fra le sentenze di merito, Trib. Milano 25 novembre 2000, tutte in [📖 Lavoro giornalistico](#).

<sup>(10)</sup> Così 18 agosto 2003 n. 12079; cfr. Cass. 9 aprile 2004 n. 6983; Cass. 7 novembre 2001 n. 13778; Cass. 20 gennaio 2001 n. 833; fra le pronunce di merito, cfr. Trib. Milano 14 marzo 2001, tutte in [📖 Lavoro giornalistico](#).

<sup>(11)</sup> Cass. 20 agosto 2003 n. 12252; Cass. 18 agosto 2003 n. 12079, entrambe in [📖 Lavoro giornalistico](#).

<sup>(12)</sup> Cass. 12 agosto 1997 n. 7494, in [📖 Lavoro giornalistico](#).

nunce che identificano il requisito della stabilità dell'apporto lavorativo non con la semplice e fattuale continuità (riscontrabile a posteriori anche nei rapporti di c.d. parasubordinazione), ma con il vero e proprio *inserimento organico nell'organizzazione* aziendale. Perché sussista un rapporto di lavoro giornalistico subordinato non è sufficiente una mera continuità cronologica della prestazione — desunta da una notevole consistenza numerica di articoli — ma occorre che la prestazione lavorativa sia organicamente inserita nell'impresa giornalistica e finalizzata alla produzione del mezzo di comunicazione di massa (quotidiano, periodico, televisivo) di cui si tratta <sup>(13)</sup>.

## 2. La collaborazione coordinata e continuativa.

Alla stregua del parametro dell'inserimento organico nell'organizzazione del datore di lavoro, si considera lavoratore autonomo il giornalista che presta la propria collaborazione senza far parte organica della struttura produttiva dell'editore. Ciò a prescindere dal carattere continuativo della sua collaborazione e dal numero di contratti con l'editore, numero che non corrisponde necessariamente con quello dei « pezzi » redatti, ma ben può ridursi ad uno <sup>(14)</sup>.

È proprio alla luce di questo criterio distintivo che possiamo correttamente ricavare il discrimine fra il lavoro dipendente e la collaborazione coordinata e continuativa in ambito giornalistico.

Tale operazione è ora necessaria anche in relazione all'accordo collettivo, allegato al Ccnl dell'11 aprile 2001 <sup>(15)</sup>, chiamato a regolare, per la prima volta, il fenomeno e ad integrare, con clausole di natura negoziale, la disciplina di cui gli articoli 2222 e ss. c.c. L'istituto su cui principalmente si impernia tale accordo è quello della « lettera contratto ». Per l'instaurazione della collaborazione coordinata e continuativa è infatti richiesto un apposito documento scritto, configurando con ciò un requisito formale, anche se solo ai limitati fini della prova (anziché della validità), del rapporto (articolo 1, accordo 11 aprile 2001). In tale lettera deve essere contenuta l'indicazione della data di

---

<sup>(13)</sup> In tal senso, Cass. 28 luglio 1995 n. 8260; cfr. Cass. 27 marzo 1998 n. 3272, entrambe in *📖 Lavoro giornalistico*. L'orientamento è particolarmente seguito dai giudici milanesi: cfr. App. Milano 26 ottobre 2001; Trib. Milano 29 marzo 2001; Trib. Milano 10 maggio 1997, tutte in *📖 Lavoro giornalistico*.


<sup>(14)</sup> Cass. 20 agosto 2003 n. 12252, in *📖 Lavoro giornalistico*.


<sup>(15)</sup> In *📖 Lavoro giornalistico*.

inizio del rapporto; della durata di questo; del tipo di prestazioni professionali richieste al giornalista (in particolare, articoli, servizi fotografici, servizi grafici, servizi giornalistici); del corrispettivo pattuito, con i relativi tempi e modalità di pagamento. In linea « di massima » (così stabilisce l'articolo 2 del predetto accordo), il corrispettivo scaturisce dalla quantità e qualità della collaborazione effettivamente prestata. Altre clausole regolano i tempi del pagamento, il rimborso di spese autorizzate (articolo 2, u.c.), nonché le limitazioni alla facoltà della direzione del giornale di apportare modifiche agli articoli e servizi pubblicati con la firma del collaboratore (articolo 3).

L'accordo in parola ha sicuramente portato un importante contributo di certezza. Ha, innanzitutto, tolto fondamento ad ogni possibile dubbio circa l'esistenza e la validità di un rapporto di lavoro autonomo giornalistico caratterizzato dalla continuità, obbligando a riconsiderare criticamente gli orientamenti citati sopra, che proprio a questo elemento attribuivano, per contro, valenza decisiva per il riconoscimento della subordinazione. Ha, in secondo luogo, imposto un requisito formale assai opportuno. In difetto di « lettera contratto » con cui le parti pattuiscono la collaborazione autonoma, un rapporto di lavoro giornalistico caratterizzato dalla continuità dovrà ora essere qualificato come subordinato, non potendosi dal 2001 provare l'autonomia né a mezzo di testimonianze, né a mezzo di presunzioni (ciò in applicazione del disposto dell'articolo 2725 c.c., che lascia salva la residuale ipotesi della perdita, senza colpa, del documento che fornisce la prova). Quando, la « lettera contratto » sia stata sottoscritta, pur non potendole beninteso conferirsi una valenza decisiva, essa non è indifferente, giacché, quando in una determinata fattispecie si sovrappongono indici appartenenti a entrambe le tipologie di lavoro subordinato e autonomo, anche il criterio del *nomen iuris* impiegato dai contraenti assume particolare rilievo discrezionale<sup>(16)</sup>. Tuttavia, l'esatta qualificazione del rapporto è sempre rimessa all'indagine giudiziale rivolta, oltre che al dato formale, alle concrete modalità di svolgimento della prestazione e di attuazione del rapporto<sup>(17)</sup>. Ecco che, proprio ai fini di questa indagine, possiamo veramente comprendere l'importanza e l'utilità dell'orientamento che valorizza la soggezione al

---

<sup>(16)</sup> Cass. 13 aprile 2002 n. 5366; Cass. 9 gennaio 2001 n. 224, entrambe in  *Lavoro subordinato*.

<sup>(17)</sup> Ciò in base ai ben noti principi generali, che non attribuiscono efficacia assorbente al *nomen iuris* impiegato dalle parti. Per tutte, Cass. 27 novembre 2002 n. 16805; Cass. 2 aprile 2002 n. 4682, entrambe in  *Lavoro subordinato*.



potere direttivo e, soprattutto, l'inserimento organico nella struttura produttiva come quegli elementi i quali, in positivo, caratterizzano la subordinazione del giornalista e che, al contrario, se assenti, definiscono l'autonomia lavorativa del medesimo, pur nella specie della collaborazione coordinata e continuativa.

Stabilire se un determinato giornalista sia organicamente inserito, o meno, ad esempio nella redazione di un quotidiano, è questione di fatto, rispetto alla quale opera il principio di libero convincimento del giudice, sulla base di tutta la serie degli elementi che descrivono la fattispecie concreta e che non sono, per definizione, rigidamente codificabili in regola astratta. La giurisprudenza ha peraltro evidenziato l'importanza di taluni indici che mette qui conto di ricordare. Accanto a indici che effettivamente richiedono una maggiore precisazione sul piano concreto, come « l'intensità », o l'« ampiezza » della collaborazione <sup>(18)</sup>, ricorre con particolare frequenza il requisito della partecipazione alla c.d. « cucina redazionale », definibile come la coordinazione con i redattori alla formazione della pagina giornalistica, interagendo con il corpo redazionale nei tempi e nei modi imposti dalle esigenze di produzione <sup>(19)</sup>. Altre pronunce valorizzano, con valenza ancor più restrittiva, la facoltà di accesso alla redazione ed alle attrezzature a disposizione di questa, oltre che alla effettiva partecipazione all'attività di redazione in senso proprio, compresa la presenza alle riunioni riservate ai redattori <sup>(20)</sup>.

### 3. Rilevanza dell'iscrizione all'albo dei giornalisti: prima e dopo il decreto legislativo n. 276/2003.

Delineata così la collaborazione coordinata e continuativa in ambito giornalistico, occorre interrogarsi ora sulla portata che, su di essa,

---

<sup>(18)</sup> Così ad es., da ultimo, Cass. 20 agosto 2003 n. 12252, in *Libro Lavoro giornalistico*. Secondo S. CHIUSOLO, M. BORALI, *op. cit.*, 23, le pronunce che individuano l'inserimento organico del giornalista nel dato quantitativo della « intensità » o della « ampiezza » della collaborazione sarebbero riconducibili, in definitiva, all'orientamento che valorizza la continuità dell'apporto del prestatore come realmente decisivo, ai fini della subordinazione.

<sup>(19)</sup> Così, con grande chiarezza, Cass. 21 ottobre 2000 n. 13945, in *Libro Lavoro giornalistico*. Cfr., App. Milano 11 novembre 2003; Trib. Milano 10 settembre 1997; Trib. Milano 10 maggio 1997; Trib. Milano 8 settembre 1993, tutte in *Libro Lavoro giornalistico*.

<sup>(20)</sup> Cass. 14 giugno 2000 n. 8118, in *Libro Lavoro giornalistico*.

può avere il nuovo istituto del lavoro a progetto, introdotto dagli articoli 61 e ss., decreto legislativo n. 276/2003, secondo cui i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, per essere validi, debbono essere « riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa ».

La norma « chiave », a tal proposito, è il comma 3 dello stesso articolo 61, che esclude dal campo di applicazione del lavoro a progetto « le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, esistenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo ».

Come già ricordato e come, del resto, ben noto, l'ordine dei giornalisti è previsto e disciplinato dalla legge n. 69/1963 <sup>(21)</sup>, che, all'articolo 45, così prescrive: « Nessuno può assumere il titolo, né esercitare la professione di giornalista, se non è iscritto nell'albo professionale. La violazione di tale disposizione è punita a norma degli artt. 348 e 498 del cod. pen., ove il fatto non costituisca più grave reato ».

Per comprendere come si debbano coordinare le norme sopra riportate, occorre brevemente ricordare quale significato assuma il precetto di cui all'articolo 45, legge n. 69/1963, nel variegato quadro delle attività giornalistiche. L'albo professionale è innanzitutto diviso in due elenchi: quello dei giornalisti professionisti, che esercitano la professione in modo esclusivo e continuativo, e quello dei giornalisti pubblicisti, che svolgono attività giornalistica non occasionale e retribuita, anche se esercitano altre professioni e impieghi (articolo 1, legge n. 69/1963). Per accedere all'elenco dei giornalisti professionisti è necessario superare una prova di idoneità professionale, previo svolgimento di un periodo di pratica di almeno 18 mesi con iscrizione in apposito registro dei praticanti. Per accedere all'elenco dei pubblicisti occorre invece documentare una collaborazione non occasionale e retribuita per un biennio (articolo 35, legge n. 69/1963).

Il diverso sistema di accesso all'ordine, fra pubblicisti e professionisti, non inficia la possibilità, per esempio, che i pubblicisti vengano ad esercitare attività giornalistica in via esclusiva e subordinata, prestando

---

(21) In  *Lavoro giornalistico*.


opera quotidiana, persino con il rispetto di un determinato orario di lavoro — tale è l'ipotesi disciplinata dall'articolo 36 Ccnl <sup>(22)</sup>. Più in generale, si deve affermare che la qualità di iscritto ad uno, piuttosto che all'altro dei due elenchi di cui si compone l'albo, ovvero al registro per i praticanti non ha alcuna incidenza sulla natura del rapporto lavorativo, in termini di subordinazione, od autonomia <sup>(23)</sup>.


La stessa mancata iscrizione all'albo è a tal fine ininfluenta. L'unico effetto dispiegato dal precetto di cui all'articolo 45, legge n. 69/1963, a tal proposito, è quello di determinare l'applicazione degli articoli 2126 o 2231 c.c., previsti per l'ipotesi in cui un rapporto lavorativo giornalistico, rispettivamente subordinato od autonomo, sia instaurato con soggetto non iscritto all'ordine. Qualora l'applicazione dei criteri esposti nei paragrafi che precedono comporti l'inquadramento del rapporto nell'ambito della subordinazione, il contratto di lavoro sarà nullo per contrarietà a norme imperative (per l'appunto, il citato articolo 45, legge n. 69/1963). Non essendo tuttavia illeciti né l'oggetto, né la causa del contratto, la nullità non avrà effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, ai sensi del comma 1 dell'articolo 2126 c.c. <sup>(24)</sup>. Qualora l'applicazione degli stessi criteri sopra richiamati comporti, invece, l'inquadramento del rapporto nell'ambito dell'autonomia, la conseguenza sarà di negare al giornalista l'azionabilità del diritto al compenso, ai sensi dell'articolo 2231 c.c. <sup>(25)</sup>.

Resta da domandarsi se tale situazione sia mutata in virtù dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003 e, in particolare, se l'iscrizione, o meno, all'albo, ovvero ad uno od all'altro degli elenchi di cui esso si compone, espliciti una qualche decisiva rilevanza ora, ai fini

---

<sup>(22)</sup> In  *Lavoro giornalistico*.

<sup>(23)</sup> Sulla sostanziale equiparazione, operata dal Ccnl, fra trattamento economico e normativo di professionisti e pubblicitari, a parità di prestazioni, v. P. DUL, *op. cit.*, 107. È venuta meno, del resto, nell'attuale formulazione dell'art. 36 Ccnl, la clausola che imponeva di risolvere i rapporti lavorativi con pubblicitari che operassero senza esclusività professionale. Né si è mai potuto affermare che l'attività giornalistica esercitata in via esclusiva dal pubblicitario rappresentasse esercizio abusivo della professione. Sul punto, ampiamente, S. CHIUSOLO, M. BORALI, *op. cit.*, 180. In materia di legittimità della instaurazione di collaborazioni autonome con praticanti, v. Cass. 10 gennaio 1998 n. 152, in  *Lavoro giornalistico*.

<sup>(24)</sup> Orientamento consolidato. *Ex plurimis*, Cass. 21 agosto 2003 n. 12326, in  *Lavoro senza contratto*.

<sup>(25)</sup> Cass. 6 aprile 1990 n. 2890, in  *Lavoro giornalistico*.

dell'estraneità del settore giornalistico dal campo di applicazione del lavoro a progetto.

Occorre interrogarsi, a tal proposito, sulla formulazione letterale del citato articolo 61, decreto legislativo n. 276/2003 e sulla *ratio* ad esso sottesa <sup>(26)</sup>.

Per quel che concerne la *ratio*, è da ritenere che il legislatore abbia da un lato ritenuto difficilmente applicabile la previsione di un termine, determinato o determinabile, ad una collaborazione di contenuto professionale e, dall'altro, abbia considerato più remoto, nell'ambito delle professioni intellettuali, il rischio di dissimulazione di un rapporto di lavoro subordinato sotto lo schermo della parasubordinazione, rischio che rappresenta il movente principale della nuova disciplina del lavoro a progetto.

Sotto il profilo dell'interpretazione letterale, si pongono problematiche appena più complesse. C'è, infatti, chi ha sottolineato il carattere « sibillino » del citato articolo 61, che non chiarirebbe se l'esonero dalla obbligatoria pre-determinazione di un progetto sia riconnesso alla tipologia delle attività da svolgere (requisito oggettivo), oppure al fatto che il collaboratore sia effettivamente iscritto all'albo obbligatorio, oppure ad entrambi i presupposti <sup>(27)</sup>. A noi sembra invece desumibile dalla formulazione letterale della norma (« le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali ») un unico requisito realmente necessario, di carattere oggettivo, ovvero sia la circostanza per cui il contratto abbia *ad oggetto* un'attività professionale, per il cui esercizio è obbligatoria, per legge, l'iscrizione ad un determinato albo. La circostanza per cui il prestatore d'opera sia effettivamente iscritto, o meno, all'albo, non è, invero, questione determinante ai fini della validità della collaborazione coordinata e continuativa non riconducibile ad un progetto, ma è questione rilevante, semmai, penalmente, ai sensi dei già citati articoli 348 e 498 c.p., ove ne ricorrano i presupposti e, civilmente, ai limitati effetti dell'articolo 2231 c.c. e della non azionabilità del diritto al compenso, lì stabilita.

---

<sup>(26)</sup> Cfr. la trattazione contenuta in M. ROSSI, *Le ipotesi di collaborazioni coordinate e continuative escluse dalla modalità a progetto*, in questa Parte, Sez. (A), e R. CONTINISIO, *I rapporti professionali*, che precede.

<sup>(27)</sup> Così A. PATRIZI MONTORO (a cura di), *Il lavoro a progetto. Il lavoro occasionale. Il lavoro accessorio. L'associazione in partecipazione*, in AA.VV., *La Legge Biagi e la nuova disciplina dei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 365. L'Autore propende per la necessaria concomitanza del requisito oggettivo e soggettivo.

#### 4. Conclusioni. Persistenza della collaborazione coordinata e continuativa nel lavoro giornalistico.


Ciò chiarito, l'area di esenzione dall'obbligo di ricondurre a un progetto di durata determinata o determinabile il contratto di collaborazione coordinata e continuativa coincide esattamente, per i giornalisti come per le altre professioni intellettuali di cui all'articolo 2229 c.c., con l'area di obbligatorietà di iscrizione all'albo professionale.

Se e nella misura in cui una collaborazione coordinata e continuativa abbia ad oggetto attività prettamente giornalistica nel senso sopra definito, tale da rendere necessaria l'iscrizione all'albo professionale *ex* articolo 45, legge n. 69/1963, non vi è alcun bisogno di stipulare un contratto a progetto.

Non vi è motivo di considerare separatamente, a tal effetto, giornalisti professionisti e pubblicisti<sup>(28)</sup>. Sebbene siano inseriti in elenchi separati, infatti, essi sono iscritti nell'unico albo dei giornalisti<sup>(29)</sup> ed esercitano una medesima tipologia di attività<sup>(30)</sup>.

Il rilievo assunto dall'oggettiva tipologia dell'attività espletata, anziché al soggettivo requisito della iscrizione all'albo professionale, consente di risolvere in modo analogo la questione, per quel che concerne la categoria dei praticanti che, anziché essere assunti come

---

(28) La posizione sostenuta nel testo coincide con quella su cui si sono notoriamente assestate, dopo alcune indecisioni iniziali, sia la Fieg, sia la Fnsi. Una autorevole conferma è giunta, più di recente e proprio su richiesta formulata dalla Fieg, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali che, con nota 15 dicembre 2004, prot. 15/0014525/14.01.04.06 (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 47, e pubblicata in *GLav*, 2005, n. 2, 85 ss., con commento di E. DE FUSCO, L. CACCIAPAGLIA, *Lavoro a progetto e giornalisti pubblicisti*) chiarisce come la categoria dei pubblicisti non ricada nell'ambito di applicazione delle norme sul lavoro a progetto, « con la conseguente possibilità di fare riferimento, per la disciplina del rapporto in questione, alla previgente normativa in materia di collaborazioni coordinate e continuative ».

(29) Come già ricordato, del resto, il pubblicista può legittimamente esercitare l'attività di giornalista in modo professionale ed esclusivo, in forma dipendente od autonoma, senza con ciò realizzare esercizio abusivo della professione. Cfr. D. D'AMATI, *op. cit.*, 6 e 23. Le pronunce giudiziali sono rare e risalenti, ma assolutamente concordi. Per qualche accenno, v. S. CHIUSOLO, M. BORALI, *op. cit.*, 180 ss.

(30) Osserva giustamente P. CHIECO, *Qualifiche contrattuali e categorie legali nel lavoro giornalistico: i persistenti dilemmi della giurisprudenza*, nota a Trib. Massa Carrara 4 maggio 2000, in *RIDL*, 2001, II, 244, che « la legge professionale non prescrive che vi siano mansioni proprie del (ovvero riservate al) giornalista professionista e mansioni tipiche del pubblicista, in quanto differenzia le due figure in relazione ad un elemento del tutto estraneo al contenuto del *facere* ».

lavoratori subordinati, rivestissero la qualità di collaboratori coordinati e continuativi (ipotesi non frequente ma, come già visto, pienamente legittima, beninteso ove non ricorrano i presupposti della subordinazione).

L'estraneità del lavoro propriamente giornalistico dal campo di applicazione del lavoro a progetto lascia beninteso libere, in astratto, le parti di adottare comunque questo modello contrattuale (l'esenzione da un obbligo non equivale infatti, come è del tutto evidente, ad un divieto).

Per il resto, le collaborazioni che, nei giornali e negli organi di comunicazione di massa, sono sottoposte all'obbligo di riconduzione ad un progetto di durata determinata o determinabile consistono unicamente in quelle prestazioni aventi ad oggetto attività non giornalistiche (come la raccolta e la catalogazione di dati, la semplice tenuta di archivi, la segreteria) e per le quali, all'inizio della presente trattazione, abbiamo stabilito di rinviare ad altri capitoli della presente opera.

## COLLABORAZIONI COORDINATE E CONTINUATIVE E TERZO SETTORE

LUCA RUGGIERO

SOMMARIO: 1. Il terzo settore in Italia. — 2. La fine delle collaborazioni atipiche. — 3. Necessità di una regolamentazione *ad hoc*. — 4. Prospettive a breve termine. Le ONG ed il contratto di cooperazione. — 5. *Segue*: altri rapporti.

### 1. Il terzo settore in Italia.

Il c.d. Terzo Settore ha vissuto nel nostro Paese, negli ultimi quindici anni, una rapidissima espansione, anche grazie alle politiche di incentivazione economica da parte dello Stato ed all'utilizzo in larga misura di forme di lavoro atipiche, quali le collaborazioni coordinate e continuative, insieme al lavoro subordinato (che costituisce la spina dorsale del settore, rappresentando più della metà degli oneri derivanti dal costo del lavoro per le organizzazioni addette) ed a quello gratuito, salvi gli eventuali rimborsi spese, costituito dal volontariato.

Nel settore in oggetto rientrano i soggetti giuridici improntati ad interventi di utilità o cooperazione sociale — quali Onlus, cooperative sociali, fondazioni, associazioni di volontariato, di mutualità integrativa volontaria e solidarietà internazionale <sup>(1)</sup> — contraddistinte dall'assenza di finalità primarie di lucro, pur costituendo nella maggior parte dei casi organizzazioni di natura economica <sup>(2)</sup>: la linea di demarcazione tra detti soggetti giuridici è in alcuni casi labile, anche a causa dell'evolversi ed accavallarsi di norme sviluppatesi negli ultimi anni <sup>(3)</sup>.

In particolare, le organizzazioni non lucrative di utilità sociale

---

<sup>(1)</sup> Cfr. [www.forumterzosettore.it/forum/presentazione.html](http://www.forumterzosettore.it/forum/presentazione.html).

<sup>(2)</sup> Si veda il Documento dell'apposita commissione di studio istituita presso il Ministero del lavoro sul tema *Terzo Settore e Occupazione*.

<sup>(3)</sup> S.A., *La situazione del no-profit in Italia. Breve storia. Fallimenti e possibili alternative*, 2004, in [www.oikos.org/onlus.htm](http://www.oikos.org/onlus.htm).

(Onlus) sono individuate dall'articolo 10, decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460 <sup>(4)</sup>, in soggetti quali associazioni, comitati, fondazioni, società cooperative ed altri enti di carattere privato il cui statuto o atto costitutivo preveda lo svolgimento di attività in particolari settori di rilievo sociale (tra cui: assistenza, beneficenza, tutela dei diritti civili, ricerca scientifica, sport dilettantistico, ecc.) e l'esclusivo perseguimento di finalità di interesse sociale, con espresso divieto di svolgimento di attività diverse, salvo quelle strettamente connesse con detto *core business*, e di distribuzione di utili.

Altri importanti soggetti del mondo del volontariato sono le organizzazioni non governative, di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49 <sup>(5)</sup>, che possono ottenere il riconoscimento di idoneità a condizione che abbiano come fine istituzionale quello di svolgere attività di cooperazione allo sviluppo in favore delle popolazioni del terzo mondo e l'assenza di fini di lucro.

Ed ancora, ma l'elencazione è soltanto esemplificativa, le cooperative sociali definite dalla legge 8 novembre 1991, n. 381 <sup>(6)</sup>, aventi lo scopo di perseguire l'interesse generale alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi e lo svolgimento di attività diverse finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

## 2. La fine delle collaborazioni atipiche.

Dopo la fissazione della data del 24 ottobre 2005 <sup>(7)</sup>, ad opera del decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, recante disposizioni correttive del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(8)</sup>, quale limite temporale definitivo entro il quale tutte le collaborazioni coordinate e continuative preesistenti dovranno essere ricondotte nella modalità a progetto, non può mettersi in dubbio che l'impatto complessivo della riforma sul

---

<sup>(4)</sup> In  *Terzo settore*.

<sup>(5)</sup> In  *Terzo settore*.

<sup>(6)</sup> In  *Lavoro associato*.

<sup>(7)</sup> Termine al quale potrà giungersi, peraltro, soltanto previa proroga delle collaborazioni già in essere alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003 esclusivamente in ambito di accordo sindacale — anche a livello aziendale — di transizione al nuovo regime.

<sup>(8)</sup> In  *Riforma Biagi*.



terzo settore porterà ad un cambiamento sostanziale nei meccanismi di funzionamento dei soggetti utilizzatori di lavoro retribuito <sup>(9)</sup>.

La riforma, naturalmente, non determinerà alcuno sconvolgimento sul versante del lavoro dipendente vero e proprio, in larga misura utilizzato dalle Onlus, sebbene tale impiego non appaia valutato con particolare favore da parte del legislatore (in quanto le risorse ivi destinate sono sottratte agli scopi solidaristici e sociali delle organizzazioni), tanto che di frequente è subordinata la concessione di finanziamenti o agevolazioni all'espressa condizione che la relativa parte destinata a coprire le spese necessarie alle risorse umane — lavoro subordinato, collaborazioni, consulenze autonome o rimborsi spese per i volontari — non superi una determinata quota dell'emolumento <sup>(10)</sup>.

Il che confermerebbe la correttezza dell'impostazione di chi ritiene che la presenza di strutture ed interessi di natura economica snaturi parzialmente (e, per certi versi, contraddica) l'essenza stessa delle Onlus.


Fuor d'utopia, occorre far i conti con lo stato attuale delle cose su cui si regge il settore e che non pare destinato a mutare, almeno nel breve periodo.

Da molti punti di vista, la fine delle co.co.co. atipiche o innominate per il mondo del volontariato avrà la funzione o comunque l'effetto di contrastare la perdurante e diffusa tecnica di elusione delle norme sul lavoro dipendente da parte di una nutrita serie di organizzazioni, formalmente dedicate al *no profit*, ma in realtà dissimulanti vere e proprie strutture sostanzialmente finalizzate allo sfruttamento del lavoro ed al contemporaneo ottenimento di agevolazioni, nel perseguimento di obiettivi affatto diversi da quelli che caratterizzano la genuina finalità sociale che, in ragione del valore intrinseco riconosciuto a tali nobili scopi, giustifica dette concessioni.

La definizione di un contratto *ad hoc* per i rapporti di lavoro del terzo settore diversi da quello subordinato puro e semplice, già oggetto di accordi collettivi, è avvertita come esigenza diffusa da parte degli operatori: esigenza che, a ben vedere, appare giustificata, date le finalità e le particolarità dell'impostazione e della struttura dei soggetti interessati, e cerca di anticipare i tempi di un intervento legislativo che,

---

<sup>(9)</sup> Cfr. i contributi contenuti in questa Parte, Sez. (A) e (B).

<sup>(10)</sup> Si veda, ad esempio, la direttiva 30 settembre 2004 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali per l'accesso ai finanziamenti a carico del Fondo per il Volontariato (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 36).

presto o tardi — con le opportune misure antielusive, ed in particolare con sanzioni sufficientemente dissuasive contro il *no profit* di comodo —, sembra costituire un passaggio obbligato.

Obbligato, poiché se è vero che la futura impossibilità di utilizzare collaborazioni pure e semplici — ovvero non riconducibili ad alcun progetto specifico, come avvenuto finora per gran parte della forza lavoro del settore — risponde ad un'esigenza di tutela dei lavoratori indipendentemente dal ramo d'attività del datore (che ben può non essere imprenditore, né avere fini di lucro) è altresì vero che il venir meno di tale opzione condurrà, verisimilmente, ad un deciso aumento del lavoro subordinato, con conseguente non trascurabile complessivo incremento degli oneri per un settore che, da un lato, rappresenta una grande risorsa per la società (e per « il sociale »), dall'altro non ha come obiettivo il profitto.

In effetti, a seguito dell'entrata in vigore della riforma, le collaborazioni atipiche costituiranno una strada non più praticabile per il terzo settore — e con effetto immediato, per quanto riguarda i rapporti di nuova instaurazione — restando soltanto la Pubblica Amministrazione esclusa dal campo di applicazione della normativa <sup>(11)</sup>.

Come noto infatti, l'articolo 61, decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, prevede che in linea generale tutti i rapporti di co.co.co., salvo quelli relativi agli agenti, alle professioni intellettuali ed ai rapporti occasionali <sup>(12)</sup>, con prestazione personale ed autonoma (ovvero gran parte dei c.d. parasubordinati cui l'articolo 409 c.p.c. estende l'ambito di applicazione del rito processuale del lavoro) debbano essere

---

<sup>(11)</sup> Cfr. i contributi contenuti della Parte VI di questo volume.

<sup>(12)</sup> Ovvero quelli di durata non superiore ai trenta giorni all'anno e con compenso *complessivamente* percepito non superiore a 5.000 euro. La disposizione è peraltro, per un verso, di difficile comprensibilità, dacché la qualifica di prestazione occasionale appare legata alla mancata *complessiva* percezione della detta somma da parte del lavoratore, pur presso più committenti: non si vede di quali poteri di verifica sia dotato il datore in merito ad altri eventuali lavori svolti occasionalmente dal prestatore presso diversi committenti; né pare possibile legare una sanzione così grave quale la conversione del rapporto in lavoro subordinato (prevista dal successivo articolo 69) alla correttezza del comportamento del lavoratore cui dovrebbe chiedersi di palesare altri eventuali emolumenti a pena di ... ottenere un vantaggio quale la trasformazione del rapporto. Inoltre, la norma sembra, per altro verso, ridondante, in quanto sembra difficilmente conciliabile (al di là delle innumerevoli ricostruzioni dottrinali che tendono a ricondurre ogni difficoltà interpretativa ad un semplice procedimento logico-linguistico), se non con il concetto di coordinazione, quantomeno con quello di continuità.

riconducibili ad uno o più progetti o programmi specifici di lavoro (o sue fasi), ferma naturalmente l'autonomia che deve connotare la relazione, sotto pena — in assenza di detto progetto, ai sensi dell'articolo 69 — di trasformazione del rapporto in lavoro subordinato a tempo indeterminato *ab origine*.

### 3. Necessità di una regolamentazione *ad hoc*.

Il complesso mondo del terzo settore non viene preso in specifica considerazione, né sono previste eccezioni all'applicazione della norma, se non nel limitatissimo caso delle associazioni e società sportive dilettantistiche ed agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal Coni e privi di scopo di lucro<sup>(13)</sup> (sempre che gli stessi possano considerarsi parte del terzo settore), per le collaborazioni comunque rese e utilizzate a fini istituzionali (con esclusione delle attività solo soggettivamente riferibili all'associazione ma con oggetto del tutto diverso, quali quelle commerciali)<sup>(14)</sup>, dal momento che non dovrebbe presumersi la ricorrenza, in tal caso, di alcuna elusione delle norme inderogabili a tutela del lavoro dipendente.


Il criterio di esclusione del resto del mondo *no profit* non appare ben chiaro, dal momento che è lo stesso legislatore a porre abitualmente sullo stesso piano, ai fini di eventuali benefici o particolari trattamenti, le varie manifestazioni del perseguimento di attività di promozione umana o utilità civica o sociale.

Né si comprende, seguendo il criterio dichiaratamente<sup>(15)</sup> utilizzato dal legislatore delegato, la ragione della distinzione, se non quella di aver ritenuto puramente e semplicemente di avvantaggiare alcuni specifici soggetti, seguendo un criterio discrezionale dettato da un'ottica meramente politica, più che giuridico-categoriale.

Tanto meno, appare chiaro il criterio di inclusione proprio e soltanto — tra il novero dei possibili soggetti senza fine di lucro aventi diritto a tale contro-presunzione — delle società sportive dilettantistiche<sup>(16)</sup>, poiché, pur rientrando certamente la promozione dell'attività

---

<sup>(13)</sup> Come si desume indirettamente dall'art. 90, l. n. 289/2002.

<sup>(14)</sup> Così nel Principio n. 1 « Il lavoro a progetto » redatto dalla Commissione dei Principi Interpretativi delle Leggi in Materia di Lavoro della Fondazione Studi Consiglio Nazionale dei Consulenti del Lavoro, in  *Lavoro a progetto*.

<sup>(15)</sup> Si veda la Relazione al decreto, in  *Riforma Biagi*.

<sup>(16)</sup> Tale perplessità era già stata espressa da M. MISCIONE, *Il collaboratore a*

sportiva dilettantistica tra gli interessi dello Stato — anche nell’ottica delle tutele alla salute fornite dall’articolo 32 Cost. (ed eventualmente di quelle rivolte alla gioventù previste dall’articolo 31, comma 2, Cost.) — non si vede come possano rientrarvi in maniera minore le finalità — almeno quelle in linea di principio — perseguite dalla maggior parte dei soggetti facenti capo al terzo settore.

Parrebbe allora necessario, *de iure condendo*, che si provvedesse per via legislativa ad individuare il genuino *no profit* secondo criteri molto rigorosi — contribuendo così a sanzionare e conseguentemente frenare la diffusione del volontariato « di comodo » (teso in realtà ad utilizzare l’altrui attività nel perseguimento di scopi finali affatto estranei a quelli tipici del volontariato) — prevedendo nel contempo una regolamentazione *ad hoc* per il settore, idonea a tutelare sia le particolari esigenze delle associazioni senza scopo di lucro che quelle legate alla tutela dei lavoratori: interessi entrambi degni della più ampia considerazione sociale, pur in una situazione per molti versi diversa rispetto al comune rapporto di lavoro.

#### 4. Prospettive a breve termine. Le ONG ed il contratto di cooperazione.

Indipendentemente dalle incongruenze circa le scelte effettuate, sta di fatto che gran parte delle collaborazioni continuative atipiche dovranno forzatamente transumare, a pena di incorrere nelle sanzioni previste dal decreto — e segnatamente quella della trasformazione del rapporto in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato — verso altre figure nominate espressamente previste.

Naturalmente, la sanzione appare una novità soltanto per i casi di co.co.co. genuini che, ferma la coordinazione con l’imprenditore, rientrano tra i rapporti caratterizzati dall’autonomia del prestatore: le collaborazioni fittizie, dissimulanti rapporti dipendenti, trovano la medesima sanzione ad opera del potere qualificatorio giudiziale.

Ai vertici del triangolo che comprende la forza lavoro occupata nel settore in oggetto continueranno a situarsi tre figure lavorative (in senso lato) ben definite: il lavoro subordinato, che costituisce comunque la spina dorsale dei soggetti *no profit* e verso cui — a discapito dei più alti

---

*progetto*, in LG, 2003, 816, unitamente al rilievo circa i dubbi sollevati dal riferimento alle attività « *comunque rese ed utilizzate ai fini istituzionali senza neppure considerare la necessità di prestazioni prevalentemente personali* ».

oneri — transiteranno parte dei collaboratori atipici; le attività autonome e di collaborazione (compresi i col.pro.); ed il volontariato, definito dalla legge quadro 11 agosto 1991, n. 266 <sup>(17)</sup>, come attività prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, senza scopo di lucro e ad esclusivi fini di solidarietà.

I vecchi ed i nuovi co.co.co., pertanto, dovranno essere riconducibili allo specifico progetto, programma o fase di lavoro cui deve essere finalizzata la collaborazione, ai sensi dell'articolo 61, comma 1.

L'autonomia collettiva ha già iniziato a trovare soluzioni che consentano di individuare le nuove figure dei collaboratori a progetto e determinarne il ruolo, anche allo scopo di limitare il più possibile l'eventuale contenzioso, con l'indicazione dei contenuti concreti della relativa attività: se le intese raggiunte saranno state adeguate e soddisfacenti — dal momento che non appare comunque consentito superare il chiaro e stringente dettato della norma — lo dirà soltanto il tempo.


Così, ad esempio, l'Accordo Quadro 20 ottobre 2004 ha provveduto (o, meglio, provato) a fornire una prima regolamentazione delle nuove collaborazioni a progetto, nel campo delle organizzazioni non governative (ONG) operanti nell'ambito della cooperazione e della solidarietà internazionale, prendendo in considerazione le peculiarità del settore, pur senza tralasciare la tutela dei lavoratori <sup>(18)</sup>.

L'accordo introduce un fattore di incertezza, costituito dall'espressa previsione della possibile coesistenza di un rapporto di collaborazione unitamente ad uno di volontariato, il sovrapporsi dei quali, in assenza di precisi confini, può creare problemi in relazione alla necessaria definitezza del progetto cui deve far capo l'attività del lavoratore.

Ma quello che più colpisce — ed è sintomo dell'evidente disagio nella definizione e nell'indicazione contenutistica — è l'assenza di riferimenti al concreto contenuto del progetto, essendo prevista unicamente « l'individuazione delle attività richieste e/o gli obiettivi professionali del progetto, programma o fasi di essi », senza la concorde individuazione — che non avrebbe potuto certamente superare il dettato della legge, ma sarebbe stata comunque significativa a fini interpretativi ed applicativi — dei requisiti minimi di un « progetto » che tenesse conto delle particolarità del settore.

---

<sup>(17)</sup> In  *Volontariato*.

<sup>(18)</sup> In  *Boll. Adapt*, 2004, n. 39.

È da riconoscere, tuttavia, che nel caso delle ONG, appare relativamente facile ricondurre ad uno specifico progetto l'attività del collaboratore, dal momento che le stesse organizzazioni cooperano, per lo più, a progetti di intervento, in Italia o all'estero, solitamente ben individuabili. Non deve però confondersi il progetto che distingue l'azione di una ONG con quello cui deve essere riconducibile l'attività del collaboratore coordinato: nonostante gli stessi possano sostanzialmente coincidere, è evidente che il collaboratore possa essere, invece, pur all'interno del più ampio progetto della ONG, adibito ad un'attività talmente generica da non rientrare nella definizione di progetto individuata dalla riforma Biagi.

Sempre in relazione alle organizzazioni non governative, occorre domandarsi se l'introduzione del lavoro a progetto debba far ritenere superato ed assorbito lo speciale contratto di cooperazione previsto dall'articolo 32 della legge 26 febbraio 1987, n. 49<sup>(19)</sup>, che costituisce esempio di quel contratto *ad hoc* cui il terzo settore aspira, dal momento che tiene espresso conto delle particolari necessità e degli obiettivi del soggetto utilizzatore. Si rammenta infatti che le ONG possono impiegare lavoratori italiani in possesso di conoscenze tecniche, esperienza professionale e qualità personali necessarie concludendo un contratto di cooperazione di durata inferiore a due anni, per l'espletamento di compiti di rilevante responsabilità tecnica, gestionale ed organizzativa, con previsione di diritti e doveri a carico del *cooperante* ed espresso divieto — a pena di nullità — di instaurazione di un rapporto subordinato con l'organizzazione (ai sensi del seguente articolo 34).

Se, per un verso, nella legge è espressamente richiamata la natura autonoma delle prestazioni svolte, non si può non rilevare come il rapporto sia in realtà connotato dagli elementi tipici di un co.co.co., con inserimento ad ogni effetto nella struttura operativa della organizzazione (e, per altro, verso, dette posizioni sono per lo più già connotate da un progetto ben definito).

In assenza di espressa abrogazione, deve ritenersi che il contratto di cooperazione ricada al di fuori della disciplina del lavoro a progetto, pur in presenza delle caratteristiche previste: non tanto secondo il criterio di prevalenza della *lex specialis*, quanto perché trattasi di contratto nominativamente previsto dall'ordinamento.

---

(19) In  *Terzo settore*.

## 5. Segue: altri rapporti.

Oltre ai detti rapporti autonomi riconducibili ad un progetto, la figura del collaboratore coordinato atipico continuerà ad esistere per il limitato caso di prestazione occasionale, definita dal successivo comma quale quella di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, purché il complessivo compenso percepito nello stesso periodo non sia superiore a 5.000 euro.

A queste collaborazioni, pertanto, non si applica la disciplina del progetto; si ha tuttavia difficoltà ad applicare a tali limitati (ed autonomi) rapporti la definizione di continuativi. Inoltre, mentre da un lato è chiaro che per la valutazione dei limiti temporali la norma sia cristallina (non più di trenta giorni con lo stesso committente), i limiti economici sono definiti in maniera tutt'altro che chiara, non comprendendosi se nel compenso complessivo menzionato rientri pure quello eventualmente percepito presso altri soggetti (ed in tal caso, non si comprenderebbe di quali strumenti sia dotato il datore per verificare l'osservanza di tale limite).

Altro tipo di rapporto « non vincolante » utilizzabile, seppur in limitati casi, nell'ambito delle organizzazioni senza scopo di lucro è costituito dal lavoro accessorio, disciplinato dall'articolo 70 e ss., che riguarda attività di natura meramente occasionale di durata complessiva non superiore a trenta giorni all'anno (non dice la norma se tale periodo massimo debba intendersi riferito all'attività prestata a favore dello stesso datore di lavoro o sia riferita ad una quantità massima di lavoro accessorio riferito ad un singolo soggetto, dando luogo agli stessi problemi *supra* ricordati circa il potere di verifica di altre attività da parte del beneficiario delle prestazioni al fine di non ricadere fuori dai limiti previsti) e con compenso non superiore a 5.000 euro (tetto così modificato, dai precedenti 3.000, dal decreto di modifica recentemente entrato in vigore).

Il lavoro accessorio — che può essere reso soltanto da soggetti ai margini del mondo lavorativo <sup>(20)</sup> — è infatti utilizzabile, per quanto potenzialmente concerne il mondo del *no profit*, seppur non in via

---

<sup>(20)</sup> Si tratta di soggetti a rischio di esclusione sociale, o comunque non ancora entrati nel mondo del lavoro o in procinto di uscirne, quali, segnatamente, disoccupati da oltre un anno, casalinghe (e casalinghi), studenti e pensionati, disabili e soggetti in comunità di recupero, extracomunitari con permesso di soggiorno nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro.



esclusiva, dovendosi ritenere che qualunque soggetto, in tali ambiti, possa ricorrere al lavoro accessorio), nell'ambito della realizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli.

Lo stesso tipo di lavoro può inoltre essere utilizzato per la collaborazione con enti pubblici o associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza o, genericamente, di solidarietà: la previsione appare pressoché l'unica, all'interno del decreto, ad occuparsi direttamente di soggetti e situazioni legate al terzo settore: diverso caso, ad esempio, è rappresentato dall'articolo 14, finalizzato tra l'altro alla (stipula di convenzioni quadro per la) promozione e lo sviluppo delle commesse di lavoro a favore delle cooperative sociali, dal momento che lo stesso non tende ad avvantaggiare le cooperative sociali (che possono astrattamente rientrare tra le Onlus), quanto a consentire l'inserimento dei lavoratori svantaggiati.


In effetti, il lavoro occasionale ed accessorio — avente natura tendenzialmente autonoma — è quello che, per meccanismi e modalità, maggiormente si avvicina alle esigenze dei soggetti non imprenditori e senza finalità di lucro, quali nuclei familiari e soggetti del terzo settore <sup>(21)</sup>.

Mentre per la prima categoria di soggetti (le famiglie) i tipi di attività espletabili costituiscono un numero chiuso (piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresa la assistenza domiciliare a bambini, anziani, malati e disabili), anche in ragione dell'esigenza di evitare che altri tipi di rapporto — quale principalmente quello di lavoro domestico, disciplinato dalla legge 2 aprile 1958, n. 339 <sup>(22)</sup> — possano essere sostituiti da forme precarie di impiego, per i soggetti *no profit* la possibilità di utilizzo del lavoratore a *ticket* è sostanzialmente indefinita, dacché i lavori astrattamente riferibili a ragioni « di solidarietà » costituiscono — seppur talvolta in senso lato — la vasta maggioranza delle attività del terzo settore.

Sembra pertanto delineata in tal senso la strada che potranno percorrere le organizzazioni di volontariato (e comunque senza scopo di lucro) al fine di continuare ad utilizzare, nel rispetto dei principi della legge, lavoro non dipendente, nell'attesa di un futuro, eventuale, contratto *ad hoc* che tuteli sia i lavoratori che le particolari esigenze del soggetto non dotato di scopo di lucro.

---

<sup>(21)</sup> In argomento, G. MAUTONE, *Lavoro accessorio e prestazioni che esulano dal mercato del lavoro*, in *GLav*, giugno 2003, n. 4, suppl., 12.

<sup>(22)</sup> In  *Lavoro a domicilio*.



Parte III

## LE TIPOLOGIE DI LAVORO A TERMINE



SEZIONE A  
TIPOLOGIE OGGETTIVE:  
IL CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO

1.

**LA DISCIPLINA LEGALE E CONTRATTUALE**

FRANCESCO BASENGHI

SOMMARIO: 1. La collocazione sistematica della nuova figura. — 2. La prorogabilità del termine. — 3. La successione di contratti e la parità di trattamento. — 4. Il contratto a termine e la disciplina collettiva.

**1. La collocazione sistematica della nuova figura.**

Si dice cosa ovvia nel rilevare come l'interesse manifestato dalla dottrina nei riguardi del provvedimento di riforma abbia avuto come fulcro il tema delle condizioni legittimanti l'apposizione del termine, con l'effetto di porre in secondo piano la materia della disciplina applicabile al rapporto.

Ad un tale atteggiamento ha certo condotto — oltre alla ovvia centralità dell'argomento in sé considerato, tale da condizionare la delimitazione degli spazi vitali dell'istituto — anche la consapevolezza che proprio su quel versante si è venuta ad addensare la massima spinta innovativa del provvedimento, attraverso il tanto noto quanto dibattuto superamento del modello casistico per il tramite della introduzione di una clausola generale <sup>(1)</sup>. Se si aggiunge, poi, che proprio in correla-

---

<sup>(1)</sup> Cfr., fin da ora, M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, 87 ss.; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in DLRI, 2001, 361 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive a D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Commentario, Attuazione della direttiva n. 70/99/CE*, in NLCC, 2002, 25 ss.; A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in DL, 2002, I, 1 ss.

zione con questo argomento si è posto il parallelo tema del presunto superamento della eccezionalità della figura contrattuale in predicato, si ha ragione della più contenuta attenzione rivolta a temi quali la proroga del termine, la rinnovazione, la parità di trattamento, i criteri di computo e via discorrendo, ritenuti più marginali e legati da una meno apprezzabile discontinuità con il passato.

In effetti — vien da dire *prima facie* — su queste ultime materie l'eredità del precedente impianto appare più netta e vistosa, certo innegabile e talvolta totale. Ma — va da sé — sarebbe probabilmente frettoloso liquidare come ininfluenti i non pochi spunti innovativi portati dalla riforma, come pure semplicistico negare ad essi una qualsiasi permeabilità sistematica rispetto al più ampio interrogativo della permanente connotazione speciale — pur attecnicamente intesa — della figura.

Invero, non è certo questa la sede per riproporre i termini della questione da ultimo accennata. Ma è chiaro che essa risulta, almeno in parte, ineludibile, in quanto suscettiva di riflettersi sull'intero funzionamento del nuovo regime, condizionando pesantemente esiti interpretativi e prospettazioni ricostruttive.

Da questo punto di vista — senza alcuna pretesa di voler offrire soluzioni appaganti ad un interrogativo destinato ad essere risolto gordianamente solo dal prossimo sedimentarsi degli orientamenti giurisprudenziali — è difficile sottrarsi all'impressione che la nuova figura, nonostante gli interventi indubbiamente significativi — sia destinata a porsi ancora, analogamente al passato, in relazione di specialità, eccezione o deroga <sup>(2)</sup> rispetto all'ordinario modello incarnato dal contratto a tempo indeterminato.

Beninteso, non si vogliono con ciò passare sotto silenzio le profonde innovazioni introdotte dal legislatore delegato, né depotenziarne le ricadute sistematiche. Se non tutto, certo molto — dalla tribolata e lontana origine del provvedimento <sup>(3)</sup> fino alla sua formulazione testuale, passando per i ripetuti segnali lasciati dal legislatore — porta ad affermare

---

(2) I termini in questione vengono, in questo caso, consapevolmente utilizzati in modo fungibile, nonostante a ciascuno di essi sia attribuibile un diverso significato tecnico. Alcuni Autori ritengono che il contratto a termine, nell'assetto riformato, si ponga in rapporto di deroga — ma non anche di eccezione — rispetto al modello ordinario, a tempo indeterminato: cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, 378.

(3) Cfr. in tema M. TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in M. BIAGI (a cura di), *op. cit.*, 41 ss.

che si sia inteso promuovere una maggior diffusione di questo modello contrattuale, allentando o sopprimendo alcuni vincoli implicati nel precedente impianto. E che la finalità dell'intervento abbia, in questi termini, una valenza promozionale, non è smentito nemmeno dalle riserve avanzate in ordine alla formulazione tecnica dell'articolato: è ben vero che l'adozione di una clausola generale e la parallela soppressione delle causali tipizzate non assicurano il soddisfacimento delle aspettative di flessibilità da più parti nutrite <sup>(4)</sup> — e, in particolare, non danno garanzie sul *quantum* di effettiva e genuina rispondenza alle esigenze del mercato del lavoro — ma ciò non toglie che l'obiettivo legislativamente intrapreso sia stato quello accennato, come ben dimostrano, al di là di ogni ulteriore notazione, le forti e diffuse critiche avanzate in merito al presunto *deficit* protettivo in tal modo prodotto ed alla conseguente violazione della clausola di « non regresso » <sup>(5)</sup>.

Nondimeno, la dimensione teleologica del provvedimento ed il sotteso allargamento della base di utilizzo dello strumento contrattuale regolato — in quanto elementi rilevanti sul solo piano della politica del diritto — non si riflettono, per un automatismo meccanicistico, sulla sua qualificazione dogmatica e, in particolare, sul suo rapporto con la figura referenziale assunta come ordinaria, rappresentata dal contratto di lavoro a tempo indeterminato. Ciò che si vuol dire, in altri termini, è che le finalità di merito della riforma — univocamente orientata, almeno nelle intenzioni, all'ampliamento delle condizioni utili alla diffusione del contratto regolato — non implicano necessariamente una revisione della sua collocazione giuridico-formale né, tantomeno, un riesame della sua relazione con le altre fattispecie contrattuali adiacenti: si può potenziare la diffusione del contratto a termine senza riconsiderare la sua posizione nell'ambito della galassia lavoristica e ciò, a quanto pare, è quanto è avvenuto.

Del resto, che il contratto a termine riformato abbia mantenuto il proprio ruolo di figura derogatoria o speciale <sup>(6)</sup>, nient'affatto assimi-

---

<sup>(4)</sup> Cfr., per tutti, G. PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in RIDL, 2002, 15 ss.

<sup>(5)</sup> Il tema è notoriamente assai dibattuto, anche se l'indirizzo prevalente pare orientato in senso favorevole al rispetto del limite *de quo*: cfr. M. TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina ecc.*, cit., 65; G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 29; A. VALLEBONA, *op. cit.*, 29.

<sup>(6)</sup> L'uso dell'aggettivo « speciale » ha luogo in modo atecnico, senza evocare alcuna deviazione causale del tipo così qualificato rispetto a quello assunto come ordinario o referenziale.

lato a quello occupato dal modello ordinario — se si permette l'uso di questa aggettivazione per alludere al contratto a tempo indeterminato — è confermato, oltretutto da una serie di argomenti testuali dei quali non può darsi minimamente conto in questa sede <sup>(7)</sup>, dalla stessa struttura del decreto legislativo n. 368 del 2001: l'intero provvedimento — in ogni sua parte — è intimamente legato da un filo rosso che assiste la figura regolata da un complesso intreccio di limiti e condizioni, che ne circoscrive la ammissibilità, ne demarca i confini, ne vieta l'adozione, ne delimita la proroga e la rinnovazione, spesso prevedendo in modo esplicito, quale effetto della violazione delle regole imposte, la riconduzione al contratto di lavoro a tempo indeterminato, assunto evidentemente a figura di *default* <sup>(8)</sup>. Ciò considerato, non meravigliano — e non possono essere considerate il semplice frutto di una improvvida quanto nostalgica fedeltà al passato — le posizioni di continuità assunte dalla giurisprudenza nei primi pronunciamenti in materia <sup>(9)</sup>.

Si può dire, in altri termini, che il contratto a termine continui comunque a scontare la propria ineliminabile natura di figura « deviante » rispetto a quella ordinaria o tipica — come descrittivamente evocato, peraltro, dalla ricorrenza di un tradizionale *accidentalis* come il termine apposto ad un prototipo di base che non lo conosce come ordinario — a prescindere da ogni disegno, di lettura latamente « politica », rivolta alla sua maggior diffusione.


## 2. La prorogabilità del termine.

Quanto accennato rileva in punto di analisi delle non piccole questioni poste dalla disciplina ricavabile dall'impianto del nuovo regime. Va da sé, infatti, che la collocazione sistematica della figura

---

<sup>(7)</sup> Si allude alla ben nota questione del valore attribuibile alle affermazioni contenute sia nel *preambolo* che nelle *considerazioni generali* dell'Accordo quadro Ces-Unice-Ceep sul lavoro a tempo determinato. In tema, tra gli altri, cfr. A. BELLAVISTA, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 7 ss.

<sup>(8)</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, 377 ss.; M. PAPALEONI, *Le linee fondamentali della nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato: d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in *ADL*, 2002, 680 ss. Più in generale cfr. i rilievi di A. GARILLI, *Il recepimento della direttiva sul lavoro a termine nell'ordinamento italiano*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *op. cit.*, 42 ss.

<sup>(9)</sup> Si allude alla notissima decisione di Cass. 21 maggio 2002 n. 7468, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

riformata e la relazione corrente con i modelli adiacenti costituisca uno strumento ermeneutico utile alla soluzione di alcune delle questioni poste dal non sempre limpido materiale normativo.


Così, qualche utile spunto può essere tratto in tema di proroga. Al riguardo si registra, invero, sostanziale concordia nel marcare i tratti di scostamento rispetto all'assetto previgente — tratti collocabili nel prisma della opzione politica di fondo tracciata dal legislatore delegato — in coerenza con le solide indicazioni emergenti dal tessuto normativo <sup>(10)</sup>. I termini della questione sono troppo noti per essere ripresi compiutamente ed in questa sede può essere sufficiente ricordare come la soppressione del requisito della eccezionalità della proroga — ammissibile solo in presenza di *esigenze contingenti ed imprevedibili* — unitamente al superamento del limite temporale posto dalla originaria durata del contratto, diano il segno di una mutata sensibilità verso un istituto in precedenza giudicato potenzialmente pericoloso, se non apertamente censurabile <sup>(11)</sup>.

Lasciando impregiudicata l'intricata questione posta dalla discussa possibilità di leggere nella proroga uno strumento utilizzabile a fronte di necessità organizzative stabili e non transitorie, ordinariamente correlate al processo produttivo — va da sé che il tema è strettamente correlato alla soluzione che si intenda accogliere in relazione alla natura delle causali giustificanti l'apposizione iniziale del termine e, quindi, al portato normativo dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 368 del 2001, con ciò riproducendo *in subiecta materia* le teoriche formulate a quel riguardo — gli spunti problematici sollevati in dottrina hanno riguardato principalmente gli oneri formali ed il regime degli effetti scaturenti dalla violazione dei limiti legali <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Cfr. il contributo di M. TIRABOSCHI, *L'apposizione del termine nel contratto di lavoro dopo il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*, che segue.

<sup>(11)</sup> Si rinvia alle osservazioni di R. SALOMONE, *Disciplina della proroga*, in M. BIAGI (a cura di), *op. cit.*, 148 ss.; S. BELLOMO, *Sub art. 4, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 61 ss.



<sup>(12)</sup> Si omette *ex professo* l'esame delle altre questioni sollevate dai commentatori, tra le quali quella — dall'esito piuttosto scontato — relativa alla durata massima del contratto prorogato. Fermo restando che nessun limite di durata massima è posto al termine iniziale — come, del resto, era pacifico anche nel previgente regime, Cass. 11 aprile 2003 n. 5768, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)* — è evidente che il ben noto termine triennale di cui all'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001 è destinato ad operare relativamente ai soli contratti fatti oggetto di proroga: cfr. sul tema V. SPEZIALE, *op. cit.*, 400 ss.


Quanto al primo argomento, non pare del tutto convincente l'indirizzo favorevole alla estensione all'ipotesi *de qua* dei vincoli di forma previsti per il termine inizialmente apposto<sup>(13)</sup>. Invero un esito di questa portata non solo non trova espliciti riscontri testuali, ma non è nemmeno coerente con la *ratio* sottesa al provvedimento delegato e, segnatamente, alla revisione della regolamentazione di dettaglio dedicata all'istituto. Invero — come è noto — la giurisprudenza largamente prevalente, pur con qualche distinguo, aveva escluso l'esistenza di obblighi formali già nel vigore della legge n. 230 del 1962<sup>(14)</sup> ed è difficile ipotizzare che un onere di questa portata possa essere desunto, per via interpretativa, argomentandolo sulla scorta di una presunta compensazione, tramite l'imposizione di doveri di documentazione, dei maggiori spazi aperti attraverso la soppressione di antichi vincoli. Ciò nondimeno non può far passare in secondo piano l'osservazione — certo banale ma non meno rilevante sul piano pratico — secondo la quale, a fronte di una proroga del termine, è di regola il datore di lavoro il soggetto interessato alla relativa formalizzazione, correndo altrimenti il rischio di veder convertito il rapporto a motivo del superamento del termine non prorogato, una volta superati i brevi periodi « cuscinetto » di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 368 del 2001<sup>(15)</sup>.

Quanto al secondo argomento, il silenzio del legislatore lascia aperte diverse opzioni — tutte sorrette da validi argomenti — rispetto alle quali, tuttavia, i rilievi svolti in merito alla collocazione dogmatica del rapporto a termine possono venire in gioco. Così, se è vero che secondo alcuni la nullità del patto di proroga porterebbe a qualificare il lavoro svolto in adempimento del contratto prorogato quale prestazione di fatto *ex* articolo 2126 c.c.<sup>(16)</sup>, sembra più corretta la lettura che valorizza l'applicazione del regime conservativo-sostitutivo di cui all'articolo 1419, comma 2, a tutto favore del recupero del negozio solo parzialmente viziato<sup>(17)</sup>. Un tale orientamento, al di là della sua obiettiva sostenibilità formale, trova peraltro conforto sul piano sistematico nella fisiologica

---

<sup>(13)</sup> In questo senso R. SALOMONE, *op. cit.*, 152 ss.

<sup>(14)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*. Cfr., di recente, Cass. 19 luglio 2002 n. 10607, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(15)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*. Cfr., per tutti, S. BELLOMO, *op. cit.*, 68, ove più ampi riferimenti.

<sup>(16)</sup> Cfr. F. BIANCHI D'URSO, G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *MGL*, 2002, 118.

<sup>(17)</sup> Così V. SPEZIALE, *op. cit.*, 407 ss. Giunge ai medesimi esiti anche A. VALLEBONA, *op. cit.*, 8 ss., seppur attraverso il diverso percorso che sottolinea l'auto-



riconduzione del contratto a termine — quale figura connotata da un elemento di deviazione rispetto al tipo ordinario — proprio a quest'ultimo come modello referenziale, una volta che si sia accertata la insussistenza di una legittima condizione specializzante<sup>(18)</sup>. Il venir meno delle condizioni giustificanti la protrazione del termine ne implica la improduttività di effetti e, quindi, la giuridica inesistenza di un confine temporale utile a fondare la cessazione del rapporto al suo raggiungimento.

Un tale esito, d'altro canto, è assistito da una coerenza interna anche alla luce del bilanciamento degli interessi coinvolti nel rapporto<sup>(19)</sup>. È noto, infatti, che l'effetto di conversione è esplicitamente previsto dalla legge in caso di protrazione della prestazione oltre la scadenza originariamente pattuita o successivamente prorogata, fatta eccezione per i soli casi in cui il superamento del termine sia contenuto entro confini temporali particolarmente esigui. Pur non potendosi negare le chiare differenze correnti tra l'ipotesi della proroga illegittima e la prosecuzione di fatto del rapporto oltre la soglia convenuta, non c'è dubbio che le due figure presentino tratti di forte comunanza sostanziale, tenuto conto delle posizioni coinvolte e della meritevolezza delle aspettative da salvaguardare: in entrambi i casi viene travolto il programma negoziale validamente convenuto in origine; in entrambi i casi si registra lo svolgimento di una attività di lavoro priva di titolo a motivo della intervenuta scadenza del termine pattuito; in entrambi i casi la pretesa del datore di lavoro alla prestazione si è venuta ad estendere *ultra vires*; in entrambi i casi, già in ipotesi, risultano contraddetti e violati i principi regolanti la ridefinizione o la ricollocazione del termine finale<sup>(20)</sup>.

---

nomia della proroga rispetto al contratto originario e da essa fa dipendere la impermeabilità di quest'ultimo rispetto alle vicende della prima.

<sup>(18)</sup> Cfr. quanto rileva M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *op. cit.*, 96 ss., secondo il quale — pur in relazione alla diversa ipotesi del superamento dei limiti quantitativi fissati dalla contrattazione collettiva — « se cade il termine finale (...) il contratto è a tempo indeterminato (non si converte, perché il tipo negoziale su cui si forma il consenso è sempre uno) ».

<sup>(19)</sup> Cfr. M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenza della violazione dei limiti formali e sostanziali alla conclusione di un contratto a tempo determinato*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *op. cit.*, 76 ss.

<sup>(20)</sup> Cfr. il contributo di M. TIRABOSCHI, *L'apposizione del termine nel contratto di lavoro dopo il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*, cit.

### 3. La successione di contratti e la parità di trattamento.

È ormai risaputo che l'assetto normativo previgente poteva dirsi largamente conforme alle previsioni della direttiva n. 1999/70/CE <sup>(21)</sup>. D'altro canto, i contenuti regolatori della fonte comunitaria si presentavano ancora più sfumati ed indistinti di quanto non sia di regola per la generalità delle direttive, con ciò denunciando la genesi pattizia del provvedimento.



Queste circostanze concorrono a dare ragione della sostanziale continuità con il passato di ampie frazioni del decreto delegato.

Tanto vale, ad esempio, per la già accennata disciplina della prosecuzione della prestazione oltre il termine convenuto, come pure della successione di contratti. Ed analoghe considerazioni possono ripetersi per la regola di parità tra lavoratore a termine e collega assunto a tempo indeterminato <sup>(22)</sup>.

Relativamente alla prima ipotesi, la vicinanza rispetto all'articolo 2 della legge n. 230 del 1962 — come novellato dalla legge n. 196 del 1997 <sup>(23)</sup> — appare quasi assoluta, non fosse che per alcune minime correzioni, peraltro in larga misura anticipate dalla prassi amministrativa. Viene in particolare confermato che in presenza della rinnovazione del contratto a termine, se disposta senza soluzione di continuità con il precedente, il rapporto, unitariamente valutato, si considera a tempo indeterminato « dalla data di stipulazione del primo contratto ».

Le considerazioni svolte in apertura a proposito della collocazione sistematica della figura *de qua* tornano invece carsicamente in rilievo a proposito della invocabilità del generale strumento della frode alla legge *ex* articolo 1344 c.c. A soluzioni variamente negative <sup>(24)</sup> — principalmente fondate sulla intervenuta soppressione del canone di presunta indeterminatezza della durata del rapporto e, di riflesso, della

---

<sup>(21)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*. Fin troppo ovvio è il riferimento a C. Cost. 7 febbraio 2000 n. 41, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*: « Qualora si consideri la lettera e lo spirito della direttiva in questione (...) l'ordinamento italiano risulta anticipatamente conformato agli obblighi da essa derivanti ».

<sup>(22)</sup> Giustamente A. VALLEBONA, *op. cit.*, 10, segnala l'improprietà della rubrica dell'art. 6, che fa riferimento ad un « principio di non discriminazione » confuso con l'obbligo di trattamento paritario. Analogamente A. LEPORE, *Sub art. 6*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 83 ss. In generale cfr. M. MOBIGLIA, *Principio di non discriminazione*, in M. BIAGI (a cura di), *op. cit.*, 171 ss.

<sup>(23)</sup> In  *Lavoro interinale*.

<sup>(24)</sup> Cfr. A. VALLEBONA, *op. cit.*, 9.

fungibilità tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato — è lecito opporre quanto si è accennato in merito alla dimensione invece insopprimibilmente derogatoria (o, se si preferisce, speciale o, ancora, eccezionale) del primo rispetto al secondo. Del resto, senza dover tornare sul tema, è sufficiente ricordare che l'intero segmento disciplinare di cui si parla è dichiaratamente posto ad impedire l'uso illegittimo (cioè l'abuso) di questo strumento contrattuale, imponendo — a controprova della diseguale collocazione dei due modelli nel sistema delle forme contrattuali potenzialmente accessibili da datore di lavoro e dipendente — l'effetto della riconduzione forzosa al tipo di *default*. In altri termini, il generale limite della frode opera appieno, tanto più nell'ambito di una figura rispetto alla quale i rischi di abuso sono tanto tangibili da aver dato impulso all'intervento legislativo. D'altra parte, ad ulteriore conferma di queste conclusioni, non può essere irrilevante la permanente identità delle previsioni normative in commento nonostante l'intervenuta riforma <sup>(25)</sup>.

A quanto pare, quindi, nulla pare ostare alla applicabilità del generale limite della *fraus legi*, ove ne ricorrano le condizioni fondanti, la cui non agevole dimostrazione in giudizio, secondo le regole generali, *incumbit ei qui dicit* <sup>(26)</sup>. Va da sé, inoltre, che la conseguente trasformazione dei singoli rapporti a termine conclusi a fini elusivi in un unico rapporto a tempo indeterminato potrà implicare la riproposizione delle ben note questioni in tema di retribuità degli intervalli non lavorati, questioni da risolvere secondo le indicazioni, ormai sedimentate, dei giudici di legittimità <sup>(27)</sup>.

In ordine ai contenuti dell'articolo 6 del decreto legislativo n. 368 del 2001, va da sé che solo una lettura improvvida potrebbe indurre a

---

<sup>(25)</sup> Già nel sistema novellato dalla l. n. 196/1997 la giurisprudenza si era pronunciata nel senso della rilevanza dell'eventuale elusione di legge: cfr. Pret. Milano 30 aprile 1999, in *LG*, 1999, 775.



<sup>(26)</sup> L'azione tesa all'accertamento della *fraus legi* verrà ovviamente esercitata dove non ricorrano le ipotesi di conversione di cui all'art. 5, commi 2, 3 e 4, del d.lgs. n. 368/2001, non potendosi quindi egli avvalere delle presunzioni assolute di cui alla norma in predicato.

<sup>(27)</sup> Nel senso della non retribuità degli intervalli non lavorati si è pronunciata, notoriamente, Cass., sez. un., 5 marzo 1991 n. 2334, in *Orario di lavoro*. Va nondimeno rilevato che l'effetto sospensivo delle obbligazioni retributive — fondato, tra l'altro, sulla natura sinallagmatica del rapporto — viene meno nel caso in cui il lavoratore, deducendo la unicità del rapporto, offra di riprendere il lavoro: Cass. 7 febbraio 1996 n. 976, in *Orario di lavoro*.

dare ingresso, per questa via, ad un malinteso obbligo di parità di trattamento quale generale canone di scrutinio delle scelte datoriali, il cui ingresso nell'ambito del rapporto di lavoro è stato, peraltro, notoriamente escluso dalla unanime giurisprudenza dopo i ben noti tentennamenti dei primi anni Novanta <sup>(28)</sup>. È ben chiaro, in altri termini, che l'imprenditore resta del tutto libero di riconoscere ai propri dipendenti, siano essi assunti a termine o meno, trattamenti differenziati — massimamente quelli economici — secondo una scelta discrezionale che incontra i soli limiti di fonte legale e contrattuale-collettiva. Piuttosto, ha ragione chi evidenzia la migliorabile formulazione tecnica del precetto relativamente alla figura del « lavoratore comparabile ». In altri termini, secondo le lettere della legge il giudizio di parità sembra dover essere condotto assumendo a figura referenziale i lavoratori « inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva ». Ma è fin troppo facile rilevare che un tale meccanismo comparativo denuncia la sua palese insufficienza tanto a fronte della sua insuperabile vaghezza, quanto a motivo di prassi ed usi invalsi nella gestione del personale. Così, da un lato, il riferimento alla collocazione livellare non permette, in sé, di valorizzare gli effettivi contenuti della prestazione resa ed i trattamenti ad essa strettamente correlati: si pensi, ad esempio, all'affollata congerie dei trattamenti indennitari, segnatamente a quelli modali, dovuti in correlazione con le particolari qualità della prestazione resa. D'altro lato, e per analoghe ragioni, il criterio comparativo suggerito non riesce a sterilizzare le incongruenze applicative derivanti da fenomeni diffusi quali il fenomeno del sotto-inquadramento dei neoassunti o quello delle c.d. qualifiche convenzionali <sup>(29)</sup>. In questo caso, una maggior aderenza al testo della direttiva — teso a valorizzare gli effettivi contenuti del lavoro svolto — avrebbe probabilmente migliorato il prodotto normativo finale.

Scontata la applicabilità della regola *pro rata temporis*, la questione della individuazione dei trattamenti il cui riconoscimento sia « obietti-

---

<sup>(28)</sup> Si allude, ovviamente, alla celeberrima sentenza di C. Cost. 9 marzo 1989 n. 103, in  *Parità di trattamento*, ed agli equivoci arresti giurisprudenziali che, anche presso i giudici di legittimità, ad essa hanno fatto riferimento. Il quadro, peraltro, può dirsi oggi sostanzialmente definito nel senso della esclusione della regola paritaria: da ultimo, *ex plurimis*, cfr. Cass. 18 agosto 2003 n. 12076; Cass. 17 maggio 2003 n. 7752, entrambe in  *Parità di trattamento*.

<sup>(29)</sup> Cfr. A. LEPORE, *op. cit.*, 84.


vamente incompatibile con la natura del contratto a termine » sembra dover essere risolta conformemente a quanto previsto dall'omologa previsione di cui all'articolo 5 della legge n. 230 del 1962, stante la pressoché assoluta identità dei disposti. A questo proposito, l'ambito di maggior interesse è forse quello del regime previsto a fronte del verificarsi di cause sospensive della prestazione *ex* articoli 2110 e 2111 c.c., la cui applicazione non può che essere oggetto di adattamento in considerazione della avvenuta definizione, per via pattizia, del termine di cessazione del rapporto, con ulteriori riflessi ricadenti anche sul regime del relativo trattamento economico <sup>(30)</sup>. Così, se è indubbio che anche il lavoratore a termine, in corso di rapporto, abbia diritto alla conservazione del rapporto <sup>(31)</sup> è anche chiaro che detti eventi non possono comunque determinare la proroga del termine stesso <sup>(32)</sup>.


#### 4. Il contratto a termine e la disciplina collettiva.

Che la disciplina emergente dalla riforma riduca gli spazi di intervento della contrattazione collettiva, è cosa nota <sup>(33)</sup>. Ed altret-

---

<sup>(30)</sup> Cfr. quanto previsto al riguardo dall'art. 5 della l. n. 638/1983, introduttivo di peculiari limiti temporali — inesistenti per gli assunti a tempo indeterminato — relativamente alla fruizione dei trattamenti economici di malattia.

<sup>(31)</sup> Fermo altresì restando che anche il lavoratore a termine può essere licenziato per superamento del periodo di comporto: cfr. Cass. 7 novembre 1995 n. 11578, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(32)</sup> Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (già diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, vol. III, 421. Superfluo il riferimento all'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 per quanto attiene alla lavoratrice madre, come pure quello — omologo seppur individuato *per relationem* — di cui all'art. 1 della l. n. 7/1961 a proposito del divieto di licenziamento disposto per causa di matrimonio. In generale, sul tema, cfr. Cass. 10 novembre 1998 n. 11335, in  *Licenziamento individuale*. È stato posto, assai a proposito, anche il problema della piena estensione, a favore del lavoratore a termine, delle forme di previdenza complementare gestite da fondi pensione, i cui statuti sovente limitano il proprio intervento a dipendenti assunti a tempo indeterminato (es. Fondo Enel) oppure a tempo determinato di particolare durata (es. Fondo Chimici; Fondo Poste). La prospettazione della nullità di detti statuti non pare del tutto fondata attesi la particolarità degli interessi tutelati ed i meccanismi di funzionamento dei regimi di previdenza complementare, soprattutto in ordine ai meccanismi di regolamentazione dei trasferimenti delle posizioni individuali da fondo a fondo: cfr. A. LEPORE, *op. cit.*, 87.

<sup>(33)</sup> Cfr. il contributo di F. BASENGHI, *Tipologie di lavoro flessibile e tutela collettiva*, nella Parte VII, di questo volume.

tanto noto è il fatto che l'intervento collettivo sia stato, in proposito, particolarmente intenso, come, del resto, era ovvio che fosse se si tiene conto delle rigidità del sistema regolativo costruito sulla legge n. 230 del 1962: una volta delegati ad individuare nuove ipotesi legittimanti l'apposizione del termine, gli attori sindacali — fino ad allora costretti negli angusti spazi del modello casistico — non potevano non cogliere un'occasione per molti versi storica<sup>(34)</sup>.

E così è stato. Superando le ben note questioni relative agli spazi di azione ritagliati dalla legge, la contrattazione ha sensibilmente ampliato il novero delle causali giustificatrici, introducendo ipotesi di natura c.d. soggettiva — fondate cioè sulla condizione personale del dipendente<sup>(35)</sup> — ovvero introducendo ipotesi inedite, spesso — ma non solo<sup>(36)</sup> — al fine di dare adeguata composizione ai dubbi interpretativi generati dalla regolazione legale<sup>(37)</sup>, trovando un esclusivo limite nella inderogabilità, totale o parziale, della disciplina sostanziale dedicata<sup>(38)</sup>.

L'abbandono del sistema fondato sulla tipicità casistica dà apparentemente ragione della erosione degli spazi lasciati agli attori sindacali, sull'ovvia considerazione che il modello retto sulla definizione di una clausola generale sembra in grado di assorbire ogni causale specifica individuata fino a ieri in sede pattizia, rendendola quindi *inutiliter*

<sup>(34)</sup> Cfr. il contributo di M. TIRABOSCHI, *L'apposizione del termine nel contratto di lavoro dopo il decreto legislativo 6 settembre 2001*, n. 368, cit.

<sup>(35)</sup> Peraltro non sconosciute nello stesso sistema legale e, in particolare, nella legislazione sopravvenuta alla l. n. 230/1962: cfr., ad esempio, l'art. 8, comma 2, della l. n. 223/1991, che autorizza l'assunzione a termine dei lavoratori in mobilità. Sulla legittimità di tali previsioni collettive cfr., da ultimo, Cass. 6 settembre 2003 n. 13044; Cass. 11 dicembre 2002 n. 17674; Cass. 23 marzo 2002 n. 4199, tutte in [📖 Lavoro a termine \(o a tempo determinato\)](#).

<sup>(36)</sup> La possibilità, per la contrattazione collettiva, di fissare ipotesi di apponibilità del termine diverse e più ampie di quelle legalmente codificate, è stata riconosciuta dalla prevalente giurisprudenza: cfr. Cass. 14 gennaio 2004 n. 381, in [📖 Lavoro a termine \(o a tempo determinato\)](#).

<sup>(37)</sup> Si pensi, ad esempio, alla diffusa ammissione della apponibilità del termine ai contratti relativi alla assunzione di personale destinato a sostituire lavoratori in ferie, ipotesi rispetto alla quale — come è noto — una siffatta possibilità risultava esclusa dalla lettera della legge, almeno stando alla interpretazione fornita dall'indirizzo giurisprudenziale largamente prevalente.

<sup>(38)</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass. 1° dicembre 2003 n. 18354, in [📖 Lavoro a termine \(o a tempo determinato\)](#). Sulla permanenza, a carico del datore di lavoro, degli oneri probatori relativi alla sussistenza dei presupposti fondanti la legittimazione alla apposizione del termine, cfr. Cass. 7 giugno 2003 n. 9163, in [📖 Lavoro a termine \(o a tempo determinato\)](#).


*data*. Invero, sembra lecito nutrire qualche perplessità in merito alla scelta compiuta. È scontato che quest'ultima presenti margini di incerta lettura — come è del tutto normale per ogni clausola generale — dai quali possono dipendere esiti critici. In qualche modo, di ciò è consapevole lo stesso legislatore, che non a caso definisce, recupera ed esplicita ipotesi ereditate dal previgente impianto, anche al fine di neutralizzare ogni possibile lettura in chiave riduttiva della riforma <sup>(39)</sup>.

Di fronte ai rischi di un depotenziamento dei valori ispiratori del provvedimento — rischi non ancora adeguatamente scongiurati e certamente non preclusi dai connotati intrinsecamente approssimati delle formule adottate — è lecito opinare che il mantenimento di aree di competenza in capo all'autonomia sindacale avrebbe giovato alla messa in opera del nuovo regime, offrendo riferimenti ed approdi sicuri senza necessariamente inibire — una volta adottata la necessaria cura nella redazione del testo normativo — alcun profilo potenzialmente innovativo. Si è preferito, invece, optare per una liquidazione *soft* delle declaratorie collettive, i cui contenuti sono destinati a mantenere vigore fino alla naturale scadenza dei rispettivi termini contrattuali <sup>(40)</sup>. Ciò non implica — beninteso — che si debba negare ogni spazio alla codificazione, in sede convenzionale, di ipotesi di apponibilità del termine, semmai recuperandole dalla precedente esperienza applicativa. Profondamente mutato ne sarebbe tuttavia il ruolo, non valendo più a fondare causali validate per il tramite della legittimazione legale *ex* legge n. 56 del 1987 <sup>(41)</sup>, ma, assai più semplicemente, ad attribuire a queste una sorta di tipicità pattizia utile a fondare un affidamento di fatto sulla apponibilità del termine al contratto di lavoro, senza però interdire lo scrutinio giudiziario ed i conseguenti esiti potenzialmente negativi in punto di conformità a legge <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> Si allude alla disciplina « aggiuntiva » per il trasporto aereo ed i servizi aeroportuali, di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 368/2001.

<sup>(40)</sup> Cfr. l'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001. Ciò vale, segnatamente, per le declaratorie emanate ai sensi dell'art. 23 della l. n. 56/1987. Per quanto riguarda le altre previsioni pattizie, è da ritenere che queste mantengano ugualmente la loro vigenza, pur nei limiti di compatibilità con il nuovo regime legale: cfr. A. MARESCA, *Sub art. 1111*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 119.

<sup>(41)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(42)</sup> Il giudice, in altre parole, ben potrebbe invalidare le eventuali declaratorie che pretendessero di predeterminare alcune ipotesi di apponibilità del termine ove ritenesse queste *contra legem*, non deducibili nella clausola generale di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001.




Vista largamente ridotta la propria delega, la contrattazione collettiva è legittimata ora ad intervenire, tra gli altri, su due ambiti di peculiare interesse: la definizione, anche non uniforme, dei limiti quantitativi di *generale* utilizzazione del contratto a termine; il riconoscimento di un diritto di precedenza nell'assunzione, presso la stessa azienda e con la medesima qualifica, dei lavoratori che vi abbiano prestato attività a termine per le ipotesi di stagionalità già previste dall'articolo 8-*bis* della legge n. 79 del 1983 <sup>(43)</sup>.

In ordine al primo tema, la distanza rispetto alla disciplina previgente — che pure assegnava alla contrattazione collettiva il compito di limitare quantitativamente il ricorso all'istituto *de quo* — appare netta non appena si consideri l'ampiezza del limite, cioè la sua destinazione a condizionare l'utilizzo dello strumento in quanto tale e non più, come in passato, la diffusione dei soli contratti a termine conclusi nell'ambito di causali definite pattiziamente *ex* articolo 23 della legge n. 56 del 1987. Invero, il sistema delineato dalla riforma va letto tenendo conto della esistenza di un nutritissimo gruppo di ipotesi di apponibilità del termine esonerate dai limiti quantitativi in questione, ipotesi in larga misura evocanti quelle, di fonte legale, già tipizzate dalla legge n. 230 del 1962, con la conseguenza che detti limiti sono destinati ad operare unicamente sulle sole causali, ulteriori e alternative, che il diritto vivente enucleerà dalla formula delle « ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo ».

In questo senso, si è osservato come questa scelta sia coerente con la negazione di spazi contrattuali a proposito della definizione di nuove ipotesi di apponibilità <sup>(44)</sup>: la caduta del sistema bipolare — fondato sui

---

<sup>(43)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*. Non si vogliono dimenticare, ovviamente, gli ulteriori rinvii alla contrattazione collettiva presenti nel corpo del decreto, tra i quali: quello inerente alla definizione delle modalità e degli strumenti di accesso alle opportunità formative; quello concernente la diffusione delle informazioni da rendere sia ai lavoratori a termine circa i posti vacanti sia alle rappresentanze sindacali « in merito al lavoro a tempo determinato nelle aziende »; quello derogatorio rispetto al generale divieto opposto all'assunzione a termine di interessati da procedure di riduzione di personale; quello autorizzatorio relativo alla assumibilità di personale a termine, per periodi di brevissima durata, nel settore del turismo e dei pubblici esercizi; quello, ancora derogatorio, relativo alla possibilità di anticipare l'assunzione del lavoratore a termine in sostituzione di personale assente *ex* art. 4 del d.lgs. n. 151/2001. In tema cfr. P. PASSALACQUA, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione del contratto a termine*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, Torino, 2002, 152 ss.

<sup>(44)</sup> Cfr. A. VALLEBONA, *op. cit.*, 16 ss.



pilastri della casistica tipizzata e della delega contrattata in sede collettiva — sembra far assumere alla introduzione dei limiti quantitativi un ruolo-chiave, orientato strumentalmente ad impedire degenerazioni applicative altrimenti legate, in potenza, alle letture di segno « estensivo » autorizzate dal precetto <sup>(45)</sup>. Ciò, del resto, in piena sintonia con le finalità dell'intero provvedimento, dichiaratamente volto a reprimere l'utilizzazione abusiva della figura <sup>(46)</sup>.

Estesi i limiti quantitativi di origine collettiva alle ipotesi di apponibilità oggi regolate dalla legge delegata, mutano anche i soggetti collettivi legittimati ad intervenire: non più i « sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale », ma i « sindacati comparativamente più rappresentativi » firmatari di contratti collettivi nazionali. Ormai scontato il riferimento al criterio della rappresentatività comparativa — secondo un indirizzo legislativo che trova ormai ripetute conferme negli interventi più recenti <sup>(47)</sup> — è evidente la volontà di privilegiare la verifica di questo connotato sulla base del singolo comparto e non più su quella intercategoriale <sup>(48)</sup>. Non meno importante, poi, si profila la esclusiva valorizzazione della sola contrattazione nazionale, negandosi di riflesso ogni spazio alle intese — invece precedentemente ammesse — di secondo livello, potendosi così assicurare, ad un tempo, la miglior tutela dell'interesse da salvaguardare, attraverso la esclusione di ogni spazio a contratti di equivoca provenienza, e la conformazione ad eventuali esigenze peculiari, grazie alla riconosciuta facoltà di definire limiti quantitativi « non uniformi », modulati anche sulle singole occorrenze locali.

Il seppur più delimitato intervento della contrattazione collettiva ripropone interrogativi non del tutto inediti. Già sotto la vigenza del regime anteriore era discussa la indispensabilità della definizione delle soglie quantitative, in sede collettiva, quale condizione per la valida conclusione di contratti a termine in presenza delle causali definite

---

<sup>(45)</sup> Ciò pare senza dubbio condivisibile, a condizione, però, di non trarre automatiche conferme del sicuro affermarsi, in futuro, di letture giurisprudenziali volte alla dilatazione dell'area di apponibilità del termine.

<sup>(46)</sup> Cfr. R. FOGLIA, Sub *art. 10*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 111 ss.

<sup>(47)</sup> Nonché avallo nelle indicazioni comunitarie: cfr. R. FOGLIA, *op. cit.*, 111.

<sup>(48)</sup> Così, ancora, A. VALLEBONA, *op. cit.*, 18.

pattiziamente. Il tema oggi si ripropone con maggior forza, vista la più ampia latitudine, *in parte qua*, dell'azione sindacale.

Al riguardo — come è noto — la formulazione testuale dell'articolo 10, comma 7, del decreto legislativo n. 368 del 2001 non offre indicazioni risolutive. In via di prima approssimazione, logica vuole che, pur assegnando alla regolazione collettiva un ruolo di netta centralità in materia, non sia preclusa la stipulabilità di contratti a termine, anche in assenza dell'intervento sindacale, laddove si tratti delle ipotesi per le quali la definizione di detti limiti sarebbe comunque improduttiva di effetti. Diversamente, invece, sembra doversi opinare nei casi in cui non operi l'esonero dalle soglie quantitative in predicato, atteso che in questi frangenti la limitazione quantitativa sembra non solo imposta dalla legge, ma anche coerente con la più intima finalità della riforma e con la già citata funzione di insopprimibile limite esterno alla facoltà — ora meno circoscritta che in passato, almeno in potenza — di apponibilità del termine <sup>(49)</sup>. D'altro canto, è coerente con questa costruzione il regime di diritto transitorio: anche i rischi di una possibile, temporanea paralisi iniziale del nuovo regime sembra scongiurata se si pensa che le declaratorie collettive definite sotto la vigenza della legge n. 56 del 1987 troveranno applicazione fino alla loro naturale scadenza, permettendo così un graduale avvicendamento dei diversi sistemi. La violazione dei limiti al contingentamento — in coerenza con quanto rilevato più sopra in ordine alla collocazione sistematica del contratto a termine — sembra giustificare la riconduzione al modello di *default*, con conseguente configurabilità di un rapporto a tempo indeterminato <sup>(50)</sup>.

In sostanziale linea di continuità con il passato pare poi dover trovare soluzione il tema dell'efficacia soggettiva dei limiti fissati convenzionalmente, estensibili anche ai dipendenti non affiliati sindacalmente <sup>(51)</sup>.

Come accennato, la contrattazione interviene anche in punto di rimodulazione della precedenza nell'assunzione, alterando il quadro

---

<sup>(49)</sup> In questo senso, d'altro canto, è difficile dissentire da chi ha ritenuto che la previsione contenente la delega alla contrattazione non possa essere semplicemente ricognitiva di un potere già pacificamente riconosciuto dal sistema alle parti collettive: cfr. P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 132.

<sup>(50)</sup> Ciò, del resto, in sostanziale continuità con la disciplina previgente.

<sup>(51)</sup> Nel senso della estensibilità soggettiva generalizzata, cfr. Cass. 11 dicembre 2002 n. 17674, in  *Contrattazione collettiva*.

previgente, che *in parte qua* già riconosceva, per legge, una siffatta prerogativa: l'attuale assetto non solo la rimuove, ma ne condiziona l'introduzione ad una specifica previsione collettiva, in assenza della quale i lavoratori già occupati a termine *ex* articolo 23, comma 2, della legge n. 56 del 1987, nulla possono pretendere <sup>(52)</sup>. Né — va da sé — una adeguata funzione sostitutiva può dirsi attribuibile agli obblighi di informazione — la cui delimitazione è rimessa alle declaratorie collettive — « circa i posti vacanti » resisi disponibili nell'impresa, atteso che una tale prerogativa non è attributiva, a favore del singolo, di alcuna posizione giuridica soggettiva azionabile in giudizio in vista della effettiva costituzione di un rapporto di lavoro <sup>(53)</sup>.

La perentorietà della formulazione normativa pone alcuni interrogativi a proposito degli spazi assegnati alla contrattazione, che sembra legittimata a riconoscere il diritto di precedenza in predicato solo ed unicamente a favore dei lavoratori assunti a termine per le causali di cui all'articolo 8-*bis* della legge n. 79 del 1983. Invero, una tale opzione sembra confermata dal piano strettamente testuale <sup>(54)</sup>, né risulta incompatibile con il nostro sistema ordinamentale in punto di fonti regolatrici: è noto come la legislazione lavoristica conosca interventi legislativi di contenuto inibitivo rispetto all'azione sindacale <sup>(55)</sup>. E se è vero che sconfinamenti di questa natura — per vedere garantita la propria tenuta, anche costituzionale (articolo 39 Cost.) — paiono dover essere sorretti da un adeguato bilanciamento degli interessi, dal quale emerga in modo prepotente la necessaria salvaguardia di valori o utilità ritenuti essenziali o, comunque, prevalenti, è altrettanto vero che, nel caso di specie, detto interesse dominante può forse essere individuato nella garanzia della miglior efficienza del mercato del lavoro e nella

---

<sup>(52)</sup> Secondo R. FOGLIA, *op. cit.*, 115, la riforma del quadro normativo sul punto porrebbe il fianco a fondate censure relative alla lesione della clausola di non regresso.

<sup>(53)</sup> Pare indubbio che la violazione di detti obblighi — se ed in quanto previsti — possano fondare unicamente pretese di ordine risarcitorio, la cui consistenza va provata da chi si assuma leso. Sul diverso versante degli oneri informativi previsti a beneficio delle « rappresentanze dei lavoratori » pare scontata, in caso di inosservanza, la invocabilità della tutela *ex art.* 28 Stat. lav.

<sup>(54)</sup> Si allude all'uso dell'avverbio « esclusivamente » nel comma 6 dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001.

<sup>(55)</sup> L'allusione, troppo scontata, è alla legislazione variamente limitativa dell'autonomia collettiva ed alle relative elaborazioni della giurisprudenza costituzionale. Per i necessari riferimenti cfr. M. RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, Bari, 1999, *passim*.

ottimizzazione dei suoi flussi dinamici, efficienza ed ottimizzazione altrimenti compromesse da eventuali interventi pattizi volti alla estensione, potenzialmente indiscriminata, delle posizioni di poeriorità nelle assunzioni a favore di lavoratori assunti in precedenza a tempo determinato <sup>(56)</sup>.

Peraltro, si è forse persa una opportuna occasione per chiarire alcuni dubbi già posti nel regime previgente. Così, restano le consuete e ben note incertezze in merito alle conseguenze dovute alla eventuale pretermissione del dipendente titolato.

In tema, pare difficile non convenire con chi dubita della invocabilità del rimedio di cui all'articolo 2932 c.c., non tanto e non solo per la difficoltà di ricostruire giudizialmente l'integrale contenuto del programma contrattuale <sup>(57)</sup>, quanto per la riproponibilità delle soluzioni avanzate in materia dalla giurisprudenza largamente prevalente, notoriamente favorevole ad assegnare una valenza solo amministrativa.

---

<sup>(56)</sup> In senso ammissivo dell'intervento collettivo, cfr. P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 156.

<sup>(57)</sup> Cfr. R. FOGLIA, *op. cit.*, 116.

## 2.

# L'APPOSIZIONE DEL TERMINE NEL CONTRATTO DI LAVORO DOPO IL DECRETO LEGISLATIVO 6 SETTEMBRE 2001, N. 368

MICHELE TIRABOSCHI (\*)

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. — 2. Dalla tipizzazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine al sistema della « clausola generale ». — 3. La latitudine del controllo del giudice circa la legittimità della apposizione del termine. — 4. Ripartizione del carico probatorio. — 5. Oneri formali.

### 1. Posizione del problema.

L'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 <sup>(1)</sup>, afferma testualmente che « è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo ».

I primi commentatori di tale disposizione, oltre a segnalare l'estrema indeterminatezza e genericità della formulazione accolta dal legislatore delegato <sup>(2)</sup>, hanno concordemente rilevato l'avvenuto superamento del « regime della tipizzazione legale e restrittiva delle

---

(\*) Il presente contributo costituisce una rielaborazione, alla luce della più recente produzione dottrinale, di un precedente saggio su *L'apposizione del termine nel contratto di lavoro*, pubblicato in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, 87-110.

(1) In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

(2) Cfr., con diversi accenti critici, M. ROCCELLA, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, in *www.cgil.it/giuridico*; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, 361 ss.; U. CARABELLI, *Intervento*, in *CESRI, Seminario sulla nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine*, Roma, 22 ottobre 2001 (e anche in *www.unicz.it/lavoro*); P. ICHINO, *Contratti a termine: un decreto trappola*, in *Il Corriere della Sera*, 12 ottobre 2001, 1 e 15; con più ampie argomentazioni v. più recentemente lo stesso A., *Il contratto di lavoro*, 3, Giuffrè, Milano, 2003, 404; F. TOFFOLETTO, *Lavori a tempo, liberalizzazione a metà*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 ottobre

situazioni legittimanti » l'apposizione del termine <sup>(3)</sup>, cui era informata la disciplina previgente. Sulla scorta di tale considerazione si è sostenuto il radicale rovesciamento della « impostazione precedente, che partiva dall'assunto che le assunzioni a termine erano vietate, tranne in alcuni casi tassativi indicati dalla legge o dai contratti collettivi » <sup>(4)</sup>, tanto più che l'impatto della nuova disciplina sarebbe di « portata totale, comportando l'abrogazione della l. 230/1962 e le successive modifiche, nonché della principale legislazione in materia » <sup>(5)</sup>.

La tecnica di regolamentazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine di cui all'articolo 1, comma 1, è indubbiamente innovativa, anche se invero taluni commentatori hanno parlato di « ritorno alle origini », prospettando un suggestivo, anche se non convincente (*infra*, § 3), parallelismo con la disposizione di cui all'articolo 2097 c.c. del 1942, che, come noto, legittimava l'apposizione del termine ogni volta che fosse comprovabile una giustificazione obiettiva, secondo il libero apprezzamento del datore di lavoro « e poi eventualmente, in caso di controversia, dal giudice » <sup>(6)</sup>. Per quanto possa valere sul piano della interpretazione del diritto positivo, depone nel senso della innovazione anche la relazione illustrativa del decreto, secondo cui, « rispetto alla disciplina previgente, *l'impostazione accolta (...) è sicuramente innovativa*, più semplice e, al tempo stesso, meno esposta all'aggiramento attraverso comportamenti fraudolenti. Anziché affermare che le assunzioni a termine sono vietate, tranne in alcuni casi

---

2001, 11; G. PROIA, *Brevi note nelle ragioni che consentono l'apposizione del termine nel contratto di lavoro*, in *ADL*, 2002, 186 ss.

<sup>(3)</sup> Per questa efficace rappresentazione del regime previgente cfr. G. PERA, *Intervento*, in *AA.VV.*, *Il lavoro a termine*, Atti delle giornate di studio di Sorrento 14-15 aprile 1978, Giuffrè, Milano, 1979, 68.

<sup>(4)</sup> E. MASSI, *I nuovi contratti a termine*, in *DPL*, 2001, n. 41, inserto, qui V. Nello stesso senso, oltre alla generalità degli autori di cui alla nota che precede (pur con i dovuti distinguo), cfr. L. RUGGIERO, *L'apposizione del termine nel decreto di attuazione della direttiva CE 99/70*, in *GLav*, 2001, n. 41, V.

<sup>(5)</sup> L. RUGGIERO, *op. cit.*, II.

<sup>(6)</sup> Cfr., in questo senso, G. SUPPIEJ, *Flessibilità del rapporto di lavoro e sistema delle fonti*, relazione al Convegno di Trieste del 6 ottobre 2001 in ricordo di Cecilia Assanti, inedita, 3 del ciclostilato. Secondo questo A., infatti, « il nuovo testo parla di « ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo », perché il legislatore del 2001 rifugge all'uso del lessico del legislatore corporativo, ma non mi pare che il concetto cambi ». Sul sistema di cui all'art. 2097 c.c. del 1942, abrogato con l'entrata in vigore della l. n. 230/1962, cfr., per tutti, C. ASSANTI, *Il termine finale nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1958, 114 ss.

tassativi indicati dalla legge e/o dai contratti collettivi (spesso soggetti a capziose interpretazioni), si opta per una formula del tutto lineare ed accolta in altri ordinamenti europei: il datore di lavoro può assumere dei dipendenti con contratti a scadenza prefissata, dovendo fornire contestualmente e in forma scritta le *ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo* ».

Pare tuttavia difficile parlare, almeno con riferimento alle condizioni *sostanziali* di legittimazione del termine, di un vero e proprio capovolgimento di prospettiva (7), tale da dare luogo a una radicale quanto indiscriminata liberalizzazione del contratto a tempo determinato (8). Le innovazioni formali introdotte dall'articolo 1, comma 1, se pure possono forse sembrare decisive ad un raffronto puramente testuale tra la lettera della legge n. 230/1962 (9) e la lettera del nuovo disposto normativo, non appaiono infatti di portata così radicale se collocate nell'ambito della più recente evoluzione dell'istituto.

Ben prima della emanazione del decreto legislativo n. 368/2001, infatti, una attenta analisi dei « processi innovativi ed evolutivi che hanno caratterizzato in questo scorcio di secolo il diritto del lavoro » aveva condotto una autorevole dottrina, da tempo impegnata nello studio della fattispecie, a una « conclusione solo in apparenza azzardata o paradossale: il contratto a termine ha assunto il ruolo di fattispecie polarizzante, mentre è declinata vistosamente la centralità dello storico modello del lavoro a tempo indeterminato in uno con la crisi dello stesso archetipo normativo dell'art. 2094 c.c. » (10).

Tale conclusione coglie perfettamente nel segno. È infatti dagli interventi di riforma degli anni Settanta e Ottanta che si è registrato un progressivo mutamento della funzione economico-sociale riconosciuta al contratto a termine (11), tale in ogni caso da enucleare, accanto alla

(7) In questo senso cfr. invece V. ANGIOLINI, *Sullo « schema » di decreto legislativo in materia di lavoro a tempo determinato (nel testo conosciuto al 6 luglio 2001)*, in [www.cgil.it/giuridico](http://www.cgil.it/giuridico).

(8) Oltre all'autore citato nella nota che precede cfr., in particolare, M. ROCCELLA, *op. cit.*

(9) In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

(10) L. MONTUSCHI, *L'evoluzione del contratto a termine. Dalla subalternità all'alternatività: un modello per il lavoro*, in *Il lavoro a termine*, in *QDLRI*, 2000, 9. Anche ID., *Sulla discussa « centralità » della fattispecie « contratto di lavoro subordinato*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, vol. II, 1025 ss.

(11) In questi termini cfr. M. D'ANTONA, *Il lavoro a termine*, in M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, L. VENTURA, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Esi,

tradizionale area di impiego del lavoro a tempo determinato come strumento di integrazione straordinaria dell'organico aziendale in funzione di esigenze di carattere meramente temporaneo, una area di impiego normale e ricorrente di tale modulo negoziale vuoi ad integrazione routinaria dell'organico aziendale ordinario <sup>(12)</sup> vuoi in funzione di specifiche politiche di promozione della occupazione.

È certamente vero che il legislatore aveva successivamente cercato di introdurre taluni correttivi <sup>(13)</sup>, volti a governare l'evoluzione della funzione economico-sociale dell'istituto, soprattutto mediante il rinvio alla contrattazione collettiva circa la possibilità di introdurre nuove e ulteriori ipotesi di lavoro a termine oltre i casi tassativamente indicati dalla legge. Ciò nondimeno, la devoluzione ai contratti collettivi di una funzione di autorizzazione e di allentamento negoziato dei limiti legali alla apposizione del termine al contratto di lavoro era subito risultata « malsicura » stante la « scarsa ponderazione con la quale viene fatta la delega ad un sistema di contrattazione collettiva già di per sé scarsamente formalizzato, affidandosi unicamente al criterio generico della maggiore rappresentatività sul piano nazionale » <sup>(14)</sup>: criterio che, infatti, non solo è presto apparso inadeguato a fornire piene garanzie di « efficienza, imparzialità, indipendenza nell'esercizio di una funzione che coinvolge interessi generali » <sup>(15)</sup>, ma che neppure avrebbe potuto arginare, come puntualmente verificatosi, episodi anche eclatanti di contrattazione separata <sup>(16)</sup>.

Soprattutto la fattispecie del contratto a termine di tipo meramente « soggettivo » — penetrata nell'ordinamento in modo rilevante attraverso la delega alla contrattazione collettiva di cui all'articolo 23 della

---

Napoli, 1988, 2, spec. 112. Nello stesso senso cfr., tra i tanti, M. ROCCELLA, *La nuova disciplina del lavoro temporaneo*, in G. ARRIGO, G. LOY, P. ICHINO, M. ROCCELLA, *Il diritto del lavoro dopo l'« emergenza »*, Giuffrè, Milano, 1988, 56-57; R. COSIO, *I contratti a termine tra flessibilità amministrative e flessibilità contrattate*, in *RGL*, 1989, II, 502.

<sup>(12)</sup> Ancora M. D'ANTONA, *Il lavoro a termine*, cit., 113-114.

<sup>(13)</sup> Per questa terminologia cfr. M. ROCCELLA, *La nuova disciplina del lavoro temporaneo*, cit., 58.

<sup>(14)</sup> M. D'ANTONA, *Il lavoro a termine*, cit., 125.

<sup>(15)</sup> *Ibidem*.



<sup>(16)</sup> Secondo quanto preconizzato dallo stesso M. D'ANTONA, *Il lavoro a termine*, cit., 113-114. Scontato, in proposito, il rinvio al Patto di Milano lavoro sull'impiego del contratto a termine ai fini della assunzione di fasce deboli del mercato del lavoro (segnatamente extracomunitari) non sottoscritto dalla Cgil. Sulla legittimità di accordi separati cfr., per tutti, R. COSIO, *op. cit.*, 509.



legge 28 febbraio 1987, n. 56 <sup>(17)</sup>, e poi riconfermata, con previsioni fatte salve dalla nuova disciplina, per i lavoratori in mobilità <sup>(18)</sup>, per i disabili <sup>(19)</sup> e, fino alla maturazione dei requisiti per la pensione di vecchiaia, per i lavoratori che abbiano maturato i requisiti per la pensione di anzianità <sup>(20)</sup> — aveva contribuito in modo decisivo alla frammentazione della « unitarietà del contesto normativo nel quale il termine costituiva un'eccezione rispetto all'occupazione stabile » <sup>(21)</sup>.

Quanto qui sommariamente riepilogato <sup>(22)</sup>, è sufficiente per dimostrare come, pure « fra consensi e dissensi, incertezze e perplessità » il contratto di lavoro a termine si fosse già « infiltrato in nuovi territori, accreditandosi quale modello non subalterno bensì alternativo (e concorrente) al lavoro a tempo indeterminato » <sup>(23)</sup>, vuoi in funzione di promozione della occupazione vuoi anche alla stregua di incentivo per la emersione di occasioni di lavoro disperse nel mercato del lavoro non regolare. Non tenendosi sufficientemente conto della più recente evoluzione (legale e contrattuale) dell'istituto, e limitandosi a un raffronto testuale tra l'impianto generale della legge n. 230/1962 e la nuova formulazione accolta dall'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 368/2001 è gioco forza fornire una valutazione del sistema attuale alquanto imprecisa, in cui le novità della lettera della legge appaiono più importanti di quanto in realtà non siano.

Anche a prescindere dalla progressiva legalizzazione di nuove

<sup>(17)</sup> Si pensi, in particolare, all'accordo interconfederale tra Confindustria e Cgil, Cisl, Uil del 18 dicembre 1988, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*, relativo alla possibilità di assumere a tempo determinato, per una durata non superiore a dodici mesi e non inferiore a quattro, in ragione delle caratteristiche soggettive dei lavoratori da assumere (giovani, fasce deboli del mercato del lavoro nel Mezzogiorno, ecc.). Cfr., sul punto, M. ROCCELLA, *Art. 2097 c.c. (durata del contratto di lavoro)*, in P.A. VARESI, M. ROCCELLA, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1990, 165-168, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. In giurisprudenza, sulla legittimità delle causali soggettive *ex art. 23*, l. n. 53/1987 v. recentemente Cass. 26 luglio 2004 n. 14011, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(18)</sup> Cfr. l'art. 8, comma 2, della l. n. 223/1991.

<sup>(19)</sup> Nell'ambito delle convenzioni stipulate con i servizi provinciali del collocamento obbligatorio ai sensi dell'art. 11 della l. n. 68/1999.

<sup>(20)</sup> Cfr. l'art. 75, l. n. 388/2000.

<sup>(21)</sup> L. MONTUSCHI, *L'evoluzione ecc.*, cit., 9.

<sup>(22)</sup> Una analisi approfondita della più recente evoluzione dell'istituto non rientra nei limiti di questo contributo. Per questo profilo cfr. gli interventi raccolti in *Il lavoro a termine*, in *QDLRI*, cit.

<sup>(23)</sup> Ancora L. MONTUSCHI, *L'evoluzione ecc.*, cit., 10 e 11.

ipotesi di lavoro temporaneo, vuoi in forma subordinata (cfl, lavoro intermittente tramite agenzia) vuoi in forma di lavoro autonomo (col-laborazioni coordinate e continuative, collaborazioni occasionali) o comunque non dipendente (lsu, borse lavoro, tirocini formativi e di orientamento) — che pure hanno rafforzato in modo significativo il ruolo del contratto di lavoro a termine come fattispecie polarizzante del diritto del lavoro — la pregiudiziale relativa alla presunzione di indeterminatezza del rapporto di lavoro era di fatto già venuta meno ancor prima della formale abrogazione dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 230/1962, operata dal decreto in commento <sup>(24)</sup>. O quantomeno, secondo una diversa lettura, tale pregiudiziale era mutata profondamente di significato, stante il numero praticamente indefinito delle eccezioni consentite dall'ordinamento, sino ad assolvere poco più che una mera « funzione ideologico-consolatoria » <sup>(25)</sup>.

Di modo che pare francamente eccessivo, se non paradossale, parlare, con riferimento alla nuova disciplina del lavoro a termine — e segnatamente in relazione al precetto di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto in commento —, « di una modificazioni di vaste proporzioni dei principi lavoristici del diritto italiano » <sup>(26)</sup>, tale da eliminare il requisito « sinora imprescindibile, rappresentato dalla sussistenza di una causale legata ad un'occasione di lavoro oggettivamente temporanea » <sup>(27)</sup>.

## 2. Dalla tipizzazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine al sistema della « clausola generale ».

La vera innovazione introdotta dal decreto legislativo n. 368/2001 non consiste, a ben vedere, in una radicale modificazione delle ipotesi sostanziali in cui è consentita l'apposizione del termine, ma, più semplicemente, nella adozione di una nuova tecnica di normazione. Preso atto della deregolamentazione strisciante, ma pur sempre corposa, del regime di eccezionalità del lavoro a tempo determinato di cui

---

<sup>(24)</sup> Tra i tanti: L. MONTUSCHI, *L'evoluzione ecc.*, cit., 12. E già R. COSIO, *op. cit.*, 514.

<sup>(25)</sup> Così: M. ROCCELLA, *Art. 2097 c.c. (durata del contratto di lavoro)*, cit., 170. Una diversa opinione, tuttavia, è ora espressa in M. ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in LD, 2000, 363.

<sup>(26)</sup> In questo senso cfr., tuttavia, V. ANGIOLINI, *op. cit.*

<sup>(27)</sup> M. ROCCELLA, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, cit.

alla legge n. 230/1962, il legislatore delegato, su indicazione delle parti sociali firmatarie dell'avviso comune del 4 maggio 2001 <sup>(28)</sup>, si è preoccupato in primo luogo di portare a compimento — e ricondurre a un quadro unitario <sup>(29)</sup> — il processo di evoluzione dell'istituto iniziato nel corso degli anni Settanta e Ottanta, mediante l'adozione di una formula — quella della legittimità *tout court* del termine a fronte di ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive — riassuntiva del cessato sfavore, ora anche formale, verso il contratto di lavoro a termine. Una situazione che peraltro, come da tempo rilevato, faceva sì che l'Italia fosse, « in fondo, l'unico Paese dove il contratto a termine (era) visto come disvalore, come eccezione da ammettere soltanto in limitate circostanze » <sup>(30)</sup>.

La tecnica di normazione è quella per « clausole generali » <sup>(31)</sup>, pure a lungo osteggiata dalla dottrina giuslavoristica, anche con interventi autorevoli <sup>(32)</sup>, in quanto possibile fonte di degenerazione dell'istituto <sup>(33)</sup>, e, comunque, elemento di estrema incertezza nell'applicazione del diritto tale da poter innescare un contenzioso giudiziario

<sup>(28)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(29)</sup> Secondo quanto peraltro espressamente consentito dalla legge di delega, a conferma della legittimità dell'intervento del legislatore delegato volto alla razionalizzazione del quadro previgente. Con riferimento alla questione di un possibile eccesso di delega nella recezione della direttiva n. 99/70/CE, mi sia consentito rinviare a M. TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 41 ss.

<sup>(30)</sup> G. GIUGNI, *Intervento*, in *Il lavoro a termine*, Atti delle giornate di studio di Sorrento 14-15 aprile 1978, cit., 126. Per il quadro comparato più recente rinvio a M. TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina ecc.*, cit.

<sup>(31)</sup> È importante precisare che l'espressione « clausole generali » viene qui intesa in senso lato e sostanzialmente atecnico. Non pare invece opportuno classificare (cfr. tuttavia L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, 9) l'art. 1, comma 1, del decreto in commento tra le « norme aperte » o « categorie riassuntive », in quanto ciò ci imporrebbe di addentrarci in una delicata quanto astratta questione interpretativa, che fuoriesce dai limiti di questo lavoro. Si veda comunque, per l'impostazione del problema, A. GUARNERI, *Le clausole generali*, in G. ALPA, A. GUARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano. 2 Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Utet, Torino, 1999, 131-154.

<sup>(32)</sup> Cfr. G. GIUGNI, *op. ult. cit.*, 128.

<sup>(33)</sup> Cfr. M. ROCCELLA, *La nuova disciplina del lavoro temporaneo*, cit., 58-59; L. MENGHINI, *Sperimentazione o svolta nella disciplina del lavoro a termine*, in *RIDL*, 1987, I, 580 ss.

dalle dimensioni imprevedibili <sup>(34)</sup>. Una preoccupazione, quest'ultima, subito evidenziata dai primi commentatori del decreto, secondo cui non è peraltro da escludere che in futuro, stante i variabili umori della magistratura, « il partito della liberalizzazione debba amaramente pentirsi dell'operazione oggi imposta e sostanzialmente sconfitta in linea di principio » <sup>(35)</sup>.

Ovviamente, tanto il regime della tassatività delle ipotesi (di legge o contratto collettivo) legittimanti l'apposizione del termine quanto il diverso sistema della clausola generale hanno reciprocamente pregi e difetti <sup>(36)</sup>. Non pare tuttavia che il previgente regime di tassatività delle previsioni normative o di legge o di contratto collettivo avesse contribuito ad appagare in modo così solido le esigenze di certezza del diritto <sup>(37)</sup>, stante l'imponente contenzioso che si è sviluppato sul significato da attribuire alle previsioni di cui all'articolo 1, comma 1, della legge n. 230/1962, e, più recentemente, alle clausole negoziali scaturite dalla delega alla contrattazione collettiva di cui all'articolo 23 della legge n. 56/1987 <sup>(38)</sup>. Vero è piuttosto che, nel regime previgente, la convivenza di regole vecchie e nuove, ispirate a logiche e a finalità talvolta persino contrapposte, ha contribuito a rendere particolarmente

---

<sup>(34)</sup> Cfr. L. MENGHINI, *Lavoro a termine, referendum, direttiva 1999/70/CE, Patto di Milano*, in *RGL*, 2001, 610-611.

<sup>(35)</sup> Così G. PERA, *Sul contratto di lavoro a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, relazione al Convegno di Trieste del 6 ottobre 2001 in ricordo di Cecilia Assanti, inedita, punti 4) e 7) del ciclostilato, aderendo alle critiche sollevate da Franco Toffoletto ne *Il Sole 24 Ore*, 10 luglio 2001, 13. In tema cfr. altresì il botta e risposta tra P. ICHINO, *Contratti a termine: un decreto trappola*, cit., e il Ministro del lavoro R. MARONI, *Nessuna trappola del Governo alle imprese*, in *Il Corriere della Sera*, 13 ottobre 2001, 24. Cfr. più recentemente lo stesso P. ICHINO, *Il contratto di lavoro 3*, cit., 404, che parla di « amplissima discrezionalità » lasciata al giudice; C. PISANI, *La certezza del diritto nelle tecniche della flessibilità*, in *RIDL*, 2003, I, 67 ss., che rileva il rischio di « un uso ideologico della norma generale da parte della magistratura »; P. SALVATORI, *La giustificazione del termine*, in G. PERONE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001*, n. 368, Giappichelli, Torino, 2002, 31 ss.

<sup>(36)</sup> A ricordarcelo è G. PERA, *Sul contratto di lavoro a termine ecc.*, cit., punto 7).

<sup>(37)</sup> Come pure sostengono, oltre a G. PERA, *op. loc. ult. cit.*, gli autori richiamati *supra*, alle note 30 e 31.

<sup>(38)</sup> Per una sintesi della evoluzione della interpretazione giurisprudenziale in materia di apposizione del termine cfr., in particolare, L. MENGHINI, *Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di lavoro a termine*, in *Il lavoro a termine*, in *QDLRI*, 2000, spec. 169-190.


incerto il quadro legale in materia di lavoro a termine, alimentando non di rado nella giurisprudenza di legittimità e di merito, accanto a interpretazioni evolutive coerenti con le innovazioni via via introdotte nell'impianto originario della legge del 1962 a completamento dell'elenco tipizzato dal legislatore, « sussulti di rigidità » contrastanti con le tendenze normative in atto <sup>(39)</sup>.

Indubbiamente, una elaborazione giurisprudenziale di quasi quaranta anni aveva consentito di pervenire, almeno per talune ipotesi tipiche di apposizione del termine, a taluni orientamenti abbastanza consolidati <sup>(40)</sup>, tali tuttavia da non consentire ampi margini di certezza nella sperimentazione di talune soluzioni innovative, in funzione per esempio della valorizzazione del contratto a tempo determinato in chiave promozionale a sostegno dell'ingresso nel mercato del lavoro di talune fasce deboli. Accanto alla vicenda della assunzione a termine di lavoratori disabili, risolta parzialmente dall'articolo 11 della legge 19 marzo 1999, n. 68 <sup>(41)</sup>, si pensi in proposito, al di là di ogni giudizio sul merito della questione <sup>(42)</sup>, alle incertezze sorte in merito alla possibilità di assumere con contratto a tempo determinato lavoratori extracomunitari disoccupati (e altri soggetti appartenenti a categorie svantaggiate) per l'esecuzione di progetti specifici ai sensi dell'articolo 8 del c.d. patto « Milano Lavoro » <sup>(43)</sup>, ricollegabili alla possibilità non da tutti condivisa di tipizzare in sede collettiva ipotesi di lavoro a termine di « tipo soggettivo » <sup>(44)</sup>.


---

<sup>(39)</sup> Ampia dimostrazione dell'assunto è in L. MENGHINI, *op. ult. cit.*, 169.

<sup>(40)</sup> Ancora L. MENGHINI, *op. ult. cit.*

<sup>(41)</sup> In  *Disabili (lavoro dei)*. Per la soluzione negativa cfr., in vigenza della l. n. 482/1968, ora abrogata, Cass. 26 settembre 1998 n. 9658, in *FI*, 1999, I, 134 ss. In dottrina cfr. L. MONTUSCHI, *L'evoluzione ecc.*, cit., 12-13. La questione è ora stata ridisegnata nella delega al Governo per la riforma del mercato del lavoro approvata dal Consiglio dei Ministri del 15 novembre 2001, che dispone nel senso di una possibilità di assunzione generalizzata del disabile con contratti di lavoro temporaneo (a termine e per prestazioni di lavoro temporaneo).

<sup>(42)</sup> Cfr. le contrapposte opinioni di M. BIAGI, *Il Patto Milano Lavoro: un'intesa pilota*, in *DRI*, 2000, n. 2 n. 127 ss., e T. TREU, *Il patto sul lavoro di Milano: un modello di concertazione in stile europeo*, ivi, 123 ss., da un lato, e di F. SCARPELLI, *Il Patto Milano Lavoro: le ragioni del dissenso*, ivi, 140 ss.

<sup>(43)</sup> In  *Contrattazione collettiva*. M. TIRABOSCHI, *Milano: nuova intesa « pilota » per l'occupazione e lo sviluppo economico*, in *GLav*, maggio 2002, n. 20.

<sup>(44)</sup> Cfr. ancora recentemente, per la inammissibilità delle ipotesi di assunzioni a termine basate su requisiti soggettivi, seppure nell'ambito di operatività dell'art. 23 della l. n. 56/1987, Trib. Roma 20 novembre 2000, in *GLav*, 2001, n. 3, 15-17, e ivi la

Il ricorso alla clausola generale di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto in commento, per contro, consente di evitare di persistere in una utilizzazione impropria della tecnica della tipizzazione legale e/o contrattuale delle ipotesi di legittima apposizione del termine, non più rispondente a un regime che da tempo ha abbandonato, almeno sul piano sostanziale <sup>(45)</sup>, la pregiudiziale relativa alla presunzione di indeterminatezza della durata del rapporto di lavoro subordinato consentendo anche il ricorso a prestazioni di lavoro temporaneo per la soddisfazione di esigenze aziendali normali e ricorrenti. Unitamente alla coerenza rispetto alla opzione in favore della alternatività (o concorrenza) tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato, il ricorso alla clausola generale di cui all'articolo 1, comma 1, consente altresì di pervenire a una razionalizzazione complessiva del quadro legale, che pare ora maggiormente idoneo a rispondere tempestivamente alle mutevoli esigenze della organizzazione del lavoro e dei processi produttivi <sup>(46)</sup>.



Non mancheranno naturalmente interventi della giurisprudenza volti a precisare il significato normativo della disposizione di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto in commento <sup>(47)</sup>. Tuttavia, dopo una fase più o meno lunga di assestamento (*infra*, § 3), l'impiego della clausola generale dovrebbe ovviare all'inconveniente, proprio della legge del 1962 e di ogni altra ipotesi regolatoria a costruzione casistica,

---

nota di M. TATARELLI, *Assunzioni a termine, contrattazione collettiva e condizioni soggettive*, che ricorda come l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente sia nel senso della legittimità di dette clausole soggettive.

<sup>(45)</sup> Come detto, la prevalenza del contratto a tempo indeterminato come forma comune dei rapporti di lavoro viene formalmente riconosciuta nella parte « politica » dell'avviso comune di recezione della direttiva n. 99/70/CE ed è altresì richiamata nella relazione illustrativa del decreto in esame. Tale formulazione di principio non ha tuttavia avuto seguito, in termini di diritto positivo, sia nell'avviso comune che nel decreto attuativo.

<sup>(46)</sup> Riconosce questo profilo G. PERA, *Sul contratto di lavoro a termine ecc.*, cit., punto 7.

<sup>(47)</sup> Le sentenze intervenute dopo l'entrata in vigore della nuova normativa sembrano peraltro non ancora avere affrontato in termini ontologici e sistematici l'ambito di operatività delle ragioni oggettive di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, limitandosi fino a questo momento a negare l'acausalità del ricorso al tempo determinato, cfr. in particolare gli *obiter dictum* di Cass. 21 maggio 2002 n. 7468, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*, e a richiedere la puntuale specificazione delle ragioni oggettive di apposizione del termine cfr. in particolare Trib. Milano 31 ottobre 2003, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

di determinare diacronicamente lacune e incertezze applicative della lettera della legge rispetto alle esigenze della vita reale. Fenomeno a cui si è sino ad oggi risposto mediante una pletora di interventi correttivi e integrativi della casistica legale e/o contrattuale, fonte a loro volta di una incontrollabile proliferazione delle ipotesi di legittimazione del termine e di non meno gravi anche antinomie normative prodotte dalla difficile collocazione della deroga *ex post* rispetto all'impianto generale della legge.

Vengono dunque poste le giuste premesse per porre fine a quella incessante serie « di leggi e leggine » *ad hoc* se non proprio *ad personam*, diffuse soprattutto nell'universo dell'impiego pubblico in senso lato <sup>(48)</sup>, che avevano finito non solo con il frammentare in modo irreversibile il quadro legale di riferimento, ma anche con il distorcere sia le forme di ingresso del mercato del lavoro sia i canali di comunicazione tra mercato del lavoro precario e mercato del lavoro stabile. Eclatante in proposito, solo per fare qualche esempio recente, il caso della liberalizzazione strisciante delle assunzioni a termine nell'Ente Poste Italiane, sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia come possibile forma di aiuto di Stato alla occupazione non conforme alle disposizioni di cui agli articoli 87 e ss. del Trattato CE <sup>(49)</sup>, posto che, attraverso questa disposizione, l'ente pubblico economico traeva un considerevole vantaggio concorrenziale rispetto alle altre imprese operanti nello stesso settore sotto il profilo della gestione flessibile della forza-lavoro <sup>(50)</sup>. O anche, per citare un provvedimento contenuto nell'articolo 25 della stessa legge 29 dicembre 2000, n. 422 <sup>(51)</sup>, che conteneva la delega al Governo per la trasposizione della direttiva n. 99/70/CE <sup>(52)</sup>, alla possibilità concessa alla Autorità per l'energia elettrica e il gas di « procedere per una sola volta alla stipula di contratti a tempo determinato ai sensi dell'articolo 2, comma 30, della legge 14


---

<sup>(48)</sup> Cfr., in proposito, la nota ricostruzione storico-critica di M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, 278-279.

<sup>(49)</sup> In  *Fonti*.

<sup>(50)</sup> Cfr. la sentenza 7 maggio 1998, *Viscido*, in *RGL*, 1999, 497, con nota di A. ALLAMPRESE, *Aiuti di Stato e Corte di Giustizia: osservazioni a partire dal caso Ente Poste Italiane*, e in *DML*, 1999, 123, con nota di A. ALAIMO, *Deroghe alle tutele del lavoro e diritto comunitario della concorrenza*.

<sup>(51)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(52)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.



novembre 1995, n. 481, nel limite di 30 unità, a carico delle proprie risorse e senza oneri per la finanza pubblica »<sup>(53)</sup>.

In questa prospettiva ha destato dunque più di una perplessità l'atteggiamento assunto dal Governo volto a riconfermare la prassi, pur dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 368/2001, di ammettere l'assunzione a termine in modo del tutto estemporaneo per settori o attività specifiche. Con il decreto legge 12 novembre 2001, n. 402<sup>(54)</sup>, contenente misure urgenti in materia di personale sanitari, è stata infatti prevista la possibilità di coprire posti di infermiere e tecnico sanitario di radiologia medica mediante « contratti di lavoro a tempo determinato, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 17 CCNL 1° settembre 1995, per la durata massima di un anno non rinnovabile (...) (art. 1) », per far fronte a quella che è stata definita alla stregua di una situazione di « emergenza infermieristica ».

Rispetto al giudizio sulla tecnica di regolazione adottata dal decreto in esame, non va peraltro neppure trascurata la circostanza che — come da tempo segnalato dalla dottrina civilistica, sulla scorta delle risultanze provenienti dalla esperienza comparata — l'impiego delle clausole generali in alternativa a una tipizzazione casistica della fattispecie non conduce necessariamente a risultati così palesemente divergenti<sup>(55)</sup>. Vero è semmai che l'opposizione tra tecnica della tipizzazione e tecnica della clausola generale è del tutto relativa e assai meno rilevante di quanto possa apparire a prima vista, « ben potendo una fattispecie essere classificata ora in un modo ora, invece, in modo opposto »<sup>(56)</sup>. Sul piano della indeterminatezza del contenuto precettivo, per esempio<sup>(57)</sup>, la disposizione di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 368/2001, non pare poi così differente dal concetto di « speciale natura dell'attività lavorativa derivante dal carattere stagionale della medesima » di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge n. 230/1962, ovvero da quello di « opera o servizio definiti

---

<sup>(53)</sup> Ai contratti a tempo determinato stipulati dalla Autorità per l'energia elettrica e il gas, prosegue l'art. 25 della legge comunitaria per il 2001, si applicano, « per quanto riguarda la durata, le disposizioni in vigore per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ».

<sup>(54)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(55)</sup> Cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, qui 6, ma anche 56-57.

<sup>(56)</sup> Di sostanziale indeterminatezza del disposto di cui all'articolo 1, comma 1, parla, tra gli altri, L. RUGGIERO, *op. cit.*, V.

<sup>(57)</sup> Cfr. A. GUARNERI, *Le clausole generali*, cit., 133 e 152.



predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale » di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c), ecc. <sup>(58)</sup>.

Le obiezioni circa eventuali arbitri interpretativi connessi all'impiego di una clausola generale, tali da alimentare un contenzioso dai confini incerti e non controllabili <sup>(59)</sup>, sembrano dunque infondate sulla base della considerazione che anche il « concettualismo legalista », e segnatamente la tipizzazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine, lascia aperta la possibilità all'arbitrio, « anzi della peggior specie di arbitrio, quale è l'arbitro rivestito dei panni della legalità » <sup>(60)</sup>. Appaiono dunque ingiustificate le nostalgie di alcuni commentatori per il modello previgente, anche se, invero, le critiche più pregnanti hanno riguardato non tanto l'abolizione dell'impianto della legge n. 230/1962, quanto invece l'abbandono del modello basato su tipizzazioni di fonte collettiva, nonché della tecnica dell'autorizzazione amministrativa <sup>(61)</sup>.

Si è già detto, riguardo al primo profilo, come il modello di autorizzazione collettiva non abbia affatto costituito nella prassi giurisprudenziale un elemento di certezza indissolubile; a ciò si deve aggiungere la considerazione, secondo la quale il sistema di tipizzazione collettiva, sebbene più vicino alla realtà aziendale di quanto possa essere la norma di legge, configuri in ogni caso uno strumento di flessibilità controllata da soggetti esterni all'impresa, e come tale non sempre perfettamente coincidente con le esigenze imprenditoriali. Corollario è il rischio di una separazione tra realtà formale e sostanziale con possibili ripercussioni in termini di incentivazione del lavoro sommerso e/o irregolare. Si tenga del resto presente che la valorizzazione della volontà individuale desumibile dal nuovo impianto normativo sembra bene inserirsi nel quadro complessivo di riforma del decreto legislativo n. 276/2003, laddove nel potenziare il contratto

---

<sup>(58)</sup> In questo senso cfr. M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in A. GRILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2002, 51, il quale ritiene che « nel sistema attuale non sussista di per sé una maggiore incertezza rispetto alla disciplina precedente, nella quale alla enumerazione tassativa dei casi (...) si accompagnava una loro specificazione mediante definizioni assai generiche ».

<sup>(59)</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., 373; P. ICHINO, *Contratti a termine: un decreto trappola*, cit.; G. PERA, *Sul contratto di lavoro a termine ecc.*, cit.; F. TOFFOLETTO, *Lavori a tempo, liberalizzazione a metà*, cit.

<sup>(60)</sup> Le parole sono di N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938, non *vidi*, citato da A. GUARNERI, *Le clausole generali*, cit., 145.

<sup>(61)</sup> Cfr. in particolare C. PISANI, *op. cit.*, 72.

individuale non si attenua la rilevanza dell'intervento collettivo, ma se ne modifica (almeno parzialmente) la funzione, da autorizzatoria a regolativa <sup>(62)</sup>. Con la conseguenza di stimolare l'intervento delle parti sociali, senza peraltro impedire che l'inerzia delle stesse possa precludere l'utilizzo degli strumenti di flessibilità previsti dalla legge. Si consideri in questa ottica la possibilità della contrattazione collettiva, *ex* articolo 10, comma 7, decreto legislativo n. 368/2001, di individuare limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato. Non sembra nemmeno escludersi la possibilità della stessa contrattazione di prevedere ipotesi di legittima apposizione del termine, la cui funzione sebbene non può riconducibile a una funzione autorizzatoria, come tale prescindente da qualunque problema di efficacia soggettiva del contratto collettivo, sembra potere continuare ad avere rilevanza almeno all'interno dei rapporti obbligatori e in ogni caso configurare un elemento rafforzativo della tenuta legale dell'apposizione del termine. In questo senso si è del resto espressa una recente giurisprudenza di merito, laddove ha affermato che anche nel vigore della nuova disciplina la previsione in sede collettiva della possibilità di assunzione a termine in determinate circostanze « costituisce un elemento di garanzia e di oggettivo riscontro in ordine alla reale sussistenza delle ragioni » <sup>(63)</sup> giustificative richieste dalla legge.


Più condivisibile è invece la critica relativa all'abolizione del modello di autorizzazione amministrativa *ex* articolo 8-*bis*, legge 25 marzo 1983, n. 79 <sup>(64)</sup>. Tale sistema, sia pure nella limitata prospettiva delle c.d. « punte stagionali » aveva infatti garantito al datore di lavoro, mediante un controllo *ex ante* delle necessità di intensificazione produttiva, una rilevante attenuazione del controllo *ex post* da parte del giudice, ridotto nella prassi giurisprudenziale a una mera verifica di legittimità dell'atto amministrativo <sup>(65)</sup>. Da evidenziare peraltro che

---

<sup>(62)</sup> Il riferimento più specifico è alle modifiche alla disciplina del part-time previste dall'art. 46, d.lgs. n. 276/2003. Sul punto cfr. in particolare A. RUSSO, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 179 ss.

<sup>(63)</sup> Così Trib. Firenze 23 aprile 2004, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(64)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(65)</sup> Sulla esclusione del controllo di merito in tema di punte stagionali autorizzate cfr. in particolare Cass. 23 aprile 1999 n. 4065, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

questa parziale e limitata diminuzione di certezza giuridica sembra ora recuperata, a livello ben più complessivo, proprio dalla possibilità di ricorrere allo strumento certificatorio. Anche infatti gli autori più critici al modello della « clausola generale », quale possibile fonte di abuso da parte del giudice, giustificavano la propria argomentazione « almeno fino a quando il legislatore non deciderà di valorizzare maggiormente, anche nel rapporto di lavoro il modello della c.d. volontà assistita » <sup>(66)</sup>. È vero che l'istituto della certificazione introdotto dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, non esclude il controllo del giudice in tema di qualificazione del rapporto, ma è anche vero che il controllo sulla legittimità dell'apposizione del termine, quale requisito di validità del contratto a tempo determinato, attiene pressoché esclusivamente alla fase genetica del contratto, individuandosi in tal senso la maggiore adeguatezza di un controllo *ex ante* rispetto a un controllo *ex post*. È quindi probabile, anche sulla base di una auspicabile autorevolezza delle sedi certificatorie, che la futura prassi giurisprudenziale, in prosecuzione del resto di quanto già sostenuto in relazione al modello autorizzatorio di cui alla legge n. 79/1983 — ma ora in una ottica potenzialmente estesa a tutte le ipotesi oggettive di apposizione del termine — si astenga da un penetrante controllo sostanziale.

### **3. La latitudine del controllo del giudice circa la legittimità della apposizione del termine.**

Non possono tuttavia essere sottovalutate le incertezze interpretative che potranno emergere nella prima fase di applicazione della legge, stante la tradizionale diffidenza della nostra giurisprudenza rispetto all'impiego delle clausole generali nel diritto del lavoro <sup>(67)</sup>.

La durata e soprattutto l'esatta portata di questa situazione di incertezza dipenderanno, a nostro avviso, dalla capacità dei giudici — e degli operatori del diritto in generale — di resistere alla tentazione di una utilizzazione strumentale e arbitraria della lettera della legge, sino al punto di sindacare valutazioni e scelte tecnico-produttive che spet-

---

<sup>(66)</sup> Così C. PISANI, *op. cit.*, 70.

<sup>(67)</sup> Tale profilo è stato recentemente riconosciuto da un giudice del lavoro con riferimento alla applicazione, « del tutto sporadica », del principio di correttezza e buona fede. Cfr. infatti C. SALA, *Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle sentenze più significative dell'ultimo decennio*, in *DRI*, 2001, n. 2, 249.

tano al datore di lavoro. L'intenzione del legislatore delegato e delle parti sociali che hanno sottoscritto l'avviso comune per la trasposizione della direttiva n. 99/70/CE è stata infatti quella di escludere la possibilità di un controllo nel merito da parte del giudice circa l'opportunità o meno dell'impiego del contratto a termine, in alternativa al contratto a tempo indeterminato, in presenza di ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive, così come esplicitate dal datore di lavoro <sup>(68)</sup>.

È naturalmente sempre possibile il superamento della lettera e della *ratio* del nuovo dato legale, magari nella più che lodevole convinzione di favorire, nel caso concreto, l'interesse di un singolo lavoratore alla stabilizzazione del rapporto di lavoro. L'esperienza interpretativa maturata in vigenza della legge del 1962 sta tuttavia a dimostrare che si tratterebbe, una volta ancora, di un malinteso strumento di tutela dei lavoratori in quanto tali: infatti, a una occupazione regolare di qualità, seppure precaria, si sostituirebbero progressivamente schemi negoziali *sui generis* ben lontani oggi dal prevedere l'applicazione del principio di parità di trattamento e le limitazioni volte ad evitare abusi nella successione di contratti a termine fino a dare corpo a una ulteriore estensione della già cospicua « area del lavoro nero che si occulta e viene dissimulata al di sotto del lavoro precario e temporaneo » <sup>(69)</sup>. Per non parlare poi del fenomeno di perpetuazione di una utilizzazione del tutto strumentale dei contratti a contenuto formativo — vere e proprie forme mascherate di lavoro a termine, rispetto alle quali la riforma Biagi ha peraltro attuato una rilevante operazione di razionalizzazione, potenziando la natura specialistica dell'apprendistato e ponendo fine all'ipocrisia dei cfl, istituendo la nuova figura del contratto di inserimento <sup>(70)</sup>.

La promozione della stabilizzazione del rapporto di lavoro, che costituisce una finalità prioritaria come desumibile dalla intesa politica

---

<sup>(68)</sup> In questo senso cfr. M. BIAGI, *La buona flessibilità aiuta l'occupazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 ottobre 2001, 29.

<sup>(69)</sup> Era quanto denunciava E. GHERA, *Intervento*, in *Il lavoro a termine*, Atti delle giornate di studio di Sorrento 14-15 aprile 1978, cit., 107, con riferimento alla interpretazione rigida della l. n. 230/1962. Utile, in proposito, anche la lettura (dal titolo particolarmente indicativo) di A. VALLEBONA, *Il giudice diventa imprenditore per ... disestare l'impresa: sulle paradossali conseguenze di un uso alternativo di un diritto in tema di contratti a termine per le punte di attività aziendale*, in *GC*, 1985, I, 912.

<sup>(70)</sup> Sul punto, mi sia consentito rinviare a M. TIRABOSCHI, *La riforma dei contratti a contenuto formativo: il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 191 ss.

tra le parti sociali posta a premessa dell'avviso comune del 4 maggio avente ad oggetto la recezione della direttiva n. 99/70/CE (v. *infra*), dovrà piuttosto essere ricostruita, nell'ambito della nuova disciplina, in primo luogo con riferimento al potenziamento della posizione del lavoratore sul mercato, e solo in secondo luogo nell'ambito più propriamente aziendale, mediante una puntuale limitazione delle ipotesi di rinnovazione/proroga del contratto. Si pensi, in particolare, alla necessità di ampliare le opportunità di formazione e riqualificazione professionale dei lavoratori temporanei riconosciuta ai sensi dell'articolo 7 del decreto <sup>(71)</sup>, nonché al tentativo di raccordo della nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato con quella in materia di accesso sul mercato del lavoro <sup>(72)</sup>.

Nel corso del dibattito parlamentare, relativamente allo schema di decreto legislativo proposto dal Governo, è emersa, altresì, una chiara indicazione in favore di possibili incentivi alla stabilizzazione dei posti di lavoro, ma questo « solo nell'ambito della annunciata, futura razionalizzazione di tutti gli incentivi connessi alle tipologie di lavoro, tenendo conto che allo stato si porrebbero problemi di copertura nonché di coerenza con le esigenze di una più generale rivisitazione della materia di tutti gli incentivi » <sup>(73)</sup>.

Con il decreto legislativo n. 368/2001 il nostro ordinamento si orienta dunque nuovamente verso l'originaria ispirazione antifraudolenta della disciplina del termine <sup>(74)</sup>, escludendo ogni opzione verso la

---

<sup>(71)</sup> Sul punto cfr. N. DE MARINIS, *La formazione dei lavoratori a tempo determinato*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, cit., 127 ss., nonché, volendo, M. TIRABOSCHI, *Articolo 7. Formazione*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 87 ss.

<sup>(72)</sup> A tal fine, su sollecitazione delle Commissioni parlamentari chiamate a esprimersi sullo schema di decreto legislativo, approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 28 giugno 2001, il Governo ha provveduto a inserire un nuovo periodo al comma 9 dell'articolo 10 volto a richiamare una norma vigente in materia di procedure per l'avviamento al lavoro.

<sup>(73)</sup> Cfr. ancora le osservazioni delle Commissioni parlamentari riportate a premessa del testo del d.lgs. n. 368/2001. Il profilo del riordino degli incentivi economici alla occupazione, ivi compresi gli incentivi alla stabilizzazione dei rapporti di lavoro, è confluito nello schema delega sul mercato del lavoro approvato dal Consiglio dei Ministri del 15 novembre 2001. A quasi 4 anni di distanza da tale data non si è ancora tuttavia giunti all'emanazione della legge. Sul punto rinvio al mio, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002.

<sup>(74)</sup> Sulla originaria funzione antifraudolenta della legge del 1962 cfr. G. GIUGNI, *Intervento*, cit., 125, che si richiama in proposito allo studio di G. BALZARINI, *La*

pura e semplice rigidità nella occupazione cui avevano dato luogo le degenerazioni interpretative della legge n. 230/1962 volte a imporre vincoli e condizionamenti nella gestione flessibile della forza-lavoro. La conferma del principio di parità di trattamento e la nuova disciplina restrittiva in ordine alla possibilità di prorogare legittimamente il contratto a tempo determinato, prive di una contestuale previsione di ipotesi tassative di ricorso al lavoro a termine, palesano infatti l'ispirazione meramente antifraudolenta della nuova disciplina <sup>(75)</sup>, in aderenza alla *ratio* della direttiva comunitaria cui il decreto legislativo n. 368/2001 dà attuazione.

Tali affermazioni, nel collocare il principio della prevalenza del rapporto di lavoro a tempo indeterminato nell'ambito della parte più squisitamente politica tanto dell'accordo-quadro europeo quanto dell'avviso comune del 4 maggio 2001 di recezione della direttiva n. 99/70/CE <sup>(76)</sup>, potranno certo non risultare del tutto appaganti; così come si potrà sempre argomentare nel senso che dietro alla incentivazione di occasioni di occupazione regolare, sia pure precarie, si nasconda un intento di pura e semplice balcanizzazione del mercato del lavoro italiano. La lettera e la *ratio* della legge sono tuttavia chiare, e non sarà dunque possibile giungere a diversa opzione di politica del diritto se non in presenza di una riforma per via legislativa della materia. Non si spiegherebbe altrimenti il clamore sollevato da quanti prospettano ricorsi alla Corte di Giustizia sul presupposto — del tutto infondato — della violazione della clausola di non regresso di cui all'articolo 8, paragrafo 3, dell'accordo-quadro tra Unice, Ceep e Ces

---

*disciplina del contratto a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 1966. Cfr. tuttavia, per la tesi volta a individuare nel sostegno alla occupazione stabile la *ratio*, la puntigliosa argomentazione di L. MENGHINI, *Il lavoro a termine. Linee interpretative e prospettive di riforma: gli anni ottanta*, Giuffrè, Milano, 1980, spec. 1-73, cui *adde* M. ROCCELLA, *Art. 2097 c.c. (durata del contratto di lavoro)*, cit., 80-81.

<sup>(75)</sup> Cfr., al riguardo, quanto sostenuto *a contrario* da M. ROCCELLA, *Art. 2097 c.c. (durata del contratto di lavoro)*, cit., 80, con riferimento al quadro legale previgente.

<sup>(76)</sup> Cfr. infatti la comunicazione del 4 maggio 2001 con cui le parti sociali firmatarie dell'avviso comune si davano reciprocamente atto, nella parte politica dell'accordo, « che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro ». Come già detto con riferimento ad analoga previsione contenuta nel Preambolo dell'accordo-quadro europeo, tale affermazione di principio non ha tuttavia avuto poi concreto seguito nella parte più direttamente precettiva dell'accordo. Sul punto rinvio al mio *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 41-86.

eccependo che si sarebbe realizzata una totale liberalizzazione dell'istituto utilizzando il processo traspositivo della disciplina comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato <sup>(77)</sup>.

Posti tutti questi rilievi, un primo passo verso la corretta interpretazione del disposto di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 368/2001, consiste nel rigettare le letture riduttive della lettera della legge, e segnatamente l'orientamento volto a riconoscere la legittimità della apposizione del termine soltanto in presenza di una occasione meramente temporanea di lavoro <sup>(78)</sup>. Questa impostazione, già largamente superata dalla legislazione previgente, non solo non trova alcuna appiglio normativo di carattere testuale e neppure sistematico <sup>(79)</sup>, ma appare addirittura smentita dal raffronto con la tecnica legislativa utilizzata dalla ora abrogata disciplina in materia di lavoro temporaneo di cui all'articolo 1, comma 1, della legge 24 giugno 1997, n. 196 <sup>(80)</sup>, che ne legittimava il ricorso, differentemente dal decreto legislativo n. 368/2001 espressamente solo in presenza di « esigenze di carattere temporaneo ».

Sempre per questi motivi non sembra poi neppure essere accolta l'assimilazione del disposto di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 368/2001, alla lettera dell'articolo 2097 c.c. del 1942 <sup>(81)</sup>, sebbene in entrambi i casi sia stata utilizzata la tecnica del ricorso a una clausola generale per legittimare l'apposizione del termine al contratto di lavoro. Tuttavia, anche a prescindere dalla *vexata quaestio* della alternatività o meno dell'elemento della forma scritta e quello della specialità del rapporto <sup>(82)</sup>, è noto come l'elaborazione dottrinale e

---

<sup>(77)</sup> In dottrina, concorda — sia pure sollevando obiezioni di merito e di legittimità — su questa interpretazione estensiva della lettera del d.lgs. n. 368/2001, U. CARABELLI, *op. cit.*

<sup>(78)</sup> In questo senso cfr. tuttavia V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *DRI*, 2003, n. 2, 225 ss. Riconducono il disposto di cui all'art. 1, comma 1, del decreto a ragioni sostanzialmente di carattere transitorio anche G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2004, 35-37; A. PERULLI, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, in *DLRI*, 2002, n. 3, 95; L. RUGGIERO, *op. cit.*, VI.

<sup>(79)</sup> Cfr., in questo senso U. CARABELLI, *op. cit.*; F. BIANCHI D'URSO, G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *MGL*, 2001, n. 3, 118. Vedi anche le considerazioni sul punto nel seguito della trattazione.

<sup>(80)</sup> In  *Lavoro interinale*.

<sup>(81)</sup> In questo senso cfr. tuttavia G. SUPPIEJ, *op. cit.*, *supra* al § 1.

<sup>(82)</sup> Cfr., tra i tanti, A. MATTARELLA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 1974 (ristampa), spec. 53-61, e ivi ampi riferimenti bibliografici.



giurisprudenziale formulatasi sull'articolo 2097 c.c. abbia finito con l'individuare l'elemento della specialità del contratto a tempo determinato nella sua provvisorietà o precarietà: elementi questi ritenuti indissolubilmente legati alla struttura e alla funzionalità del rapporto di lavoro a termine <sup>(83)</sup>.

Vero è che al termine deve essere assegnato il connotato di elemento essenziale del contratto di lavoro a tempo determinato, e non di mero accidente <sup>(84)</sup>. Ciò non significa, tuttavia, che la prestazione dedotta in contratto debba necessariamente assumere carattere temporaneo, in ragione di una presunta o ipotetica specialità del rapporto. Più semplicemente, il termine è la dimensione in cui deve essere misurata la ragionevolezza delle esigenze tecniche, organizzative, produttive o sostitutive poste a fondamento della stipulazione del contratto a tempo determinato. Il contratto a termine, in altre parole, dovrà essere considerato lecito in tutte le circostanze, individuate dal datore di lavoro sulla base di criteri di normalità tecnico-organizzativa ovvero per ipotesi sostitutive, nelle quali non si può esigere che il datore di lavoro assuma necessariamente a tempo indeterminato <sup>(85)</sup> o, il che è lo stesso, l'assunzione a termine non assume una finalità chiaramente fraudolenta sulla base di criteri di ragionevolezza desumibili dalla combinazione tra durata del rapporto e attività lavorativa dedotta in contratto.

Non è allora un caso che la formulazione dell'articolo 1, comma 1, del decreto in commento richiami letteralmente — più che la nozione di « giustificato motivo » di cui all'articolo 3, legge 15 luglio 1966, n. 604 <sup>(86)</sup> — la disposizione di cui all'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori <sup>(87)</sup>. In entrambi i casi il dato legale costituisce infatti una chiara espressione della direttiva di fondo accolta dal nostro ordinamento verso una stretta finalizzazione del potere del datore di lavoro allo svolgimento delle attività produttive, con esclusione di ogni mani-

---

<sup>(83)</sup> Per la ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale cfr. ancora A. MATTARELLA, *op. cit.*, spec. 61-68.

<sup>(84)</sup> In questo senso, alla luce della più recente evoluzione dell'istituto e con riferimento alla tipizzazione di nuove tipologie contrattuali di lavoro in senso lato « temporaneo », L. MONTUSCHI, *L'evoluzione del contratto ecc.*, cit., 14.

<sup>(85)</sup> Questa ipotesi era già stata prospettata sul finire degli anni Settanta da F. LISO, *Intervento*, in *Il lavoro a termine*, Atti delle giornate di studio di Sorrento 14-15 aprile 1978, cit., 90-91.

<sup>(86)</sup> In  *Licenziamento individuale*.

<sup>(87)</sup> L'analogia è stata prospettata da M. BIAGI, *La buona flessibilità ecc.*, cit., 11.




festazione di arbitrio, intento discriminatorio o fraudolento<sup>(88)</sup>. Logico corollario di ciò è la richiesta, contenuta nell'articolo 1, comma 2, del decreto di esplicitare in un atto scritto le ragioni giustificative, e cioè le esigenze concrete che rendono ragionevole e non mero arbitrio l'apposizione del termine al contratto di lavoro. Del tutto irrilevanti sono, in questa prospettiva, generiche esigenze aziendali sommariamente esplicitate.

In questi termini, non viene dunque meno il criterio derogatorio dell'apposizione del termine rispetto alla normalità del lavoro subordinato. Peraltro, l'elemento di distinzione limitante la possibilità di scelta del datore di lavoro non viene individuato nella presenza di una occupazione stabile, bensì più semplicemente nella presenza di una causale oggettiva a giustificazione del termine, in contrapposizione alla acausalità del tempo indeterminato. È in questa esclusiva logica che sembra del resto trovare spiegazione l'affermazione contenuta nella circolare 1° agosto 2002, n. 42<sup>(89)</sup>, secondo cui il contratto a termine si porrebbe come alternativa ordinaria al contratto a tempo indefinito. Non quindi piena fungibilità dei due tipi contrattuali, ma potenziale concorrenzialità delle due fattispecie in presenza di giustificate e oggettive ragioni, idonee a differenziare, indipendentemente dalla occasionalità o meno della esigenza occupazionale, la convenienza economica per l'impresa. Non si spiegherebbe altrimenti la giustificazione di apposizione nel termine in caso di inizio di nuove attività, il c.d. *start up*, desumibile dalla previsione di cui all'articolo 10, comma 7, lettera a), del decreto legislativo n. 368/2001: ipotesi ragionevolmente estranea alla occasionalità del rapporto e maggiormente collegata ad esigenze propriamente organizzative, confluenti addirittura in considerazioni di attenuazione del rischio economico dell'impresa. A questa prospettiva sembra del resto aderire anche quella autorevole dottrina, laddove, pure in una prospettiva di complessiva critica alla vigente normativa, ha affermato la legittimità dell'apposizione del termine « in tutti i casi nei quali (...) la redditività della prosecuzione del rapporto oltre il termine è soggetta a incertezza maggiore rispetto a quella normalmente propria di un rapporto di lavoro qualsiasi a tempo indeterminato »; da cui la legittimità dell'assunzione a termine « del giovane al suo primo im-

---

<sup>(88)</sup> Si veda, al riguardo, la classica ricostruzione dell'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori proposta da F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, F. Angeli, Milano, 1982, qui 271-272.

<sup>(89)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

piego, o comunque del lavoratore privo di esperienza specifica nelle mansioni contrattuali »<sup>(90)</sup>. Si pensi anche a quegli autori che hanno addirittura individuato quale elemento scriminante a favore del termine, l'esigenza dell'impresa di avere personale qualificato che non si muova dall'azienda per un determinato periodo<sup>(91)</sup>, così rovesciando i termini della questione tra occasionalità e stabilità dell'occupazione.


Si consideri del resto che le stesse argomentazioni dei fautori della temporaneità delle ragioni oggettive di apposizione del termine non sono affatto prive di elementi di contraddizione. Tale dottrina infatti si preoccupa di precisare che la nozione di temporaneità non coincide rigidamente con la straordinarietà, l'occasionalità, l'eccezionalità, la non ripetibilità dell'esigenza aziendale, giungendo ad affermare l'accentuata relatività del concetto, con la conseguenza « che ciò che può essere temporaneo in un'impresa non lo è in un'altra »<sup>(92)</sup>. Ma così facendo si nega la stessa valenza ontologica della fattispecie, a favore di una nozione che collega la temporaneità della durata del contratto alle esigenze oggettive aziendali, indipendentemente dal loro carattere contingente, a meno che non si voglia considerare — ma allora la questione perderebbe rilevanza — ogni modificazione tecnica, produttiva, organizzativa non predefinita nel tempo come esigenza temporanea<sup>(93)</sup>.

Occorre infine evidenziare che la prescindibilità dalla esigenza temporanea non sembra determinare un rischio di precarizzazione

<sup>(90)</sup> Virgolettati da P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 406-407.

<sup>(91)</sup> Cfr. in particolare A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, Collana Adapt - Fondazione « Marco Biagi », n. 3, Giuffrè, Milano, 2004, 117-122.

<sup>(92)</sup> Così V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a tempo determinato*, cit., 234.

<sup>(93)</sup> D'accordo con questa estesa e, a mio avviso, ambigua nozione di temporaneità cfr. M. MANICASTRI, *Contratto a termine questioni interpretative*, in *DPL*, 2004, 2176. Sembra cadere in questa ambiguità anche M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, cit., 57, che non pare cogliere la differenza tra esigenza temporanea ed esigenza oggettiva che giustifica la durata temporanea del rapporto. In giurisprudenza v. Trib. Firenze 23 aprile 2004, cit., che, nel ritenere legittima l'apposizione del termine in ipotesi di rinnovazione tecnologica conseguente a processi di riorganizzazione, parla tuttavia di esigenze « temporanee ancorché di lenta soluzione ». Cfr. invece Trib. Milano 4 maggio 2004, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*, che rigetta la censura del ricorrente circa l'assenza di temporaneità della causale di assunzione, evidenziando la natura oggettiva dell'esigenza aziendale (nel caso specifico, il c.d. *start-up*). Sul punto v. la nota sentenza di M. VINCIGUERRA, *La prima giurisprudenza applicativa della nuova disciplina del contratto a termine*, in *RIDL*, 2005, II, 194.

delle occasioni permanenti di lavoro <sup>(94)</sup>, sul presupposto, per un verso, della rigidità della disciplina della proroga e delle successioni del contratto a termine e, per altro verso, della possibilità di contingentamento da parte della contrattazione collettiva, contingentamento, invece, guarda caso, escluso dal legislatore proprio per le ipotesi caratterizzate da una accentuata temporaneità delle esigenze aziendali <sup>(95)</sup>.


Da quanto delineato emerge anche — considerazione non così scontata — che il combinato disposto di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 368/2001 — il primo attinente alla sostanza e il secondo alla forma (scritta) della determinazione datoriale — non pone un divieto all'impiego del contratto di lavoro a tempo determinato <sup>(96)</sup> — profilo di cui si occupa infatti solo il successivo articolo 3, con riferimento a talune ipotesi espressamente tipizzate dal legislatore delegato — ma si limita a porre in capo al datore di lavoro l'onere di esplicitare chiaramente le ragioni tecniche e di opportunità, di esclusiva pertinenza datoriale, che giustificano la scelta di ricorrere al contratto a tempo determinato in modo da rendere possibile il controllo da parte del giudice sulla legittimità dell'apposizione del termine. In questa prospettiva trova ulteriori conferme il parallelismo con l'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori. Si noti, infatti, che in relazione al trasferimento del lavoratore la giurisprudenza è costante nel ritenere che il controllo del giudice è limitato all'accertamento della esistenza delle ragioni tecnico-organizzative che lo giustificano, mentre non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito l'opportunità del provvedimento datoriale, al fine di valutarne l'idoneità o inevitabilità, e la scelta fra più soluzioni organizzative egualmente ragionevoli <sup>(97)</sup>.

---

<sup>(94)</sup> Evidenza rilevanti preoccupazioni in questo senso, P. SALVATORI, *La giustificazione del termine*, cit., 47-49.

<sup>(95)</sup> Sul punto cfr. in particolare A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, 26.

<sup>(96)</sup> Questo spiega l'imprecisione del richiamo all'art. 3, l. n. 604/1966, che pone invece un divieto del licenziamento privo di giustificato motivo (o giusta causa).

<sup>(97)</sup> Cfr. Cass. 4 gennaio 2000 n. 24; Cass. 23 febbraio 1998 n. 1912, entrambe in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*. Da notare, peraltro, è che l'art. 13 Stat. lav. fa riferimento a *comprovate* esigenze tecniche, organizzative e produttive. Tale aggettivo non è invece ripetuto nella norma sul lavoro a termine. Semmai potrebbe quindi dedursi una possibile attenuazione del rigore delle causali. In questo stesso senso va del resto sottolineato il fatto che il trasferimento del lavoratore necessita certamente di una maggiore tutela in quanto va a incidere su un contratto di lavoro già

Il nuovo dato testuale fornisce dunque un solido sostegno normativo da tempo prospettato dalla dottrina con riferimento all'impiego delle clausole generali nel diritto del lavoro. In questa area — è stato giustamente rilevato — le valutazioni dei giudici dovrebbero più avvicinarsi, nella loro struttura logica, ai controlli di legittimità, che a valutazioni sul merito di specifiche scelte aziendali, « dal che deriverebbe, anche, una maggiore uniformità dei giudicati e un omaggio più realistico se non alla certezza del diritto, almeno alla prevedibilità delle decisioni »<sup>(98)</sup>.

Va infine precisato che la lettera dell'articolo 1, comma 1, decreto legislativo n. 368/2001, fa *esclusivamente* riferimento a situazioni tecnico-organizzative o sostitutive, che prescindono totalmente dalle caratteristiche soggettive del lavoratore: età, condizione di disoccupazione, residenza geografica, titolo di studio, ecc. Sembra dunque venire meno la possibilità di stipulare contratti a termine di tipo « soggettivo »<sup>(99)</sup>. Da ciò si potrebbe desumere che, esclusa ogni natura eccezionale alle possibilità di apposizione del termine in funzione di ragioni tecnico-organizzative o sostitutive, il contratto di lavoro a tempo determinato non rientra più tra le tipologie contrattuali utilizzabili nell'ambito di specifiche politiche attive volte all'inserimento nel mercato del lavoro di gruppi particolari o svantaggiati di lavoratori, fatti naturalmente salvi i casi (già ricordati *supra*) espressamente indicati dalla legge (disabili, lavoratori in mobilità, ecc.) in riferimento a specifiche finalità promozionali. Ciò appare anche coerente con una maggiore finalizzazione e specializzazione di tipologie temporanee *ad hoc* — quali l'apprendistato nelle sue varie forme, il contratto di inserimento, i tirocini formativi — soprattutto laddove si pervenisse finalmente alla ridefinizione — da tutti auspicata ma sistematicamente rinviata di legislatura in legislatura<sup>(100)</sup> — degli incentivi economici a sostegno della occupazione dei soggetti a rischio di esclusione sociale.

---

in corso. Non sembra in particolare che possa valere quell'orientamento giurisprudenziale che, al fine della valutazione della legittimità del trasferimento, considera anche le esigenze personali del lavoratore.

<sup>(98)</sup> Così L. CASTELVETRI, *Concorrenza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *DRI*, 2001, n. 2, 248, e già, nello stesso senso, G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *DRI*, 1991, n. 1, 169.

<sup>(99)</sup> In questo senso cfr. in particolare M. MANICASTRI, *Contratto a termine questioni interpretative*, cit., 2176.

<sup>(100)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, cit.

#### 4. Ripartizione del carico probatorio.

Proseguendo il parallelismo con l'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori, pare ragionevole ritenere che la esplicitazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che legittimano l'apposizione del termine non implica anche che l'atto scritto debba essere corredato dalla vera e propria prova della rispondenza al vero delle affermazioni addotte dall'imprenditore a sostegno della legittimità del termine <sup>(101)</sup>. Non pare tuttavia dubbio che, in caso di verifica in sede giudiziale della veridicità delle affermazioni poste a giustificazione del termine, l'onere della prova circa la reale sussistenza delle ragioni addotte in sede di stipulazione del contratto di lavoro incomba sul datore di lavoro <sup>(102)</sup>.

Rispetto alla distribuzione del carico probatorio, infatti, non assume rilievo decisivo la considerazione che la nuova disciplina omette di indicare — come disponeva invece espressamente l'articolo 3 della legge n. 230/1962 — la circostanza secondo cui l'onere della prova circa le ragioni giustificative della apposizione del termine spetta al datore di lavoro. Non si tratta infatti di una « dimenticanza delle parti sociali », ma di una logica conseguenza della impostazione accolta dal legislatore delegato. Il controllo di legittimità circa le ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive che giustificano il ricorso al contratto a tempo determinato impone infatti alla parte che si è avvalsa della possibilità di apporre il termine di dimostrare poi la reale sussistenza, in caso di eventuale contenzioso, delle condizioni legittimanti l'apposizione del termine stesso.

Con la formula di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto in esame il legislatore si prefigge di contenere il potere, altrimenti discrezionale, del datore di lavoro di apporre un termine alla durata del contratto di lavoro. In tal modo, come detto, deve ritenersi che il ricorso al lavoro

---

<sup>(101)</sup> Con riferimento all'art. 13 Stat. lav. cfr. ancora F. LISO, *La mobilità del lavoratore ecc.*, cit., 280.

<sup>(102)</sup> Cfr. G. PERA, *Sul contratto di lavoro a termine ecc.*, cit., che tuttavia giustifica tale affermazione in applicazione analogica di quanto previsto in riferimento alla proroga del contratto. Nello stesso senso cfr. E. MASSI, *I nuovi contratti a termine*, cit., VI; M.T. SPATAFORA, *Gli effetti dell'accertamento in sede giudiziale dell'apposizione del termine*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, cit., 82. *Contra* cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 409, e, ma in senso critico, V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, 410-413.

a termine non è libero ma debba essere giustificato alla stregua delle ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo. Attribuito al datore di lavoro un potere giuridico predeterminato nel contenuto, viene per ciò stesso meno la possibilità (per i privati) di realizzare — ovviamente sul piano di ciò che è giuridicamente rilevante — assetti di interessi diversi da quelli previsti dall'ordinamento e (per l'interprete) di valutare nel merito l'opportunità della scelta aziendale alla cui soddisfazione il potere stesso è rivolto. In altri termini, se al giudice è affidato il compito di verificare (nei termini sopra indicati di ragionevolezza) la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astrattamente prevista dall'ordinamento, spetterà logicamente al datore di lavoro dimostrare i presupposti tecnico-organizzativi o sostitutivi che stavano alla base della apposizione del termine, alla stregua di un vero e proprio fatto costitutivo, al fine di consentire il controllo (esterno) di legittimità delle scelte imprenditoriali <sup>(103)</sup>.

Come già rilevato dalla dottrina in vigenza della legge n. 230/1962, tale risultato è desumibile dal disposto di cui all'articolo 2697 c.c., posto che la « ricorrenza in concreto delle condizioni indicate dalla legge rappresenta, dunque, un fatto costitutivo della facoltà di stipulare (o prorogare) un contratto a termine o, per dirla con altre parole, un fatto impeditivo dell'azione di nullità del termine (o della proroga) proposta dal lavoratore, cui basta provare l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato » <sup>(104)</sup>.

A una diversa soluzione, che attribuisce al lavoratore la difficile prova dell'intento fraudolento del datore di lavoro, si dovrebbe invece pervenire laddove si volesse accogliere una impostazione volta a consentire un controllo non solo di legittimità ma anche di merito circa la

---

<sup>(103)</sup> Aderente a questa impostazione è del resto la recente giurisprudenza. Cfr. in particolare Trib. Milano 31 ottobre 2003, cit., secondo cui, « anche nel contesto normativo delineato dal d.lgs. n. 368/2001, la legittima apposizione del termine a un rapporto di lavoro presuppone che il datore di lavoro indichi specificamente le ragioni che la giustificano e, in sede giudiziaria, provi (...) il nesso eziologico tra tali esigenze e la stipulazione del singolo contratto a termine ».

<sup>(104)</sup> A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988, 65, secondo cui l'art. 3, l. n. 230/1962, non avrebbe fatto altro « che confermare la conclusione cui si perverrebbe comunque in base alla regola generale dell'art. 2697 cod. civ. ». In giurisprudenza, nello stesso senso, cfr. Cass. 29 marzo 2000 n. 3843; Cass. 17 novembre 1998 n. 11569, entrambe in *Libro Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

ragionevolezza della scelta datoriale <sup>(105)</sup>. In questo caso, infatti, la scelta di non introdurre una disposizione analoga a quella di cui all'articolo 3 della legge n. 230/1962 starebbe a indicare la volontà del legislatore di spostare sul lavoratore l'onere probatorio, stante la nuova disciplina sostanziale che non prevede più una indicazione tassativa dei casi di legittima apposizione del termine <sup>(106)</sup>. Si tornerebbe, in sostanza, al regime di cui all'articolo 2097 c.c. del 1942 (e ancora prima dell'articolo 1, comma 2, del regio decreto legge n. 1825/1924), in cui spettava al lavoratore dimostrare che l'apposizione del termine era fatta per eludere la disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato <sup>(107)</sup>.

## 5. Oneri formali.

Rispetto agli oneri formali si è già anticipato che il contratto di lavoro a tempo determinato deve essere stipulato in forma scritta, pena l'invalidità dell'atto <sup>(108)</sup>, con indicazione non solo del termine (come avveniva in vigore della legge n. 230/1962) <sup>(109)</sup>, ma anche delle particolari ragioni che ne giustificano l'esistenza. Conformemente a quanto previsto dall'articolo 1, comma 5, della legge n. 230/1962, l'atto scritto non è necessario unicamente per i rapporti di lavoro occasionali, intesi dal decreto come quelli di durata non superiore a dodici giorni.

Per espressa previsione legislativa (cfr. il comma 2 dell'articolo 1), che conferma sul punto un orientamento giurisprudenziale consoli-


---

<sup>(105)</sup> Si noti del resto che l'affermazione secondo la quale, la nuova legge imporrebbe — su di un piano teorico astratto — l'onere probatorio a carico del lavoratore, viene da proprio chi (P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 409) ha affermato l'amplissima discrezionalità giudiziale nella valutazione circa la sussistenza o no delle ragioni oggettive indicate nel contratto.

<sup>(106)</sup> Per una soluzione analoga cfr., con riferimento alla ipotesi delle assunzioni a termine c.d. autorizzate, R. COSIO, *op. cit.*, 515.

<sup>(107)</sup> Ancora A. VALLEBONA, *L'onere della prova ecc.*, cit., 65 e 66-67, dove si pone un chiaro collegamento tra disciplina sostanziale dell'istituto e ripartizione del carico probatorio tra datore di lavoro prestatore di lavoro.

<sup>(108)</sup> La dottrina è pressoché unanime nell'affermare che la forma sia prevista *ad substantiam*. Tra le pochissime opinioni contrarie cfr. E. MASSI, *I nuovi contratti a termine*, cit., VI, sul presupposto di una analogia con l'art. 8 del d.lgs. n. 61/2000, che tuttavia pare contrastare con lo spirito e la lettera del d.lgs. n. 368/2001.

<sup>(109)</sup> *Ex plurimis*: Cass. 27 febbraio 1998 n. 2211, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.




dato <sup>(110)</sup>, il termine di durata del rapporto può tuttavia essere indicato anche solo indirettamente, in ragione delle circostanze che concretamente legittimano il ricorso a tale tipologia contrattuale. La formulazione letterale della disposizione, come giustamente rilevato, esclude invece « che il termine finale possa essere desunto da un atto diverso da quello contenente le motivazioni dell'assunzione a tempo determinato » <sup>(111)</sup>.


Posto che l'indicazione dei motivi che legittimano l'apposizione del termine deve consentire il controllo di legittimità sulla ragionevolezza delle scelte aziendali, è peraltro evidente che il datore non può limitarsi a indicare sommariamente le ragioni tecnico-organizzative o sostitutive che stanno alla base del contratto. Significativa in questo è l'opinione della stessa Confindustria, che con una propria circolare del 10 ottobre 2001, n. 16776 <sup>(112)</sup>, ha sollecitato i propri associati a « specificare e, quindi, fornire al lavoratore con adeguato *dettaglio*, le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che motivano l'assunzione a termine » <sup>(113)</sup>.

Copia dell'atto scritto deve infine essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione. Il requisito formale non deve dunque più essere contestuale o antecedente alla stipulazione del contratto, a differenza di quanto richiesto dalla giurisprudenza in vigenza della legge n. 230/1962 <sup>(114)</sup>. Si è peraltro sostenuto, con riferimento a tale ultimo obbligo, che il legislatore delegato ha omesso di individuare una sanzione specifica, come avviene invece per gli altri adempimenti previsti in materia di assunzioni dall'articolo 9-*bis* della legge 28 novembre 1996, n. 608 <sup>(115)</sup>, e dal decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152 <sup>(116)</sup>, di recezione della direttiva comunitaria n. 91/533/CE <sup>(117)</sup> concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore

---

<sup>(110)</sup> *Ex plurimis*: Cass. 19 maggio 1988 n. 3492, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(111)</sup> V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit.

<sup>(112)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(113)</sup> In *GLav*, 2001, n. 41, qui LXVIII.

<sup>(114)</sup> Così, giustamente, M. PAPALEONI, *Forma e contenuto del contratto a termine*, cit. In senso opposto, ma contro la *ratio* e la lettera della legge, E. MASSI, *I nuovi contratti a termine*, cit., VI, e A. VALLEBONA, C. PISANI, *op. cit.*, 22.

<sup>(115)</sup> In  *Collocamento*.

<sup>(116)</sup> In  *Assunzione*.

<sup>(117)</sup> In  *Assunzione*.



delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro <sup>(118)</sup>. Tale rilievo non pare esatto, nella misura in cui degrada la forma scritta da elemento per la validità dell'atto a mero elemento per la prova. Vero è invece che, in assenza della consegna dell'atto scritto al lavoratore, il datore di lavoro è soggetto alla più grave delle sanzioni, e cioè la conversione del contratto a tempo indeterminato <sup>(119)</sup>, non avendo reso possibile, nei limiti previsti dalla legge delegata, la conoscibilità delle ragioni legittimanti l'apposizione del termine.

---

<sup>(118)</sup> E. MASSI, *I nuovi contratti a termine*, cit., VI.

<sup>(119)</sup> In questo senso pare concorde la dottrina. V. recentemente G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, cit., 41-43. Tra le poche opinioni contrarie, cfr. in particolare P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 418-419, secondo cui, diversamente dalla ipotesi di difetto di giustificazione dell'apposizione del termine, il vizio di forma non comporterebbe la sostituzione automatica di cui al comma 2 dell'art. 1419 c.c., occorrendo quindi « valutare di volta in volta se il contratto sarebbe stato stipulato anche senza quella clausola, oppure no ». Lo stesso autore ritiene peraltro « probabile che in giurisprudenza finisca col prevalere, in continuità col passato l'orientamento favorevole alla conversione del contratto a termine ». In disaccordo con la sanzione della conversione automatica è anche M.T. SPATAFORA, *op. cit.*, 65-67, nonché Confindustria nella nota dell'Unione industriali del 6 settembre 2002.



SEZIONE B  
TIPOLOGIE SOGGETTIVE:  
IL CONTRATTO DI INSERIMENTO

3.  
IL CONTRATTO DI INSERIMENTO

MARIO EMANUELE


SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Natura del contratto di inserimento. — 3. Disciplina. — 4. Progetto individuale di inserimento. — 5. Forma. — 6. Durata. — 7. Accordo interconfederale. — 8. Rapporto con il contratto di lavoro a tempo determinato. — 9. Incentivi. — 10. Sanzioni. — 11. Regime transitorio dei Cfl. — 12. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

Con l'emanazione del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (« Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30 »), è stata recentemente rivisitata, ed in modo organico, la disciplina normativa dei contratti c.d. *a causa mista*.

In particolare, rispetto alla legislazione antecedente al settembre 2003, si è provveduto, da una parte, a rendere, così come annunciato nel *Libro Bianco* <sup>(1)</sup>, il contratto di apprendistato lo strumento principe

---

<sup>(1)</sup> MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia - Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, ottobre 2001: « Per i contratti a causa mista in senso proprio gioverebbe senz'altro una maggiore distinzione delle funzioni alle quali tali tipologie contrattuali possono assolvere. In questa ottica potrebbe prospettarsi una distinzione orientata da un lato a valorizzare il ruolo dell'apprendistato come strumento formativo per il mercato, mentre il cfl dovrebbe essere concepito come strumento per realizzare un inserimento mirato del lavoratore in azienda », in  *Riforma Biagi*.

a cui far ricorso in vista della formazione dei lavoratori; dall'altra, seppur non immediatamente, ad abrogare il contratto di formazione e lavoro (in avanti, anche Cfl) con riferimento al settore privato, conservando l'efficacia della pertinente disciplina esclusivamente in relazione al rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni (2).

Cessata dunque la stagione di applicazione di quest'ultima tipologia contrattuale, peraltro secondo un articolato regime (collettivo e legislativo) transitorio, di cui verrà dato conto in avanti, il legislatore è intervenuto introducendo e regolamentando un nuovo istituto, il contratto di inserimento.

## 2. Natura del contratto di inserimento.


Appare, comunque, improprio assumere che il contratto di inserimento abbia sostituito il contratto di formazione e lavoro, dal momento che il primo istituto va distinto nettamente da quest'ultimo per una serie di aspetti giuridici e di presupposti applicativi che verranno in seguito illustrati e che inducono, sin d'ora, l'interprete ad affermare, in termini più generali, che il contratto di inserimento non possa essere facilmente riconducibile al *genus* dei contratti *a causa mista* o a contenuto formativo (3).

Al fine di chiarire efficacemente la natura del contratto di inserimento, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con la circolare 21 luglio 2004, n. 31 (4), ha precisato come, in tale tipologia contrattuale, « la funzione formativa perde la sua natura caratterizzante a favore della finalità di garantire la collocazione o la ricollocazione nel

---

(2) Art. 86, comma 9, d.lgs. n. 276/2003: « La vigente disciplina in materia di contratti di formazione e lavoro, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 59, comma 3, trova applicazione esclusivamente nei confronti della pubblica amministrazione ».

(3) Tale assunto, in verità, è tutt'altro che incontrastato: in termini di prima approssimazione, è possibile riportare il testo ufficiale del principio sul contratto di inserimento della FONDAZIONE STUDI CONSIGLIO NAZIONALE DEI CONSULENTI DEL LAVORO (in *GLav*, 2004, n. 26, XIII) dove viene affermato che « il contratto di inserimento è un contratto di lavoro a causa mista, laddove l'elemento formativo ha lo scopo in via generale di integrare competenze professionali già in possesso del lavoratore piuttosto che di consentire il conseguimento di una qualifica professionale, come avveniva in passato in materia di contratti di formazione e lavoro ». In termini simili, si rinvia a Coordinamento giuridico dell'Unione Industriali di Bergamo e a S. MALANDRINI, *Contratto di inserimento e attività formativa*, in *DPL*, 2004, n. 25, 1686.

(4) In  *Contratto di inserimento*.

mercato del lavoro di soggetti socialmente più deboli individuati tassativamente dal legislatore ».

Del resto, proprio per superare alcune ambiguità e contraddizioni che avevano caratterizzato in passato l'applicazione del contratto di formazione e lavoro, sino a travisarne le finalità formative che ne costituivano parte integrante del relativo schema causale, l'attuale legislatore ha ritenuto di dover conformare il contratto di inserimento come strumento giuridico funzionalizzato ad accompagnare e/o determinare l'ingresso nel mercato del lavoro di particolari categorie soggettive di lavoratori che, a causa delle proprie condizioni personali o sociali, incontrano notevoli difficoltà nel trovare una felice collocazione professionale.

Anche per questo, con particolare riferimento alle distorsioni verificatesi nell'ambito del ricorso al Cfl, appare lucida e condivisibile l'analisi di chi, valorizzando la diversa *ratio legis* costitutiva del contratto di inserimento, ha osservato come abbia costituito « una tardiva presa d'atto che la componente più genuinamente formativa del vecchio contratto di formazione e lavoro — cui subentra il contratto di inserimento — è stata sistematicamente mortificata da funzioni ulteriori e improprie, tra cui la riduzione del costo del lavoro, l'inserimento nel mercato del lavoro delle fasce giovanili e, non da ultimo, l'allentamento di talune rigidità in materia di assunzioni » <sup>(5)</sup>.

Parte della dottrina <sup>(6)</sup>, pur non sottacendo la delicatezza e la non

---

<sup>(5)</sup> M. TIRABOSCHI, *Opportunità per le fasce socialmente più deboli*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 luglio 2004, 17. L'Autore sottolinea, altresì, come il soddisfacimento con il Cfl di tali ulteriori funzioni, sebbene autonomamente meritevoli, abbia finito « per creare vere e proprie barriere e discriminazioni all'ingresso nel mercato regolare di altri gruppi di lavoratori svantaggiati: over 50 espulsi dai processi produttivi, donne e madri in cerca di reinserimento nel mercato del lavoro, disoccupati di lungo periodo, disabili, ecc. ». A tal proposito, si rinvia ancora a M. TIRABOSCHI, *Il Nuovo apprendistato e il contratto di inserimento (ex Cfl)*, in *GLav*, giugno 2003, n. 4, suppl., 100, ed a E. BALLETTI, *Il contratto di inserimento al lavoro: profili strutturali e funzionali del nuovo modello negoziale*, in *LG*, 2004, n. 5, 423; quest'ultimo, in particolare, ha rilevato che, con riferimento al Cfl, rispetto all'idea originaria di « strumento tipico per l'acquisizione integrale o coordinata di una determinata formazione professionale », si è via via affermata « una mutazione dogmatica di detta tipologia di impiego della forza lavoro: da strumento preordinato a coniugare e raccordare esperienza formativa teorica e pratico-applicativa a potenziale meccanismo di mera incentivazione dell'occupazione giovanile in ragione del minor costo del lavoro ».

<sup>(6)</sup> G. SPOLVERATO, *Dopo il Cfl il contratto di inserimento*, in *DPL*, 2004, n. 2, 85. Particolarmente interessante appare la posizione di A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto*

unanimità di opinioni sul punto, ha rilevato che « l'inserimento del lavoratore in azienda secondo un progetto concordato costituisce la causa del contratto, per cui anche il contratto di inserimento, come già il contratto di formazione e lavoro, rientra nell'ambito dei contratti a causa mista ». Ed, ancora, è stato fatto notare che « non si comprende perché si insista tanto sulla necessità di un progetto individuale di inserimento o lo si preordini al conseguimento, da parte del lavoratore, di determinate competenze professionali e qualificazioni (articoli 54, comma 1, e 59, comma 1), se non nell'ottica di avere a disposizione un nuovo strumento che, oltre a creare occupazione (*rectius*, occupabilità), sia pur sempre un ulteriore contratto a contenuto formativo (e non un mero contratto a termine » (7).

Tutto ciò fermo e dovendosi procedere in stretta considerazione di quanto previsto al Capo II del Titolo IV del decreto legislativo n. 276/2003 (in avanti, anche decreto), si dovrebbe comunque concludere che, astrattamente, il contratto di inserimento, pur a fronte della rilevanza del progetto individuale di inserimento, costituisca un normale contratto di lavoro, la cui causa risiede nel mero *scambio tra prestazioni di lavoro e retribuzione*. In tale contesto, ad esempio, la riduzione del corrispettivo retributivo derivante, come vedremo nel paragrafo dedicato agli incentivi, dal sottoinquadramento del lavoratore, non sarebbe volto a compensare il diverso livello di qualificazione, ma, più semplicemente, a creare le condizioni utili affinché il lavoratore possa essere inserito o reinserito in azienda.

La natura giuridica di questo contratto rimane comunque controversa.

---

*del lavoro, Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, vol. II, 617, che sostiene che « il contratto di inserimento è anch'esso un contratto di lavoro subordinato a causa mista, in cui allo scambio tra lavoro e retribuzione si aggiunge la realizzazione di un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore ad un determinato contesto lavorativo al fine dell'inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro ». In termini simili, in considerazione dell'oggetto complesso del contratto di inserimento, appaiono le conclusioni di L. ZOPPOLI, P. SARACINI, *I contratti a contenuto formativo tra formazione e lavoro e inserimento professionale*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », [www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/n34-zoppoli-saracini.pdf](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/n34-zoppoli-saracini.pdf), 2004, n. 34, 40.

(7) R. TRIVELLINI, *Il contratto di inserimento tra affermazioni di principio e scelte di metodo*, in *DPL*, 2004, n. 5, 305. Tale A., tuttavia, osserva parimenti che « nelle intenzioni del Legislatore delegato vi è la volontà di tipizzare uno schema contrattuale flessibile, per il quale il profilo della formazione si appalesa del tutto eventuale e secondario rispetto ad una primario obiettivo di politica occupazionale », *op. cit.*, 304.

### 3. Disciplina.

Come già accennato, la disciplina del contratto di inserimento è stata regolamentata agli articoli 54-59 del decreto. Si può immediatamente affermare che la disciplina del rapporto di lavoro, derivante dall'accettazione di un contratto di inserimento, non è stata elaborata in modo dettagliato: è stata, infatti, scientemente preferita una soluzione per cui le eventuali lacune di regolamentazione avrebbero potuto essere colmate attraverso il richiamo alle norme del contratto di lavoro a tempo determinato — decreto legislativo n. 368/2001 <sup>(8)</sup> —, ma, soprattutto, in virtù dell'articolato rinvio <sup>(9)</sup> all'elaborazione negoziale delle parti collettive.

Ciò premesso, si osserva preliminarmente che l'istituto in esame è stato definito (all'articolo 54) come « un contratto di lavoro diretto a realizzare, mediante un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo, l'inserimento ovvero il reinserimento nel mercato del lavoro delle seguenti categorie di persone:

- a) soggetti di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni;
- b) disoccupati di lunga durata da ventinove fino a trentadue anni;
- c) lavoratori con più di cinquanta anni di età che siano privi di un posto di lavoro;
- d) lavoratori che desiderino riprendere una attività lavorativa e che non abbiano lavorato per almeno due anni;
- e) donne di qualsiasi età residenti in una area geografica in cui il tasso di occupazione femminile determinato con apposito decreto del

---

<sup>(8)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(9)</sup> In sintesi, la contrattazione collettiva potrà infatti intervenire in relazione alla:

- a) elaborazione delle modalità e dei contenuti dei progetti individuali di inserimento (art. 55, comma 1);
- b) individuazione dei limiti di durata del contratto di inserimento, seppur all'interno del tetto minimo e massimo previsti al medesimo decreto (art. 57, comma 1);
- c) definizione della percentuale massima di lavoratori che le aziende potranno assumere con il contratto di inserimento (art. 58, comma 2);
- d) regolamentazione del sottoinquadramento, sia ai fini dell'effettivo utilizzo di tale incentivo giuridico, che in vista della sua articolazione, in termini temporali e di livello retributivo (art. 59, comma 1);
- e) definizione eventuale dei criteri di computo dei lavoratori, assunti con contratto di inserimento, rispetto all'organico della singola azienda (art. 59, comma 2).


Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sia inferiore almeno del 20 per cento di quello maschile o in cui il tasso di disoccupazione femminile superi del 10 per cento quello maschile; persone riconosciute affette, ai sensi della normativa vigente, da un grave handicap fisico, mentale o psichico ».

Da parte della siffatta definizione (« realizzare, mediante un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo, l'inserimento ovvero il reinserimento nel mercato del lavoro ») si ricava innanzi tutto la perplessità se il contratto di inserimento debba, a differenza del Cfl, presupporre, in capo al lavoratore, *la sussistenza di una professionalità già acquisita*, non essendo rivolto al conseguimento di una qualifica professionale in favore del prestatore di lavoro. Il potenziale destinatario del contratto di inserimento, pertanto, dovrebbe essere un soggetto dotato di competenze professionali già maturate in epoca precedente all'assunzione e che verrà accompagnato nell'adeguamento delle proprie preesistenti competenze alle specificità del processo produttivo adottato in azienda dal datore; i soggetti « privi di una capacità professionale adattabile » dovrebbero, invece, essere dirottati, « età permettendo, verso l'apprendistato »<sup>(10)</sup>. Allo stesso tempo, però, ben difficilmente potrebbe sostenersi che soggetti privi di specifica qualifica professionale possano *tout court* rimanere esclusi dalla possibilità di sottoscrivere tale contratto: basta, infatti, pensare alla categoria dei giovani tra i 18 ed i 29 anni, privi di un titolo di studio professionale o che non abbiano maturato alcuna specifica esperienza professionale in precedenza — articolo 54, comma 1, lettera *a*) — per vedere suffragata tale conclusione<sup>(11)</sup>.

Ritornando alla elencazione anzi riportata, differentemente dal Cfl con cui potevano essere assunti soggetti di età compresa tra i 16 ed i 32 anni, ben più ampia appare la sfera di applicazione soggettiva del contratto di inserimento.

---

<sup>(10)</sup> D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento: dall'occupabilità all'adattabilità*, in *LG*, 2004, n. 3, 292.

<sup>(11)</sup> Circ. Confindustria n. 18018/2004, in  *Contratto di inserimento*, ha, ad esempio, sostenuto che « il contratto di inserimento può riguardare anche soggetti che non abbiano mai svolto esperienze lavorative e che non posseggano titoli di studio tecnico-professionali, nonché soggetti che abbiano acquisito professionalità diverse da quelle richieste dal nuovo contesto aziendale ».



Questa tipologia contrattuale, infatti, potrà essere utilizzata per assumere lavoratori appartenenti a categorie tra loro eterogenee, singolarmente individuate proprio in relazione alle peculiari caratteristiche sociali, personali ed economiche dei medesimi lavoratori.

Correttamente, viene sottolineato in dottrina che il legislatore avrebbe raggruppato i lavoratori coinvolti dall'applicazione del contratto di inserimento in due categorie: « i soggetti di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni, da un lato, e i lavoratori c.d. svantaggiati, dall'altro, individuati tenendo conto la nozione contenuta nel regolamento UE 2204/2002 » (12).

Con riferimento alle tipologie di lavoratori (articolo 54, comma 1) che potranno essere assunti con il contratto di inserimento, è poi possibile estendere alcune brevi note.

*In primis*, in stretto ordine di elencazione, occorre precisare che, con riferimento a quanto previsto alla lettera *a*) dell'articolo 54, comma 1, il datore di lavoro potrà assumere *giovani* di età compresa tra i 18 anni ed i 29 anni (13).

Rispetto a tale requisito anagrafico, è stato possibile registrare una discussione teorica in dottrina: secondo un primo orientamento, rientra in tale categoria colui che abbia un'età compresa tra i 18 anni appena compiuti ed i 29 anni e 364 giorni, dal momento che occorre fare riferimento all'effettivo limite di età, laddove indicato, nella sua interezza (14). Un altro orientamento, invece, propende per la tesi secondo

---

(12) M. D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto di inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 290. Appare molta lucida, in proposito, la tesi di chi (E. BALLETTI, *op. cit.*, 425) ha affermato che la stipula di un contratto di inserimento, « almeno sulla carta, importa la delimitazione del ricorso al modello negoziale ad una reale situazione di concreto bisogno sociale del singolo » e che questo dovrebbe valere « ad escludere l'eventualità di un impiego improprio e/o meramente di comodo del c.i. solo in funzione di abbassamento del costo del lavoro », come è avvenuto, invece, per il Cfl.

(13) Rispetto alla definizione di giovani contenuta all'art. 1, comma 2, lett. *b*), d.lgs. n. 297/2002 (« giovani, i soggetti di età superiore a diciotto anni e fino a venticinque anni compiuti o, se in possesso di un diploma universitario di laurea, fino a ventinove anni compiuti, ovvero la diversa superiore età definita in conformità agli indirizzi dell'Unione europea »), nel decreto non si fa menzione del diploma universitario di laurea come requisito che permette l'elevazione del limite massimo di età da 25 a 29 anni.

(14) FONDAZIONE STUDI CONSIGLIO NAZIONALE DEI CONSULENTI DEL LAVORO, *op. cit.*, XIV.

cui « per un indirizzo amministrativo costante del Ministero del Lavoro espresso più volte in situazioni analoghe, quando si parla di limite massimo di età ci si riferisce al giorno di compimento dello stesso »<sup>(15)</sup>. A parere di chi scrive, appare preferibile quest'ultima tesi che fa affidamento sull'interpretazione autentica del Ministero.

Più in generale, si rileva che per questa categoria di lavoratori il contratto di inserimento potrà difficilmente trovare importanti riscontri, visto l'effetto di spiazzamento che, come programmato, verrà esercitato dal contratto di apprendistato c.d. *professionalizzante* (articolo 49 del decreto) con cui verranno assunti, in tutti i settori di attività, « per il conseguimento di una qualificazione attraverso una formazione sul lavoro e la acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali, i soggetti di età compresa tra i diciotto anni e i ventinove anni ».

Alla lettera *b*), sempre dell'articolo 54, comma 1, del decreto, chiaramente ripresa dall'articolo 1, comma 2, lettera *d*), decreto legislativo n. 297/2002<sup>(16)</sup>, non viene fatto alcun riferimento agli *inoccupati* di lunga durata, ossia a coloro che, senza aver svolto un'attività lavorativa, siano alla ricerca di un'occupazione da più di dodici mesi; tale esclusione costituisce una precisa opzione del legislatore delegato, che ha selezionato in modo restrittivo i lavoratori da inserire.

Occorre precisare che, in vista del computo dell'inizio di tale periodo di dodici mesi, dovrà farsi riferimento al momento in cui il lavoratore avrà comunicato al centro per l'impiego territorialmente competente la propria disponibilità nei confronti delle eventuali occasioni di lavoro che potranno essergli proposte; sarà poi lo stesso centro per l'impiego ad attestare la permanenza del medesimo lavoratore nello stato di disoccupazione.

I lavoratori individuati all'articolo 54, comma 1, lettera *c*), del decreto sono soggetti privi di un posto di lavoro<sup>(17)</sup>, rispetto ai quali non assume rilevanza la durata dello stato di disoccupazione, che non è infatti richiamato, quanto il requisito anagrafico: essere ultracinquantenni. Saranno, inoltre, gli stessi lavoratori a dover comprovare il proprio stato di disoccupazione con un'apposita dichiarazione di re-

---

<sup>(15)</sup> E. MASSI, *Il contratto di inserimento: problematiche e soluzioni*, in DPL, 2004, 2502.

<sup>(16)</sup> In  *Collocamento*.

<sup>(17)</sup> G. SPOLVERATO, *op. cit.*, 89, sostiene che per lavoratore privo di un posto di lavoro deve intendersi chi non ha un « posto stabile di lavoro subordinato »: ogni riferimento ad un rapporto di lavoro di natura autonoma sarebbe, pertanto, improprio.

sponsabilità, un'autocertificazione, ai sensi e per gli effetti del d.P.R. n. 445/2000 <sup>(18)</sup>, senza alcun intervento in tal senso dei centri per l'impiego.

Particolare è la condizione dei lavoratori *sub* lettera *d*): si tratta di coloro che, a fronte dello svolgimento in passato di un'attività lavorativa — rimanendo in quest'ipotesi irrilevante che si sia trattato di un rapporto di lavoro avente natura subordinata o autonoma — ed indipendentemente da un preciso requisito anagrafico, vogliono *riprendere un'attività lavorativa* e rientrare nel mercato del lavoro, *dopo due anni di inattività*. Anche in questo caso sarà sufficiente l'autocertificazione del lavoratore.

Per quanto riguarda le donne, prese in considerazione alla lettera *e*), è evidente che, non venendo altresì specificato alcun requisito anagrafico, ciò che assume rilevanza è soprattutto l'ambito territoriale in cui esse risiedano: ossia aree geografiche in cui il tasso femminile di occupazione possa essere calcolato in misura non inferiore al 20% di quello maschile o, alternativamente, in cui il tasso di disoccupazione femminile sia maggiore del 10% di quello maschile. Per la corretta individuazione delle aree geografiche in cui sussistano tali condizioni il legislatore delegato ha previsto l'emanazione di uno specifico decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze.


Tale decreto è stato approvato in data 22 ottobre 2004 <sup>(19)</sup>, ma il Ministero del lavoro, anche a causa del dibattito che, in tema di parità di trattamento, le norme in esso contenute hanno suscitato, non ha provveduto ad inviarlo alla Corte dei Conti e, recentemente, ha altresì provveduto a ritirarlo; pertanto, si è in attesa di un nuovo intervento normativo che completi quest'aspetto, tutt'altro che secondario, della regolamentazione del contratto di inserimento.

Per una più completa disamina di quest'aspetto si rinvia comunque al paragrafo sugli incentivi.

Infine, alla lettera *f*), sono stati compresi i soggetti che, indipendentemente dall'età anagrafica, sono stati riconosciuti, dalla commissione medica competente, come portatori di un grave handicap fisico, mentale o psichico, secondo quanto previsto dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 (« Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i

---

<sup>(18)</sup> In  *Disoccupazione*.

<sup>(19)</sup> In  *Boll. Adapt*, 2004, n. 39.

diritti delle persone con handicap ») <sup>(20)</sup>, dalla legge 12 marzo 1999, n. 68 <sup>(21)</sup>, nonché dal d.P.C.M. 13 gennaio 2000 <sup>(22)</sup>.

Per quanto riguarda quest'ultima categoria, si riportano le perplessità derivanti dall'utilizzo dell'aggettivo « grave » per la qualificazione dell'handicap necessario al riconoscimento della legittimazione alla stipula del contratto in esame. Parte della dottrina <sup>(23)</sup>, infatti, rileva come, dal momento che, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge n. 104/1992, è previsto che, « qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità », sarebbe davvero arduo pensare che soggetti con un simile stato di minorazione possano essere appositamente selezionati per lo svolgimento di una prestazione lavorativa. Probabilmente, almeno ai fini del ricorso al contratto di inserimento, occorrerebbe valutare la gravità dell'handicap del potenziale lavoratore con criteri meno restrittivi, magari adottando la nozione giuridica, meno rigorosa, di *disabile* di cui alla legge n. 68/1999.


Particolarmente rilevante risulta anche l'ambito soggettivo di applicazione del contratto di inserimento con riferimento ai *datori di lavoro legittimati* alla sua sottoscrizione (articolo 54, comma 2):

- a) enti pubblici economici, imprese e loro consorzi;
- b) gruppi di imprese;
- c) associazioni professionali, socio-culturali, sportive;
- d) fondazioni;
- e) enti di ricerca, pubblici e privati;
- f) organizzazioni e associazioni di categoria.

Come appare evidente, seppur ne rimanga escluso l'intero pubblico impiego, risulta sufficientemente esteso il novero dei datori di lavoro potenzialmente interessati all'applicazione di questa misura contrattuale. Anche rispetto a quest'elenco, può essere utile formulare

<sup>(20)</sup> *Ex* art. 3, comma 1, l. n. 104/1992: « È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata 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 (...) ».

<sup>(21)</sup> Come precisato al § 4 circ. Min. lav. n. 31/2004.

<sup>(22)</sup> « Atto di indirizzo e coordinamento in materia di collocamento obbligatorio dei disabili, a norma dell'art. 1, comma 4, della legge 12 marzo 1999, n. 68 », in  *Disabili (lavoro dei)*.

<sup>(23)</sup> M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 291; si veda, inoltre, D. GAROFALO, *op. cit.*, 294.

alcune considerazioni, onde chiarirne gli aspetti eventualmente controversi.


In relazione ai gruppi di imprese, è stato puntualizzato con la circolare ministeriale n. 31/2004, che la norma contenuta all'articolo 54, comma 2, debba essere intesa nel senso che il contratto di inserimento possa essere stipulato con una delle diverse società facenti parte del gruppo (o dei consorzi di imprese) e che il lavoratore, in tal modo assunto, debba essere computato con riferimento alla forza lavoro di ogni singola azienda del medesimo gruppo, così da incrementare le possibilità di utilizzo della tipologia contrattuale in esame <sup>(24)</sup>. In questo caso, la qualità di datore di lavoro, nel contesto del rapporto giuridico nascente dal contratto di inserimento, spetterà dunque esclusivamente alla singola società del gruppo o del consorzio che abbia concretamente proceduto alla stipula di tale contratto. Ciò non esclude, tuttavia, che nel testo del contratto individuale possa essere altresì prevista l'eventualità che il lavoratore svolga periodi di lavoro anche presso altre società del gruppo o del consorzio, così da godere di un adattamento ad un contesto produttivo più ampio e differenziato.

Continuando, si rileva come, secondo quanto previsto dal Ministero del lavoro con la circolare 17 febbraio 1997, n. 20 <sup>(25)</sup>, possono essere annoverate tra le associazioni professionali « anche le associazioni sindacali, sia datoriali che dei lavoratori, anche sulla base della disciplina legislativa contenuta nel libro V Titolo I e II del codice civile, dalla quale emerge che il legislatore utilizza il termine associazioni professionali con riferimento alle associazioni sindacali tanto dei datori di lavoro che dei lavoratori ».

Non sono stati, invece, compresi tra i potenziali fruitori del contratto di inserimento i lavoratori autonomi iscritti agli albi professionali, salvo che non siano costituiti in associazioni professionali; in passato, invece, per i datori di lavoro appartenenti a tale categoria era possibile far ricorso al Cfl <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> Secondo parte della dottrina (P. TIRABOSCHI, *Il contratto di inserimento: prime interpretazioni ministeriali*, in *GLav*, 2004, n. 31, 13), qualora fosse stata limitata questa possibilità all'interno dei gruppi o consorzi di società, si sarebbe agito « a discapito anche delle finalità di ricollocamento ed inserimento professionale perseguite dal contratto ».

<sup>(25)</sup> In  *Contratto di formazione lavoro*.

<sup>(26)</sup> A tal proposito, è stato rilevato (P. BELLOCCHI, *Contratto di inserimento*, in *AA.VV., Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 622) che tale esclusione potrebbe comunque apparire giustificabile, sempre che si tenga presente come « la

Quella degli enti pubblici di ricerca, infine, non può che essere considerata come una deroga all'ambito soggettivo di applicazione — impiego privato — della riforma del mercato del lavoro, deroga questa che potrebbe essere stata introdotta per venir incontro alle scarse risorse economico-finanziarie a disposizione dei medesimi enti; secondo taluni <sup>(27)</sup>, inoltre, un'ulteriore giustificazione in tal senso potrebbe essere rinvenuta nelle « supposte maggiori propensioni formative di tali enti » e dalla volontà di offrire a tali enti « un doppio binario per l'acquisizione di personale a termine con contratti a contenuto formativo ».

Illustrato l'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto in esame, occorre adesso precisare come al *comma 3 del medesimo articolo 54* sia stata prevista una condizione oggettiva il cui rispetto sarà, in futuro, richiesto ai datori di lavori che intendano stipulare nuovi contratti di inserimento e, parimenti, continuare a godere del connesso trattamento giuridico e contributivo per essi previsto: fatta salva l'ipotesi che sia venuto a scadere nel medesimo periodo un solo contratto di inserimento, infatti, per potere continuare ad assumere con la tipologia contrattuale in esame dovrà essere stato « mantenuto in servizio *almeno il sessanta per cento dei lavoratori* il cui contratto di inserimento sia venuto a scadere nei diciotto mesi precedenti ». Va sottolineato come tale previsione sia affatto simile a quanto previsto con riferimento ai Cfl (articolo 8, comma 6, legge n. 407/1990).

Rispetto al computo dei lavoratori necessari al raggiungimento di siffatta percentuale, tuttavia, il legislatore ha introdotto una serie di eccezioni <sup>(28)</sup>: non dovranno essere, infatti, presi in considerazione:

---

condizione alla quale sin dal 1984 erano ammessi a stipulare cfl, ossia che il progetto di formazione fosse predisposto dagli ordini o collegi professionali, non ha più un corrispondente nel nuovo sistema in cui il progetto di inserimento è invece direttamente definito dalle parti nel contratto individuale ».

<sup>(27)</sup> L. ZOPPOLI, P. SARACINI, *op. cit.*, 47.

<sup>(28)</sup> Parte della dottrina (M. TIRABOSCHI, *Il Nuovo apprendistato e il contratto di inserimento (ex Cfl)*, cit., 104) osserva, come, dal momento che l'art. 54, comma 3, del decreto « troverà applicazione *ex nunc*, essa non riguarderà la conversione dei contratti di formazione e lavoro scaduti nel regime di transizione del nuovo al vecchio regime ». Allo stesso modo, il Ministero del lavoro, con la circ. n. 31/2004 (§ 3), ha altresì chiarito che « trattandosi di istituti contrattuali diversi, *resta inteso che non devono essere presi in considerazione i contratti di formazione e lavoro cessati e non trasformati nei diciotto mesi antecedenti la stipula del contratto di inserimento* ».

- « i lavoratori che si siano dimessi;
- quelli licenziati per giusta causa <sup>(29)</sup>;
- quelli che, al termine del rapporto di lavoro, abbiano rifiutato la proposta di rimanere in servizio con rapporto di lavoro a tempo indeterminato;
- i contratti risolti nel corso o al termine del periodo di prova;
- i contratti non trasformati in rapporti di lavoro a tempo indeterminato *in misura pari a quattro contratti* ».

Verranno, invece, considerati « mantenuti in servizio i soggetti per i quali il rapporto di lavoro, nel corso del suo svolgimento, sia stato trasformato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato ».

In chiave esemplificativa, con riferimento alla particolare *franchigia* di quattro contratti — che costituisce certamente il profilo più controverso della regolamentazione della c.d. *clausola di mantenimento* — il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con la circolare n. 31/2004, ha chiarito che se nell'arco temporale di 18 mesi dovessero essere stati stipulati cinque contratti di inserimento e quattro di questi non dovessero essere stati trasformati, sarà sufficiente confermarne soltanto uno, visto che « il 60% di 1 è pari a 0,60, che va arrotondato a 1 » <sup>(30)</sup>.

Nel suo complesso, può essere evidenziato che tale clausola di mantenimento potrebbe finire per essere poco efficace: soprattutto nelle imprese di medie dimensioni, infatti, le esclusioni sopra evidenziate e la citata *franchigia* ridimensionano considerevolmente la necessità del rispetto della trasformazione del 60% dei contratti di inserimento scaduti nei 18 mesi precedenti. Si ritiene, tuttavia, che l'intento normativo sia stato di non vessare le aziende con un obbligo di assunzione eccessivamente oneroso, rimettendo alla singole prassi aziendali la gestione dei processi di stabilizzazione dei contratti di inserimento. In tal senso, avranno positivamente influito le precedenti

---

<sup>(29)</sup> In merito, appare lucido il rilievo di chi ha osservato come la non computabilità di coloro che siano stati licenziati per giusta causa potrebbe determinare inconvenienti non irrilevanti ogni qualvolta un giudice dovesse successivamente decidere per l'illegittimità del licenziamento medesimo; allo stesso tempo, tuttavia, non è semplice individuare una soluzione che sia integralmente esente dai possibili esiti conseguenti ad un eventuale giudizio (E. MASSI, *op. cit.*, 2504).

<sup>(30)</sup> Appare corretta l'osservazione di chi (D. GAROFALO, *op. cit.*, 297) sostiene che la previsione di tale *franchigia* potrebbe però essere giudicata negativamente dalla Commissione Europea che aveva, invece, apprezzato l'analoga previsione di un obbligo di mantenimento, priva però di una simile sottrazione di 4 contratti dalla base di computo, presente nel regime giuridico del Cfl.



dinamiche di conferma dei Cfl, registrate in passato in misura ben superiore al 60%.

Come già premesso, le condizioni appena previste per assumere con contratto di inserimento, non troveranno applicazione, secondo quanto previsto al comma 4 dell'articolo 54, « quando, nei diciotto mesi precedenti alla assunzione del lavoratore, sia venuto a scadere un solo contratto di inserimento ».

Quest'ultima disposizione costituisce evidentemente un *prius* logico rispetto alle fattispecie, sopra riportate, escluse dalla base di computo e acquisirà rilevanza soprattutto rispetto alle piccole aziende dove, fisiologicamente, le assunzioni sono davvero ridotte nell'arco dell'anno. In questi contesti aziendali, pertanto, il contratto di inserimento potrà, con significativa probabilità, costituire una buona opportunità occupazionale, ma, allo stesso tempo, si ritiene che debbano essere attentamente monitorate le potenziali prassi di ricorso continuativo a tale strumento contrattuale, giacché, ove effettivamente sussistenti, potrebbero evidenziare un utilizzo fuorviante dello stesso, finalizzato ad ottenere esclusivamente lavoro a basso costo, senza alcun positivo effetto di stabilizzazione della forza lavoro assunta temporaneamente.

#### 4. Progetto individuale di inserimento.

Dalla lettura del dettato normativo, risalta immediatamente come il *fulcro* essenziale del contratto in esame risieda nella previsione del progetto individuale di inserimento, la cui definizione è considerata una *condizione* <sup>(31)</sup>, giuridicamente necessaria, in vista dell'assunzione del lavoratore.

Si potrebbe pensare alla condizione come evento futuro ed incerto al cui verificarsi l'ordinamento riconnette l'efficacia giuridica del contratto, ma, anche in relazione alle norme sul regime sanzionatorio, appare maggiormente congruo pensare al progetto individuale di inserimento come ad *un presupposto per l'esistenza stessa del contratto in esame*, come se si trattasse di un *elemento essenziale* ai sensi dell'articolo 1325 c.c., perché proprio il rispetto di tale progetto permetterà, e condiziona, l'inserimento lavorativo del soggetto svantaggiato <sup>(32)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> La definizione di un progetto individuale di inserimento sarebbe, pertanto, proprio la condizione che, secondo parte della dottrina (P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 625), consentirebbe « l'iscrizione al tipo ».

<sup>(32)</sup> In tal senso, si veda P. ALLEVA, *La ricerca e la analisi dei punti critici del*



Come vedremo nel paragrafo sul regime sanzionatorio, queste conclusioni non sono prive di effetti in presenza di gravi inadempienze del datore di lavoro rispetto agli obblighi assunti in sede di definizione del progetto individuale di inserimento.

Il progetto dovrà essere individuato *con il consenso del lavoratore* e dovrà parimenti essere « finalizzato a garantire l'adeguamento delle competenze professionali del lavoratore stesso al contesto lavorativo » (articolo 55, comma 1).

Il consenso del lavoratore rappresenta un elemento molto importante ai fini della esatta individuazione del progetto individuale e di una corretta esecuzione del contratto di inserimento: il lavoratore, che avrà contribuito alla definizione del progetto con atteggiamento informato e propositivo, potrà infatti controllare in modo continuativo l'esatta osservanza di quanto contenuto nel progetto e verificare la sussistenza di eventuali inadempienze a carico del datore rispetto agli obblighi dallo stesso assunti, con ciò che ne potrebbe conseguire in termini sanzionatori <sup>(33)</sup>.

Anche in vista di una maggiore tutela dei lavoratori, il Governo, per la migliore definizione dei piani individuali di inserimento, ha ritenuto di rinviare l'individuazione delle necessarie modalità alla contrattazione collettiva, nazionale e territoriale, come individuata al comma 2 dell'articolo 55 del decreto <sup>(34)</sup>, rendendo, in tal modo, quest'ultima corresponsabile rispetto all'effettiva attivazione di questa tipologia contrattuale <sup>(35)</sup>.

La contrattazione collettiva potrà, infatti, determinare le modalità

---

*decreto legislativo 276/2003 in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in RGL, 2003, n. 4, 912; F. RAVELLI, *Appunti in tema di riordino dei contratti a contenuto formativo nel decreto legislativo 276/2003*, in [www.unicz.it/lavoro/Ravelli.pdf](http://www.unicz.it/lavoro/Ravelli.pdf), 19; E. BALLETTI, *op. cit.*, 427.

<sup>(33)</sup> A tal proposito, è stato sostenuto (P. DI NUNZIO, *Contratto di inserimento: la contribuzione previdenziale*, in GLav, 2004, n. 26, VII) che « la previsione della stipula di un progetto individuale dovrebbe essere intesa più come una limitazione dello *jus variandi* per tutta la durata del progetto che non un progetto formativo per il raggiungimento di una qualificazione professionale ».

<sup>(34)</sup> « I contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero dalle rappresentanze sindacali unitarie (...) ».

<sup>(35)</sup> In tal senso, si veda D. GOTTARDI, *L'accordo interconfederale sul contratto di inserimento*, in C&CC, 2004, n. 3, 24.

di definizione dei piani individuali di inserimento anche « attraverso il ricorso ai fondi interprofessionali per la formazione continua <sup>(36)</sup>, in funzione dell'adeguamento delle capacità professionali del lavoratore, nonché le modalità di definizione e sperimentazione di orientamenti, linee-guida e codici di comportamento diretti ad agevolare il conseguimento dell'obiettivo ».

Il riferimento al progetto individuale di inserimento permette di rimarcare, ancora una volta, la distanza di questo contratto rispetto al Cfl, laddove il progetto formativo, approvato da appositi organismi collegiali amministrativi (commissioni regionali tripartite) o da soggetti di natura associativa come gli enti bilaterali, finiva per influenzare radicalmente la causa stessa del contratto, determinando la necessità dell'innesto dell'elemento formativo nell'ordinario (*ex* articolo 2094 c.c.) scambio tra retribuzione e lavoro. Nel contratto di inserimento, invece, dove la formazione è prevista solo *eventualmente* (articolo 55, comma 4) e, pertanto, non può certo considerarsi come un requisito fondamentale per la validità dello stesso contratto, il progetto mira semplicemente al miglior adattamento del lavoratore al contesto produttivo in cui quest'ultimo verrà inserito, evidenziandosi in tal modo come *il fine essenziale non sia quello di formare professionalmente un lavoratore, ma di poter adeguatamente inserire o reinserire quest'ultimo in azienda, nonché di accompagnarlo nel processo di adattamento sino al completo apprendimento delle mansioni assegnategli.*

A dimostrazione dell'importanza attribuita al progetto individuale di inserimento, è stato previsto all'articolo 55, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003, che il Ministero del lavoro potesse esercitare un intervento di natura solo *eventuale e sussidiaria* nel caso in cui le parti collettive, trascorsi complessivamente 9 mesi a far data dall'emanazione del decreto legislativo n. 276/2003 (5 mesi rispetto ad una elaborazione collettiva spontanea ed ulteriori 4 mesi nel caso in cui si fosse resa necessaria la convocazione delle parti sociali da parte del Ministero),

---

<sup>(36)</sup> Tali fondi, potenzialmente utilizzabili per il finanziamento dei progetti individuali di inserimento, sono stati istituiti sotto forma di associazione, per ciascuno dei settori economici di maggiore rilevanza per l'economia interna, attraverso appositi Accordi interconfederali; essi dovrebbero essere finanziati, ai sensi dell'art. 118 della l. n. 288/2000 (la c.d. Legge Finanziaria per il 2001), con il contributo Inps dello 0,3% versato obbligatoriamente dai datori di lavoro che ai medesimi fondi avranno aderito. Sull'argomento si rinvia all'interessante contributo di P. TIRABOSCHI, *Contratto di inserimento, Fondi Interprofessionali, disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *DRI*, 2004, n. 1, 76-97.

non fossero riuscite a concordare le necessarie modalità di definizione dei piani individuali di inserimento.

La sottoscrizione dell'Accordo interconfederale del febbraio 2004, che verrà illustrato nel prosieguo, ha però evitato che l'eventualità dell'intervento ministeriale si verificasse, lasciando così impregiudicato il ruolo regolativo riconosciuto dal decreto agli attori collettivi. Del resto, si può ragionevolmente sostenere che la previsione dell'intervento sostitutivo ministeriale sia stata appositamente introdotta per sollecitare il confronto sindacale ed evitare che, da una inerzia delle parti sociali, potesse risultare frenato l'avvio dell'applicazione di questo nuovo istituto contrattuale.

## 5. Forma.

Per quanto riguarda i requisiti formali del contratto di inserimento, la scelta di imporre l'adozione della forma scritta a pena di nullità (articolo 56, decreto legislativo n. 276/2003) per la sua sottoscrizione appare espressiva della volontà legislativa di richiamare, con forza, l'attenzione del lavoratore in merito alle particolari caratteristiche e finalità per cui quest'istituto è stato introdotto. Qualora tale requisito formale dovesse essere disatteso, il contratto dovrà considerarsi nullo e il lavoratore potrà richiedere ed ottenere la costituzione *ope iudicis* di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (articolo 56, comma 2). Particolarmente efficace appare, in tal senso, la tesi di chi ha sostenuto che « la conversione ristabilisce la disciplina del rapporto invalidamente derogato, sostituendo al tipo elettivo e alla sua disciplina speciale il regolamento legale che in chiave garantista accompagna la prestazione tipica di lavoro subordinato a tempo indeterminato »<sup>(37)</sup>.

Il lavoratore assunto con contratto di inserimento, in una simile evenienza, potrà esigere sin dall'inizio del rapporto di lavoro l'integrale trattamento retributivo e contributivo astrattamente spettante ad un lavoratore non sottoinquadrato assegnato alle medesime mansioni ed a cui è stata attribuita la stessa qualifica.

La previsione del requisito formale, peraltro, rileva non solo ai fini della validità del singolo contratto, ma anche con riferimento al progetto individuale di inserimento: infatti, l'articolo 56 del decreto dispone che nel contratto debba « essere specificamente indicato il

---

<sup>(37)</sup> M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 295.

progetto individuale di inserimento di cui all'art. 55 ». Anche dalla mancata menzione al progetto individuale di inserimento nel contratto individuale di lavoro potrà dunque scaturire la conversione di quest'ultimo in un contratto a tempo indeterminato. Sebbene non sia stato previsto espressamente, si ritiene ancora che pure il progetto, in sé, debba trovare un'evidenza formale, rimanendo irrilevante che lo stesso sia stato anche verbalmente definito. Peraltro, il Ministero del lavoro, con la circolare ministeriale n. 31/2004, ha posto fine ad ogni incertezza ermeneutica, stabilendo che « in mancanza di progetto di inserimento il contratto è nullo e il lavoratore si intende assunto a tempo indeterminato con decorrenza dalla data di costituzione del rapporto ».

Conclusioni analoghe dovrebbero, altresì, valere nei casi in cui il progetto si presenti, anche *a priori*, totalmente evanescente ed inadeguato rispetto alle finalità di inserimento ed adattamento del lavoratore al contesto produttivo: verrebbe, in questo caso, infatti ad essere pregiudicata, sin dall'origine, la stessa *ratio* istitutiva del contratto di inserimento.

Infine, appare opportuno aggiungere che, vista la cointeressenza del progetto individuale rispetto alla stessa regolamentazione del contratto di inserimento e del rapporto di lavoro da esso derivante, il testo scritto del progetto individuale dovrà, a tutela del lavoratore, essere consegnato al lavoratore all'atto della stipula del contratto e, comunque, prima dell'inizio effettivo dell'esperienza professionale sul luogo di lavoro.

## 6. Durata.

In merito alla durata del contratto di inserimento, il decreto (articolo 57, comma 1) prevede che essa non possa essere inferiore a 9 mesi, né superiore a 18 mesi <sup>(38)</sup>; ed, inoltre, in caso di assunzione di soggetti disabili, come individuati all'articolo 54, comma 1, lettera f), che la « durata massima può essere estesa fino a trentasei mesi ».

Ai sensi dell'articolo 57, comma 2, non si dovrà tener conto nel computo del limite massimo di durata degli eventuali periodi dedicati allo svolgimento del servizio militare o civile, nonché dei periodi di astensione per maternità; in questi casi il rapporto viene ad essere

---

<sup>(38)</sup> Qualora però il contratto collettivo applicato preveda una durata massima del contratto di inserimento inferiore a quella prevista all'art. 57, comma 1, del decreto, sarà questo il termine a cui occorrerà fare riferimento per calcolare quanto a lungo il contratto individuale potrà essere prorogato.

sospeso e, conseguentemente, il termine finale viene posticipato in coerenza con la durata di tale periodo di sospensione.

Con particolare riferimento alla maternità, occorre precisare che determinano la sospensione del termine sia l'astensione obbligatoria che quella facoltativa, per maternità (articolo 2, comma 1, lettere *a*) e *b*), del decreto legislativo n. 151/2001) <sup>(39)</sup>.


Per le altre cause di sospensione del rapporto di lavoro, come la malattia e l'infortunio, il termine finale rimane, invece, quello originariamente fissato <sup>(40)</sup>.

Ai sensi dell'articolo 57, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003, una volta decorso il termine stabilito nel contratto individuale, non si potrà procedere al rinnovo di quest'ultimo tra le medesime parti; il lavoratore, tuttavia, potrà sottoscrivere un nuovo contratto della stessa tipologia, ma con un distinto datore di lavoro, ponendo sempre attenzione alla definizione di un autonomo progetto individuale di inserimento.

Sono, invece, ammesse una o più proroghe, adeguatamente motivate in relazione al progetto individuale di inserimento, a condizione che, a seguito della proroga, non venga superato il limite legale di durata massima del contratto (articolo 57, comma 1). La differenza con la disciplina del contratto a tempo determinato (*ex* decreto legislativo n. 368/2001) è evidente, dal momento che in quest'ultima ipotesi è ammessa una sola proroga, sempre che la durata originaria dell'accordo non sia, di per sé, già superiore ai tre anni.

Circa la proroga nel contratto di inserimento, ai fini di una corretta gestione del rapporto di lavoro, si ritiene che occorra darne debita comunicazione al lavoratore e procedere tempestivamente ad acquisire il necessario consenso, così da evitare che, da una mera proroga di fatto

---

<sup>(39)</sup> In  *Maternità*. In tal senso, si rinvia a CONFINDUSTRIA, *op. cit.*, 21.

<sup>(40)</sup> In termini critici rispetto alla esclusione della malattia dalle ipotesi che determinano la sospensione del contratto di inserimento, M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 296, e P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 640. Quest'ultima, peraltro, osserva che l'esclusione sarebbe ancor più ingiustificabile, laddove « il programma di inserimento sia ancora oggettivamente realizzabile ». Altra parte della dottrina (D. GAROFALO, *op. cit.*, 302) ritiene, invece, che la diversa valutazione del periodo di malattia rispetto a quello destinato alla maternità o al servizio militare o civile possa essere superata « ipotizzando che gli eventi non previsti, ancorché non computabili, possano determinare una proroga della durata del contratto, prevista nel successivo comma 3. La differenza sarebbe data in ultima analisi dall'automaticità del prolungamento, operante nei casi previsti e non anche in quelli non menzionati ».

del termine inizialmente stabilito, si determinino le condizioni per l'assoggettamento, *ex* articolo 5, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 368/2001, del datore di lavoro ad onerose sanzioni di carattere economico o, peggio, alla trasformazione coattiva del contratto di inserimento in un contratto a tempo indeterminato, oltre a non potere mantenere i benefici contributivi eventualmente riconosciuti sino a quel momento in suo favore.

Va, infine, rilevato come possa trovare applicazione la disciplina del recesso; quest'ultimo, pertanto, potrà essere legittimamente esercitato da entrambe le parti, prima della scadenza del termine e fuori dal periodo di prova, soltanto *se intimato per giusta causa*, *ex* articolo 2119 c.c.; diversamente, ciascuna delle parti, a fronte di un recesso ingiustificato, sarà tenuta a risarcire integralmente i danni subiti dall'altra per l'anticipata risoluzione del rapporto di lavoro.

## 7. Accordo interconfederale.

In data 11 febbraio 2004, una ben nutrita rappresentanza di associazioni datoriali e le maggiori confederazioni sindacali (Cgil, Cisl, Uil) hanno sottoscritto un Accordo interconfederale <sup>(41)</sup> (in avanti, per brevità, anche A.I.), avente efficacia transitoria e sussidiaria, così da individuare una prima disciplina del contratto di inserimento e di reinserimento, in attesa che una regolamentazione più dettagliata venisse elaborata nei rinnovi dei contratti collettivi di settore, secondo i rispettivi livelli di pertinenza (nazionale, territoriale ed aziendale).

La sottoscrizione di tale Accordo, peraltro, ha permesso che — in recepimento di quanto previsto all'articolo 86, comma 13, del decreto legislativo n. 276/2003 (« il Ministero del lavoro e delle politiche sociali convoca le associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale al fine di verificare la possibilità di affidare a uno o più accordi interconfederali la gestione della messa a regime del medesimo decreto, anche con riferimento al regime transitorio e alla attuazione dei rinvii contenuti alla contrattazione collettiva ») — che tale tipologia contrattuale potesse ricevere immediata applicazione, pur a fronte di un quadro regolatorio legale volutamente non esaustivo.

Le parti contraenti dell'A.I. hanno precisato che il contratto di

---

<sup>(41)</sup> In  *Contratto di inserimento*.

inserimento potrà essere stipulato a tempo pieno o a tempo parziale e il pertinente orario di lavoro andrà conformato alle disposizioni in merito individuate nel contratto collettivo di categoria. Il periodo di prova sarà, invece, determinato attraverso il rinvio al « contratto collettivo applicato per la categoria giuridica ed il livello di inquadramento attribuito al lavoratore nel contratto di inserimento/reinserimento ».

In aggiunta, è stato ancora concordato che nel contratto di inserimento dovrà essere contenuta la previsione di « un trattamento di *malattia ed infortunio non sul lavoro* disciplinato secondo quanto previsto in materia di accordi per la disciplina dei *contratti di formazione e lavoro* o, in difetto, dagli accordi collettivi applicati in azienda, *riproporzionato in base alla durata del rapporto prevista dal contratto di inserimento/reinserimento e comunque non inferiore a settanta giorni* ».

Particolarmente importante avrebbe dovuto essere quanto concordato in tale Accordo a proposito della regolamentazione del progetto individuale di inserimento (specie in considerazione della rilevanza attribuita dal legislatore a tale aspetto per la *tipizzazione* del contratto in esame), soprattutto perché un contributo significativo a tal fine avrebbe potuto rendere manifesta la rilevanza attribuita dalle parti sociali a questa nuova fattispecie contrattuale.

Nell'A.I. è stato, invece, semplicemente convenuto, riprendendo sostanzialmente la *lettera* del decreto, che il progetto individuale di inserimento dovrà essere finalizzato a garantire l'adeguamento delle competenze professionali del lavoratore al contesto lavorativo, valorizzando le professionalità già acquisite ed, inoltre, che in esso dovranno essere indicati:

- a) *la qualificazione al conseguimento della quale è preordinato il progetto di inserimento/reinserimento oggetto del contratto;*
- b) *la durata e la modalità della formazione.*

Soprattutto ai fini della disciplina del progetto individuale di inserimento, pertanto, l'atteso contributo della fonte collettiva di livello interconfederale non è stato tale da conferire sistematicità alla regolamentazione di questo contratto.

Tali conclusioni critiche, peraltro, non possono certo considerarsi mitigate da quanto, invece, convenuto nell'A.I. a proposito delle attività di formazione. Infatti, diversamente da quanto previsto dal decreto <sup>(42)</sup>, l'Accordo, nel tentativo di introdurre un profilo formativo nel contratto

---

<sup>(42)</sup> Art. 55, comma 4: « la formazione eventualmente effettuata durante l'esecuzione del rapporto di lavoro *dovrà essere registrata nel libretto formativo* ».



di inserimento, regola esplicitamente il diritto del lavoratore al ricevere *formazione teorica*, in misura minima *pari a 16 ore*, « ripartite tra l'apprendimento di nozioni di prevenzione antinfortunistica e di disciplina del rapporto di lavoro ed organizzazione aziendale ed accompagnata da *congrue fasi di addestramento specifico*, impartite con modalità di *e-learning*, in funzione dell'adeguamento delle capacità professionali ». L'aver voluto richiamare la contrattazione collettiva di settore alla previsione di un periodo minimo di formazione obbligatoria, infatti, sebbene si presenti apprezzabile in termini generali, pur nel contesto di un contratto di lavoro non destinato al soddisfacimento di finalità formative, appare allo stesso tempo criticabile per l'esiguità del monte ore di attività di formazione effettivamente previsto. Una volta convenuta la necessità di impartire una congrua formazione ai lavoratori assunti con un contratto di inserimento, sarebbe stato, infatti, auspicabile che le attività da avviare a tal fine venissero previste in modo tale da essere realmente utili e da assicurare un supporto non meramente simbolico al percorso di qualificazione professionale dei lavoratori.

In attesa che venga definito, *ex* articolo 2, comma 1, lettera *i*), del decreto legislativo n. 276/2003, un sistema centrale di certificazione della formazione acquisita, così da attuare il c.d. *Libretto formativo del cittadino* previsto nell'accordo Stato-Regioni del 18 febbraio 2000<sup>(43)</sup>, le parti contraenti dell'A.I., traendo peraltro spunto dall'articolo 55, comma 4, del decreto, hanno convenuto che la registrazione delle competenze acquisite, anche attraverso tale periodo di formazione, sarà effettuata a cura del datore di lavoro o di un suo delegato, « tenendo conto anche di auspicate soluzioni che potranno essere nel frattempo individuate nell'ambito dei Fondi interprofessionali per la formazione continua ». È stato altresì convenuto che dovrà essere presto verificata la possibilità di reperire proprio in tali fondi le risorse al fine per finanziare « anche progetti formativi per *i contratti di reinserimento* ».

Si riportano, infine, due clausole del suddetto Accordo che permettono di evidenziare l'importanza che può assumere l'effettivo esercizio del ruolo regolativo esercitato dalla contrattazione collettiva in risposta all'invito, a tal fine, formulato all'articolo 58, comma 1, del decreto.

Nell'A.I., è stata, infatti, giustamente enfatizzata la necessità di assicurare condizioni di parità di trattamento del lavoratore assunto con contratto di inserimento rispetto agli altri dipendenti presenti sul

---

<sup>(43)</sup> In  *Libretto formativo*.



posto di lavoro: « l'applicazione dello specifico trattamento economico e normativo stabilito per i contratti di inserimento/reinserimento *non può comportare l'esclusione dei lavoratori con contratto di inserimento/reinserimento dall'utilizzazione dei servizi aziendali, quali mensa e trasporti, ovvero dal godimento delle relative indennità sostitutive eventualmente corrisposte al personale con rapporto di lavoro subordinato, nonché di tutte le maggiorazioni connesse alle specifiche caratteristiche dell'effettiva prestazione lavorativa previste dal contratto collettivo applicato* (lavoro a turni, notturno, festivo, ecc.) ».

Inoltre, aggiungendo un significativo elemento alla disciplina legale di tale contratto di lavoro, le parti contraenti hanno stabilito che « nei casi in cui il contratto di inserimento/reinserimento venga trasformato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, *il periodo di inserimento/reinserimento verrà computato nell'anzianità di servizio ai fini degli istituti previsti dalla legge e dal contratto, con esclusione dell'istituto degli aumenti periodici di anzianità o istituti di carattere economico ad esso assimilati e della mobilità professionale disciplinata dalle clausole dei contratti che prevedano progressioni automatiche di carriera in funzione del mero trascorrere del tempo* ».

## 8. Rapporto con il contratto di lavoro a tempo determinato.

Ritornando alla regolamentazione contenuta nel decreto, accanto alla ferma apertura verso il contributo delle parti sociali, è stato disposto (articolo 58, comma 1) che, « salvo diversa previsione dei contratti collettivi (...), *ai contratti di inserimento si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368* », che disciplina il rapporto di lavoro a termine.

Ferma la differenza con la *ratio legis* di quest'ultimo contratto di lavoro, in cui viene ad essere legittimata l'apposizione di un termine a fronte della sussistenza di condizioni di natura oggettiva (esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive), con riferimento al contratto in esame può affermarsi che l'opzione per l'assorbimento della disciplina del decreto legislativo n. 368/2001 si fonda sulla considerazione che il contratto di inserimento costituisca comunque una sottospecie, sebbene di « tipo soggettivo »<sup>(44)</sup> (essendo conformata in

---

(44) M. TIRABOSCHI, *Opportunità per le fasce socialmente più deboli*, cit., 17. Solo in parte similari risultano le conclusioni di D. GAROFALO (*op. cit.*, 293), laddove ritiene che il contratto di inserimento sarebbe « un contratto a termine soggettivizzato dal

funzione della condizione personale, sociale ed economica del lavoratore, piuttosto che correlata alle esigenze produttive dell'azienda), del contratto di lavoro a termine.

Occorre però aggiungere che, riprendendo quanto affermato nella recente circolare ministeriale n. 31/2004, non potrà per questo mutarsi l'intera disciplina del contratto di lavoro a termine, ma, *in conformità al criterio di compatibilità*, potrà farsi ricorso soltanto ad alcune delle previsioni del decreto legislativo n. 368/2001.

Quanto previsto, ad esempio, con riferimento alle ipotesi in cui è vietato far ricorso al contratto a tempo determinato (nonché alle sanzioni disposte in caso di violazione dei medesimi divieti) può considerarsi pienamente applicabile al contratto di inserimento.

Pertanto, in relazione alla lettera dell'articolo 3, decreto legislativo n. 368/2001, non sarà possibile far ricorso al contratto di inserimento <sup>(45)</sup>:

a) per la sostituzione di lavoratori in sciopero <sup>(46)</sup>;

b) in unità produttive/imprese in cui nei sei mesi precedenti siano state attivate procedure collettive di riduzione di personale addetto alle medesime mansioni o in unità produttive in cui vi sia stata una sospensione dei rapporti di lavoro o una riduzione dell'orario di lavoro con diritto al trattamento di integrazione salariale con riferimento a personale avente la medesima qualifica ed addetto alle medesime mansioni;

c) in imprese che non abbiano fatto la valutazione dei rischi ai

---

progetto di inserimento, ben riconducibile alla previsione *sub* art. 10, c. 6 » del d.lgs. n. 368/2001, laddove viene previsto che il regime di liberalizzazione del contratto di lavoro a tempo determinato lasci comunque inalterate le diverse ipotesi di assunzione a termine « soggettivizzate ». Altra dottrina (P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 614 e 642), pur sostenendo come « la conclusione che il contratto di inserimento sia una ennesima variante del contratto a termine per causali soggettive » possa considerarsi verosimile, parimenti puntualizza, e con dovizia di argomentazioni, che non dovrebbe comunque applicarsi al contratto di inserimento la disciplina del contratto a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001.

<sup>(45)</sup> Contro l'applicazione della disciplina dei divieti prevista nel d.lgs. n. 368/2001 al contratto di inserimento, si rinvia a P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 643.

<sup>(46)</sup> Al di là della indiscutibile valenza simbolica di un simile divieto rispetto alla tutela di un diritto fondamentale del lavoratore, questa è un'ipotesi di improbabile configurabilità dal momento che la durata minima del contratto di inserimento, pari a nove mesi, non risulta confacente alle esigenze, decisamente più limitate, connesse alla sostituzione di un lavoratore assente per sciopero.

sensi della normativa in vigore in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro — decreto legislativo n. 626/1994 <sup>(47)</sup>.

Delle norme contenute al decreto legislativo n. 368/2001 potranno risultare, altresì, applicabili, come già accennato al paragrafo in tema di durata, quelle relative al superamento della durata originariamente determinata (articolo 5 di tale decreto), eccezion fatta per il comma 3, relativo rispetto al contratto avente una durata inferiore ai sei mesi, vista la diversa durata minima del contratto di inserimento; e per il comma 4, inerente l'ipotesi della successione dei contratti, in considerazione del fatto che il contratto di inserimento non può essere rinnovato tra le stesse parti.

Sempre dal decreto legislativo n. 368/2001 sembra possibile mutuare anche l'articolo 6 sul rispetto del principio di non discriminazione, così fortemente richiesto dal legislatore comunitario e, peraltro, temperato dalle parti sociali all'Accordo interconfederale; in questo caso, tuttavia, tale principio subirà la non irrilevante eccezione derivante dalla previsione del sottoinquadramento di due livelli introdotta con l'articolo 59, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003, seppur la stessa possa risultare motivata dalle finalità particolari del contratto di inserimento.

Dubbi potrebbero sorgere, invece, per l'articolo 7 per quanto riguarda la formazione del lavoratore, visto che, secondo quanto disposto all'articolo 55, comma 4, del decreto, la tipologia contrattuale in esame non rientra tra quelle a contenuto formativo; ciò non toglie tuttavia che la durata temporanea del contratto di inserimento possa comunque permettere di recepirne la *ratio*, visto che nel decreto legislativo n. 368/2001 la formazione viene, comunque, intesa come rilevante strumento di contrappeso a fronte della intrinseca precarietà di un rapporto di lavoro temporaneo, tanto da essere « prevista al fine di prevenire rischi specifici connessi all'esecuzione del lavoro ».

Ove se ne permetta l'applicazione, la norma riportata non si porrà ovviamente in termini di obbligo perché, se così fosse, costituirebbe una palese antinomia normativa, ma potrebbe garantire, specie nelle trattative per la stipula del contratto individuale di lavoro, un elemento ulteriore di tutela della condizione del lavoratore.

Continuando nella selezione delle disposizioni del decreto legislativo n. 368/2001, si rileva che anche l'articolo 9, in tema ai diritti di

---

(47) In  *Sicurezza (obbligo di)*.

informazione da riconoscere « ai lavoratori a tempo determinato circa i posti vacanti che si rendessero disponibili nell'impresa, in modo da garantire loro le stesse possibilità di ottenere posti duraturi che hanno gli altri lavoratori », possa entrare a far parte del regime giuridico applicabile a chi, come il lavoratore con contratto di inserimento, è stato assunto con un rapporto di lavoro di durata temporanea e ambisce alla stabilizzazione del medesimo.

Si ritiene, infine, che possa considerarsi altresì applicabile al contratto di inserimento l'articolo 10, comma 9, del decreto legislativo n. 368/2001 che permette alla contrattazione collettiva di prevedere un diritto di precedenza, in caso di assunzioni nella stessa azienda e per la medesima qualifica, in favore dei lavoratori a tempo determinato.

Per il riconoscimento di tale diritto, come di altre aspetti significativi della possibile regolamentazione del contratto di inserimento, occorre ribadire come si possa comunque prescindere dal rinvio alla disciplina del contratto di lavoro a termine, dal momento che, come già accennato, il legislatore (all'articolo 58, comma 1, del decreto) ha previsto un ruolo davvero ampio della contrattazione collettiva ai fini dell'individuazione della disciplina della tipologia contrattuale qui esaminata, così da rendere l'applicazione del decreto legislativo n. 368/2001 solamente ipotetica, laddove divenga necessario colmare eventuali lacune nelle previsioni collettive.

## 9. Incentivi.

Un aspetto di primaria importanza della regolamentazione dell'istituto in esame è indubbiamente rappresentato dagli incentivi economici e normativi che sono stati introdotti per promuoverne la diffusione.

Secondo quanto stabilito all'articolo 59, comma 1, rilevano, innanzi tutto, gli incentivi giuridici.

Tra tali incentivi, caratterizzati peraltro da evidenti ricadute in termini retributivi <sup>(48)</sup>, rileva innanzi tutto il *sottoinquadramento*: « durante il rapporto di inserimento, la categoria di inquadramento del

---

<sup>(48)</sup> Viene sottolineato (D. GAROFALO, *op. cit.*, 304), infatti, che il sottoinquadramento dovrebbe rientrare non tra gli incentivi giuridici, ma tra quelli economici, dal momento che tale « beneficio è e deve essere qualificato come economico, compensativo del minor rendimento di un lavoratore da inserire o da reinserire, il che, fuori dall'ottica formativa, potrebbe, sia pure in parte *ratione temporis*, fronteggiare il paventato dubbio di illegittimità costituzionale » legato alla disparità di trattamento

lavoratore *non può essere inferiore, per più di due livelli*, alla categoria spettante, in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali è preordinato il progetto di inserimento oggetto del contratto»; la precedente previsione relativa al contratto di formazione e lavoro — contenuta all'articolo 16, comma 3, legge n. 451/1994 <sup>(49)</sup> — prevedeva, invece, un inquadramento inferiore di un solo livello rispetto a quello di destinazione finale.


In questo caso, secondo parte della dottrina, il sottoinquadramento, più che in relazione all'esiguo contenuto formativo, potrà trovare giustificazione, a fronte degli articoli 3 e 36 Cost., « nel presunto minor rendimento dei soggetti assunti con questo tipo di contratto e nell'esigenza di rendere appetibile la stipulazione di un contratto visto come strumento *idoneo a sottrarre una congerie di soggetti svantaggiati all'area della esclusione sociale* » <sup>(50)</sup>.

La giustificazione di tale minore retribuzione dovrà, onde essere fugata ogni perplessità di disparità di trattamento, trovare pieno riscontro nella congruenza del progetto individuale di inserimento alle finalità perseguite dalle parti e, soprattutto, nella sua corretta trasposizione nella effettività del rapporto di lavoro. Si ritiene, comunque, che sia corretta l'interpretazione di chi rileva come « una lettura dell'art. 59 del d.lgs. 276/2003 conforme a Costituzione potrebbe essere nel senso di considerare questa espressione (la categoria di inquadramento del lavoratore *non può essere inferiore, per più di due livelli*, alla categoria spettante ...) *come attributiva di una facoltà esercitabile anche dal singolo datore di lavoro*, purché ricorrano i presupposti sopraindividuati, non escludendo che, in mancanza dei medesimi presupposti, al lavoratore spetterà la retribuzione corrispondente alla qualifica per la quale è stato assunto » <sup>(51)</sup>.

Sempre in un ambito prettamente giuridico, assume altresì importanza quanto stabilito al comma 2 dell'articolo 59 del decreto: « *fatte*

---

sotto il profilo salariale, una volta che è « venuto meno il valore aggiunto della formazione, da sempre invocato per legittimarla ».

<sup>(49)</sup> In  *Contratto di formazione lavoro*.

<sup>(50)</sup> F. RAVELLI, *op. cit.*, 17. Altra parte della dottrina (M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 298) sostiene che la previsione di un trattamento retributivo differenziato si potrebbe giustificare esclusivamente con « la realizzazione di un progetto individuale particolarmente qualificante ».

<sup>(51)</sup> L. ZOPPOLI, P. SARACINI, *op. cit.*, 46.

*salve specifiche previsioni di contratto collettivo*, i lavoratori assunti con contratto di inserimento sono *esclusi dal computo* dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti ».

Tra tali fonti, normative e collettive, è possibile certamente annoverare l'articolo 18, comma 2, della legge n. 300/1970 <sup>(52)</sup> in tema di tutela reale del posto di lavoro a fronte di un licenziamento individuale; in tal caso, non è stata, infatti, riproposta la deroga, invece, prevista per gli assunti con un contratto di formazione e lavoro.

Si riporta, inoltre, quanto chiarito esemplificativamente nella circolare Inps n. 51/2004 <sup>(53)</sup> dove, a parte la tutela reale contro i licenziamenti illegittimi, è stato precisato che la disposizione appena riportata « ha rilevanza ai fini della determinazione del requisito occupazionale per:

— contributo in misura ridotta per Cig ordinaria (1,90%) dovuto dalle aziende industriali fino a 50 dipendenti — art. 12 della legge n. 164/1975 <sup>(54)</sup>;

— contributo Cigs — art. 1, c. 1, della legge n. 223/1991 <sup>(55)</sup>;

— contributo di mobilità — art. 16 della legge n. 223/1991;


— contributo aggiuntivo per lavoro straordinario — art. 2 della legge n. 549/1995 <sup>(56)</sup>;


— determinazione della quota di riserva per lavoratori disabili (art. 3 della legge n. 68/1999) ».


Dopo aver passato in rassegna gli incentivi di natura giuridica, è possibile esaminare le previsioni in tema di *sgravi contributivi*.

Il legislatore delegato, a tal proposito, ha stabilito che « gli incentivi economici previsti dalla disciplina vigente in materia di *contratto di formazione e lavoro* trovano applicazione con esclusivo riferimento ai lavoratori di cui all'articolo 54, comma 1, lettere *b)*, *c)*, *d)*, *e)* ed *f)* »; come precisato dall'Inps, nella circolare appena citata, tali incentivi, sotto forma di decontribuzione, troveranno applicazione per l'intero periodo di efficacia del contratto di inserimento.

Tra i destinatari della disciplina del contratto di inserimento, dovrebbero rimanere, pertanto, esclusi da quest'ultima tipologia di be-

<sup>(52)</sup> In  *Lavoro subordinato*.

<sup>(53)</sup> In  *Boll. Adapt*, 2004, n. 9.

<sup>(54)</sup> In  *Cassa integrazione guadagni*.

<sup>(55)</sup> In  *Licenziamento collettivo*.

<sup>(56)</sup> In  *Orario di lavoro*.

nefici contributivi i giovani tra i 18 ed i 29 anni, a meno che — lo si ricava indirettamente — non si tratti di: portatori di handicap — articolo 54, comma 1, lettera *f*) — donne residenti in area ad alta densità di disoccupazione — articolo 54, comma 1, lettera *e*) — o lavoratori che non abbiano più lavorato per almeno due anni. Ove così non fosse l'esclusione dovrebbe, infatti, considerarsi disposta a prescindere da ogni condizione di disagio occupazionale e questo aspetto sarebbe in contraddizione con la *ratio legis* del contratto di inserimento.

Ad ogni modo, appare evidente che l'esclusione dei giovani dalla sfera di applicazione degli incentivi contributivi non può costituire uno strumento di discriminazione degli stessi, ma piuttosto un evidente invito alle aziende a far ricorso per la loro assunzione al contratto di apprendistato, così da assicurare a questi soggetti, oltre ad un'opportunità occupazionale, anche un percorso formativo adeguato.

Dovrebbe potersi includere nel contesto degli incentivi, anche quanto disposto all'articolo 54, comma 5, del decreto, laddove è stato stabilito di conservare l'efficacia di quelle disposizioni, se più favorevoli, di cui all'articolo 20 della legge 23 luglio 1991, n. 223, in materia di contratto di reinserimento dei lavoratori disoccupati. Pertanto, le norme contenute al suddetto articolo 20 troveranno applicazione sempre che risultino più vantaggiose per i datori di lavoro <sup>(57)</sup>, sia per quanto attiene alle agevolazioni contributive, che ai requisiti richiesti per il loro riconoscimento.

Quest'ultima disposizione, al comma 1, prevede che possano essere assunti con un contratto di reinserimento solo coloro che per un periodo non inferiore a dodici mesi abbiano beneficiato del trattamento speciale di disoccupazione, a condizione che i datori di lavoro, « al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro, non abbiano nell'azienda sospensioni del lavoro in atto ai sensi dell'art. 2 della legge 12 agosto 1977 n. 675, ovvero non abbiano proceduto a riduzione del personale nei dodici mesi precedenti, salvo che l'assunzione non avvenga ai fini di acquisire professionalità sostanzialmente diverse da quelle dei lavoratori interessati dalle predette riduzioni o sospensioni di personale ».

Secondo quanto previsto al comma 2 dell'articolo 20 della legge n.

---

<sup>(57)</sup> Parte della dottrina (G. SPOLVERATO, *op. cit.*, 85) pone in risalto come il maggior favore si rivolga direttamente alle aziende, ed « indirettamente anche ai lavoratori, che proprio in ragione dei benefici contributivi riservati alle imprese, potrebbero trovare un'occupazione ».



223/1991, per i lavoratori in tal modo assunti a tempo indeterminato la dovuta contribuzione sarà ridotta del 75% per un periodo di dodici mesi, ventiquattro mesi o trentasei mesi a seconda se il lavoratore interessato debba considerarsi disoccupato rispettivamente per un periodo inferiore a due anni, a tre anni o da più di tre anni. Peraltro, al comma 3 del medesimo articolo, è stato altresì disposto in favore del datore di lavoro la possibilità di richiedere, in alternativa ai vantaggi di cui sopra, un'agevolazione pari alla metà della suddetta percentuale di riduzione contributiva (cioè il 50% del 75%, ossia il 37,5%) per un periodo pari al doppio della effettiva durata della disoccupazione del lavoratore fino ad un massimo di settantadue mesi.

Tutto ciò fermo, occorre però precisare che il contratto di reinserimento di cui al decreto e l'istituto contrattuale disciplinato all'articolo 20 della legge n. 223/1991 costituiscono due figure contrattuali diverse, aventi distinte discipline e differenziati presupposti di applicazione (basti pensare che, *ex* articolo 20, legge n. 223/1991, l'incentivo è riconosciuto solo a fronte della trasformazione del rapporto con un contratto a tempo indeterminato, mentre il contratto di inserimento, *ex* articolo 54, comma 1, è di durata temporanea); pertanto, proprio in considerazione di tale diversità, al di là di quanto previsto nel decreto, difficilmente si potrà porre un problema di sovrapposizione, ma la scelta di una delle due tipologie, e del pertinente regime giuridico, rimarrà semplicemente rimessa al calcolo di convenienze economiche del singolo datore di lavoro <sup>(58)</sup>.

Con riferimento agli incentivi di natura contributiva, precedentemente richiamati, di particolare importanza appaiono i chiarimenti contenuti nella più volte citata circolare ministeriale n. 31/2004 ed all'articolo 9 del decreto correttivo n. 251/2004. A parte la migliore definizione delle categorie di lavoratori per l'assunzione dei quali il datore potrà, per tutta la durata dei contratti di inserimento o reinserimento beneficiare delle agevolazioni contributive previste, *ex* articolo 16 della legge n. 451/1994, per il contratto di formazione e lavoro <sup>(59)</sup>, è stato infatti specificato in termini inequivoci che, al fine di evitare inconvenienti e questioni di legittimità comunitaria come quelle insorte

---

<sup>(58)</sup> A tal proposito, si rinvia a L. MENGHINI, *Il contratto di inserimento*, in G. GHEZZI, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 305.

<sup>(59)</sup> Per quanto riguarda la misura dell'agevolazione contributiva, occorrerà fare riferimento alle diverse misure già previste in materia, articolate in base al settore di appartenenza ed all'ubicazione territoriale dell'azienda.



con riferimento all'applicazione degli incentivi per il Cfl<sup>(60)</sup>, occorrerà prestare ottemperanza alla disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato ai sensi del Trattato UE (articolo 87) ed, in particolare, al Regolamento 12 febbraio 2002, n. 2204<sup>(61)</sup>.

Peraltro, va aggiunto che con la sentenza del 1° aprile 2004, la Corte Europea di Giustizia (causa C-99/2002), intervenendo sugli sgravi concessi in Italia a fronte di assunzioni con Cfl dal novembre 1995 al 2001, ha imposto all'Italia il recupero degli aiuti forniti ai datori di lavoro<sup>(62)</sup>. Tale richiesta non appare di facile evasione, vista la difficoltà nell'individuare e reperire i beneficiari degli aiuti precedentemente riconosciuti, malgrado già con un messaggio del dicembre 2002, il Ministero del lavoro abbia invitato le aziende a presentare una sorta di autocertificazione dei benefici goduti.

Il riconoscimento della possibilità di beneficiare, anche per le assunzioni con contratto di inserimento, della disciplina degli sgravi contributivi prevista per i Cfl comporta che tali assunzioni potranno essere incentivate nel rispetto delle seguenti condizioni.

Così, qualora l'agevolazione contributiva dovesse essere superiore al 25% del costo salariale annuo del lavoratore assunto<sup>(63)</sup>, per il legittimo riconoscimento della stessa dovrà: *a*) verificarsi che si tratti di un'agevolazione contributiva non maggiore del 50% (60%, se disabile) del costo salariale annuo del lavoratore assunto; *b*) dovrà essersi registrato, a seguito delle assunzioni incentivate, un *incremento netto*

---

(60) La precisazione ministeriale appare quanto mai utile dal momento che, come noto, lo Stato italiano era stato sanzionato con un provvedimento della Commissione proprio per un utilizzo troppo disinvolto, ed in contrasto alla normativa europea sugli aiuti di Stato alle imprese degli incentivi economici per i Cfl. Il ricorso presentato per l'annullamento della Decisione della Commissione del 19 maggio 1999 era stato respinto dalla C. Giust. 7 marzo 2002 (C 310-99), in *Contratto di formazione lavoro*.

(61) In *Aiuti di Stato*.

(62) In dottrina (D. GAROFALO, *Aiuti di Stato all'occupazione e contratto di inserimento: la advantage/disadvantage theory*, in *LG*, 2005, n. 1, 9) è stato notato come il richiamo alla conformità al Regolamento CE n. 2204/2002 implica una modifica correttiva davvero robusta (peraltro, attuata a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 251/2004) del d.lgs. n. 276/2003, dal momento che « pone una serie di condizioni alla fruibilità delle agevolazioni contributive, totalmente assenti nel rinvio secco alla disciplina vigente per il c.f.l., contenuto nell'originario testo dell'art. 59, co. 3 ».

(63) Per uno sgravio del 25% dell'onere contributivo annuo non è necessaria alcuna autorizzazione della Commissione Europea, in quanto si tratta di una misura di applicabilità generale ed indifferenziata e, come tale, esente da restrizioni.

*del numero dei dipendenti* dello stabilimento interessato, salvo che i posti non si siano resi vacanti per dimissioni volontarie, pensionamento per raggiunti limiti di età, riduzione volontaria dell'orario di lavoro, licenziamento individuale per giusta causa; c) dovrà, infine, essere garantita la *continuità dell'impiego per almeno 12 mesi*, salvo che il rapporto non si sia interrotto prima per giusta causa.

Con la circolare ministeriale n. 31/2004 <sup>(64)</sup> sono state inoltre riviste le disposizioni di cui all'articolo 54, comma 1, del decreto proprio in stretta correlazione alla definizione di lavoratore c.d. *svantaggiato* ai sensi del Regolamento UE n. 2204/2002 (espressamente richiamato all'articolo 59, comma 3, dopo l'introduzione del decreto legislativo n. 251/2004) e, conseguentemente, è stato stabilito che, in presenza delle suddette condizioni, a differenza di quanto era stato inteso in un primo momento, le agevolazioni contributive potranno essere erogabili a fronte dell'assunzione di « lavoratori extracomunitari; ai soggetti con più di 50 anni privi di un posto di lavoro; ai soggetti privi di un titolo di studio di livello secondario superiore o equivalente; ai disoccupati di lungo periodo, ossia persone senza lavoro per 12 mesi dei 16 mesi precedenti o per 6 mesi degli 8 mesi precedenti nel caso di persone di meno di 25 anni <sup>(65)</sup>; qualsiasi donna di un'area geografica a livello NUTS 2 nella quale il tasso medio di disoccupazione superi il 100% della media comunitaria da almeno due anni civili e nella quale la disoccupazione femminile abbia superato il 150% del tasso di disoccupazione maschile dell'area considerata per almeno due dei tre anni precedenti ».

Con particolare riferimento alle agevolazioni contributive previste per l'assunzione di donne, risalta immediatamente come siano stati modificati i criteri, individuati all'articolo 54, comma 1, lettera e) del decreto; come sottolineato in dottrina <sup>(66)</sup>, i requisiti previsti in tale disposizione normativa sarebbero infatti stati meno restrittivi rispetto alle norme comunitarie in materia (articolo 2, lettera f), punto XI del Regolamento (CE) n. 2204/2002).

Il Ministero del lavoro (di concerto con il Ministero dell'economia

---

<sup>(64)</sup> Cfr. § 8.

<sup>(65)</sup> Venendo in tal modo ad essere beneficiata anche una categoria, quella dei soggetti disoccupati di età compresa tra i 18 ed i 29 anni che non abbiano lavorato, né frequentato corsi di formazione, negli ultimi due anni, prima invece ritenuta esclusa da ogni forma di incentivazione.

<sup>(66)</sup> E. PAU, *Contratti di inserimento: dubbi e soluzioni*, in DPL, 2004, n. 34, 2215.

e delle finanze) ha approvato, in data 22 ottobre 2004, il decreto interministeriale necessario, ai sensi dell'articolo 54, comma 1, lettera e), ad individuare le aree geografiche (articolo 2: « identificate nelle Regioni Lazio, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia e Sardegna ») ai fini della concessione delle agevolazioni contributive per le assunzioni di donne ivi residenti, facendo riferimento ai dati ufficiali sull'occupazione e disoccupazione diffusi dall'Istat nella pubblicazione « Forze di Lavoro, media 2003 ». Come premesso, tale decreto interministeriale è stato successivamente ritirato e si è tuttora in attesa di un intervento legislativo <sup>(67)</sup> che definisca una volta per tutte questo aspetto della disciplina di applicazione del contratto di inserimento con riferimento all'occupazione femminile che, come visto dalle preoccupanti proiezioni Istat, continua ad essere fortemente al di sotto della media europea, anche nelle aree più avanzate del nostro Paese.

## 10. Sanzioni.

Dal punto di vista sanzionatorio, infine, è stato già riportato quanto previsto in caso di assenza della forma scritta del contratto e del progetto individuale di inserimento, anche se, con riferimento a quest'ultima ipotesi, la sanzione dell'invalidità, in mancanza di una disposizione esplicita, è da ricavarsi in termini interpretativi in considerazione del fatto che tale progetto costituisce un elemento essenziale del contratto di inserimento.

Occorre adesso analizzare quanto stabilito al comma 5 dell'articolo 55 del decreto in relazione alle *gravi inadempienze*, completamente imputabili al comportamento del datore di lavoro, che, in costanza dell'esecuzione del progetto individuale di inserimento, hanno impedito il corretto completamento di tale progetto ed il soddisfacimento delle connesse finalità, precludendo il buon esito dell'adattamento delle competenze professionali del lavoratore alle mansioni cui è assegnato in azienda.

La sanzione prevista per questa eventualità è di natura meramente pecuniaria ed è stata originariamente determinata in misura pari alla « quota di contributi agevolati maggiorati del 100% »; tuttavia, ve-

---

<sup>(67)</sup> Occorre rilevare che il Consiglio dei Ministri, in data 11 marzo 2005, ha approvato il disegno di legge sulla competitività (« Modernizzazione dei sistemi di protezione sociale e potenziamento ammortizzatori sociali ») in cui è stata inserita una previsione per dare attuazione a quanto disposto all'art. 54, comma 1, del decreto.

nendo ad essere da più parti evidenziato come quella appena riportata costituisse una sanzione eccessivamente lieve, la suddetta disposizione è stata modificata con il decreto legislativo n. 251/2004: pertanto, in caso di violazione dei doveri a suo carico previsti nel progetto individuale di inserimento, il datore di lavoro dovrà adesso versare, a titolo di sanzione, « la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta per il lavoratore avente lo stesso inquadramento legale e contrattuale, maggiorata del 100% ». Viene, in tal modo, assunto a riferimento il livello di inquadramento che il lavoratore avrebbe ottenuto al termine del proprio periodo di inserimento e, conseguentemente, adottato il parametro dell'effettivo trattamento previdenziale in tal caso dovuto.

Di contro, va aggiunto che il legislatore ha previsto che tale sanzione dovrà essere applicata *in termini esclusivi*, visto che, a seguito della modifica introdotta con l'articolo 12 del decreto legislativo n. 251/2004, è stato stabilito che « la maggiorazione così stabilita esclude l'applicazione di qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione » (articolo 55, comma 5).

In ogni caso, la scelta di non estendere, in presenza delle suddette gravi inadempienze, la sanzione della nullità del contratto e della instaurazione *ab initio* di un diverso contratto di lavoro a tempo indeterminato e, conseguentemente, di preferire la conservazione del rapporto di lavoro prescelto, appare ulteriormente dimostrativa di quanto il concreto svolgimento di un adeguato percorso di adattamento, pur rappresentando un presupposto affatto significativo, *non costituisca un elemento essenziale della sinora descritta disciplina*, diversamente finalizzata alla ricollocazione del lavoratore nel mercato del lavoro.

La nozione di gravi inadempienze rimane, tuttavia, alquanto indefinita, perché né il legislatore delegato, né i contratti collettivi conclusi dopo il settembre del 2003, hanno contribuito a conferire alla stessa la necessaria compiutezza, quando invece ciò sarebbe stato fondamentale, anche per discriminare quest'ipotesi rispetto alla fattispecie di tutt'altra rilevanza in cui si siano verificate *solo inadempienze non gravi*, per cui non sono state, invece, previste apposite sanzioni.

A tal proposito, si concorda con quella parte della dottrina <sup>(68)</sup> che ritiene che la verifica della sussistenza di gravi inadempienze diverrà, pur nella sua complessità, possibile solo al termine dell'esecuzione del

---

(68) P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 635.

rapporto di lavoro, quando potrà essere valutato il grado di effettività dell'adempimento degli obblighi assunti dal datore di lavoro con la definizione negoziale del progetto individuale.

È tuttavia allo stato non semplice immaginare come tale riscontro potrà avvenire efficacemente a consuntivo laddove non vengano, in costanza di esecuzione del rapporto, poste in essere una serie di istanze di verifica delle modalità e del livello di soddisfazione dell'adattamento del lavoratore al contesto produttivo di inserimento. In questo contesto, potrebbe essere davvero utile un'opera di tipizzazione delle gravi inadempienze, nonché un'attenta azione di monitoraggio, in sede di confronto collettivo, anche attraverso gli Enti Bilaterali di settore.

Sempre con riferimento al progetto individuale di inserimento, nulla, tuttavia, esclude che, quanto non previsto direttamente *ex lege* (la nullità e la conseguente conversione del contratto), non venga, invece, disposto in sede giurisdizionale, qualora, una volta accertata l'irrelevanza in concreto riconosciuta dal datore di lavoro all'esecuzione di un progetto individuale di inserimento. Anche in questo caso, infatti, potrebbe, secondo parte della dottrina, essere verosimilmente dichiarata la sussistenza di un normale rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra le medesime parti che avevano illegittimamente stipulato un contratto di inserimento <sup>(69)</sup>.

Contro tale possibilità, si pone, invece, chi, pur condividendo la deviazione funzionale dalla causa del contratto di inserimento in presenza di gravi inadempienze del datore di lavoro rispetto agli obblighi assunti nel progetto individuale di inserimento, ritiene che « non possa risaltarne anche l'effetto (ulteriore) più radicale della conversione della relazione negoziale originaria in contratto di lavoro a tempo indeterminato » <sup>(70)</sup>; in questa ipotesi, tuttavia, potrebbe configurarsi una fattispecie di « conversione in un contratto a tempo deter-

---

<sup>(69)</sup> In tal senso si veda R. TRIVELLINI, *op. cit.*, 307, e, soprattutto, P. ALLEVA, *op. cit.*, 912. Si veda, inoltre, M. VINCIERI, *Il contratto di inserimento ovvero il nuovo « cfl »? Modelli a confronto*, in *DRI*, 2004, n. 1, 69. Quest'ultima rileva che « anche all'ipotesi di inadempimento da parte del datore di lavoro delle obbligazioni tipiche nascenti dal progetto di inserimento dovrebbe riconnettersi la dissoluzione del contratto di inserimento nel prototipo normativo, con le conseguenti garanzie e tutele per il lavoratore ».

<sup>(70)</sup> E. BALLETTI, *op. cit.*, 435. Analogamente, D. GAROFALO (*Il contratto di inserimento: dall'occupabilità all'adattabilità*, cit., 300) sostiene che trattandosi di « un contratto a termine, agevolato in funzione dell'adattamento delle competenze professionali del lavoratore ad un determinato contesto lavorativo, (...) mancando quest'ultimo, viene meno l'agevolazione »; del medesimo avviso, P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 637.

minato, cosa che dovrebbe comportare sia il pagamento della contribuzione integrale che la retribuzione per il livello di attività svolto e non per quello riferito ai due livelli inferiori » (71).

Appare, inoltre, corretta l'interpretazione secondo cui la mancata esecuzione del progetto individuale di inserimento incida sulla rilevanza dell'adempimento dell'obbligazione, così da rendere esperibili i rimedi (il risarcimento del danno, l'eccezione di inadempimento, ecc.) che « il nostro ordinamento predispone in caso di mancata esecuzione dei contratti a prestazioni sinallagmatiche » (72).

## 11. Regime transitorio dei Cfl.

Ferma la scelta legislativa di eliminare il ricorso al contratto di formazione e lavoro, si è provveduto a disciplinarne il regime transitorio che riducesse quanto più possibile i problemi organizzativi e gestionali che una simile scelta avrebbe potuto comportare.

Le parti sociali, a tal fine, hanno provveduto alla stipula dell'Accordo interconfederale del 13 novembre 2003 con riferimento ai contratti, appartenenti a questa tipologia, stipulati sulla base di progetti approvati o presentati agli organismi, amministrativi o collettivi, competenti, precedentemente alla data di entrata in vigore del decreto (24 ottobre 2003).

In quest'Accordo interconfederale, il primo ad essere stipulato in virtù della previsione contenuta all'articolo 86, comma 13, del decreto, è stato concordato che:

1) i Cfl « stipulati, anche successivamente al 23 ottobre 2003, in base a progetti approvati entro tale data, esplicano integralmente i loro effetti fino alla scadenza per ciascuno di essi prevista, conformemente alla disciplina previgente in materia di contratti di formazione e lavoro »;

2) « i progetti per contratti di formazione e lavoro *il cui deposito risulti avvenuto entro il 23 ottobre 2003* possono proseguire il loro iter di valutazione secondo le modalità precedentemente in vigore per i diversi comparti produttivi e, se approvati, saranno attivati esplicitando integralmente i loro effetti fino alla scadenza per ciascuno di essi prevista, conformemente alla disciplina previgente in materia »;

3) « le assunzioni saranno effettuate nell'arco di tempo previsto

---

(71) E. MASSI, *op. cit.*, 2504.

(72) L. ZOPPOLI, P. SARACINI, *op. cit.*, 43.

dalle delibere regionali o dalle intese interconfederali o settoriali che disciplinano la materia ».

Tali previsioni sono state però riviste dal legislatore: infatti, con l'articolo 14 del c.d. decreto correttivo, il decreto legislativo n. 251/2004, è stato aggiunto al decreto legislativo n. 276/2003, l'articolo 59-*bis* (« Disciplina transitoria dei contratti di formazione lavoro »), in cui è stato stabilito che le aziende potranno procedere ad assumere con Cfl *solo se i relativi contratti saranno stati stipulati nel periodo compreso tra il 24 ottobre 2003 e il 31 ottobre 2004*, sulla base dei progetti *specificamente autorizzati entro la data del 23 ottobre 2003* <sup>(73)</sup>. Come riportato, nell'Accordo interconfederale del novembre 2003 era stato, invece, concordato che avrebbero potuto essere stipulati Cfl anche sulla base di progetti *semplicemente presentati* entro il 23 ottobre 2003 e solo successivamente approvati.

Inoltre, sempre secondo l'articolo 59-*bis* del decreto, è stato introdotto un tetto ai Cfl, stipulati durante il regime transitorio, per i quali potranno essere riconosciuti gli incentivi, precedentemente erogati in modo diffuso: è stato, infatti, stabilito che i correlati benefici economici verranno riconosciuti, « nel limite massimo complessivo di 16.000 lavoratori », ai soli datori di lavoro che, entro 30 giorni dall'entrata in vigore del c.d. decreto correttivo per i contratti già avviati o entro 30 giorni dalla stipula del contratto per tutte le altre fattispecie <sup>(74)</sup>, abbiano effettivamente inoltrato specifica richiesta all'Inps, indicando il numero dei contratti di formazione e lavoro stipulati ed allegando copia delle previste autorizzazioni relative ai pertinenti progetti formativi.

La fruibilità dei benefici cessa, così, di essere automatica e viene non solo contingentata, ma anche condizionata alla sussistenza di requisiti di forma, nonché alla verifica degli oneri di presentazione appena indicati <sup>(75)</sup>. Infatti, fermo il citato limite quantitativo, è stato

---

<sup>(73)</sup> In tema, si veda il messaggio Inps n. 31319/2004.

<sup>(74)</sup> In questo secondo caso, pertanto, la sottoscrizione del contratto dovrà avvenire entro il 31 ottobre 2004, mentre la presentazione della domanda all'Inps per il riconoscimento delle agevolazioni contributive dovrà essere inoltrata entro il 30 novembre 2004.

<sup>(75)</sup> Peraltro, sempre nel messaggio richiamato nella nota precedente, l'Inps ha stabilito che « Per quanto riguarda gli aspetti connessi all'assolvimento della contribuzione concernente i lavoratori rientranti nella disciplina transitoria, si fa presente che, stante l'impianto legislativo, non sarà possibile per i datori di lavoro operare alcuna forma di riduzione contributiva fino a quando non sarà intervenuta la prevista autorizzazione dell'Istituto.



altresì stabilito che l'Inps dovrà, entro il 15 ottobre 2004, valutare ed assentire le richieste di incentivazione adottando il criterio cronologico della loro presentazione, garantendo comunque la priorità ai Cfl che saranno stati stipulati nell'ambito dei contratti d'area e di patti territoriali.

## 12. Conclusioni.

Premesse le considerazioni sinora estese, si ritiene che con il contratto di inserimento sia stato realizzato un apprezzabile sforzo teorico per incrementare il tasso di partecipazione al mercato del lavoro di particolari categorie soggettive di lavoratori, potenzialmente destinate alla disoccupazione o al lavoro sommerso. Vista la peculiarità della condizione soggettiva dei lavoratori svantaggiati espressamente considerati dal decreto, la previsione di trattamenti, retributivi e giuridici, finalizzati a facilitarne l'inserimento lavorativo può dunque considerarsi congrua rispetto ad un'interpretazione sostanziale del principio di eguaglianza; tuttavia, la disparità di trattamento in termini di livello di inquadramento e di complessivo regime di tutela, seppur comprensibile e giustificata dalla minore qualificazione dei lavoratori interessati o, come nel caso dell'occupazione femminile, dall'impetosa crudeltà dei dati Istat sulle Forze Lavoro, non può per questo considerarsi meno gravosa per chi la subisce, seppur per un periodo limitato e con una aspettativa non sempre significativa di stabilizzazione del proprio rapporto di lavoro.

Si concorda, per questo, con chi ritiene che « il contratto di inserimento costituisce sicuramente un'occasione di lavoro e di reddito, per quanto temporanea; ma potrebbe non costituire un'opportunità per uscire definitivamente dall'emarginazione e dalla precarietà »<sup>(76)</sup>. Allo stesso tempo, tuttavia, va rilevato come non si possa rinunciare a sperimentare soluzioni atte ad invertire quelle tendenze sociali, radicate nel mercato del lavoro italiano, che fanno sì che una serie di soggetti versino oggi in una condizione di potenziale esclusione sociale. Si tratta, è ovvio, di un difficile compromesso, rispetto alla cui definizione

---

*La contribuzione riferita ai suddetti lavoratori va quindi assolta in misura intera.*

Le modalità operative per il recupero dei maggiori contributi versati dai datori di lavoro verranno illustrate successivamente ».

<sup>(76)</sup> V. PINTO, *La modernizzazione promessa. Osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in [www.unicz.it/lavoro/Pinto276.pdf](http://www.unicz.it/lavoro/Pinto276.pdf), 2004, 22.



però il contratto di inserimento potrebbe offrire un importante contributo. Sarà decisamente importante, a tal fine, il ruolo paralegislativo che potrebbe essere attivamente assunto dalla contrattazione collettiva, così da conformare la disciplina del contratto di inserimento in modo funzionale all'individuazione di un equilibrato sistema di tutele, altresì capace di non snaturare la *ratio* di questo strumento contrattuale che, pur a fronte di un iniziale trattamento ineguale, ambisce comunque al soddisfacimento di obiettivi di indubbio valore sociale.



Parte IV

LE TIPOLOGIE A ORARIO RIDOTTO,  
MODULATO O FLESSIBILE



SEZIONE A  
PROFILI PRELIMINARI:  
IL NUOVO QUADRO LEGALE  
IN MATERIA DI ORARIO DI LAVORO

1.

**IL DECRETO LEGISLATIVO N. 66/2003:  
FINALITÀ E PRINCIPI GENERALI**

CLARA ENRICO, LUCA RUGGIERO (\*)

SOMMARIO: 1. Cambiamenti nell'organizzazione del tempo di lavoro. — 2. Linee di tendenza della UE. — 3. Il lavoratore al centro dell'intervento comunitario. — 4. Una normativa in evoluzione. — 5. L'attuazione della direttiva in Italia. — 6. Valutazione legislativa del tempo di lavoro.

**1. Cambiamenti nell'organizzazione del tempo di lavoro.**

La direttiva sull'orario di lavoro e le seguenti applicazioni nazionali hanno finalità di tutela, ma insieme di discrezionalità — sia collettiva, sia individuale — che ne è l'opposto.

È ovvio dire che la contingenza economica sfavorevole vissuta dall'intera Europa ha reso palese un principio di adattamento ineludibile: l'elasticità degli orari come premessa per la flessibilità del lavoro.

Certo molto ha influito la necessità di far prevalere un principio di rigore di per sé non favorevole ai lavoratori per incontrare, invece, le esigenze dell'impresa <sup>(1)</sup>.

---

(\*) Sebbene il lavoro sia frutto di una riflessione comune ai due autori, a Clara Enrico sono attribuiti i paragrafi 1 e 2, a Luca Ruggiero i successivi.

(1) V. P. ICHINO, *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea. Direttiva comunitaria e tendenza degli ordinamenti nazionali*, in RIDL, 1998, I, 153 ss.; G. RICCI, *L'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario*, in LD, 1998, 81 ss.; P. PELLISSERO, *La problematica dell'orario di lavoro a livello comunitario*, in RGL, 2000, I, 961 ss.; V. LECCESE, *L'orario*

Così, dalle molte leggi in tutta Europa sull'orario massimo (cfr. in particolare la Francia, con i provvedimenti legali sulle famose — ed ora ingombranti — « 35 ore ») <sup>(2)</sup> si è passati a disegnare un quadro meno preciso, più pragmatico e molto più contrattabile del tempo di lavoro.

Il che può essere letto come una sconfitta per i lavoratori, per il progresso della normativa lavoristica e per i sindacati. Può invece, nell'ottica di un generale rinnovamento del « lavoro » in senso assoluto, rappresentare una tappa del percorso che dalla flessibilità e dall'incentivo all'occupazione con le figure più varie, adattabili alle molteplici richieste di cambiamento delle imprese, *in primis* la riduzione del costo del lavoro, porta all'imprenditore maggiore snellezza di strutture, più facile terreno alla convenienza ed alla concorrenza e più ampia possibilità di ripresa; ed ai lavoratori più offerta di lavoro *tout court* (e cioè meno subordinazione), realizzata con garanzie scalari per la tutela di ogni forma di attività: dall'orario di lavoro flessibile, insomma, alla eterogenea disciplina del decreto legislativo n. 276/2003, alla stesura, infine, di una « carta » di garanzia, lo « Statuto dei lavori », per ogni modo e forma di attività.

La sfida è notevole, ed i risultati, per ora, scarsi; ma quanto più si osa, nel mutare strutture e norme consuete e fino ad ora sufficientemente appaganti, tanto più diffidenze e resistenze — a volte fondate, d'altronde — stentano ad appianarsi.

Al di là delle singole norme sul tempo di lavoro, certo non perfette viste le modifiche già apportate con il decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, ma adatte ad aprire la strada verso nuove concezioni del lavoro inteso nel senso più ampio, interessa qui indicare qualche spunto di possibile realizzazione di obiettivi. Poniamo come linea-guida la *ratio* del legislatore, guidato dalle necessità contingenti, ma anche, e forse più, dalla rivoluzione tecnica, dall'immenso dilagare del settore dei servizi, dalla nuova struttura e decentralizzazione dell'impresa, il tutto comportando una parcellizzazione dell'attività, professionalità nuove e spesso non comprimibili nella subordinazione, in un Paese in attesa di una ripresa economica, che stenta ad avviarsi.

Sia la situazione di fondo, sia l'ansiosa ricerca da parte della legge

---

*di lavoro*, Cacucci, Bari, 2001, 147 ss.; e P. CESTER, M.G. MATTAROLO, M. TREMOLADA, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>(2)</sup> Rinvio a C. ENRICO, *Il tempo di lavoro: « révirement » della legislazione francese ed indirizzi comuni in Europa*, in *DRI*, 2003, 301 ss.; e cfr. M. MINÉ, *Droit du temps de travail*, L.G.D.J., Paris, 2004.

di affrontare i problemi sottesi a questa emergenza sono comuni a molti Paesi occidentali, e in particolare ad altri membri della Unione Europea: per non citare che qualche caso di cronaca, ricordiamo l'allungamento dell'orario a parità di salario in Germania, in Olanda e in Francia; e il taglio — senza licenziamenti, peraltro — di più di centomila posti di lavoro nella pubblica amministrazione in Gran Bretagna.

Le finalità sono chiare e note ai lavoratori: in Gran Bretagna le risorse risparmiate saranno destinate comunque al « welfare »; l'allungamento dell'orario in Germania e in Francia viene accettato per evitare ulteriori trasferimenti di attività produttive in Paesi con minor costo del lavoro.

## 2. Linee di tendenza della UE.

Il lavoro cambia, dunque, un po' per necessità, un po' per effettivi, radicali mutamenti nella società e nell'impresa; e i nodi critici dell'apparato legale sul tempo di lavoro, che pur da tempo gli interpreti avevano segnalato, sono stati affrontati dal decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 <sup>(3)</sup>, con l'intento non di risolverli una volta per tutte, ma di dettare strutture meno obsolete (con riferimento ad autorizzazioni, ispezioni, sanzioni); dare maggiore consonanza fra tempo di lavoro (e di non lavoro) ed esigenze di vita; fare un ovvio tentativo di perseguire così maggiori obiettivi occupazionali; e lasciare qualche forma di elasticità nell'interesse dei lavoratori (la fruizione, ad esempio, dello straordinario <sup>(4)</sup> e delle ferie).

Queste finalità possono facilmente essere volte in critiche al « prodotto » legislativo: che indubbiamente soffre proprio delle sue innovazioni ed anche dell'impossibile accoglimento di istanze confliggenti.

È comunque certo che con la caduta del lavoro « fordista » (contratto a tempo pieno, indeterminato e standardizzato), che era misura di tutto il diritto del lavoro e della sicurezza sociale, i parametri si sono modificati e non tutti in un'unica direzione: i contratti si fanno precari; diviene eterogeneo il tempo di lavoro; diminuisce il senso del « collettivo » e della tutela sindacale <sup>(5)</sup>. Ancora, c'è uno sviluppo dei bisogni

---

<sup>(3)</sup> In  *Orario di lavoro*.

<sup>(4)</sup> Sia nell'autonomia collettiva, sia in quella individuale: v. G. BOLEGO, *Il lavoro straordinario*, Cedam, Padova, 2004, 136 ss. e 140 ss.

<sup>(5)</sup> A ciò può avere contribuito la disponibilità sindacale ad accettare una

individuali del tempo libero; e una forte pressione politica per combattere la disoccupazione.

Parecchi Paesi europei fanno in conseguenza leggi nuove, che rispondano alle esigenze del periodo di transizione che viviamo: leggi che impongono ai lavoratori una flessibilità temporale del rapporto non sempre gradita, ma che portano anche norme di garanzia come il principio di « adeguamento del lavoro all'essere umano », che troviamo nelle considerazioni introduttive della direttiva n. 2003/88/CE <sup>(6)</sup>, con conseguenti imposizioni di periodi di riposo, pause, ritmi di lavoro compatibili per alleviare la monotonia e la ripetitività del lavoro; ed anche la facoltà di scegliere norme più favorevoli alla salute e alla sicurezza dei lavoratori di quanto faccia la direttiva, mediante regole (legali e non) a livello nazionale e, in buona parte, anche mediante contrattazione collettiva.

Su un altro versante, è ben presente a tutti i Paesi europei che l'elevato grado di protezione dato ai lavoratori dalle normative comunitarie e nazionali rende sempre più attuali scenari di « *dumping* sociale »: Paesi come l'India — a costo del lavoro ancora basso, con orari decisamente superiori allo *standard* europeo e un livello professionale discreto e, per taluni settori, buono — sono oggi un miraggio da inseguire per stabilirvi attività.


Come si può agire per fare convivere la ormai esistente competizione globale con la lenta ripresa dei sistemi produttivi dei Paesi europei? L'Unione Europea ha stabilito a Lisbona che entro il 2010 tutte le imprese di ogni Paese dovranno seguire delle regole, per stare sul mercato europeo. E qualche risultato è già raggiunto, con un metodo di « aggiramento », per i Paesi terzi, obbligati indirettamente ai parametri delle direttive europee: così per i C.A.E., nella direttiva n. 94/45/CE <sup>(7)</sup>, sono considerate destinatarie della normativa tutte le imprese di « dimensioni comunitarie »; così nella direttiva sulla sicurezza nel lavoro marittimo si impone uguale comportamento a tutte le navi che approdano in un porto dell'Unione, o attraccano a piattaforme appartenenti ad un Paese dell'Unione.

Un altro metodo consiste nell'usare un sistema di disincentivazione

---

diminuzione delle tutele relative alla flessibilità temporale del lavoro, e ad attuare rimodulazioni di orario più rispondenti alle esigenze dell'impresa: cfr. V. LECCESE, *op. cit.*, 388 ss.

<sup>(6)</sup> In  *Orario di lavoro*.

<sup>(7)</sup> In  *Comitato aziendale europeo (CAE)*.



dei comportamenti sociali ed economici meno virtuosi, cercando sempre di coniugare la *convenienza* con l'uso di un codice etico (ad esempio: perché questo è applicato dai concorrenti; perché sono i consumatori che lo richiedono; perché i prezzi possono anche essere superiori, ma non fanno perdere quote di mercato, se garantiscono trasparenza).

Fra le regole di responsabilità sociale quella sull'orario di lavoro, su pause e riposi, su limiti al lavoro notturno sono sempre presenti nei codici già adottati in Gran Bretagna e molto più negli Stati Uniti: la via da percorrere in Italia per far raggiungere alle imprese una « immagine » che generi miglioramenti in termini di salute dei lavoratori, di prevenzione di incidenti sul lavoro (enorme risparmio per l'impresa), di diritti dei lavoratori e dell'ambiente passa anche da una normativa equilibrata del tempo di lavoro.

### **3. Il lavoratore al centro dell'intervento comunitario.**

Il tema di fondo della direttiva europea sul tempo di lavoro è costituito dalla ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela dell'essere umano e la soddisfazione delle esigenze di flessibilità dell'impresa (ed anche del dipendente).

In effetti, la strada verso una sempre maggiore valorizzazione della personalità del lavoratore, nel suo aspetto soggettivo e privato, ha caratterizzato la legislazione europea dell'ultimo decennio abbondante, impregnando vieppiù il nostro sistema attraverso la normativa di recepimento di principi ispiratori di nuove tutele che, tuttavia, non erano affatto estranee all'ordinamento nazionale.

In particolare, si è mutata l'ottica anticamente utilizzata, di stampo economicistico, dell'uomo come forza lavoro (comportante la subordinazione dei suoi aspetti privati alla funzionalità dello stesso nella collaborazione all'impresa ed alla collocazione all'interno dell'organizzazione), giungendo ad una dichiarata visione dell'uomo nel suo aspetto umano, con una vita privata spesso intensa, con affetti, interessi ed attività che poco hanno a che vedere con la sua funzione di lavoratore.

Da un lato, gli aspetti della vita non devono necessariamente soccombere alle esigenze dell'impresa; dall'altro, l'impatto del lavoro sul privato non deve portare a modificare quest'ultimo in maniera ingiustificata o intollerabile (per contro, ritenere che sia possibile l'assenza di qualunque impatto costituisce mera utopia).

Così, già nelle attuazioni delle direttive in materia di lavoro a tempo parziale <sup>(8)</sup> (di cui al decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61 <sup>(9)</sup>, peraltro modificato dal decreto legislativo n. 276/2003) e di lavoro a termine — regolato dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 <sup>(10)</sup> — si era capovolta l'impostazione, giungendo a considerare che era il lavoratore a poter necessitare di maggior tempo da dedicare alla propria vita e ad avere pertanto interesse alla costituzione di rapporti di lavoro a modulo temporale ridotto o limitato, e non obbligatoriamente solo l'azienda a voler ridurre il complessivo onere da lavoro, mediante una precarizzazione non sempre desiderata (sostituita nella nuova normativa dal generale criterio di « adattabilità »).


Si tratta, in sostanza, di una quasi rivoluzione copernicana — almeno teorica — nell'universo delle tutele afferenti il rapporto di lavoro, che ha portato al centro anche, e per certi versi prevalentemente, l'essere umano, con le sue necessità di vita, insieme alle esigenze dell'azienda.


Del resto anche la Carta costituzionale, sebbene inserisca entrambe le situazioni sotto il medesimo titolo dedicato ai rapporti economici, configura il rapporto di lavoro (tutelando, mediante le garanzie retributive di cui all'articolo 36 Cost., il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa), quanto al lavoratore tra i diritti personali, quanto al datore tra i diritti di natura economico-patrimoniale (a mente dell' articolo 41 Cost.).

Non è facile, come già da altri notato <sup>(11)</sup>, valutare se davvero, rispetto alla precedente normativa interna in materia, a partire dal regio decreto legge 15 marzo 1923, n. 692 <sup>(12)</sup> (che limitò l'orario settimanale massimo di lavoro a 48 ore) e fino alla legge 24 giugno 1997, n. 196 <sup>(13)</sup> (che ha fissato il principio generale dell'orario normale di lavoro in 40 ore, poi ripreso e confermato dall'articolo 4 del decreto legislativo in commento), le disposizioni della direttiva e, soprattutto, il decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, che ha dato attuazione alla stessa nel

---


<sup>(8)</sup> Cfr. i contributi contenuti in questa Parte, Sez. (B).

<sup>(9)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(10)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(11)</sup> M. LAI, *Nuova disciplina del tempo di lavoro e tutela della salute e della sicurezza: riflessioni sul d.lgs. n. 66/2003*, in RIDL, 2004, I, 63-65.

<sup>(12)</sup> In  *Orario di lavoro*.

<sup>(13)</sup> In  *Lavoro interinale*.

sistema italiano, costituiscano un effettivo e concreto avanzamento delle tutele apprestate al lavoratore dalla normativa nazionale.

È evidente, però, d'altro canto, che costituirebbe grave ingenuità valutare il provvedimento astraendolo dalla complessa riforma del mercato del lavoro e dell'occupazione: anche temporalmente, la norma in oggetto si colloca tra la legge n. 30/2003 ed il decreto legislativo n. 276/2003 che ha attuato le deleghe ivi conferite al Governo; e non si può ritenere che la *ratio* sottesa non sia quella, comune e di fondo, di offrire contemporaneamente tutela al lavoratore e risposta alle crescenti esigenze di flessibilità e competitività delle imprese.

Solo un bilanciato contemperamento di questi interessi, apparentemente in contrapposizione, può consentire di raggiungere l'obiettivo di migliorare le condizioni di lavoro di chi lavora ed allo stesso tempo favorire lo sviluppo dell'impresa, quale elemento fondamentale nella creazione di nuove occasioni di lavoro.

Ed in effetti, in particolare per le nuove (o riviste) tipologie di lavoro ad orario flessibile o ridotto di cui all'articoli 33 e ss., il decreto legislativo n. 276/2003 utilizza criteri e definizioni mutuati direttamente dal decreto in materia di orario di lavoro.

#### 4. Una normativa in evoluzione.

L'organizzazione dell'orario di lavoro, in molti suoi aspetti, riguarda esattamente il rapporto tra uomo ed attività lavorativa, quest'ultima vista come fonte di sostentamento, ma anche come impegno costante che si pone al centro e condiziona la vita personale: tale ambito deve pertanto essere improntato al principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano (e non viceversa), enunciato da ultimo nel *considerando* n. 13, direttiva 4 novembre 2003, n. 88.

Il fermento a livello europeo in relazione all'allargamento delle tutele di tali aspetti del rapporto di lavoro è chiaramente indicato dall'incalzante attività di adeguamento del legislatore comunitario, che ha condotto, nel giro di una decina d'anni, alla prima formulazione, all'integrazione e quindi alla riformulazione completa della direttiva in materia di tempo del lavoro, tanto che il decreto legislativo n. 66/2003, costituente — con le modifiche già ad esso apportate dal successivo decreto legislativo 19 luglio 2004, n. 213 <sup>(14)</sup> — la norma interna in

---

(14) In  *Orario di lavoro*.

materia di organizzazione dell'orario di lavoro, si fonda su atti normativi europei già superati (le direttive n. 2000/34/CE e n. 93/104/CE, ormai sostituite dalla riformulata direttiva n. 2003/88/CE), seppur la sostanza dei contenuti non sia variata in maniera rilevante, data la sostanziale adeguatezza della precedente normativa.


A ben vedere, il decreto n. 66/2003 ha risposto, in primo luogo, all'esigenza di dare attuazione organica alla direttiva europea — anche a seguito della condanna subita dalla Corte di Giustizia con sentenza 9 marzo 2000 <sup>(15)</sup> —, per il mancato recepimento della norma sovranazionale ben oltre il termine di tre anni dall'entrata in vigore, dalla stessa fissato.

In effetti, la strada aperta con la direttiva 23 novembre 1993, n. 104, è stata ripresa, con alcune modifiche, dalla direttiva 22 giugno 2000, n. 34, al fine di comprendere i settori e le attività esclusi dalla prima; quindi, con la direttiva 4 novembre 2003, n. 88, a seguito di sostanziali modifiche asseritamente subite dalla norma originale, si è provveduto integralmente alla sua riformulazione, per motivi di chiarezza.

Il problema di recepimento della nuova direttiva, in vigore dal 2 agosto 2004 (con espressa formale abrogazione — e sostituzione — della direttiva n. 93/104/CE), sembra non porsi in maniera rilevante, data l'ampiezza della portata del decreto legislativo n. 66/2003, il quale, a discapito di un'intestazione riferita soltanto a « taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro », procede in realtà ad una nuova integrale codificazione di tutti gli aspetti relativi al tempo di lavoro, come ben chiarito dalla previsione (contenuta all'articolo 19) di totale abrogazione di tutte le disposizioni legislative e regolamentari in materia, salve quelle espressamente richiamate <sup>(16)</sup>.

Tra i principi che ispirano la norma, spicca in primo luogo l'ampio ruolo previsto per la contrattazione collettiva relativamente al contenuto concreto delle previsioni ed alle possibili deroghe a molte di

---

<sup>(15)</sup> In  *Orario di lavoro*. Nel caso C-386/98; la si veda in *European Court Reports*, 2000, I-1277.

<sup>(16)</sup> La formulazione originaria dell'art. 19 aveva destato alcune perplessità, laddove prevedeva la sopravvivenza, accanto a quelle espressamente richiamate, delle disposizioni aventi carattere sanzionatorio, dati i problemi che non può non porre la permanenza in vigore di una sanzione in via autonoma rispetto al precetto cui si riferisce. A tale possibile incongruenza è stato posto rimedio con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 213/2004, che ha soppresso tale previsione e provveduto a costituire un apparato di sanzioni specifico, con l'inserimento dell'art. 18<sup>bis</sup> nel d.lgs. n. 66/2003.

esse, come del resto espressamente autorizzato dalla direttiva n. 2003/88/CE, la quale prevede la possibilità di deroga mediante contratto collettivo o accordo tra le parti sociali a livello nazionale, o addirittura di livello inferiore, di molte previsioni minime.

Tale impostazione (*recte*: quella analoga contenuta nelle direttive precedenti) è stata fatta immediatamente propria dal legislatore interno che, all'articolo 22, legge 1° marzo 2002, n. 39<sup>(17)</sup> (contenente la delega di cui il decreto legislativo n. 66/2003 costituisce attuazione), prevede, quali principi e criteri direttivi della novella, la recezione dei criteri di attuazione di cui all'avviso comune sottoscritto dalle parti sociali il 12 novembre 1997<sup>(18)</sup> ed il riconoscimento degli effetti dei contratti collettivi vigenti al momento dell'entrata in vigore dell'emanando (ed ora vigente) decreto, con ampio ruolo, nella eventuale modifica ed integrazione delle norme esistenti, delle associazioni sindacali, anche datoriali, maggiormente rappresentative.

Il livello di contrattazione collettiva destinato ad integrare o, nei casi consentiti, a derogare alle previsioni del decreto dovrebbe essere quello nazionale ad opera delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative<sup>(19)</sup>, che appare l'unico idoneo a garantire l'uniformità di regolamentazione in tutto il Paese delle prescrizioni minimali in materia di orario di lavoro, indicata come obiettivo della norma dall'articolo 1, comma 1; anche laddove sia prevista la possibilità di deroga ad opera di livelli di contrattazione inferiori, l'ambito generale delle regole (e, pertanto, dei criteri) deve essere comunque fissato dai sindacati nazionali dotati del requisito in oggetto<sup>(20)</sup>, salvo che si

---

(17) In  *Orario di lavoro*.

(18) In  *Orario di lavoro*.

(19) In effetti, nel decreto sono utilizzate entrambe le definizioni, di maggiore rappresentatività e di comparativamente maggiore rappresentatività, in relazione alle associazioni sindacali abilitate ad intervenire sulle materie parzialmente disponibili. Sulla prima nozione, si veda G. CONTE, *Il « sindacato maggiormente rappresentativo » nella giurisprudenza*, in GC, 1993, II, 463; C. ASSANTI, *La maggiore rappresentatività del sindacato tra difficoltà vecchie e nuove*, in RGL, 1988, I, 319; V. POSO, *Sulla nozione di sindacato maggiormente rappresentativo*, in RIDL, 1988, II, 607; C. ENRICO LUCIFREDI, *Considerazioni di diritto comparato su sindacato maggioritario e sindacati maggiormente rappresentativi*, in DL, 1987, I, 185. Sulla seconda nozione, utilizzata nel nostro sistema già nella l. n. 196/1997, L. SILVAGNA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in DRI, 1999, 211.

(20) Si veda, però, D. GAROFALO, *Il D.Lgs. n. 66/2003 sull'orario e la disciplina previdente: un raccordo problematico*, in LG, 2003, 997, il quale è dell'opinione che, rispetto alla disciplina previgente, non risulti più privilegiato il livello nazionale di

tratti di deroghe *in melius*, a meno di rari espliciti divieti di regolamentazione migliorativa <sup>(21)</sup>, che è invece peraltro espressamente favorita dall'articolo 15 della direttiva.


La delega di funzioni all'autonomia collettiva resta tuttavia subordinata al rispetto del vero principio informatore della norma, ovvero la tutela del lavoratore anche in quanto essere umano, in vista dell'interesse primario di protezione della salute come bene fondamentale della persona, che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico, come statuito dal quarto *considerando* della direttiva n. 2003/88/CE in osservanza dell'articolo 137 del trattato istitutivo.


La tutela della salute del lavoratore, imposta non soltanto dall'articolo 2087 c.c., ma anche e soprattutto dall'articolo 32 Cost. e, per parte del datore di lavoro, dall'articolo 41, comma 2, Cost., emerge in modo evidente dalla definizione del periodo di « riposo adeguato », indicata dall'articolo 1 quale lasso di tempo non rientrante nell'orario di lavoro, a cadenza regolare e di durata e continuità sufficiente a consentire il pieno recupero psicofisico, in maniera da evitare non solo danni alla salute, sia a breve che a lungo termine, ma anche possibili danni attribuibili alla stanchezza o ad altri fattori che possano cagionare lesioni a se stessi o ad altri lavoratori.

In realtà è proprio questa definizione negativa di orario <sup>(22)</sup> di lavoro ad essere il vero oggetto della norma cui, pur nell'ovvio rispetto delle esigenze aziendali, l'organizzazione del tempo di lavoro deve, il più possibile, adeguarsi (dacché, anche nella direttiva in oggetto, le considerazioni di natura economica sono parzialmente decentrate rispetto al punto focale degli interessi, pur se certamente non escluse).

---

contrattazione collettiva, con conseguente delega di competenza anche ai livelli inferiori, nonostante la minore idoneità a garantire uniformità di tutela ai lavoratori.

<sup>(21)</sup> Infatti, Cass. 28 maggio 2004 n. 10353, in  *Orario di lavoro*, ha confermato che « in materia di orario di lavoro, alla contrattazione collettiva di qualsiasi livello è in ogni caso consentito derogare in meglio alla legislazione in materia, come pure introdurre articolazioni diverse dell'orario di lavoro ivi previsto, mentre la contrattazione collettiva aziendale può poi derogare *in melius* rispetto alla contrattazione collettiva nazionale, quantomeno in difetto di inderogabili regole di competenza e di espliciti divieti di deroghe migliorative ».

<sup>(22)</sup> Ed in effetti, la C. Giust., nell'interpretazione della precedente, ma analoga, direttiva n. 93/104/CE, ritiene le due nozioni, di orario e di riposo, mutuamente esclusive, come pure emerge dalla formulazione della definizione del secondo accolto nel decreto. Cfr. C. Giust. 3 ottobre 2000 resa nel proc. n. 303/98, in  *Orario di lavoro*; si veda la pronuncia, insieme a nota di L. DEGAN, *Orario di lavoro: disponibilità e reperibilità del lavoratore*, in OGL, 2000, 90.

## 5. L'attuazione della direttiva in Italia.

L'apparente omnicomprensività della nozione di orario di lavoro utilizzata nel decreto (così come nella direttiva n. 2003/88/CE) tenta probabilmente di soddisfare questa esigenza di adeguatezza dei riposi, menzionando tutti i periodi in cui il dipendente sia al lavoro, durante il vero e proprio svolgimento dell'attività lavorativa o nelle sue funzioni, ma anche quando sia comunque a disposizione del datore di lavoro.

Pur non essendo reiterato il requisito della effettività<sup>(23)</sup> proprio della norma precedente, la non chiara formulazione della norma evidenzia che l'orario decorre, in ogni caso, dal e nel momento in cui il lavoratore si trovi « al lavoro » a disposizione del datore e nell'esercizio dell'attività (che, peraltro, ben può consistere in una messa a disposizione delle energie lavorative per l'utilizzo da parte del datore).

Una conferma nella interpretazione del criterio di orario accolto dal legislatore interno, che ricalca integralmente la definizione elaborata nella direttiva europea, proviene dalla Corte di Giustizia che, con sentenza 9 settembre 2003, resa nel proc. n. 151/2002<sup>(24)</sup>, ha chiarito che all'interno dell'orario di lavoro rientrano interamente i periodi di inattività nei quali, seppur al lavoratore sia consentito riposare ove non richiesta la sua opera, lo stesso sia comunque fisicamente presente — in adempimento della sua obbligazione contrattuale — sul posto di lavoro<sup>(25)</sup>.

Tale inclusione, che non è affatto contraria alla nozione di effettività, risponde pienamente alla necessità di tutela della salute, anche mediante contromisure a quello *stress* comunque derivante dall'impegno lavorativo, che impedisce di godere appieno del proprio tempo privato.

Il problema dei lavori discontinui o di semplice attesa o custodia è affrontato e risolto nel successivo articolo 16, mediante la sottrazione di tali tipi di attività dall'ambito di applicazione della disciplina sulla durata massima settimanale dell'orario di lavoro, ché, diversamente, i

---

(23) Per un'attenta analisi, A. GIULIANI, *La nuova nozione di orario di lavoro nel d.lgs. n. 66 del 2003 e il vecchio criterio dell'effettività*, in *ADL*, 2003, 769.

(24) In  *Orario di lavoro*.

(25) È il caso dei turni di guardia notturna dei medici ospedalieri, le cui fasi di inattività non possono pertanto qualificarsi come periodi di riposo. Si veda la sentenza in *RIDL*, 2004, II, 3, con nota di M. VINCIGI, *Una nuova pronuncia della Corte di Giustizia in merito alla nozione di orario di lavoro*.



lavori con tale caratterizzazione sarebbero divenuti troppo onerosi — sotto ogni possibile profilo — per non essere destinati all'estinzione.

Diverso problema è costituito dal dubbio circa la computabilità nell'orario di lavoro (e della conseguente retribuibilità) del tempo necessario ad indossare gli abiti idonei alla prestazione <sup>(26)</sup>. Ad avviso di chi scrive, indipendentemente dalla presenza fisica del lavoratore sul luogo di lavoro, tale periodo dovrebbe essere considerato soltanto propedeutico alla prestazione, seppur occasionato da essa, in particolar modo se gli indumenti richiesti siano resi obbligatori da norme di legge: durante il tempo necessario alla vestizione (il c.d. « tempo tuta ») il lavoratore si sta solo mettendo in grado di adempiere con la necessaria diligenza alla imminente prestazione contrattuale, di tal che il computo parrebbe potersi legittimamente escludere.

Resta fuori dalla nozione di orario di lavoro la c.d. disponibilità (o reperibilità), che occorre quando il lavoratore non sta prestando attività lavorativa, ma è tuttavia a disposizione del datore di lavoro.

Tale possibilità, perlopiù limitata in precedenza ad alcune particolari figure lavorative, trova adesso applicazione generale (seppur nei limitati casi individuati dall'autonomia collettiva o, in via sussidiaria, ministeriale) nel lavoro intermittente, disciplinato agli articoli 33 e ss. del decreto legislativo n. 276/2003, che individua la possibilità di una indennità mensile di disponibilità, esclusa dal computo degli istituti di legge e di contratto collettivo, « corrisposta al lavoratore per i periodi nei quali il lavoratore stesso garantisce la disponibilità al datore di lavoro in attesa di utilizzazione », per i casi in cui il prestatore si obbliga contrattualmente a rispondere alla chiamata del datore di lavoro. Seguendo il normale principio di corrispettività (ed in analogia a quanto avviene, ad esempio, per i contratti di somministrazione dell'energia elettrica, in cui è pagata una potenza minima impegnata, pur in assenza di effettivo consumo da parte dell'utente), tale disturbo — che in qualche maniera incide sulla vita privata del lavoratore, ma che tuttavia non è in alcun modo impedito (salvo il caso di effettiva chiamata da parte del datore) — è giustamente compensato, pur non rientrando — ad ogni altro fine — nell'orario di lavoro.

Resta da dire circa l'universalità delle norme in materia di orario di lavoro, che si applicano in via generale a tutti i settori di attività pubblica e privata, esclusi soltanto quei lavori che, per particolarità o

---

<sup>(26)</sup> In merito al problema, L. AZZARI, *La retribuzione del tempo per indossare gli indumenti di lavoro e il rimborso delle spese per il loro lavaggio*, in LG, 2003, 641.



specialità, sono oggetto di separata regolamentazione, quali la gente di mare, dell'aria e, in generale, i lavoratori « mobili ».

Deroghe, invece, alla disciplina dell'orario sono contenute negli articoli 16 e 17 del decreto, perlopiù in ragione della particolarità dell'attività cui si riferiscono, con rinvio alla contrattazione collettiva per l'individuazione della regolamentazione alternativa a quella legale.

## 6. Valutazione legislativa del tempo di lavoro.

Il tempo di lavoro costituisce elemento fondamentale per la stessa valutazione della prestazione, segnando — salvo rari casi, nell'ambito della subordinazione, e salva la dubbia norma in materia di lavoro a progetto — il metro di giudizio della quantità della prestazione eseguita, al fine della proporzionalità della retribuzione.

L'orario di lavoro, e tutto quanto invece ricade al di fuori di esso, costituisce in tal senso elemento integrante della disciplina di quasi tutte le figure previste nella norma di attuazione della Legge Biagi, di cui del resto, nel decreto legislativo n. 66/2003, viene anticipata l'impostazione.

Già infatti può considerarsi introdotto il principio della « flessibilità assistita » (o « garantita »), che consente ampi spazi di manovra per la volontà collettiva, pur all'interno di livelli minimi di sicurezza previsti direttamente dal legislatore ed invalicabili.

Se da un lato, con l'articolo 3, decreto legislativo n. 66/2003, vengono confermate le 40 ore settimanali quale durata dell'orario normale di lavoro, con possibilità di deroga soltanto riduttiva ad opera dei sindacati, d'altra parte l'articolo 16 introduce una ampia serie di attività escluse da tale tetto massimo, individuate a seconda della particolarità e necessità del settore e della specifica mansione, oltre che quelle che comportino prestazioni discontinue o di semplice attesa e custodia.

L'elemento di flessibilità vincolata è affidato alla contrattazione collettiva, che può, oltre a stabilire deroghe *in melius*, riferire la durata media dell'orario ad un periodo più ampio, purché non superiore all'anno.

Parimenti, l'individuazione della durata massima settimanale del tempo di lavoro è demandata alla volontà collettiva, nel limite massimo, fissato in una media di 48 ore, comprensive di eventuale straordinario, spalmlabile tuttavia su un periodo di tempo non superiore a quattro mesi.

Mentre l'individuazione di tale maggior periodo di tempo è da

ritenersi demandata alle prerogative organizzative del datore di lavoro, le organizzazioni sindacali possono concordare l'innalzamento di tale periodo fino a sei mesi, senza particolari ragioni giustificative, e fino a dodici mesi qualora ricorrano ragioni tecniche od organizzative, oggettivamente apprezzabili e specificamente indicate.

Il superamento dell'orario normale comporta, come in passato, l'applicazione delle maggiorazioni previste per il lavoro straordinario, il ricorso al quale, in linea di principio — e con il permanere del sostanziale, tradizionale disfavore del legislatore in materia — deve « *essere contenuto* » e non eccedere il limite generale delle 250 ore annuali, salve esigenze eccezionali o diverse disposizioni dei contratti collettivi (e salvi in ogni caso i limiti sulla durata massima dell'orario settimanale).

Dal momento che il principio che sorregge la prestazione straordinaria, regolamentata all'articolo 5, decreto legislativo n. 66/2003, è quello volontaristico del previo accordo tra datore e lavoratore, sembra superflua — nell'ottica della mutata impostazione per la figura del lavoratore e della flessibilità — la previsione di un limite massimo annuale al lavoro straordinario (se non quale strumento di politica del lavoro al fine della creazione di nuove occasioni di lavoro, in luogo del sovrautilizzo della manodopera esistente).

Infatti, nell'attuale stato di crisi economica e di indubitabile perdita di potere d'acquisto del salario, non si comprende la ragione per impedire al singolo lavoratore di impegnarsi maggiormente al fine di far quadrare meglio i conti del bilancio familiare.

Se la ragione a detto limite, invece che di politica del lavoro, fosse di stampo meramente protezionistico, la stessa dovrebbe considerarsi fuori luogo, dal momento che la base volontaria di prestazione dello straordinario tutela ampiamente il lavoratore che non intenda prestarlo e che qualunque reazione da parte del datore all'eventuale rifiuto costituirebbe comportamento illegittimo e discriminatorio, avverso cui gli strumenti di tutela apprestati al lavoratore non mancano.

SEZIONE B  
IL NUOVO LAVORO A TEMPO PARZIALE


2.


**LA NUOVA DISCIPLINA DEL LAVORO A TEMPO PARZIALE  
TRA LEGGE, CONTRATTO COLLETTIVO,  
CONTRATTO INDIVIDUALE**

LAURA PISCHEDDA


SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il lavoro a tempo parziale: la nuova disciplina. — 3. *Segue*: i rapporti tra contratto collettivo e individuale.

**1. Premessa.**

Con l'articolo 46 del decreto legislativo n. 276/2003, attuativo della legge n. 30/2003, è stata profondamente modificata la vigente disciplina del lavoro a tempo parziale contenuta nel decreto legislativo n. 61/2000, come modificato dal decreto legislativo n. 100/2001  <sup>(1)</sup>.

Tale intervento riformatore — che si inserisce nell'ampio disegno di modernizzazione del mercato del lavoro auspicato dal professore Marco Biagi e concretizzatosi nel decreto legislativo del 2003 — si è reso quantomai necessario, e appare quindi del tutto opportuno, a seguito della costante ostilità manifestata nei confronti del rapporto di lavoro a tempo parziale e del conseguente scarso ricorso allo stesso  <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*. Per un esame della citata normativa e della disciplina introdotta si vedano i volumi collettanei di M. BIAGI (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Giuffrè, Milano, 2000; M. BROLLO (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Ipsoa, Milano, 2001; F. LISO (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Luiss Edizioni, Roma, 2002.

<sup>(2)</sup> Cfr. il contributo di A. RUSSO, *Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale: lavoro supplementare, lavoro straordinario, clausole flessibili ed elastiche*, che segue.

Il riscontro negativo ottenuto in ambito pratico da tale tipologia contrattuale, che ha posto l'Italia sotto la media europea quanto ad utilizzo del lavoro a tempo parziale <sup>(3)</sup>, è stato imputato unanimemente dalla dottrina giuslavoristica alla eccessiva farraginosità, e alla conseguente difficile applicabilità, della normativa contenuta nei decreti legislativi del 2000; questi ultimi, emanati allo scopo di recepire nel nostro ordinamento la direttiva comunitaria n. 97/81/CE <sup>(4)</sup>, hanno di fatto sostanzialmente disatteso la *ratio* ispiratrice della stessa, nonché mortificato l'intervento promozionale del legislatore comunitario contenuto nell'invito rivolto agli Stati membri ad eliminare gli ostacoli in grado di delimitare le possibilità di lavoro a tempo parziale <sup>(5)</sup>.

Spinto, dunque, dall'esigenza di giungere ad una maggiore valorizzazione del part-time in Italia, muovendo da una indispensabile semplificazione normativa, il nostro legislatore ha ri-regolamentato tale rapporto di lavoro ed è intervenuto sulla disciplina previgente non attraverso una totale riscrittura della stessa ma apportandovi modifiche e correttivi parziali <sup>(6)</sup> il cui ambito applicativo è, tuttavia, limitato al solo settore privato.

## 2. Il lavoro a tempo parziale: la nuova disciplina.

La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale, infatti, non trova applicazione ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, come è stato precisato anche dalla circolare ministeriale del 18 marzo 2004, n. 9 <sup>(7)</sup>, la quale, inoltre, sottolinea che il nuovo


---

<sup>(3)</sup> Si vedano i dati statistici indicati da M. TIRABOSCHI, *Problemi e prospettive del nuovo lavoro a tempo parziale*, in *GLav*, 2004, n. 13, 13. Per una analisi comparata cfr., in particolare, COMMISSIONE EUROPEA, *Employment in Europe 2002*, DG Employment and Social Affaire; cfr. anche M. TIRABOSCHI, *La disciplina del lavoro a tempo parziale, un quadro comparato di sintesi*, in M. BIAGI (a cura di), *op. cit.*

<sup>(4)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(5)</sup> Si veda M. BIAGI (a cura di), *op. cit.*; T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, e anche M. BIAGI, *Il d.lgs. 26 febbraio 2001 n. 100. Le modifiche alla disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *GLav*, 2001, n. 15, 10 ss.

<sup>(6)</sup> Alcuni autori ritengono che questa scelta sia dettata dall'intenzione di rafforzare l'idea di una disciplina « fedelmente » comunitaria del lavoro a tempo parziale. Sul punto si veda M. BROLLO, *La riforma del lavoro a tempo parziale: le nuove flessibilità*, in *LG*, 2004, n. 3, 253; A. RUSSO, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *GLav*, 2003, n. 4, suppl., 182-183.

<sup>(7)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

part-time è invece ammesso in tutte le ipotesi di contratto a termine, nell'ambito dei contratti di apprendistato o di inserimento, nonché nei rapporti di lavoro del settore agricolo.


Ciò premesso, occorre rilevare come una prima serie di modifiche riguardi il profilo definitorio di cui all'articolo 1 del decreto legislativo n. 61/2000: si tratta di correzioni di ordine puramente formalistico volte per lo più ad adeguare al mutato contesto legislativo i riferimenti normativi ivi contenuti.

Nel definire, pertanto, il lavoro a tempo parziale come il rapporto in cui l'orario di lavoro è inferiore a quello pieno, si è richiamata la nuova disciplina in materia di orario di lavoro, contenuta nel decreto legislativo n. 66/2003 <sup>(8)</sup>, per la quale il tempo pieno è quello normale fissato in quaranta ore settimanali o quello eventualmente minore fissato dai contratti collettivi (articolo 3, decreto legislativo n. 66/2003).

Ma gli interventi di portata maggiormente significativa — e che più di altri sono stati fatti oggetto, da parte della dottrina giuslavoristica, di una scrupolosa disamina nonché di severe considerazioni critiche — hanno riguardato il sistema delle fonti di regolamentazione delle flessibilità c.d. funzionali, traducendosi nella complessiva riformulazione dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 61/2000.

L'articolo indicato, disciplinando le modalità di flessibilizzazione della prestazione di lavoro consistenti nel ricorso al lavoro supplementare — ovvero al lavoro la cui durata eccede quella stabilita dalle parti ma non supera il limite del tempo pieno — o alla variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa (c.d. clausole elastiche), prevedeva, nella versione originaria, un rigido intreccio di vincoli legali e sindacali che, nel porsi a tutela del lavoratore a tempo parziale, determinavano, tuttavia, una eccessiva restrizione degli ambiti riservati all'autonomia negoziale privata <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> In  *Orario di lavoro*. Sul d.lgs. n. 66/2003 cfr. per un primo commento R. DEL PUNTA, *La riforma dell'orario di lavoro*, in *DPL*, 2003, n. 22; per un commento sistematico v. C. CESTER, M.G. MATTAROLO, M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro: Commentario al d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Giuffrè, Milano, 2004, e C. ENRICO, L. RUGGIERO, *Il decreto legislativo n. 66/2003: finalità e principi generali*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(9)</sup> Cfr. il contributo di A. RUSSO, *Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale: lavoro supplementare, lavoro straordinario, clausole flessibili ed elastiche*, cit.

### 3. **Segue: i rapporti tra contratto collettivo e individuale.**

L'articolo 46 del decreto legislativo n. 276/2003, invece, ha per così dire ridisegnato i rapporti tra fonte collettiva e fonte individuale: tale disposizione normativa, infatti, nel modificare l'articolo 3 del decreto legislativo n. 61/2000, ha ridimensionato il ruolo assegnato alla contrattazione collettiva e, pur garantendo alla stessa una funzione centrale nella regolamentazione delle modalità di gestione del part-time sia a livello nazionale che a livello territoriale, ha riconosciuto ampi spazi all'autonomia negoziale privata attribuendole maggiori margini di intervento.

La nuova disciplina, infatti, se da un lato affida ai contratti collettivi di qualunque livello il compito di stabilire il numero massimo delle ore di lavoro supplementare effettuabili e le relative causali nonché le conseguenze del superamento delle ore di lavoro supplementare consentito dagli stessi contratti collettivi, dall'altro ammette l'effettuazione del lavoro supplementare anche in carenza di contrattazione collettiva purché ci sia il consenso del lavoratore interessato <sup>(10)</sup>: ciò induce a ritenere, dunque, che in mancanza di regolamentazione collettiva il ricorso al lavoro supplementare possa essere liberamente concordato dalle parti individuali senza alcun limite, che non sia quello del tempo pieno.

Analoga valorizzazione della contrattazione individuale si rinviene anche nella disciplina relativa alle clausole flessibili (quelle che consentono, nel part-time orizzontale, lo spostamento della collocazione temporale della prestazione) ed elastiche (quelle che permettono, nel part-time di tipo verticale o misto, di aumentare la durata della prestazione lavorativa).

In tali ipotesi, infatti, viene attribuito alla contrattazione collettiva il compito di stabilire le condizioni e le modalità in relazione alle quali il datore di lavoro può variare la collocazione del part-time o aumentarne la durata, e contemporaneamente si prevede, attraverso l'inserimento del comma 2-ter all'articolo 8 del decreto legislativo n. 61/2000, che in assenza di contrattazione collettiva il datore di lavoro e il prestatore possano concordare direttamente, senza alcuna limitazione, l'adozione di clausole elastiche o flessibili.

Proprio sul rapporto tra fonte individuale e fonte collettiva, in merito al quale sono stati forniti esempi particolarmente significativi, si

---

<sup>(10)</sup> Cfr. il nuovo capoverso del comma 3, art. 3 del d.lgs. n. 61/2000.

sono appuntati i rilievi critici di quegli esponenti della dottrina giuslavoristica che guardano con preoccupazione alle aperture concesse alla autonomia negoziale privata dalla novella riformatrice <sup>(11)</sup>.

È stato, infatti, da più parti segnalato il rischio di un sostanziale sovvertimento del sistema gerarchico delle fonti, attuato attraverso l'eliminazione dell'architave fondante il diritto del lavoro <sup>(12)</sup> consistente nella inderogabilità della norma di legge e, subordinatamente della norma collettiva « con abbassamento del baricentro vero della regolamentazione del rapporto di lavoro a livello individuale » <sup>(13)</sup>.

D'altro canto non si può non rilevare, al fine anche di porre un freno agli eccessivi allarmismi, come il ruolo attribuito alla autonomia privata sia puramente residuale; la contrattazione individuale, infatti, riveste un carattere suppletivo giacché interviene solo qualora manchi una specifica regolamentazione da parte dei contratti collettivi.

Nonostante, quindi, alcuni ritengano che la residualità della contrattazione individuale possa costituire « nei fatti un disincentivo alla contrattazione collettiva » <sup>(14)</sup> non può escludersi che la fonte individuale assolve, al contrario, una finalità sollecitatoria, consistente nello stimolare l'intervento dell'autonomia sindacale e volta ad evitare una regolamentazione « selvaggia » che potrebbe accentuare lo squilibrio esistente tra le parti del contratto di lavoro.

---

<sup>(11)</sup> Si veda in particolare M. BROLLO, *op. cit.*, 259 ss.

<sup>(12)</sup> In questi termini si esprime M. PAPALEONI, *Il nuovo part-time. Nel settore privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2004, 38.

<sup>(13)</sup> P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *CGIL Ufficio giuridico*, ottobre 2003, 1 (dattiloscritto).

<sup>(14)</sup> Così T. TREU, *Intervento alla seduta n. 182 della Commissione lavoro, previdenza sociale (11a)*, 17 luglio 2003, resoconto sommario della seduta in *www.senato.it*.





### 3.

## LE PRESCRIZIONI FORMALI

LAURA PISCHEDDA

SOMMARIO: 1. Premessa: la disciplina previgente. — 2. La disciplina attuale.

#### 1. Premessa: la disciplina previgente.

Per quanto attiene il profilo relativo al requisito formale del contratto di lavoro a tempo parziale, nessun intervento riformatore si è verificato ad opera del decreto legislativo n. 276/2003, il quale si è limitato a richiamare le previsioni in materia contenute negli articoli 2, comma 1, e 8, comma 1, del decreto legislativo n. 61/2000 <sup>(1)</sup>, lasciandole sostanzialmente invariate.


Viene confermato, quindi, l'obbligo per le parti di stipulare il contratto di lavoro part-time in forma scritta (articolo 2, comma 1), nonché l'attribuzione a tale requisito della valenza *ad probationem*, ovvero al fine di provare la sussistenza del rapporto di lavoro indicato (articolo 8, comma 1).

Appare, pertanto, del tutto superato il dibattito maturato sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale nel vigore della previgente disciplina contenuta nella legge n. 863/1984 <sup>(2)</sup> e relativo alla valenza da riconoscere all'elemento formale del contratto di lavoro part-time.

Si ricorda, infatti, come la previsione contenuta nell'articolo 5 della sopracitata legge, limitandosi a sancire unicamente la stipulazione per iscritto del contratto di lavoro a tempo parziale e non pronunciandosi in merito alle sanzioni derivanti dall'inosservanza di un tale obbligo, aveva determinato il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale diretto a conferire alla forma scritta del contratto part-time il valore di requisito *ad substantiam* e ad affermare, conseguentemente, la

---

<sup>(1)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(2)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

nullità dell'intero contratto, in caso di inosservanza della prescrizione formale indicata <sup>(3)</sup>.

## 2. La disciplina attuale.


La disciplina vigente, invece, introduce all'articolo 8 un sistema sanzionatorio che non dà adito a dubbi e che disciplina in modo puntuale gli effetti derivanti dall'inosservanza degli obblighi formali.


Nel caso in cui, infatti, la scrittura risulti mancante non si verifica l'automatica nullità dell'intero contratto di lavoro, ma è consentito il ricorso ai rimedi di diritto comune quali il giuramento, la confessione e la prova per testimoni, quest'ultima nei limiti indicati dall'articolo 2725 c.c., ovvero qualora vi sia l'incolpevole perdita del documento <sup>(4)</sup>.

Nondimeno, in difetto di prova in ordine alla stipulazione a tempo parziale del contratto di lavoro, è attribuita al lavoratore la facoltà di agire in giudizio e ottenere la dichiarazione della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno ma con effetto solo dalla data dell'accertamento giudiziale, salvo, ovviamente, il diritto alla retribuzione per le prestazioni effettivamente rese *ante tempus* (articolo 8, comma 1).

Sulla limitazione temporale indicata si sono appuntate le perplessità e i dubbi di legittimità costituzionale di parte della dottrina giuslavoristica: si è rilevato, infatti, come la disposizione contenuta nell'articolo 8, comma 1, faccia coincidere il *dies a quo* della conversione del rapporto di lavoro da part-time a tempo pieno con la data della pronuncia giudiziale, ponendo in tal modo a carico e pregiudizio del lavoratore le inevitabili lungaggini processuali, e determinando, inoltre, una ingiustificata disparità tra prestatori di lavoro in base alla

---

<sup>(3)</sup> Cfr. Cass. 24 aprile 1991 n. 4482; Cass. 3 maggio 1991 n. 4811; Cass. 11 agosto 1991 n. 8169; Cass. 10 giugno 1993 n. 6487; Cass. 7 febbraio 1994 n. 1226; Cass. 14 giugno 1995 n. 6713; Cass. 2 dicembre 1999 n. 13445; Cass. 29 dicembre 1999 n. 14692, tutte in  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(4)</sup> Si ricorda che la perdita incolpevole del documento è considerata configurabile ogni qualvolta in cui la condotta dell'interessato, rapportata alle particolari circostanze nelle quali la perdita si sia verificata, appaia immune da elementi di imprudenza o negligenza nella custodia, ciò che va accertato attraverso la dimostrazione di un fatto positivo, concretantesi nella prova di aver usato, nella custodia del documento, la diligenza del buon padre di famiglia. Cfr. Cass. 11 marzo 1983 n. 1822, in  *Lavoro a tempo parziale*.

accidentale circostanza della differenza dei tempi processuali nei diversi uffici giudiziari <sup>(5)</sup>.

È stata quindi indicata, quale unica interpretazione del dettato normativo sopra indicato rispettosa dei principi sanciti dagli articoli 3 e 24 Cost., quella che riconosce il diritto all'intera retribuzione sin dal momento dell'offerta della prestazione piena da parte del lavoratore con costituzione in *mora credendi* del datore di lavoro per la parte di prestazione rifiutata <sup>(6)</sup>.

L'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo n. 61/2000, anche in questa parte non modificato dalla novella del 2003, prevede come ulteriore prescrizione da rispettare nella stipulazione del contratto di lavoro a tempo parziale, che vengano puntualmente indicate sia la durata della prestazione lavorativa, sia la collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno; ciò al fine di garantire al lavoratore la possibilità di disporre pienamente del proprio tempo di vita e di organizzarlo attraverso una adeguata ripartizione tra tempo lavorativo e tempo libero.

La mancanza dei suddetti requisiti — pur non cagionando neanche in questo caso la nullità del contratto — determina conseguenze diverse sulla cui disciplina è intervenuto il decreto legislativo n. 276/2003 riformando il comma 2 dell'articolo 8 e prevedendo in particolare che, qualora l'omissione riguardi la durata della prestazione lavorativa, su richiesta del lavoratore potrà essere dichiarata la sussistenza fra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla data del relativo accertamento giudiziale.

Nell'ipotesi in cui, invece, non sia indicata la collocazione temporale in cui va ad inserirsi l'impegno lavorativo del dipendente, questa sarà determinata dal giudice con riferimento alle previsioni dei contratti collettivi di qualunque livello o, in mancanza, con valutazione equitativa che contemperi le esigenze del datore di lavoro con quelle del lavoratore.

In entrambi i casi, comunque, il lavoratore ha diritto, per il periodo antecedente la data della pronuncia della sentenza, oltre alla retribuzione dovuta, alla corresponsione di un ulteriore emolumento a titolo di risarcimento del danno.

---

<sup>(5)</sup> A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 50; M. PAPALEONI, *Il nuovo part-time. Nel settore privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2004, 100.

<sup>(6)</sup> Ancora A. VALLEBONA, *op. cit.*, e M. PAPALEONI, *op. cit.*



#### 4.

### MODALITÀ DEL RAPPORTO DI LAVORO A TEMPO PARZIALE: LAVORO SUPPLEMENTARE, LAVORO STRAORDINARIO, CLAUSOLE FLESSIBILI ED ELASTICHE

ALBERTO RUSSO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Le modalità di gestione flessibile del tempo ridotto: gli ambiti di applicazione. — 3. La disciplina del lavoro supplementare. — 4. Le clausole elastiche e flessibili: profili definitivi. — 4.1. La disciplina previgente. — 4.2. Le novità del decreto legislativo n. 276/2003.

#### 1. Introduzione.

La valorizzazione del part-time quale strumento di incentivazione dell'occupazione trova il proprio assioma socio-economico non nella semplice duplicazione delle posizioni lavorative sulla base di un'operazione meramente aritmetica, bensì nella gestione flessibile delle relative modalità temporali sul presupposto che è proprio nell'adeguamento del minor orario alle mutevoli esigenze imprenditoriali che si individua la spendibilità nel mercato di tale tipologia contrattuale <sup>(1)</sup>. In questa prospettiva, salvo le ipotesi patologiche di crisi aziendale, rispetto alle quali la riduzione dell'orario trova una giustificazione meramente difensiva, finalizzata cioè a diminuire il costo del lavoro a tutela dei livelli occupazionali nell'azienda, l'occupabilità del *part-timer* pare condizionata dalla presenza di un *surplus* organizzativo capace di superare le complicazioni transattive insite nella divisione del tempo pieno in più tempi parziali. *Surplus* prospettabile soprattutto, ma non solo, in relazione a quei settori in cui l'attività aziendale è cadenzata su orari più ridotti e concentrati, rispetto ai quali una idonea regolazione normativa delle possibilità di estensione e collocazione della presta-

---


(1) Cfr. i contributi contenuti in questa Sezione.


zione viene ad assumere un importante elemento di competitività dell'azienda, catalizzandosi in questi termini l'interesse per l'istituto contrattuale in esame. Nel settore del terziario, in particolare, esso può rappresentare uno dei moduli contrattuali più rilevanti per le imprese che non intendano avvalersi di forza-lavoro precaria o irregolare, poco motivata e comunque esclusa dai processi formativi; senza contare, in una ottica più complessiva, che il lavoro a tempo parziale può comportare una drastica riduzione dei livelli di assenteismo e consentire di migliorare non solo le *performances* produttive, ma anche, a differenza delle altre tipologie di lavoro c.d. « atipico » <sup>(2)</sup>, i livelli di tutela della salute e sicurezza sul luogo di lavoro.

Da quanto delineato, lo sfruttamento delle potenzialità del lavoro a tempo parziale non poteva quindi non passare attraverso una politica legislativa di promozione della flessibilità dei moduli temporali, in una logica di modernizzazione dell'equilibrio tra esigenze di programmazione del lavoratore ed esigenze imprenditoriali, equilibrio che senza scardinare l'impianto argomentativo della nota sentenza della Corte Costituzionale del 1992 <sup>(3)</sup>, tenga però in maggiore considerazione le reali dinamiche della domanda e della offerta. Questione peraltro che non attiene solo a meri interessi di razionalizzazione del sistema occupazione « sul banale presupposto che un impiego a part-time sia comunque preferibile a nessun impiego » <sup>(4)</sup>, ma anche a interessi di razionalizzazione delle esigenze personali del lavoratore sul presupposto che anche un part-time flessibile ma contrattualizzato continua a costituire una maggiore opportunità di conciliazione, rispetto al tempo pieno, tra impegno lavorativo e responsabilità familiari e/o sociali.

È del resto convinzione diffusa <sup>(5)</sup> che gli interventi adottati nel corso della passata legislatura, al fine di recepire nel nostro ordina-

---

<sup>(2)</sup> Con riferimento, invece, ai problemi legati alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori atipici ed in particolare dei lavoratori temporanei cfr., da ultimo, in una prospettiva di confronto fra la situazione italiana e quella spagnola, lo studio di V. HERNANZ, L. TOHARIA, *Do temporary contracts increase work accidents? A microeconomic comparison between Italy and Spain*, in *Fedea Working paper*, febbraio 2004, in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 40.

<sup>(3)</sup> C. Cost. 4 maggio 1992 n. 210, in  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(4)</sup> Così R. DEL PUNTA, *Art. 46. Norme di modifica al decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, e successive modifiche e integrazioni*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 473.

<sup>(5)</sup> Cfr. in particolare T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*,

mento la direttiva europea n. 97/81/CE sul lavoro a tempo parziale, abbiano fatto perdere una importante occasione per incentivare questo tipo di contratto. Il decreto legislativo n. 61/2000 <sup>(6)</sup>, anche in seguito alle modificazioni apportate dal decreto legislativo n. 100/2001 <sup>(7)</sup>, costituiva infatti una regolamentazione eccessivamente rigida e formalistica, che finiva con lo scontentare lavoratori (che infatti non trovano lavori a tempo parziale) e imprese (che rifiutano di ricorrere a uno strumento contrattuale ritenuto eccessivamente, se non inutilmente oneroso). Inutili appesantimenti burocratici mortificavano in effetti l'autonomia individuale delle parti e anche il ruolo della contrattazione collettiva nella gestione di uno strumento contrattuale che, negli altri Paesi, ha mostrato di poter fornire occasioni di lavoro di buona qualità <sup>(8)</sup>. Soprattutto i vincoli (e i divieti) legislativamente imposti alla introduzione di clausole flessibili ed elastiche comprimevano ingiustificatamente la autonomia delle parti sociali e quella dei soggetti titolari dei rapporti di lavoro, trattati, si è detto <sup>(9)</sup>, con ingiustificata subalternità dal legislatore.

La disciplina contenuta nell'articolo 46 del decreto legislativo n. 276/2003 attuativo della legge 14 febbraio 2003, n. 30, sembra ora preannunciare, in relazione alle modalità temporali del part-time, una regolamentazione che, sebbene non aliena da profili di disomogeneità sistematica, restituisce tuttavia alla contrattazione collettiva e alle pattuizioni individuali piena operatività; una regolamentazione che, se bene sostenuta dalle parti sociali, potrebbe dunque essere idonea a valorizzare pienamente tutte le potenzialità del lavoro a tempo parziale in termini di strumento di adattabilità degli interessi di lavoratori e imprese <sup>(10)</sup>.

---

Il Mulino, Bologna, 2001, e anche M. BIAGI, *Il d.lgs 26 febbraio 2001, n. 100. Le modifiche alla disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *GLav*, 2001, n. 15, 10 ss.

<sup>(6)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(7)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(8)</sup> Per l'analisi del caso italiano nel contesto europeo cfr. M. SAMEK LODOVICI, R. SEMENZA, *Il lavoro part-time. Anomalie del caso italiano nel quadro europeo*, F. Angeli, Milano, 2004.

<sup>(9)</sup> Sul punto cfr. le considerazioni di A. RUSSO, M. TIRABOSCHI, *Art. 5 - Tutela e incentivazione del lavoro a tempo parziale*, in M. BIAGI (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, 131-149.

<sup>(10)</sup> Per una valutazione estremamente critica della nuova disciplina del part-time cfr. peraltro P. ALLEVA, *Ricerca analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, ufficio giuridico Cgil, in *www.cgil.it*.

## 2. Le modalità di gestione flessibile del tempo ridotto: gli ambiti di applicazione.

Elemento caratterizzante la nuova disciplina è certamente la rimodulazione degli strumenti di flessibilità dei tempi di lavoro. Se infatti, da una parte, viene conservata l'unicità della regolamentazione circa la ricollocabilità dell'orario dedotto nel contratto, dall'altra, viene differenziato l'ambito di applicazione degli strumenti di estensibilità della prestazione, ora diviso tra disciplina del supplementare per il part-time orizzontale e disciplina delle clausole elastiche e del lavoro straordinario per il part-time verticale e misto.

Prima della riforma, il decreto legislativo n. 61/2000 individuava nel supplementare e nello straordinario le uniche forme di flessibilità in aumento della prestazione. Ma se, per un verso, la possibilità di svolgere straordinario era espressamente riservata al part-time verticale, per altro verso, nulla si diceva con riferimento all'ambito di operatività del supplementare. Nel silenzio della legge, parte della dottrina deduceva l'inapplicabilità della relativa disciplina al part-time verticale sul presupposto che la lettera della legge, considerando la prestazione aggiuntiva esclusivamente in termini di ore, sembrava configurare il lavoro supplementare come una tipologia di lavoro eccedente l'orario giornaliero concordato tra le parti e, quindi, sottendere il suo utilizzo alla sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale. Altra parte della dottrina <sup>(11)</sup> invece, sulla base di una interpretazione sistematica del dato legale, affermava la riconducibilità del supplementare non solo alle prestazioni eccedenti l'orario giornaliero concordato, ma anche alle prestazioni aggiuntive a un predeterminato periodo temporale di lavoro. Opinione che riprendeva del resto quanto già affermato, nel vigore della « vecchia » disciplina di cui all'articolo 5, legge n. 863/1984 <sup>(12)</sup>, dalla prevalente giurisprudenza, secondo cui « per lavoro supplementare nell'ambito del rapporto di lavoro a tempo parziale deve intendersi il lavoro comunque eccedente i limiti concordati, avuto riguardo sia all'orario giornaliero, sia ai periodi predeterminati nel corso della settimana, del mese o dell'anno » <sup>(13)</sup>. Fatta così salva l'operatività del lavoro supplementare al

---

<sup>(11)</sup> Cfr. in particolare F. AMATO, *La disciplina legale del lavoro a tempo parziale: l'articolo 5 della legge 19 novembre 1984, n. 863*, in *L80*, 1985, 713.

<sup>(12)</sup> In *Il Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(13)</sup> Così Cass. 14 febbraio 1996 n. 1121, in *Il Lavoro a tempo parziale*.



part-time verticale, si evidenziavano peraltro alcuni profili di criticità ai fini di una equilibrata attuazione della fattispecie. Il riferimento era in particolare alla mancata previsione nella normativa di un diritto legale alla maggiorazione retributiva, nonché di un diritto di preavviso; diritto tanto più importante nella misura in cui la prestazione supplementare incide su uno schema negoziale imperniato su un ampio periodo di sospensione del lavoro.

La nuova regolamentazione sembra ora restituire razionalità al sistema nella misura in cui la possibilità di estensione della prestazione in un arco temporale superiore a quello della giornata viene modulata sulla base di una disciplina, quella delle clausole elastiche, maggiormente rispettosa delle esigenze organizzative e retributive del *part-timer*. Si è peraltro osservato da parte di alcuni commentatori<sup>(14)</sup> che si tratterebbe di una regolamentazione solo in apparenza più garantista in considerazione della non conformità ontologica tra gli istituti del supplementare e delle clausole elastiche. Differenziazione evidenziata dalla stessa circolare del Ministero del lavoro 18 marzo 2004, n. 9<sup>(15)</sup> laddove precisa che « straordinario e supplementare comportano un aumento temporaneo riferito ad ogni singola giornata nella quale la prestazione aggiuntiva è richiesta », mentre la clausola elastica determina un *incremento definitivo*, sia pure potenziale, della quantità della prestazione<sup>(16)</sup>. Scelta quest'ultima che si fonda su una valorizzazione dell'autonomia individuale nell'ambito di una regolamentazione comunque controllata dalla contrattazione collettiva, ma che trova peraltro la sua coerenza sistema-

---

(14) Cfr. in particolare M. BROLLO, *Art. 46*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENEGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsa, Milano, 2004, 154; R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 511.

(15) In  *Lavoro a tempo parziale*.

(16) Si è detto al riguardo (cfr. in particolare V. BAVARO, *Osservazioni sul tempo parziale, tempo flessibile e dogmatica contrattuale*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, 63) di un « rischio di indeterminatezza della prestazione con il risultato di accentuare i vincoli della subordinazione ». Tale opinione peraltro, prendendo a prestito le parole di Ichino in sede di critica al vecchio d.lgs. n. 61/2000 (cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro 3*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (già diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, 458-459) sembra ignorare il fatto che, secondo i dati disponibili, in due terzi dei casi la riduzione dell'orario di lavoro non è subita ma voluta dalle lavoratrici o lavoratori interessati; e che nel terzo restante dei casi gli interessati desidererebbero lavorare di più.

tica nella considerazione che l'estensibilità della prestazione in relazione a moduli temporali di tipo verticale e ciclico mal si confà a una transazione giornaliera delle prestazioni aggiuntive.

A questa *ratio* sembra anche ricondursi la conseguente affermazione secondo cui l'inapplicabilità al part-time verticale del supplementare non sembra concernere l'estensione della prestazione all'interno della singola giornata lavorativa. L'inesistenza di un limite legale giornaliero precluderebbe d'altronde l'operatività dello straordinario, ferma restando naturalmente la possibilità della contrattazione collettiva di modulare a suo piacimento le conseguenze da un punto di vista retributivo. Da evidenziare che la menzionata circolare n. 9/2004 interpreta ancor più estensivamente l'ambito di applicabilità del supplementare, riconducendone la logica operativa non al part-time orizzontale in quanto tale, bensì a tutte le ipotesi ove non sia stato raggiunto l'orario normale settimanale. Ciò in coerenza con la stessa definizione legislativa, secondo cui il « lavoro supplementare è quello corrispondente alle prestazioni lavorative svolte oltre l'orario di lavoro concordato fra le parti (...) ed entro il limite del tempo pieno », limite che nella sua definizione legale, è appunto rapportato alla settimana lavorativa (17). Soluzione interpretativa, che avrebbe anche il pregio di meglio razionalizzare l'ambito di operatività delle prestazioni di lavoro straordinario, consentite a norma di legge per il solo part-time verticale e misto (18).

La riforma estende infine il regime di flessibilità della prestazione anche alle ipotesi di contratto a tempo parziale a tempo determinato. In precedenza, l'effettuazione di prestazioni lavorative supplementari o straordinarie, come pure lo svolgimento del rapporto secondo le

---

(17) Sul punto cfr. in particolare C. BIZZARRO, *Primi chiarimenti ministeriali sulla nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *GLav*, 2004, n. 13, 17 ss.

(18) Cfr. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 492-499. Non pare tuttavia pienamente condivisibile l'opinione del suddetto Autore ove afferma che l'impossibilità di ricorrere al lavoro supplementare in caso di part-time parametrato su base settimanale (l'esempio proposto dall'Autore riguarda un part-time distribuito su 3 giorni alla settimana per 8 ore al giorno) determinerebbe « l'irragionevole — per non dire assurda — conseguenza che, (...) il datore di lavoro non potrebbe chiedere di lavorare uno o due giorni in più, ma potrebbe richiedere quattro giorni in più (fatte salve le clausole elastiche ...), perché a quel punto sarebbe superata la faticosa soglia delle 40 ore settimanali ». Tale critica pare infatti sottovalutare la necessaria previa determinazione di un part-time elastico, con le conseguenze regolative previste dalla norma in termini di consenso, preavviso, causali e limiti massimi di aumento della prestazione.

modalità flessibili (relative alla collocazione temporale) erano ammesse, in caso di assunzione a termine, limitatamente all'ipotesi di sostituzione di un lavoratore con diritto alla conservazione del posto di lavoro. Il legislatore, tuttavia, faceva salva la possibilità dei contratti collettivi di prevedere la facoltà di richiedere lo svolgimento di prestazioni lavorative supplementari e straordinarie anche in relazione ad altre ipotesi di assunzione a termine consentite dalla legislazione vigente. Ora invece, in ossequio alla fine dello sfavore legislativo per il contratto a termine, formalizzato con la nuova disciplina di cui al decreto legislativo n. 368/2001 <sup>(19)</sup>, l'estensione è totale, comprendendo tutte le forme di variabilità della prestazione e/o della sua collocazione temporale, senza neppure la necessità della autorizzazione della contrattazione collettiva <sup>(20)</sup>.

### 3. La disciplina del lavoro supplementare.

La disciplina del lavoro supplementare, anche dopo la riforma, resta soggetta alle previsioni dei contratti collettivi. Questi ultimi, infatti, ai sensi dell'articolo 3, comma 2, decreto legislativo n. 61/2000 così modificato dall'articolo 46, decreto legislativo n. 276/2003, stabiliscono il numero massimo delle ore di lavoro supplementare effettuabili e le relative causali di legittimo ricorso. Rispetto alla disciplina previgente viene peraltro meno il requisito della oggettività della causale, che potrà quindi essere anche di natura soggettiva, così attenuandosi la funzione regolatrice della legge. Già il decreto legislativo n. 100/2001 aveva provveduto opportunamente ad abolire l'originaria impossibilità per la contrattazione di livello aziendale o territoriale di superare il numero di ore di lavoro stabilite dal contratto collettivo nazionale <sup>(21)</sup>. Ora viene introdotto un ulteriore elemento di flessibilità, non imponendosi più all'intervento collettivo di stabilire il numero di ore supplementari effettuabili in ragione dell'anno e della singola giornata lavorativa. I contratti collettivi potranno quindi fissare i tetti massimi di ricorso al lavoro supplementare in relazione ai periodi di riferimento che riterranno opportuni. Un ulteriore elemento di flessibilità è anche ravvisabile nella eliminazione del riferimento ai

---

<sup>(19)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(20)</sup> Cfr. i contributi contenuti nella Parte III di questo volume.

<sup>(21)</sup> Sul punto cfr., in particolare, M. BIAGI, *op. cit.*; M. MOBIGLIA, *Le modifiche apportate alla nuova disciplina in materia di lavoro a tempo parziale*, in *DRI*, 2001, n. 2.

contratti effettivamente applicati, da cui la possibilità per il datore di lavoro di adottare le condizioni e le modalità previste da un contratto collettivo in materia di lavoro supplementare, senza essere condizionati dall'applicazione per intero del medesimo accordo collettivo.

Da evidenziare che il decreto di riforma abolisce la speciale disciplina transitoria, secondo cui, « in attesa delle discipline contrattuali (...), il ricorso al lavoro supplementare è ammesso nella misura massima del 10 per cento della durata dell'orario di lavoro a tempo parziale riferita a periodi non superiori ad un mese e da utilizzare nell'arco di più di una settimana ». In sua vece il legislatore non individua peraltro alcuna disciplina sostitutiva, limitandosi a prevedere che « l'effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare richiede il consenso del lavoratore interessato ove non prevista e regolamentata dal contratto collettivo ».


La disciplina sindacale, ai fini della legittimità del lavoro supplementare, perde così ogni funzione autorizzatoria, assumendo invece una funzione eminentemente regolativa, precipuamente finalizzata a configurare l'implicita autorizzazione del lavoratore, non escludendosi che in presenza dell'esplicito consenso del prestatore, e in assenza di specifiche disposizioni collettive, l'impresa sia libera di utilizzare prestazioni di lavoro supplementare senza alcun limite di sorta. Tale soluzione, sia pure in linea con i criteri direttivi della legge delega, comprendenti « l'agevolazione del lavoro supplementare (...) anche sulla base del consenso del lavoratore, in carenza di specifici accordi collettivi », appare tuttavia non perfettamente equilibrata soprattutto nella misura in cui rischia di attenuare la portata delle disposizioni collettive.

Soluzione forse più opportuna sarebbe stata la conservazione di una disciplina transitoria o residuale, ampliandosi però i previgenti limiti, passando per esempio dal 10% al 20% del totale della prestazione dedotta in contratto. Un intervento in questo senso era quindi auspicabile, anche se, occorre sottolineare che la possibilità per il datore di lavoro di presumere il consenso del lavoratore, in virtù di una specifica regolamentazione collettiva, pare opzione comunque idonea a condizionare il ricorso al lavoro supplementare alla presenza di un accordo sindacale. La necessità dell'esplicito consenso del lavoratore ad ogni richiesta di prestazione aggiuntiva, non costituisce infatti per l'impresa un sufficiente elemento di garanzia ai fini della razionalizzazione dell'utilizzo della forza lavoro.

Si è detto al riguardo che un siffatto modello di autorizzazione

collettiva, violerebbe il principio della volontarietà di cui alla direttiva n. 97/81/CE <sup>(22)</sup>. Premesso che un siffatto principio non concerne espressamente il lavoro supplementare, occorre anche evidenziare che una migliore razionalizzazione delle possibilità dell'impresa di ricorrere a prestazioni aggiuntive attua il concorrente obbligo degli Stati membri di prendere in considerazione e, se del caso, eliminare gli ostacoli di natura giuridica che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale. In questa ottica, il sistema così delineato, diviso tra piena valorizzazione del profilo volontaristico in assenza di regolazione collettiva e valorizzazione (eventuale) del consenso implicito del lavoratore entro i limiti individuati dall'autonomia collettiva, sembra restituire alle relazioni sindacali la funzione che le è tradizionalmente propria di contrattare la flessibilità sulla base di una ampia gamma di opzioni regolative <sup>(23)</sup>, tra le quali è certamente compresa anche la possibilità di ribadire anche in presenza di disciplina collettiva la necessità del consenso espresso del lavoratore <sup>(24)</sup>. Senza contare che anche in presenza di un modello di autorizzazione collettiva, « il rifiuto da parte del lavoratore non può integrare in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento ». È vero che rispetto alla previgente disciplina viene eliminata la garanzia della impossibilità datoriale di erogare una sanzione disciplinare, tuttavia, per un verso, deve escludersi l'applicabilità della recidiva ai fini della integrazione della sanzione espulsiva, per altro verso, la sanzione disciplinare non sembra poter applicarsi in caso di rifiuto giustificato <sup>(25)</sup>. Sembra così da considerarsi legittimo il rifiuto fondato, in virtù dei principi costituzionali di tutela del tempo di vita e di lavoro, sulla comprovata sussistenza di esigenze personali e/o professionali. Soluzione del resto conforme a quella, invero minoritaria, dottrina <sup>(26)</sup> che già nel vigore della vecchia

---

<sup>(22)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*. Cfr. in particolare M. DELFINO, *Riforma del part-time e vincoli comunitari*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 78-80.

<sup>(23)</sup> Non è d'accordo con questa impostazione M. BROLLO, *op. cit.*, 141-142, la quale sottolinea che tale sistema « comporta un deciso rafforzamento delle pretese datoriali di gestione del tempo di lavoro e una altrettanto decisa attenuazione della portata delle disposizioni sindacali ».

<sup>(24)</sup> È questa del resto l'opzione ribadita nella maggior parte dei rinnovi contrattuali. Cfr. sul punto C. BIZZARRO, A. RUSSO, *Part-time ed efficacia delle clausole collettive dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *C&CC*, 2004, n. 3, 54.

<sup>(25)</sup> In questo senso cfr. in particolare M. BROLLO, *op. cit.*, 143-144.

<sup>(26)</sup> Cfr. in particolare F. AMATO, *op. cit.*, 715.

legge n. 683/1984, sul presupposto della assenza di qualsiasi disposizione in tema di consenso del lavoratore allo svolgimento di prestazioni supplementari, ricostruiva la fattispecie non in termini puramente consensuali, ma condizionava il rifiuto del lavoratore soltanto in presenza di giustificazioni obiettive, in una prospettiva di più razionale contemperamento dei contrapposti interessi in gioco.

Sostanzialmente invariata è la disciplina sanzionatoria, ribadendosi il principio già introdotto dal decreto legislativo n. 100/2001, secondo cui sono gli stessi contratti collettivi a determinare le conseguenze in caso di svolgimento di lavoro supplementare oltre i limiti consentiti. Rispetto tuttavia all'attuale testo normativo, lo schema di decreto elimina la speciale disciplina della maggiorazione del 50%, operativa in via sussidiaria qualora manchino specifiche previsioni collettive. Ommissione quest'ultima, in raccordo sistematico con l'eliminazione di qualsiasi limite in caso di assenza di regolamentazione collettiva e in presenza dell'espresso consenso del lavoratore. Immutata, infine, è anche la disposizione secondo cui i contratti collettivi possono prevedere una percentuale di maggiorazione sull'importo della retribuzione oraria globale di fatto, dovuta in relazione al lavoro supplementare. Rispetto alla disciplina previgente, viene peraltro eliminato il riferimento alle modalità alternative di maggiorazione retributiva mediante un compenso di tipo forfetario, considerato pleonastico e inutile rispetto alle libere determinazioni della contrattazione collettiva <sup>(27)</sup>.

#### **4. Le clausole elastiche e flessibili: profili definitivi.**

In conformità con i criteri direttivi della legge delega, il decreto in esame prevede la possibilità per il datore di lavoro di modificare il contenuto temporale della prestazione lavorativa non solo in ordine alla sua collocazione nell'arco del giorno, della settimana, del mese o dell'anno ma anche in ordine alla sua estensione temporale. Possibilità modificative individuate sulla base di una identica disciplina autorizzativa, sia pure con riferimento a diversi ambiti di applicazione. Mentre infatti l'estensione della prestazione fondata sul consenso preventivo del lavoratore è prevista esclusivamente con riferimento al part-time verticale e misto <sup>(28)</sup>, restando ancorata al *day by day* la prestazione aggiuntiva nel part-time orizzontale, la diversa collocabilità della pre-

---

<sup>(27)</sup> Cfr. in questo senso R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 503.

<sup>(28)</sup> Vedi *supra* § 2.

stazione dedotta in contratto è invece estesa a tutte le tipologie di lavoro part-time in una prospettiva di sostanziale prosecuzione con l'originario decreto legislativo n. 61/2000.

Ad una siffatta assimilazione di disciplina è corrisposta peraltro una correzione terminologica del previgente dato legale, laddove il « vecchio » articolo 3, comma 7, decreto legislativo n. 61/2000, nel riconoscere la legittimità delle clausole elastiche solo con riferimento alla collocazione temporale della prestazione lavorativa, pareva assimilare sul piano concettuale due ipotesi tradizionalmente distinte nel dibattito dottrinale. Ora, l'articolo 46, lettera j), decreto legislativo n. 276/2003, pone fine all'equivoco terminologico riformulando l'articolo 3, comma 7, e così riconducendo al concetto di elasticità le clausole che permettono una variabilità in aumento della estensione temporale della prestazione lavorativa, e al concetto di flessibilità le clausole che consentono, entro limiti predeterminati, una variazione della distribuzione dell'orario (ridotto) di lavoro.

Entrambe le fattispecie sembrano peraltro ritrovare una unità concettuale nella loro caratterizzazione strutturale di modificazione o, *melius*, di modificabilità definitiva del contenuto temporale della prestazione, in un'ottica di flessibilizzazione del part-time non solo nella fase genetica ma anche in quella esecutiva. Se infatti è vero che nel part-time la flessibilità del modulo contrattuale è massima al momento dell'accordo sulla distribuzione del (minor) tempo di lavoro, più complessa è sempre invece stata la questione della flessibilità « successiva » o « interna », cioè della variabilità della articolazione temporale delle prestazioni in corso di rapporto. Invero, lo schema del lavoro a tempo parziale nasconde una conflittualità latente tra le parti contrattuali; conflittualità destinata a esplodere proprio nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro. La stipulazione di un contratto a tempo parziale, in altri termini, non rappresenta il momento di composizione di interessi contrapposti, tipico dei rapporti di natura contrattuale, ma anzi, almeno in potenza, la fonte di un conflitto tendenzialmente permanente tra le parti contrattuali circa la distribuzione, la collocazione e la variabilità in aumento della prestazione dedotta in contratto.

Sono queste le ragioni che spiegano del resto l'intensità del dibattito sulla legittimità delle clausole in esame. E sono sempre queste le ragioni che contribuiscono a spiegare l'importanza del disposto normativo con cui il legislatore concorre a regolamentare le forme e le modalità del conflitto in parola. È infatti attraverso queste clausole che il legislatore e/o la contrattazione collettiva possono incidere sul « con-



flitto» relativo alla fase funzionale del rapporto di lavoro part-time, contribuendo al bilanciamento dei contrapposti interessi.

#### 4.1. La disciplina previgente.



La disamina della nuova disciplina, nei suddetti termini, non può quindi non passare per una ricostruzione storica del dibattito giurisprudenziale sulla legittimità delle clausole in questione, le cui diversità di orientamenti bene infatti sintetizzano l'intera problematica sottesa a una gestione articolata e/o articolabile del rapporto a tempo parziale. Problematica, che, anticipiamo, ha riguardato prevalentemente la legittimità delle clausole flessibili, non solo perché più rispondenti a una effettiva utilità del tipo part-time, ma anche perché l'aumento quantitativo della prestazione è stato generalmente e pragmaticamente risolto attraverso il ricorso al più semplice istituto del lavoro supplementare.

Si deve innanzi tutto ricordare che l'articolo 5 della legge n. 863/1984 aveva determinato in modo alquanto generico le modalità temporali di svolgimento della prestazione dedotta nel contratto a tempo parziale, prevedendo solamente un obbligo di indicazione della « distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana al mese e all'anno ». Tale previsione, particolarmente indicativa, nella sua vaghezza, della mancata presa di posizione del legislatore circa le forme di temperamento del « conflitto » di interessi di cui si è fatto cenno, aveva suscitato non poche difficoltà interpretative.

Secondo un primo orientamento <sup>(29)</sup>, particolarmente consistente nella fase di applicazione iniziale dell'articolo 5, legge n. 863/1984, si riteneva che la norma, nell'imporre la distribuzione dell'orario del contratto part-time, implicasse la necessità di determinare solo la durata del periodo lavorativo, senza tuttavia specificarne la dislocazione temporale, sia nell'ambito giornaliero che nell'unità di tempo più ampia. L'assenza di una specifica predeterminazione, secondo tale indirizzo interpretativo, legittimava quindi l'utilizzo di clausole flessibili all'interno dei singoli contratti part-time, consentendo perciò al datore di lavoro di *determinare* in modo discrezionale, se pure non arbitrario, la dislocazione temporale della prestazione lavorativa.

Tale conclusione, peraltro, non solo palesava incertezze sul piano

---

<sup>(29)</sup> Cfr. Cass. 21 aprile 1986 n. 2797; Cass. 22 marzo 1990 n. 2382, entrambe in  *Lavoro a tempo parziale*. Nello stesso senso v. anche Cass. 9 novembre 1991 n. 11966; Cass. 17 luglio 1992 n. 8621, entrambe in  *Lavoro a tempo parziale*.



terminologico <sup>(30)</sup>, ma non trovava neppure un chiaro conforto nella lettera della legge che, come detto, non si limitava a richiedere una generica indicazione dell'orario di lavoro, ma, in modo più dettagliato, la « distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana al mese e all'anno » (articolo 5, comma 2).

L'orientamento accolto dalla Cassazione si fondava, in effetti, su una significativa forzatura della lettera dell'articolo 5, comma 2, legge n. 863/1994, in quanto veniva ritenuta sufficiente l'indicazione nel contratto di lavoro a tempo parziale anche di uno solo degli elementi temporali indicati dalla legge. Proprio sulla scorta di argomentazioni di tipo letterale era stata in effetti sostenuta l'impossibilità di accogliere una interpretazione « disgiuntiva » delle unità di tempo indicate dalla legge, ritenendosi per contro necessario specificare la dislocazione della durata del periodo lavorativo nell'unità di tempo immediatamente più ampia <sup>(31)</sup>.

Su tale profilo è intervenuta, come noto, la Corte Costituzionale, con sentenza 11 maggio 1992, n. 210 <sup>(32)</sup>, ai fini di escludere, in relazione alla allora vigente normativa, la legittimità di clausole di flessibilità della distribuzione dell'orario di lavoro con riferimento al contratto a tempo parziale <sup>(33)</sup>. Secondo la Corte, infatti, il ricorso al termine « distribuzione » ed il riferimento congiunto a tutti i parametri temporali denotavano con chiarezza che il legislatore non ha considerato sufficiente che il contratto specifichi il numero di ore di lavoro al

---

<sup>(30)</sup> Particolarmente evidente, soprattutto in Cass. 22 marzo 1990 n. 2382, cit., è l'assimilazione tra la flessibilità nella distribuzione dell'orario concordato e il concetto di clausola elastica. Maggiormente precisa, come detto, sarebbe la distinzione sul piano analitico tra clausole di elasticità della durata della prestazione lavorativa e clausole di flessibilità della collocazione temporale di un monte ore predeterminato.

<sup>(31)</sup> Così A. ALAIMO, *Le modificazioni della distribuzione dell'orario nel rapporto di lavoro a tempo parziale*, in RIDL, 1987, I, 465, che proponeva una lettura « cumulativa », estesa a tutti i referenti temporali indicati dal legislatore. V. anche Id., *La nullità della clausola sulla distribuzione nel part-time: la Corte Costituzionale volta pagina?*, in FI, 1992, c. 3235. V. anche P. MORGERA, *Lavoro a tempo parziale*, in EGT, vol. XVIII, 1990; P. ALLEVA, *Il tempo di lavoro (l'azione sindacale)*, in AIDLASS, *Il Tempo di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1987, 63.

<sup>(32)</sup> In *Il Lavoro a tempo parziale*, e in GI, 1993, I, 1, 277, con nota di M. BROLLO.

<sup>(33)</sup> Si veda, una volta ancora, la precisazione terminologica sviluppata al termine del § 3.1., posto che anche la C. Cost. parla di clausole elastiche (e non di clausole flessibili) con riferimento alla collocazione temporale dell'orario concordato e non alla variazione della durata della prestazione.


giorno (ovvero il numero di giorni alla settimana, al mese o all'anno, ovvero il numero di settimane al mese o all'anno, ovvero il numero di mesi all'anno) in cui la prestazione lavorativa deve svolgersi, ma ha inteso stabilire che, se le parti si accordano per un orario giornaliero di lavoro inferiore a quello ordinario, di tale orario giornaliero deve essere determinata la « distribuzione » e cioè la collocazione nell'arco della giornata; se le parti hanno convenuto che il lavoro abbia a svolgersi in un numero di giorni alla settimana inferiore a quello normale, la « distribuzione » di tali giorni nell'arco della settimana deve essere preventivamente determinata; se le parti hanno pattuito che la prestazione lavorativa debba occupare solo alcune settimane o alcuni mesi, deve essere preventivamente determinato nel contratto quali (e non solo quante) sono le settimane e i mesi in cui l'impegno lavorativo dovrà essere adempiuto » <sup>(34)</sup>.

Ma non solo. Nell'escludere la legittimità di forme contrattuali c.d. a chiamata o a comando, la Corte Costituzionale aveva ritenuto inammissibili non soltanto decisioni unilaterali del datore di lavoro, ma anche pattuizioni bilaterali che attribuissero al datore di lavoro un siffatto potere di chiamata o comando. Sarebbe infatti lesivo della libertà del lavoratore, argomenta la Corte Costituzionale, che « da un contratto di lavoro subordinato possa derivare un suo assoggettamento ad un potere di chiamata esercitabile, non già entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili, ma *ad libitum*, con soppressione, quindi, di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall'attività lavorativa » <sup>(35)</sup>.

La pronuncia della Corte Costituzionale, non aveva tuttavia risolto tutti i dubbi interpretativi collegati alla formulazione dell'articolo 5, comma 2, legge n. 863/1984 <sup>(36)</sup>.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte Costituzionale non è infatti sembrato tale da escludere in radice l'introduzione di clausole di

---

<sup>(34)</sup> Così C. Cost. 11 maggio 1992 n. 210, cit. I profili di legittimità di contratti di lavoro nei quali non sia predeterminata la collocazione oraria della prestazione sono stati di recente affrontati anche con riferimento all'ordinamento comunitario dalla sentenza della C. Giust. CE 12 ottobre 2004 procedimento C-313/02 (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 42). Cfr. per un primo commento, la nota di D. LANZALONGA, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul lavoro intermittente*, in *DRI*, 2005, n. 1, 276.

<sup>(35)</sup> *Ibidem*.


<sup>(36)</sup> Da ricordare, del resto, che la menzionata sentenza della Corte è una pronuncia interpretativa di rigetto e, dunque, priva di valore vincolante.


flessibilità della collocazione della prestazione incentrate su parametri obiettivi e contrattualmente predeterminati e dunque non individuate dal datore di lavoro *ad libitum* <sup>(37)</sup>. Al riguardo, e seppure con diversa argomentazione rispetto a quella prospettata in dottrina, la giurisprudenza di legittimità <sup>(38)</sup> ha progressivamente finito con il riconoscere spazi concreti di operatività alle clausole flessibili. La Cassazione ha infatti negato che dalla nullità della clausola di flessibilità possa derivare la nullità dell'intero contratto di lavoro <sup>(39)</sup>, ma ha altresì escluso potersi applicare a questa ipotesi la conversione del contratto da tempo parziale a tempo pieno. In questo modo, e facendo così proprie talune prospettazioni formulate da una parte della dottrina ancor prima della pronuncia della Corte Costituzionale del 1992 <sup>(40)</sup>, la giurisprudenza ha sostanzialmente finito con lo spostare il problema dal piano della ammissibilità formale di dette clausole a quello del trattamento economico ad esse correlato in virtù di una « applicazione rigorosa del principio di proporzionalità della retribuzione alla *qualità* della prestazione » <sup>(41)</sup>.

Una siffatta impostazione è stata del resto il fondamento della ammissibilità delle c.d. clausole flessibili introdotta con il decreto legislativo n. 61/2000, dovendosi anche considerare che la stessa Corte Costituzionale non si era mai espressa in astratto sulla possibilità (*melius*: impossibilità) giuridica di siffatte clausole. Da evidenziare che nella formulazione originaria del decreto del 2000 il diritto alla

---

<sup>(37)</sup> In questa prospettiva v., in particolare, P. ICHINO, *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte Costituzionale*, in RIDL, 1992, II, 731-732; M. BROLLO, *La forma e la predeterminazione del contenuto del contratto di lavoro a tempo parziale*, in LD, 1993, 352; A. ALAIMO, *La nullità della clausola sulla distribuzione dell'orario nel part-time: la Corte Costituzionale volta pagina?*, cit. *Contra*: F. SCARPELLI, *Questioni interpretative in materia di clausole di elasticità nel part-time*, in RIDL, II, 1994, 715.

<sup>(38)</sup> Cfr. in particolare Cass. 26 marzo 1997 n. 2691; Cass. 17 marzo 1997 n. 2340, entrambe in  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(39)</sup> In questo senso si era del resto espressa la C. Cost. nella sentenza n. 210/1992, senza tuttavia pronunciarsi sugli effetti di tale nullità parziale, in  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(40)</sup> V., in particolare, P. ICHINO, *Il lavoro a tempo parziale*, in G. ARRIGO, P. ICHINO, G. LOY, M. ROCCELLA, *Il diritto del lavoro dopo l'emergenza*, Giuffrè, Milano, 1988, 128-129; C. VENTUROLI, *Problemi ricostruttivi connessi ad alcune forme di lavoro a part-time*, in AIDLASS, *Il Tempo di lavoro*, cit., 96-101.

<sup>(41)</sup> Così P. ICHINO, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., 128.

maggiorazione retributiva espressamente collegato all'utilizzo flessibile della prestazione part-time non era rapportato (almeno in via legale) proporzionalmente al sacrificio del lavoratore, essendo infatti indipendente dalla presenza di una indennità di disponibilità e dalla misura del preavviso: quest'ultimo individuato in un periodo di 10 giorni. Una parziale correzione viene peraltro attuata con il decreto legislativo n. 100/2001 con la previsione di un doppio livello di maggiorazione connessa alla possibilità della contrattazione collettiva di ridurre il suddetto periodo di preavviso fino a un minimo di due giorni lavorativi. Preavviso e maggiorazione configurano peraltro unicamente i criteri *ex lege* di operatività della clausola flessibile le cui modalità e condizioni, compresa l'entità della stessa maggiorazione, sono tuttavia decise in via autorizzativa dalla contrattazione collettiva. Viene dunque rispettata l'indicazione contenuta nella sentenza della Corte Costituzionale n. 210/1992, laddove si demanda alla autonomia collettiva il compito di realizzare un bilanciamento tra gli interessi contrapposti nella composizione del conflitto latente tra l'esigenza dell'impresa ad avvalersi di una struttura particolarmente flessibile dell'orario di lavoro e l'aspettativa del lavoratore a disporre del tempo di non lavoro. In questa stessa prospettiva di tutela delle scelte del lavoratore, il decreto legislativo n. 61/2000 dispone peraltro che la possibilità per il datore di lavoro di avvalersi della flessibilità nella distribuzione dell'orario di lavoro concordata in sede collettiva sia subordinata al consenso del lavoratore: consenso formalizzato attraverso uno specifico patto scritto <sup>(42)</sup>, anche contestuale al contratto di lavoro. Si prevede altresì un diritto al ripensamento, permettendo al lavoratore, decorso un periodo minimo di 5 mesi, la possibilità di tornare a una distribuzione rigida dell'orario, nel caso in cui esistano specifiche <sup>(43)</sup> e documentate ragioni in relazione ad esigenze familiari; esigenze di salute; esigenze di attendere a un'altra attività lavorativa subordinata o autonoma.

---

<sup>(42)</sup> Si tratta di un patto a contenuto vincolato, nel senso che la sua validità è subordinata alla indicazione nel patto stesso della data di stipulazione, della possibilità di denuncia, delle modalità di esercizio della stessa, nonché della circostanza che il rifiuto di stipulare il patto e l'esercizio del diritto di denuncia non comportano in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento.

<sup>(43)</sup> Il decreto rinvia alla contrattazione collettiva di riferimento il compito di determinare i criteri e le modalità per l'esercizio delle possibilità di denuncia anche nel caso di esigenze di studio e di formazione.

## 4.2. Le novità del decreto legislativo n. 276/2003.

L'articolo 46, decreto legislativo n. 276/2003, riforma la suddetta disciplina, non modificando peraltro sostanzialmente lo schema di autorizzazione binaria composto da regolazione collettiva e attuazione sulla base del consenso individuale<sup>(44)</sup>. La maggiore novità è come già detto l'assimilazione di disciplina tra flessibilità ed elasticità della prestazione. In tale ultima ipotesi, tuttavia, a garanzia del lavoratore e in particolare per evitare il ricorso a contratti a tempo parziale con prestazioni di lavoro di durata brevissima, allargabili poi a piacimento, si attribuisce alla contrattazione collettiva il compito di stabilire non solo le condizioni e le modalità di operatività delle clausole elastiche, ma anche i relativi limiti massimi di variabilità<sup>(45)</sup>.

Sempre a garanzia del lavoratore si stabilisce che l'esercizio da parte del datore di lavoro del potere di variare in aumento la durata della prestazione lavorativa, nonché di modificare la collocazione temporale della stessa comporta in favore del prestatore di lavoro un preavviso, fatte salve le intese tra le parti, di almeno due giorni lavorativi, nonché il diritto a specifiche compensazioni retributive — così ha chiarito la circolare n. 9/2004<sup>(46)</sup> — nella misura e nelle forme fissate dai contratti collettivi. Rispetto al testo previgente, con riferi-

---

(44) Non pare in questo senso condivisibile la tesi di C. LA MACCHIA, *Tempo parziale*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 263, secondo cui verrebbe meno il meccanismo della c.d. « doppia chiave ». Il mero consenso individuale ai fini della operatività del patto assume infatti funzione meramente residuale e provvisoria in assenza e quindi in attesa dell'intervento regolativo del contratto collettivo. Più condivisibile è in questo senso l'opinione, pur critica, di R. SANTUCCI, *Il part-time nella nuova disciplina: dalla flessibilità limitata alla precarietà?*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 39, il quale rileva che « il filtro del contratto collettivo non scompare, ma è ridimensionato ».

(45) Cfr. sul punto le considerazioni di M. TIRABOSCHI, *Verso una nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *GLav*, 2003, n. 10, 47 ss.

(46) La circolare pare quindi escludere la possibilità, in aderenza a quanto previsto dalla legge delega n. 30/2003 di ricorrere a modalità alternative al compenso economico (per esempio attraverso i c.d. riposi compensativi). Modalità alternative che sono state prospettate possibili da alcuni autori in virtù della genericità della locuzione « compensazioni specifiche » contenuta nel d.lgs. n. 276/2003. Cfr. in particolare R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 512; M. BROLLO, *op. cit.*, 157; R. VOZA, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti. Dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 247; e, in senso fortemente critico, S. BELLOMO, *Flessibilità e incentivazione al part-time*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 73.

mento ovviamente alle sole clausole flessibili, viene eliminato il sistema a « doppio livello », consistente nella previsione di un periodo di preavviso di almeno dieci giorni, diminuibile fino a 48 ore in caso di specifica disposizione collettiva. Qualche perplessità suscita l'inciso, di attuazione della lettera della delega, che fa salve le intese fra le parti. L'interpretazione certamente più plausibile appare peraltro quella che intende fare salvi solo gli accordi che prevedano un periodo minimo di preavviso superiore a quello legale. Si individuerrebbe altrimenti una possibilità di deroga peggiorativa della disciplina legale da parte del contratto individuale, soluzione quest'ultima difficilmente giustificabile alla luce del tradizionale sistema delle fonti <sup>(47)</sup>. Più razionale sarebbe semmai l'attribuzione di una siffatta possibilità al contratto collettivo, strumento certamente più idoneo a valutare l'opportunità di un abbassamento del livello di protezione legale. In ogni caso, anche se dovesse prevalere l'interpretazione più aderente alla lettera della legge, le « intese fra le parti » non potrebbero comportare l'eliminazione del preavviso, ma solamente una sua riduzione <sup>(48)</sup>.

Da evidenziare inoltre che, se, per un verso, viene mantenuta l'attuale disposizione, secondo cui la disponibilità allo svolgimento flessibile (ed ora anche elastico) del rapporto di lavoro a tempo parziale richiede il consenso del lavoratore formalizzato attraverso uno specifico patto scritto, anche contestuale al contratto di lavoro, per altro verso, viene soppresso il c.d. diritto di ripensamento, diritto che del resto non solo costituiva un fortissimo disincentivo al ricorso al lavoro a tempo parziale ma che appariva assolutamente inutile in una prospettiva di corretta valorizzazione dell'autonomia contrattuale e della stessa autonomia collettiva <sup>(49)</sup>.

---

<sup>(47)</sup> In questo senso cfr in particolare D. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, I, 2003, 370; M. BROLLO, *op. cit.*, 157.

<sup>(48)</sup> A sostegno della necessaria presenza di un periodo di preavviso, occorre del resto evidenziare « il collegamento con la disciplina del modello più spinto di lavoro flessibile, quello intermittente, che prevede un preavviso di chiamata in ogni caso non inferiore a un giorno lavorativo » (Così M. BROLLO, *op. cit.*, 357). Cfr. però R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 510, secondo il quale « potrebbe esservi spazio, tanto a livello collettivo quanto individuale, per una prefigurazione di esigenze eccezionali e improvvise, in presenza delle quali possa farsi a meno di rispettare l'obbligo di preavviso ».

<sup>(49)</sup> Critiche riguardo alla abolizione della possibilità del lavoratore di denunciare il patto di flessibilità sono mosse da C. ALESSI, *Part-time e tecniche di incentivazione*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 51; M. BROLLO, *op. cit.*, 155. Cfr. anche R. SANTUCCI, *op. cit.*, 40, che rileva come una alternativa

Si prevede inoltre una specifica disciplina residuale in caso di assenza di specifiche disposizione collettive <sup>(50)</sup>, consentendo al datore e al prestatore di lavoro di concordare direttamente l'adozione di clausole elastiche e flessibili, nel rispetto dei criteri individuati dal legislatore <sup>(51)</sup>. Tale sussidiaria regolamentazione, sia pure in astratto condivisibile nella misura in cui mira a render immediatamente operativa la riforma, omette tuttavia di individuare limiti legali alla possibilità di variare in estensione la prestazione di lavoro, nonché l'entità della relativa maggiorazione retributiva: profili questi ultimi demandati dal legislatore direttamente alla contrattazione collettiva. Vi è quindi il rischio di realizzare un sistema non perfettamente equilibrato, sbilanciato a favore della autonomia individuale. Vero è peraltro che il requisito dell'esplicito consenso scritto del lavoratore e la contestuale disposizione, secondo cui l'eventuale rifiuto dello stesso non integra gli estremi del giustificato motivo di licenziamento, nonché la previsione che il lavoratore possa farsi assistere da un componente della rappresentanza sindacale aziendale da lui indicato (articolo 3, comma 9, decreto legislativo n. 61/2000 come modificato dall'articolo 46, comma 1, lettera l), del decreto in esame) paiono in ogni caso escludere la possibilità di comportamenti arbitrari da parte del datore di lavoro. Vero è anche che il sistema delineato non pare alterare in alcun modo la tradizionale gerarchia delle fonti, rimettendosi quindi all'iniziativa delle parti sociali, la funzione di riequilibrare i rapporti di forza tra le parti contraenti. Si consideri del resto che la valorizzazione dell'autonomia individuale — anche per concrete ragioni di opportunità e prudenza — non pare potersi spingere fino ad implementare funzioni equilibratrici tradizionalmente proprie dell'autonomia collettiva. Risultano

---

alla rigidità del diritto del ripensamento poteva esser individuata dal legislatore in una limitazione temporale del patto sulle clausole elastiche e flessibili. Una siffatta soluzione — è interessante notare — è stata del resto recentemente adottata in sede di regolamentazione collettiva dal Ccnl Industria chimica farmaceutica, laddove dispone che l'esercizio da parte del datore di lavoro di variare in aumento — in modo continuativo — la prestazione lavorativa non possa comunque protrarsi oltre diciotto mesi, da cui la necessità di un nuovo patto di flessibilità.

<sup>(50)</sup> Il riferimento all'assenza di contratti collettivi (nel comma aggiunto 2-ter, articolo 8, decreto legislativo n. 61/2000), pare infatti doversi interpretare come assenza di una specifica regolamentazione del lavoro elastico e flessibile da parte dei contratti collettivi. Cfr. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 515. In senso contrario cfr. però S. BELLOMO, *op. cit.*, 70.

<sup>(51)</sup> Cfr. Circ. Min. lav. n. 9/2004, cit.

tato, dovrebbe quindi essere, come anche sollecitato dalla stessa circolare n. 9/2004, una funzionalità della contrattazione individuale ai fini di una mutazione delle disposizioni di un accordo collettivo diverso da quello applicato dall'impresa, qualora quest'ultimo non contenga alcuna previsione in tema di part-time elastico.



## 5.

# CONTRATTO A TERMINE E LAVORO A TEMPO PARZIALE

GEORGIA BASCHERINI

SOMMARIO: 1. Contratto a termine e part-time. — 2. Gli strumenti di flessibilità.

### 1. Contratto a termine e part-time.

Il *Libro Bianco sul mercato del lavoro* <sup>(1)</sup>, nell'individuare quali cause dell'utilizzazione ridotta del part-time in Italia rispetto agli altri Paesi comunitari gli « inutili appesantimenti burocratici che mortificano l'autonomia individuale delle parti » e l'esistenza di eccessive rigidità, ha delineato una riforma a tutto campo del contratto di lavoro a tempo parziale, prevedendo l'alleggerimento da vincoli legali e sindacali, finalizzato alla liberalizzazione di tale istituto <sup>(2)</sup>.

E l'articolo 3 della legge n. 30/2003, relativo alla « delega al governo in materia di riforma della disciplina del lavoro a tempo parziale », nel dettare i principi ed i criteri direttivi cui dovrà attenersi il legislatore delegato, mostra di « privilegiare l'obiettivo di garantire flessibilità alla domanda di lavoro in funzione di una politica dell'occupazione » <sup>(3)</sup>.

Il decreto legislativo n. 276/2003, in ossequio alle indicazioni di cui alla legge delega, ha introdotto, pertanto, rilevanti modifiche al decreto legislativo n. 61/2000 <sup>(4)</sup>, rimasto comunque il testo di riferimento.

Come vedremo (*infra*, § 2), tra le novità introdotte dalla nuova normativa vi è la possibilità di utilizzare le forme flessibili ed elastiche

---

<sup>(1)</sup> In  *Riforma Biagi*.

<sup>(2)</sup> M.R. GHEIDO, *Rivisitato il regime del part-time*, in *Il Sole 24 Ore, Le guide operative*, settembre 2003, 77.

<sup>(3)</sup> M. BROLLO, *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Ipsa, Milano, 2004, 128.

<sup>(4)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

anche nel contratto a tempo parziale a tempo determinato, e ciò nel pieno rispetto delle indicazioni di cui all'articolo 3 della legge n. 30/2003 <sup>(5)</sup>.

Già il decreto legislativo n. 61/2000 aveva previsto la possibilità di assunzione a tempo parziale anche a termine <sup>(6)</sup>.

L'articolo 46, lettera *c*), nel riscrivere il comma 4 del decreto legislativo n. 61/2000, conferma che il rapporto di lavoro part-time può essere anche a tempo determinato.

Vengono richiamate, in primo luogo, le ipotesi classiche di cui alla legge n. 368/2001 <sup>(7)</sup> — intervenuta successivamente alla riforma del part-time del 2000, che ancora faceva riferimento alla legge n. 230/1962 <sup>(8)</sup> — ed alle successive modifiche, e, cioè, la possibilità di stipulare un contratto a termine (nella specie, a tempo parziale) in presenza di esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive <sup>(9)</sup>.


Il legislatore ha, inoltre, specificamente rinviato all'articolo 8, comma 2, della legge n. 223/1991 <sup>(10)</sup>, il quale consente l'assunzione di lavoratori in mobilità per un massimo di dodici mesi presso la stessa azienda, nonché all'articolo 4 del decreto legislativo n. 151/2001 <sup>(11)</sup>, che prevede la possibilità per il datore di lavoro di assumere personale a tempo determinato in sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori in congedo <sup>(12)</sup>.

Ne discende che il rapporto a tempo parziale è, quindi, riferibile ad ogni ipotesi di contratto a termine.

E ciò è stato confermato dalla circolare del Ministero del lavoro e


<sup>(5)</sup> L'art. 3, comma 1, lett. *c*), della l. n. 30/2003 prevedeva quale criterio direttivo per il legislatore delegato: «l'estensione delle forme flessibili ed elastiche anche nei contratti a tempo parziale a tempo determinato».

<sup>(6)</sup> L'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 61/2000, prevedeva che: «Le assunzioni a termine, di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, possono essere effettuate anche con rapporto a tempo parziale, ai sensi dei commi 2 e 3».

<sup>(7)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(8)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(9)</sup> Si vedano i contributi nella Parte III di questo volume.

<sup>(10)</sup> In  *Licenziamento collettivo*.

<sup>(11)</sup> In  *Maternità*.

<sup>(12)</sup> È stata sottolineata da una parte l'inutilità del richiamo all'art. 8 della l. n. 223/1993, essendo già mantenuto in vigore dal d.lgs. n. 368/2001 (art. 10, comma 6); dall'altra, l'opportunità del richiamo all'art. 4 T.U. per la tutela della maternità e della paternità, dal momento che il d.lgs. n. 368/2001 continua a richiamare l'abrogato art. 10 della l. n. 53/2000 (art. 86, comma 2, lett. *t*) del d.lgs. n. 151/2001): M. BROLLO, *op. cit.*, 135-136.

delle politiche sociali del 18 marzo 2004, n. 9 <sup>(13)</sup>, la quale precisa che « nel tentativo di estendere il più possibile il raggio di azione del nuovo lavoro a tempo parziale è possibile stipulare detto contratto anche con riferimento ad ogni ipotesi di contratto a termine ».


Anche la nota illustrativa di Confindustria del giugno 2004 <sup>(14)</sup> ribadisce che il part-time può essere attivato in contemporanea con un contratto a tempo determinato in tutte le sue tipologie.


Relativamente al computo dei lavoratori a tempo parziale assunti con contratto a termine, ai fini dell'applicabilità dell'articolo 18 della legge n. 300/1970 <sup>(15)</sup>, è stato osservato come anche per i medesimi valga il criterio *pro rata temporis*, e cioè il computo in proporzione al ridotto orario di lavoro svolto dal dipendente, che, a seguito della soppressione del comma 2 dell'articolo 6 del decreto legislativo n. 61/2000 ad opera della lettera p) dell'articolo 46, è rimasto l'unico criterio per « tutte le ipotesi in cui, per disposizione di legge o di contratto collettivo, si renda necessario l'accertamento della consistenza dell'organico » (articolo 6, comma 1, decreto legislativo n. 61/2000) <sup>(16)</sup>.


## 2. Gli strumenti di flessibilità.

Al fine di garantire una effettiva flessibilità nella gestione dei rapporti di lavoro part-time a tempo determinato, sulla base dei principi affermati dalla legge n. 30/2003, il legislatore delegato ha, innanzitutto, migliorato la compatibilità tra le due tipologie contrattuali, consentendo anche in tale tipo di rapporti il ricorso al lavoro

---

<sup>(13)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*. Si tratta della circolare avente ad oggetto il lavoro a tempo parziale, il cui testo può essere letto in *GLav*, 2004, n. 13, 30. Per un commento si veda C. BIZZARRO, *Primi chiarimenti ministeriali sulla nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *GLav*, 2004, n. 13, 17.

<sup>(14)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*. Il testo della nota illustrativa può essere letto in *GLav*, 2004, n. 29, 15.

<sup>(15)</sup> In  *Lavoro subordinato*.

<sup>(16)</sup> Così M. BROLLO, *op. cit.*, 165. Nello stesso senso, M. PAPALEONI, *La flessibilità nella gestione dell'orario di lavoro: il contratto a tempo parziale*, in *MGL*, 2004, n. 5, 390. Si veda anche il Principio n. 3 « Il Lavoro a tempo parziale » espresso dalla Commissione dei Principi interpretativi delle leggi in materia di lavoro in *GLav*, 2004, n. 40, XIX. *Contra* E. MASSI, *Come cambia il lavoro a tempo parziale*, in *DPL*, 2004, n. 14, inserto, IV, il quale afferma che « i lavoratori a tempo parziale assunti con contratto a termine non rientrano nel computo numerico previsto dall'articolo 18 della legge n. 300/1970 ai fini della tutela per i licenziamenti individuali ».

supplementare e a quello straordinario; ha, inoltre, previsto la possibilità di apporre clausole flessibili ed elastiche anche nei contratti a termine <sup>(17)</sup>.

Anteriormente alla riforma, il decreto legislativo n. 61/2000, all'articolo 3, comma 13, per le ipotesi di assunzioni a termine, ammetteva la possibilità di effettuazione di prestazioni lavorative supplementari o straordinarie, nonché la facoltà per le parti di prevedere clausole elastiche <sup>(18)</sup>, soltanto nelle ipotesi in cui il lavoratore a tempo parziale fosse stato assunto in sostituzione di un altro lavoratore con diritto alla conservazione del posto ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *b*), della legge n. 230/1962.

Già prima del *Libro Bianco* erano sorti dubbi sull'attualità di tali previsioni normative, in specie dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 368/2001, che nell'introdurre la nuova disciplina del contratto a termine, ha equiparato tutte le causali di cui all'articolo 1, nel quale sono menzionate indifferentemente « le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo » <sup>(19)</sup>.

L'articolo 46, lettera *b*), del decreto legislativo n. 276/2003 (che sostituisce l'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 61/2000), prevede che « nelle ipotesi di lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale, anche a tempo determinato ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 9 ottobre 2001 n. 368, il datore di lavoro ha facoltà di richiedere lo svolgimento di prestazioni di lavoro supplementare rispetto a quelle concordate con il lavoratore ... » <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> M.R. GHEIDO, *op. cit.*, 77 ss.

<sup>(18)</sup> Si precisa che, anteriormente alla riforma, venivano definite clausole elastiche quelle che consentivano al datore di lavoro di variare la sola collocazione temporale (ma non la durata) della prestazione lavorativa a tempo parziale, rispetto a quella inizialmente concordata. Oggi le « vecchie » clausole elastiche sono le « clausole flessibili ».

<sup>(19)</sup> M. PAPALEONI, *Il nuovo part-time nel settore pubblico e privato*, Cedam, Padova, 2004, 201. L'Autore osserva che « l'unico elemento che ancora distingue la fattispecie 'sostitutiva' dalle altre situazioni 'oggettive' menzionate dall'articolo 1, comma 1, si rinviene nell'art. 10, comma 7, lett. *b*), in cui l'ammissibilità del ricorso alla prima è immediatamente esperibile, senza dovere attendere la previa mediazione della contrattazione collettiva per la fissazione delle quote percentuali di rapporto rispetto all'organico interno. Si tratta, peraltro, di un elemento ... che non incide sulla valenza strutturale delle causali ormai accomunate entro una formula definitoria generale ».

<sup>(20)</sup> Il lavoro supplementare corrisponde alle prestazioni lavorative svolte oltre l'orario di lavoro concordato fra le parti ed entro i limiti del tempo pieno; è effettuabile in caso di part-time orizzontale. Alla contrattazione collettiva è demandato il compito

Dalla lettera della legge si evince che il lavoro supplementare è ammesso soltanto per i contratti a termine stipulati a fronte di esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive; sembrano, quindi, restare escluse le ipotesi di lavoro a tempo determinato aventi una disciplina speciale, quali ad esempio il lavoro dirigenziale (articolo 10, comma 4, decreto legislativo n. 368/2001) ed i lavori svolti nell'ambito del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali (articolo 2, decreto legislativo n. 368/2001) <sup>(21)</sup>.

L'articolo 46, lettera *b*), del decreto legislativo n. 276/2003 (sostitutivo dell'articolo 3, comma 5, del decreto legislativo n. 61/2000) ha, invece, previsto che: « nel rapporto di lavoro a tempo parziale verticale o misto, anche a tempo determinato, è consentito lo svolgimento di prestazioni lavorative straordinarie » <sup>(22)</sup>, con ciò ammettendo la possibilità di prestazioni di lavoro straordinario in ogni tipologia di contratto a termine.

Sempre nell'ottica di garantire maggiore flessibilità del rapporto, la riforma ha rimosso il precedente divieto <sup>(23)</sup>, prevedendo la possibilità di inserzione di clausole elastiche e flessibili in tutte le ipotesi di contratto di lavoro a tempo determinato, con ciò equiparando ai fini dell'operatività di tali istituti il contratto part-time a termine con quello a tempo indeterminato <sup>(24)</sup>.

L'articolo 46, lettera *l*), del decreto legislativo n. 276/2003 (l'attuale articolo 3, comma 10, del decreto legislativo n. 61/2000) dispone, infatti, che: « l'inserzione nel contratto di lavoro a tempo parziale di

---

di stabilirne il limite massimo, i casi in cui il datore di lavoro può richiederlo e le conseguenze economico-giuridiche. Il consenso del lavoratore è necessario nel caso in cui il lavoro supplementare non sia previsto dalla contrattazione collettiva. Si veda il contributo di A. RUSSO, *Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale: lavoro supplementare, lavoro straordinario, clausole flessibili ed elastiche*, che precede.

<sup>(21)</sup> M. BROLLO, *op. cit.*, 136.

<sup>(22)</sup> Il lavoro straordinario è quello prestato oltre il normale orario di lavoro full-time (40 ore). È disciplinato dalle regole vigenti, legali e contrattuali, per i lavoratori a tempo pieno. La circ. Min. lav. n. 9/2004 ha precisato che ne sarà possibile il ricorso « solo ove il tempo pieno settimanale sia stato raggiunto. In caso contrario, la variazione in aumento dell'orario potrà essere gestita mediante il ricorso a clausole elastiche ovvero mediante il ricorso al lavoro supplementare ». Si veda il contributo di A. RUSSO, *Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale: lavoro supplementare, lavoro straordinario, clausole flessibili ed elastiche*, cit.

<sup>(23)</sup> Si veda l'art. 3, comma 13, d.lgs. n. 61/2000, nel testo anteriore alla riforma.

<sup>(24)</sup> M. PAPALEONI, *ult. op. cit.*, 203.

clausole flessibili ed elastiche ai sensi del comma 7 è possibile anche nelle ipotesi di contratto di lavoro a termine ».

Ciò significa che anche nel caso di contratto part-time a tempo determinato potranno essere previste sia clausole flessibili, che consentono al datore di lavoro di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa senza modificarne la durata e che possono essere apposte a qualunque tipologia di contratto di lavoro a tempo parziale, sia le clausole elastiche, che, invece, comportano una variazione in aumento della prestazione lavorativa, riguardanti solamente il part-time verticale o misto <sup>(25)</sup>.

Da quanto sopra, discende, quindi, che oggi l'estensione di tutte le forme flessibili ed elastiche al rapporto di lavoro part-time a tempo determinato è prevista direttamente dalla legge, senza necessità di mediazione sindacale, venendosi, quindi, a modificare il ruolo dell'autonomia collettiva, a cui viene sottratta la facoltà di deroga ai vincoli normativi <sup>(26)</sup>.

Per concludere, si fa presente che la già citata circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 marzo 2004, n. 9, ha confermato la compatibilità delle regole del lavoro supplementare e straordinario, nonché delle clausole flessibili ed elastiche con il lavoro a termine.

---

<sup>(25)</sup> È demandata alla contrattazione collettiva la delimitazione dei limiti, delle modalità, delle compensazioni e delle situazioni che consentono al datore di lavoro di variare collocazione e durata della prestazione. In assenza di disposizioni della contrattazione collettiva il datore di lavoro ed i lavoratori potranno concordare direttamente l'adozione di clausole elastiche o flessibili.

<sup>(26)</sup> M. BROLLO, *op. cit.*, 136.

## 6.

### LA DISCIPLINA PREVIDENZIALE DEL PART-TIME

IVANA MARIMPIETRI

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. — 2. Il riproporzionamento della retribuzione e dei diritti previdenziali nei moduli di lavoro flessibile. — 3. Lavoratori *flessibili* e « mezzi adeguati alle esigenze di vita ». — 3.1. Lavoratori *flessibili* e obbligatorietà della tutela previdenziale. — 4. La disciplina previdenziale del lavoro a tempo parziale: il regime dell'obbligazione contributiva. — 4.1. Le prestazioni previdenziali. — 4.2. La tutela della maternità e la tutela contro la disoccupazione nella giurisprudenza adeguatrice della Corte costituzionale.

#### 1. Considerazioni generali.

La tematica relativa alla protezione sociale dei lavoratori occupati nell'ambito delle tipologie flessibili di lavoro <sup>(1)</sup> è al centro — sia a livello sovranazionale che interno — del dibattito economico e giuridico concernente la riconfigurazione dei sistemi di Welfare <sup>(2)</sup>.

La riflessione prende le mosse dalla comune ed acquisita constatazione in ordine alla crescente divaricazione di struttura e di funzionamento tra mercati del lavoro, caratterizzati da una marcata flessibilità interna ed esterna al rapporto di lavoro <sup>(3)</sup> e sistemi di protezione

---

<sup>(1)</sup> Ci si riferisce sia agli schemi negoziali di lavoro subordinato che si caratterizzano per una discontinuità del vincolo contrattuale (contratto a termine, somministrazione a tempo determinato) ovvero per una elevata elasticità temporale della prestazione con eventuale discontinuità della prestazione di lavoro (part-time, lavoro intermittente, *job sharing*, somministrazione a tempo indeterminato) sia ai moduli negoziali di lavoro autonomo (lavoro a progetto).

<sup>(2)</sup> Cfr. per tutti, M. FERRERA, A. HEMERJCK, M. RHODES, *Il futuro dell'Europa sociale. Vincoli e prospettive*, in *AsS*, 2000, n. 4, 27 ss.; P. BARBIERI, E. MINGIONE, *Il futuro del lavoro: perché occorre un nuovo Welfare State*, in *AsS*, 2003, n. 1-2, 9 ss.; M. PACI, *Le risorse umane e sociali dello sviluppo e il ruolo della flexicurity*, in *AsS*, 2003, n. 1-2, 125 ss.

<sup>(3)</sup> Cfr. E. GHERA, *La flessibilità. Variazioni sul tema*, in *RGL*, 1996, I, 136.

sociale; e ciò nella misura in cui pressoché tutti i referenti materiali sui quali il Welfare europeo è stato edificato — in primo luogo quello costituito dal rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, tendenzialmente stabile — sono rimessi in discussione dalla evoluzione post-fordista del sistema economico e produttivo.

Questo radicale mutamento del quadro materiale di riferimento fa sì che, con riferimento ai sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, risultano « sempre più inadeguate per eccesso e per difetto nello stesso momento le forme di solidarietà che in essi si sono cristallizzate nella fase della loro massima espansione (fordista e keynesiana), durante i *trentes glorieuses* » (4).

D'altra parte è noto il punto di vista comunitario in materia: la flessibilità del mercato del lavoro è condizione imprescindibile per la competitività del sistema economico europeo ed elemento strategico per l'incremento dell'occupazione: la promozione di occasioni di lavoro *adattabili* deve essere perseguita nell'ambito di un giusto equilibrio tra flessibilità e sicurezza (5).

La sfida, dunque, che i sistemi europei stanno affrontando è quella di riscrivere, in una nuova combinazione istituzionale, il risalente e problematico rapporto tra mercato e diritti sociali (6) in un contesto reso più complicato dal fatto che la flessibilità del mercato non consente più quella sorta di automatismo — possibile nella fase fordista

---

(4) S. GIUBBONI, *Politiche sociali e leggi dell'economia. L'integrazione sociale europea rivisitata*, in RDSS, 2001, 97.

(5) Quello relativo alla adattabilità-flessibilità è, tra i pilastri della Strategia Europea per l'Occupazione, « destinato ad incidere maggiormente sugli attuali assetti dei diritti nazionali del lavoro », in M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 325 ss., e tuttavia esso deve aver corso in un contesto in cui sia preservato « l'equilibrio necessario tra flessibilità e sicurezza » e perseguito l'obiettivo di « migliorare la qualità del lavoro »; cfr. per tutti, M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 2002, 131 ss.; M. BIAGI, *Introduzione*, in M. BIAGI (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, XI; M. BIAGI, *L'impatto della European Employment Strategy sul diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, in RIDL, 2000, 419 ss.; T. TREU, *Orientamenti e impegni di politica dell'occupazione*, in DPL, 1996, 3417 ss.; B. CARUSO, *Alla ricerca della « flessibilità mite »: il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in DRI, 2000, 141 ss.; P. REBOANI, *Il terzo pilastro: l'adattabilità*, in DRI, 2000, 153 ss.; S. PICCININO, *I presupposti ed i riflessi previdenziali della flessibilizzazione dei rapporti di lavoro nella prospettiva comunitaria*, in DL, 1999, I, 142 ss.

(6) P. BARCELLONA, *Diritti sociali e Corte Costituzionale*, in RGL, 1995, 324 ss.



dell'economia — per cui la protezione sociale poteva essere quasi *naturaliter* assicurata dalla tutela (a monte) dell'occupazione (7).

L'adattamento dei dispositivi di protezione sociale alle mutate dinamiche dei mercati del lavoro registra percorsi più o meno agevoli a seconda dell'assetto complessivo del sistema nel quale esso si realizza.

A tal riguardo — e anche questa è una notazione comune — l'adattamento risulta più complicato presso i sistemi di Welfare dell'Europa continentale (8), nell'ambito dei quali i soggetti destinatari della protezione sociale sono selezionati attraverso la richiesta di requisiti di anzianità assicurativa e contributiva necessari per l'accesso alla protezione sociale.

In tale contesto — come avremo modo di vedere più da vicino — l'intera gamma dei rapporti di lavoro flessibili, dando luogo ad attività lavorative discontinue e frammentate, evidenzia, in capo ai lavoratori occupati, la difficoltà ad integrare le condizioni di *meritevolezza* alle prestazioni previdenziali (9).

L'esito di tale processo di adattamento è l'aumento, in quasi tutti i Paesi europei, ma in modo particolare nei regimi continentali, dei dispositivi di protezione sociale non contributivi (10), proprio in ragione della progressiva problematicità in ordine alla fruizione di trattamenti previdenziali a causa della integrazione, da parte dei beneficiari, delle condizioni di accesso (requisiti contributivi ed assicurativi).

D'altra parte va evidenziato come l'esperienza c.d. *benchmark*, per quanto riguarda la conciliazione tra flessibilità e sicurezza (quella dei

---

(7) J. GAUTIE, *Lavoro: dai mercati interni ai mercati di transizione. Implicazioni sulla solidarietà, le tutele, la formazione*, in *AsS*, 2003, n. 1-2, 30.

(8) In tal senso, cfr. per tutti, A. WALKER, *Il futuro del pensionamento in Europa*, in *AsS*, 1996, n. 4, 27; P. BARBIERI, E. MINGIONE, *op. cit.*, 20, secondo cui « è innegabile che i contesti che hanno sviluppato un Welfare universalistico rivelino oggi un vantaggio competitivo di adattabilità alla trasformazione del lavoro rispetto a quelli ancora caratterizzati da un prevalente Welfare lavoristico-assicurativo ». Per la classificazione dei sistemi di Welfare cfr., per tutti, M. FERRERA, *Modelli di solidarietà*, Il Mulino, Bologna, 1993; Id., *Le quattro Europe sociali tra universalismo e selettività*, in *DLRI*, 1995, n. 3, 403 ss.

(9) C.A. NICOLINI, *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la legge n. 335 del 1995*, in *RIDL*, 1996, 335; G.G. BALANDI, *Attualità e problemi delle assicurazioni sociali*, in *DLRI*, 1986, 536 ss.

(10) Y. KAZEPOV, *Frammentazione e coordinamento nelle politiche di attivazione in Europa*, in *AsS*, 2002, n. 2, 6 ss.; S. PICCININO, *op. cit.*, 150 ss.

Paesi Bassi) <sup>(11)</sup>, va nel senso di un rafforzamento dei diritti dei lavoratori flessibili, in particolare in direzione di una tendenziale parificazione delle prestazioni pensionistiche e sociali in favore dei lavoratori part-time e temporanei con quelle dei lavoratori standard <sup>(12)</sup>: ciò che, viene sottolineato, integra quell'« elemento centrale del concetto della flessicurezza (*flexicurity*), costituito dalla desegmentazione del mercato del lavoro attraverso un *rilassamento* della protezione dell'impiego per la forza lavoro stabile, a tempo pieno, nei settori centrali dell'economia e dal collegamento di questi nuovi standard alla protezione degli occupati periferici, instabili, a tempo parziale e temporanei del resto dell'economia » <sup>(13)</sup>.

Il tema della necessaria parificazione dei diritti previdenziali e, più in generale, della protezione sociale tra lavoratori standard e lavoratori flessibili, chiama in causa ancora una volta l'assetto complessivo del Welfare e mette ancora in evidenza la problematicità dell'adattamento nell'ambito dei sistemi occupazionali/contributivi e le migliori *performances* presso quei sistemi che vantano, ad esempio, una pensione pubblica di base <sup>(14)</sup>.

## 2. Il riproporzionamento della retribuzione e dei diritti previdenziali nei moduli di lavoro flessibile.

Sul piano più strettamente giuridico non è superfluo evidenziare come la disciplina previdenziale dei lavoratori occupati nell'ambito dei moduli di impiego flessibile trovi i propri referenti normativi esclusivamente sul piano dell'ordinamento interno. La materia relativa ai regimi previdenziali pubblici, invero, resta esclusa, in conformità delle regole generali <sup>(15)</sup>, dall'ambito applicativo delle direttive comunitarie sui lavori atipici <sup>(16)</sup> e, dunque, è sottratta all'operatività del principio

---

<sup>(11)</sup> P. REBOANI, *Il terzo pilastro: l'adattabilità*, cit., 156; M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *op. cit.*, 39; M. BIAGI, *Introduzione*, cit.

<sup>(12)</sup> M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *op. loc. cit.*

<sup>(13)</sup> M. FERRERA, A. HEMERIJCK, M. RHODES, *op. cit.*, 42.

<sup>(14)</sup> A. WALKER, *op. cit.*, 27 ss.

<sup>(15)</sup> Cfr. G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 1998; S. GIUBBONI, *op. cit.*; M. CINELLI, *Diritto del lavoro comunitario e italiano: armonizzazione o conflitto? Il ruolo delle misure di sicurezza sociale*, in RGL, 1997, 111 ss.


<sup>(16)</sup> Direttiva n. 99/70/CE del 28 giugno 1999, in  *Lavoro a termine (o a*

di non discriminazione e di eventuale riproporzionamento che nelle direttive comunitarie in questione risultano limitate alle sole « condizioni di impiego » (17).


Cionondimeno, come subito si vedrà, la circostanza che, con riferimento ai rapporti di lavoro di cui ci occuperemo, — quelli ad orario ridotto, modulato o flessibile (decreto legislativo n. 61/2000 (18) modificato dall'articolo 46, decreto legislativo n. 276/2003; articoli 33 e ss. e 41 e ss. decreto legislativo n. 276/2003) — accanto al principio di non discriminazione operi anche il principio del *pro-rata temporis* con il relativo riproporzionamento del trattamento economico normativo alla minore estensione temporale della prestazione di lavoro, induce un tendenziale riproporzionamento *anche* dei diritti previdenziali.

Ai fini che più da vicino interessano la nostra indagine è il riproporzionamento dell'obbligo retributivo a venire in considerazione per il rilievo centrale che la retribuzione assume sul piano della disciplina previdenziale. Ed invero, è esclusivamente l'esistenza dell'obbligo retributivo che mette capo all'obbligazione relativa alla contribuzione previdenziale a carico del datore di lavoro — articolo 12, legge n. 153/1969; articolo 1, legge n. 389/1989 (19) — e la contribuzione previdenziale è a sua volta — salvi l'autonomia ed il carattere convenzionale della nozione di retribuzione assoggettabile a contribuzione (20)

---

*tempo determinato*), sul contratto a termine e n. 97/81/CE del 15 dicembre 1997, in  *Lavoro a tempo parziale*, sul lavoro a tempo parziale.

(17) L'esclusione dei regimi di sicurezza sociale è espressamente sancita negli accordi quadro europei sul lavoro a tempo parziale e sul lavoro a termine: nel preambolo del primo accordo « le questioni relative ai regimi di sicurezza sociale rinviano alle decisioni degli Stati Membri » e la medesima affermazione si rinviene nel preambolo del secondo: « le questioni relative ai regimi di sicurezza sociale rientrano nella competenza degli Stati Membri »; nei due accordi quadro vi è un richiamo alla dichiarazione sulla occupazione del Consiglio europeo di Dublino del dicembre 1996 ove si affermava la necessità di promuovere « sistemi di protezione sociale capaci di adattarsi ai nuovi modelli di lavoro » (M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, 175, 187, 190).

(18) In  *Lavoro a tempo parziale*.

(19) In  *Retribuzione*.

(20) F.D. MASTRANGELI, *L'imponibile contributivo*, in F.D. MASTRANGELI, C.A. NICOLINI, *La contribuzione previdenziale*, Utet, Torino, 1997, 71 ss.; M. CINELLI, *I problemi della retribuzione imponibile a fini previdenziali*, in *DLRI*, 1996, 457 ss.; M. INTORCIA, *La configurazione giuridica della « retribuzione imponibile » a fini previdenziali, dopo il d.l. 314/1997*, in *IPrev*, 1997, 32; O. MAZZOTTA, *La retribuzione rilevante a fini previdenziali*, in *ADL*, 1998, n. 2, 55 ss.

e l'esistenza di inderogabili minimali di contribuzione <sup>(21)</sup> — « calcolata e riscossa sulla base della retribuzione percepita » <sup>(22)</sup>.

Ed ancora alla retribuzione è correlata la determinazione dell'ammontare della prestazione previdenziale o direttamente (indennità di disoccupazione ordinaria e speciale, indennità di mobilità, indennità di malattia e di maternità, integrazioni salariali, prestazioni Inail) <sup>(23)</sup> ovvero in via mediata all'interno di una più articolata fattispecie (pensione retributiva e contributiva) <sup>(24)</sup>.

Ne deriva che, con riferimento ai rapporti di lavoro rispetto ai quali « la flessibilità incide sul tempo di lavoro, riducendolo rispetto al parametro *standard* del tempo pieno » <sup>(25)</sup>, la riduzione quantitativa del trattamento retributivo correlativamente alla minore quantità del lavoro prestato ovvero la discontinuità dell'obbligo retributivo sono destinate a condizionare anche la tutela previdenziale.

In relazione al lavoro part-time il lavoratore si vede riproporzionato l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa (articolo 4, decreto legislativo n. 61/2000), in ragione della minore durata della prestazione lavorativa nell'unità di tempo rispetto alla durata normale del lavoro prevista dal contratto collettivo.

Nel rapporto di lavoro intermittente si verifica, a rigore, — quanto meno con riferimento alla tipologia *standard* di lavoro intermittente — un affievolimento dell'obbligo retributivo; tale schema negoziale, invero, vede l'alternarsi di periodi di fruizione della indennità di disponibilità — la cui natura retributiva, come si vedrà, è acquisita, in uno con la sua sottrazione ai canoni di cui all'articolo 36 Cost. — a periodi di lavoro effettivo che possono, tuttavia, configurarsi anche come del

---

<sup>(21)</sup> Cfr. da ultimo, A. CORETTI, A. SGROI, *Retribuzione imponibile ex d.lgs. 314 del 2 settembre 1997. Il minimale contributivo ed il contratto collettivo*, in *IPrev*, 2002, 1421 ss.

<sup>(22)</sup> M. PERSIANI, voce *Riforme previdenziali*, in *EGT*, 1996, 6.

<sup>(23)</sup> Esclusa la componente della rendita Inail relativa al danno biologico che mette capo ad una indennizzazione « areddituale », cioè determinata senza alcun riferimento alla retribuzione dell'infortunato: cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2003, 431.

<sup>(24)</sup> La retribuzione è immediatamente rilevante con « riferimento al calcolo della pensione retributiva ma le retribuzioni percepite continuano ad avere rilevanza determinante ai fini della determinazione della pensione cosiddetta contributiva » (M. PERSIANI, *op. cit.*, 5).

<sup>(25)</sup> R. VOZA, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 40.

tutto teorici: qui, il riproporzionamento dell'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa è espressamente previsto (articolo 38, decreto legislativo n. 276/2003) con riferimento ai periodi di effettivo svolgimento della prestazione di lavoro e dunque sempre nella medesima prospettiva della minore durata della prestazione di lavoro, seppure nell'ambito di un assetto contrattuale complessivo che vede remunerata anche la mera disponibilità al lavoro.

La regola del riproporzionamento dell'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa, trova del pari applicazione in relazione al lavoro ripartito (articolo 44, decreto legislativo n. 276/2003), con la particolarità che qui il riproporzionamento retributivo con riferimento a ciascun lavoratore viene a sommarsi alla variabilità dello stesso, variabilità che sarà più o meno marcata a seconda della misura in cui i lavoratori coobbligati si discosteranno, sul piano concreto dello svolgimento del rapporto, da quanto originariamente concordato in sede di stipulazione del contratto con riferimento alla percentuale del lavoro che si prevede venga svolto da ciascuno dei lavoratori coobbligati.

Volendo concludere sul punto, e come avremo modo di vedere più da vicino, la regola del riproporzionamento della retribuzione globale e delle singole componenti con riferimento alle tre tipologie di lavoro flessibile che ci occupano, comporta un tendenziale ed automatico riproporzionamento *anche* dei diritti previdenziali <sup>(26)</sup> ciò che rende le precisazioni del legislatore del decreto legislativo n. 276/2003 sul punto eccessivamente « prudenziali ».

### 3. Lavoratori *flessibili* e « mezzi adeguati alle esigenze di vita ».

La divaricazione tra il sistema di protezione sociale e le nuove forme giuridiche del lavoro è pressoché totale e la capacità di adattamento delle regole previdenziali — pensate e consolidate all'interno di coordinate materiali fisse, stabili e continuative (il rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato tendenzialmente stabile) — alla fisiologica mobilità e articolazione del nuovo mercato del lavoro, può dirsi davvero esaurita.

---

<sup>(26)</sup> C.A. NICOLINI, *Pensione piena e contribuzione ridotta per i lavoratori part-time*, in *MGL*, 1999, 965.

Con riferimento ai lavoratori impiegati nell'ambito di moduli flessibili di lavoro l'attuale sistema di protezione sociale entra in sofferenza in almeno due suoi profili fondamentali e qualificanti.


A venire in primo luogo in discussione è la garanzia costituzionale relativa ai « mezzi adeguati alle esigenze di vita » sancita dall'articolo 38, comma 2, Cost., con riferimento a tutti gli eventi (ed oltre) codificati dalla medesima disposizione.

La tormentata elaborazione della nozione di adeguatezza della prestazione previdenziale ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale, edita con riferimento precipuo alla prestazione pensionistica, va qui richiamata per i profili generalissimi che più da vicino risultano implicati nel nostro tema di indagine.

La « adeguatezza alle esigenze di vita » integra il carattere che la tutela sociale, per necessità costituzionale, deve possedere allorché si dirige al lavoratore e dunque tale nozione si muove nell'ambito dello specifico orizzonte della previdenza sociale *stricto sensu* intesa, quale protezione sociale, cioè, riservata ai soli lavoratori.

La protezione sociale, differenziata e rafforzata nei confronti di quei « cittadini particolarmente qualificati » che sono i lavoratori, si giustifica per la giurisprudenza costituzionale e la pressoché unanime dottrina, in ragione del *merito* che questi possono vantare nei confronti della collettività per aver contribuito al benessere della stessa <sup>(27)</sup>.

---

(27) Cfr., per tutte, C. Cost. 3 febbraio 1986 n. 31, in  *Previdenza sociale*. La giustificazione della posizione « privilegiata » riservata ai lavoratori, già desunta dal complessivo impianto costituzionale, viene ulteriormente razionalizzato: « la protezione che, anche nel momento previdenziale, il lavoratore ha motivo di attendersi, a ben vedere, non può che essere a misura delle modalità in base alle quali il dovere di lavorare, costituzionalmente imposto da quella stessa norma (art. 4 Cost.), è stato da lui assolto » (M. CINELLI, *Sistema delle garanzie costituzionali e previdenza complementare*, in *GE*, 2001, n. 1, 120). Insomma, la prestazione previdenziale è « rapportabile, in qualche maniera, al *merito* (apprezzato in termini di quantità e qualità del lavoro prestato, o, se necessario, anche di contribuzione versata) » che tuttavia « se può essere considerato dato necessario non è però anche parametro unico e sufficiente » per l'operatività, a tal riguardo, del principio di solidarietà che impedisce, appunto, al merito « di svolgere il ruolo di referente esclusivo o predominante per la determinazione del livello delle prestazioni » (M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *ADL*, 1999, 58, 59 e 60). Per vero la peculiarità della posizione dei lavoratori non è esclusa nemmeno nell'ambito della lettura c.d. monistica dell'art. 38 Cost. che fa capo, come noto, a M. PERSIANI (*Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960) sia pure, e anche questo è noto, nella prospettiva del fondamento unitario della tutela previdenziale volta alla liberazione dal bisogno di tutti i


In tale prospettiva, dunque, rimane giustificato non soltanto il diverso — e più pregnante — trattamento riservato ai lavoratori (prestazioni adeguate alle esigenze di vita) rispetto ai cittadini che versano in stato di bisogno (il minimo vitale) ma anche, sulla scorta della quantità e qualità del lavoro svolto, « determinazioni quantitativamente diversificate delle prestazioni previdenziali » destinate ai lavoratori <sup>(28)</sup>.


Nella determinazione dei mezzi adeguati alle esigenze di vita, pertanto, la discrezionalità riservata al legislatore incontra un doppio limite: quello della conservazione, in ogni caso, di un differenziale tra la prestazione assistenziale e quella previdenziale (nel senso che quest'ultima deve contenere un *quid pluris* rispetto all'importo della protezione assistenziale di base identificata nella pensione sociale) <sup>(29)</sup> e — pur al di fuori di una stretta proporzionalità tra retribuzione e/o contribuzione ed ammontare della prestazione previdenziale (che connota la impostazione originaria della giurisprudenza costituzionale) — quello relativo alla necessaria correlazione della prestazione previdenziale al livello di retribuzione percepita in costanza di rapporto che, dunque, costituisce (tra gli altri) criterio di definizione della adeguatezza della prestazione previdenziale alle esigenze di vita <sup>(30)</sup>.

Se queste sono, con molta schematizzazione, le coordinate concettuali che presiedono alla elaborazione della nozione dei « mezzi adeguati alle esigenze di vita » *ex* articolo 38 Cost., nei fatti la Corte costituzionale ha, nel corso del tempo, sostanzialmente validato — razionalizzandoli <sup>(31)</sup> — i criteri di ripartizione delle risorse disponibili

cittadini in funzione della realizzazione del principio di parità sostanziale in vista dell'effettivo godimento dei diritti fondamentali.

<sup>(28)</sup> C. Cost. 3 febbraio 1986 n. 31, cit.

<sup>(29)</sup> C. Cost. 15 febbraio 1984 n. 28, in  *Previdenza sociale*, e 3 febbraio 1986, n. 31, cit.; cfr. M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, cit., 63; R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2001, 446 ss. Con riferimento ai lavoratori flessibili, cfr. la proposta di S. RENGA, *Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, Atti del convegno sul tema *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro*, Pisa, 23-24 aprile 2004, 14 del dattiloscritto.

<sup>(30)</sup> C. Cost. 13 febbraio 1980 n. 26; C. Cost. 15 febbraio 1984 n. 28; C. Cost. 30 gennaio 1986 n. 19; C. Cost. 3 febbraio 1986 n. 31; C. Cost. 27 giugno 1986 n. 173; C. Cost. 7 luglio 1986 n. 175; C. Cost. 5 febbraio 1987 n. 33; C. Cost. 3 novembre 1988 n. 1008; C. Cost. 7 maggio 1997 n. 127; C. Cost. 28 novembre 1997 n. 362, tutte in  *Previdenza sociale*.

<sup>(31)</sup> Sull'operato della Corte costituzionale, cfr. M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, cit., 66, secondo il quale « nella prevalenza dei casi ... è dato



e le scelte distributive operate dal legislatore ordinario tra assistenza e previdenza e all'interno della previdenza stessa (i vari regimi di calcolo della pensione e la determinazione del livello dell'assegno sociale, già pensione sociale) <sup>(32)</sup>.

In tale prospettiva, e per rimanere alle generali, il problema politico-costituzionale al centro del dibattito giusprevidenzialistico risiede proprio nella presa d'atto della progressiva incapacità del sistema previdenziale di apprestare in favore di quanti sono occupati nell'ambito di moduli flessibili d'impiego « mezzi adeguati alle esigenze di vita » con la conseguenza di una tendenziale loro fuoriuscita dall'area della protezione sociale-*previdenza* verso quella della protezione sociale-*assistenza* <sup>(33)</sup>.

Per i lavoratori in questione, problemi di inadeguatezza della prestazione previdenziale si pongono, in primo luogo, sotto il profilo dell'accesso alla prestazione previdenziale (*an*); i lavoratori flessibili, invero, risultano pregiudicati nel godimento di tutti quei diritti previdenziali il cui acquisto risulta dalla legge subordinato al possesso di requisiti minimi di anzianità assicurativa e contributiva (diritti pensionistici ed indennità di disoccupazione) nella misura in cui, appunto, il ridotto accredito contributivo per ridotta retribuzione percepita e/o per discontinuità della stessa, ostacola l'accumulo dell'anzianità previdenziale con la conseguenza di un allungamento del periodo di tempo necessario per la maturazione di tali requisiti minimi sino alla possibile, definitiva preclusione in ordine alla loro integrazione <sup>(34)</sup>.

Come è stato puntualmente rilevato, la negazione della tutela

---

verificare nei *dicta* della Corte la piena condivisione dell'assetto normativo positivo ... Una sorta di costituzionalizzazione dell'esistente ».

<sup>(32)</sup> R. PESSI, *op. cit.*, 284.

<sup>(33)</sup> Insomma, l'evoluzione del mercato del lavoro verso assetti sempre più flessibili « rischia di far venir meno il motivo su cui si basa la previdenza categoriale, cioè la capacità di offrire ai lavoratori trattamenti pensionistici superiori a quelli minimi, in quanto correlati ai redditi conseguiti nella vita lavorativa »: T. TREU, *Le politiche del Welfare: le innovazioni necessarie*, in *DSs*, 2004, 19.

<sup>(34)</sup> Il meccanismo di accreditamento della contribuzione settimanale (che è l'unità di misura e di calcolo del fondo pensioni lavoratori dipendenti) ai fini della maturazione del requisito contributivo minimo è disciplinato dall'art. 7, commi 1 e 2, l. n. 638/1983, il quale prevede la copertura piena della settimana solo in presenza di un livello minimo di retribuzione settimanale annualmente rivalutato; al di sotto di tale soglia minima di retribuzione viene accreditato un numero di settimane proporzionalmente ridotto. Nell'anno solare sono accreditate le settimane retribuite o riconosciute (in caso di contribuzione figurativa) per le quali sia stata corrisposta una retribuzione



sociale si consuma, nei confronti di tali lavoratori, « non già sulla base di un effettivo giudizio di *meritevolezza*, ma, piuttosto, solo per effetto delle diverse modalità di svolgimento del lavoro giacché i meccanismi tecnici che presiedono all'accesso ed al calcolo delle prestazioni previdenziali risultano ancora costruiti su misura per la figura tipica del lavoratore a tempo pieno »<sup>(35)</sup>.

Ma l'inadeguatezza della prestazione previdenziale si profila anche con riferimento al *quantum* della stessa sempre in ragione della ridotta retribuzione percepita ovvero della discontinuità della stessa; ciò accade sia con riferimento alle prestazioni previdenziali commisurate direttamente alla retribuzione (indennità di malattia, indennità di maternità, integrazioni salariali, indennità di disoccupazione ordinaria e speciale, calcolo retributivo della pensione, prestazioni Inail con esclusione della componente della rendita relativa al danno biologico), sia quando la retribuzione rileva attraverso il *medium* della contribuzione previdenziale (nel sistema di calcolo contributivo della pensione).


E dunque, tutte le volte che non risulta positivamente completata la fattispecie previdenziale per l'acquisizione del diritto alla prestazione, ovvero quando questa, pur completata, ha prodotto una prestazione quantitativamente modesta — tale, cioè, da attestarsi al di sotto della soglia dei mezzi, volta a volta ritenuti dal legislatore, come adeguati alle esigenze di vita — il lavoratore è destinato a ritornare *cittadino* ed a godere della tutela assistenziale (quando questa è contemplata dall'ordinamento in relazione all'evento di cui trattasi).


Così, ad esempio, con riferimento alla tutela pensionistica obbligatoria nel regime c.d. retributivo<sup>(36)</sup> i lavoratori impiegati nell'ambito di schemi contrattuali ad orario ridotto e/o discontinui risultano pregiudicati nel raggiungimento dell'elevato requisito contributivo (20 anni) richiesto ai fini dell'accesso alla prestazione pensionistica<sup>(37)</sup>: al

---

non inferiore al 40% dell'importo del trattamento minimo mensile della pensione in vigore al 1° gennaio dell'anno stesso.

<sup>(35)</sup> C.A. NICOLINI, *Pensione piena e contribuzione ridotta per i lavoratori part-time*, cit., 967.

<sup>(36)</sup> Tale regime trova ancora applicazione a coloro che all'atto dell'entrata in vigore della l. n. 335/1995 poterono far valere 18 anni di anzianità contributiva e, *pro-rata*, a tutti coloro che, in quella data, avevano in essere un rapporto previdenziale, salvo loro successive opzioni (art. 1, comma 2, l. n. 335/1995; d.lgs. n. 180/1997; d.lgs. n. 278/1998, in  *Previdenza sociale*).

<sup>(37)</sup> All'indomani della riforma pensionistica « Amato » (l. n. 421/1992, e successivo decreto delegato n. 503/1992, in  *Previdenza sociale*) veniva evidenziato

compimento del 65-esimo anno di età, dunque, in assenza della maturazione di tale requisito questi godranno della tutela assistenziale costituita dall'assegno sociale e sempre che ricorrano le condizioni di accesso cui è subordinata tale ultima prestazione <sup>(38)</sup>.

La medesima situazione ha ragione di configurarsi nell'ambito del regime c.d. contributivo <sup>(39)</sup>; qui, essendo il sistema di computo della pensione commisurato alla contribuzione effettivamente versata nell'arco di tutta la vita attiva del soggetto, il livello della prestazione previdenziale, in ragione del ridotto ammontare della base retributiva imponibile, risulta, per il lavoratore flessibile, il più delle volte di modesta entità.

Nel nuovo regime di calcolo pensionistico, tra l'altro, è venuto meno il tipico istituto solidaristico dell'« integrazione al minimo » che, nel regime di calcolo retributivo della pensione (e sempre che il soggetto avesse maturato i requisiti contributivi minimi) si incaricava di assicurare la sufficienza (*id est*: l'adeguatezza) della prestazione pensionistica: al compimento del 65-esimo anno di età, non è improbabile,

---

come « lo spostamento a 20 anni del requisito contributivo può accentuare quanto, invero, è già avvertibile nel vigente ordinamento previdenziale: cioè la propensione di questo a farsi tutore, solo nominalmente imparziale di tutti coloro che vivono del proprio lavoro, ma, nei fatti, con chiara preferenza per i lavoratori con garanzia di continuità di rapporto e con stabilità d'impiego »: M. CINELLI, M. PERSIANI, *Prodromi, svolgimenti e prospettive della riforma previdenziale*, in M. CINELLI, M. PERSIANI (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale dalle leggi "Amato" alla Finanziaria 1995*, Giuffrè, Milano, 1995, 9, nonché A. ANDREONI, *I requisiti assicurativi e contributivi per il pensionamento di vecchiaia nel regime generale*, ivi, 127 e 147.

<sup>(38)</sup> Il diritto alla prestazione assistenziale dell'assegno sociale (art. 3, commi 6 e 7, l. n. 335/1995) sorge al compimento del 65-esimo anno di età ed è condizionato alla sussistenza di un bisogno effettivo che viene accertato in ragione del reddito dell'interessato e (se esistente) del coniuge. Va ricordato, come nell'ambito della pensione retributiva ove il lavoratore abbia maturato il requisito contributivo minimo, la sufficienza della prestazione pensionistica è preservata attraverso l'istituto dell'integrazione al minimo, un trattamento, cioè, fissato dalla legge che va ad « integrare » l'importo che il lavoratore avrebbe percepito in base al solo computo della sua anzianità contributiva ed assicurativa ed alla sua « ultima » retribuzione.

<sup>(39)</sup> Nel sistema c.d. contributivo, che riguarda i lavoratori assunti dopo il 1° gennaio 1996 e quelli che abbiano optato, trovandosi nelle condizioni, per il nuovo sistema di computo (art. 2, comma 23, l. n. 335/1995, d.lgs. n. 180/1997; l. n. 388/2000), il conseguimento del diritto alla pensione è subordinato alla maturazione di un requisito minimo di contribuzione di 5 anni e (dai 57 ai 65 anni) alla ulteriore condizione del conseguimento di un determinato importo della pensione che non deve essere inferiore a 1,2 volte l'importo dell'assegno sociale (art. 1, comma 2, l. n. 335/1995); nel nuovo sistema contributivo è stato abolito l'istituto della integrazione al minimo (art. 1, comma 6, l. n. 335/1995).

dunque, che il lavoratore flessibile sia destinato a godere dell'assegno sociale <sup>(40)</sup>.

A tal riguardo, invero, puntualmente è stato rilevato come il (ri)proporzionamento del trattamento retributivo alla ridotta quantità della prestazione lavorativa che connota le forme flessibili di lavoro « si combina con un ordinamento previdenziale che, a sua volta, tende sempre più a proporzionare rigidamente il trattamento previdenziale alla quantità di contribuzione derivante dalla retribuzione dovuta » <sup>(41)</sup>.

Nessuna protezione sociale-*assistenza*, d'altra parte, l'ordinamento appresta, allo stato, con riferimento all'evento-disoccupazione involontaria <sup>(42)</sup> che pure denuncia, in relazione ai lavoratori occupati nell'ambito dei moduli flessibili di lavoro, un conclamato *deficit* di tutela previdenziale quanto « ai mezzi adeguati alle esigenze di vita » sotto il duplice profilo dell'*accesso* alla prestazione e del *quantum* della stessa.


Anche con riferimento al trattamento di disoccupazione, invero, i lavoratori in questione risultano pregiudicati nella maturazione del requisito contributivo (che viene accertato secondo le illustrate regole di cui all'articolo 7, commi 1 e 5, legge n. 638/1983 come modificato dall'articolo 1, comma 2, legge n. 389/1989) cui è subordinato il diritto alla prestazione e dal riproporzionamento della misura del trattamento stesso quale conseguenza della minore entità della retribuzione.

Quand'anche, poi, i lavoratori in questione riuscissero a maturare i requisiti di accesso alla prestazione, egualmente sarebbero esclusi, in linea di massima, dalla tutela (almeno, come si vedrà, secondo il recente orientamento della Cassazione a Sezioni Unite edito con riferimento ai lavoratori a tempo parziale verticale) <sup>(43)</sup> con riferimento ai periodi di non lavoro collocati all'interno del medesimo rapporto di lavoro.

---

<sup>(40)</sup> V. ZANONI, *Lavoro precario e nuovi lavori*, in *AsS*, 1996, n. 4, 211 ss.

<sup>(41)</sup> A. PANDOLFO, *Tutela pensionistica e lavori nuovi e rinnovati: profili di un rapporto difficile*, in *DSs*, 2004, 502.

<sup>(42)</sup> Solo in via sperimentale e limitatamente a talune zone geografiche è stato introdotto nel nostro ordinamento il reddito minimo di inserimento (d.lgs. n. 237/1998, in  *Retribuzione*) sul quale cfr., per tutti, C. LAGALA, *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Cacucci, Bari, 2001, 208 ss.

<sup>(43)</sup> Sulla incapacità dell'attuale sistema di protezione sociale a governare le nuove forme attraverso le quali si manifesta il bisogno socialmente rilevante riconnesso all'evento-disoccupazione, cfr. E. BALLETTI, *Disoccupazione e lavoro. Profili giuridici della tutela del reddito*, Giappichelli, Torino, 2000; e, ancora da ultimo, F. LISO, *La tutela per la mancanza di lavoro dei lavoratori precari. Brevi considerazioni sulla decisione delle Sezioni Unite della Corte Costituzionale in materia di trattamento di disoccupazione e lavoro a tempo parziale verticale*, in corso di pubblicazione verificare, su *ADL*, 2004;

Come è evidente dalle pur brevi notazioni sin qui svolte, il problema della protezione sociale del segmento flessibile della forza lavoro è uno di quei temi (tra gli altri) evocativo della urgente riconsiderazione circa « l'articolazione funzionale interna del sistema di previdenza ed i confini e le connessioni tra un Welfare *lavoristico* ed un Welfare *non lavoristico* »<sup>(44)</sup>, e, più in generale, « dei principi e dei fondamenti giuridici del sistema di sicurezza sociale »<sup>(45)</sup>: insomma, della necessità di una riorganizzazione dell'intervento pubblico in materia di protezione sociale che, alla luce di quanto insegna la vicenda dei lavoratori flessibili, non può che rimettere al centro della propria tutela, almeno quella di base, il cittadino in condizione di bisogno<sup>(46)</sup>.

### 3.1. Lavoratori flessibili e obbligatorietà della tutela previdenziale.

La difficoltà di adattamento che il sistema di protezione sociale incontra allorché deve dirigersi verso i lavoratori flessibili, emerge ancora con riferimento ai « correttivi » che il legislatore ha messo in campo e che finiscono per contraddire un altro carattere essenziale della tutela previdenziale quello, cioè, della sua *obbligatorietà*.

Ed invero, il legislatore, nella consapevolezza della « precarietà »<sup>(47)</sup> previdenziale che affligge i lavoratori in questione, derivante dalla discontinuità e/o dal ridotto accredito di anzianità previdenziale da contribuzione obbligatoria, ha previsto strumenti alternativi per la acquisizione di tale anzianità, finendo, tuttavia, per addossare il peso della protezione sociale, che aspiri ad essere « adeguata », in capo ai lavoratori stessi.

---

P. BOZZAO, *Dal « lavoro » alla « laboriosità ». Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, in *RDSS*, 2003, n. 2, 563 ss.

<sup>(44)</sup> P. SANDULLI, *Intervento*, in *Aidlass*, Atti del Convegno sul tema *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, 559.

<sup>(45)</sup> P. SANDULLI, *op. loc. cit.*

<sup>(46)</sup> Cfr., per tutti, T. TREU, *Lineamenti per una riforma dello Stato sociale*, in *RGL*, 1997, 1 ss.; Id., *Le riforme del Welfare*, in *DLRI*, 2002, n. 4; Id., *Le politiche del Welfare: le innovazioni necessarie*, cit.; M. CINELLI, *La sfida demografica al sistema delle pensioni tra immaginario e realtà*, in *RDSS*, 2003, n. 2, 433 ss.; R. PESSI, *Salario previdenziale e rapporto di lavoro*, in *RDSS*, 2003, n. 2, 459 ss.; R. BRUNETTA, P. ONOFRI, *Sistema di Welfare: quali innovazioni?*, in *DSs*, 2004, n. 1, 117 ss.

<sup>(47)</sup> S. RENGA, *op. cit.*, 4.

Ci si riferisce alla possibilità che viene concessa ai lavoratori impiegati nell'ambito dei moduli di lavoro flessibili, di provvedere, ai fini pensionistici, all'acquisto della anzianità previdenziale cui normalmente assolve la contribuzione obbligatoria, attraverso il ricorso agli istituti onerosi del riscatto e della prosecuzione volontaria.

Si tratta di modi di acquisto della anzianità previdenziale « destinati ad operare in situazioni nelle quali, ancorché la legge non preveda l'instaurazione degli obblighi contributivi, viene comunque riconosciuto meritevole di tutela l'interesse del soggetto ad accumulare l'anzianità utile per accedere alle prestazioni e/o per incrementarne la misura » (48).

Ancora, e soprattutto, il tratto caratteristico di tale « contribuzione consiste nella sua *facoltatività* in ragione del fatto che il suo adempimento è funzionale non tanto alla cura di un interesse pubblico (finanziamento della gestione) quanto, piuttosto, all'interesse personale dello stesso soggetto protetto alla costituzione e all'incremento della propria anzianità previdenziale » (49).

Così, e come vedremo più da vicino, tale facoltà è stata concessa ai lavoratori titolari di contratti di lavoro part-time di tipo verticale e orizzontale (50) nonché, con riferimento alle pause intercorrenti tra successivi periodi di occupazione « stagionale temporanea o discontinua » ai lavoratori impiegati nell'ambito di tali moduli di lavoro (51). Con il decreto legislativo n. 276/2003 (articolo 36, comma 7), in favore dei lavoratori intermittenti è stata predisposta, come si avrà modo di vedere, una « originale fattispecie di integrazione volontaria della posizione contributiva » (52).

A fronte di tali strumenti alternativi (alla contribuzione obbligatoria) di acquisto dell'anzianità contributiva non solo si è parlato di una « sorta di eterogenesi che stanno subendo rilevanti istituti previdenziali » (53) nella misura in cui essi sono piegati ad una funzione diversa

---

(48) F.D. MASTRANGELI, C.A. NICOLINI, *op. cit.*, 230.

(49) F.D. MASTRANGELI, C.A. NICOLINI, *op. loc. cit.*, 230.

(50) L'art. 8, d.lgs. n. 564/1996, emanato in attuazione della delega di cui all'art. 1, comma 39, l. n. 335/1995, ha previsto per i lavoratori titolari di un rapporto di lavoro part-time di tipo verticale o ciclico la facoltà di riscatto e/o di prosecuzione volontaria con riferimento ai periodi di inattività successivi al 31 dicembre 1996; l'art. 3, d.lgs. n. 278/1998, ha esteso tale possibilità ai *part-timer* orizzontali.

(51) Art. 7, d.lgs. n. 564/1996.

(52) Cfr. A. PANDOLFO, *op. cit.*, 504.

(53) M. CINELLI, *La protezione sociale dei lavori atipici*, in *DL*, 2000, 280.

da quella perseguita tradizionalmente <sup>(54)</sup> ma viene sottolineato come porre a carico dei soggetti in questione parte (ovvero l'intero) dell'onere previdenziale, in presenza dell'alto costo finanziario di questo, equivale a precludere la fruizione stessa della tutela sociale da parte di tali soggetti <sup>(55)</sup>.

Nessun parallelismo, d'altra parte, può essere istituito con altre ipotesi in cui l'ordinamento, parimenti, predispone lo strumento di protezione sociale lasciando ai destinatari la decisione in ordine alla sua utilizzazione <sup>(56)</sup>.

Nelle ipotesi presenti nel nostro ordinamento in cui, invero, si assiste ad un ritiro dell'azione pubblica diretta in materia di protezione sociale l'organizzazione di questa è demandata pur sempre ad ambiti di solidarietà particolari (le collettività intermedie) che, mentre esprimono il pluralismo sociale, negano, per definizione, la individualizzazione della liberazione dal bisogno.

La specifica precarietà retributiva di cui sono portatori i lavoratori impiegati nell'ambito dei moduli flessibili di lavoro, rendendo estremamente difficoltoso, se non proprio irrealistico, il ricorso alla contribuzione volontaria in funzione della costruzione della propria tutela previdenziale di base, rende i diritti pensionistici del tutto ineffettivi smentendo, per tale via, il carattere di *necessarietà* ed *obbligatorietà* della protezione sociale imposta dall'articolo 38 Cost. <sup>(57)</sup>.


Peraltro, lo stesso legislatore, avvertito delle implicazioni derivanti dalla configurazione di tali strumenti alternativi di acquisizione dell'anzianità contributiva, ha previsto la possibilità di un concorso statale agli

---

<sup>(54)</sup> L'impiego degli strumenti relativi alla prosecuzione volontaria di assicurazione obbligatoria, la contribuzione figurativa, i riscatti avviene « sempre più di frequente, non propriamente secondo la funzione, per così dire, tradizionale — cioè come strumenti di conservazione o incremento della posizione assicurativa, essenzialmente in relazione a periodi della vita (produttiva o meno) esclusi dal vincolo assicurativo — bensì per integrare (a fini di incremento pensionistico) la contribuzione versata in periodi di attualità assicurativa, ma di trattamento retributivo ridotto, o per compensare altre manifestazioni di *ius* singolare, relative ad un rapporto di lavoro in atto »: M. CINELLI, *op. loc. cit.*, 280.

<sup>(55)</sup> M. CINELLI, *op. loc. cit.*; V. ZANONI, *op. cit.*, 212.

<sup>(56)</sup> Come è avvenuto, ad es. con l'introduzione degli strumenti di sostegno al reddito per i settori sprovvisti di ammortizzatori sociali (art. 2, comma 28, l. n. 662/1996): sia consentito rinviare a A. PANDOLFO, I. MARIMPIETRI, *Ammortizzatori sociali « fai da te »: il caso del settore del credito*, in *Riv. prev. pubbl. priv.*, 2001, n. 6, 1080 ss.

<sup>(57)</sup> Cfr., da ultimo, C. Cost. 18 luglio 1997 n. 248, in  *Previdenza sociale*.

« oneri contributivi a carico del lavoratore »<sup>(58)</sup> in una parziale acquisizione della precarietà previdenziale dei lavoratori flessibili a problema della collettività<sup>(59)</sup>.

#### 4. La disciplina previdenziale del lavoro a tempo parziale: il regime dell'obbligazione contributiva.

Come è stato ben detto di recente, il lavoro a tempo parziale costituisce la « forma di lavoro paradigmatica per lo studio della tutela sociale del lavoro non standard »<sup>(60)</sup> e, come noto, è anche l'ipotesi più risalente e consolidata di flessibilità previdenziale.

La disciplina previdenziale di tale modulo negoziale discende in primo luogo evidentemente dai principi generali e trova poi una specifica puntualizzazione nell'articolo 9 del decreto legislativo n. 61/2000 che, a sua volta, è il prodotto, come vedremo, di una serie di disposizioni implementate dal legislatore nel corso degli anni.

Nel momento in cui il contratto di lavoro a tempo parziale veniva formalmente tipizzato nel nostro ordinamento (articolo 5, decreto legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito nella legge n. 863/1984) il legislatore provvedeva a disciplinare un profilo fondamentale dell'obbligazione contributiva a carico del datore di lavoro e cioè quello relativo al c.d. minimale contributivo<sup>(61)</sup>: a tal riguardo, veniva disposto, invero, — in deroga alla regola generale della commisurazione della contribuzione dovuta ad un minimale retributivo rapportato ad una giornata minima convenzionale<sup>(62)</sup> — la frazionabilità oraria del minimale giornaliero di retribuzione imponibile<sup>(63)</sup>.


Sino a quel momento, invero, « alla mancata previsione di una

---

<sup>(58)</sup> Tale possibilità, prevista dall'art. 9, l. n. 196/1997, per il lavoro interinale, è stata poi generalizzata *ex art.* 69, comma 9, l. n. 388/2000.

<sup>(59)</sup> P. BOZZAO, *Dal « lavoro » alla « laboriosità »*. *Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, cit., 580.

<sup>(60)</sup> S. RENGA, *op. cit.*, 5.

<sup>(61)</sup> Per minimale contributivo, come noto, si intende il livello minimo di retribuzione — determinato dalla legge — da assumere come base di calcolo della contribuzione previdenziale pur in presenza di una retribuzione dovuta e/o corrisposta al lavoratore, inferiore a tale livello: cfr., fra le tante, Cass. 26 febbraio 1993 n. 2407, in  *Retribuzione*.

<sup>(62)</sup> Cfr. A. ANDREONI, *I requisiti assicurativi e contributivi per il pensionamento di vecchiaia nel regime generale*, cit., 136.

<sup>(63)</sup> Art. 5, comma 5, l. n. 863/1984.



retribuzione minima rapportata ad ora ai fini del calcolo della contribuzione » conseguiva l'obbligo del versamento dei contributi nel rispetto del minimale giornaliero « anche in caso di prestazione di una sola ora al giorno » <sup>(64)</sup>.


L'innovazione legislativa <sup>(65)</sup>, chiaramente volta ad incentivare il ricorso all'istituto del part-time attraverso la riduzione degli oneri contributivi a carico delle imprese contraddiceva, peraltro, il prevalente orientamento della giurisprudenza <sup>(66)</sup> anche costituzionale <sup>(67)</sup>, nonché la posizione dell'Istituto previdenziale fermi nel ritenere la frazionabilità del minimale giornaliero di retribuzione imponibile <sup>(68)</sup>.


La regola della frazionabilità oraria del minimale contributivo è attualmente contenuta nell'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo n. 61/2000 il quale detta anche i criteri per la sua determinazione, definitivamente consolidando il criterio della frazionabilità del minimale giornaliero in misura « variabile » in luogo di quello, originario, stabilito in misura *fissa* <sup>(69)</sup>.

È bene, tuttavia, chiarire come il minimale contributivo richiamato dall'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo n. 61/2000 è soltanto uno dei due minimali contributivi disciplinati dalla legge previdenziale e, cioè, quello previsto dall'articolo 7, comma 1, legge n. 638/1983, il

<sup>(64)</sup> A. ANDREONI, *I requisiti assicurativi e contributivi per il pensionamento di vecchiaia nel regime generale*, cit., 136.

<sup>(65)</sup> Operata « all'insegna di una riscoperta parità di trattamento tra part-time orizzontale e verticale »: A. ANDREONI, *ibidem*, 145.

<sup>(66)</sup> Cfr., per tutte, Cass. 7 luglio 1987 n. 5910, in  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(67)</sup> C. Cost. ord. 21 luglio 1988 n. 835, in  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(68)</sup> Cfr. M. CINELLI, *La disciplina previdenziale dei rapporti di lavoro a tempo parziale tra sostegno e disincentivo*, in RIDL, 1986, I, 64.

<sup>(69)</sup> M. BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Jovene, Napoli, 1991, 263. L'art. 5, comma 5, l. n. 863/1984, determinava la retribuzione minima oraria da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali nella misura fissa di un sesto del minimale giornaliero di cui all'art. 7, l. n. 638/1983. Cfr., a tal riguardo, Cass. 26 febbraio 1993 n. 2407, cit., e le osservazioni di P. BOZZAO, *La previdenza del lavoratore a tempo parziale*, in *Riv. prev. pubbl. priv.*, 2001, n. 2, 32. L'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 61/2000, che consolida l'innovazione introdotta dall'art. 1, comma 4, l. n. 389/1989, stabilisce che « la retribuzione minima oraria da assumere quale base per il calcolo dei contributi previdenziali dovuti per i lavoratori a tempo parziale si determina rapportando alle giornate di lavoro settimanale ad orario normale il minimale giornaliero di cui all'art. 7 del d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, e dividendo l'importo così ottenuto per il numero delle ore di orario normale settimanale previsto dal contratto collettivo nazionale di categoria per i lavoratori a tempo pieno ».



quale dispone, appunto, che il minimale giornaliero di retribuzione imponibile non può essere inferiore al 9,50% del trattamento minimo mensile di pensione a carico del Fondo lavoratori dipendenti.


Si tratta, come è noto, di una previsione di chiusura, per così dire, che coesiste (ma in verità non se ne comprende il senso, sul piano generale) con il minimale contributivo introdotto dall'articolo 1, comma 1, legge n. 389/1989, il quale, come noto, stabilisce che « la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione d'importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo » (70).

Ne consegue che, sul piano generale, la retribuzione da prendere a base di calcolo per il versamento della contribuzione previdenziale non può essere inferiore sia alla retribuzione minima imponibile di cui all'articolo 1, comma 1, legge n. 389/1989 sia ai sopracitati minimali di retribuzione giornaliera fissati direttamente dalla legge.

Tale coesistenza di minimali contributivi opera anche con riferimento ai lavoratori part-time: la fissazione, cioè, del minimale di retribuzione oraria *ex* articolo 9, comma 1, del decreto legislativo n. 61/2000 « non esime dall'obbligo del rispetto, ai fini contributivi, del disposto dell'articolo 1, comma 1, legge 389/89 » (71).

Come si vede, dunque, il regime della obbligazione contributiva relativa al lavoro part-time è governato dalle medesime regole valevoli per la generalità dei lavoratori specificandosi soltanto in funzione del riproporzionamento della contribuzione previdenziale in ragione della ridotta prestazione di lavoro in modo che « il versamento contributivo risulta ormai dovuto per un ammontare rapportato al numero effettivo delle ore di lavoro espletate dal lavoratore a tempo parziale » (72).

---

(70) Componendo il contrasto che sulla questione si era delineato in seno alla Sezione lavoro, la Cassazione a Sezioni Unite (sentenza 29 luglio 2002, n. 11199, in  *Retribuzione*) ha sancito che il rispetto del minimale contributivo *ex* art. 1, comma 1, l. n. 389/1989 grava anche sui datori di lavoro non iscritti alle OO.SS. stipulanti.

(71) Circ. Inps n. 21/2004.

(72) P. BOZZAO, *La previdenza del lavoratore a tempo parziale*, cit., 32.

Per ciò che riguarda il regime contributivo relativo all'assicurazione sociale contro gli infortuni e le malattie professionali, l'attuale comma 3 dell'articolo 9, decreto legislativo n. 61/2000, è il frutto di una serie di successivi interventi normativi <sup>(73)</sup> e « aggiustamenti amministrativi » in una materia che, nell'intenzione del legislatore del 1984, voleva essere « oggetto di un intervento distinto e privilegiato rispetto a quello proprio delle altre prestazioni previdenziali » <sup>(74)</sup>.

La disposizione in questione disciplina, intanto, la retribuzione minima oraria (minimale contributivo orario) secondo le medesime modalità previste dal comma 1, articolo 9, decreto legislativo n. 61/2000, per l'assicurazione generale con la previsione, dunque, anche qui, della frazionabilità su base oraria del minimale contributivo giornaliero.

La determinazione della retribuzione imponibile ai fini del calcolo del « premio » prende a riferimento, a partire dal 1995 <sup>(75)</sup> la retribuzione tabellare <sup>(76)</sup> oraria (in luogo della retribuzione tabellare giornaliera cui si faceva riferimento antecedentemente a tale data), ottenuta dividendo l'importo della retribuzione annua prevista dalla contrattazione collettiva nazionale (o, in assenza, da quella territoriale o aziendale) per le ore annue stabilite dalla medesima.

Ai fini del calcolo del premio, dunque, la base imponibile si ottiene moltiplicando la « retribuzione oraria superiore » — risultante, cioè, dal confronto tra la retribuzione minima oraria e quella tabellare — per il numero delle ore effettivamente prestate nel periodo assicurativo <sup>(77)</sup>.


Sempre sotto il profilo dell'obbligazione contributiva, rimaneva aperto, con riferimento alla disciplina antecedente a quella codificata dal decreto legislativo n. 61/2000, il problema relativo al regime

<sup>(73)</sup> Che si sono aggiunti alla lapidaria, quanto « oscura », previsione originaria in materia (costituita dall'attuale primo periodo dell'art. 9, comma 3, d.lgs. n. 61/2000).

<sup>(74)</sup> A. ANDREONI, *Part-time, flessibilità del lavoro e « barriere » previdenziali*, in *RGL*, 1993, I, 428; M. CINELLI, *La disciplina previdenziale dei rapporti di lavoro a tempo parziale tra sostegno e disincentivo*, cit., 80 ss.; M. BROLLO, *op. cit.*, 267 ss.

<sup>(75)</sup> A partire dal d.l. n. 232/1995, dopo una serie di reiterazioni, l'ultimo, il d.l. n. 510/1996, è stato convertito nella l. n. 608/1996, che ha aggiunto i commi 9-bis e 9-ter dell'abrogato art. 5, l. n. 863/1984 (commi ricompattati nell'attuale art. 9, comma 3, d.lgs. n. 61/2000).

<sup>(76)</sup> La retribuzione « tabellare » comprende solo la paga base e le mensilità aggiuntive, con esclusione di qualsiasi altro istituto economico di natura contrattuale (circ. Inail n. 28/1988).


<sup>(77)</sup> Cfr., da ultimo, circ. Inail n. 57/2004, in  *Assicurazioni sociali*.

dell'obbligazione contributiva nell'ipotesi in cui il contratto di lavoro part-time fosse stato viziato per difetto della forma scritta <sup>(78)</sup>: se, cioè, a fronte di un contratto di lavoro part-time nullo per vizio di forma (la forma scritta era ritenuta come prescritta *ad substantiam* per unanime giurisprudenza di merito e di legittimità) il versamento della contribuzione previdenziale dovesse essere effettuato nel rispetto del regime ordinario del minimale contributivo giornaliero <sup>(79)</sup> ovvero di quello specifico dettato per il part-time, che prevede, come visto, la frazionabilità oraria del minimale giornaliero onde adattare, appunto, il minimale contributivo alla ridotta prestazione di lavoro del *part-timer* <sup>(80)</sup>. Componendo il contrasto di giurisprudenza verificatosi in seno alla Sezione lavoro della Cassazione, le Sezioni Unite hanno fatto proprio il primo orientamento citato sul presupposto che « il più favorevole trattamento, quanto agli obblighi contributivi, dettato per il part-time regolare, è una conseguenza non già della prestazione lavorativa a tempo ridotto, ma del rispetto delle formalità previste dalla legge ».

Nell'ambito dell'attuale normativa su lavoro a tempo parziale, il problema si pone in termini diversi. Questa prevede, invero, come noto, il requisito della forma scritta solo *ad probationem* (articolo 8, decreto legislativo n. 61/2000) e disciplina anche gli effetti derivanti dalla sua mancanza di prova (articolo 8, comma 2, decreto legislativo n. 61/2000) <sup>(81)</sup>; con riferimento ai rapporti sorti successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 61/2000, dunque « la questione potrà porsi soltanto quando, ricorrendo il vizio di forma e rimasta indimostrata la formalizzazione del rapporto, il lavoratore non si sia avvalso della facoltà di ottenere la dichiarazione di esistenza di un

---

<sup>(78)</sup> Cfr., per tutti, G. BENASSI, *Il rapporto part-time regolare e irregolare: la contribuzione dovuta ed il diritto all'indennità di disoccupazione*, in *IPrev*, 2002, 1406 ss.; M. TATARELLI, *Nullità dei contratti part-time privi di forma e regime contributivo*, in *MGL*, 2000, n. 3, 255 ss.; M. CORRIAS, *Contribuzione previdenziale e contratto a tempo parziale nullo per vizio di forma*, in *ADL*, 2000, 355.

<sup>(79)</sup> Cass. 26 aprile 2002 n. 6097, e Cass. 2 dicembre 2002 n. 13445, entrambe in  *Retribuzione*, che mettono capo all'orientamento interpretativo maggioritario.

<sup>(80)</sup> Cass. 29 dicembre 1999 n. 14692, in  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(81)</sup> L'art. 8, comma 1, dispone che « In difetto di prova in ordine alla stipulazione a tempo parziale del contratto di lavoro, su richiesta del lavoratore potrà essere dichiarata la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla data in cui la mancanza della scrittura sia giudizialmente accertata. Resta fermo il diritto alle retribuzioni dovute per le prestazioni effettivamente rese antecedentemente alla data suddetta ».

rapporto a tempo pieno, oppure, ove tale facoltà sia stata esercitata, fino alla sentenza di accertamento della mancanza di scrittura »<sup>(82)</sup>.

Sempre sotto il profilo dell'obbligazione contributiva va poi ricordato come in relazione al part-time verticale o ciclico si pone il problema relativo alla mancata contribuzione obbligatoria in relazione ai periodi di assenza della prestazione lavorativa; a fronte di tale circostanza, idonea ad ostacolare l'accumulo di anzianità previdenziale da parte di tali lavoratori, è stata prevista, per i periodi di inattività successivi al 31 dicembre 1996, la possibilità di riscatto<sup>(83)</sup> ovvero, in alternativa, di versamento della contribuzione volontaria<sup>(84)</sup>, riconosciuti utili ai fini del diritto e della misura della pensione nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria.


Tale possibilità è stata estesa successivamente anche in favore dei lavoratori titolari di contratto di lavoro part-time di tipo orizzontale (articolo 3, decreto legislativo 29 giugno 1998, n. 278).

Infine va ricordato come, sul piano generale, l'obbligo contributivo sussiste, con riferimento a talune gestioni previdenziali, unicamente in presenza di determinate dimensioni occupazionali dell'impresa (es. contributi per CIGS e mobilità sono dovuti unicamente dalle aziende industriali con più di 15 dipendenti e dalle aziende del settore commerciale con più di 50 dipendenti); a tal riguardo, pertanto, diventa rilevante la disposizione di cui all'articolo 6, decreto legislativo n. 61/2000, relativa ai criteri di computo dei lavoratori part-time: questo prevede, invero, con riferimento a tutte le ipotesi in cui, per disposizione di legge o di contratto collettivo, si rende necessario l'accertamento della consistenza dell'organico, che i lavoratori a tempo parziale siano computati in proporzione all'orario svolto<sup>(85)</sup>.

---

<sup>(82)</sup> M. TATARELLI, *op. cit.*, 266.

<sup>(83)</sup> Art. 8, d.lgs. n. 564/1996: ai fini del riscatto i soggetti interessati devono provare lo stato di disoccupazione (che è da ritenersi parziale) per tutto il periodo da riscattare.

<sup>(84)</sup> Allo stato di disoccupazione parziale nonché al possesso del requisito di almeno un anno di contribuzione nell'ultimo quinquennio è subordinata la possibilità di contribuzione volontaria. La circ. Inps n. 111/1999, in  *Lavoro a tempo parziale*, ha precisato che l'autorizzazione al riscatto ed alla contribuzione volontaria può essere concessa soltanto quando la relativa domanda sia presentata in costanza del rapporto di lavoro.

<sup>(85)</sup> Il requisito dimensionale rileverà, e troverà applicazione la norma suddetta, con riferimento al contributo CIGS (art. 1, comma 1, l. n. 223/1991)

#### 4.1. Le prestazioni previdenziali.


Anche l'esame delle prestazioni previdenziali in favore dei lavoratori a tempo parziale si risolve, in sostanza, nella considerazione dei correttivi che l'ordinamento previdenziale ha dovuto mettere in campo in funzione dell'adattamento — come si vedrà non sempre soddisfacente e con riferimento a talune ipotesi assolutamente controverso — del sistema di protezione sociale a tale modello di lavoro flessibile.

Prendendo le mosse dalla prestazione pensionistica nell'assicurazione generale obbligatoria, va considerato il « correttivo » introdotto sin dalla disciplina originaria del part-time <sup>(86)</sup> e ribadito nell'articolo 9, comma 4, decreto legislativo n. 61/2000, per ciò che concerne la determinazione dell'ammontare del trattamento di pensione nel regime retributivo.

A tal riguardo l'intervento del legislatore, come vedremo, si limita a modificare i criteri di calcolo dell'anzianità assicurativa ai fini della liquidazione della pensione (misura della prestazione) ma non tocca il profilo relativo alla maturazione dell'anzianità assicurativa utile ai fini del *diritto* a pensione (i requisiti contributivi minimi) <sup>(87)</sup>.

Dispone l'articolo 9, comma 4, decreto legislativo n. 61/2000, che « nel caso di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale e viceversa, ai fini della determinazione dell'ammontare del trattamento di pensione si computa per intero l'anzianità relativa ai periodi di lavoro a tempo pieno e propor-

---

in  *Licenziamento collettivo*; contributo di mobilità (art. 16, l. n. 223/1991); contributo aggiuntivo per lavoro straordinario (art. 2, l. n. 549/1995).

<sup>(86)</sup> Art. 5, comma 11, d.l. n. 726/1984.

<sup>(87)</sup> Il diritto alla pensione di vecchiaia nel regime retributivo (art. 2, d.lgs. n. 503/1992) è riconosciuto, in via generale, in presenza di una anzianità assicurativa e di contribuzione minimi (20 anni) ed al compimento dell'età pensionabile. Per quanto concerne la *misura* della pensione, nel sistema di calcolo retributivo si fa riferimento alla retribuzione media pensionabile (art. 3, comma 8, l. n. 297/1982; art. 3, d.lgs. n. 503/1992; art. 1, comma 17, l. n. 335/1995) costituita dalla media delle retribuzioni relative al periodo immediatamente antecedente la data di decorrenza della pensione. Tale periodo, fino a tutto il 1992 era riferito alle ultime 260 settimane (5 anni); dal 1° gennaio 1993 è stato ampliato, in misura diversa a seconda dell'anzianità maturata dall'assicurato al 31 dicembre 1992, sino a coprire, a regime, tutta la vita assicurativa del soggetto. L'altro elemento rilevante per il calcolo della pensione retributiva è l'aliquota di rendimento che viene applicata alla retribuzione pensionabile nell'arco temporale di riferimento previsto dalla legge.

zionalmente all'orario effettivamente svolto l'anzianità inerente ai periodi di lavoro a tempo parziale ».

A tal riguardo va anzitutto ricordato come « l'ambito soggettivo »<sup>(88)</sup> di applicazione della disposizione in questione non è limitato — successivamente all'intervento di Corte costituzionale n. 202/1999<sup>(89)</sup> — alla ipotesi, testualmente prevista dalla norma, di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale e viceversa ma si estende a ricomprendere ogni ipotesi di lavoro part-time (anche i rapporti, cioè, « nati ed estinti come tali »)<sup>(90)</sup>.


L'operazione di riproporzionamento viene imposta dal legislatore con riferimento al solo computo dell'anzianità contributiva (e dunque su uno dei parametri di calcolo della pensione) ma tale riproporzionamento, per opinione maggioritaria della dottrina<sup>(91)</sup>, è destinato ad incidere anche sull'altro elemento che entra nel calcolo della pensione retributiva, e cioè sulla retribuzione pensionabile.

Attraverso la « compressione » del parametro di calcolo relativo all'anzianità contributiva, la retribuzione pensionabile (la retribuzione annua pensionabile che è una percentuale della retribuzione percepita nel periodo temporale di riferimento preso in considerazione dalla legge) viene ad essere concentrata sul solo periodo ridotto verificandosi in tal modo una sua automatica elevazione nella misura in cui questa viene a riallinearsi a quella corrispondente all'attività ad orario pieno<sup>(92)</sup>.

Il correttivo in questione, pertanto, come è stato lucidamente detto, costituisce propriamente uno strumento di flessibilità previdenziale che, con riferimento ai lavoratori a tempo parziale « modifica (*rectius*: adatta) la disciplina del calcolo della pensione retributiva al fine di eliminare gli effetti depressivi sulla retribuzione pensionabile — e, quindi sul trattamento pensionistico — che si realizzerebbero qua-

---

<sup>(88)</sup> P. BOZZAO, *La previdenza del lavoratore a tempo parziale*, cit., 38.

<sup>(89)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(90)</sup> A. ANDREONI, *Part-time, flessibilità del lavoro e « barriere » previdenziali*, cit., 423.

<sup>(91)</sup> C.A. NICOLINI, *Pensione piena e contribuzione ridotta per i lavoratori part-time*, cit., 964; P. BOER, *Rapporto di lavoro a part-time e trattamento di pensione*, in RGL, 1987, 36 ss.; A. SICA, *Calcolo della pensione part-time*, in DPL, 1999, n. 33, 2364.

<sup>(92)</sup> Cfr. gli autori citati alla nota precedente; « In sostanza è come se si trattasse di un rapporto di durata inferiore ma pagato a tempo pieno »: A. SICA, *op. ult. cit.*, 2363.

lora settimane, mesi ed anni di lavoro part-time fossero computati per intero, anziché, venire “compressi” in proporzione all’orario svolto »<sup>(93)</sup>.

Tale correttivo, peraltro, è destinato ad operare con riferimento alla ipotesi del lavoro part-time orizzontale — come, più in generale, le disposizioni previdenziali contenute nell’articolo 9, decreto legislativo n. 61/2000, che presuppongono tale modello di part-time<sup>(94)</sup> — mentre si rivela superfluo in relazione al part-time verticale, in ragione dell’effettuazione, che qui si realizza, di prestazioni di lavoro giornaliero a tempo pieno concentrate nel corso della settimana, del mese o dell’anno, ciò che non esige, dunque, alcun adattamento dei criteri generali.

In tale prospettiva può ben dirsi come il correttivo messo in campo da legislatore ai fini del calcolo pensionistico sia funzionale ad assicurare ai lavoratori titolari di un rapporto di lavoro part-time orizzontale un adeguato livello di tutela evitando « ingiustificate discriminazioni tra lavoratori part-time nonché tra questi e lavoratori a tempo pieno »<sup>(95)</sup>.

Alcun correttivo il legislatore ha apprestato, invece, per quanto riguarda il requisito contributivo necessario per la maturazione del diritto a pensione, sicché i lavoratori part-time risultano assoggettati, sotto il profilo in questione, ai consueti principi che nell’ambito dell’assicurazione generale obbligatoria presiedono all’accreditamento della contribuzione (settimanale) ai fini dell’accesso alle prestazioni previdenziali per le quali è previsto un requisito contributivo (prestazioni pensionistiche e indennità di disoccupazione) (articolo 7, comma 1 e comma 5, legge n. 638/1983, come modificato dall’articolo 1, comma 2, legge n. 389/1989).

In base a tali principi, invero, la settimana di contribuzione (che costituisce l’unità assicurativa propria del fondo pensioni lavoratori dipendenti) è accreditata con un versamento contributivo rapportato al minimale di retribuzione settimanale ivi previsto (pari ad una retribuzione settimanale non inferiore al 40% dell’importo del trattamento minimo mensile di pensione).

Se, dunque, il lavoratore titolare di un rapporto di lavoro part-time non può, in ragione della ridotta retribuzione che percepisce, integrare

---

<sup>(93)</sup> C.A. NICOLINI, *op. ult. cit.*, 964.

<sup>(94)</sup> M. CINELLI, *La disciplina previdenziale dei rapporti di lavoro a tempo parziale tra sostegno e disincentivo*, cit., 103.

<sup>(95)</sup> C.A. NICOLINI, *op. ult. cit.*, 967.



il suddetto minimale di retribuzione settimanale, si vedrà accreditato un numero di settimane proporzionalmente ridotto con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di dilatazione del tempo necessario per la maturazione dei requisiti minimi di contribuzione ai fini del diritto a pensione sino alla preclusione stessa, in talune ipotesi, del conseguimento del diritto <sup>(96)</sup>.

Di più. Il meccanismo di calcolo in questione previsto per l'accesso alla pensione, se penalizza il lavoratore titolare di un part-time orizzontale al pari di quanto risulta penalizzato il lavoratore full-time che percepisce una retribuzione inferiore al minimale di retribuzione settimanale <sup>(97)</sup>, mette capo ad una vera e propria discriminazione nei confronti del lavoratore titolare di un rapporto di lavoro part-time verticale rispetto al quale è del tutto escluso l'accredito della settimana (anche nella misura proporzionalmente ridotta) per la presenza (e con riferimento a) di settimane non retribuite <sup>(98)</sup>.

Come è evidente, dunque, le diverse modalità di svolgimento della prestazione lavorativa — a seconda, cioè, che il lavoro a tempo parziale venga svolto secondo il modello orizzontale, verticale o ciclico — incidono sulla maturazione dell'anzianità assicurativa utile ai fini del diritto a pensione differendolo nel tempo <sup>(99)</sup> e sono sempre le diverse modalità di svolgimento della prestazione di lavoro che, « al di là di differenziazioni giustificabili sulla base del principio di proporzionalità, o per l'eventuale incidenza di altri interessi costituzionalmente rilevanti » <sup>(100)</sup>, illegittimamente finiscono per discriminare i lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori standard e ciò, ancora una volta, in ragione della sostanziale inadattabilità dell'attuale sistema previdenziale, tarato sul rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, ai modelli di lavoro flessibile quale, appunto (tra gli altri) il lavoro part-time.

È appena il caso di evidenziare, infine, come con riferimento alla pensione c.d. contributiva nessun correttivo, in verità, si appalesa necessario per i lavoratori a tempo parziale e ciò in ragione dell'alto

---

<sup>(96)</sup> A. ANDREONI, *I requisiti assicurativi e contributivi per il pensionamento di vecchiaia nel regime generale*, cit., 143; M. CINELLI, *La disciplina previdenziale dei rapporti di lavoro a tempo parziale tra sostegno e disincentivo*, cit., 77.

<sup>(97)</sup> M. CINELLI, *op. ult. cit.*, 78.

<sup>(98)</sup> M. CINELLI, *op. loc. cit.*; A. ANDREONI, *op. ult. cit.*, 145.

<sup>(99)</sup> P. BOER, *Rapporto di lavoro a part-time e trattamento di pensione*, cit., 40.

<sup>(100)</sup> C.A. NICOLINI, *Pensione piena e contribuzione ridotta per i lavoratori part-time*, cit., 967.



«tasso di adattabilità» che, in sé, possiede il metodo di calcolo pensionistico in questione <sup>(101)</sup>.

Un vero e proprio correttivo «inverso» rispetto a quelli sin qui illustrati, è messo, invece, in campo dal legislatore con riferimento alla tutela del lavoratore a tempo parziale in caso di infortunio e malattia professionale. Sin dalla originaria disciplina contenuta nell'articolo 5, comma 9, legge n. 863/1984, è assicurata, per tale ipotesi, una protezione «privilegiata» <sup>(102)</sup> che commisura le prestazioni previdenziali per infortunio e malattia professionale alla retribuzione tabellare prevista dalla contrattazione collettiva per il corrispondente rapporto di lavoro a tempo pieno (articolo 9, comma 3, decreto legislativo n. 61/2000).

Come è stato incisivamente evidenziato, con riferimento a tale tutela sociale, «viene rovesciato lo schema concettuale che lo stesso legislatore del 1984 adotta a fini pensionistici, ove l'abbattimento degli oneri sociali a carico del datore di lavoro di un prestatore a part-time condiziona (e anzi impedisce) il diritto e la misura della pensione» <sup>(103)</sup>.

E tuttavia deve rilevarsi come l'articolo 4, comma 2, lettera *b*), del decreto legislativo n. 61/2000, nel prevedere il riproporzionamento, in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa, dell'«importo dei trattamenti economici per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale e maternità» è idoneo quantomeno a suscitare qualche dubbio in ordine alla perdurante legittimità del «correttivo inverso» costituito, appunto, per le prestazioni relative all'assicurazione obbligatoria Inail, dall'essere queste indifferenti alla ridotta entità della prestazione di lavoro del *part-timer*.

---

<sup>(101)</sup> C.A. NICOLINI, *Disciplina previdenziale del lavoro temporaneo: i diritti del lavoratore e il regime sanzionatorio*, in *RIDL*, 1998, I, 332. Il regime c.d. contributivo di calcolo della pensione, dando rilievo alla contribuzione versata durante tutta la vita lavorativa e togliendo valore in linea di massima all'anzianità contributiva, risulta indifferente «alle modalità di svolgimento della prestazione (ed è) probabilmente idoneo a risolvere in gran parte i problemi di riproporzionamento del trattamento dei lavoratori non standard» (S. RENGA, *op. cit.*, 15) anche se non quello relativo alla adeguatezza del trattamento pensionistico.

<sup>(102)</sup> M. CINELLI, *La disciplina previdenziale dei rapporti di lavoro a tempo parziale tra sostegno e disincentivo*, cit., 80.

<sup>(103)</sup> A. ANDREONI, *Part-time, flessibilità del lavoro e «barriere» previdenziali*, cit., 428.

#### 4.2. La tutela della maternità e la tutela contro la disoccupazione nella giurisprudenza adeguatrice della Corte costituzionale.

L'adattamento delle regole, che sul piano generale governano tali due fondamentali prestazioni previdenziali, al rapporto di lavoro part-time, è alquanto problematico e non con riferimento a tutti i lavoratori a tempo parziale può dirsi pienamente realizzata la garanzia costituzionale *ex* articolo 38 Cost., anche successivamente agli importanti interventi della Corte costituzionale al riguardo.


Con riferimento alla tutela della lavoratrice madre la norma cardine è costituita dall'articolo 17, comma 2, legge n. 1204/1971 <sup>(104)</sup> la quale attribuisce il diritto alla indennità di maternità per il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro anche alla lavoratrice madre che, all'inizio del periodo di interdizione sia assente dal lavoro senza retribuzione, ovvero disoccupata o sospesa a condizione che tra l'inizio dell'assenza, della cessazione o della sospensione del rapporto e quello dell'astensione obbligatoria non siano trascorsi più di 60 giorni.


La problematica applicazione di tale norma in relazione al rapporto di lavoro part-time di tipo verticale — nel caso in cui i periodi di inattività siano superiori ai 60 giorni — è stata oggetto di pronunzie da parte della giurisprudenza di Cassazione <sup>(105)</sup> ed ha visto l'intervento della Corte costituzionale.

Con la sentenza n. 132/1991 <sup>(106)</sup> la Corte costituzionale, rimuovendo la situazione di disparità di trattamento che si verificava tra i lavoratori part-time, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 17, legge n. 1204/1971 <sup>(107)</sup> nella parte in cui, per le lavoratrici con contratto di lavoro part-time verticale su base annua, allorché il periodo di astensione obbligatoria abbia inizio più di 60 giorni dopo la cessazione della precedente fase di lavoro, esclude il diritto all'indennità giornaliera di maternità anche in relazione ai previsti periodi di ripresa dell'attività lavorativa.

Ne consegue che la lavoratrice occupata a tempo parziale verticale godrà della tutela previdenziale solo per la parte di astensione obbliga-

---

<sup>(104)</sup> L'attuale art. 24, comma 2, d.lgs. n. 151/2001 (T.U. per la tutela e il sostegno alla maternità e paternità), in  *Maternità*.

<sup>(105)</sup> Cass. 9 novembre 1984 n. 5668, in  *Maternità*, che aveva negato il diritto al trattamento di maternità alla lavoratrice sospesa dal rapporto di lavoro da più di 60 giorni.

<sup>(106)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(107)</sup> In  *Maternità*.

toria coincidente con il periodo di ripresa della attività lavorativa, mentre alcuna tutela riceverà allorché il « periodo di astensione obbligatoria sia collocato nell'intervallo tra una scansione lavorativa e l'altra » (108).

Tale pronunzia della Corte costituzionale, peraltro, è per taluni profili sorprendentemente in assonanza con una precedente sentenza della Corte di Cassazione (109) la quale aveva escluso il diritto alla indennità di maternità nei confronti della lavoratrice sospesa dal rapporto di lavoro da più di 60 giorni (nella prospettiva sia del rapporto a tempo determinato per attività stagionale che in quella del rapporto di lavoro a tempo indeterminato) sul presupposto che l'indennità economica compensa, con strumenti diversi, il reddito da lavoro che viene meno (110).

Una successiva sentenza della Cassazione (111) ha sancito che allorché il periodo di astensione obbligatoria abbia inizio durante la fase dall'attività lavorativa e si protragga nella fase di inattività, il diritto all'indennità di maternità deve essere riconosciuto alla lavoratrice madre per tutto il periodo dell'astensione obbligatoria (anche per la porzione, cioè, che si colloca nella pausa lavorativa) (112).

Ancora la Corte costituzionale (113) è intervenuta in materia di retribuzione da assumere a parametro per il calcolo della indennità di maternità (114).


Con una pronunzia di rigetto della questione di costituzionalità dell'articolo 16, legge n. 1204/1971 (ora articolo 23, decreto legislativo n. 151/2003), giudicata « fortemente disancorata dal dato letterale » (115) della disposizione in questione ed « estensiva » della stessa (116), la Corte costituzionale ha adottato una interpretazione dinamica, per così dire, in base alla quale allorché durante il periodo dell'astensione obbligatoria sia già stata concordata la trasformazione


---


(108) S. RENGA, *op. cit.*, 18.

(109) Cass. 9 novembre 1984 n. 5668, cit.

(110) P. BOER, *Disciplina previdenziale*, in M. BROLLO (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Ipsoa, Milano, 2001, 220.

(111) Cass. 10 agosto 1998 n. 7839, in  *Maternità*.

(112) Cfr. circ. Inps n. 87/1999, in  *Maternità*.

(113) C. Cost. 30 giugno 1999 n. 271, in  *Maternità*.

(114) L'art. 16, l. n. 1204/1971, ora art. 23, d.lgs. n. 151/2003, la identifica nella « retribuzione media giornaliera del periodo di paga mensile precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio l'astensione obbligatoria dal lavoro per maternità ».

(115) C.A. NICOLINI, *Pensione piena e contribuzione ridotta per i lavoratori part-time*, cit., 967.

(116) P. BOER, *op. ult. cit.*, 221.

del rapporto a tempo parziale in rapporto a tempo pieno l'indennità di maternità deve essere calcolata non sulla retribuzione ridotta relativa alla trascorsa fase del rapporto a part-time ma su quella fissata per il concordato tempo pieno che la lavoratrice avrebbe svolto se non fosse intervenuto il periodo di sospensione per l'astensione obbligatoria <sup>(117)</sup>.

La riflessione che suggerisce tale vicenda giurisprudenziale — e che va estesa anche a quella che ci apprestiamo ad esaminare relativa alla configurabilità, in capo al lavoratore con contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale, dell'indennità di disoccupazione per i periodi non lavorati — evidenzia, ancora una volta, la sostanziale inadattabilità di regole di protezione sociale, « pensate » con riferimento al rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, alle nuove forme giuridiche del lavoro rispetto alle quali l'intermittenza e/o discontinuità della prestazione di lavoro, anche all'interno del medesimo rapporto di lavoro, costituisce non più l'eccezione ma un dato fisiologico; e d'altra parte, profili fondamentali della protezione sociale relativa ai lavoratori occupati nell'ambito dei moduli flessibili di lavoro, non possono essere rimessi esclusivamente alla — pur apprezzabile — regolamentazione amministrativa da parte degli Enti previdenziali.

Un profilo fondamentale relativo alla tutela previdenziale dei lavoratori impiegati nell'ambito di un contratto di lavoro part-time verticale (ma non solo, potendo la problematica riguardare anche il lavoratore intermittente che non si sia obbligato a rispondere alla chiamata del datore di lavoro) attiene, come si diceva, alla configurazione o meno in capo a tali lavoratori del diritto alla indennità di disoccupazione ordinaria in relazione ai periodi di inattività.

La infinita vicenda giurisprudenziale e dottrinale che attorno a tale

---

<sup>(117)</sup> Del pari problematiche con riferimento alla modalità di part-time verticale risultano le ordinarie regole che disciplinano la tutela economica della malattia. A prescindere dalla circostanza che — in tale ipotesi — la contrattazione collettiva è abilitata a modulare la durata del periodo in difformità da quanto previsto per i lavoratori a tempo pieno comparabili (art. 4, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 61/2000), problemi si pongono in ordine al calcolo dell'indennità che, secondo le regole generali, prende a riferimento la retribuzione media giornaliera del mese o periodo quadrisettimanale precedente l'evento morboso. Come deve avvenire il calcolo nel caso in cui il mese precedente l'evento coincide con un periodo di inattività? La dottrina ha suggerito di prendere a riferimento il periodo immediatamente precedente la pausa lavorativa con l'espunzione, quindi, del periodo di riferimento dei giorni non lavorati: cfr. M. BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, cit., 285 ss.; P. DUI, *Il rapporto di lavoro a tempo parziale*, Ipsoa, Milano, 1989, 183.

problematica si è sviluppata e che non accenna a risolversi pur dopo l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione può essere qui, evidentemente, solo schematicamente illustrata <sup>(118)</sup>.



A tal riguardo, la posizione interpretativa dell'Istituto previdenziale (Inps) è nel senso di negare tale diritto sul presupposto che, a tal fine, debba ricorrere l'estinzione formale del rapporto di lavoro, condizione che non si verifica con riferimento alle fasi di inattività nell'ambito del rapporto di lavoro part-time verticale.

Tale linea argomentativa è condivisa da una parte della giurisprudenza di merito <sup>(119)</sup> e, per la verità, sul piano dei principi generali, dalla più autorevole dottrina <sup>(120)</sup>.

L'altro argomento sostenuto dall'Inps per negare la corresponsione della indennità di disoccupazione fa riferimento alla carenza del requisito della *involontarietà* dello stato di disoccupazione relativo alle fasi di inattività: queste, costituendo modalità esecutive della prestazione « accettate » dal lavoratore al momento della stipulazione del contratto part-time, sarebbero perciò stesso a questi imputabili a titolo di disoccupazione volontaria.

Con la fondamentale sentenza n. 1141/1999 <sup>(121)</sup> la Cassazione respingeva ambedue le argomentazioni dell'Istituto previdenziale ed affermava il diritto dei lavoratori a tempo parziale verticale alla indennità di disoccupazione per i periodi di non lavoro.

---

<sup>(118)</sup> Al riguardo, cfr., da ultimo, F. LISO, *op. cit.*; sulla questione, una parte della giurisprudenza di merito (Trib. Roma 11 luglio 2002; Trib. Milano 7 novembre 1998; Pret. Milano 10 febbraio 1997; Pret. Ravenna 13 marzo 1996; Pret. Milano 1° marzo 1994; Pret. Bari 14 ottobre 1991, tutte in  *Lavoro a tempo parziale*) nonché la dottrina pressoché unanime (cfr., per tutti, N. PACI, *L'indennità di disoccupazione nel part-time verticale*, in LG, 2000, 759 ss.; Id. *Evoluzione, e involuzione, della giurisprudenza sull'indennità di disoccupazione nel part-time verticale*, in LG, 2000, 71 ss.; L. SGARBI, *Part-time verticale e involontarietà dello stato di disoccupazione*, in LG, 1997, 318 ss.; C. LAGALA, *Le diverse funzioni dell'indennità di disoccupazione e la tutela dei lavoratori part-time*, in LG, 2002, 825 ss.; F. AGOSTINI, *Indennità di disoccupazione e lavoro part-time*, in RGL, 1999, 141 ss.) si sono espresse nel senso della configurabilità di tale diritto. In giurisprudenza negano la titolarità del diritto all'indennità di disoccupazione: Trib. Piacenza 31 marzo 1995; Pret. Firenze 18 marzo 1995; Pret. Firenze 18 marzo 1995; Pret. Torino 19 gennaio 1995; Pret. Piacenza 16 giugno 1994, tutte in  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(119)</sup> Cfr. nota precedente.

<sup>(120)</sup> M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2000, 272; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2001, 305.


<sup>(121)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.


A tal fine la Suprema Corte negava — sulla scorta di una interpretazione testuale della normativa in materia, la quale prevede l'attivazione della tutela per i casi di « disoccupazione involontaria per *mancaza di lavoro* » <sup>(122)</sup> — che l'estinzione formale del rapporto di lavoro fosse elemento costitutivo dell'evento tutelato nell'ambito dell'assicurazione sociale obbligatoria contro la disoccupazione; quanto al requisito della involontarietà dello stato di disoccupazione, la Suprema Corte richiamava la fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 160/1974 <sup>(123)</sup> che aveva riconosciuto il diritto al trattamento previdenziale di disoccupazione nelle ipotesi, contemplate dall'articolo 76, comma 1, regio decreto legge n. 1827/1935 <sup>(124)</sup>, di inattività relativa ai periodi di stagione morta, per le lavorazioni soggette a disoccupazione stagionale, e a periodi di sosta per le lavorazioni soggette a normali periodi di sospensione <sup>(125)</sup> e ciò sul fondamentale presupposto che la disoccupazione, in tali casi, non può essere considerata volontaria per il lavoratore « in conseguenza del fatto di avere volontariamente scelto ed accettato quel tipo di attività, il più delle volte imposta dalle condizioni del mercato del lavoro ma può diventarlo se, ed in quanto, il lavoratore stesso non si faccia parte diligente per essere avviato, nel periodo di sospensione, ad altra occupazione ».

Sulla questione è intervenuta, da ultimo, la Cassazione a Sezioni Unite <sup>(126)</sup> la quale con una non limpidissima — ma condivisibile nel *decisum* — sentenza (che tra l'altro fa propria, inammissibilmente, una nozione di involontarietà dello stato di disoccupazione di matrice assicurativa, respinta sin dal 1974 dalla succitata sentenza della Corte


---

<sup>(122)</sup> Art. 3, comma 1, r.d. n. 3158/1923; art. 45, comma 3, r.d.l. n. 1827/1935; art. 19, comma 1, r.d.l. n. 636/1939.

<sup>(123)</sup> In  *Previdenza sociale*.

<sup>(124)</sup> In  *Assicurazioni sociali*.


<sup>(125)</sup> L'art. 76, r.d.l. n. 1827/1935, prevede l'esclusione non dall'ambito di operatività dell'assicurazione sociale (ma solo) dal godimento della indennità la « disoccupazione nei periodi di stagione morta, per le lavorazioni soggette a disoccupazione stagionale, e quella relativa a periodi di sosta, per le lavorazioni soggette a normali periodi di sospensione »: con la sentenza n. 160/1974 (in *FI*, 1974, I, 1962) la Corte costituzionale dichiarava infondata in riferimento all'art. 38 Cost. e « nei sensi di cui in motivazione » la norma in questione sempre che la norma impugnata sia intesa nel senso che il lavoratore, rimasto privo di lavoro durante i suddetti periodi, può senz'altro acquisire il diritto all'indennità di disoccupazione allorché chiedi l'iscrizione nelle liste di collocamento per altre occupazioni e non riesca ad ottenere lavoro per ragioni obiettive di disoccupazione nel settore richiesto.


<sup>(126)</sup> Sentenza 6 febbraio 2003 n. 1732, in  *Lavoro a tempo parziale*.

costituzionale) ha negato in capo ai lavoratori a tempo parziale verticali il diritto alla indennità di disoccupazione con riferimento ai periodi di inattività.

A tale sentenza continua a ribellarsi una parte della giurisprudenza di merito <sup>(127)</sup> e la questione pende dinanzi alla Corte costituzionale <sup>(128)</sup>.

---

<sup>(127)</sup> App. Genova 8 ottobre 2003; Trib. Ravenna 30 aprile 2003, entrambe in  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(128)</sup> Sollevata dal Trib. Roma ord. 11 agosto 2003, in  *Lavoro a tempo parziale*.





SEZIONE C  
LAVORO RIPARTITO E LAVORO INTERMITTENTE

7.

**LA NUOVA DISCIPLINA  
DEL CONTRATTO DI LAVORO RIPARTITO**

PASQUALE DUI

SOMMARIO: 1. Emersione della figura nella prassi e finalità economico-sociale. — 2. La definizione legale della fattispecie. — 3. Ambito di applicazione e distinzione dal contratto di lavoro a tempo parziale. — 4. Solidarietà passiva dei lavoratori e ripartizione dell'orario fra i coobbligati. — 5. Forma del contratto. — 6. Disciplina del rapporto e trattamento previdenziale. — 7. Estinzione del rapporto.

**1. Emersione della figura nella prassi e finalità economico-sociale.**

Le norme in commento definiscono e disciplinano una fattispecie — il contratto di lavoro ripartito — già da tempo emersa a livello sociale e negoziale, nota anche con il termine *job sharing*, che ne rivela la derivazione dall'esperienza anglosassone. Tratteggiata su questo piano ancora pre-normativo, nel suo schema strutturale fondamentale, la figura in esame si sostanzia nell'assunzione dell'impegno, da parte di più lavoratori, in un unico posto di lavoro, per lo svolgimento di una medesima prestazione, con la facoltà di distribuire liberamente, fra di loro, l'orario lavorativo, ma con obbligo di rispondere solidalmente nei confronti del datore.

La funzione economico-sociale di una siffatta figura negoziale sta, da un lato, nell'interesse dei lavoratori ad una più libera gestione dei propri tempi di lavoro <sup>(1)</sup>, che può in tal modo essere più facilmente

---

<sup>(1)</sup> Cfr. il contributo di C. ENRICO, L. RUGGIERO, *Il decreto legislativo n. 66/2003: finalità e principi generali*, in questa Parte, Sez. (A).

conciato con concomitanti attività (familiari, o di studio), e, dall'altro, nell'interesse del datore di lavoro ad una maggiore intensità e produttività del lavoro, basata sul regime di solidarietà, che assicura una riduzione del rischio di assenze per malattia od altro impedimento <sup>(2)</sup>.

Oggetto inizialmente più di studi dottrinali che di concreta attuazione nella prassi <sup>(3)</sup>, o, ancor meno, di pronunce giurisprudenziali, l'istituto ha risentito nel nostro ordinamento di una resistenza dovuta a numerosi profili di incertezza, vertenti sulla sua stessa legittimità oltre che, più operativamente, sulla determinazione delle prestazioni e degli oneri obbligatori previdenziali ed assicurativi.

Dopo alcuni progetti di regolamentazione legislativa, rimasti, nei primi anni Novanta, senza esito, il Ministero del lavoro intervenne con la circolare 7 aprile 1998, n. 43 <sup>(4)</sup>, con cui riconosceva validità al contratto di lavoro ripartito, argomentata con la mancanza di « norme di legge o principi generali della materia contrattuale che precludano, esplicitamente o implicitamente, la possibilità di assumere in solido un'unica prestazione lavorativa subordinata ».


Successivamente, il legislatore ha ritenuto di inserire, nella *Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro*, contenuta nella legge 14 febbraio 2003, n. 30, l'adozione di disposizioni a disciplina, fra gli altri, del lavoro a prestazioni ripartite, stabilendo, come unico principio e criterio direttivo, l'« ammissibilità di prestazioni ripartite fra due o più lavoratori, obbligati in solido nei confronti di un datore di lavoro, per l'esecuzione di un'unica prestazione lavorativa » — articolo 4, lettera e).

Introdotte in ottemperanza a detta delega ed a tale principio direttivo, le norme qui in commento hanno dunque innanzitutto la valenza sistematica di aver introdotto nell'ordinamento una tipologia di lavoro che non potrà più definirsi propriamente « atipica ». Ne deve conseguire lo spostamento dell'attenzione dai temi dell'ammissibilità, legittimità, o della meritevolezza di tutela del lavoro ripartito, condotte in base al diritto comune ed ai principi generali, all'interpretazione delle norme positive che finalmente lo regolano.

---

<sup>(2)</sup> Così M. TIRABOSCHI, *La disciplina del job sharing nell'ordinamento giuridico italiano*, in *DPL*, 1998, n. 22, 1405.

<sup>(3)</sup> Sulla diffusione del *job sharing* nella contrattazione collettiva, v. E. PAU, *Job sharing e contrattazione collettiva*, in *DPL*, 2001, n. 1, 15.

<sup>(4)</sup> In  *Lavoro ripartito (o in coppia o job sharing)*.

## 2. La definizione legale della fattispecie.

I tratti definitori della figura negoziale in esame sono forniti dal comma 1 dell'articolo 41. Il contratto di lavoro ripartito è lì individuato come quello « speciale contratto di lavoro », mediante il quale « due lavoratori » « assumono in solido » l'adempimento « di una e identica prestazione lavorativa ».

L'espressione « speciale contratto di lavoro », peraltro, si è da subito evidenziata come problematica. Rispetto alle precedenti definizioni non legislative dell'istituto (ad esempio, quella contenuta nella già citata circolare n. 43/1998), essa si caratterizza per una presenza — il termine « speciale » — e per un'assenza — il termine « subordinato ». I primi interpreti non hanno potuto che interrogarsi sul senso di questa formulazione, che potrebbe far pensare alla configurazione di una tipologia contrattuale non riconducibile all'articolo 2094 c.c. A favore di tale ipotesi interpretativa, il carattere della « specialità » potrebbe infatti alludere ad un connotato causale specifico, rispetto a quello del contratto di lavoro subordinato. L'omissione del richiamo esplicito alla subordinazione, per parte sua, potrebbe far pensare all'applicabilità della disciplina in commento anche a contratti di lavoro autonomo. Si tratta peraltro di ipotesi interpretative astratte, basate esclusivamente su una redazione testuale francamente infelice e che possono essere subito confutate in base a semplici considerazioni. Quanto alla « specialità », come tratto causale caratteristico, o specifico, di una figura contrattuale, la stessa deve essere riconosciuta dall'interprete nello schema strutturale di cui essa consta, in base alla disciplina che la regola, e non già affermata dal legislatore. E a tal proposito — anticipando quanto fra breve sarà più dettagliatamente esposto — non si può che condividere l'opinione che riconduce il lavoro ripartito al tipico contratto di lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 c.c., senza che la particolarità dell'obbligo solidale in capo a due lavoratori, per l'espletamento della prestazione lavorativa, possa imprimere un « arricchimento » causale, od una reale alterazione funzionale <sup>(5)</sup>.

L'elemento definitorio più significativo della fattispecie si deve

---

<sup>(5)</sup> Secondo quanto conferma G. DE SIMONE, *Lavoro ripartito*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 527, « l'impiego (incauto) dell'aggettivo 'speciale' sarebbe semplicemente il risultato di « un malaccorto uso delle categorie giuridiche ». Su questo specifico punto e, più in generale, per un'ampia ed attenta disamina della figura contrattuale qui in esame, si veda L. MONTUSCHI, *Lavoro ripartito*, in M. PEDRAZZOLI

riconoscere nella contitolarità solidale, in capo a due lavoratori, dell'obbligo di adempiere una medesima prestazione lavorativa. Sotto tale profilo, è da sottolineare l'introduzione del limite numerico di *due* lavoratori, limite che non era dato desumere dal modello contrattuale emerso nella prassi, in relazione al quale, anzi, si era esplicitamente ammessa, nella citata circolare n. 43/1998, la possibilità del ricorso al *job sharing* da parte di « due o più lavoratori ». Si pone ora la questione della validità di rapporti costituiti con più di due lavoratori. A tal proposito, sembra del tutto condivisibile la tesi di chi ritiene non sussistano particolari problemi a che il rapporto sia costituito con più di due coobbligati, salva la necessaria verifica in merito ad un eventuale intento fraudolento <sup>(6)</sup>.

### 3. Ambito di applicazione e distinzione dal contratto di lavoro a tempo parziale.

Ricondotto, in base alle considerazioni che precedono, al rapporto di lavoro subordinato, il *job sharing* si differenzia immediatamente, in base alla sua stessa definizione, dalla figura cui si sarebbe portati ad associarlo, ovvero sia il part-time <sup>(7)</sup>. Nel contratto a tempo parziale, infatti, la prestazione ha durata ridotta, rispetto al tempo pieno <sup>(8)</sup>. La riduzione della prestazione, a sua volta, è predeterminata e concordata fra lavoratore e datore di lavoro, salve le facoltà datoriali di mutare durata e collocazione della prestazione con ricorso alle clausole elastiche. Per contro, nel *job sharing* la prestazione è a tempo pieno, ma ripartita fra due lavoratori, nella misura concordata da loro e semplicemente comunicata al datore di lavoro. È quindi ben chiara anche la distinzione del *job sharing* dal *job splitting*, figura che può ben essere descritta come la « pura e semplice suddivisione di un posto di lavoro

---

(coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 437.

<sup>(6)</sup> AA.VV., *La Legge Biagi e la nuova disciplina dei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 226.

<sup>(7)</sup> In tal senso si esprime già la citata circ. Min. lav. n. 43/1998. Cfr. M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 1406. Secondo P. ICHINO, *Il contratto di lavoro 2*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (già diretto da), P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, 471, « le obbligazioni retributive e contributive gravanti sul datore di lavoro sono in ogni caso del tutto identiche a quelle che su di lui graverebbero in relazione a due rapporti di lavoro a tempo parziale ».

<sup>(8)</sup> Cfr. i contributi in questa Parte, Sez. (A).

a tempo pieno in due posti di lavoro a part-time »<sup>(9)</sup>. In tale ipotesi, infatti, è dato riconoscere due coesistenti contratti bilaterali (a tempo parziale) e non già, come nel lavoro ripartito, un unico contratto plurilaterale.

La formula del *job sharing* può peraltro essere applicata anche a tipologie contrattuali diverse dal contratto a tempo pieno indeterminato. Non vi sono ostacoli, infatti, né a stipulare un contratto di lavoro ripartito a tempo determinato, ove ne ricorrano i presupposti<sup>(10)</sup>, né un contratto a tempo parziale (nelle sue specie del part-time orizzontale, verticale, o misto), nel qual caso la prestazione complessiva coinciderà, anziché con il tempo pieno, con quella ridotta, opportunamente ripartita fra i coobbligati secondo le regole qui in esame. Si deve invece escludere la compatibilità del *job sharing* con contratti a contenuto formativo (come l'apprendistato, o il contratto di inserimento), in cui lo svolgimento della prestazione lavorativa si rivela essenziale e non può essere ripartito, liberamente, fra più lavoratori e, anzi, per l'apprendistato, implica una durata minima predeterminata, da dedicare alla formazione anche esterna.

#### **4. Solidarietà passiva dei lavoratori e ripartizione dell'orario fra i coobbligati.**

Il profilo caratteristico della figura in esame consiste dunque, come detto, nella contitolarità di una medesima obbligazione lavorativa da parte di due dipendenti, in regime di solidarietà passiva. Su questo dato strutturale, il lavoro ripartito può essere descritto come un unico contratto di lavoro subordinato plurilaterale<sup>(11)</sup>.

Il corollario principale della solidarietà, affermato dal comma 2 dell'articolo 41, consiste nella personale e diretta responsabilità di ciascuno dei due lavoratori per l'adempimento dell'intera prestazione lavorativa. Si tratta di un vincolo assai significativo per i lavoratori,

---

<sup>(9)</sup> P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, 401; Id., *Il contratto di lavoro 2*, cit., 470.

<sup>(10)</sup> AA.VV., *La Legge Biagi e la nuova disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., 221.

<sup>(11)</sup> F. BACCHINI, *Lavoro ripartito o « job sharing »*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 277. Su un'analisi dogmatica del contratto di lavoro ripartito, condotta sulla base della disciplina codicistica delle obbligazioni solidali, v. anche C. DE MARCO, *Il contratto di lavoro ripartito*, in *LG*, 2004, n. 8, 750 ss.

chiamati ciascuno a rispondere dell'integralità della prestazione, fino al limite del tempo pieno, in caso di impossibilità del coobbligato.

In altri termini, come espressamente stabilito nel comma 3 dell'articolo 41, « il rischio della impossibilità della prestazione per fatti attinenti a uno dei coobbligati è posto in capo all'altro obbligato »<sup>(12)</sup>.

Sono ammesse diverse intese fra le parti contraenti, che potranno pertanto limitare la portata del regime di solidarietà. Come contrappeso, è prevista la massima flessibilità nella collocazione temporale della prestazione di ciascun coobbligato. La distribuzione dell'orario di lavoro fra i due lavoratori è infatti interamente rimessa alla loro discrezionalità e può essere mutata in ogni momento, in considerazione delle loro rispettive esigenze. Nessun rilievo assumono, sotto tale profilo, le esigenze datoriali, fatte salve diverse intese individuali, tra le parti contraenti, o diverse previsioni di contrattazione collettiva. La libertà dei due coobbligati di modificare discrezionalmente la distribuzione dell'orario stabilita nel contratto di lavoro incontra peraltro a sua volta un limite. I lavoratori hanno infatti l'onere di portare ogni scostamento a conoscenza del datore di lavoro. In caso contrario, quest'ultimo si regolerà, anche ai fini della retribuzione, in base agli accordi originari. È infine espressamente preclusa la possibilità dei due coobbligati di farsi sostituire da terzi, senza previo consenso del datore di lavoro.

Per quanto la portata della solidarietà sia generalmente e correttamente enfatizzata nella caratterizzazione della figura contrattuale qui in esame, essa è stata forse troppo superficialmente assimilata alla solidarietà passiva di diritto comune (articoli 1292 e ss. c.c.). A ben vedere, infatti, le due discipline divergono significativamente per aspetti fondamentali<sup>(13)</sup>. In base al diritto comune, il creditore può indifferentemente rivolgersi, a sua scelta, all'uno, od all'altro, dei condebitori per pretendere l'intero adempimento o, in caso di impossibilità di questo imputabile ad uno dei coobbligati, pretendere da entrambi il relativo risarcimento. Nel contratto di lavoro ripartito, la solidarietà è in questo senso limitata sotto due profili. Sotto un primo

---

<sup>(12)</sup> Giova qui precisare che l'inciso testualmente riportato ha semplicemente il senso di ribadire la generale portata del vincolo solidale, sancito al comma 1 dell'art. 41. In tali termini, indubbiamente, la precisazione legislativa è superflua.

<sup>(13)</sup> Si legga l'interessante analisi di F. BACCHINI, *op. cit.*, 282, il quale giunge a chiedersi — non senza argomenti — se il lavoro ripartito configuri davvero un'obbligazione solidale in senso proprio.

profilo, la discrezionalità del creditore-datore di lavoro è limitata dal fatto che spetta ai condebitori stabilire da quale di essi, in un dato momento, possa essere pretesa la prestazione. Sotto un secondo profilo, la solidarietà non opera, a carico di ciascun coobbligato, per ogni inadempimento dell'altro, bensì soltanto in caso di sua assenza.

Quando l'impedimento di un coobbligato non sia ad esso imputabile e dipenda, ad esempio, da malattia, infortunio, o maternità, il richiamo della normativa generale sul rapporto di lavoro subordinato comporta indubbiamente il diritto alla conservazione del posto di lavoro (articolo 2110 c.c.). L'obbligo di svolgere la prestazione del lavoratore assente non potrà in ogni caso determinare uno « spostamento a carico della coppia di lavoratori di quel rischio economico inerente alla malattia (od a altro legittimo impedimento) del lavoratore subordinato, che la legge ha posto a carico del datore di lavoro e dell'Istituto previdenziale »<sup>(14)</sup>. Il lavoratore legittimamente assente avrà quindi diritto al trattamento retributivo e previdenziale, da proporzionarsi alla prestazione lavorativa effettivamente eseguita (articolo 44, comma 2). Altrettanto pacifico, anche da prima dell'entrata in vigore delle norme in commento, è il dovere dell'altro lavoratore di sostituire il coobbligato, con diritto del sostituto alla retribuzione corrispondente. Qualora uno dei legittimi impedimenti di cui all'articolo 2110 c.c. operi per entrambi i coobbligati, il rapporto resterà invece necessariamente sospeso, con diritto della coppia di dipendenti alla conservazione del posto di lavoro e del trattamento retributivo e previdenziale di legge e/o di contratto<sup>(15)</sup>.

## 5. Forma del contratto.

Per la stipulazione del contratto di lavoro ripartito, l'articolo 42 prescrive la forma scritta ai fini della prova *a)* della misura percentuale

---

<sup>(14)</sup> P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, cit., 411. M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 1410.

<sup>(15)</sup> La soluzione proposta è l'unica compatibile con le norme generali del diritto del lavoro e con l'art. 38 Cost., anche se la sua affermazione deve, ancora una volta, confrontarsi con un'equivoca formulazione legislativa. L'art. 41, infatti, prevede l'estinzione del rapporto *ex art.* 1256 c.c. per il caso di contemporaneo « impedimento » (anziché contemporanea « impossibilità ») dei due coobbligati. Il che spinge qualcuno (G. DE SIMONE, *op. cit.*, 535) ad affermare che il rapporto, nel disegno legislativo, dovrebbe cessare anche per contemporaneo impedimento di uno degli impedimenti di cui all'art. 2110 c.c.

e della collocazione temporale del lavoro giornaliero, settimanale, mensile o annuale che si prevede venga svolto da ciascuno dei lavoratori coobbligati, secondo le intese tra loro intercorse; *b*) del luogo di lavoro e del trattamento economico e normativo spettante a ciascun lavoratore; *c*) delle eventuali misure specifiche di sicurezza, necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto.

Dal testo normativo è quindi dato desumere, in primo luogo, che la forma del contratto di lavoro ripartito è libera ai fini della validità (c.d. forma *ad substantiam*). Anche per quel che concerne la prova, il requisito formale è imposto in relazione ai soli elementi sopra indicati. Pertanto, in applicazione del combinato disposto degli articoli 2725 e 2724, n. 3, c.c., le pattuizioni sulla collocazione temporale delle rispettive prestazioni lavorative dei due coobbligati, sul trattamento economico e normativo, nonché sulle misure specifiche di sicurezza, non potranno essere provate per testimoni, o in base a presunzioni, salva la residuale ipotesi di smarrimento, senza colpa, del documento e salva, beninteso, la confessione giudiziale, o stragiudiziale (nonché salva la figura, ormai soltanto di scuola, del giuramento). Per quel che concerne gli ultimi punti *b*) e *c*), non vi sono particolari problemi: in mancanza della prova scritta dell'accordo fra le parti sui predetti punti, sarà il giudice a determinarne il contenuto, secondo le circostanze del caso concreto ed anche in via equitativa. Se il difetto di prova scritta investe il punto *a*), relativo alla distribuzione fra i coobbligati della prestazione lavorativa, la soluzione da preferire è quella che rimette ancora al giudice la determinazione della misura percentuale e della collocazione temporale rispettiva, fra i due coobbligati <sup>(16)</sup>, sulla base delle esigenze di questi ultimi. Una soluzione alternativa, prospettata peraltro prima del decreto legislativo n. 276/2003 e in analogia con l'orientamento elaborato dalla giurisprudenza in tema di part-time, vorrebbe invece entrambi i lavoratori obbligati in solido per l'intera durata della prestazione lavorativa dedotta in contratto, ma con diritto degli stessi ad un incremento (da determinarsi anche equitativamente) della retribuzione convenuta, che compensi la maggiore disponibilità imposta a ciascuno <sup>(17)</sup>. Altre impostazioni, che rimettono al giudice una ricerca « caso per caso », « con l'impiego dei poteri istruttori di cui all'art. 421

---

<sup>(16)</sup> F. BACCHINI, *op. cit.*, 277.

<sup>(17)</sup> Così G. PELLACANI, *La ripartizione dell'obbligazione lavorativa tra più lavoratori: spunti ricostruttivi sul job sharing*, in *MGL*, 2001, n. 4, 312. In particolare, vedi nota 37, ove sono citate, con riferimento al part-time, Cass. 7 febbraio 1997 n. 1151;



c.p.c., quindi eventualmente ricorrendo anche alle prove testimoniali»<sup>(18)</sup> riducono al massimo la portata precettiva della norma in esame e sono, sostanzialmente, « abrogative » dell'obbligo di forma scritta *ad probationem*. La forma scritta non è prescritta ai fini della prova della stipula del contratto di *job sharing*, che potrà pertanto essere provata per testimoni, o a mezzo di presunzioni. Non può condividersi, dunque, l'opinione di chi ritiene che « in difetto della prova in ordine alla stipulazione del contratto di lavoro ripartito, su richiesta del lavoratore, potrà essere dichiarata la sussistenza di un rapporto subordinato "singolo" a tempo pieno o parziale »<sup>(19)</sup>, giacché tale conclusione eccede la portata della norma, che non prescrive la forma scritta a tal effetto, bensì ai limitati fini dei tre elementi contentutistici tassativamente elencati e qui sopra ricordati.

## 6. Disciplina del rapporto e trattamento previdenziale.

Le fonti chiamate a disciplinare il contratto di lavoro ripartito sono indicate dall'articolo 43 e sono altresì desumibili dal *corpus* delle norme in commento: *a*) queste ultime, innanzitutto, sono chiamate a definire le linee essenziali, tendenzialmente non derogabili, ove non espressamente stabilito, dalle altre fonti; *b*) la contrattazione collettiva, in secondo luogo, ha il ruolo di fonte sicuramente privilegiata, ma « nel rispetto delle previsioni del presente capo »; *c*) la normativa generale del lavoro subordinato, ha valore suppletivo « in assenza di contratti collettivi » e deve essere applicata « in quanto compatibile con la particolare natura » del rapporto; *d*) le norme di diritto comune che regolano le obbligazioni solidali *ex parte debitoris* (articoli 1292 e ss. c.c.); *e*) le pattuizioni individuali, infine, la cui validità è subordinata al divieto di deroga *in peius* per il lavoratore. Allo stato, l'interprete sarà chiamato soprattutto a far interagire le norme di legge sul rapporto di lavoro subordinato, in generale, con quelle che regolano la solidarietà

---

Cass. 26 marzo 1997 n. 2691; Trib. Milano 12 novembre 1999; Trib. Milano 6 novembre 1999; Trib. Firenze 22 dicembre 1993, tutte in  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(18)</sup> Così A. RONDO, *Un nuovo modo di lavorare: il lavoro ripartito*, in MGL, 2004, n. 3, 132.

<sup>(19)</sup> F. BACCHINI, *op. cit.*, 276 ss. A maggior ragione da escludere la nullità del contratto disciplinata dall'art. 2126 c.c., soluzione prospettata da G. PELLACANI, *op. cit.*, 317, prima della entrata in vigore della « Legge Biagi » e sull'esplicito presupposto — ormai definitivamente superato dal testo della norma — della necessità della prova scritta *ad substantiam*, in base all'art. 1352 c.c.


*ex parte debitoris*. La contrattazione collettiva, salvo casi anche significativi, non è infatti tutt'ora sufficientemente diffusa <sup>(20)</sup>.

Il lavoro interpretativo, attesa la scarsità di norme *ad hoc*, deve basarsi spesso sulla definizione e sulla struttura del rapporto. Dalla natura unitaria di questo, ad esempio, è dato subito ricavare alcuni corollari. In particolare, non vi è dubbio che l'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro si ripercuota su entrambi i coobbligati, allorquando attenga alla posizione lavorativa oggettivamente intesa <sup>(21)</sup>. Per quel che concerne lo *ius variandi*, è evidente che eventuali trasferimenti, o mutamenti di mansioni, coinvolgeranno entrambi i lavoratori.

Un importante ruolo di guida interpretativa, è affidato al principio di non discriminazione, affermato nell'articolo 44 che, specificamente, vieta che al lavoratore coobbligato sia riconosciuto un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole, rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte. Tale principio, peraltro, si coordina con il riproporzionamento del trattamento, sia economico, sia normativo, del lavoratore coobbligato, in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita. Più nel dettaglio, lo stesso articolo 44 prevede la necessità di riparametrare, rispetto a quest'ultima, la retribuzione nelle sue singole componenti, le ferie, nonché i trattamenti per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale, congedi parentali.

Tale principio di non discriminazione corrisponde ad analoghe

---

<sup>(20)</sup> Fra i contratti collettivi che regolano il contratto di lavoro ripartito, menzioniamo: Abbigliamento industria; Acconciatori, estetisti, barbieri e parrucchieri; Acqua e gas; Agenzie di scommesse; Agenzie immobiliari; Alimentari cooperative; Amministratori di condominio; Autorimesse e noleggio automezzi; Autostrade e trafori (concessionari); Calzature, industria e piccole e medie aziende; Cartai e cartotecnici piccola industria; Catene alberghiere; Cineaudiovisiva, produzione e doppiaggio; Commercio Confesercenti; Commercio cooperative di consumo; Commercio e terziario Confcommercio; Cooperative sociali; Enti culturali, turistici e sportivi Federculture; Giocattoli e modellismo industria e piccola industria; Legno e arredamento piccola industria; Occhiali industria e piccola industria; Ombrelli e ombrelloni industria; Orafi e argentieri Cnai-Unapi; Pelli e cuoio industria; Penne, matite e spazzole industria e piccola industria; Pompe funebri; Portieri e custodi; Pubblici esercizi personale artistico; Pulizia Confindustria; Retifici meccanici da pesca; Scuole materne; Scuole religiose; Servizi postali in appalto; Stabilimenti termali; Telecomunicazioni; Tessili industria e piccola industria; Turismo Confcommercio; Turismo Confesercenti; Turismo Federturismo. In  *Lavoro ripartito (o in coppia o job sharing)*.

<sup>(21)</sup> In tal senso già G. PELLACANI, *op. cit.*, 323.

affermazioni legislative per quel che concerne altre figure « atipiche » come il part-time e il contratto a tempo determinato. Tuttavia esso, oltre ad assumere, in negativo, la valenza di rendere illegittimi trattamenti ingiustificatamente deteriori e discriminatori ai danni dei lavoratori coinvolti, è chiamato ad operare, in positivo, come punto di riferimento, nella soluzione di tutta una serie di questioni concrete, già sorte o che prevedibilmente sorgeranno in futuro, circa l'applicazione di svariati istituti giuslavoristici ad una fattispecie così particolare, caratterizzata dalla contitolarità di un medesimo posto di lavoro. Su questo piano, il principio di non discriminazione porta ad individuare, fra le varie soluzioni possibili, quella che meglio ne realizza la portata. Così, ad esempio, in tema di sanzioni disciplinari, che non fanno oggetto di specifiche disposizioni, il divieto di discriminazione imporrà di escludere che dal vincolo di solidarietà possa conseguire la condivisione della responsabilità propriamente disciplinare di uno dei coobbligati, da parte dell'incolpevole, salva restando, tuttavia, la condivisione della responsabilità risarcitoria contrattuale (22). Vi è da un lato chi ritiene possibile l'adozione di un (identico) provvedimento disciplinare per le mancanze consistenti nella omessa prestazione (ritardi, assenze ingiustificate), mentre esclude ogni estensione di responsabilità per mancanze non attinenti alla prestazione (ad es., negligenze od insubordinazioni) (23). Dall'altro si afferma, forse più coerentemente, che ciascun lavoratore è l'unico soggetto passibile di provvedimenti disciplinari anche per assenze, ritardi, o per l'abbandono del posto di lavoro di cui si sia reso personalmente responsabile. L'altro sarà punibile solo quando, posto a conoscenza dell'assenza del coobbligato, non provveda a sostituirlo tempestivamente (24). L'eventuale licenziamento disciplinare di uno solo dei coobbligati (per insubordinazione od altre mancanze ad esso solo imputabili) avrà conseguenze sul destino dell'intero rapporto, ma su questo tema si dirà nel paragrafo dedicato all'estinzione di questo.

Anche per quel che concerne la responsabilità risarcitoria contrattuale, occorre ricordare come oggetto della solidarietà fra i coobbligati

---

(22) La distinzione fra responsabilità disciplinare e risarcitoria è proposta in P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, cit., 411 ss.

(23) P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, cit., 412. La tesi è confermata in ID., *Il contratto di lavoro 2*, cit., 472. Nello stesso senso, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 1409.

(24) G. PELLACANI, *op. cit.*, 323. Nello stesso senso, A. RONDO, *op. cit.*, 132.

sia soltanto l'effettuazione della prestazione. Eventuali danni provocati, all'azienda o a terzi, dalla negligenza di uno dei due lavoratori non dovrebbero pertanto comportare corresponsabilità dell'altro per il relativo risarcimento, sicché l'azione, o il regresso, del datore di lavoro non potrebbero essere rivolti nei confronti di entrambi <sup>(25)</sup>.

Per quel che concerne il trattamento retributivo, delle ferie, dei trattamenti di malattia, infortunio sul lavoro e malattia professionale, nonché congedi parentali, la portata del principio di non discriminazione è sufficientemente univoca. Il criterio, già affermato con la circolare ministeriale n. 43/1998, e non diversamente dal lavoro a tempo parziale, è rappresentato dalla proporzionalità, rispetto alla prestazione lavorativa effettivamente eseguita. Il punto di riferimento, per il datore di lavoro, dovrà essere rappresentato dal piano orario concordato dai coobbligati e previamente comunicato, con cadenza settimanale, al datore stesso. Nel caso in cui detta comunicazione fosse omessa e la prestazione effettivamente eseguita non risultasse in altro modo al datore, questi potrebbe liberarsi corrispondendo a ciascun lavoratore la retribuzione, raggugliata agli accordi originari.

Al riproporzionamento debbono peraltro considerarsi sottratte quelle voci retributive che svolgono funzioni risarcitorie o indennitarie (come ad esempio quelle previste, anche contrattualmente, per trasferta, o altro), spettanti unicamente al coobbligato che ha eseguito la prestazione <sup>(26)</sup>.

Un altro importante problema applicativo, da risolversi in base al criterio di proporzionalità con la prestazione effettivamente eseguita, è riferito agli straordinari. Laddove la durata complessiva della prestazione dei coobbligati superi il normale orario lavorativo, resta infatti da stabilire se e in che misura suddividere la maggiorazione in capo ai due lavoratori. Può capitare che la prestazione eccedente l'orario sia materialmente posta in essere da uno solo dei lavoratori, o da entrambi, in misura uguale o diversa. Secondo la tesi da preferire, la maggiorazione dovrà comunque essere ripartita fra i due coobbligati, in base alla « spartizione » oraria da loro concordata, in relazione all'orario normale, nell'arco di tempo in cui si è svolta la prestazione straordinaria <sup>(27)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> C. ENRICO, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro ripartito*, in *GLav*, 2004, n. 16, 16.

<sup>(26)</sup> V. in tal senso G. PELLACANI, *op. cit.*, 325, in base ad osservazioni da considerarsi valide anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 44, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(27)</sup> A. RONDO, *op. cit.*, 134. Sul punto si legga AA.VV., *La legge Biagi e la nuova*

Anche per quel che concerne i diritti sindacali, il principio di non discriminazione interagirà con le specificità del rapporto. Il legislatore delegato è intervenuto, in materia, dettando l'ultimo comma dell'articolo 44, dedicato alla regolazione del diritto della coppia dei coobbligati a partecipare ad assemblee sindacali. Il profilo affrontato è rappresentato, più specificamente, dal monte ore annuo di 10 ore retribuite, previsto dall'articolo 20, legge n. 300/1970 <sup>(28)</sup>, che possono essere godute per lo svolgimento di assemblee durante l'orario lavorativo. La scelta legislativa è stata nel senso di riconoscere ad entrambi i titolari il godimento pieno di tale monte ore annuo, ma di distribuire fra gli stessi, sempre in base al criterio della proporzione, rispetto alla prestazione effettivamente eseguita, il relativo trattamento retributivo.

L'articolo 45 detta, da ultimo, le necessarie disposizioni previdenziali relative al contratto di lavoro ripartito, la cui assenza, fino alla citata circolare ministeriale n. 43/1998, aveva dissuaso dalla recezione del *job sharing* nel nostro mercato del lavoro <sup>(29)</sup>. Le regole previste dal legislatore delegato del 2003, peraltro, ricalcano sostanzialmente quanto già stabilito nel 1998. Il criterio di fondo è rappresentato dall'assimilazione della figura contrattuale in esame al contratto di lavoro a tempo parziale. Equiparazione che, come si è ampiamente visto, opera soltanto su questo limitato piano e che non si fonda su un'analogia strutturale fra i due istituti, essenzialmente eterogenei salvo che per il profilo del ridotto orario di lavoro.

Attese le specificità del rapporto di *job sharing*, il calcolo della prestazione previdenziale, nonché dei contributi, verrà effettuato mese per mese e non preventivamente, salvo conguaglio a fine anno, sulla base dell'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa <sup>(30)</sup>.

---

*disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., 223 ss., secondo cui nessuna maggiorazione competerebbe ove il superamento del normale orario di lavoro, da parte della prestazione complessiva, fosse effetto di una scelta dei lavoratori. Tale principio dovrebbe però essere temperato in base al « buon senso » ed al rispetto dell'integrità psicofisica del lavoratore; si ritiene necessario valutare caso per caso se riconoscere una maggiorazione, a prescindere del compenso per lavoro straordinario, al coobbligato che svolga una prestazione individuale eccedente determinate soglie, pur quando la durata complessiva della prestazione non superi il normale orario.

<sup>(28)</sup> In  *Lavoro subordinato*.

<sup>(29)</sup> Cfr. il contributo di I. MARIMPIETRI, *La disciplina previdenziale del lavoro ripartito*, che segue.

<sup>(30)</sup> Cfr. il contributo di I. MARIMPIETRI, *La disciplina previdenziale del lavoro ripartito*, cit.

## 7. Estinzione del rapporto.

Le cause di estinzione del rapporto sono disciplinate dall'articolo 41, laddove, al comma 5, è disposto che, salvo diversa intesa fra le parti, le dimissioni o il licenziamento di uno dei lavoratori coobbligati comportano l'estinzione dell'intero vincolo contrattuale. Tale effetto può essere impedito per accordo fra il datore di lavoro e il lavoratore «superstite». In tal caso, la prosecuzione con questo del rapporto lavorativo ne implica la trasformazione in un normale contratto di lavoro subordinato. Il comma 6 dello stesso articolo 41 dispone l'applicazione dell'articolo 1256 c.c. per il caso di impedimento di entrambi i lavoratori, fatto sempre salvo il patto contrario.

Il citato comma 5 dell'articolo 41 (la cui elencazione non potrà ritenersi esaustiva, dovendo essere integrata anche dalla morte del lavoratore, nonché dalla risoluzione consensuale del rapporto) non rappresenta affatto un logico corollario che consegue dal vincolo solidale (basti verificare la varietà di ipotesi previste dagli articoli 1300 e ss. c.c.), o dall'unicità del rapporto lavorativo ripartito. Essa rappresenta, tuttavia, una chiara opzione legislativa, di contenuto inequivocabile. Essa aderisce ad una delle tesi prospettate, nel silenzio della legge, in dottrina<sup>(31)</sup>, contro la tesi che indicava nella trasformazione del rapporto ripartito in normale contratto di lavoro l'unico effetto della cessata pluralità dei lavoratori obbligati<sup>(32)</sup>. La norma lascia del resto alla libertà negoziale delle parti di concordare sia la trasformazione del rapporto in un normale contratto *ex* articolo 2094 c.c., sia la ricostituzione della coppia in *job sharing*, con la sostituzione del lavoratore cessato. Il pur chiaro tenore della disposizione in commento non ha però dissolto il dibattito. Per il caso in cui la cessazione sia dovuta a licenziamento, vi è infatti chi ritiene si debba distinguere fra licenziamento per motivi soggettivi e per motivi oggettivi. Nel primo caso, il recesso rappresenta per sua natura un provvedimento disciplinare, espressione di una responsabilità per l'appunto disciplinare e, come tale, non estendibile al coobbligato (v. *supra*). Vi è, allora, chi dubita in tal caso dell'applicabilità della regola di cui all'articolo 45, comma 1. Le soluzioni proposte, in alternativa, sono però tutt'altro che convincenti<sup>(33)</sup>. Non si vede, del resto, perché la colpa o il dolo di un

---

(31) M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 1409.

(32) P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, cit., 412.

(33) AA.VV., *La legge Biagi e la nuova disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., 231.

coobbligato non possa fungere da oggettiva causa di cessazione dell'intero rapporto anche nei confronti dell'altro, mentre tale effetto può sicuramente dipendere dalla sua mera volontà negoziale (come per il caso delle dimissioni) <sup>(34)</sup>.

L'articolo 1256 c.c., richiamato dall'articolo 41, comma 6, stabilisce che l'obbligazione si estingue, quando la prestazione diviene impossibile per una causa non imputabile al debitore. Ora, se una tale causa di estinzione, nel *job sharing*, opera solo in caso di impedimento di *entrambi* i lavoratori, se ne deve desumere che, salvo diverso accordo fra le parti, l'impedimento di un solo coobbligato non consente la cessazione del rapporto, che proseguirebbe con il solo collega « superstita », gravato dell'intera prestazione. Questa conclusione confermerebbe l'inapplicabilità, al contratto di lavoro ripartito, dell'istituto del comporto (articolo 2110, comma 2, c.c.), già affermata dalla prima dottrina che ha avuto modo di occuparsene <sup>(35)</sup>, a meno che la protrazione dell'assenza oltre il termine massimo riguardi entrambi i coobbligati.

---

<sup>(34)</sup> Diversa è la posizione di G. DE SIMONE, *op. cit.*, 537, la quale dedica osservazioni estremamente critiche alla circostanza per cui « la stabilità di ciascun coobbligato viene così a dipendere da un accadimento prodottosi nell'area di debito dell'altro condebitore ».

<sup>(35)</sup> P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, cit., 412.





## 8.

# LA DISCIPLINA PREVIDENZIALE DEL LAVORO RIPARTITO

IVANA MARIMPIETRI

SOMMARIO: 1. Considerazioni minime in tema di lavoro ripartito. — 2. Profili previdenziali: punti fermi e criticità.

### 1. Considerazioni minime in tema di lavoro ripartito.

Quando ancora il contratto di lavoro ripartito era sfornito di una regolamentazione legislativa, uno degli ostacoli alla diffusione di tale schema negoziale — pur ritenuto pienamente ammissibile nell'ambito del nostro ordinamento <sup>(1)</sup> — era stato individuato, tra gli altri, nell'« assoluta incertezza nel determinare e gestire le prestazioni dell'assicurazione generale obbligatoria, della indennità economica di malattia e di ogni altra prestazione previdenziale ed assistenziale » <sup>(2)</sup>.

All'indomani della tipizzazione del contratto di lavoro ripartito ad opera degli articoli 41 e ss., decreto legislativo n. 276/2003, la materia previdenziale continua ad essere oggetto di una sostanziale reticenza legislativa ciò che induce più che ad illustrare una disciplina previdenziale del lavoro ripartito, che sarà tutta da scrivere, a ragionare sulle coordinate normative entro le quali tale disciplina è destinata comunque a muoversi.

---

<sup>(1)</sup> Cfr. P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, vol. II, 401-412; C. ALESSI, *Part-time e job sharing*, in *QDLRI*, 1995, n. 17, 128-130; M. TIRABOSCHI, *La disciplina del job sharing nell'ordinamento giuridico italiano*, in *DPL*, 1998, n. 22, 1405 ss.; cfr., anche il contributo di P. DUI, *La nuova disciplina del contratto di lavoro ripartito*, che precede.

<sup>(2)</sup> M. TIRABOSCHI, *op. loc. cit.* La circolare del Ministero del lavoro (n. 43/1998) che aveva dettato taluni profili di disciplina dell'istituto, si occupava anche della materia previdenziale a tal riguardo ritenendo — con una formula letteralmente ripresa dall'art. 45, d.lgs. n. 276/2003 — i lavoratori titolari del contratto di lavoro ripartito come « assimilati » ai lavoratori a tempo parziale.

A tal riguardo, dunque, conviene prendere le mosse dal dato, fondamentale ai nostri fini, della estrema variabilità quantitativa che caratterizza il trattamento retributivo di ciascun lavoratore coobbligato in ordine all'adempimento dell'unica ed identica prestazione lavorativa dedotta in contratto (articolo 41, comma 2).

Ed invero, nell'ambito del lavoro ripartito, l'originario assetto negoziale concordato nel momento costitutivo del rapporto di lavoro, relativamente alla determinazione della misura percentuale del lavoro che sarà svolto da ciascun coobbligato e alla collocazione temporale della prestazione (nel giorno, nella settimana, nel mese e nell'anno) non può che essere « indicativo »<sup>(3)</sup> potendo subire continue modificazioni nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro. Ciò si verifica sia in ragione — e come conseguenza — dell'operare del vincolo di solidarietà che grava sui lavoratori coobbligati in ordine all'adempimento dell'obbligazione di lavoro (sicché, ciascun lavoratore è obbligato, nell'ipotesi di impedimento del compagno, ad adempiere l'intera obbligazione di lavoro dedotta in contratto), sia in ragione della facoltà concessa ai lavoratori coobbligati « di determinare discrezionalmente ed in qualsiasi momento sostituzioni tra loro »<sup>(4)</sup>.

La variabilità quantitativa del trattamento retributivo in capo a ciascun lavoratore è, peraltro, l'altra faccia del riproporzionamento della obbligazione retributiva alla quantità della prestazione di lavoro effettivamente svolta da ciascun lavoratore coobbligato che il legislatore — in conformità ai principi sanciti dall'articolo 36 Cost. — dispone all'articolo 44, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003.

In particolare, la conseguenza che immediatamente discende dall'aver commisurato la retribuzione del lavoratore ripartito alla entità della prestazione di lavoro da questi effettivamente resa, attiene al fatto che la corresponsione della retribuzione avverrà necessariamente a conguaglio e non sulla base delle intese formalizzate tra i lavoratori nel

---

<sup>(3)</sup> L. MONTUSCHI, *Lavoro ripartito*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro - Commentario al decreto legislativo 276/2003*, Zanichelli, Bologna, 2004, 451.

<sup>(4)</sup> Art. 41, comma 3, d.lgs. n. 276/2003. Cfr. M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 1409; L. MONTUSCHI, *ibidem*; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 64 ss.; M.R. IORIO, *Il contratto di lavoro ripartito o a coppia*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *GLav*, 2003, n. 4, suppl., 90 ss.; F. BACCHINI, *Lavoro ripartito o « job sharing »*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 301 ss.; G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2004, 89 ss.

momento costitutivo del rapporto in ordine alla percentuale di lavoro « che si prevede venga svolto da ciascuno dei lavoratori coobbligati » ed al trattamento « economico (e normativo) spettante a ciascun lavoratore » (5).

Beninteso, tale ultima evenienza non rimane esclusa del tutto; la disciplina positiva dell'istituto contempla, invero, la facoltà, per le parti contraenti, di escludere ovvero limitare il vincolo di solidarietà in ordine all'adempimento dell'obbligazione di lavoro così come l'autonomia individuale dei contraenti ovvero quella collettiva sono abilitate ad escludere la possibilità, in capo ai lavoratori coobbligati, di sostituzioni reciproche e di modificazioni in ordine alla collocazione temporale dell'orario di lavoro (6).

Se tali poteri di autonomia privata sono esercitati contestualmente nelle due direzioni appena ricordate, non vi è dubbio che il trattamento retributivo di ciascun coobbligato sarà vincolato alle intese formalizzate in sede di costituzione del rapporto di lavoro in ragione del fatto (e solo per questo) che la prestazione effettivamente resa, cui l'articolo 44, decreto legislativo n. 276/2003, commisura la retribuzione, coincide in tale ipotesi con il programma contrattuale concordato.

In tale prospettiva appare evidente come la quantificazione del trattamento retributivo del lavoratore ripartito è in linea generale operazione « contabile di non poco conto e non solo burocratica » (7) e, pur nella chiarezza dei principi che la presidiano, non esclude complicazioni applicative (8).

## 2. Profili previdenziali: punti fermi e criticità.

Tutto ciò non può che (valere e) riflettersi sul fronte previdenziale dove, peraltro, alla luce di quanto sin qui detto, potranno configurarsi percorsi previdenziali affatto diversi con riferimento a ciascun lavoratore coobbligato.

Non è superfluo chiarire, invero, come la tutela previdenziale non

---

(5) Art. 42, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 276/2003. Cfr. P. BELLOCCHI, *Art. 4, Sezione I - Art 4, comma 1, lett a), c), d), f). Le nuove tipologie del lavoro: il lavoro a chiamata, il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 222 ss.; F. BACCHINI, *op. cit.*, 299 ss.

(6) Art. 41, comma 2 e comma 3, d.lgs. n. 276/2003.

(7) L. MONTUSCHI, *op. cit.*, 452.

(8) L. MONTUSCHI, *op. loc. cit.*

può che trovare applicazione in capo a ciascun lavoratore coobbligato e ciò, insieme, sia in ragione dei principi propri delle assicurazioni sociali obbligatorie sia in ragione del fatto che, come è stato limpidamente detto, il lavoro ripartito, quale obbligazione solidale, pur avendo ad oggetto una sola prestazione di lavoro, dà vita a due rapporti obbligatori in capo a ciascun lavoratore coobbligato e dunque a due posizioni lavorative subordinate sicché « anche i doveri, i diritti e le tutele (...) sorgeranno nei confronti di entrambi i lavoratori coobbligati »<sup>(9)</sup>.

Il percorso previdenziale in capo a ciascun lavoratore coobbligato, d'altra parte, può compiersi in maniera del tutto differente proprio in ragione, come è evidente, della ricordata variabilità quantitativa (della prestazione e) del trattamento retributivo di ciascun lavoratore.

Qui, si avrà, con riferimento a ciascun lavoratore, anzitutto una fisiologica variabilità della retribuzione imponibile a fini contributivi con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano delle prestazioni previdenziali che nella contribuzione trovano il loro fondamentale presupposto (pensione c.d. contributiva, pensione c.d. retributiva per quanto attiene ai requisiti contributivi minimi per il diritto a pensione). In secondo luogo, con riferimento a ciascun lavoratore, si verificherà il riproporzionamento di quelle prestazioni previdenziali commisurate direttamente alla retribuzione, riproporzionamento ribadito dall'articolo 44, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003 in relazione alla indennità di malattia, infortunio e malattia professionale<sup>(10)</sup> e (deve intendersi, pur nel silenzio del legislatore) dell'indennità di maternità: queste, dunque, andranno commisurate alla retribuzione effettivamente percepita in relazione alla quantità della prestazione di lavoro resa in concreto da ciascun lavoratore coobbligato e non alla retribuzione corrispondente alla quantità di lavoro originariamente convenuta.

In particolare, e per rimanere all'ipotesi che tanto impegna la dottrina, nel caso di legittimo impedimento per malattia dei coobbli-

---

<sup>(9)</sup> F. BACCHINI, *op. cit.*, 300, e già P. ICHINO, *Il contratto di lavoro 2*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, 469.

<sup>(10)</sup> Con esclusione della componente della rendita Inail relativa al danno biologico che mette capo ad una indennizzazione « areddituale », cioè determinata senza alcun riferimento alla retribuzione dell'infortunato: cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2003, 5<sup>a</sup> ed., 431.

gati, questi godrà dei « normali strumenti di tutela economica previsti dalla legge »<sup>(11)</sup> e cioè del trattamento previdenziale (ovvero retributivo a carico del datore di lavoro) in rapporto, tuttavia, alla prestazione effettivamente eseguita e non alla retribuzione originariamente convenuta<sup>(12)</sup>.

A tal riguardo, peraltro, proprio con riferimento alla fruizione delle prestazioni previdenziali in questione che assumono quale parametro di calcolo la retribuzione media percepita in un determinato intervallo temporale antecedente l'evento tutelato, sono state espresse preoccupazioni circa « l'eventuale sperequazione, nel trattamento del lavoratore, che può ingenerarsi là dove proprio nel periodo precedente l'evento tutelato, esso abbia lavorato di meno rispetto al tempo contrattualmente concordato e normalmente svolto »<sup>(13)</sup>. Ciò che, tuttavia, ancorché considerata una penalizzazione ingiusta del lavoratore<sup>(14)</sup>, costituisce la conseguenza naturale della massima flessibilità organizzativa di cui godono i lavoratori coobbligati in ordine al tempo di lavoro.

Sempre, del resto, dalla circostanza relativa alla notevole variabilità del *quantum* della prestazione di lavoro e, dunque, della retribuzione da prendere a parametro per il calcolo delle prestazioni previdenziali in questione, alcuni autori hanno paventato la possibilità di frodi previdenziali che, con riferimento a eventi protetti prevedibili e/o comunque programmabili, potrebbero consumarsi attraverso intese tra coobbli-

---

(11) Cfr. G. PELLACANI, *La ripartizione dell'obbligazione lavorativa tra più lavoratori: spunti ricostruttivi sul job sharing*, in *MGL*, 2001, 321-322.

(12) A tal riguardo è pienamente da condividere l'opinione di chi ritiene che « è inutile obiettare che la legge o il contratto non possano trasferire su uno dei condebitori il rischio dell'evento malattia o di altre vicende suscettibili di incidere sulla continuità della prestazione. Nel *job sharing*, infatti, non si realizza alcun trasferimento del rischio (giuridico o economico) dalla sfera dell'impresa a quella dei lavoratori: semplicemente l'accollo dell'obbligo di adempiere per intero la prestazione lavorativa è conseguenza del fatto che *ab origine* è stato assunto un vincolo di solidarietà che investe primariamente l'adempimento « dell'intera obbligazione che è 'unica' ed 'identica' per ciascuno dei *partners* (cfr. art. 41, comma 1 e comma 2) » (L. MONTUSCHI, *op. cit.*, 443-444). Nella stessa direzione F. BACCHINI, *op. cit.*, 300-301, e P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 224, della cui impostazione è anche da condividere l'esclusione di qualsiasi maggiorazione retributiva per la prestazione sostitutiva del partner: cfr. *contra*, G. PELLACANI, *op. cit.*, 321-322.

(13) S. RENGA, *Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, in *Atti del convegno Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro*, Pisa, 23-24 aprile 2004, 2 del dattiloscritto.

(14) S. RENGA, *op. loc. cit.*

gati volte a preconstituire con una orientata ripartizione interna dei tempi di lavoro una più alta retribuzione in favore del lavoratore colpito dall'evento tutelato <sup>(15)</sup>.

Alla variabilità della prestazione di lavoro, questa volta presa in considerazione, evidentemente, nella sua collocazione temporale, è infine imputata la difficoltà di applicazione della regola generale che presiede alla tutela economica della malattia, della maternità e dell'infortunio le quali, invero, sono indennizzate « in ragione ed in misura dell'attività lavorativa che, in assenza di tali eventi, il lavoratore sarebbe stato chiamato a prestare » <sup>(16)</sup>.

Nel rapporto di lavoro ripartito, si dice, il programma contrattuale è presente ma l'essere questo soggetto a possibili, continue variazioni da parte dei due lavoratori coobbligati, rende, nei fatti, incerto stabilire il numero delle giornate e delle ore che il lavoratore non può più eseguire per il verificarsi, appunto, di tali eventi sospensivi della prestazione <sup>(17)</sup>.

Ciò posto, l'articolo 45, decreto legislativo n. 276/2003, dispone un'*assimilazione* dei lavoratori ripartiti ai lavoratori a tempo parziale per ciò che concerne le prestazioni e le contribuzioni previdenziali dovute dal datore di lavoro nell'ambito della « assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, della indennità di malattia e di ogni altra prestazione previdenziale e assistenziale » e indica, nel mese, il parametro temporale di riferimento per il calcolo delle prestazioni e della contribuzione previdenziale con eventuale conguaglio a fine anno in rapporto alla entità e durata effettiva della prestazione di lavoro in concreto resa <sup>(18)</sup>.

Di mera *assimilazione* pur sempre si tratta e non di richiamo della normativa previdenziale in materia di part-time. La nuova fattispecie ribadisce, anche nella prospettiva previdenziale, come « il contratto di

---

<sup>(15)</sup> G. PELLACANI, *op. cit.*, 327.

<sup>(16)</sup> C. LAGALA, *La tutela economica di malattia e le nuove tipologie contrattuali del decreto legislativo 276/2003*, in *Prev. Ass. Pubbl. Priv.*, 2004, n. 2, 491-492; D. GOTTARDI, *La tutela della maternità e della paternità alla prova della riforma del mercato del lavoro*, in *Prev. Ass. Pubbl. Priv.*, 2004, n. 2, 474 ss.

<sup>(17)</sup> C. LAGALA, *op. cit.*, 489-490. Tale dottrina suggerisce anche una soluzione, che è quella di erogare il trattamento di malattia non in ragione ed in misura dell'attività lavorativa che (in assenza di tali eventi) il lavoratore sarebbe chiamato a prestare, ma rapportandolo alla prestazione di lavoro effettivamente svolta prima dell'insorgere dell'evento stesso.

<sup>(18)</sup> Cfr. i contributi contenuti in questa Parte.

*job sharing* non è in alcun modo l'equivalente della sommatoria di due contratti di lavoro part-time, distintamente stipulati dai *job sharers* ed indipendenti l'uno dall'altro, che corrispondono ad una prestazione di lavoro a tempo pieno » (19).

Ne deriva, dunque, che la disciplina previdenziale del part-time potrà trovare applicazione sempre *in quanto compatibile*, per così dire, tenuto conto, cioè, della specificità del *job sharing* (20).

A tal riguardo, invero, mentre non sono utilizzabili talune « soluzioni previdenziali » che, con riferimento al part-time, sono state messe in campo dalla prassi amministrativa (21) l'assimilazione del lavoro ripartito al part-time diventa rilevante con riferimento a taluni profili fondamentali di disciplina.

Tra questi, quello più immediatamente implicato, è quello relativo al minimale giornaliero di retribuzione imponibile a fini contributivi.

Se il legislatore non avesse richiamato, sia pure nella prospettiva di una mera assimilazione, la disciplina del part-time non potrebbe operare, invero, per il lavoro ripartito, la regola della frazionabilità oraria del minimale giornaliero di retribuzione imponibile codificata dall'articolo 9, decreto legislativo n. 61/2000, con evidenti effetti disincentivanti in ordine al ricorso a tale forma di lavoro.

Ed invero, la regola in questione costituendo una eccezione rispetto alla disciplina generale che governa il regime dell'obbligazione contributiva e che prevede, appunto, un minimale giornaliero di retribuzione imponibile a fini contributivi, non può trovare applicazione al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge (22) con la conseguenza che, con riferimento ad una prestazione ad orario ridotto non formalizzata come lavoro part-time, la contribuzione previdenziale è comunque dovuta nel rispetto del minimale giornaliero di retribuzione imponibile.


Per il rapporto di lavoro ripartito, caratterizzato da una prestazione di attività lavorativa con orario ridotto, vanno richiamate (e ad esse si rinvia) per intero le considerazioni svolte con riferimento al lavoro a tempo parziale per ciò che concerne gli specifici profili di precarietà

---

(19) F. BACCHINI, *op. cit.*, 280.

(20) L. MONTUSCHI, *op. cit.*, 466.

(21) In primo luogo quelle relative alla indennità di malattia cfr. C. LAGALA, *op. cit.*, 492.

(22) Cass. 26 aprile 2002 n. 6097; Cass. 5 agosto 2003 n. 11805; Cass. 5 luglio 2004 n. 12269, in  *Previdenza sociale*.

previdenziale — derivante dalla riduzione quantitativa del trattamento retributivo e della base imponibile a fini contributivi (e, in prospettiva, appunto, delle prestazioni previdenziali) — destinati a caratterizzare anche la protezione sociale dei lavoratori ripartiti.



## 9.

# IL CONTRATTO DI LAVORO INTERMITTENTE O A CHIAMATA

FEDERICA BINOCOLI

SOMMARIO: 1. Il lavoro intermittente o a chiamata: definizione. — 2. Casi e divieti di applicazione. — 3. La forma del contratto di lavoro intermittente.

### 1. Il lavoro intermittente o a chiamata: definizione.

Il lavoro intermittente, anche denominato a chiamata o *job on call*, è definito dall'articolo 33 del decreto legislativo n. 276/2003 e consiste nella messa a disposizione del lavoratore a favore del datore di lavoro, che ne può utilizzare la prestazione « chiamando » il lavoratore secondo una scelta unicamente unilaterale.

Ovverosia, il lavoro intermittente — che può anche essere stipulato a tempo determinato <sup>(1)</sup> — ha la propria essenza nel mettersi a disposizione del datore di lavoro, che può decidere a suo giudizio di chiamare quando ritiene il prestatore.

Il successivo articolo 34 chiarisce, poi, che tale tipo di contratto può essere concluso per lo svolgimento di prestazioni che posseggano carattere *discontinuo* o *intermittente*. Si deve trattare, cioè, di ipotesi nelle quali il datore di lavoro ha la necessità di avere a disposizione un numero di lavoratori da poter chiamare a intervalli di tempo, secondo una scelta unicamente unilaterale ed in relazione alle condizioni contingenti, per lo svolgimento di prestazioni caratterizzate da discontinuità e intermittenza.

Secondo quanto descritto, quindi, il rapporto tra datore e lavora-

---

(1) La circ. Min. lav. del 2 febbraio 2005, n. 4 precisa che, in tal caso, non trova applicazione il d.lgs. n. 368/2001 in materia di lavoro a tempo determinato.

Cfr. il contributo di F. BINOCOLI, *Le tipologie del contratto di lavoro intermittente*, che segue.

tore si articola in periodi distinti: da quelli di lavoro effettivo — quando il datore di lavoro richiede l'esecuzione della prestazione — ad altri di mera attesa della chiamata.

La *ratio* che ispira l'introduzione di tale nuova <sup>(2)</sup> tipologia contrattuale, mutuata dall'esperienza di altri Stati europei quali l'Olanda, prende origine dalla volontà di contrastare una prassi piuttosto in uso, che vede il susseguirsi ripetutamente nel tempo di contratti di collaborazione, anche occasionale, che in realtà simulano rapporti di lavoro dipendente. La disciplina del contratto di lavoro intermittente ha, quindi, tentato di far fronte a tale situazione oggettiva, delineando un'apposita disciplina legislativa.

Più in particolare la legge individua due tipologie di lavoro intermittente. Con la prima, al lavoratore non fa capo nessun obbligo di rispondere alla chiamata del datore di lavoro. In tal caso, il lavoratore non è contrattualmente tenuto a dare riscontro alla chiamata, con la conseguenza che nessun addebito può essergli mosso in caso di rifiuto.

Con la seconda tipologia di contratto, il lavoratore si vincola a rispondere alla chiamata, a fronte dell'erogazione di un'indennità mensile nei periodi di « attesa ». In questo caso, qualora il lavoratore non dia riscontro positivo senza giustificato motivo, sono previste alcune sanzioni <sup>(3)</sup>.

## 2. Casi e divieti di applicazione.

Per quanto riguarda i casi nei quali è possibile utilizzare lo schema del lavoro intermittente, l'articolo 34, nell'attuale formulazione della legge del 14 maggio 2005, n. 80, individua ipotesi di carattere oggettivo ed altre di carattere soggettivo.

Quanto alle ipotesi di carattere soggettivo, esse riguardano le prestazioni rese da soggetti di età inferiore a venticinque anni e da lavoratori con età superiore a quarantacinque anni anche pensionati. Tale ipotesi può avere ad oggi immediata applicazione.

Le recenti modifiche legislative hanno, quindi, eliminato ogni

---

<sup>(2)</sup> Per un precedente in argomento, si veda l'accordo Electrolux-Zanussi del giugno 2000, che prevedeva il ricorso ad un contratto denominato « ad espansione controllata ». Tale tentativo è, peraltro, fallito a seguito di esito negativo del referendum aziendale. Si vedano i contributi in *C&CC*, 2001, n. 1, 98.

<sup>(3)</sup> Cfr. il contributo di F. BINOCOLI, *Le tipologie del contratto di lavoro intermittente*, che segue.

riferimento allo stato di disoccupazione, all'espulsione dal ciclo produttivo ed all'iscrizione alle liste di mobilità — previsti in precedenza anche dalla circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4/2005 — ed ha aperto ai lavoratori di età superiore a quarantacinque anni pensionati la possibilità di stipulare un contratto di lavoro intermittente.

Lo scopo di tale modifica normativa è nel senso di tentare di incentivare il « primo lavoro » e il « doppio lavoro ».

Quanto alle ipotesi di carattere oggettivo, esse si verificano in tre casi, di cui i primi due previsti dall'articolo 34, decreto legislativo n. 276/2003 ed il terzo sancito dal decreto ministeriale 23 ottobre 2004 <sup>(4)</sup>:

a) nel ricorrere delle *esigenze* <sup>(5)</sup> individuate dalla contrattazione collettiva stipulata dalle associazioni di datori e lavoratori comparativamente rappresentative sul piano nazionale o territoriale;

b) per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno ai sensi del successivo articolo 37, ovvero nel fine settimana, nel periodo delle ferie estive o delle vacanze natalizie o pasquali <sup>(6)</sup>;

---

<sup>(4)</sup> In *Boll. Adapt*, 2004, n. 39.

<sup>(5)</sup> Nel senso di indicare la migliore opportunità di demandare alla contrattazione collettiva l'individuazione delle caratteristiche della « continuità » e della « intermittenza », in luogo delle « esigenze » che consentono la stipula del contratto di lavoro intermittente, si legga D. GOTTARDI, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 481.

<sup>(6)</sup> La formulazione dell'articolo 34, che prevede il caso sopra riportato alla lettera b), è frutto di una modifica legislativa, ad opera dell'art. 10 del recente decreto correttivo del d.lgs. n. 276/2003 (d.lgs. n. 251/2004). In precedenza, infatti, l'art. 34, comma 1, prevedeva, in caso di assenza della contrattazione collettiva, l'emanazione di un decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali provvisoriamente sostitutivo, trascorsi sei mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, al fine di individuare le ipotesi nelle quali è possibile il ricorso al contratto di lavoro intermittente.

La necessità di una modifica al dettato normativo è sorta dalle critiche formulate relativamente alla sovrapposizione delle originarie previsioni di cui all'art. 34, comma 1, e del successivo art. 40, comma 2, alla luce della possibilità affidata da entrambe le norme al Ministero del lavoro di emanare un decreto provvisoriamente sostitutivo delle previsioni contrattuali collettive, in caso di loro assenza.

In dottrina, infatti, è stata criticata la mancanza di raccordo tra le due norme, anche sotto il profilo del fatto che la formulazione precedente dell'art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 sembrava riferirsi sia alla contrattazione collettiva a livello nazionale che a quella locale, mentre ciò non viene fatto dall'art. 40, che fa riferimento solo al

c) nel caso indicato dal decreto ministeriale 23 ottobre 2004 che prevede la possibilità di stipulare contratti di lavoro intermittente per lo svolgimento delle attività indicate nella tabella allegata al regio decreto 6 dicembre 1923, n. 2657 <sup>(7)</sup>, ovvero per le occupazioni che richiedono lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia escluse dall'applicazione della normativa generale in materia di orario di lavoro <sup>(8)</sup>.


La circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4/2005 esclude, inoltre, la possibilità di una valutazione caso per caso circa la natura intermittente dell'attività lavorativa, essendo tale compito demandato solo alla contrattazione collettiva ed al Ministero del Lavoro mediante un'elencazione tipologica o per clausole negoziali.

Pertanto, l'individuazione dei casi di carattere oggettivo nei quali le

---

livello nazionale. In proposito, si veda R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, in *GLav*, 2004, n. 12, 12.

Con il nuovo intervento normativo, quindi, la previsione che attualmente consente al Ministero del lavoro l'emanazione di un decreto è quella dettata dall'art. 40. Tale facoltà, peraltro, è stata esercitata, come si avrà modo di meglio illustrare.


<sup>(7)</sup> In  *Lavoro intermittente*.

Nella circ. Min. lav. n. 4/2005, inoltre, si precisa che la tipologia delle attività indicate nel regio decreto va intesa unicamente come parametro oggettivo, senza che debba essere fatto riferimento agli altri requisiti previsti dalla normativa, quali i limiti dimensionali.

La precisazione è dovuta ai dubbi interpretativi insorti, che hanno motivato un ricorso al Tar del Lazio, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 5.

<sup>(8)</sup> Il dm 23 ottobre 2004 è stato emanato ai sensi dell'art. 40, comma 2, del decreto attuativo, in base al quale, come già detto, in caso di mancata previsione a livello di contrattazione collettiva nazionale dei casi nei quali è lecito il ricorso al contratto di lavoro intermittente, il Ministero convoca le organizzazioni interessate di datori e lavoratori e le assiste al fine di promuovere l'accordo. In caso di fallimento, il Ministero emana un decreto provvisorio.

Poiché la contrattazione collettiva non ha sostanzialmente dato recezione a tale nuova forma contrattuale, come meglio si dirà in seguito, il decreto ministeriale in commento ha individuato, in via provvisoriamente sostitutiva, i casi di ricorso al lavoro intermittente, che dovranno costituire un parametro di riferimento oggettivo ai fini della messa a regime dell'istituto.

A tal fine, ha richiamato la tabella allegata al r.d. n. 2657/1923 nella quale sono indicate le occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia, alle quali non sono applicabili le limitazioni d'orario, previste oggi dal d.lgs. n. 66/2003, in  *Orario di lavoro*.

Ovviamente, è sancito che, qualora stipulati, le clausole dei contratti collettivi nel frattempo intervenuti in materia di lavoro intermittente conserveranno la loro piena applicazione.

parti possono stipulare un contratto di lavoro intermittente è di fatto rimessa alla contrattazione collettiva, ad eccezione delle ipotesi *b*) <sup>(9)</sup> e *c*), immediatamente applicabili.

Tali ultime, insieme alle ipotesi di carattere soggettivo legate all'età, sono casi di immediata applicazione del contratto in esame.

Peraltro, in merito al caso dei contratti stipulati per lo svolgimento delle attività elencate nella tabella di cui al regio decreto n. 2657/1923 (ad esempio, custode, guardiano, fattorino, addetto ai centralini privati), si ritiene che alcune delle attività indicate non necessariamente posseggano il carattere della discontinuità, ben potendo essere svolte in via stabile (si pensi, ad esempio, al lavoro del cameriere).

Non potendosi quindi ritenere che, per il solo fatto di rientrare nell'elenco, tali attività siano di per ciò solo « discontinue », il contratto di lavoro intermittente potrà essere stipulato ai sensi del decreto ministeriale 23 ottobre 2004, solo qualora la prestazione lavorativa individuata possenga nei fatti il carattere della discontinuità.


Tale ultima ipotesi *c*), del resto, troverà applicazione solo in via provvisoriamente sostitutiva sino alla stipula della contrattazione collettiva che, ad oggi, tuttavia è del tutto esigua.


Infatti, la quasi totalità dei contratti di recente stipulati non ha preso in considerazione tale forma contrattuale, ad eccezione di quello della piccola industria alimentare del 6 maggio 2004. Sarà, quindi, particolarmente opportuno esaminare le disposizioni in esso contenute, che prevedono la possibilità di stipulare tale forma contrattuale in caso di esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive, per le quali non sia possibile stipulare contratti *part-time*, in considerazione dell'impossibilità o quantomeno della difficoltà di predeterminare i periodi di prestazione lavorativa da richiedere al lavoratore.

Per quanto riguarda i casi nei quali vige il divieto di ricorrere al lavoro intermittente, essi comprendono:

— per la sostituzione di lavoratori in sciopero, come già disposto nel caso di altre disposizioni di legge, quali il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 <sup>(10)</sup>, relativo al lavoro a tempo determinato <sup>(11)</sup>;

---

<sup>(9)</sup> Infatti, in risposta ad un quesito proposto dalla Fipe, il Ministero ha precisato che il contratto di lavoro intermittente prestato in occasione di ferie, vacanze natalizie e pasquali e fine settimana deve intendersi attualmente ed immediatamente operante. Si veda risposta del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 12 luglio 2004, in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 26.

<sup>(10)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

— salvo diversa disposizione del contratto collettivo, vige il divieto presso unità produttive nelle quali, nei sei mesi precedenti, si siano effettuati licenziamenti collettivi nei confronti di lavoratori che effettuano le stesse mansioni, ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario con diritto al trattamento di integrazione salariale, sempre a favore di lavoratori assegnati alle stesse mansioni di quelle oggetto del contratto di lavoro intermittente;

— è altresì posto il divieto nel caso di imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4, decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626 <sup>(12)</sup>.

Nelle suddette ipotesi, quindi, alle parti non è consentito stipulare contratti di lavoro intermittente, per espressa previsione di legge.

### 3. La forma del contratto di lavoro intermittente.

L'articolo 35 del decreto legislativo n. 276/2003 sancisce che il contratto a chiamata è stipulato in forma scritta ai fini della prova di una serie di elementi, espressamente elencati:

a) la durata e le ipotesi — oggettive o soggettive, ai sensi del precedente articolo 34 — che consentono la stipula del contratto;

b) il luogo e le modalità della messa a disposizione e del preavviso di chiamata che, in ogni caso, non può essere inferiore ad un giorno lavorativo;

c) il trattamento economico e normativo per la prestazione di lavoro eseguita e l'indennità di disponibilità nel periodo di attesa, qualora prevista;

d) la forma e le modalità con le quali il datore di lavoro procede alla chiamata, nonché le modalità di rilevazione della prestazione lavorativa (registrazione nel libro presenze, *badge*, ecc...);

e) i tempi e le modalità di pagamento della retribuzione e dell'indennità di disponibilità;

f) le misure di sicurezza eventualmente necessarie in relazione al tipo di attività oggetto del contratto.

Nel contratto individuale, inoltre, le parti dovranno attenersi alle indicazioni dettate dalla contrattazione collettiva <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Cfr. i contributi contenuti nella Parte III, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(12)</sup> In  *Sicurezza (obbligo di)*.

<sup>(13)</sup> Per quanto riguarda la contrattazione collettiva, l'accordo della piccola

Tale disposto normativo è stato criticato dalla dottrina per la sua formulazione, in base alla quale è richiesta la formulazione scritta di una serie di « elementi » e non quella dell'intero contratto. La stessa dottrina, tuttavia, ha sostenuto che la richiesta di forma scritta ai soli fini della prova va riferita all'intero testo contrattuale e non ai soli elementi, indicati nella norma <sup>(14)</sup>.

Peraltro, viste le critiche insorte al dettato legislativo, anche nei termini della mancata previsione di una sanzione in caso di violazione dei requisiti citati — ad esempio in termini di « conversione », automatica o a richiesta del lavoratore, in un ordinario contratto di lavoro a tempo pieno, in caso di mancata prova della stipula del contratto — la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4/2005 ha precisato che, nel caso in cui il contratto non riporti espressamente gli elementi per i quali è prevista la forma scritta, esso debba essere integrato dalle indicazioni previste a livello di contrattazione collettiva <sup>(15)</sup>.

Più in generale, si è anche sostenuto che non è prevista per via legislativa una sanzione in caso di ricorso alla tipologia del contratto di lavoro intermittente al di fuori delle ipotesi nelle quali esso è consentito o nei casi di espresso divieto.

---

industria alimentare del 6 maggio 2004 sancisce che *il contratto di lavoro intermittente deve essere stipulato in forma scritta e contenere i seguenti elementi (...)*. Si prevede, cioè, la forma scritta del contratto e la necessità di inserire nel testo contrattuale l'indicazione di una serie di elementi, mutuati da quelli previsti per via legislativa.

<sup>(14)</sup> Si veda G. PELLACANI, *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, in *MGL*, 2003, n. 7, 512. L'Autore precisa, altresì, che la disciplina specifica di tale contratto non deve distogliere dall'osservanza dell'obbligo di informazione sancito dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 152/1997, in *Assunzione*, al momento dell'assunzione del dipendente. In proposito, vedi anche R. ROMEI, *Lavoro intermittente*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 401 ss.

<sup>(15)</sup> In precedenza, poiché non è ipotizzabile che, nelle suddette ipotesi, non sia irrogata alcuna sanzione, si era indicato fra le possibili: la nullità *tout court* del contratto, soluzione questa che verrebbe a ripercuotersi sul lavoratore; la nullità del testo contrattuale ove si accerti la volontà delle parti di non conservarlo senza il carattere dell'intermittenza, in applicazione dell'articolo 1419, comma 1, c.c.; la conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato; la conversione nel tipo di contratto di lavoro di fatto realizzato tra le parti, soluzione quest'ultima che sembra preferibile.





## 10.

# LE TIPOLOGIE DEL CONTRATTO DI LAVORO INTERMITTENTE

FEDERICA BINOCOLI

SOMMARIO: 1. Le tipologie di lavoro intermittente: il contratto senza obbligo di disponibilità. — 2. Il contratto di lavoro intermittente con obbligo di disponibilità. — 3. L'impossibilità temporanea ed il rifiuto ingiustificato di rispondere alla chiamata. — 4. Il trattamento del lavoratore intermittente. — 5. Il computo del lavoratore intermittente e il cumulo con altri contratti di lavoro. — 6. Conclusioni.

### **1. Le tipologie di lavoro intermittente: il contratto senza obbligo di disponibilità.**

Le tipologie di lavoro intermittente sono due: senza e con obbligo di disponibilità.

La prima — da non considerarsi, però, quale ipotesi privilegiata — non impone al lavoratore un vincolo di adesione alla chiamata. Il lavoratore, infatti, pur stipulando un contratto nel quale la prestazione lavorativa è prevista, per così dire, ad intervalli con periodi di attesa, non si vincola contrattualmente a rispondere alla chiamata, ma resta nella piena facoltà del lavoratore scegliere se riscontrare positivamente la richiesta del datore o se, invece, rifiutarla.

In tal caso, non essendo contrattualmente obbligato, il lavoratore non è passibile di nessun addebito, in qualsivoglia forma, da parte del datore di lavoro.

Tale ipotesi di lavoro intermittente è stata fortemente criticata, sino addirittura a dubitare che si tratti di un vero e proprio contratto di lavoro <sup>(1)</sup>. Altri sostengono che si tratta di un mero contratto normativo, mediante il quale le parti individuano le condizioni minime alle quali

---

<sup>(1)</sup> Si tratta di P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in [www.cgil.it/giuridico](http://www.cgil.it/giuridico).

si atterranno nei successivi contratti di lavoro <sup>(2)</sup>. Altra parte della dottrina <sup>(3)</sup> ha individuato nell'ipotesi di lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità una sorta di intelaiatura essenziale dello schema negoziale, dal quale scaturisce la facoltà unilaterale del datore di lavoro di utilizzare il lavoratore nel momento che ritiene più opportuno, nell'ambito di un contratto stipulato una volta per tutte. Si è affermato, cioè, che ad ogni singola chiamata non corrisponde la conclusione di una serie ripetuta di contratti, ma piuttosto uno scambio di consensi relativi all'esecuzione della singola esecuzione richiesta. Come dire che il contratto di lavoro intermittente è stipulato inizialmente al momento dell'assunzione; ogni volta che il datore di lavoro effettua la chiamata, lo scambio dei consensi cade sulla sola richiesta di esecuzione della prestazione e non sulla conclusione del contratto di lavoro.

Comunque, a prescindere dalle posizioni sostenute in dottrina, vi è sostanziale diffidenza nei confronti di tale tipologia contrattuale e, in particolare, in merito all'effettiva applicazione pratica.

## 2. Il contratto di lavoro intermittente con obbligo di disponibilità.

La seconda tipologia di contratto di lavoro intermittente — da vedersi quale ipotesi privilegiata — prevede l'obbligo contrattuale del lavoratore di rispondere alla chiamata del datore di lavoro e, quindi, la sua disponibilità ogni volta che il datore lo richieda.

In questa particolare ipotesi, l'articolo 36 del decreto attuativo dispone che il contratto di lavoro stabilisce la misura dell'indennità mensile — divisibile anche in quote orarie — da corrispondere al lavoratore a fronte del vincolo della disponibilità. Nei periodi di attesa della chiamata, cioè quando il lavoratore non effettua la prestazione ma garantisce al datore la sua disponibilità in attesa del suo utilizzo, il lavoratore non percepisce la retribuzione, ma un'indennità, il cui ammontare è stabilito dalla contrattazione collettiva in misura comunque non inferiore a quanto individuato e periodicamente aggiornato con decreto ministeriale <sup>(4)</sup>. È facoltà della contrattazione collettiva,

---

<sup>(2)</sup> Si legga in proposito V.R. VOZA, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 252.

<sup>(3)</sup> R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, in *GLav*, 2004, n. 12, 15.

<sup>(4)</sup> Il 10 marzo 2004 il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha emanato

quindi, indicare un importo maggiore rispetto a quello sancito ed aggiornato dal decreto ministeriale <sup>(5)</sup>.

Tale indennità, peraltro, non è anticipata ma va versata alla fine del mese ed è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo; quindi, essa non rileva ai fini del calcolo del T.f.r., della tredicesima e della quattordicesima mensilità <sup>(6)</sup> ed i contributi sono versati per il loro ammontare effettivo, anche in deroga alla legislazione vigente in materia di minimale contributivo. Inoltre, nel caso di lavoro intermittente effettuato in periodi predeterminati dell'anno (ferie, vacanze e fine settimana), la stessa viene erogata solo in caso di effettiva chiamata da parte del datore di lavoro.

Si è, poi, sostenuto che il contratto di lavoro intermittente con obbligo di disponibilità possiede una causa complessa, in base alla quale è interesse del datore di lavoro sia l'effettuazione della prestazione lavorativa nei periodi di chiamata, sia la messa a disposizione delle energie lavorative da parte dei dipendenti nei periodi di attesa. Secondo tale impostazione, cioè, anche lo stare a disposizione nei periodi di attesa fa parte dell'adempimento dell'obbligazione contrattuale. Il passaggio da una fase all'altra dell'assetto contrattuale complessivamente inteso dipende, in via unilaterale, dalla volontà del datore di lavoro, nel momento in cui ne ravvisa la necessità ed effettua la chiamata. In tale ottica, i diversi momenti del rapporto di lavoro — fatto di esecuzione effettiva e di mera attesa in disponibilità — assumono una rilevanza unitaria <sup>(7)</sup>.

---

un decreto con il quale viene fissata la misura dell'indennità di disponibilità nella misura del 20% della retribuzione prevista dal Ccnl applicato. La retribuzione mensile da prendere come base di calcolo dell'indennità è: minimo tabellare, indennità di contingenza, E.T.R. e ratei di mensilità aggiunti.

<sup>(5)</sup> Il contratto collettivo della piccola industria alimentare del 6 maggio 2004 ha previsto l'ammontare dell'indennità nella misura del 25% della retribuzione mensile.

<sup>(6)</sup> Per una lettura in chiave di dubbi sulla costituzionalità della norma, si legga D. GOTTARDI, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 488 ss.

<sup>(7)</sup> Si vedano: R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 13, e A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 57. Si legga, tuttavia, A. VALLEBONA, *op. cit.*, 60, che non ravvisa ostacoli alla stipula di un contratto di lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità nelle forme di un contratto di lavoro subordinato, in quanto è lo stesso datore di lavoro a consentire la limitazione dei propri poteri, riservandosi il loro esercizio solo a

Anche sulla base di tali argomentazioni, nessun ostacolo è stato ravvisato alla configurazione del contratto di lavoro intermittente con obbligo di disponibilità nell'ambito del lavoro subordinato. Infatti, mentre nessun dubbio può sorgere con riferimento ai periodi di lavoro effettivo, la mera messa a disposizione del lavoratore non è parsa sufficiente a causare la fuoriuscita del lavoro intermittente dall'ambito dei contratti di lavoro subordinato<sup>(8)</sup>, nonostante la mancanza non solo della retribuzione nei periodi di attesa ma del più generale trattamento economico e normativo. Nel periodo non lavorato, il dipendente, infatti, ha diritto alla sola indennità di disponibilità<sup>(9)</sup>.

Così, mentre maggiori dubbi possono sorgere con riferimento all'altra ipotesi di lavoro a chiamata<sup>(10)</sup>, nel caso in esame in dottrina si concorda nell'affermare che il lavoro intermittente può configurarsi sia sotto forma di contratto di lavoro autonomo, sia quale ipotesi di lavoro dipendente, nel qual caso dovrà trovare applicazione la disciplina dettata dal decreto legislativo n. 276/2003<sup>(11)</sup>. Nel caso, invece di stipula di un contratto di lavoro intermittente autonomo, non troverà applicazione la disciplina in esame ma quella che regola in via generale quel tipo di contratto.

Nell'ambito del quadro delineato in merito al lavoro a chiamata con obbligo di disponibilità, grande rilevanza ha l'indennità corrisposta al lavoratore. Si è sostenuto, infatti, che, perché tale contratto sia legittimo, tale indennità non può essere irrisoria, ma deve costituire un corrispettivo effettivo della garanzia di risposta alla chiamata. Infatti, è indubbio che la messa a disposizione incide sulla vita del prestatore di lavoro e, quindi, a fronte di tale invasività, si è richiesto che l'indennità di disponibilità rispetti i parametri costituzionali dell'articolo 36 Cost.

---

seguito dell'accettazione della chiamata, in analogia a quanto avviene nei rapporti a termine giornalieri nel settore del turismo e dei pubblici esercizi.

<sup>(8)</sup> Si ricordi, in proposito, la nota questione relativa alla configurazione del rapporto di lavoro dei *pony-express* ed alla considerazione in base alla quale l'obbligo di rispondere alla chiamata è stato ritenuto elemento distintivo tra subordinazione ed autonomia. Cass. 25 gennaio 1993 n. 811, in *Libri Lavoro subordinato*.

<sup>(9)</sup> La circ. Min. lav. n. 4/2005 precisa che al contratto di lavoro intermittente si applica, per quanto compatibile, la normativa prevista per il rapporto di lavoro subordinato, ma solo limitatamente ai periodi di lavoro. In quelli di attesa, invece, essa non troverà applicazione e dovrà essere corrisposta la sola indennità di disponibilità, qualora prevista.

<sup>(10)</sup> Aa.Vv., *La legge Biagi e la nuova disciplina dei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 241.

<sup>(11)</sup> Si ricordi che il contratto di lavoro intermittente può essere soggetto alle procedure di certificazione, ai sensi della disciplina del decreto attuativo.

Fermo restando che sarà, quindi, necessario domandarsi se la previsione dell'indennità non inferiore al 20% della retribuzione mensile rispetti il suddetto principio costituzionale, va anche considerato che parte della dottrina ha avanzato l'ipotesi di corrispondere un'indennità di disponibilità non inferiore a 516,00 euro mensili, in analogia a quanto disposto dal Ccnl per i dipendenti delle agenzie di lavoro interinale per i periodi di inattività ai lavoratori con rapporti di lavoro a tempo indeterminato <sup>(12)</sup>. Ed anzi, la stessa dottrina ha affermato la necessità di corrispondere ai lavoratori intermittenti un'indennità maggiore; infatti, mentre il lavoratore interinale a tempo indeterminato dovrebbe essere occupato per la maggior parte del tempo, ciò non avverrebbe nel caso del lavoratore intermittente <sup>(13)</sup>.

### **3. L'impossibilità temporanea ed il rifiuto ingiustificato di rispondere alla chiamata.**

Con riferimento al contratto di lavoro intermittente con obbligo di disponibilità — in quanto l'altra tipologia di contratto non vincola il lavoratore a rispondere alla chiamata — l'articolo 36 del decreto attuativo stabilisce che, in caso di malattia o di altro evento che renda temporaneamente impossibile rispondere alla chiamata, il lavoratore deve informare tempestivamente il datore di lavoro, indicando la durata dell'impedimento, fermo restando che nel suddetto periodo non matura il diritto all'indennità.

Inoltre, nel caso in cui il lavoratore non avverta tempestivamente dell'evento temporaneo che gli impedisce di rispondere alla chiamata, perde il diritto all'indennità di disponibilità per un periodo fisso di quindici giorni, a prescindere dalla durata reale dell'impedimento, salva diversa disposizione del contratto individuale. Ovverosia, in caso di malattia o di altro impedimento temporaneo, il lavoratore perde il diritto all'indennità di disponibilità per il periodo corrispondente, salvo il caso in cui non avverta il datore di lavoro dell'impedimento, nel qual caso perde forfetariamente una quota di indennità pari a quindici giorni <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> In  *Lavoro interinale*.

<sup>(13)</sup> P. ALLEVA, *op. cit.*, 903 ss.

<sup>(14)</sup> Tale sanzione è stata considerata dubbia di illegittimità costituzionale per l'eccessiva asprezza da D. GOTTARDI, *op. cit.*, 490.

Non si prevede poi altro, la necessità di fornire idonea documentazione medica in ordine alla malattia <sup>(15)</sup>.


Più in particolare, mentre il dettato normativo prescrive che il contratto di lavoro indichi il *luogo* — così, ad esempio, la specifica unità produttiva — e le *modalità* della disponibilità, non lo stesso si verifica per la sua collocazione temporale. Non vi è, infatti, nessun vincolo normativo in materia di orario, né tantomeno per regolare l'alternanza tra periodi lavorati e di attesa.

Ciò è stato di recente ribadito dalla circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4/2005, che ha demandato l'intera materia alla libera determinazione contrattuale delle parti, secondo esigenze di volta in volta individuate, sostenendo che il datore di lavoro può decidere di stipulare un contratto di lavoro intermittente quando ancora non conosce concretamente le proprie esigenze future. In proposito, vi è l'accordo della dottrina nell'affermare che l'apposizione di un obbligo illimitato di rispondere alla chiamata sarebbe illegittima. Senza la previsione di un limite, l'oggetto del contratto sarebbe indeterminato.

Si ritiene, quindi, opportuno vincolare il dipendente alla disponibilità in fasce orarie, giornate o comunque i periodi predeterminati, all'interno dei quali le parti — in sede di contratto individuale — potranno modulare come meglio ritengono la collocazione temporale della disponibilità, scegliendo un periodo piuttosto che un altro all'interno del quale il datore di lavoro potrà effettuare la chiamata.

Come dire che, nell'arco di un periodo temporale predeterminato <sup>(16)</sup>, le parti sono libere di regolare i loro interessi come meglio credono, anche prevedendo la facoltà — non illimitata — di rifiutare la

---

<sup>(15)</sup> Il Ccnl della piccola industria alimentare del 6 maggio 2004, in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 28, invece, dispone che, qualora si verifichi una malattia o un altro evento che impossibiliti temporaneamente il lavoratore a rispondere alla chiamata, il lavoratore è tenuto a informare il datore di lavoro, specificandone preliminarmente la durata secondo le modalità previste ordinariamente nel caso di malattia dei lavoratori dipendenti che, nel caso di specie, prevedono l'avvertimento telefonico, via *fax* o per interposta persona, fatti salvi i casi di giustificato e documentato impedimento o di accertata forza maggiore, con successivo invio, entro il secondo giorno, di certificato medico attestante lo stato di salute.

<sup>(16)</sup> Si ricordi, in proposito, che la modifica al decreto attuativo della Legge Biagi (art. 34) e la norma che disciplina il lavoro intermittente nelle ferie, vacanze e fine settimana (art. 37) inserisce tali periodi nell'ambito di una collocazione temporale predeterminata nell'anno, nel mese e nella settimana.


chiamata. È opportuno, poi, ricordare che l'articolo 35 del decreto attuativo demanda la regolamentazione di tale tematica al contratto individuale di lavoro, che se ne dovrà occupare, fermo restando che il tempo necessario a preavvisare il lavoratore non può essere inferiore ad una giornata lavorativa.

Le parti indicano nel contratto anche le modalità con le quali il datore di lavoro potrà effettuare la chiamata e in particolare: la forma (orale o scritta e se per lettera raccomandata, fax, telegramma), la forma e le modalità della risposta, nonché il termine ed il luogo nel quale farla pervenire (ad esempio, il domicilio del lavoratore).

Quanto sopra argomentato e la predeterminazione dell'arco temporale all'interno del quale il datore di lavoro esercita la chiamata rilevano particolarmente alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha giudicato illegittima l'apposizione di clausole elastiche ai contratti di lavoro *part-time*, qualora sia attribuito senza limiti al datore di lavoro un potere unilaterale di variare la distribuzione temporale della prestazione lavorativa (17). La Corte, cioè, sancisce l'illegittimità del cosiddetto lavoro «*part-time a chiamata*», che attribuisce solo al datore di lavoro di decidere in via unilaterale i tempi di utilizzo del dipendente. Le clausole di tale tenore non solo farebbero venir meno la possibilità per il dipendente di programmare altre attività lavorative, ma risulterebbero essere eccessivamente lesive della sua libertà individuale. La Corte, quindi, in definitiva, sancisce la necessità che la variazione dell'orario di lavoro possa avvenire, ma nel rispetto di giorni, settimane, mesi e anno prestabiliti.

Per non porsi in contrasto con il dettato della Corte (18), quindi, con riferimento al lavoro intermittente, sarà opportuno prevedere, in

---

(17) Si tratta della sentenza C. Cost. 11 maggio 1992 n. 210, in  *Lavoro a tempo parziale*.

(18) In proposito, si ricorda che la C. Giust. 12.10.2004, n. C 313/02, in *MGL*, 2005, n. 3, 176 ss., precisa che al contratto di lavoro intermittente senza obbligo di risposta non si applicano le norme in materia di limiti e di organizzazione del lavoro sanciti per il lavoro *part-time*. La Corte, infatti, afferma che, nei due contratti, sono diversi la causa e l'oggetto. Nei termini di esaminare il rapporto con i principi costituzionali in materia di «*part-time a chiamata*», si veda L. CORAZZA, *Lavoro intermittente e discriminazioni indirette: dalla Corte di Giustizia qualche indicazione sulla natura del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata*, in *MGL*, 2005, n. 3, 187. Infine, la circ. Min. lav. n. 4/2005 ha precisato che fine della normativa in materia di lavoro intermittente è fornire solo uno schema contrattuale di base per le parti. Non troverebbero, quindi, applicazione le norme in materia di *part-time*.

sede di contratto individuale, la collocazione della chiamata all'interno di periodi temporali predeterminati di massima, nell'ambito dei quali il datore di lavoro sceglierà concretamente quando richiedere la prestazione.

Nel caso di opposizione di un rifiuto alla richiesta del datore di lavoro, occorre verificare se lo stesso possa dirsi giustificato, in quanto, ove ciò non fosse, tale ingiustificato rifiuto <sup>(19)</sup> potrà comportare:

- la risoluzione del contratto;
- la restituzione della quota di indennità relativa al periodo successivo al rifiuto;
- un congruo risarcimento nella misura fissata dai contratti collettivi o, in mancanza, dal contratto individuale di lavoro <sup>(20)</sup>.

Sembra, quindi, che la formulazione legislativa della norma abbia volutamente escluso il regime più rigoroso del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, sancendo la risoluzione del contratto qualora l'inadempimento (*i.e.* il rifiuto alla chiamata) non sia considerato di scarsa importanza per il datore di lavoro, ai sensi della disciplina generale dettata dall'articolo 1455 c.c. <sup>(21)</sup>.

Per quanto riguarda, poi, la restituzione della quota di indennità per il periodo successivo al rifiuto, sembra farsi riferimento al caso in cui questa sia stata già versata, ma non è assolutamente chiaro a quale periodo temporale fare riferimento. Sarà, quindi, necessario un chiarimento in proposito, anche in sede di contrattazione collettiva, essendo stata ipotizzata da parte della dottrina la perdita dell'intero mese successivo al rifiuto (e non dei giorni residui del mese) per l'inevitabile indeterminatezza che deriverebbe nell'individuazione dell'ammontare della sanzione <sup>(22)</sup>.

#### 4. Il trattamento del lavoratore intermittente.

Ferma restando l'affermazione del principio generale di non discriminazione, sancito dall'articolo 38 del decreto attuativo, è necessa-

---

<sup>(19)</sup> Si esprime nei termini di un difficile coordinamento tra l'"impossibilità" e il "rifiuto giustificato" di rispondere alla chiamata D. GOTTARDI, *op. cit.*, 491.

<sup>(20)</sup> Il Ccnl della piccola industria alimentare del 6 maggio 2004 dispone la possibilità di risolvere il contratto in capo al datore di lavoro, con restituzione della quota di indennità eventualmente già corrisposta e riferita al periodo successivo al rifiuto ingiustificato, nonché un risarcimento del danno pari all'importo delle quote orarie di indennità relative al periodo di prestazione rifiutata.

<sup>(21)</sup> Tesi sostenuta da A. VALLEBONA, *op. cit.*, 59.

<sup>(22)</sup> In tali termini si è espresso A. VALLEBONA, *op. cit.*, 60.



ria una distinzione tra le due ipotesi di contratto di lavoro intermittente.

Qualora si versi in un'ipotesi di lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità, durante i periodi di effettuazione della prestazione lavorativa la disciplina applicabile sarà quella relativa all'ordinario rapporto di lavoro. Nel periodo di attesa, invece, il lavoratore non avrà diritto a nessun trattamento economico e normativo.

Nel caso di lavoro intermittente con obbligo di disponibilità, si avranno due diverse discipline a seconda che si prenda in considerazione la chiamata o il periodo di disponibilità. Infatti, quando viene resa la prestazione, il lavoratore avrà diritto al normale trattamento economico e normativo; nel periodo di disponibilità, il dipendente percepirà unicamente l'indennità e sarà applicabile l'apposita disciplina del decreto attuativo in materia di disponibilità e di risposta alla chiamata. È evidente, quindi, che la tutela economica e previdenziale del lavoratore vige solo durante la fase di esecuzione della prestazione e non nell'attesa della chiamata.

Ovviamente, il trattamento economico e normativo deve essere riproporzionato con riferimento alla retribuzione ed a tutti gli istituti — quali ferie, trattamento di malattia, infortunio, maternità e congedi parentali — fermo restando che il trattamento applicato non può essere inferiore a quello del lavoratore non intermittente che svolge le stesse mansioni.

Inoltre, la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4/2005 precisa che, per gli altri istituti normativi e previdenziali non espressamente citati, deve trovare applicazione la disciplina sul lavoro subordinato, per quanto compatibile. Pertanto, in materia di assegno per il nucleo familiare, si applicherà l'articolo 2 del decreto legge n. 69/1988, convertito nella legge n. 153/1988; per i permessi e i congedi parentali, troverà applicazione l'articolo 9 legge n. 53/2000; troverà, infine, applicazione l'indennità di disoccupazione limitatamente ai periodi non lavorati.

La circolare ministeriale, poi, precisa che le indennità di malattia, maternità e disoccupazione saranno oggetto di apposite circolari esplicative che, ad oggi, non sono state emanate.

Durante il periodo nel quale il lavoratore resta disponibile non è titolare di nessun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati e non matura nessun trattamento economico e normativo in suo favore, fatta salva l'erogazione dell'indennità di disponibilità.

Si crea, così, una netta disparità qualora, ad esempio, il lavoratore

si ammalia nel periodo di lavoro o in quello di disponibilità. Nel primo caso, infatti, il dipendente viene tutelato dal normale trattamento di comparto; nel secondo caso, il lavoratore non ha diritto ad alcunché con tutte le conseguenze che si trasferiscono esclusivamente a suo carico.

Inoltre, qualora il contratto di lavoro intermittente sia stipulato nella forma di un contratto di lavoro subordinato e stante l'unicità del rapporto sia nei periodi di attesa sia di lavoro effettivo, ci si chiede in quali termini si ponga l'esercizio dei doveri che fanno capo al lavoratore e, in particolare, dell'obbligo di fedeltà e di non concorrenza, sia con riferimento al periodo predeterminato di disponibilità sia nelle diverse fasce temporali nelle quali il lavoratore non è vincolato alla chiamata.

Per quanto riguarda l'aspetto contributivo <sup>(23)</sup>, con circolare del 1 febbraio 2005, n. 18, l'Inps ha precisato che l'indennità di disponibilità, essendo da assoggettare a contributi nel suo ammontare effettivo, concorre alla formazione dell'anzianità contributiva utile ai fini del diritto e della misura della pensione, oltre che della retribuzione imponibile ai fini previdenziali per il calcolo del trattamento.

Con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 30 dicembre 2004, poi, si è chiarito che i lavoratori intermittenti — in relazione ai periodi lavorati o in attesa della chiamata qualora percepiscano l'indennità di disponibilità — possono versare la contribuzione volontaria sulla differenza tra retribuzione (o indennità di disponibilità) percepita e il minimale di legge, secondo le modalità di ciascun Ente impositore. Il minimale previsto consiste in una somma non inferiore al 30% del trattamento minimo mensile di pensione a carico del Fondo pensione lavoratori dipendenti.

In merito, poi, agli adempimenti amministrativi del rapporto, la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4/2005 risolve un dubbio applicativo per la possibile non contestualità tra conclusione del contratto e prima prestazione lavorativa.

Precisa, infine, la circolare ministeriale che la comunicazione al Centro per l'impiego dovrà avvenire entro cinque giorni dall'assunzione iniziale, in adempimento al decreto legislativo n. 297/2002; non

---

<sup>(23)</sup> E. DE FUSCO, *La disciplina del lavoro a chiamata*, in *GLav*, 2004, n. 45, 21, ritiene che si debba applicare anche il beneficio previsto dalla legge 407/1990, con il solo riferimento, quindi, al caso dei contratti a tempo indeterminato. In tal caso, i 36 mesi di riduzione dei versamenti contributivi dovranno comprendere sia i periodi di disponibilità sia quelli di lavoro effettivo.

vi è, invece, tenuto con riferimento alle « *altre conseguenti* » (24). La comunicazione dovrà precisare l'obbligatorietà o meno della chiamata e le modalità dell'« eventuale » disponibilità concordata (25). Inoltre, il datore di lavoro dovrà provvedere all'iscrizione nei libri paga e matricola al momento della prima stipula del contratto e non ad ogni singola chiamata, non potendosi considerare sostenibile l'ipotesi di provvedere a tali adempimenti ad ogni risposta del lavoratore.


Quanto, poi, all'assicurazione Inail, la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4/2005 dispone che anche la comunicazione all'Istituto debba essere inviata al momento della stipula del contratto (26). Inoltre, la nota dell'Istituto del 10 giugno 2005 richiama la computabilità della retribuzione dell'indennità di disponibilità ai fini della determinazione del premio. L'Inail, inoltre, aggiunge che l'obbligo assicurativo sarà assolto secondo le forme consuete previste dalla normativa vigente e che il premio sarà calcolato tenendo conto della retribuzione versata per le ore lavorate e dell'indennità di disponibilità, da considerarsi a tal fine parte della retribuzione in quanto percepita in relazione ad un rapporto di lavoro subordinato. Non è, quindi, chiaro se dovrà trovare applicazione il minimale giornaliero o la retribuzione convenzionale oraria prevista per il *part-time*.

La circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4/2005, inoltre, prevede che, in caso di malattia professionale, ferma la tempestiva comunicazione al datore di lavoro, trova applicazione la disciplina in materia di lavoro subordinato, qualora tali eventi si verifichino « *in ragione del rapporto di lavoro* ». Invece, qualora malattia e infortunio si verifichino durante la disponibilità, tali norme non saranno applicabili. Sembra, cioè, che, mentre il premio Inail è calco-

---

(24) Si ritiene che per « *altre conseguenti* » debbano intendersi le chiamate, qualora si voglia vedere nel contratto di lavoro intermittente un unico rapporto di lavoro, composto da periodi di lavoro ed altri di attesa.

(25) Sebbene la circolare preveda la comunicazione sulla disponibilità solo come « eventuale » (ovvero, come necessaria solo ove la disponibilità sia concordata), si ritiene opportuno che le parti regolamentino la disponibilità del lavoratore in sede di contratto individuale, qualora intendano stipulare un contratto con obbligo di risposta alla chiamata, con conseguente comunicazione ai Centri per l'impiego anche sotto il profilo della disponibilità concordata.

(26) Nel senso di ritenere dovuta l'applicazione la lettera Inail del 28 marzo 2000, in  *Assunzione* — con la quale si precisa che, ai fini del Dna, rileva l'inizio effettivo dell'attività lavorativa a prescindere dalla data dell'assunzione — è N. BIANCHI, *Riforma Biagi: ampliati i casi di ricorso al lavoro a chiamata*, 11.

lato anche sulla base dei periodi di disponibilità ai sensi della nota dell'Istituto del 10 giugno 2005, questi a nulla valgono ai fini della configurazione di una malattia professionale o di un infortunio sul lavoro secondo il dettato della circolare ministeriale, in quanto periodi di non lavoro.

Quanto, poi, al regime di tassazione da applicare, la circolare ministeriale ha precisato che al trattamento economico, quale reddito da lavoro subordinato, si applica l'articolo 51 Tuir, confermando la decisione dell'Agenzia delle Entrate — Direzione Regionale della Toscana, parere 28 ottobre 2004, prot. n. 2004/32340/C2 <sup>(27)</sup>, in base al quale anche l'indennità di disponibilità costituisce reddito di lavoro dipendente, in quanto somma percepita nel periodo d'imposta in relazione al rapporto di lavoro, ai sensi dell'articolo 51, comma 1, d.P.R. n. 917/1986 <sup>(28)</sup>. L'indennità, quindi, è costituita base imponibile ai fini dell'assolvimento del disposto dell'articolo 23, d.P.R. n. 600/1973 <sup>(29)</sup>.

Quanto alle modalità di calcolo della deduzione fiscale *ex* articolo 11 Tuir, si dovranno vedere le indicazioni operative della Direzione Generale Agenzia delle Entrate.

## 5. Il computo del lavoratore intermittente e il cumulo con altri contratti di lavoro.

Un ultimo commento merita, poi, la questione del computo del lavoratore intermittente nell'organico dell'impresa, previsto dall'articolo 39, decreto legislativo n. 276/2003.

Si prevede, infatti, che quest'ultimo sia computato, ai fini dell'applicazione delle normative di legge, in proporzione all'orario svolto effettivamente nell'arco di ciascun semestre.

In primo luogo, non è chiaro se il « semestre » in questione debba essere riferito all'anno solare o, invece, decorrere dall'inizio di ciascun contratto di lavoro o, ancora, fare riferimento al semestre precedente al momento in cui le dimensioni aziendali vengono valutate <sup>(30)</sup>.

In secondo luogo, ci si chiede se il riferimento alla sola applica-

---

<sup>(27)</sup> In *Boll. Adapt*, 2004, n. 40.

<sup>(28)</sup> In *Retribuzione*.

<sup>(29)</sup> Il parere pare sarà confermato dalla Direzione generale delle entrate. In *Retribuzione*.

<sup>(30)</sup> Così, D. GOTTARDI, *op. cit.*, 502 ss.

zione delle *normative di legge* comprenda anche la non menzionata « contrattazione collettiva », solitamente espressamente citata.

Infine, in dottrina, si è sottolineata l'incongruenza della disposizione in esame con la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, in base alla quale il computo opera solo con riferimento ai rapporti della durata maggiore a nove mesi.

Con la conseguenza che un lavoratore a tempo determinato con contratto di durata inferiore non viene computato nell'organico aziendale, mentre ciò avviene per il lavoratore intermittente, che può aver effettuato una prestazione di gran lunga inferiore.

In proposito, valga ricordare che la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4/2005 si è limitata ad affermare la non applicabilità del decreto legislativo n. 368/2001 ai contratti di lavoro intermittente a tempo determinato, senza aggiungere altro. In tale ipotesi, quindi, dovrà farsi riferimento alla sola normativa in materia di lavoro intermittente. Non si può, però, non rilevare che essa non richiama le ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive previste dal decreto legislativo n. 368/2001. Parimenti nulla si dice in materia di proroga.

Poiché la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 4/2005 null'altro dice in proposito, si ritengono, quindi, opportuni ulteriori chiarimenti in proposito.

La circolare ministeriale, inoltre, precisa la possibilità di stipulare più contratti di lavoro intermittente contemporanei con diversi datori di lavoro. È anche possibile, poi, intrattenere un contratto di lavoro intermittente con altre forme di lavoro, purché compatibili con gli impegni negoziali delle parti.

Si ritiene, quindi, che anche questa disposizione avrà bisogno di integrazioni, non essendo chiara la sua portata dal punto di vista dell'applicazione pratica.

## 6. Conclusioni.

I dubbi sull'impatto di applicazione di tale nuova disciplina (quali, ad esempio, l'operatività dell'obbligo di non concorrenza e di tutti i doveri del lavoratore dipendente nel periodo della disponibilità) non possono che derivare, da un lato, dalla particolarità della fattispecie — che ha incontrato numerose critiche — e, dall'altro, dalla genericità delle previsioni normative, nell'assenza di disposizioni contrattuali collettive che disciplinino in concreto la materia.

Pertanto, al di là del primo tentativo di normativa contrattuale — con il Ccnl della piccola industria alimentare del 6 maggio 2004 — non si potrà che attendere una più compiuta disciplina contrattuale della materia, ove stipulata, che vada anche oltre il mero rinvio operato dalla legislazione su alcune tematiche e tenti di regolamentare in via più generale l'applicazione pratica di tale nuova forma contrattuale, colmando ove possibile i dubbi applicativi lasciati dal dettato normativo.

## 11.

### LA DISCIPLINA PREVIDENZIALE DEL LAVORO INTERMITTENTE

IVANA MARIMPIETRI

SOMMARIO: 1. La sostanziale situazione di « precarietà » previdenziale del lavoratore intermittente. — 2. L'indennità di disponibilità. — 3. Brevi cenni sul lavoro intermittente « a causale soggettiva ».

#### 1. La sostanziale situazione di « precarietà » previdenziale del lavoratore intermittente.

Con il contratto di lavoro intermittente (o a chiamata), disciplinato dagli articoli 33-39 del decreto legislativo n. 276/2003, il lavoratore assume l'obbligo di rendersi disponibile per lo svolgimento di prestazioni lavorative di carattere discontinuo o intermittente che saranno effettivamente rese « *se e quando* il datore di lavoro provvederà a richiederne l'esecuzione » <sup>(1)</sup>.

Il rapporto di lavoro subordinato cui mette capo il contratto in questione è dunque caratterizzato, nella tipologia *standard* <sup>(2)</sup> da periodi di inattività lavorativa, durante i quali il lavoratore viene a trovarsi in una condizione di mera disponibilità, cui seguono (*id est*: possono seguire) periodi di effettivo svolgimento della prestazione di

---

<sup>(1)</sup> R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, in *GLav*, 2004, n. 14, 12; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 57 ss.; M. MOBIGLIA, *Il lavoro intermittente (cosiddetto lavoro a chiamata)*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *GLav*, n. 4, suppl., 96 ss.; R. ROMEI, *Lavoro intermittente*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 401 ss.; G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2004, 75 ss.

<sup>(2)</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 12.

lavoro attivati dalla chiamata del datore di lavoro nel rispetto di un periodo minimo di preavviso.

In realtà il contratto di lavoro intermittente può articolarsi in tre differenti tipologie di lavoro <sup>(3)</sup> che hanno ricadute previdenziali in parte differenti.

Come noto, e necessariamente schematizzando, si può distinguere l'appena menzionata « tipologia *standard* di lavoro intermittente » caratterizzata dall'assunzione dell'obbligo di disponibilità da parte del lavoratore, disponibilità compensata con l'erogazione di un trattamento economico (indennità di disponibilità) <sup>(4)</sup>; un contratto di lavoro intermittente che non prevede l'obbligo di risposta alla chiamata del datore di lavoro e dunque nessuna indennità di disponibilità è dovuta ma solo la retribuzione per i periodi di effettivo svolgimento dell'attività lavorativa <sup>(5)</sup>; un contratto di lavoro intermittente per prestazioni da rendersi il fine settimana, nonché nei periodi delle ferie estive o delle vacanze natalizie o pasquali <sup>(6)</sup> rispetto al quale è previsto l'obbligo di disponibilità con una particolare modalità di corresponsione della relativa indennità che « è dovuta (sin dall'inizio del contratto) soltanto nel caso che vi sia un'effettiva chiamata (la prima chiamata) da parte del datore di lavoro » <sup>(7)</sup>.

La tipologia *standard* di lavoro intermittente, da cui prendiamo le mosse, vede, dunque, l'alternarsi di periodi in cui il lavoratore è in attesa della chiamata da parte del datore di lavoro a periodi di svolgimento effettivo dell'attività lavorativa.

La legge detta una disciplina diversificata in relazione alle due fasi. Ed invero, il lavoratore in disponibilità « non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati né matura alcun trattamento economico e normativo » (articolo 38, comma 3) al di fuori dell'indennità di disponibilità.

Tuttavia questa, come vedremo tra breve, è assoggettata a contribuzione previdenziale (sia pure in deroga ai minimali contributivi) e dunque è preservata — pur a fronte della discontinuità della presta-

---

<sup>(3)</sup> Intese non come tipi contrattuali autonomi ma come articolazioni dell'unico tipo contrattuale cui mette capo il lavoro intermittente: cfr., sul punto, R. ROMEI, *op. cit.*, 335 ss.

<sup>(4)</sup> Art. 36, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(5)</sup> Art. 36, comma 6, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(6)</sup> Art. 37, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(7)</sup> R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 21.




zione di lavoro e della retribuzione « piena » — la maturazione dell'anzianità previdenziale necessaria per l'acquisto di tutti quei diritti previdenziali condizionati al possesso di requisiti di anzianità contributiva (pensione, indennità di disoccupazione ordinaria ecc.) e comunque la continuità della contribuzione previdenziale in vista del futuro trattamento pensionistico.

La disciplina normativa relativa alla fase di effettivo svolgimento della prestazione di lavoro è contenuta nell'articolo 38, decreto legislativo n. 276/2003, il quale declina, con riferimento ai lavoratori intermittenti, il principio di non discriminazione rispetto ai lavoratori *standard* e procede, in applicazione del principio del *pro-rata temporis*, al riproporzionamento del trattamento economico, normativo e previdenziale — in particolare per ciò che riguarda l'ammontare dell'indennità per malattia, infortunio, maternità — « in ragione della prestazione effettivamente eseguita ».

Ciò posto con riferimento alla tipologia di lavoro intermittente che abbiamo definito come *standard*, osservazioni in parte diverse vanno formulate in relazione alla tipologia di lavoro intermittente « senza obbligo di disponibilità ».

Qui, mentre la fase di effettivo svolgimento della prestazione di lavoro condivide, ovviamente, la medesima disciplina dettata per la ipotesi *standard* di lavoro intermittente, il periodo di non lavoro (non coperto dall'indennità di disponibilità che non compete) è del tutto irrilevante dal punto di vista previdenziale, almeno sotto il profilo della contribuzione obbligatoria <sup>(8)</sup> nonché sotto il profilo della titolarità del diritto alle prestazioni previdenziali temporanee e ciò a prescindere da come si voglia risolvere il problema qualificatorio che indubbiamente pone tale variante del contratto di lavoro intermittente <sup>(9)</sup>: l'irrelevanza

---

<sup>(8)</sup> Il lavoratore intermittente potrebbe, ai fini pensionistici, avvalersi del disposto di cui all'art. 7, d.lgs. n. 564/1996, in  *Previdenza sociale*, e, sempre per i periodi successivi al 31 dicembre 1996, riscattare, ovvero essere ammesso alla prosecuzione volontaria nel versamento dei contributi, i periodi di inattività.

<sup>(9)</sup> E che, come noto, vede opinioni che in maggioranza riconducono tale schema negoziale al lavoro subordinato (A. VALLEBONA, *op. cit.*, 60; F. BACCHINI, *Il lavoro intermittente a chiamata o « job on call »*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 241; R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 15) ovvero al contratto normativo (R. VOZA, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 262) che fissa le condizioni di un (ovvero tanti) futuro contratto/i di lavoro o comunque accordi volti a definire « i termini di scambi futuri

previdenziale del periodo di non lavoro senza vincolo di disponibilità, è comunque dovuta all'assenza di qualsivoglia obbligazione retributiva a carico del datore di lavoro.


La precarietà previdenziale del lavoratore intermittente, dunque, risulta chiara; le fasi di svolgimento effettivo della prestazione di lavoro possono essere, anzitutto, affatto teoriche potendo il lavoratore non essere mai chiamato e comunque, tendenzialmente, saranno fasi più o meno brevi (per prestazioni discontinue). Sotto tale profilo, dunque, il ridotto trattamento retributivo comporterà anzitutto una riduzione delle prestazioni previdenziali quali il trattamento di malattia, infortunio <sup>(10)</sup>, malattia professionale e maternità in ragione della loro commisurazione diretta alla retribuzione percepita « in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita » (articolo 38, decreto legislativo n. 276/2003) ma la stessa base retributiva (da lavoro) imponibile potrà presentarsi effettivamente ridotta nella sua estensione temporale.


Ne consegue, con riferimento ai diritti pensionistici, che il lavoratore intermittente potrà essere pregiudicato, nell'ambito del regime pensionistico c.d. retributivo, nella maturazione dei requisiti minimi contributivi per il diritto a pensione in ragione del fatto che l'accertamento di tali requisiti segue le regole di calcolo di cui all'articolo 7, legge n. 638/1983 <sup>(11)</sup>: la possibilità di integrare tali requisiti sarà più elevata nella ipotesi in cui questi goda della indennità di disponibilità (tutto dipendendo dal livello su cui questa si attesterà) <sup>(12)</sup> mentre l'impresa sarà quasi impossibile allorché il lavoratore sia titolare di un contratto di lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità.

---

che potranno realizzarsi ad ogni singola chiamata *sub specie* di un pluralità di contratti di lavoro subordinato a termine stipulati in sequenza, per periodi di breve o brevissima durata » (A. PERULLI, *Il lavoro intermittente*, in A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 142).

<sup>(10)</sup> Esclusa la componente della rendita Inail relativa al danno biologico che mette capo ad una indennizzazione « areddituale », cioè determinata senza alcun riferimento alla retribuzione dell'infortunato: cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2003, 5<sup>a</sup> ed., 431.

<sup>(11)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*. Cfr. il contributo di I. MARIMPIETRI, *La disciplina previdenziale del part-time*, in questa Parte, Sez. (B).

<sup>(12)</sup> Cfr. circ. Inps n. 18/2005, la quale chiarisce come l'indennità di disponibilità, « in quanto assoggettata a contribuzione, concorre alla formazione dell'anzianità contributiva utile ai fini del diritto e della misura della pensione, nonché della retribuzione imponibile ai fini previdenziali per il calcolo della prestazione pensionistica », in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 4.

Nell'ambito del regime pensionistico c.d. contributivo, sempre in ragione della ridotta entità della base retributiva imponibile, e sempre tenuto conto, a tal riguardo, della variabile costituita dal godimento o meno dell'indennità di disponibilità<sup>(13)</sup>, il trattamento pensionistico del lavoratore intermittente avrà un'alta probabilità di attestarsi al di sotto della soglia di « adeguatezza alle esigenze di vita » ex articolo 38 Cost.<sup>(14)</sup>. Una sostanziale ineffettività della protezione sociale è stata rilevata, anche con riferimento al lavoro intermittente<sup>(15)</sup>, in ordine alla tutela della malattia e della maternità e ciò per l'impossibilità di pratica applicazione della disciplina generale in materia.

A tal riguardo è stato, invero, rilevato come, mancando per definizione nel lavoro intermittente la determinazione relativa alla durata della fase di effettivo svolgimento della prestazione, non avrebbe modo di poter operare la regola generale alla stregua della quale gli eventi in questione sono « indennizzati » con riferimento alle giornate (o alle ore) di lavoro previste nel programma contrattuale che il lavoratore avrebbe dovuto svolgere, e non può più svolgere, in conseguenza, appunto, degli eventi sospensivi della prestazione<sup>(16)</sup>.

Per ciò che concerne, infine, l'indennità ordinaria di disoccupazione, per il lavoratore intermittente sussiste la consueta (nel senso di

---

(13) Con riferimento al regime pensionistico c.d. contributivo, sempre ai sensi della citata circ. Inps n. 18/2005, l'indennità di disponibilità « concorre alla formazione dell'anzianità contributiva utile ai fini del diritto alla pensione, nonché all'individuazione del montante contributivo individuale da utilizzare per la determinazione del relativo importo ».

(14) Cfr. quanto illustrato con riferimento al lavoro a tempo parziale.

(15) Eguali considerazioni valgono per il lavoro ripartito, cui si rinvia.

(16) C. LAGALA, *La tutela economica di malattia e le nuove tipologie contrattuali del decreto legislativo 276/2003*, in *Prev. Ass. Pubbl. Priv.*, 2004, n. 2, 485-488. Tale autore indica, sempre nell'assenza di una predeterminazione della durata della prestazione di lavoro, l'ostacolo ad applicare le soluzioni messe in campo per il lavoro part-time verticale ed a termine (rispetto ai quali la tutela viene assicurata sino al termine della fase di lavoro ed alla scadenza naturale del termine) ed individua una soluzione possibile nel riferire l'indennizzazione degli eventi in questione non in ragione ed in misura dell'attività lavorativa che (in assenza di tali eventi) il lavoratore sarebbe chiamato a prestare, ma rapportandola alla prestazione effettivamente svolta prima dell'insorgere dell'evento stesso; nello stesso ordine di idee, G. PELLACANI, *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, in *MGL*, 2003, n. 7. La sostanziale ineffettività della tutela per l'evento malattia è evidenziato da M.G. MATTAROLO, *Sub articolo 36, decreto legislativo 276/2003*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004.

propria dei lavoratori impiegati nell'ambito di moduli flessibili di impiego) difficoltà ad integrare il requisito minimo contributivo cui è condizionato, appunto, l'accesso a tale prestazione <sup>(17)</sup>. Peraltro, con riferimento al lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità si pone la questione relativa alla titolarità del diritto al trattamento di disoccupazione in relazione ai periodi di non lavoro nella prospettiva che tale variante di lavoro intermittente sia ricondotta nell'ambito del contratto di lavoro subordinato: si riproporrebbe, qui, la questione negli stessi termini illustrati con riferimento alla fattispecie del part-time verticale <sup>(18)</sup> (cui si rinvia) in relazione alla quale, come si è visto, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha negato il diritto alla indennità di disoccupazione per le fasi di inattività <sup>(19)</sup>. A diversa conclusione dovrebbe pervenirsi ove si accedesse alla — pure prospettata, come si è visto — ricostruzione del contratto di lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla stregua di una pluralità di contratti di lavoro subordinato a termine in attuazione della singola chiamata: in tale prospettiva, invero, e sempre ricorrendo i requisiti contributivi, i lavoratori intermittenti avrebbero diritto al trattamento ordinario di disoccupazione.

## 2. L'indennità di disponibilità.

La disciplina della indennità di disponibilità per l'ipotesi in cui il lavoratore si sia obbligato contrattualmente a rispondere alla chiamata del datore di lavoro, è contenuta nell'articolo 36, decreto legislativo n. 276/2003.


Ai nostri fini va rilevato come l'indennità di disponibilità, corrisposta mensilmente, è divisibile in quote orarie e dunque è rapportabile al tempo in cui il lavoratore resta a disposizione <sup>(20)</sup> che a sua volta, dunque, è un tempo modulabile dalle parti.

Quanto alla determinazione dell'ammontare, questa è rimessa all'autonomia collettiva, meglio attrezzata a modulare l'entità della in-

---

<sup>(17)</sup> Il requisito minimo contributivo per il diritto all'indennità ordinaria di disoccupazione è di « due anni di assicurazione ed almeno un anno di contribuzione nel biennio precedente l'inizio del periodo di disoccupazione » (art. 19, r.d.l. n. 636/1939).

<sup>(18)</sup> Cfr. il contributo di I. MARIMPIETRI, *La disciplina previdenziale del lavoro ripartito* che precede.

<sup>(19)</sup> Cass. 6 febbraio 2003 n. 1732, in  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(20)</sup> G. PELLACANI, *op. cit.*, 525.

dennità in relazione ai vari settori e lavorazioni; tuttavia, l'importo dell'indennità di disponibilità determinato dai contratti collettivi non può essere inferiore alla misura di tale indennità fissata, ed aggiornata periodicamente, in via amministrativa (con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentite le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) <sup>(21)</sup>.

Diversamente da come si è proceduto con riferimento alla fattispecie della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato dove l'indennità di disponibilità è stata determinata nella misura fissa di 350,00 euro mensili, in relazione al lavoro intermittente il decreto ministeriale 10 marzo 2004 ha determinato l'indennità di disponibilità nella misura del 20% della retribuzione mensile prevista dal Ccnl applicato dal datore di lavoro; la retribuzione da prendere come base di tale misura è costituita dal minimo tabellare, dall'indennità di contingenza, dall'elemento autonomo della retribuzione e ratei di mensilità aggiuntivi (per la determinazione delle quote orarie si assume come coefficiente divisore orario quello del Ccnl applicato).

A tal riguardo va evidenziato come il riferimento del succitato decreto ministeriale al contratto collettivo applicato dal datore di lavoro, ripropone per intero il problema relativo alla mancata applicazione del contratto collettivo da parte del datore di lavoro (per mancata iscrizione al sindacato ed in assenza di qualsiasi richiamo alla contrattazione collettiva nel contratto individuale di lavoro) <sup>(22)</sup> finendo così per frustrare la funzione cui deve assolvere la fissazione, in via amministrativa, della misura minima dell'indennità di disponibilità che è (tra le altre) proprio quella di supplire all'eventuale inerzia da parte della contrattazione collettiva in ordine alla determinazione della indennità in questione.

Con una imprecisa formulazione che il legislatore si trascina nel tempo (a partire dall'articolo 4, comma 3, legge n. 196/1997 <sup>(23)</sup> sulla indennità di disponibilità nel lavoro interinale a tempo indeterminato) l'articolo 36, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003 con riferimento alla contribuzione previdenziale dovuta sull'indennità di disponibilità,

---

<sup>(21)</sup> Art. 36, comma 1, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(22)</sup> Questione che già si pone per la determinazione dell'ammontare della indennità di disponibilità da parte della contrattazione collettiva nel caso, appunto, di datori di lavoro non iscritti al sindacato.

<sup>(23)</sup> In  *Lavoro interinale*.

dispone la possibilità di deroga alla normativa in materia di minimali di contribuzione <sup>(24)</sup>.

A tal riguardo non sembra possano condividersi le argomentazioni di una parte della dottrina <sup>(25)</sup> che riferisce tale possibilità di deroga al solo minimale contributivo c.d. legale di cui all'articolo 7, comma 1, legge n. 638/1983 (il minimale giornaliero di retribuzione imponibile non può essere inferiore al 9,50% del trattamento minimo mensile di pensione a carico del Fondo pensioni lavoratori dipendenti) e non anche a quello c.d. contrattuale (sempre, in realtà, definito dalla legge sia pure *per relationem*, con rinvio, cioè, alla contrattazione collettiva nazionale delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative) di cui all'articolo 1, comma 1, legge n. 389/1989 <sup>(26)</sup>.

A ritenere il contrario, ad avviso di tale dottrina, si finirebbe per legittimare da parte del datore di lavoro il versamento della contribuzione previdenziale non « sull'effettivo ammontare della indennità di disponibilità *dovuta* ma su quella *di fatto* corrisposta » <sup>(27)</sup>.

L'equivoco nel quale ci sembra incorra tale autorevole dottrina consiste nel valorizzare, con riferimento all'articolo 1, comma 1, legge n. 389/1989, soltanto la precisazione, ad opera di tale disposizione, circa la necessità che l'obbligo contributivo abbia ad oggetto la retribuzione dovuta e non quella di fatto percepita dal lavoratore (principio che già da tempo era, peraltro, affermato in giurisprudenza).

In realtà, la norma di cui all'articolo 1, comma 1, legge n. 389/1989, rivela effetti eversivi <sup>(28)</sup> e dispone con ben più pregnanza nella misura in cui fissa la nozione di retribuzione minima a fini contributivi

---

<sup>(24)</sup> L'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, dispone che « sull'indennità di disponibilità di cui al comma 1 i contributi sono versati per il loro effettivo ammontare, anche in deroga alla vigente normativa in materia di minimale contributivo ».

<sup>(25)</sup> M.G. MATTAROLO, *op. cit.*, 54; con riferimento all'identico disposto relativo all'indennità di disponibilità nel lavoro interinale a tempo indeterminato *ex art. 4*, comma 3, l. n. 196/1997, cfr. C.A. NICOLINI, *Disciplina previdenziale del lavoro temporaneo: gli obblighi contributivi*, in *RIDL*, 1998, I, 265.

<sup>(26)</sup> L'art. 1, comma 1, l. n. 389/1989 così dispone: « la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo ».

<sup>(27)</sup> C.A. NICOLINI, *ibidem*, 266.

<sup>(28)</sup> O. MAZZOTTA, *La retribuzione rilevante a fini previdenziali*, in *ADL*, 1998, n. 2, 55.

proponendo, come è stato incisivamente detto, « la determinazione di una retribuzione spendibile a fini contributivi, in termini di retribuzione *virtuale* e cioè *diversa* non solo dalla retribuzione erogata, ma anche dalla stessa retribuzione *dovuta* sul piano del rapporto di lavoro in attuazione di un contratto collettivo (in ipotesi) diverso da quello stipulato dalle organizzazioni maggiormente rappresentative »<sup>(29)</sup>.

Dunque, la deroga al minimale contributivo sancita con riferimento alla indennità di disponibilità corrisposta al lavoratore intermittente dall'articolo 36 del decreto legislativo n. 276/2003 sta a significare che la contribuzione previdenziale deve essere versata « sull'effettivo ammontare » dell'indennità di disponibilità *dovuta* (ai sensi della contrattazione collettiva ovvero del decreto ministeriale) e non sulla retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva nazionale dei sindacati maggiormente rappresentativi (che costituisce, appunto, il minimale contributivo).

Infine, sempre l'articolo 36, comma 7, decreto legislativo n. 276/2003, nella consapevolezza della precarietà della posizione previdenziale che deriva al lavoratore intermittente da una contribuzione previdenziale che, in relazione alla indennità di disponibilità, già di importo ridotto rispetto alla retribuzione, può affrancarsi anche dai minimali contributivi, predispone una « originale fattispecie di integrazione volontaria della posizione contributiva »<sup>(30)</sup> attraverso la fissazione, in via amministrativa, di una retribuzione convenzionale con riferimento alla quale i lavoratori intermittenti possono effettuare versamenti volontari in vista « dell'elevazione del valore degli accrediti contributivi sino al livello di retribuzione pensionabile » fissato in via amministrativa<sup>(31)</sup>.

### 3. Brevi cenni sul lavoro intermittente « a causale soggettiva ».

Un cenno davvero brevissimo va, infine, dedicato alla fattispecie « a causale soggettiva » di lavoro intermittente prevista in via sperimen-

---

<sup>(29)</sup> O. MAZZOTTA, *ibidem*, 60.

<sup>(30)</sup> A. PANDOLFO, *Tutela pensionistica e lavori nuovi e rinnovati: profili di un rapporto difficile*, in *ASs.*, 2004, 504.

<sup>(31)</sup> Cfr. C.A. NICOLINI, *op. cit.*, 389, con riferimento al lavoro temporaneo *ex l.* n. 196/1997. A tal riguardo si rinvia a quanto detto circa la tendenza del sistema previdenziale in ordine alla « individualizzazione » della tutela pensionistica dei lavoratori occupati nell'ambito dei moduli flessibili di lavoro. Cfr. quanto illustrato con riferimento al lavoro a tempo parziale.

tale dall'articolo 34, comma 2, e destinata a « soggetti in stato di disoccupazione con meno di 25 anni di età » ovvero a lavoratori « con più di 45 anni di età che siano stati espulsi dal ciclo produttivo o siano iscritti alle liste di mobilità e di collocamento » <sup>(32)</sup>.

Al riguardo va rilevato come mentre è condivisibile la logica complessiva che sottende la disposizione — la logica, cioè, delle attuali politiche del lavoro ispirate ai principi del *Welfare-to-work* — i problemi con cui tale disposizione deve confrontarsi non sono di poco conto e per di più risultano complicati da una normativa generale di riferimento ancora fluida. Basti pensare, al riguardo, al problematico raccordo della disposizione in questione con le norme che disciplinano lo *status* di disoccupato — in particolare, ad es., quando sia il centro per l'impiego ad attivare il ricorso al lavoro intermittente, con quella di cui all'articolo 4, comma 1, lettera e) del decreto legislativo n. 181/2000 <sup>(33)</sup> relativa alla perdita dello stato di disoccupazione « in caso di rifiuto, senza giustificato motivo, di una congrua offerta di lavoro » — nonché con quelle, *sub legislatore*, in materia di trattamenti di sostegno al reddito.

---

<sup>(32)</sup> La tipologia di lavoro intermittente in questione è di immediata applicabilità: cfr. nota Min. lav. 12 luglio 2004, in  *Boll. Adapt*, n. 2004, n. 26.

<sup>(33)</sup> In  *Collocamento*.



Parte V  
LAVORO IN COOPERATIVA  
E LAVORO ASSOCIATO



SEZIONE A  
LAVORO IN COOPERATIVA E LAVORO ASSOCIATO

1.

**IL LAVORO IN COOPERATIVA  
ALLA LUCE DELLA CIRCOLARE N. 10/2004**

MAURO IENGO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le ragioni della disciplina contenuta nella legge n. 142/2001. — 3. Il principio del rapporto di scambio ulteriore e la sua evoluzione dalla legge n. 142/2001 alla legge n. 30/2003. — 4. Le tipologie di rapporti di lavoro instaurabili dai soci lavoratori alla luce delle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 276/2003. — 5. Novità relative al contenuto del regolamento di cui all'articolo 6 della legge n. 142/2001. — 6. Trattamento economico del socio lavoratore. — 7. Recesso ed esclusione dei soci lavoratori. — 8. Competenza giurisdizionale in materia di controversie tra soci lavoratori e cooperative. — 9. Esercizio dei diritti sindacali dei soci lavoratori. — 10. Conclusioni.

**1. Premessa.**

La disciplina del rapporto tra socio lavoratore e cooperative di lavoro è stata oggetto, negli ultimi anni, di particolare attenzione da parte del legislatore. Attenzione che è culminata nell'approvazione della legge 3 aprile 2001, n. 142 <sup>(1)</sup>, i cui elementi costitutivi furono elaborati, sotto il profilo giuridico, da una Commissione tecnica (meglio nota come Commissione Zamagni) cui il Governo Prodi affidò il compito di redigere il progetto di legge. A questa Commissione diede un contributo decisivo il Prof. Marco Biagi, al quale si deve l'affermazione del principio del rapporto di scambio ulteriore, che — come vedremo — caratterizza l'intero impianto legislativo.

---

(1) In  *Lavoro associato*.

Si tratta di una legge complessa, che ha per molti versi modificato radicalmente le condizioni del rapporto di lavoro tra i soci cooperatori e le cooperative di lavoro. Tuttavia, i cambiamenti radicali sono seguiti — come accade spesso — da polemiche e differenti approcci interpretativi, i quali, nel caso in esame, hanno reso opportuno un ulteriore intervento legislativo. La legge n. 142/2001 è stata infatti oggetto di modificazioni ad opera dell'articolo 9 della legge 14 febbraio 2003, n. 30, la quale — come è noto — prevedeva i principi e i criteri direttivi in base ai quali è stato emanato il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, recante la riforma del mercato del lavoro.

Di seguito saranno esaminate soprattutto quelle norme della legge n. 142/2001 che sono state modificate dalla legge n. 30/2003, nonché le istruzioni che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha emanato con la circolare 18 marzo 2004, n. 10 <sup>(2)</sup>.

## 2. Le ragioni della disciplina contenuta nella legge n. 142/2001.

Prima di entrare nel merito delle nuove disposizioni di legge, è opportuno ricordare i motivi che sono stati a fondamento dell'originaria iniziativa legislativa del Governo.

Credo si possa pacificamente affermare che l'origine della legge n. 142 sia da rintracciare nel grave periodo di crisi di parte del sistema imprenditoriale cooperativo degli anni 1994, 1995 e 1996, durante i quali vi era bisogno di certezze riguardo l'accesso agli ammortizzatori sociali, nonché in due note sentenze della Corte costituzionale riferite alla cooperazione di lavoro <sup>(3)</sup>.

Furono pronunce particolarmente importanti perché, oltre a negare, *incider tantum*, la possibilità ai soci lavoratori di accedere al Fondo di garanzia del trattamento di fine rapporto, in caso di insolvenza della cooperativa nei loro confronti, la Corte affermò alcuni principi che rischiavano di rendere ancora più confuso l'ordinamento delle cooperative di lavoro.

Infatti, secondo la Corte, la remunerazione del socio lavoratore non poteva che seguire il criterio dell'anticipata ripartizione degli utili e, in generale, l'applicazione degli istituti giuslavoristici doveva dipendere dalla volontà della cooperativa di recepirli in sede statutaria.

Non erano certo principi estranei alla cultura cooperativa, ma si

---

<sup>(2)</sup> In  *Lavoro associato*.

<sup>(3)</sup> Si tratta delle sentenze 20 luglio 1995 n. 334, e 5/12 febbraio 1996, n. 30.

ponevano in contraddizione con una legislazione parallela, di natura previdenziale, assicurativa, assistenziale <sup>(4)</sup> e fiscale <sup>(5)</sup> che ha condizionato, attraverso il principio di assimilazione del socio lavoratore al lavoratore dipendente, il *modus operandi* delle cooperative di lavoro.

Assimilazione riscontrabile, peraltro, in altre norme, concernenti ad esempio l'orario di lavoro, le ferie, i riposi settimanali, la sicurezza e salute dei lavoratori nei luoghi di lavoro, sempre allo scopo di garantire ai soci cooperatori alcune garanzie e tutele legate al loro profilo di lavoratori.

Quindi, con le due sentenze della Corte costituzionale, si ripropose con maggiore evidenza la condizione contraddittoria di un modello di impresa che, da una parte, doveva trovare esclusivamente nel contratto associativo la disciplina del rapporto tra soci lavoratori e cooperativa (in termini peraltro evolutivi, secondo quanto nel tempo hanno ispirato gli orientamenti della giurisprudenza), ma dall'altra aveva l'obbligo di rispettare un complesso di norme appartenenti, come già detto, al regime giuslavoristico.

Era una condizione da superare, soprattutto per evitare che l'incertezza normativa, in materia di rapporto di lavoro tra soci e cooperative, alimentasse il contenzioso sull'applicazione di numerosi istituti (soprattutto quelli di incentivazione dei livelli occupazionali e di sostegno al reddito in caso di crisi imprenditoriale) e determinasse orientamenti ondivaghi e contraddittori degli Organi amministrativi e giudiziari.

Vi era poi un ulteriore motivo, riconducibile all'esigenza di contrastare il fenomeno delle « false cooperative », le quali, negando i

---

<sup>(4)</sup> A titolo esemplificativo si vedano, in tal senso, il T.U. n. 1124/1965 in materia di previdenza e di assicurazione obbligatoria sul lavoro, in [📖 Assicurazioni sociali](#); la l. n. 833/1978, in [📖 Sanità](#), istitutiva del Servizio sanitario nazionale che dispone la generalizzazione della tutela previdenziale per le malattie a tutti i lavoratori; il d.P.R. n. 797/1955, in [📖 Previdenza sociale](#), concernente la disciplina sugli assegni familiari, che estende la norma anche ai soci di cooperative di lavoro; la l. n. 1204/1971, in [📖 Maternità](#), a tutela delle lavoratrici madri che include nella tutela economica anche le lavoratrici madri socie di cooperative e, ultima in linea di tempo, la l. n. 196/1997, in [📖 Lavoro interinale](#), concernente norme in materia di promozione dell'occupazione che assoggetta i soci lavoratori all'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria ai fini dell'erogazione del trattamento ordinario di tale assicurazione, ed inoltre li ricomprende nel campo di applicazione della disciplina relativa all'indennità di mobilità e di trattamento speciale di disoccupazione di cui all'art. 3 della l. n. 451/1994, in [📖 Disoccupazione](#).

<sup>(5)</sup> Si vedano al riguardo il d.lgs. n. 314/1997, e l'art. 47 del Tuir, in [📖 Retribuzione](#).

diritti più elementari dei soci lavoratori — sul piano retributivo, previdenziale ed associativo — compromettevano l'immagine della cooperazione di lavoro, dipinta spesso come soggetto che svolge concorrenza sleale sul mercato.

I problemi non erano quindi tali da consentire interventi legislativi « leggeri », ma richiedevano un provvedimento organico ed articolato.

### **3. Il principio del rapporto di scambio ulteriore e la sua evoluzione dalla legge n. 142/2001 alla legge n. 30/2003.**

È apparso subito molto difficile seguire la strada della definizione del lavoro cooperativo in termini tali da configurare una sorta di *tertium genus*, distinto cioè dalle tipologie del lavoro subordinato e del lavoro autonomo. Era un obiettivo difficile per motivi di ordine politico e giuridico, i quali resero vano il tentativo da parte delle Autorità ministeriali di cercare una mediazione tra coloro che esaltavano la figura del socio coimprenditore e coloro che puntavano esclusivamente alla dimensione lavoristica dei soci.

La soluzione fu suggerita dalla citata Commissione Zamagni, in seno alla quale si affermò — dopo decenni di incertezze e dispute in sede dottrinale e giurisprudenziale — il « principio del rapporto di scambio ulteriore »: accanto al rapporto associativo e generato, condizionato da questo, si affianca un ulteriore rapporto che è quello di lavoro, il quale può assumere la forma subordinata o autonoma, o qualsiasi altra forma, ivi compresa quella di collaborazione coordinata non occasionale.

Il principio fu recepito nell'articolo 1, comma 3, della legge n. 142/2001, il quale è stato successivamente oggetto di una delle correzioni introdotte dalla legge n. 30/2003.

La versione originaria della norma era del seguente tenore: « il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore e distinto rapporto di lavoro, in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali. Dall'instaurazione dei predetti rapporti associativi e di lavoro in qualsiasi forma derivano i relativi effetti di natura fiscale e previdenziale e tutti gli altri effetti giuridici rispettivamente previsti dalla presente legge, nonché, in quanto compatibili con

la posizione del socio lavoratore, da altre leggi o da qualsiasi altra fonte ».

Si trattava della norma programmatica più importante dell'intero provvedimento, intorno alla quale si sono di nuovo confrontati i diversi indirizzi politici e giuridici, volti da una parte ad affermare l'originalità della figura del socio lavoratore, l'importanza della sua partecipazione al contratto associativo della cooperativa e, di conseguenza, al « rischio d'impresa », dall'altra a rendere sostanzialmente assorbita la figura stessa da quella del lavoratore dipendente.


A dire il vero, l'esame delle norme contenute nella legge n. 142/2001 consentiva all'interprete una soluzione favorevole per il primo orientamento descritto. I richiami al codice civile e alla legislazione speciale previsti dall'articolo 1, comma 2, allo scopo di definire i compiti e le caratteristiche dei soci lavoratori <sup>(6)</sup>, non potevano (né possono) essere considerati ornamentali o semplicemente rituali.

Al contrario, dimostrano che il ruolo dei soci lavoratori, compiutamente disciplinato dagli statuti e dai regolamenti delle cooperative, è determinante ai fini del governo delle fasi più delicate ed importanti dell'attività imprenditoriale e non può essere confuso con la posizione dei lavoratori dipendenti <sup>(7)</sup>. Una conferma di tali riflessioni è peraltro riscontrabile anche nella scelta del legislatore di escludere l'applicabilità dell'articolo 18 della legge n. 300/1970 in favore del socio lavoratore qualora venga a cessare, col rapporto di lavoro di tipo subordinato, anche quello associativo (articolo 2, legge n. 142/2001).

Non meno importante, al riguardo, è poi la disposizione che rende esplicabili gli effetti di natura fiscale e previdenziale e tutti gli altri

---

<sup>(6)</sup> L'art. 1, comma 2, stabilisce che «I soci lavoratori di cooperativa: a) concorrono alla gestione dell'impresa partecipando alla formazione degli organi sociali e alla definizione della struttura di direzione e conduzione dell'impresa; b) partecipano alla elaborazione di programmi di sviluppo e alle decisioni concernenti le scelte strategiche, nonché alla realizzazione dei processi produttivi dell'azienda; c) contribuiscono alla formazione del capitale sociale e partecipano al rischio d'impresa, ai risultati economici ed alle decisioni sulla loro destinazione; d) mettono a disposizione le proprie capacità professionali anche in relazione al tipo e allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per la cooperativa stessa ».

<sup>(7)</sup> Non sono trascurabili, al riguardo, le scelte che il legislatore ha compiuto in occasione della riforma del diritto societario. Il tema della partecipazione dei soci ai processi decisionali della cooperativa è stato oggetto di particolare attenzione nella legge delega n. 366/2001, i cui principi e criteri direttivi avevano, tra l'altro, lo scopo di favorire la partecipazione dei soci alle deliberazioni assembleari. Principi e criteri che sono stati puntualmente declinati in sede di d.lgs. n. 6/2003, in  *Lavoro associato*.

effetti giuridici — previsti da altre leggi (che non siano la legge n. 142/2001) o da qualsiasi altra fonte in materia di lavoro subordinato o autonomo — soltanto se le relative norme siano compatibili con la posizione peculiare del socio lavoratore (ultimo periodo del comma 3 dell'articolo 1).

Nella fase di prima applicazione della legge, sono tuttavia emersi dubbi circa la validità di tale impostazione, come se le norme in esame potessero invece portare a teorizzare la totale distinzione e separazione tra le vicende legate al rapporto societario e quelle concernenti il rapporto di lavoro tra socio e cooperativa, con l'ovvia conseguenza che su quest'ultimo tipo di rapporto si dovessero applicare le regole del diritto del lavoro, indipendentemente dalla circostanza che il lavoratore fosse socio della cooperativa.

Ad alimentare tali dubbi erano in particolare due argomenti: il primo faceva riferimento alla dizione adottata dal legislatore riguardo al rapporto di lavoro instaurabile dal socio lavoratore con la cooperativa. Infatti, lo stesso articolo 1, comma 3, precisava che tale rapporto di lavoro fosse ulteriore e « distinto » rispetto a quello associativo. Quest'ultimo aggettivo risultava quindi determinante per affermare il principio che le regole del diritto del lavoro subordinato fossero sempre e comunque applicabili al socio lavoratore, indipendentemente dalla circostanza che lo stesso partecipasse al governo e al rischio dell'impresa in virtù dell'adesione al contratto associativo.

Un secondo argomento faceva invece leva sulla norma contenuta nell'articolo 6, comma 2, della legge n. 142/2001, secondo la quale il regolamento — deputato a disciplinare le diverse tipologie di rapporti di lavoro tra soci e cooperative — non poteva « contenere disposizioni derogatorie *in pejus* rispetto ai trattamenti retributivi ed alle condizioni di lavoro previsti dai Ccnl di cui all'articolo 3 », pena la nullità delle relative clausole. Anche da tale norma si ricavava quindi l'indifferenza dello *status* di socio lavoratore rispetto all'obbligo di applicare nei suoi confronti le disposizioni di legge e contrattuali previste per i lavoratori subordinati.

Erano ragioni a mio parere insufficienti se confrontate con una lettura sistematica del provvedimento, peraltro confermata dalla prevalente dottrina. Lo stesso Ministero del lavoro e delle politiche sociali — circolare n. 34/2002 <sup>(8)</sup> — aveva aderito alla tesi secondo la quale « il rapporto di lavoro, strumentale alla realizzazione del fine mutuali-

---

(8) In  *Lavoro associato*.



stico, pur presentando le essenziali caratteristiche di ogni rapporto di lavoro, risente, per quanto riguarda la disciplina applicabile, dell'influenza esercitata dal coesistente profilo societario ».

Ciò nonostante, i dubbi sopra descritti sono stati sufficienti a creare le condizioni per la promozione dell'iniziativa legislativa che ha poi portato all'introduzione nella legge n. 30/2003 dell'articolo 9, dedicato alla riforma della legge n. 142/2001.

Il primo intervento correttivo si è risolto con la soppressione del termine « distinto » nel comma 3 dell'articolo 1. Tale modifica implica quindi che il socio lavoratore stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo « un ulteriore rapporto di lavoro », secondo le tipologie previste dall'ordinamento lavoristico.

Lo scopo di tale emendamento è ben descritto nella recente circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali — 18 marzo 2004, n. 10 —, il quale afferma che con tale modifica si è voluto ulteriormente confermare la preminenza del rapporto associativo su quello di lavoro e fugare ogni dubbio sul carattere strumentale di quest'ultimo rispetto al vincolo di natura associativa.

Come vedremo successivamente, la finalità di carattere generale perseguita da questo primo emendamento ha informato gran parte delle correzioni apportate alla legge n. 142/2001.

#### **4. Le tipologie di rapporti di lavoro instaurabili dai soci lavoratori alla luce delle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 276/2003.**

Prima di esaminare gli altri emendamenti introdotti dalla legge n. 30/2003, è ora opportuno prestare attenzione alle novità indotte dalla riforma del mercato del lavoro, con particolare riferimento alle tipologie contrattuali — disciplinate *ex novo* o rivisitate dal decreto legislativo n. 276/2003 — instaurabili tra le cooperative di lavoro e i soci lavoratori.

Come è noto, ogni cooperativa di lavoro deve dotarsi di un regolamento ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 142/2001, in seno al quale debbono essere indicate e disciplinate le tipologie di rapporti di lavoro che la cooperativa intende attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori.

Le tipologie di rapporti espressamente richiamate dal precedente articolo 1, comma 3, sono quelle relative al contratto di lavoro subor-

dinato, autonomo ovvero di collaborazione coordinata non occasionale.

La scelta del tipo di rapporto non può essere rimessa alla mera discrezionalità delle parti perché comunque si deve tener conto delle caratteristiche e delle modalità delle prestazioni di lavoro che il socio svolgerà, in particolare in relazione all'assoggettamento o meno al vincolo di subordinazione e alle caratteristiche dell'organizzazione aziendale e produttiva. In altre parole, nella scelta del rapporto di lavoro, occorre seguire il criterio dell'effettività delle prestazioni lavorative.

Particolarmente importante è poi la possibilità, sancita sempre dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 142/2001, che tra socio lavoratore e la cooperativa si instauri una qualsiasi altra forma di rapporto di lavoro.

Quando il legislatore ha scelto di adottare quest'ultima formula ha chiaramente voluto aprire una finestra sul futuro, al fine di consentire alle cooperative di applicare nuovi regimi o contratti di lavoro <sup>(9)</sup>.

Cosa che si è puntualmente avverata con la riforma del mercato del lavoro contenuta nel citato decreto legislativo n. 276/2003.

Per ciò che riguarda le tipologie tradizionali di rapporto di lavoro subordinato ed autonomo non vi è molto da riferire.

Il rapporto di lavoro subordinato potrà essere stipulato con i soci lavoratori non solo a tempo pieno e a tempo parziale <sup>(10)</sup> (per quest'ultimo valgono ovviamente le nuove regole dettate dal decreto legislativo n. 276/2003), ma anche a tempo determinato, nei casi consentiti dalla legge <sup>(11)</sup>.

Il contratto di lavoro autonomo potrà essere stipulato con i soci ai sensi dell'articolo 2222 c.c. e dell'articolo 409 c.p.c. n. 3, a condizione, ovviamente, che lo svolgimento dell'attività della cooperativa richieda prestazioni d'opera non caratterizzate da subordinazione del prestatore e che il socio aderisca in forma scritta alla relativa disciplina contenuta nel regolamento. La durata del rapporto e le relative specifiche condi-

---

<sup>(9)</sup> Non vi era (né vi è) licenza per le cooperative di « inventarsi » altre forme di rapporto di lavoro, rispetto a quelle disciplinate dall'Ordinamento vigente, né di impiegare tale norma allo scopo di mantenere in vita il cosiddetto « rapporto di lavoro associato », formula usata nel recente passato per qualificare i rapporti di lavoro tra soci e cooperativa.

<sup>(10)</sup> Cfr. i contributi contenuti nella Parte IV, di questo volume.

<sup>(11)</sup> Cfr. i contributi contenuti nella Parte III, di questo volume.

zioni, di natura economica e normativa, saranno di volta in volta definite sulla base di un apposito contratto stipulato tra le parti.

Di maggiore interesse è invece comprendere se le nuove tipologie di rapporti di lavoro introdotte con la riforma del mercato del lavoro potranno essere adottate compatibilmente con le peculiarità della figura del socio lavoratore.

Non emerge alcuna controindicazione rispetto alla possibilità di applicare il contratto di « lavoro intermittente » — articoli 33 e ss. <sup>(12)</sup> —, con il quale il lavoratore si pone, per un periodo determinato, oppure a tempo indeterminato, a disposizione del datore di lavoro che ne potrà utilizzare le prestazioni lavorative chiamandolo di volta in volta a svolgerle. Tale tipologia appare del tutto coerente con la norma contenuta nell'articolo 1, comma 2, lettera *d*), della legge n. 142/2001, laddove si afferma che il socio lavoratore mette a disposizione le proprie capacità professionali anche in relazione al tipo e allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per la cooperativa stessa.

Ad analoghe conclusioni si giunge per il « lavoro ripartito » — articoli 41 e ss. <sup>(13)</sup> —, altrimenti detto *job sharing*, con il quale due lavoratori assumono, in solido, lo svolgimento di un'unica e identica obbligazione lavorativa. La relativa disciplina non presenta elementi di incompatibilità con quella dei soci lavoratori, salvo forse nella parte concernente il caso di risoluzione del rapporto di lavoro di uno dei lavoratori. L'articolo 41, comma 5, stabilisce infatti che, salvo diversa intesa tra le parti, le dimissioni o il licenziamento di uno dei due lavoratori comportano l'estinzione dell'intero vincolo contrattuale. Il contratto si risolve quindi automaticamente anche nei confronti dell'altro coobbligato. Tale disposizione non si applica se, su richiesta del datore di lavoro, l'altro prestatore di lavoro si renda disponibile ad adempiere l'obbligazione lavorativa, integralmente o parzialmente, nel qual caso il contratto di lavoro ripartito si trasforma in un normale contratto di lavoro subordinato.

Tale norma dovrebbe essere, a mio parere, applicata diversamente dalle cooperative di lavoro, il cui scopo mutualistico è — in via generale — quello di assicurare ai propri soci continuità di occupazione e le migliori condizioni economiche, sociali, professionali. Alla luce di tale scopo, le prerogative delle parti coinvolte nel lavoro ripartito dovreb-

---

<sup>(12)</sup> Cfr. i contributi contenuti nella Parte IV, Sez. (C), di questo volume.

<sup>(13)</sup> Cfr. i contributi contenuti nella Parte IV, Sez. (C), di questo volume.

bero esattamente invertirsi, nel senso che solo nel caso in cui il socio lavoratore coobbligato non sia in grado o rinunci ad adempiere l'intera obbligazione, la cooperativa potrà risolvere il contratto. Ovviamente, tale procedura deve essere disciplinata dal regolamento di cui all'articolo 6 della legge n. 142/2001, anche in ottemperanza della norma contenuta nell'articolo 41, comma 5, la quale comunque lascia alle parti la possibilità di regolare la fattispecie secondo modalità diverse da quelle previste dalla disposizione di legge.

Per ciò che riguarda i cosiddetti contratti a causa mista, cioè l'apprendistato — articoli 47 e ss. — e il contratto di inserimento — articoli 54 e ss., recanti norme introdotte, come è noto, dal legislatore in sostituzione della contestata disciplina del contratto di formazione e lavoro <sup>(14)</sup> —, non vi sono obiezioni rispetto alla loro applicabilità nei confronti dei soci lavoratori. Si tratta, peraltro, di contratti che hanno trovato ampia diffusione nella cooperazione di lavoro anche prima della loro revisione ad opera del decreto legislativo n. 276/2003. Al riguardo, è opportuno segnalare una positiva coincidenza tra le finalità perseguite dagli istituti in esame e quelle che la riforma del diritto societario intende raggiungere con le norme contenute nel comma 3 dell'articolo 2527 c.c. Secondo quest'ultima disposizione gli statuti delle cooperative possono prevedere l'ammissione di nuovi soci cooperatori in una categoria speciale in ragione dell'interesse alla loro formazione ovvero del loro inserimento nell'impresa. È evidente che la finalità civilistica di formare il nuovo socio può essere perseguita attraverso la stipulazione di un contratto di apprendistato o di inserimento contestualmente all'ammissione del socio nella categoria speciale di cui al citato articolo 2527 c.c.

Una delle novità più importanti introdotte con il decreto legislativo n. 276/2003 è indubbiamente quella concernente il « lavoro a progetto » — articoli 61 e ss. <sup>(15)</sup> —, con il quale il legislatore ha inteso rendere più puntuale e certo il quadro giuridico concernente il contratto di collaborazione coordinata e continuativa, anche al fine di evitare applicazioni fraudolente di quest'ultimo istituto. La precedente disciplina non è stata formalmente abrogata, in quanto l'articolo 61, comma 3, prevede le fattispecie in presenza delle quali è ancora possibile utilizzarla.

---

<sup>(14)</sup> Cfr. il contributo di M. EMANUELE, *Il contratto di inserimento*, nella Parte III, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(15)</sup> Cfr. i contributi contenuti nella Parte II di questo volume.

Si tratta comunque di ipotesi residuali, considerando che i rapporti di collaborazione dovranno essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso, determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa.

Le caratteristiche appena esposte non sembrano collidere con quelle che possono informare il rapporto tra cooperativa e soci. Ovviamente, anche questa tipologia contrattuale deve essere prevista e disciplinata dal regolamento, nel rispetto dei criteri e delle condizioni stabilite dal decreto legislativo n. 276/2003, alla stregua di quanto prima esposto per i contratti di lavoro autonomo.

Al contrario, non possono essere considerati compatibili con la figura del socio lavoratore i contratti relativi alle « prestazioni occasionali di tipo accessorio » — articoli 70 e ss. —, in ragione delle norme che prevedono sia le attività lavorative per le quali è possibile stipulare tale contratto, sia le categorie di soggetti che possono svolgere tali attività. Inoltre, lo stesso articolo 1, comma 3, della legge n. 142/2001, facendo riferimento a collaborazioni coordinate « non occasionali » non consente l'applicazione di tale tipologia contrattuale.

Anche i rapporti di « associazione in partecipazione » — articolo 86 <sup>(16)</sup> — non risultano compatibili con la figura del socio lavoratore, al di là delle novità introdotte dal decreto legislativo n. 276/2003. Infatti, ciò che si instaura tra socio lavoratore e cooperativa è un vero e proprio contratto di società disciplinato espressamente dal codice civile e dalla legislazione speciale in materia cooperativistica, non ultima quella contenuta nel comma 2 dell'articolo 1 della legge n. 142/2001, allo scopo di partecipare al tipico scambio mutualistico. Al contrario, l'interpretazione letterale delle disposizioni in materia di associazione in partecipazione, confermata dalla giurisprudenza, differenzia il contratto di associazione in partecipazione da quello di società per la mancanza di un fondo comune (cioè del capitale sociale) e per la titolarità dell'impresa nel solo associante, il quale svolge ogni attività sotto l'impulso della sua volontà e con responsabilità esclusiva verso i terzi. L'associato partecipa invece solo agli utili ed eventualmente alle perdite della gestione, pur non essendo escluso che, a seguito di

---

<sup>(16)</sup> Cfr. il contributo di L. RUGGIERO, *Il lavoro nella associazione in partecipazione e la questione della effettiva partecipazione agli utili*, che segue.

accordo fra le parti, egli possa ingerirsi nella medesima gestione entro i limiti convenuti, restando l'associante, tuttavia, il *dominus* di essa. Tutte caratteristiche che non coincidono con il ruolo del socio lavoratore nelle cooperative.

### **5. Novità relative al contenuto del regolamento di cui all'articolo 6 della legge n. 142/2001.**

Dalla precedente trattazione è emersa con evidenza l'importanza del ruolo del regolamento di cui all'articolo 6 della legge n. 142/2001, al quale — si ricorda — è affidato il compito di individuare e disciplinare le tipologie di rapporti di lavoro instaurabili tra cooperativa e soci lavoratori, nel rispetto peraltro di particolari prescrizioni dettate dallo stesso articolo 6.

Infatti, il regolamento deve contenere il « richiamo » al Ccnl applicabile, per ciò che attiene i soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato (lettera *a*), articolo 6), e le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci, in relazione all'organizzazione aziendale della cooperativa e ai profili professionali dei soci stessi, anche nei casi di tipologie diverse da quella del lavoro subordinato (lettera *b*), articolo 6). Tuttavia, la norma che più caratterizzava il contenuto del regolamento era quella che stabiliva la nullità delle clausole regolamentari qualora derogassero *in pejus* i trattamenti retributivi e le condizioni di lavoro previsti dai Ccnl richiamati (comma 2, articolo 6).

Come già detto, quest'ultima norma fu oggetto di particolare attenzione in sede di prime interpretazioni, soprattutto da parte di coloro che sostenevano la tesi della indifferenza tra la posizione del socio lavoratore e quella del lavoratore subordinato.

In verità, l'interpretazione sistematica della legge n. 142/2001 consentiva alle cooperative di elaborare il loro regolamento senza riprodurre pedissequamente la normativa contenuta nel Ccnl di riferimento. Al riguardo, uno degli elementi più importanti da considerare era il criterio contenuto nell'articolo 1, comma 3, il quale condizionava (e condiziona) lo svolgimento degli effetti giuridici previsti da altre leggi o da qualsiasi altra fonte, in materia di lavoro subordinato o autonomo, in ragione della loro compatibilità con le peculiarità derivanti dallo *status* di socio lavoratore. Quando tale norma si riferisce « a qualsiasi altra fonte » non può non riferirsi anche ai Ccnl, le cui disposizioni devono quindi essere valutate ed eventualmente adeguate

in sede di regolamento alle particolari caratteristiche del rapporto tra socio e cooperativa.

Altrettanto importante era la norma contenuta nella lettera *b*) dell'articolo 6, la quale affidava (e continua ad affidare) al regolamento il compito di disciplinare le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci, in relazione all'organizzazione aziendale della cooperativa e ai profili professionali dei soci. Si tratta di una norma che non avrebbe avuto senso logico se la volontà del legislatore fosse stata quella di imporre alla cooperativa di applicare alla lettera le norme del Ccnl.

In ogni caso, le incertezze interpretative intorno a tale disposizione sono state radicalmente superate dalla legge n. 30/2003, la quale ha corretto il citato comma 2 dell'articolo 6 nel senso che « *omissis* », il regolamento non può contenere disposizioni derogatorie *in pejus* rispetto (...) *al solo trattamento economico minimo di cui all'articolo 3, comma 1*. Nel caso in cui violi la disposizione di cui al primo periodo, la clausola è nulla ».

Ovviamente, ciò non autorizza le cooperative a predisporre un regolamento che peggiori le « condizioni di lavoro » dei soci rispetto a quelle dei lavoratori dipendenti. Sarebbe assolutamente incoerente con lo scopo mutualistico. La possibilità di ogni singola cooperativa di predisporre norme regolamentari diverse da quelle contrattuali deve essere quindi esercitata secondo criteri certi e trasparenti. Ciò significa che il regolamento approvato dalla cooperativa deve contenere norme che espressamente derogano alla disciplina contrattuale. In caso contrario, si applicano le norme del Ccnl richiamato. Inoltre, la possibilità di derogare un determinato istituto non può andare oltre la sua disciplina legale.

Sempre con riguardo al regolamento di cui all'articolo 6 della legge n. 142/2001, è importante considerare ulteriori novità che riguardano le cooperative sociali di cui alla lettera *b*) dell'articolo 1 della legge n. 381/1991 <sup>(17)</sup>, e il meccanismo relativo alla certificazione dei contratti di lavoro.

Per quanto concerne le cooperative sociali, la legge n. 30/2003 ha introdotto una nuova norma che consente alle stesse di « definire accordi territoriali con le organizzazioni sindacali comparativamente

---

<sup>(17)</sup> Si tratta delle cooperative sociali che svolgono attività diverse — agricole, industriali, commerciali o di servizio — finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.



più rappresentative per rendere compatibile l'applicazione del contratto collettivo di lavoro nazionale di riferimento all'attività svolta. Tale accordo deve essere depositato presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio » (articolo 6, comma 2-*bis*, della legge n. 142/2001).

La norma non è particolarmente convincente, soprattutto nella parte che assegna la facoltà alle singole cooperative sociali di stipulare accordi territoriali. Si potrebbero creare condizioni di distorsione delle regole della concorrenza tra le cooperative sociali e tra queste e le altre imprese private che operano nello stesso settore.

Per tale motivo, sarebbe opportuno che tale tipo di iniziativa venga affidata alle Centrali cooperative nel loro ruolo istituzionale di controllo nella definizione di contratti collettivi territoriali.

Con riguardo, invece, alla certificazione dei contratti di lavoro, istituito regolato dagli articoli 75 e ss. del decreto legislativo n. 276/2003, allo scopo di ridurre il potenziale contenzioso in materia di qualificazione degli stessi contratti di lavoro <sup>(18)</sup>, occorre ricordare che l'articolo 83 del medesimo decreto stabilisce l'estensione della relativa procedura anche al regolamento delle cooperative di lavoro.

La procedura di certificazione è volontaria ed attiene al contenuto del regolamento che, si ricorda, riguarda la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori. La certificazione deve essere espletata da specifiche commissioni le quali sono istituite, ai sensi del decreto del Ministero del lavoro 21 luglio 2004 <sup>(19)</sup> (articolo 8), presso le Province. Esse sono presiedute da un presidente nominato dalla Provincia stessa e costituite in maniera paritetica da rappresentanti delle *associazioni* di rappresentanza del movimento cooperativo e delle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative.

Un ultimo capitolo, concernente direttamente il regolamento e gli adempimenti ad esso connessi, riguarda il termine temporale entro il quale le cooperative debbono procedere alla sua approvazione.

Dopo una serie di rinvii della originaria scadenza, fissata dallo stesso articolo 6 della legge n. 142/2001 all'8 febbraio 2002, l'articolo 23-*sexies*

---

<sup>(18)</sup> L'estensione della procedura di certificazione ai contratti di lavoro in genere è stata introdotta dal d.lgs. n. 251/2004, correttivo del d.lgs. n. 276/2003. Quest'ultimo decreto, nella sua versione originaria, limitava la certificazione ai contratti di lavoro intermittente, ripartito, part-time, a progetto e di associazione in partecipazione.

<sup>(19)</sup> In  *Certificazione*.



della legge n. 47/2004 <sup>(20)</sup> ha previsto che il regolamento interno dovrà essere approvato dalle cooperative di lavoro entro il 31 dicembre 2004, precisando inoltre che, qualora le cooperative stesse non lo adottino entro il termine suddetto, esse saranno soggette alla sanzione della gestione commissariale di cui all'articolo 2545-*sexiesdecies* c.c.

In altre parole, gli amministratori e i sindaci di tali cooperative saranno in tal caso revocati dall'Autorità ministeriale, la quale affiderà la gestione della cooperativa ad un commissario appositamente nominato.

Nonostante le cooperative avranno comunque il potere di emanare il regolamento dopo la scadenza del termine, avendo lo stesso un carattere *non perentorio* (come sostiene il Ministero del lavoro e delle politiche sociali nella circolare n. 10/2004), è prevedibile che la sanzione della gestione commissariale svolgerà un ruolo importante per spingere le cooperative a predisporre ed approvare il regolamento.

Peraltro, sempre secondo la citata circolare, in mancanza di adozione del regolamento, le cooperative non potranno stipulare con i soci i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, così come non potranno deliberare i piani di crisi aziendale ed avviamento previsti dall'articolo 6, comma 2, lettere *d)*, *e)* ed *f)*.


In ogni caso, non vi è dubbio che il continuo rinvio del termine di scadenza per l'approvazione del regolamento abbia provocato una situazione per molti versi iniqua nell'ambito della cooperazione di lavoro, in quanto le cooperative che all'indomani dell'emanazione della legge n. 142/2001 hanno approvato il regolamento hanno sopportato oneri decisamente più alti rispetto a quelle che hanno ignorato il dettato legislativo <sup>(21)</sup>.

## 6. Trattamento economico del socio lavoratore.

Come già detto, alla luce della modifica dell'articolo 6, comma 2, della legge n. 142/2001, il regolamento non può contenere disposizioni derogatorie *in pejus* rispetto al solo trattamento economico minimo di cui all'articolo 3, comma 1, della stessa legge n. 142.

Sparisce il riferimento alle condizioni di lavoro previsto dai Ccnl,

---

<sup>(20)</sup> In  *Lavoro associato*. Si tratta della legge di conversione del d.l. n. 355/2003, recante proroga di termini previsti da disposizioni di legge.

<sup>(21)</sup> D. ZANNONI, *Slitta al 31 dicembre il termine per l'approvazione del regolamento*, « Cooperative e Consorzi », Ipsoa, Milano, 2004, n. 5.

ma cambia anche la terminologia relativa agli emolumenti dei soci lavoratori, in quanto prima della modifica si parlava di « trattamenti retributivi ».

La nuova disposizione richiama quindi la nozione di trattamento economico contenuta nell'articolo 3, comma 1, secondo la quale la cooperativa deve corrispondere al socio lavoratore un « trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe dalla contrattazione collettiva del settore o della categoria affine ».

Ciò implica la necessità di definire ed individuare cosa si intende per trattamento economico minimo per i soci con rapporto di lavoro subordinato. Su questo argomento la dottrina ha espresso opinioni diverse. Vi è chi ha teorizzato l'obbligo a carico della cooperativa di corrispondere ai soci l'intero trattamento economico previsto dai Ccnl, compreso quello relativo agli istituti normativi che regolano il rapporto di lavoro <sup>(22)</sup>, e chi ha affermato la tesi secondo la quale l'obbligo si riferisce alle voci retributive essenziali, nel rispetto del principio espresso dall'articolo 36 Cost. <sup>(23)</sup>.

In verità, lo stesso Ministero del lavoro e delle politiche sociali aveva parzialmente aderito a quest'ultimo orientamento con la circolare n. 34/2002 <sup>(24)</sup>, la quale affermava che, sulla base di un'applicazione estensiva dell'articolo 36 Cost., la retribuzione del socio lavoratore subordinato dovesse essere pari ai minimi contrattuali, non solo per la retribuzione di livello (o tabellare o di qualifica), bensì per il « trattamento complessivo », ivi comprese quindi le voci retributive diverse (lavoro straordinario, festivo) e le retribuzioni parziali differite.

Lo stesso Ministero ritorna però sull'argomento con la circolare n. 10/2004, precisando che, con la modifica dell'articolo 6, comma 2, della legge n. 142/2001, al socio lavoratore deve essere garantita una retribuzione non inferiore ai minimi contrattuali, non solo per quanto riguarda la retribuzione di livello (tabellare o di qualifica, contingenza, EDR), ma anche per quanto riguarda le altre norme del contratto che prevedono voci retributive fisse, ovvero il numero delle mensilità e gli scatti di an-

---

<sup>(22)</sup> A. ANDREONI, *La riforma del socio lavoratore di cooperativa*, in *LG*, 2001, 206.

<sup>(23)</sup> A. MARESCA, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in *ADL*, 2002, 624; G. MELIADÒ, *La nuova legge sulle cooperative di lavoro: una riforma necessaria*, in *RIDL*, 2002, I, 356.

<sup>(24)</sup> In  *Lavoro associato*.

zianità, a fronte delle prestazioni orarie previste dagli stessi contratti di lavoro (orario contrattuale). La medesima circolare ricorda infine che per i soci in esame sussiste l'obbligo di applicazione di istituti normativi che la legge disciplina per la generalità dei lavoratori (TFR, ferie, ecc.).

L'ultima circolare del Ministero ha quindi ulteriormente precisato ed allargato la nozione di trattamento economico complessivo minimo da corrispondere ai soci lavoratori.

Sempre con riferimento al trattamento economico del socio lavoratore, occorre ricordare che la legge n. 30/2003 ha integrato l'articolo 3 della legge n. 142/2001, disciplinando la fattispecie delle cooperative della piccola pesca. È stato infatti aggiunto il comma 2-*bis*, il quale dispone che tali cooperative possono corrispondere ai propri soci lavoratori un compenso proporzionato all'entità del pescato, affidando al regolamento interno il compito di stabilire i criteri e i parametri in base ai quali definire il compenso stesso. Come rileva la circolare n. 10/2004 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, tale norma deroga alle disposizioni dedicate alla generalità dei soci lavoratori, richiamando una prassi consolidata nel settore della piccola pesca.

## 7. Recesso ed esclusione dei soci lavoratori.

L'articolo 5 della legge n. 142/2001 è stato profondamente modificato dalla legge n. 30/2003, soprattutto nella parte dedicata alla competenza giurisdizionale sulle controversie che insorgono tra soci lavoratori e cooperative.

La versione originaria del comma 2 dell'articolo 5 contemplava una netta separazione di competenze in quanto, mentre al giudice del lavoro spettava il compito di giudicare le controversie relative ai rapporti di lavoro tra i soci lavoratori e le cooperative, salva la possibilità delle parti di ricorrere a procedure di conciliazione e arbitrato irrituale, il giudice civile ordinario rimaneva competente sulle controversie inerenti al rapporto associativo.

La nuova formulazione della norma dispone, invece, che «il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio deliberati nel rispetto delle previsioni statutarie e in conformità con gli articoli 2526 e 2527 c.c. (25). Le controversie tra socio e cooperativa

---

(25) A seguito del d.lgs. n. 6/2003, recante la riforma del diritto societario, gli artt. 2526 e 2527 sono diventati gli artt. 2532 e 2533 c.c.

relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario ».

La nuova disposizione risulta coerente con la finalità generale che ispira la maggior parte delle modifiche introdotte dalla legge n. 30/2003, cioè quella di rafforzare la prevalenza del rapporto associativo su quello ulteriore di lavoro, il quale — come infatti sostiene la circolare n. 10/2004 del Ministero del lavoro — ha carattere strumentale rispetto al raggiungimento dello scopo mutualistico della cooperativa.

In tal senso si giustifica la prima parte della norma che stabilisce un automatico scioglimento del rapporto di lavoro — indipendentemente dalla sua tipologia — a seguito dello scioglimento del rapporto associativo per recesso o esclusione del socio.

Secondo parte della dottrina <sup>(26)</sup>, la modifica in esame non introduce in realtà novità sostanziali nell'ordinamento cooperativistico se si considera che già con la legge n. 142/2001 lo statuto o il regolamento di una cooperativa poteva prevedere norme che rendessero automatico lo scioglimento del rapporto di lavoro in caso di recesso o esclusione del socio.

Difficile non essere d'accordo con tale valutazione, soprattutto se si fa riferimento ad un passaggio del tutto condivisibile della circolare n. 10/2004, secondo il quale « la delibera di accettazione del recesso o di esclusione deve essere deliberata nel rispetto delle previsioni statutarie ed in conformità con le specifiche norme dettate dal codice civile. Anche per tale aspetto, sulla base dell'autonomia statutaria delle cooperative ed in virtù del principio generale di prevalenza delle norme di miglior favore, lo statuto può disciplinare diversamente rispetto all'automatismo di legge introdotto con il comma 2 dell'articolo 5 ».

Infatti, gli articoli 2532 e 2533 c.c. dispongono espressamente che le cooperative possano disciplinare gli effetti delle delibere di recesso od esclusione in sede di norma statutaria, la quale può quindi prevedere lo scioglimento contestuale dei due rapporti ovvero affidare all'organo amministrativo la possibilità di mantenere in vita il rapporto mutualistico sottostante.

È evidente che, qualora la cooperativa intenda seguire la via dello scioglimento contestuale dei due rapporti, sarà necessario che lo statuto contempli causali che giustifichino la risoluzione del rapporto di lavoro

---

<sup>(26)</sup> M. MISCIONE, *Soci di cooperativa: applicazione dei CCNL*, in *DPL*, 2003, n. 27, 1811.

e societario a seguito di ragioni oggettive, legate ad esempio al venir meno di posizioni di lavoro <sup>(27)</sup>.

È difficile immaginare quali saranno su tale materia le scelte delle cooperative di lavoro. È presumibile che tali cooperative renderanno contestuale lo scioglimento dei due rapporti, sia perché le cause di recesso o esclusione costituiscono quasi sempre giusta causa o giustificato motivo di risoluzione del rapporto di lavoro, sia anche perché il nuovo requisito della prevalenza mutualistica, necessario per accedere ai regimi fiscalmente agevolati, presuppone che la cooperativa abbia un'attività economica prevalentemente rivolta ai soci. Nelle cooperative di lavoro tale requisito si fonda sul rapporto tra costo del lavoro dei soci e costo del lavoro complessivo (articolo 2513, lettera *b*), c.c.), il che farebbe presupporre una particolare attenzione da parte delle cooperative nell'evitare un aumento dei costi relativi ai lavoratori non soci.

## **8. Competenza giurisdizionale in materia di controversie tra soci lavoratori e cooperative.**

Come già detto, le modifiche all'articolo 5, comma 2, della legge n. 142/2001, apportate dalla legge n. 30/2003, riguardano fondamentalmente la competenza giurisdizionale sulle controversie tra soci lavoratori e cooperative.

Tuttavia, la nuova norma che dispone la competenza del tribunale ordinario sulle controversie tra socio e cooperativa, relative alla prestazione mutualistica, non ha prodotto un quadro giuridico certo.

La dottrina ha infatti espresso diverse interpretazioni della disposizione, oltre a forti perplessità che sfiorano anche il giudizio di illegittimità costituzionale sullo spostamento delle competenze giurisdizionali.

Una prima tesi sostiene che il giudice ordinario sarebbe competente di ogni controversia tra socio lavoratore e cooperativa, anche di quelle riguardanti il rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato. A tale conclusione si perviene attribuendo alla nozione di « prestazione mutualistica » il significato di prestazione lavorativa e ciò anche alla luce della norma contenuta nell'articolo 2512 c.c. <sup>(28)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> D. VEDANI, *Ammissione, recesso ed esclusione del socio di cooperativa*, in *DPL*, 2003, n. 39, 2675.

<sup>(28)</sup> L'art. 2512, comma 1, stabilisce che: « Sono società cooperative a mutualità prevalente, in ragione del tipo di scambio mutualistico, quelle che:

Un orientamento diverso è invece rappresentato da chi afferma che lo spostamento della competenza sarebbe limitato alle fattispecie che determinano lo scioglimento del rapporto di lavoro a seguito di recesso o esclusione del socio.

A quest'ultima posizione sembra peraltro aderire la circolare n. 10/2004 del Ministero del lavoro, la quale prevede « la competenza del giudice ordinario nelle controversie tra socio lavoratore e cooperativa relativamente alla delibera di accettazione del recesso o di esclusione. Pertanto la competenza del giudice ordinario attrae gli aspetti del rapporto di lavoro in quanto diretta conseguenza dello scioglimento del vincolo associativo ».

Vi è, infine, chi sostiene che, in virtù della norma contenuta nell'articolo 1, comma 3, della legge n. 142/2001, la quale dispone che dall'instaurazione dei rapporti di lavoro derivano i relativi effetti giuridici, il giudice del lavoro è competente sulle controversie, relative alle prestazioni di lavoro, riconducibili alla previsione di cui all'articolo 409 c.p.c., mentre al giudice ordinario spettano quelle concernenti il rapporto associativo <sup>(29)</sup>.

Come è evidente, ciascuna delle tesi esposte è condivisibile e, nel contempo, opinabile. In particolare, l'ultima posizione riportata sembra non tener conto di un passaggio fondamentale contenuto nella medesima norma citata, quando la stessa condiziona l'applicazione degli effetti giuridici derivanti dall'instaurazione del rapporto di lavoro alla loro compatibilità con la posizione peculiare del socio lavoratore.

Purtroppo, non è possibile ricavare certezze dalla stessa discussione parlamentare sul disegno di legge n. 848 B <sup>(30)</sup>, che ha poi portato all'approvazione della legge n. 30/2003. Infatti, da una parte, si afferma che il riferimento alle controversie riguardanti il rapporto di lavoro dei soci viene soppresso nel presupposto che trovi comunque applicazione la disciplina generale contenuta negli articoli 409 e ss. c.p.c., dall'altra si ricorda che la riformulazione della norma demanda alla competenza del giudice ordinario le controversie inerenti alla prestazione mutuali-

---

1) ...*omissis*;

2) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, delle prestazioni lavorative dei soci;

3) ...*omissis*... ».

<sup>(29)</sup> D. GAROFALO, *Gli emendamenti alla disciplina del socio lavoratore di cooperativa contenuti nel d.d.l. 848 B*, in *LG*, 2003, n. 1, 5.

<sup>(30)</sup> In  *Riforma Biagi*.

stica, precisando altresì che il rapporto del lavoro si estingue con il recesso e l'esclusione del socio <sup>(31)</sup>.

Al contrario, vi è chi ha sostenuto che la revisione dell'articolo 5, comma 2, rimette le controversie di lavoro individuali tra il socio lavoratore e la cooperativa alla competenza del giudice ordinario <sup>(32)</sup>.

A mio parere, l'argomento che farebbe propendere per una competenza del giudice ordinario su tutte le controversie che insorgono tra socio lavoratore e la cooperativa, comprese quelle attinenti il rapporto di lavoro, è quello relativo alla nozione di prestazione mutualistica che, anche alla luce delle norme civilistiche, non può che riferirsi alla prestazione di lavoro del socio.

Rimane peraltro un mistero la scelta del legislatore di sopprimere le norme che consentivano ai soci e alle cooperative di ricorrere alle procedure di conciliazione ed arbitrato irrituale di cui rispettivamente ai decreti legislativi n. 80/1998 e n. 387/1998 <sup>(33)</sup>, a meno che non abbia inteso in questo modo di escludere quegli strumenti di composizione di controversie che fondamentalmente trovano la loro fonte regolamentare nei Ccnl di settore.

Certo è che l'orientamento che sembra prevalere, oltre ad essere in contrasto con la più recente giurisprudenza che aveva invece sancito la competenza del giudice del lavoro sulle controversie in materia lavoristica tra soci e cooperative <sup>(34)</sup>, rischia di produrre conseguenze inique. « Si pensi al caso di una cooperativa che abbia un socio lavoratore e un lavoratore subordinato non socio con lo stesso inquadramento contrattuale che rivendichino entrambi un livello superiore: il primo, dovendo adire il giudice ordinario, sarà penalizzato rispetto al secondo, il quale, rivolgendosi al giudice del lavoro, beneficerà dell'esenzione delle spese processuali e della maggiore celerità che contraddistingue il rito del lavoro rispetto a quello ordinario » <sup>(35)</sup>.

In conclusione, si tratta di un tema sul quale sarà decisivo l'orientamento giurisprudenziale. La Corte di Cassazione — Sez. Lavoro —

---

<sup>(31)</sup> Intervento del Sen. Tofani, relatore al ddl n. 848 B, durante la seduta in Commissione lavoro del 6 novembre 2002.

<sup>(32)</sup> Intervento della Sen. Piloni, durante la seduta del 13 novembre 2002, in *Libri Lavoro associato*.

<sup>(33)</sup> In *Libri Pubblico impiego*.

<sup>(34)</sup> Cass., sez. un., 30 ottobre 1998 n. 10906, in *Libri Lavoro associato*.

<sup>(35)</sup> M. FRASCARELLI, C. RICIPUTI, *Socio lavoratore e cooperative di lavoro*, Ed. Fag, Milano, 2004, 135.

ha emesso al riguardo una prima e significativa decisione <sup>(36)</sup>, con la quale ha statuito che « nel caso in cui si controverta sulla cessazione del rapporto associativo e del rapporto lavorativo (... *omissis*) la competenza non è quella del Tribunale ordinario, ma quella del Tribunale, in composizione monocratica come Giudice del Lavoro, con l'applicabilità del relativo rito ». Sempre secondo la Cassazione, l'articolo 5 della legge n. 142/2001 va considerato un'eccezione alla regola suddetta, applicandosi solo alle controversie relative alle prestazioni mutualistiche, intendendosi per tali solo quelle che « la società assicura ai suoi soci in termini più vantaggiosi rispetto ai terzi ». Questo primo orientamento, pur collocandosi nel filone della più recente giurisprudenza volta a tutelare la dimensione lavoristica del socio cooperatore, non sembra rispondere puntualmente al dettato legislativo, anche e soprattutto perché ridimensiona la nozione di prestazioni mutualistiche nelle cooperative di lavoro. Assisteremo probabilmente nel futuro a pronunciamenti di contenuto diverso. Forse è auspicabile che il legislatore ritorni sull'argomento precisando meglio la propria volontà.

## 9. Esercizio dei diritti sindacali dei soci lavoratori.

L'intervento della legge n. 30/2003 sull'articolo 2 della legge n. 142/2001, dedicato ai diritti individuali e collettivi del socio lavoratore di cooperativa, è stato di natura integrativa.

Infatti, dopo il primo periodo che dispone l'applicazione ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato della legge n. 300/1970 <sup>(37)</sup> con esclusione dell'articolo 18 ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo, è stata introdotta una norma che consente l'esercizio dei diritti sindacali di cui al titolo III della legge n. 300/1970 solo se compatibili con lo stato di socio lavoratore, secondo quanto determinato da accordi collettivi tra associazioni nazionali del movimento cooperativo ed organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative.

Su tale integrazione la circolare n. 10/2004 del Ministero del lavoro non esprime considerazioni di rilievo, salvo precisare che per associazioni nazionali del movimento cooperativo si devono intendere quelle di rap-

---

<sup>(36)</sup> Ordinanza in sede di regolamento di competenza 18 gennaio 2005 n. 850, inedita.

<sup>(37)</sup> In  *Lavoro subordinato*.



presentanza, assistenza e tutela del movimento cooperativo di cui al decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato n. 1577/1947 <sup>(38)</sup>.

Secondo parte della dottrina, la modificazione in esame contribuisce ad accentuare la specialità della posizione giuridica del socio lavoratore, ma non si allontana da quanto prevedeva originariamente l'articolo 2 della legge n. 142 <sup>(39)</sup>.

In realtà, almeno per i soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato, la disciplina relativa ai diritti sindacali dovrà essere oggetto di accordi collettivi tra le organizzazioni rappresentative delle cooperative e dei lavoratori e, pertanto, il loro esercizio sarà condizionato al raggiungimento di tali accordi.

Al contrario, la norma originaria presupponeva l'applicazione immediata della disciplina contenuta nel titolo III della legge n. 300/1970, prevedendo la possibilità di individuare forme specifiche di esercizio dei diritti sindacali — in relazione alle peculiarità del sistema cooperativo — attraverso accordi collettivi tra le medesime parti.

Quest'ultima norma non è stata abrogata nonostante l'integrazione sopra descritta. Si potrebbe quindi intenderla come un'ulteriore specificazione del campo di intervento assegnato agli accordi collettivi citati.

## 10. Conclusioni.

Nonostante le novità introdotte dalla legge n. 30/2003 alla disciplina contenuta nella legge n. 142/2001 abbiano reso più complessa l'interpretazione di alcuni istituti, è possibile sostenere che la novella legislativa abbia inquadrato con maggiore efficacia la specialità della figura del socio lavoratore. Con ciò recuperando anche lo spirito originario che permeava l'iniziativa legislativa che ha poi portato all'approvazione della legge n. 142/2001.

Molti hanno sostenuto l'opportunità di attendere i primi risultati dell'applicazione della versione originaria della legge n. 142/2001 per verificare i limiti e le eventuali contraddizioni di un provvedimento che comunque ha rappresentato (e rappresenta) un punto di svolta significativo per la cooperazione di lavoro.

Ciò non è stato possibile sia per i ritardi da parte delle cooperative nell'adozione dei regolamenti interni, giustificati anche dai continui rinvii del termine di scadenza stabilito dalla legge, sia perché su tale

---

<sup>(38)</sup> In  *Lavoro associato*.

<sup>(39)</sup> M. MISCIONE, *op. cit.*, 1813.

disciplina si sono confrontate posizioni spesso di natura ideologica, comunque disattente alle reali dinamiche interne ed esterne che caratterizzano le cooperative di lavoro.

È condivisibile la tesi secondo la quale le novità della legge n. 30/2003 non consentono un ritorno al passato <sup>(40)</sup>, privo di quegli elementi di certezza che hanno favorito la diffusione delle false cooperative.

Le cooperative di lavoro si trovano oggi di fronte ad un passaggio difficile, reso più complesso anche dalla riforma del diritto societario, ma anche straordinario per riconsiderare la loro missione e il loro ruolo nell'economia locale e nazionale.

---

<sup>(40)</sup> M. MISCIONE, *op. cit.*, 1810.

## 2.

# IL LAVORO NELLA ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE E LA QUESTIONE DELLA EFFETTIVA PARTECIPAZIONE AGLI UTILI

LUCA RUGGIERO

SOMMARIO: 1. La tutela del (falso) associato. — 2. Limiti dell'intervento del decreto legislativo n. 276/2003. — 3. Criteri distintivi del lavoro conferito in associazione. — 4. Effettiva partecipazione dell'associato. — 5. Poteri di controllo ed indici della subordinazione. — 6. Presunzioni di elusività. — 7. Conclusioni.

### 1. La tutela del (falso) associato.

Tra le varie clausole a tentata salvaguardia della tenuta del complesso « sistema lavoro » introdotto con la riforma, e quindi al precipuo fine di evitare fughe verso forme meno controllabili di attività umana economicamente rilevante, praticate per eludere le disposizioni di legge o di contratto collettivo (segnatamente, quelle riguardanti il lavoro subordinato), l'articolo 86, decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si occupa, in punta di piedi e collateralmente, del contratto di associazione in partecipazione (a.p.) per i casi in cui il contributo dell'associato — in uno dei tipi legali previsti dal codice civile — è rappresentato da, o anche da, una prestazione lavorativa resa senza vincolo di subordinazione — anche se, in linea di principio, la posizione di lavoratore subordinato non è incompatibile con quella di associato in partecipazione, con apporto di altro tipo, nei confronti del medesimo soggetto <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Invero, utilizzando due passaggi logici, non sembrano esservi ostacoli al conferimento nell'a.p. dell'attività di lavoro subordinato, cui tuttavia deve essere attribuito un valore effettivo conforme ai minimi stabiliti dalla contrattazione collettiva e salvi gli adempimenti di natura fiscale e contributiva a carico del datore. In effetti, nulla vieta al lavoratore dipendente di impiegare *anche tutta* la propria retribuzione in un'attività di rischio quale l'a.p., senza che ciò sia in contrasto con alcuna norma.

In effetti, lo stesso contratto di a.p., quando l'apporto consista esclusivamente nell'attività lavorativa, viene comunemente ritenuto, in particolare dai sindacati, una sostanziale elusione del contratto di lavoro subordinato, che come tale deve essere contrastata e scoraggiata.

A detti fini antielusivi della disciplina di legge e di contratto collettivo relativa al lavoro subordinato (ed alle varie nuove tipologie di contratto disciplinate all'interno del decreto in oggetto), la norma dispone che per il caso di rapporti di a.p. « resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora », il lavoratore acquisti il diritto al trattamento economico previsto dalla contrattazione collettiva relativa al lavoro subordinato del settore e per le mansioni, identiche o analoghe, oggetto della prestazione di lavoro, salvo che il preteso associante ed effettivo utilizzatore dell'attività lavorativa non dimostri, con attestazioni o documentazioni idonee, che si tratta di un diverso rapporto di lavoro, subordinato o autonomo, espressamente previsto dall'ordinamento. La definizione del principale contratto di lavoro autonomo, quello d'opera di cui agli articoli 2222 e ss. c.c., presenta una nozione di tale ampiezza (nonostante rientri tra i contratti « nominati ») da rendere sostanzialmente vastissime le tipologie concrete formalmente autonome che possono rientrare nella fattispecie: ed allora il problema ritorna ad essere una « semplice » questione di interpretazione.

La *ratio* di tale intervento — tendente a comminare la sanzione della trasformazione di qualunque rapporto di a.p. di dubbia natura in lavoro subordinato a tempo pieno *tout court* (di cui infatti spettano i trattamenti non solo retributivi, ma anche contributivi e normativi) — è evidente, dal momento che l'individuazione dei criteri distintivi tra l'effettivo lavoro dell'associato in partecipazione e quello subordinato, da oltre un trentennio, ha costituito uno degli argomenti di più intenso dibattito giuridico e che sussiste un rilevante interesse a che un rapporto di fatto spesso connotato da un certo grado di ambiguità resti, soprattutto in fase esecutiva, quanto meno possibile in quell'ampia zona grigia che ostacola la corretta attribuzione delle giuste caselle ad ogni attività, finalizzata alla tutela del lavoro, che costituisce uno dei temi di fondo della c.d. riforma Biagi.

Ed è altresì evidente che, anche se in misura probabilmente non così estesa come spesso ipotizzato, talvolta venga utilizzata la formula dell'a.p. per tentare di sottrarre un rapporto di sostanziale dipendenza dalle tutele che gli sono proprie; è altresì vero, tuttavia, che talvolta, pur nella sostanziale disparità di forza contrattuale che divide l'associante e

l'associato (disparità in realtà connaturata al contratto in questione), l'apporto lavorativo è fornito senza alcun vincolo di subordinazione, pur non essendo correttamente configurato o eseguito.

Dell'efficacia, dell'utilità e della legittimità di tale intervento si discuterà dopo aver individuato l'esatto contenuto di un effettivo contratto di a.p., per così dire, « blindato ».

## 2. Limiti dell'intervento del decreto legislativo n. 276/2003.

In generale, a norma dell'articolo 2549 c.c. — la cui disciplina non è, di per sé, in alcuna maniera modificata dalla recente riforma —, con il contratto di associazione in partecipazione l'associante attribuisce una parte degli utili dell'impresa (o di quelli derivanti da uno o più singoli affari) all'associato, a fronte di un determinato apporto da parte di quest'ultimo, che può consistere in una prestazione economica, nella concessione del godimento di un bene o nella prestazione di un'opera o di un servizio.

Un argomento, quello dell'a.p., che viene trattato in sordina a partire dalla stessa collocazione nella struttura del decreto, al di fuori dei titoli relativi ai rapporti di lavoro nuovi e/o rinnovati, al secondo comma di un abbondante articolo dedicato, sotto una apparentemente anonima rubrica dello stesso tenore, alle norme transitorie e finali.

Posizione, tuttavia, logisticamente indovinata e probabilmente addirittura obbligata: indovinata per il contenuto intrinseco della norma, atta non a ridefinire in alcun modo il contratto di a.p., ma soltanto a rimarcare i limiti esterni e le eventuali relative modalità probatorie, e pertanto correttamente posta al di fuori e dopo l'ampia sezione del decreto creatrice di vera e propria regolamentazione; obbligata, perché il contenuto della norma non poteva in alcun modo essere più ampio dacché, non essendovi alcun riferimento nella legge delega alla modifica dell'a.p., un intervento « positivo » sulla fattispecie legale — ed occorrerebbe chiedersi se, ciononostante, in qualche maniera vi sia stato — potrebbe far sorgere problemi di costituzionalità della norma per eccesso di potere, non rientrando l'a.p. tra gli oggetti della legge delega 14 febbraio 2003, n. 30 <sup>(2)</sup>.

---

(2) Come osservato da L. PELLACANI, *L'associazione in partecipazione nel decreto attuativo delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in *MGL*, 2003, 909.

### 3. Criteri distintivi del lavoro conferito in associazione.


A seguito di queste considerazioni, ed all'esito delle riflessioni che ne derivano, occorre terminare con il chiedersi se la norma abbia un'utilità effettiva o se si sarebbe potuto andare avanti senza, ottenendo i medesimi risultati.

Il problema dell'utilizzo fraudolento dello schema contrattuale dell'a.p. — teso sovente a dissimulare dei sostanziali rapporti di lavoro subordinato, in particolare nell'ambito della piccola impresa, al fine di diminuire l'onere complessivo del costo del lavoro — era stato preso in considerazione nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia* dell'ottobre 2001 <sup>(3)</sup>, che indicava tra gli obiettivi da perseguire quello di ristabilire un uso corretto di detto contratto, ovvero di ricorrere ad altre forme di partecipazione agli utili per i prestatori di attività lavorativa.

Ed in effetti, nell'attuazione pratica del rapporto, la linea di confine tra il genuino lavoro/conferimento dell'associato in partecipazione ed il lavoro subordinato con partecipazione agli utili d'impresa — che si verifica nel caso in cui la retribuzione del prestatore è agganciata al *quantum* di risultato positivo conseguito dall'impresa <sup>(4)</sup> — è caratterizzata da una incerta demarcazione e da alcune possibili sovrapposizioni delle due distinte figure che rendono frequente l'utilizzo improprio di tale contratto <sup>(5)</sup>.

Al fine di superare, per quanto possibile, le zone grigie di incertezza, dottrina e giurisprudenza hanno individuato una serie di criteri distintivi, fondamentali e sussidiari, che possono aiutare l'interprete a riconoscere l'esistenza in concreto dell'uno o dell'altro tipo di rapporto <sup>(6)</sup>: tale valutazione rappresenta il punto di partenza obbligato per procedere all'analisi della norma appena introdotta, la quale deve ritenersi operante soltanto laddove il contratto o l'attuazione concreta del rapporto di a.p. travalichi i limiti della fattispecie civilistica che —

---

<sup>(3)</sup> In  *Riforma Biagi*. A pagina 87 dello stesso, sotto il paragrafo dedicato alla *Democrazia Economica*.

<sup>(4)</sup> E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 1996, 189.

<sup>(5)</sup> Sul punto, tra gli altri, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 208-209.

<sup>(6)</sup> In argomento, si veda G. DEL BORRELLO, *La distinzione dell'associazione in partecipazione con apporto d'opera dal lavoro subordinato con partecipazione agli utili, tra vecchio e nuovo ordinamento*, in *RIDL*, 2004, II, 562; sia consentito anche il rinvio a L. RUGGIERO, *Criteri distintivi tra il lavoro dell'associato in partecipazione ed il lavoro subordinato*, in *DL*, 2001, II, 441.

a pena di incostituzionalità della novella, per quanto sopra dettagliato — devono ritenersi non modificati.

Quanto ai punti comuni, in primo luogo, sia il lavoro dell'a.p., nella tipologia di cui ci stiamo occupando, che quello subordinato, costituiscono adempimenti soddisfatti resi nell'ambito di due figure contrattuali di natura sinallagmatica (dovendosi escludere la natura di rapporto societario <sup>(7)</sup> dell'a.p., nonostante vi sia un interesse diretto dell'associato all'esito dell'impresa o dell'affare), nelle quali cambia soltanto la controprestazione del fattore fisso costituito dalla materiale prestazione di una attività personale che è costituita dalla partecipazione agli utili in quanto tale, nel primo caso, e dalla retribuzione, quale che ne sia la forma, nel secondo.


Esclusa la rilevanza determinante, se non a titolo presuntivo e sussidiario, del *nomen iuris* attribuito dalle parti al rapporto, tanto più in presenza di una fase esecutiva difforme rispetto a quella contrattualmente concordata <sup>(8)</sup> ed idonea — tanto più trattandosi di contratto di durata, eventualmente a tempo indeterminato — ad esprimere diversa o nuova volontà rispetto a quella prevista in fase iniziale <sup>(9)</sup>, uno degli indici considerati determinanti al fine dell'accertamento della natura subordinata del rapporto dissimulato dall'a.p. è costituito, invero tautologicamente, dall'effettivo assoggettamento del prestatore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, il quale esercita il correlativo potere di impartire specifiche disposizioni in merito al concreto svolgimento dell'attività lavorativa, determinando così l'inserimento del lavoratore, nel senso di cui all'articolo 2094 c.c., nell'organizzazione aziendale e la limitazione della sua autonomia.

Questo modello di soggezione deve essere temperato con la legittima possibilità, permanente in capo all'associante, di impartire direttive o comunque indirizzare lo svolgimento dell'attività dell'associato, nell'esercizio del potere di gestione dell'impresa confermato dall'articolo 2552 c.c., senza che si ricada automaticamente nell'ambito della subordinazione (la quale ricorre, invece, quando il lavoratore debba porre a disposizione dell'associante le proprie energie lavorative, in termini di vera e propria *locatio operarum*, con adeguamento co-

---

<sup>(7)</sup> Si veda M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 58.

<sup>(8)</sup> Da ultimo, Cass. 13 maggio 2004 n. 9151; Cass. 1° marzo 2002 n. 3001, entrambe in  *Associazione in partecipazione*.

<sup>(9)</sup> Cass. 4 febbraio 2002 n. 1420, in  *Associazione in partecipazione*.

stante agli ordini e sottoposizione al di lui controllo nello svolgimento materiale della prestazione) <sup>(10)</sup>.

Del resto, il lavoro dell'a.p., pur lungi dall'idea di mercificazione dell'attività di lavoro subordinato, è idoneo ad essere inquadrato come fattore della produzione (al pari di altri tipi di apporto nel contratto di a.p.) la cui organizzazione nell'ambito dell'impresa o dell'affare spetta di diritto all'associante e, oltretutto, non vi sono ostacoli logici al riconoscimento della compatibilità di direttive con l'attività di lavoro autonomo, che dovrebbe costituire l'oggetto privilegiato dell'a.p.

#### 4. Effettiva partecipazione dell'associato.

Altro elemento considerato indicativo di una genuina a.p. è costituito dall'effettiva « partecipazione » dell'associato all'impresa o all'affare, distinta nei due risvolti, strettamente interconnessi, dell'aggancio del corrispettivo con il risultato economico ottenuto dall'associante, in termini di utili o perdite (seppur, in quest'ultimo caso, con qualche misura correttiva), e del correlativo potere di controllo dell'associato sull'effettivo esito dell'impresa determinato dal contratto stesso e garantito, in ogni caso, dal diritto ad ottenere il rendimento del conto della gestione dell'affare al termine dello stesso o, comunque, con cadenza annuale.

Pertanto, in primo luogo, l'a.p. deve svolgersi, anche nel caso di apporto lavorativo, come contratto di carattere aleatorio (ed è proprio in relazione a questo aspetto che la norma recentemente introdotta può destare alcune perplessità) che comporta la condivisione e la sopportazione da parte dell'associato del rischio d'impresa, seppur limitatamente al valore dell'apporto in caso di perdite (ai sensi dell'articolo 2553 c.c.).

Sembra pertanto essenziale l'indeterminabilità *ex ante* del compenso dell'attività prestata, incompatibile con l'esistenza di un tetto massimo alla possibilità di guadagno in caso di esito positivo dell'impresa o dell'affare.

Nel caso di esito negativo dell'impresa o della singola operazione, inoltre, l'a.p. viene considerata incompatibile con l'esistenza di una garanzia del guadagno minimo per il prestatore, la quale costituirebbe invece elemento caratteristico del rapporto di lavoro subordinato,

---

<sup>(10)</sup> In tale senso, Cass. 17 dicembre 2003 n. 19352, in  *Associazione in partecipazione*.



determinando l'esclusione (o la sostanziale riduzione) del rischio d'impresa in capo all'associato.


Non pare in tale senso condivisibile, in quanto forzatamente restrittiva, la comune impostazione interpretativa che ritiene sussistere la subordinazione nel caso di attribuzione all'associato di una partecipazione ai ricavi (al fatturato, alle vendite) dell'impresa anziché al risultato utile (al guadagno effettivo, al margine di lucro finale), in ragione di un supposto venir meno del carattere aleatorio della cointeressenza <sup>(11)</sup>. Tale visione non appare convincente, in quanto una sostanziale alea continua a sussistere anche nel caso di compartecipazione commisurata al fatturato, dacché quest'ultimo potrebbe mancare totalmente (ma gli esempi potrebbero essere moltiplicati) ed apparendo pienamente legittimo un apposito patto, ai sensi dell'articolo 2553 c.c., che determini una diversa distribuzione del rischio di partecipazione alle perdite, senza che ciò soltanto escluda il carattere aleatorio del contratto (dal momento che il fatturato ha natura tanto aleatoria quanto gli utili).

Sembra peraltro non incompatibile con una effettiva a.p., la presenza di una corresponsione a cadenza mensile (o con diversa periodicità) anticipata dei frutti della partecipazione all'associato, salvo il necessario conguaglio, in positivo o in negativo, all'esito finale dell'esercizio o dell'affare. La legittimità della percezione di tali acconti appare tanto più confermata dalla recente previsione di cui all'articolo 6, legge 24 novembre 2003, n. 326 (che ha convertito il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, su cui si ritornerà più avanti), che sottopone a carico contributivo previdenziale le erogazioni all'associato « anche a titolo di acconto sul risultato della partecipazione, salvo conguaglio in sede di determinazione annuale dei redditi ».

## 5. Poteri di controllo ed indici della subordinazione.

Dall'altro lato, e correlativamente, nella genuina a.p. sono presenti poteri di controllo da parte dell'associato sulla gestione dell'impresa o dell'affare, in assenza del quale si determina un'impossibilità a verificare le spettanze la quale impedisce il corretto svolgimento del contratto e conferma sostanzialmente la situazione di soggezione del prestatore che è tipica dell'attività di lavoro subordinato.

---

(11) Così Cass. 23 gennaio 1999 n. 655, in  *Associazione in partecipazione*.

Tale controllo si estrinseca, peraltro, nell'obbligo a carico dell'associante di rendere il conto degli affari intrapresi, al più tardi con cadenza annuale. Occorre tuttavia chiedersi se, essendo inquadrato dalla norma quale diritto dell'associato, sia necessaria la richiesta in tal senso del prestatore, in assenza della quale non possa presumersi la violazione dell'obbligo stesso da parte dell'associante e la conseguente dichiarazione di subordinazione.

Dal momento che il contratto intercorrente viene qualificato dal giudice a seguito dell'osservazione dello svolgimento effettivo del rapporto, appare chiaro che, prudenzialmente, tale rendiconto dovrebbe essere programmato e fornito senza l'attesa di una specifica richiesta da parte del prestatore.

Oltre a questi indici ritenuti determinanti, al fine del riconoscimento dell'esistenza di un rapporto o dell'altro, se ne affiancano altri ritenuti presuntivi in via complementare e sussidiaria, quali l'osservanza di un orario predeterminato — sempre che il tempo del lavoro non sia sostanzialmente reso necessario da fattori esterni (si pensi al banco di un mercato, che non può avere altro orario di apertura che quello del mercato stesso, indipendentemente da scelte dell'imprenditore) — ed il contenuto professionale concreto della prestazione che, quanto più modesto, e pertanto abbisognevole di continue direttive, tanto più contribuirà ad avvicinare il rapporto a quello di lavoro subordinato, nonostante non sia concettualmente escludibile che l'apporto dell'associante possa consistere in una messa a disposizione di energie lavorative anziché di un'opera determinata.

In tal senso, data la natura contrattuale dell'a.p., l'oggetto della prestazione dovrebbe comunque risultare determinato o quanto meno determinabile *ex* articolo 1346 c.c. Non si può, invece, dire se sia più conveniente la previsione di una attività settorialmente specifica, oppure generica (quale, ad esempio, occuparsi *tout court* della gestione di un punto vendita, effettuando ogni attività utile a tal fine): in ogni caso, costituisce norma di buona prudenza evitare l'indicazione o, peggio, la regolamentazione delle modalità concrete di svolgimento. Nell'esempio di prestazione apportata da un professionista non sorgono particolari problemi, come non sorgono grossi problemi quando l'apporto consista in una specifica attività, eventualmente specialistica, prestata per poche ore alla settimana o quando effettivamente necessario. Quando invece si tratti di attività full-time con apporto che si avvicini alla mera messa a disposizione delle energie funzionali, la linea di demarcazione

con il lavoro subordinato più che apparire indefinita, appare invero superata.

## 6. Presunzioni di elusività.

Le previsioni della novella, più che modificare la struttura dell'a.p., individuano alcuni criteri per verificare quando si ricada al di fuori di essa, indicando pertanto le conseguenze *lato sensu* sanzionatorie per i rapporti che *non* costituiscono effettiva associazione in partecipazione.

Questa « presunzione di elusività » opera nei casi in cui nel rapporto di a.p. siano assenti un'effettiva partecipazione ed adeguate erogazioni a chi lavora.

La congiunzione utilizzata non lascia dubbi sulla natura cumulativa e non alternativa di tali condizioni negative: ciò che rende ancor più complessa la comprensione dell'utilità della norma.

Ed infatti, da un lato, in assenza del requisito della partecipazione effettiva dell'associato, in termini di condivisione dell'esito economico dell'impresa e di controllo sulla gestione, la sanzione prevista dalla giurisprudenza uniforme è sempre stata costituita dal riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato, con le conseguenze di natura economica che tale dichiarazione comporta; anche in precedenza, doveva ritenersi incombente sull'associante la dimostrazione della sussistenza di un diverso rapporto, ad esempio di lavoro autonomo.

La sola differenza consisterebbe nel meccanismo probatorio più restrittivo, consentendo la norma di fornire detta prova soltanto a mezzo di idonee attestazioni e documentazioni, e l'esclusione della possibilità di rivendicare l'esistenza di un contratto atipico.

Non si dice in cosa consistano i documenti e le attestazioni dotati di tale particolare forza probatoria, ma è da ritenersi probabile se non altro il riferimento alle procedure di certificazione di cui all'articolo 75 del decreto legislativo, ed al conseguente atto che ne deriva. Naturalmente l'oggetto della documentazione non deve essere l'a.p. (a cui peraltro è espressamente estesa la possibilità di certificazione), ma il contratto diverso da quello subordinato di cui si pretenderebbe di fornire la prova.

Anche in questa prospettiva la norma non è del tutto chiara, non comprendendosi perché l'associante dovrebbe richiedere la certificazione di un particolare rapporto di lavoro per un associato in partecipazione; né si può pensare che la norma consenta — in forza di un privilegio di cui la certificazione non è affatto dotata (né potrebbe

esserlo, a pena di togliere all'autorità giudiziaria il potere di qualificazione concreta di un rapporto in base al suo effettivo svolgimento) — di qualificare un contratto solo sulla base della certificazione ottenuta.

L'unico esempio realistico parrebbe quello della collaborazione a progetto, prevista dall'articolo 61 e ss. del decreto; un grande ostacolo, tuttavia, è costituito dal necessario criterio di proporzionalità del corrispettivo alla quantità e qualità del lavoro prestato dall'eventuale col.pro., che collide con la struttura logico-giuridica dell'a.p. Inoltre, la previsione — nel caso di a.p. sospette — di idonee certificazioni a dimostrazione dell'esistenza di un contratto come la collaborazione a progetto, che già di per sé, isolatamente, richiede la forma scritta soltanto ai fini della prova <sup>(12)</sup> parrebbe quanto meno incongrua.

Le perplessità sopra espresse in merito ai requisiti probatori della norma valgono anche, ed *a fortiori*, in relazione all'eventuale rapporto autonomo oggetto di conferimento in a.p., come il contratto d'opera previsto dagli articoli 2222 e ss. c.c. che non è stato in alcun modo abrogato o modificato dalla novella <sup>(13)</sup> e che non presenta in sé e per sé particolari forme *ad probationem*.


Nello stesso identico senso, il secondo requisito della presunzione di elusività contenuta nella norma in oggetto desta perplessità ancor maggiori, dal momento che la descritta « adeguatezza delle erogazioni » per l'associato contrasta con l'essenza dell'a.p., che è contratto di natura aleatoria: in tal senso, le erogazioni non solo possono non essere adeguate (nel senso di commisurate ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva per quel settore e per quelle mansioni e, comunque, non rispondenti ai canoni di proporzionalità e sufficienza di cui all'articolo 36 Cost.) ma, in dipendenza dall'esito dell'impresa o dell'affare, possono anche mancare del tutto, costituendo — nell'ottica dell'a.p. — capitale di rischio soggetto a perdita.

L'unica maniera corretta di intendere tale adeguatezza, allora, è di riferire la stessa non ai criteri sopra visti, ovvero al valore intrinseco della prestazione di attività — con ciò ottenendo l'effetto di escludere *a priori* l'esistenza di un'alea di rischio e quindi della stessa a.p. — ma al risultato utile dell'affare o dell'impresa.

L'adeguatezza deve pertanto essere intesa non come proporzionalità (né tanto meno come sufficienza), ma come correlazione, in positivo

---

<sup>(12)</sup> Art. 62 del decreto legislativo.

<sup>(13)</sup> Come espressamente riconosciuto nella circ. Min. lav. n. 1/2004, in  *Lavoro a progetto*.

o in negativo, con il risultato dell'impresa o dell'affare, a pena di non snaturare il contratto di a.p. o di modificarne la struttura giuridica: modifica che, peraltro, la norma del legislatore delegato non sarebbe comunque autorizzata ad apportare.

Insomma, il termine di paragone dell'adeguatezza dell'erogazione non sembra essere l'attività prestata, ma piuttosto il risultato raggiunto dall'impresa.

La sussistenza di entrambi i detti requisiti, peraltro, era già considerata imprescindibile dalla giurisprudenza per il riconoscimento di una genuina a.p., di tal che non si comprende esattamente l'utilità della previsione se non a meri fini di recepimento e codificazione normativa di una diffusa prassi interpretativa.

Sembra peraltro potersi affermare che la norma non ha la funzione di esaurire tutti i casi di illegittimità di un rapporto di a.p., dal momento che, se così fosse, la novella costituirebbe un deterioramento della tutela offerta al prestatore rispetto al vasto raggio di indici, principali e sussidiari, in precedenza utilizzati ed utilizzabili dall'interprete, in chiaro contrasto con la dichiarata finalità antielusiva della norma.

È più probabile, allora, che le due condizioni descritte costituiscano indici presuntivi di elusività per i quali valga il più stringente regime probatorio individuato dalla norma, mentre in tutti gli altri casi è destinata a rimanere ferma la disciplina precedente, con la conseguente possibilità, ad esempio, di provare l'esistenza di un rapporto di lavoro autonomo, senza dover supportare tale dimostrazione con le idonee attestazioni o documentazioni previste dal decreto.

La disposizione in oggetto tenta quindi, a suo modo, di offrire maggior protezione al prestatore: riuscendovi o no, lo diranno le prime applicazioni interpretative.

## **7. Conclusioni.**

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la miglior tutela possibile contro l'utilizzazione elusiva dell'a.p. è quella di eliminare le cause che provocano il ricorso a tale abusività, rendendo meno appetibile il ricorso a figure alternative alla subordinazione nella ricerca di un minor onere complessivo del costo del lavoro.

Su questa strada, allora, appaiono di maggior efficacia interventi di parificazione o, almeno, di avvicinamento delle tutele quale quello apportato dalla sopra citata legge n. 326/2003 che prevede, a decorrere

dal 1° gennaio 2004, l'iscrizione degli associati in partecipazione che prestino attività di lavoro autonomo in apposita gestione previdenziale presso l'Inps — come già espressamente preannunciato dalla relazione al decreto <sup>(14)</sup> —, con conseguente carico contributivo gravante per il 55% sull'associante, senza dubbio idoneo a diminuire l'*appeal* del contratto di a.p. se considerato soltanto in ottica fraudolenta.

Senza dubbio, un ulteriore apporto su questa rotta potrebbe essere fornito da una più equilibrata interpretazione giurisprudenziale sulle norme che giustificano il licenziamento nel rapporto di lavoro subordinato, la cui restrittività provoca il ricorso a forme alternative di inquadramento determinato non soltanto da ragioni economiche.

---

(14) In  *Collaborazione coordinata continuativa.*

Parte VI  
I LAVORI  
NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE





SEZIONE A  
IL LAVORO COORDINATO E CONTINUATIVO  
E A PROGETTO

1.

**IL LAVORO COORDINATO E CONTINUATIVO  
NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

MARTA ROSSI

SOMMARIO: 1. La disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative prima della riforma del mercato del lavoro. — 2. Il lavoro a progetto e l'esclusione della pubblica amministrazione. — 3. La circolare del Dipartimento della funzione pubblica del 15 luglio 2004.

**1. La disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative prima della riforma del mercato del lavoro.**

La legge delega n. 421 del 1992 <sup>(1)</sup> ha permesso l'estensione del modello privatistico al pubblico impiego consentendo alla pubblica amministrazione di utilizzare tipologie contrattuali flessibili, da affiancare al tradizionale modello di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a tempo pieno.

Tuttavia, la riconduzione del lavoro pubblico ai principi ed alle dinamiche contrattualistiche di diritto civile ha, comunque, incontrato notevoli resistenze pubblicistiche ed una perdurante diffidenza all'utilizzo di forme flessibili di lavoro <sup>(2)</sup>. Ciò ha reso necessario un ulteriore

---

<sup>(1)</sup> In  *Pubblico impiego*.

<sup>(2)</sup> In tal senso L. FIORILLO, *Le tipologie del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, 673.


intervento legislativo delineato con la legge delega n. 59 del 1997 <sup>(3)</sup>.


Soltanto con i decreti di attuazione di tale legge si è portato a compimento il progetto di riforma intrapreso con la legge delega n. 421/1992. In particolare, l'articolo 2, comma 2, decreto legislativo n. 165/2001 <sup>(4)</sup>, sancisce che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni pubblicistiche e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa; l'articolo 36, comma 1, dello stesso decreto — con specifico riferimento alle tipologie contrattuali utilizzabili — attribuisce alle pubbliche amministrazioni la facoltà di avvalersi, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale, le forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste per i rapporti di lavoro privato <sup>(5)</sup>.

Con specifico riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative, il processo di assimilazione della pubblica amministrazione all'impresa privata, ne ha permesso la diffusione anche nel settore pubblico.

Più precisamente, la possibilità attribuita all'impiego pubblico di ricorrere a contratti di collaborazione coordinata e continuativa è stata originariamente disciplinata dal decreto legislativo n. 29/1993 <sup>(6)</sup>, ripreso poi dal decreto legislativo n. 165/2001, c.d. Testo Unico dell'impiego pubblico.

In tale settore il legislatore ha comunque posto dei limiti all'utilizzo di siffatte tipologie di lavoro non subordinato, limiti che sono estranei all'impiego privato.

<sup>(3)</sup> In  *Pubblico impiego*. Riferito all'emanazione della legge delega n. 59/1997 si è parlato di una « seconda privatizzazione » (così M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto al lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle « leggi Bassanini »*, in *LPA*, 1998, 35).

<sup>(4)</sup> In  *Pubblico impiego*.

<sup>(5)</sup> In base all'originaria formulazione dell'art. 36 d.lgs. n. 29/1993 — trasfuso poi con le opportune modifiche nel d.lgs. n. 165/2001 c.d. T.U. dell'impiego pubblico — le forme di lavoro flessibile erano limitate al contratto a termine, la cui durata non poteva superare i tre mesi, e al contratto di lavoro a tempo parziale. Per un commento sull'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 si veda M. DELFINO, V. LUCANI, *Rapporti flessibili di lavoro pubblico e contrattazione collettiva. Sull'immediata applicabilità delle tipologie dell'art. 36, d.lgs. n. 29 del 1993*, in *LPA*, 1999, 171; L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, 1029; B. MAIANI, *Le tipologie contrattuali flessibili*, in *DPL*, 2003, n. 21, 1412; M. ROSSI, *Commento all'art. 36*, in *AA.VV., L'impiego pubblico*, Giuffrè, Milano, 2003, 697.

<sup>(6)</sup> In  *Pubblico impiego*.

L'articolo 7, comma 6, decreto legislativo n. 165/2001, dispone che « per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di comprovata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione ». In attuazione di tale principio generale, l'articolo 14, comma 2, del medesimo decreto stabilisce che le amministrazioni statali possano ricorrere a collaborazioni coordinate e continuative solo con « esperti e consulenti per particolari professionalità e specializzazioni ».

Nello stesso senso e con riferimento alle Autonomie Locali, l'articolo 110, comma 6, decreto legislativo n. 267/2000 <sup>(7)</sup>, attribuisce a tali Enti la possibilità di affidare incarichi a collaborazioni esterne « ad alto contenuto di professionalità » e per il perseguimento di « obiettivi determinati e con convenzione a termine ».


Peraltro, tali rigorosi limiti al ricorso da parte della pubblica amministrazione di incarichi esterni e, più specificamente, di collaborazioni coordinate e continuative, erano stati già da tempo individuati dalla giurisprudenza del giudice erariale.

La Corte dei Conti <sup>(8)</sup> ha ripetutamente affermato che il conferimento di incarichi esterni da parte delle pubbliche amministrazioni soggiace alla verifica della sussistenza di determinate condizioni, e precisamente:

- 1) la rispondenza dell'incarico agli obiettivi dell'amministrazione conferente;
- 2) l'impossibilità per l'amministrazione conferente di procurarsi all'interno della propria organizzazione le figure professionali idonee allo svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico;
- 3) la specifica indicazione delle modalità e dei criteri di svolgimento dell'incarico;
- 4) la temporaneità dell'incarico;
- 5) la proporzione tra i componenti erogati all'incaricato e le utilità conseguite dall'amministrazione conferente.

La medesima giurisprudenza ha altresì precisato che, nel caso in cui abbia a difettare anche una sola delle riferite condizioni, il confe-

---

<sup>(7)</sup> In  *Pubblico impiego*.

<sup>(8)</sup> C. Conti, reg. Sicilia, sez. giur., 8 giugno 2001 n. 110/a, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2001, 150; C. Conti, reg. Puglia, sez. giur., 14 marzo 2001 n. 200, *ivi*, 278; C. Conti, reg. Friuli Venezia Giulia, sez. giur., 17 gennaio 2000 n. 4, in *Comuni Italia*, 2000, 746.

ramento dell'incarico sarebbe illecito ed il compenso ad esso conseguente costituirebbe ingiusto depauperamento delle finanze dell'Ente.

L'elaborazione di tali limiti è evidentemente legata ai principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa nonché di salvaguardia e contenimento della spesa pubblica (articolo 97 Cost.) e di accesso all'impiego pubblico mediante concorso (articolo 51 Cost.) <sup>(9)</sup>.

## 2. Il lavoro a progetto e l'esclusione della pubblica amministrazione.

Con l'attuazione della legge delega n. 30/2003 (c.d. Legge Biagi) di riforma del mercato del lavoro, la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative — peraltro limitata alle norme processuali ed all'articolo 2113 c.c. oltre che alle norme previdenziali e fiscali <sup>(10)</sup> — è stata profondamente modificata <sup>(11)</sup>.

L'articolo 61 del decreto legislativo n. 276/2003 attuativo della legge delega n. 30/2003 dispone che « i rapporti di collaborazione

---

<sup>(9)</sup> Secondo R. VIVALDI, L. BUSICO, *Le collaborazioni coordinate e continuative nelle amministrazioni pubbliche*, 2003, n. 11, in *www.lexitalia.it*, il ricorso sistematico da parte delle pubbliche amministrazioni alle collaborazioni coordinate e continuative costituisce violazione dei principi costituzionali di cui all'art. 51 e 97 Cost. A tal proposito i medesimi Autori ricordano l'affermazione contenuta nella deliberazione 22 luglio 1994 n. 33 della C. Conti, Sezione controllo enti, circa il fine di evitare che gli affidamenti di incarichi a terzi « si traducano in forme atipiche di assunzione », nonché l'affermazione della C. Cost. nella sentenza 4 gennaio 1999 n. 1, secondo cui « in un ordinamento democratico [...] il concorso pubblico resta il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizione di imparzialità ed al servizio esclusivo della nazione ».

<sup>(10)</sup> Occorre ricordare che le « vecchie » collaborazioni coordinate e continuative, sono richiamate solo da qualche scarna disposizione normativa e costituiscono, in realtà, rapporti la cui disciplina è stata prevalentemente elaborata dalla dottrina, dalla giurisprudenza e, in parte, dalla contrattazione collettiva. In particolare la generale disciplina protettiva del lavoratore parasubordinato riguarda essenzialmente: applicazione delle norme sul processo del lavoro (art. 409, n. 3, c.p.c.); applicazione della disciplina delle rinunzie e transazioni (art. 2113 c.c.); tutela previdenziale pensionistica, per la maternità, gli assegni familiari (art. 2, comma 26 e ss., l. n. 335/1995; art. 1, comma 212 e ss., l. n. 662/1996; l. n. 449/1997; art. 80, comma 12, l. n. 388/2000; art. 64, d.lgs. n. 51/2001) e contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (art. 5, d.lgs. n. 38/2000); applicazione del regime fiscale del lavoratore dipendente (art. 34, l. n. 342/2000); riconoscimento della libertà sindacale e del diritto di sciopero. Per un approfondimento sulla disciplina del lavoro parasubordinato si veda A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 11 ss.

<sup>(11)</sup> Cfr. i contributi nella Parte II, Sez. (A) e Sez. (B), di questo volume.

coordinata e continuativa [...] di cui all'art. 409 c.p.c. devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa ».

Si tratta del c.d. lavoro a progetto le cui norme non introducono una nuova fattispecie di lavoro autonomo, ma si limitano a dettare una disciplina per i rapporti, comunque di lavoro autonomo, caratterizzati da collaborazione coordinata e continuativa con il committente.

Tuttavia, il medesimo decreto legislativo ha escluso dal proprio ambito di applicazione le amministrazioni pubbliche.

La legge delega n. 30/2003 di riforma del mercato del lavoro all'articolo 6 prevede che « le disposizioni degli articoli da 1 a 5 [che conferiscono al Governo la delega per il riordino della disciplina in materia di intermediazione nella somministrazione di lavoro, di contratti a contenuto formativo, di lavoro a tempo parziale, temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale, accessorio e a prestazioni ripartite nonché in materia di certificazione dei rapporti di lavoro] non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate ». Allo stesso modo l'articolo 1, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003 attuativo della legge delega prevede che « il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale » <sup>(12)</sup>.


Ciò significa che le pubbliche amministrazioni potranno continuare ad avvalersi di collaborazioni coordinate e continuative alle quali continuerà ad applicarsi la disciplina loro propria <sup>(13)</sup> purché nel rispetto dei limiti imposti al ricorso a collaborazioni esterne.

In tal senso si è espresso il Dipartimento della funzione pubblica, con parere del 3 febbraio 2004 <sup>(14)</sup>, ribadendo che nella pubblica amministrazione non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 276/2003. Pertanto, per l'affidamento di incarichi di collaborazione

---

<sup>(12)</sup> L'art. 86, comma 8, d.lgs. n. 276/2003 ha, inoltre, previsto che il Ministro per la funzione pubblica convochi le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del decreto legislativo, anche ai fini dell'eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi nella materia.

<sup>(13)</sup> Per la disciplina delle « vecchie » collaborazioni coordinate e continuative si rimanda alla nota n. 6.

<sup>(14)</sup> In  *Pubblico impiego*.

coordinata e continuativa le pubbliche amministrazioni dovranno fare riferimento a quanto previsto dall'articolo 7, comma 6, decreto legislativo n. 165/2001 e dall'articolo 110, comma 6, decreto legislativo n. 267/2000, fermo restando che, per l'affidamento di consulenze e delle correlate responsabilità, debbono essere osservati tutti i requisiti evidenziati dalla giurisprudenza del giudice erariale.

Il Dipartimento ha, comunque, precisato che « in previsione della futura armonizzazione, nella costituzione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa la pubblica amministrazione committente può sempre tenere presente, per gli aspetti della configurazione pratica del rapporto e quali elementi fondamentali, il programma da realizzare o la fase di lavoro da eseguire ad opera del collaboratore, pur nella tradizionale cornice giuridica del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa ».

A parere della dottrina i motivi che hanno indotto il legislatore ad optare per l'esclusione della pubblica amministrazione dall'ambito di applicazione del lavoro a progetto sono molteplici.

Secondo alcuni Autori la ragione di tale esclusione è riconducibile allo scopo — espressamente dichiarato dall'intervento legislativo — di aumentare il tasso di occupazione e favorire così la crescita occupazionale. È ovvio che nel settore pubblico — caratterizzato da un eccesso di personale rispetto ai reali bisogni — non avrebbe senso pensare a misure volte ad ampliare il numero di occupati <sup>(15)</sup>.

Altri sostengono che, pensando alla categoria dei medici convenzionati del servizio sanitario nazionale e a categorie affini, non si possa imporre a costoro — che svolgono attività normale che non richiede alcuna speciale « ideazione » e che comunque hanno un rapporto genuino, senza alcuna necessità di tutela — un « progetto o programma » <sup>(16)</sup>.

Da un altro punto di vista è stato sostenuto che l'esclusione dall'ambito di applicazione del lavoro a progetto della pubblica amministrazione sarebbe in contrasto con lo scopo della riforma.

L'affermazione è legata alla circostanza che la nuova disciplina del lavoro a progetto è finalizzata ad impedire l'utilizzo improprio e fraudolento delle collaborazioni coordinate e continuative in elusione

---

<sup>(15)</sup> A. BELLAVISTA, *Alcune considerazioni sulla legge n. 30/2003*, in *LG*, 2003, n. 8, 706.


<sup>(16)</sup> M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *LG*, 2003, n. 9, 817.

della normativa inderogabile di diritto del lavoro <sup>(17)</sup>. Negli ultimi anni, invece, proprio nel settore pubblico si è riscontrato il frequente ricorso a collaborazioni esterne aventi ad oggetto attività di tipo meramente esecutivo e manuale, non caratterizzate da elevata professionalità, ciò al fine di superare il blocco delle assunzioni a tempo indeterminato disposto dalle ultime leggi finanziarie.

L'esclusione delle pubbliche amministrazioni dalla disciplina del lavoro a progetto implicitamente permette alle stesse di continuare ad avvalersi della vecchia tipologia della collaborazione coordinata e continuativa con ciò favorendo il perpetuarsi di pratiche elusive dei vincoli legali già esistenti <sup>(18)</sup>.

La delimitazione del lavoro a progetto al settore privato — sancito dall'articolo 1, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003 — trova implicita conferma anche nella legge n. 350/2003 (Legge Finanziaria 2004) <sup>(19)</sup>. L'articolo 2, comma 65, di tale norma dispone, infatti, che le amministrazioni pubbliche, nei limiti di spesa previsti dalla legge 27 dicembre 2002, n. 289 — Legge Finanziaria 2003 <sup>(20)</sup> —, possono avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> In tal senso la circ. Min. lav. interpretativa n. 1/2004, in  *Lavoro a progetto*.

<sup>(18)</sup> M. LANOTTE, *Il campo di applicazione: l'esclusione delle pubbliche amministrazioni*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato di lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (art. 1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004, 54 ss. L'Autore aggiunge che, nell'ipotesi di rapporti formalmente qualificati come collaborazioni, ma nella sostanza caratterizzati da un vincolo di subordinazione — qualora si addivenisse ad una estensione del lavoro a progetto anche alla pubblica amministrazione — non sarebbe possibile applicare la sanzione della trasformazione del rapporto di collaborazione in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con decorrenza dalla data di costituzione del rapporto stesso — previsto dall'art. 69, d.lgs. n. 276/2003 — stante le speciali norme sul reclutamento dei dipendenti pubblici, residuando per il lavoratore una sola tutela di tipo risarcitorio.

<sup>(19)</sup> In  *Lavoro a progetto*. M. LANOTTE, *op. cit.*, 56.

<sup>(20)</sup> In  *Pubblico impiego*.

<sup>(21)</sup> La possibilità di avvalersi di contratti di collaborazione coordinata e continuativa è altresì richiamata in altre disposizioni della l. n. 289/2002 (art. 2, commi 62 e 68) con riferimento a singole amministrazioni. Vengono in tal modo superati alcuni dubbi che erano stati sollevati dal disegno di legge della Finanziaria 2004 che, in deroga alla l. n. 30/2003 e al decreto legislativo di attuazione, ammetteva per le pubbliche amministrazioni la possibilità di stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa (per un commento sul disegno di legge della Finanziaria 2004 in relazione

### 3. La circolare del Dipartimento della funzione pubblica del 15 luglio 2004.

Da ultimo occorre ricordare la recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, del 15 luglio 2004 recante disposizioni relative ai presupposti e limiti alla stipula di collaborazioni coordinate e continuative da parte della pubblica amministrazione ed al regime fiscale e previdenziale <sup>(22)</sup>.

La circolare, dopo aver ribadito l'inapplicabilità delle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 276/2003 alle pubbliche amministrazioni ed al loro personale, elenca i presupposti che legittimano il ricorso a rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

In proposito il testo richiama i principi guida elaborati dalla Corte dei Conti ed evidenzia che il ricorso a tale tipologia contrattuale deve avvenire solo per prestazioni di elevata professionalità nelle quali l'elemento dell'autonomia deve risultare prevalente.

Tutti gli elementi individuati dalla Corte dei Conti devono risultare dal contratto e l'attribuzione dell'incarico di collaborazione deve risultare da atto scritto nel quale saranno indicati l'oggetto della prestazione e la durata della collaborazione.

La necessità di ricorrere ad un incarico di collaborazione esterna deve, dunque, costituire un rimedio eccezionale per far fronte ad esigenze peculiari per le quali l'amministrazione necessita dell'apporto di apposite competenze professionali.

La circolare prosegue individuando l'oggetto dell'incarico, ossia il contenuto della prestazione.

Poiché l'articolo 7, comma 6, decreto legislativo n. 165/2001, si riferisce « ad esperti di comprovata competenza », oggetto dell'incarico è una prestazione d'opera intellettuale da affidarsi, ad esempio, a coloro che esercitano un'attività per la quale è richiesta un'abilitazione all'esercizio della professione e l'iscrizione in appositi albi oppure in prestazioni di altro tipo non reperibili nel settore pubblico.

La circolare sottolinea che, poiché il collaboratore coordinato e continuativo difetta del requisito indispensabile dell'incardinazione, in mancanza di un'eventuale ed espressa procura, non potrà mai agire per conto dell'amministrazione.

---

alle nuove collaborazioni a progetto si veda M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto nelle pubbliche amministrazioni*, in *LG*, 2003, n. 11, 1023 ss.).

<sup>(22)</sup> In  *Pubblico impiego*.



Il punto quattro del testo ministeriale è dedicato all'esame degli elementi caratteristici del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.

Tali sono: la continuità — in contrapposizione alla occasionalità — intesa quale prestazione che si protrae nel tempo e la cui durata deve essere definita in sede negoziale; la coordinazione che, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, è costituita dal vincolo funzionale tra l'opera del collaboratore e l'attività del committente e comporta una stretta connessione con le finalità di quest'ultimo; la prestazione prevalentemente personale in virtù della quale il ricorso a propri collaboratori risulta decisamente limitato.

Ma il criterio discrezionale prevalente è necessariamente l'assenza del vincolo di subordinazione.

A tal proposito il Ministero precisa che non è possibile applicare automaticamente gli istituti tipici del lavoro subordinato. Da ciò deriva l'impossibilità di attribuire al collaboratore giorni di ferie, l'impossibilità, per il committente, di scegliere o programmare il periodo di riposo in maniera unilaterale, l'esclusione dei collaboratori dal diritto di buoni pasto.

In caso di stipulazione del contratto al di fuori dei presupposti di legge, la tutela accordabile al collaboratore delle amministrazioni pubbliche è di natura esclusivamente risarcitoria e cioè nei limiti dell'articolo 2126 c.c. non potendo determinarsi la conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in considerazione delle speciali norme di accesso mediante concorso alla pubblica amministrazione.

In tema di adempimenti conseguenti alla stipula di contratti di collaborazione coordinata e continuativa, il testo della circolare precisa che le pubbliche amministrazioni sono tenute, al pari dei committenti privati, agli adempimenti di natura fiscale, previdenziale ed assicurativi previsti dalle rispettive discipline di settore.

Sono tenute, inoltre, in caso di instaurazione di rapporti di lavoro autonomo in forma coordinata e continuata, a dare comunicazione contestuale al centro territoriale competente nel cui ambito territoriale è ubicata la sede di lavoro. In tale comunicazione sono indicati in dati anagrafici del lavoratore, la data di stipula e di cessazione del contratto, la tipologia contrattuale nonché il trattamento economico e normativo.



## 2.

# L'ADESIONE VOLONTARIA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE AL LAVORO A PROGETTO: LUCI E OMBRE DI UNA IPOTETICA CERTIFICAZIONE DEL CONTRATTO

PIERLUIGI RAUSEI

SOMMARIO: 1. L'adesione volontaria della Pubblica Amministrazione al lavoro a progetto. — 2. La certificazione dei contratti della Pubblica Amministrazione nella legge n. 30/2003. — 3. Fattibilità e attualità di una certificazione della co.co.co. a progetto stipulata dalla Pubblica Amministrazione.


### 1. L'adesione volontaria della Pubblica Amministrazione al lavoro a progetto.

Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, facendo seguito, con l'articolo 1, comma 2, a quanto stabilito nella delega disposta dall'articolo 6 della legge 14 febbraio 2003, n. 30, ha espressamente dichiarato la totale inapplicabilità delle disposizioni normative contenute nello stesso decreto attuativo ai rapporti di lavoro con le P.A. <sup>(1)</sup>.

In tale prospettiva, l'articolo 86, comma 8, attribuisce al Ministro per la funzione pubblica il potere di convocare le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti della P.A. al fine di esaminare congiuntamente tutti gli eventuali profili di armonizzazione, anche per la predisposizione di provvedimenti legislativi *ad hoc*.

Da questa considerazione generale deriva che per la P.A. è precluso il ricorso al contratto di lavoro a progetto così come normato dagli articoli 61 e ss. del decreto legislativo n. 276/2003, potendo invece

---

<sup>(1)</sup> Cfr. il parere del Dipartimento della funzione pubblica 3 febbraio 2004, n. 189, nonché, del medesimo Dipartimento, la successiva circ. n. 4/200, in  *Pubblico impiego* e in *Boll. Adapt*, n. 28.

ancora ricorrere, nei limiti stabiliti dalla legge, al contratto di collaborazione coordinata e continuativa (2).

Peraltro, nel contesto dell'attuale organizzazione degli uffici pubblici, l'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (3), stabilisce che « le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro », confermando il potere riconosciuto e attribuito ai dirigenti della P.A. di provvedere e attendere all'organizzazione dei propri uffici e delle risorse (umane, finanziarie e strumentali) assegnate.

Proprio in ragione del potere « contrattuale » tipico del datore di lavoro riconosciuto ai dirigenti pubblici si è andato sviluppando nel tempo, a far data dalla fine degli anni Novanta, il ricorso alle « collaborazioni » esterne, ai sensi dell'articolo 2222 c.c., nel tentativo di venire incontro alle esigenze dell'utenza e al carico di lavoro delle amministrazioni, cercando di fornire risposte agili e tempestive alle necessità volta a volta sollevate, di natura emergente temporanea, ma tendenzialmente strutturale, nell'impossibilità (blocco delle procedure di concorso) o nella difficoltà (vincoli particolarmente rilevanti) di procedere ad aumentare l'organico stabilmente in servizio (4).

D'altro canto, più di recente si è fatto un massiccio ricorso alla stipula dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa nelle P. A., non più con riferimento soltanto ad alcuni specifici comparti, ma diffusamente (5).

Tanto ciò si è attestato che la scelta (talora anche impropria) di tali contratti non è stata ritenuta sempre in linea con i più rigorosi principi

---

(2) Si vedano in proposito le riflessioni di M. Rossi, *Il lavoro coordinato e continuativo nella Pubblica Amministrazione*, che precede Cfr. la nota del Dipartimento della funzione pubblica del 18 novembre 2003.

(3) In *📖 Pubblico impiego*.

(4) Il riferimento normativo esplicito si rinviene per le P.A. in genere nell'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001 (« Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche ») e per le amministrazioni locali nell'art. 110, comma 6, del d.lgs. n. 267/2000 (« Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali »), in *📖 Pubblico impiego*.

(5) Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso per due*, in Id. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, Bologna, 2004, 734-735.

dell'ordinamento contabile, obbligando il legislatore nazionale a precisi interventi volti al contenimento della spesa pubblica con riguardo proprio alle collaborazioni <sup>(6)</sup>.

La circolare n. 4/2004 del 15 luglio 2004 del Dipartimento della funzione pubblica riconosce che le collaborazioni coordinate e continuative pongono alla P.A. non pochi problemi (dalla corretta individuazione dei presupposti che ne legittimano la sussistenza alla immediata valutazione di tutele specifiche per i collaboratori non previste normativamente) al punto da ammettere che « la posizione dei collaboratori coordinati e continuativi delle amministrazioni pubbliche è senz'altro più debole rispetto al settore privato », dove l'articolo 61 del decreto legislativo n. 276/2003 impone, appunto, la riconducibilità delle prestazioni rese in collaborazione ad un progetto specifico ovvero ad un programma di lavoro.

D'altro canto, non può tacersi della posizione recentemente assunta, in via generale, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con riferimento a tutta quella « altra metà del cielo » dei soggetti esclusi dall'applicazione delle norme sul lavoro a progetto <sup>(7)</sup>.

Il riferimento è alla nota della Direzione generale per la tutela delle condizioni di lavoro del 15 dicembre 2004 <sup>(8)</sup> che, rispondendo alla Federazione italiana editori giornali (FIEG) in merito all'applicabilità ai giornalisti iscritti all'albo, nell'elenco pubblicitari, delle norme sul lavoro a progetto, da un lato richiama l'esclusione normativa espressa, ma dall'altro riconosce e sottolinea che « nulla esclude che le parti possano, perseguendo l'obiettivo di elevare le reciproche garanzie, concordare la riconduzione dei rapporti in questione alla disciplina delle collaborazioni a progetto ».


In buona sostanza se ne ricava che sebbene obiettivamente ed espressamente escluse dall'ambito di operatività della normativa sul lavoro a progetto, le parti di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa possono aderire volontariamente e spontaneamente alle diverse e più forti tutele previste dagli articoli 61 e ss. del decreto legislativo n. 276/2003.

Vi è da chiedersi, allora, se nelle more della armonizzazione richiesta dall'articolo 86, comma 8, la P.A. committente di un collabo-

---

<sup>(6)</sup> Si vedano la Legge Finanziaria 2003 (art. 34, comma 13, della l. n. 289/2002) e la Legge Finanziaria 2004 (art. 3, comma 53, della l. n. 350/2003).

<sup>(7)</sup> Vedi ancora M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 735.

<sup>(8)</sup> In  *Boll. Adapt*, 2004, n. 47.

ratore coordinato e continuativo possa, d'accordo con questi, aderire volontariamente e consensualmente alle disposizioni normative dettate per il lavoro a progetto.

In questa prospettiva, peraltro, si coglie quella attenzione del Dipartimento della funzione pubblica « ad adottare criteri che impediscano un uso elusivo e distorto di tale forma contrattuale » — circolare 15 luglio 2004.

A fronte della portata generale dell'esclusione operata dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003 si sarebbe tentati di escludere *a priori* la praticabilità dell'adesione volontaria al progetto per il committente pubblico <sup>(9)</sup>.

D'altro canto, però, la norma richiamata non è posta come divieto, né altrove è stabilita una espressa sanzione per le parti che ne violino il precetto: l'articolo 1, comma 2, si limita ad affermare che il decreto « non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale ».

A fronte, allora, della nota ministeriale del 15 dicembre 2004 non può escludersi radicalmente la legittimità, in astratto, del consenso espressamente manifestato dalla P.A. committente e dal collaboratore rispetto ad un preciso assoggettamento della disciplina contrattuale individuale alle tutele stabilite per il lavoro a progetto.

Senza dubbio, tuttavia, peseranno sull'opzione operata dal dirigente (o dal responsabile del settore o del servizio) due non irrilevanti fattori: il vincolo della spesa pubblica, da un lato, e i criteri di attribuzione della responsabilità contabile e per danno erariale, dall'altro <sup>(10)</sup>.

Peraltro, l'adesione volontaria al progetto da parte del committente pubblico e del collaboratore della P.A. potrebbe trovare una propria definitiva consacrazione nel contesto di una certificazione del contratto

---

<sup>(9)</sup> In questo senso anche A. PERULLI, *Commento all'articolo 61*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 738, il quale segnala che l'esclusione della P.A. rileva per la dimensione quantitativa del fenomeno e soprattutto « perché sono proprio le collaborazioni attivate nel settore pubblico a rappresentare facili vie di fuga dal lavoro subordinato, vuoi per evitare i costi del rapporto di lavoro *standard* vuoi per ovviare a limitazioni e divieti di assunzione stabile, e quindi a connotarsi, non di rado, con quei tratti abusivi che la riforma — almeno nelle intenzioni — vorrebbe sradicare ».

<sup>(10)</sup> Vedi sul punto C. ZOLI, *Finalità e campo di applicazione*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *op. cit.*, 30-34.

di lavoro a progetto stipulato per adesione volontaria, nella prospettiva di prevenire e combattere il fenomeno delle « pseudo-co.co.co. », a garanzia della maggiore efficienza della P.A. e, al contempo, di un *better job* per il lavoratore che con quella collabora.

## **2. La certificazione dei contratti della Pubblica Amministrazione nella legge n. 30/2003.**

Tuttavia, il riferimento alle procedure di certificazione non appare di primo acchito agevolmente percorribile.

Volendo riandare, anzitutto, ad una disamina dei principi fissati dall'articolo 5, comma 1, della legge delega, in primo luogo occorre evidenziare come non tutti i rapporti di lavoro potevano essere individuati dal legislatore delegato per essere sottoposti al procedimento di certificazione.

Ne risultavano, infatti, espressamente esclusi proprio quelli che sorgono nell'ambito delle P.A., tanto statali che periferiche o territoriali, così come ribadito con forza dall'articolo 6 che esclude appunto dall'ambito di operatività della delega di cui all'articolo 5 il « personale delle pubbliche amministrazioni ».

A guardar bene fra le righe della legge n. 30/2003, peraltro, emerge come il legislatore abbia voluto testualmente escludere dalla applicabilità del nascente istituto lavoristico i rapporti sorti « alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche ».

La precisazione potrebbe indurre in errore l'interprete laddove si volesse riempire di contenuto l'espressione secondo una chiave ermeneutica fondata su una lettura testuale del dato normativo, giacché parlando di relazioni lavorative « alle dipendenze » dell'ente pubblico, il legislatore delegante parrebbe volgersi ad escludere dalla certificazione i rapporti che abbiano una natura di colleganza vincolistica con la P.A., lasciando tuttavia libero il Governo di prevedere una apertura alle ipotesi di contratti di lavoro non già riferibili alla subordinazione <sup>(11)</sup>.

Or bene una lettura simile, seppure consentita dal tenore testuale della legge, cozza integralmente con la *voluntas legis* così come manifestata anche in sede di dibattito parlamentare, pertanto dovevano ritenersi esclusi dall'ambito di applicazione del decreto delegato scaturito dall'articolo 5 della legge n. 30/2003, tutti i rapporti di lavoro

---

<sup>(11)</sup> Sia consentito fare rinvio per queste argomentazioni a P. RAUSEI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DPL, 2003, 10, inserto, XVI.

comunque sorti « nell'ambito » della P.A., originati o meno da contratti *ab initio* qualificabili come lavoro subordinato, autonomo o atipico.

Ben è vero, tuttavia, che tale impostazione è stata, fin da subito, coralmemente criticata <sup>(12)</sup>, sul presupposto che l'esclusione della P.A. dal ricorso alle procedure di certificazione dei contratti di lavoro non appariva giustificabile proprio con riferimento all'adozione presso le P.A. dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa che, al contrario dei rapporti di lavoro di natura subordinata, non sono soggetti a procedure concorsuali di accesso né ad altre ipotesi di selezione pubblica, ma permangono privi di garanzie di terzietà e rimessi all'arbitrio del committente pubblico che propone al lavoratore la collaborazione.

### **3. Fattibilità e attualità di una certificazione della co.co.co. a progetto stipulata dalla Pubblica Amministrazione.**

Alla luce dei contenuti degli articoli 75 e ss. del decreto legislativo n. 276/2003, le critiche all'esclusione dell'applicabilità dell'istituto della certificazione anche ai contratti di lavoro stipulati con la P.A. si sono riproposte e rafforzate <sup>(13)</sup>.

In forza del percorso sopra delineato di una utilizzabilità « volontaria » e/o « spontanea » della tipologia contrattuale del lavoro a progetto da parte delle P.A., appare foriera di buone argomentazioni la prospettazione di un possibile ricorso alla certificazione dello stesso.

Da un lato, senza meno, rileva il dato normativo già richiamato dell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003 che, come detto, esclude l'applicazione del decreto alla P.A., ma dall'altro lato riveste un peso specifico il riconoscimento implicito di un'adesione del committente pubblico al « progetto », determinato dalla semplice con-

---

<sup>(12)</sup> Cfr. L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal « Libro Bianco » al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002, 99; L. NOGLER, *Il nuovo istituto della « certificazione » dei contratti di lavoro*, in MGL, 2003, 111; M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in LG, 2003, 817.

<sup>(13)</sup> Così V. SPEZIALE, *La finalità e gli effetti della nuova disciplina e le ipotesi nelle quali è possibile utilizzare la procedura di certificazione*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali, a progetto e occasionali*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. IV, 155; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *op. cit.*, 893.



statazione che il più (co.co.co. a progetto *ex* articolo 61, decreto legislativo n. 276/2003) contiene il meno (co.co.co. *ex* articolo 409, n. 3, c.p.c.), in termini di tutele.

Se, dunque, così è o, quanto meno, può essere, e fin qui il tracciato interpretativo appare idoneo a superare, restringendolo, il dato normativo che non s'impone in termini di obblighi/divieti, non v'è nulla che possa impedire, in astratto, alle parti di sottoporsi, contestualmente alla stipula della collaborazione a progetto, ad una procedura di certificazione dinanzi alle commissioni costituite presso l'Università o presso le Direzioni provinciali del lavoro <sup>(14)</sup>.

Se l'ente pubblico decide di stipulare un contratto di lavoro a progetto (su base volontaria) non può essere astrattamente impedito nel presentare apposita istanza di certificazione, specie laddove è il lavoratore/collaboratore a chiedere di dare « certezza » al contratto al quale anch'egli spontaneamente aderisce per maggior tutela.

In termini di mera possibilità giuridica, dunque, si potrebbe essere portati, leggendo il dato letterale normativo nel senso anzidetto, a ritenere praticabile siffatta ipotesi di una istanza di certificazione comune al committente pubblico e al collaboratore della P.A. « a progetto ».

Tuttavia, l'analisi della fattibilità e dell'attualità di una certificazione dell'ipotetico lavoro a progetto della P.A. va condotta in una prospettiva necessitata di luci e di ombre.

Altro discorso, infatti, deve essere svolto con riguardo alla reazione della commissione di certificazione adita.

A ben guardare, la commissione dovrebbe procedere a dichiarare l'istanza irricevibile o, comunque, improcedibile perché proposta da soggetti che non hanno la necessaria *facultas agendi* in ragione della veste di P.A. del datore di lavoro/committente e per un contratto che le stesse parti non possono astrattamente stipulare <sup>(15)</sup>.

Sotto altro profilo, peraltro, si tratta comunque di « parti di un contratto di lavoro », che, ai sensi dell'articolo 75 del decreto legislativo n. 276/2003, risultano, sempre in astratto, legittimate a presentare

---

<sup>(14)</sup> Il ricorso alle altre categorie di *certifier* (enti bilaterali e Province) appare invece meno praticabile, per ragioni di congrua opportunità.

<sup>(15)</sup> In questo senso ad esempio dovrebbero muovere le determinazioni della commissione di certificazione insediata presso la Direzione provinciale del lavoro, in ragione delle previsioni normative contenute nel d.m. 21 luglio 2004 e delle precisazioni ministeriali di cui alla circ. n. 48/2004. Cfr. P. RAUSEI, *La certificazione dei contratti presso le DPL*, in *DPL*, 2005, 12; M. PARISI, *Le Direzioni provinciali del lavoro*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

un'istanza di certificazione e ad ottenere la certificazione di un contratto di lavoro a progetto che rivesta tutti gli elementi e i requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dalla legge <sup>(16)</sup>.

D'altra parte, posto che la commissione di certificazione decida di procedere, occorre domandarsi se il provvedimento di certificazione avrà comunque e sempre gli effetti dell'articolo 79 del decreto legislativo n. 276/2003.

Su un piano di stretto diritto la risposta a tale interrogativo deve essere sicuramente negativa, ma se l'interpretazione dell'articolo 1, comma 2, del decreto deve apprezzarsi nel senso sopra indicato, allora residua la possibilità che il contratto di lavoro a progetto con la P.A. risulti certificato con piena efficacia fra le parti e nei riguardi dei terzi.

L'assunto muoverebbe dalla scelta della P.A. di contrattare una collaborazione coordinata e continuativa a progetto/programma, aderendo spontaneamente e consensualmente col collaboratore al relativo schema negoziale, per poi « certificare » l'opzione contrattuale mediante la procedura allo scopo prevista per la generalità dei contratti di lavoro.

Il rigore della disposizione normativa, dunque, nell'ipotesi della certificazione di un lavoro a progetto stipulato con la P.A., si contrappone al possibile incedere di una prassi in assoluto contrasto, volta ad estendere l'area di applicabilità degli istituti introdotti dal decreto legislativo n. 276/2003 al datore di lavoro pubblico, nel rispetto più generale dei principi dell'ordinamento.

In tale prospettiva, peraltro, si raggiungerebbe l'agognato duplice obiettivo di dare effettiva garanzia di legittimità alla condotta del dirigente o del funzionario responsabile che ha proceduto all'attivazione e alla stipula della collaborazione, ponendo nello stesso tempo il collaboratore in uno stato di piena consapevolezza dell'effettiva natura del contratto dallo stesso sottoscritto e delle tutele derivanti <sup>(17)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> Vedi sul punto A. ZEPPIERI, *La certificazione del lavoro a progetto*, in G. PERONE, A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 234-243.

<sup>(17)</sup> Cfr. per analoghe argomentazioni C. ZOLI, *op. cit.*, 36.

SEZIONE B  
GLI ALTRI LAVORI FLESSIBILI

3.

**PROSPETTIVE DI APPLICAZIONE DEI LAVORI FLESSIBILI  
ALLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**

ANTONELLA VALERIANI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La specialità del pubblico impiego. — 3. Il processo di armonizzazione fra lavoro pubblico e privato. — 4. Le forme contrattuali flessibili del pubblico impiego: il lavoro a tempo determinato. — 4.1. *Segue*: il contratto di formazione e lavoro. — 4.2. *Segue*: il part-time. — 4.3. *Segue*: dal lavoro interinale al contratto di somministrazione. — 4.4. *Segue*: il distacco. — 4.5. *Segue*: le collaborazioni coordinate e continuative. — 4.6. *Segue*: il telelavoro. — 4.7. *Segue*: i lavori socialmente utili. — 5. Una prima conclusione.

**1. Premessa.**

Lo schema contrattuale tipico del pubblico impiego è da sempre stato quello del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, cui si accede tramite il superamento di una prova concorsuale.

La necessità di riscontrare il mutato contesto economico-sociale, unitamente alla recuperata consapevolezza da parte del cittadino dei propri diritti nei confronti dello Stato, hanno indotto la pubblica amministrazione a superare quella staticità, anche ordinamentale, che la caratterizzava.

In questa prospettiva, i principi di efficacia, imparzialità ed economicità richiamati con forza dalla legge sul procedimento amministrativo degli anni Novanta, imponevano una drastica rivisitazione degli apparati burocratici degli enti pubblici nonché una maggiore flessibilizzazione dei rapporti di lavoro <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> In tal senso, si consenta il rinvio a C. Cost. 16 ottobre 1997 n. 309,

Accanto ai contratti di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato, hanno finito, pertanto, col comparire nuove tipologie contrattuali: dal part-time al contratto di formazione e lavoro, dalle collaborazioni coordinate e continuative al lavoro interinale, dal tele-lavoro ai lavori socialmente utili.


È su questo fenomeno, che ha segnato la pubblica amministrazione anche nel suo interno, che ci si soffermerà nel presente contributo. In particolare, si cercherà di passare, in veloce rassegna, le diverse tipologie di lavoro attualmente adottate nel pubblico impiego, riflettendo sulle possibili implicazioni che su di esse ha avuto (o potrà avere) l'adozione della c.d. « riforma Biagi ».

## 2. La specialità del pubblico impiego.

L'articolo 36 del decreto legislativo n. 165/2001 <sup>(2)</sup>, stabilisce, al comma 1, che le amministrazioni pubbliche possono avvalersi, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale, di forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale medesimo. Ciò, prendendo a prestito gli istituti previsti dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. La suddetta norma rinvia, poi, alla contrattazione collettiva nazionale quanto alla disciplina delle singole tipologie contrattuali, la quale, comunque, deve esser tracciata in applicazione di quanto previsto dalla normativa primaria di riferimento nonché da ogni successiva modificazione o integrazione che il legislatore intenda apporre alla stessa.

Il comma 2 precisa, poi, che l'eventuale violazione delle norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche, non può, in ogni caso, comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le amministrazioni medesime. Ciò, ferma restando ogni diversa responsabilità e sanzione, sia in termini di risarcimento del danno sofferto dal lavora-

---

in  *Pubblico impiego*, laddove chiarisce che attraverso l'adozione di un modello « privatistico », il legislatore ha voluto « garantire, senza pregiudizio dell'imparzialità, anche il valore dell'efficienza contenuto nel precetto costituzionale, grazie a strumenti gestionali che consentono, meglio che in passato, di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività ovvero una sua ben più flessibile utilizzazione. Dati, quest'ultimi, dei quali la Corte ha sottolineato il carattere strumentale rispetto al perseguimento della finalità del buon andamento della pubblica amministrazione ».

<sup>(2)</sup> Cfr. d.lgs. n. 165/2001, recante « Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche », in  *Pubblico impiego*.

tore interessato, sia con riferimento alle conseguenze risarcitorie addebitabili allo stesso dirigente responsabile della violazione.

Dalla lettura della norma qui succintamente riportata si può già avanzare una prima considerazione. La disciplina attualmente in vigore per il pubblico impiego rappresenta un'esemplare manifestazione, da un lato, della consapevolezza del legislatore dell'evolversi del processo di « uniformazione » dei rapporti di lavoro pubblici e privati; dall'altro, delle ineludibili specificità del primo, dovute allo stesso radicamento costituzionale di alcuni principi che lo governano. Basti pensare alle modalità di reclutamento del personale, che debbono avvenire necessariamente per pubblico concorso.

È proprio in ragione di tali peculiarità che il legislatore, nell'estendere al settore pubblico la disciplina privatistica dei rapporti di lavoro, ivi comprese le forme flessibili che sono state introdotte in questi ultimi anni, ha fissato vincoli rigorosi con riferimento alle possibili conseguenze di un utilizzo illecito degli istituti gius-lavoristici, escludendo *ex abrupto* la possibilità della conversione del rapporto di lavoro atipico in lavoro a tempo indeterminato <sup>(3)</sup>.

La *ratio* sottesa ad una simile previsione normativa è nota e consiste nell'evitare che attraverso assunzioni precarie si finisca per perpetrare un meccanismo subdolo e poco corretto, ossia la trasformazione del contratto atipico in un'alternativa all'assunzione immediata: in questo modo, infatti, si trasformerebbe automaticamente in un rapporto di lavoro stabile senza rispetto delle procedure di selezione e della pianta organica. Con buona pace del controllo della spesa pubblica.

In realtà, vi è chi dubita della legittimità costituzionale di tale disciplina, che — effettivamente — sembra operare una sorta di disparità di trattamento fra lavoratori pubblici e privati.

Sul punto, è intervenuta di recente la Corte Costituzionale, la quale, con un'importante sentenza <sup>(4)</sup>, ha sancito a chiare lettere l'infondatezza della questione di legittimità dell'articolo 36, comma 2, con riferimento agli articoli 3 e 97 Cost.

In particolare, ha chiarito che il principio di eguaglianza non potrebbe ritenersi vulnerato in considerazione della non omogeneità delle situazioni poste a confronto, atteso che — anche dopo la cosiddetta privatizzazione — il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici

---

<sup>(3)</sup> Cfr. M. Rossi, *Il lavoro coordinato e continuativo nella Pubblica Amministrazione*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(4)</sup> Cfr. C. Cost. sentenza 13-27 marzo 2003 n. 89, in  *Pubblico impiego*.

conserverebbe fondamentali peculiarità tali da renderlo profondamente diverso dal rapporto intrattenuto con datori di lavoro privati. In altre parole, la privatizzazione riguarderebbe solamente lo svolgimento del rapporto di lavoro, ma non il momento della sua costituzione, rimanendo immutate le particolari esigenze di selezione del dipendente pubblico, a garanzia dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione che, in via di principio, impongono il ricorso alla procedura concorsuale, salvo casi eccezionali.


Più precisamente, l'esistenza del principio di cui all'articolo 97 Cost. giustificerebbe la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati.

In tale prospettiva, il legislatore sembra addirittura aver superato le indicazioni suggerite dalla giurisprudenza <sup>(5)</sup> che aveva ritenuto applicabile, anche prima della privatizzazione, la disposizione di cui all'articolo 2126 c.c., garantendo quindi al lavoratore la retribuzione per la prestazione eseguita.

Fermo restando dunque il diritto alla retribuzione, il prestatore potrà, a fronte di una violazione della disciplina giuslavoristica, far valere nei confronti dell'amministrazione anche una responsabilità extracontrattuale, per un eventuale danno all'immagine, alla reputazione, alla professionalità, alla perdita di ulteriori occasioni di lavoro.

Nonostante l'autorevole intervento della Corte, permangono alcune perplessità sulla legittimità di tale differenziazione. Da alcune parti, infatti, è stato sostenuto come l'esperimento della procedura concorsuale, imposta come corollario dei noti principi di cui al citato articolo 97 Cost., cozzerebbe con gli stessi obiettivi di flessibilità e snellezza che debbono caratterizzare l'agire amministrativo. Ciò, unitamente al fatto che, nelle tipologie di rapporto flessibile, l'assunzione mediante forme concorsuali non sarebbe imposta dal dettato costituzionale, in quanto esse non sarebbero finalizzate all'inserimento stabile e duraturo del lavoratore all'interno dell'organico dell'amministrazione.

---

<sup>(5)</sup> A tal riguardo, appare doveroso citare un'altra sentenza della C. Cost. (sentenza 22-31 marzo 1995 n. 101, in  *Pubblico impiego*), che ha ritenuto parimenti non fondata la questione di legittimità degli artt. 2126 e 2129 c.c., in riferimento all'art. 97 Cost.

Posto quanto sopra, si deve inoltre sottolineare come il legislatore, sempre nell'ottica della richiamata « specialità » del settore pubblico, abbia inteso demandare alla contrattazione collettiva nazionale un compito di cruciale importanza, ossia quello individuare nel dettaglio la peculiare disciplina delle singole tipologie contrattuali.

Non può, pertanto, meravigliare il fatto che la stessa contrattazione collettiva — facendo uso dei poteri conferitegli *ex* articolo 36 — abbia « governato il serbatoio di flessibilità messe a disposizione dal legislatore » (6). Ciò, sia grazie alla fissazione delle previsioni contrattuali (di origine, sì convenzionale, ma comunque ad efficacia generale e rafforzata nei confronti della stessa legge) che, comparto per comparto, sono state poste in essere al fine di regolare il ricorso, da parte delle amministrazioni pubbliche, ai contratti di lavoro flessibile; sia grazie alle previsioni introdotte per disciplinare quelle differenziazioni e specificazioni rispetto al settore privato ritenute necessarie ovvero opportune dalle parti collettive in ragione delle suddette peculiarità del settore pubblico.



È in questa prospettiva che assume un particolare valore, per quanto concerne gli Enti locali, il Ccnl del 14 settembre 2000, nella versione aggiornata al Ccnl del 22 gennaio 2004 (7). Tale contratto ha, infatti, portato a compimento la delegificazione delle tipologie contrattuali flessibili, ascrivendola totalmente alla disciplina di fonte negoziale e disponendo la disapplicazione di tutta la normativa pregressa ad essi inerente quando incompatibile e, comunque, il rinvio agli strumenti regolamentari per disciplinare le procedure di reclutamento.

### 3. Il processo di armonizzazione fra lavoro pubblico e privato.

La legge 14 febbraio 2003, n. 30 (più nota, come Legge Biagi), ha delegato il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi diretti a riformare il mercato del lavoro, anche alla luce delle indicazioni comunitarie contenute nella cosiddetta « Strategia Europea per l'Occupazione ».

---

(6) In tal senso, si esprime U. CARABELLI, *P.A., contratti di lavoro flessibile e riforma del mercato del lavoro: una pausa di riflessione lungo la strada della armonizzazione del lavoro pubblico e privato?*, in FORMEZ (a cura di), *Azioni di sistema per la pubblica amministrazione - Lavoro pubblico e flessibilità - Manuale operativo*, Formez, Roma, 2004, n. 17, 54 ss.

(7) In  *Boll. Adapt*, 2004, n. 3, e in  *Lavoro interinale*.

In quest'ottica, il decreto legislativo n. 276/2003, di attuazione della suddetta delega legislativa, pone fra le proprie finalità quella di introdurre nell'ordinamento italiano nuove norme volte a garantire, da un lato, una maggiore trasparenza ed efficienza del mercato del lavoro, dall'altro, un miglioramento delle capacità di inserimento professionale dei disoccupati e di quanti siano in cerca di una prima occupazione.

Il disegno innovatore è stato, pertanto, sviluppato attraverso un'articolata e complessa ridefinizione delle regole vigenti nel diritto del lavoro, anche grazie all'introduzione di nuove tipologie di lavoro flessibile. Ciò, nel dichiarato intento di aumentare il tasso di occupazione regolare e promuovere la qualità e la stabilità dei rapporti di lavoro. Si pensi alle novità introdotte per il part-time o alla soppressione della figura del contratto di lavoro interinale, ad oggi, sostituito dal contratto di somministrazione, anche nella formulazione dell'innovativo *staff leasing*. Si pensi, ancora, alle novità apportate con riferimento al tema dell'intermediazione, ossia all'attività volta a facilitare l'incontro fra domanda ed offerta di lavoro, adesso aperta ad una moltitudine di soggetti sia pubblici che privati, senza il vincolo dell'oggetto sociale esclusivo.

Ebbene, l'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 276, in attuazione di quanto disposto dal legislatore delegante *ex* articolo 6 della legge n. 30/2003, ha testualmente escluso dal proprio campo di applicazione l'area delle pubbliche amministrazioni e del relativo personale. Ciò, ove si faccia eccezione per quanto prescritto dall'articolo 86, comma 9, del medesimo decreto, che fa salva l'applicazione al pubblico impiego di alcuni specifici istituti <sup>(8)</sup>.

Ebbene, non può non rilevarsi come l'esclusione del settore pubblico dall'ambito applicativo di tale riforma abbia sollevato da più parti alcuni dubbi e perplessità, anche in relazione alle affermazioni rese dallo stesso Governo in occasione della redazione del *Libro Bianco sul mercato del lavoro* <sup>(9)</sup> in Italia, di cui la Legge Biagi rappresenta una delle più significative espressioni normative.

Nel predetto documento il Governo aveva, infatti, rilevato come « da tempo [fosse] in corso un processo di privatizzazione del rapporto di lavoro in questo settore » e che era sua intenzione « proseguire con

---

<sup>(8)</sup> Per un'applicazione estensiva della disciplina alla P.A. cfr. P. RAUSEI, *L'adesione volontaria della Pubblica Amministrazione al lavoro a progetto: luci e ombre di una ipotetica certificazione del contratto*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(9)</sup> In  *Riforma Biagi*.



determinazione verso una maggiore omogeneità non solo delle norme ma anche delle relazioni sindacali e dei comportamenti effettivi nei due settori, pubblico e privato ».

In questo contesto, l'esclusione del pubblico impiego dalla riforma era stata vista come una « battuta d'arresto », un'« inversione di tendenza » rispetto al processo di privatizzazione da tempo avviato <sup>(10)</sup>.

In realtà, a seguito di una più accorta riflessione sui possibili sviluppi della materia, sono affiorate posizioni meno rigorose e critiche nei confronti della scelta governativa. Ciò sia sulla base di considerazioni di ordine pratico, che teorico-sistematico.

Ed infatti, non vi è chi non possa riconoscere le oggettive difficoltà di estendere *sic et simpliciter* la normativa privatistica all'alveo pubblicistico, anche in relazione ai più volte citati vincoli di carattere costituzionale che sono insiti nella normativa di cui trattasi.

Parimenti appaiono evidenti le problematiche di carattere sistematico, laddove si rifletta sulle stesse finalità sottese alla riforma in questione. L'obiettivo di « aumentare ... i tassi di occupazione » poco si addice al settore pubblico, per il quale, con ogni probabilità, l'obiettivo primario potrebbe essere più ragionevolmente individuato nella riduzione del numero dei dipendenti, *rectius* nell'ottimizzazione/razionalizzazione delle risorse disponibili.

Tuttavia, ad ogni buon conto, lo stesso decreto n. 276, al comma 8 dell'articolo 86, rimette ad una fase di concertazione fra il Ministero della funzione pubblica e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative l'onere di esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del decreto in parola, anche ipotizzando l'eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi *ad hoc*.

Pertanto, in attesa dell'auspicata armonizzazione, dovrà farsi riferimento, per la disciplina del pubblico impiego, alle disposizioni normative così come formulate precedentemente l'intervento novellatore operato con la riforma Biagi, dovendo ritenersi avulse dalle modifiche, integrazioni ed abrogazioni apportate dalla riforma *de qua*, le norme disciplinanti le diverse tipologie contrattuali di lavoro che restano applicabili al dipendente pubblico nelle loro originarie formulazioni.

---

<sup>(10)</sup> Per un commento critico a tale scelta, si veda F. BORGOGELLI, *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2004, n. 36. Ivi, L'Autrice sottolinea come non sia in discussione la differenziazione delle due discipline, quanto il « carattere generale dell'esclusione », non collegata a specifiche e motivate ragioni.

#### 4. Le forme contrattuali flessibili del pubblico impiego: il lavoro a tempo determinato.

Negli ultimi anni la tipologia contrattuale che ha subito le maggiori modifiche è sicuramente quella del rapporto di lavoro a tempo determinato <sup>(11)</sup>.

Ed infatti, prima delle modifiche apportate dal decreto legislativo n. 80/1998, l'articolo 36 del decreto legislativo n. 29/1993 stabiliva, salve alcune eccezioni, il divieto di ricorrere a rapporti di lavoro a tempo determinato per un periodo superiore a tre mesi, con la sola eccezione rappresentata dalla possibilità di assumere prestatori d'opera per professionalità non esistenti fra quelle in ruolo.

Una prima apertura si ebbe nel 1995 con la contrattazione collettiva del comparto Enti locali. In quella sede vennero indicati quattro casi in cui si riteneva lecita l'apposizione del termine, fra i quali, una previsione di ampio respiro, consistente nell'impossibilità di far fronte al carico di lavoro esistente con il personale in servizio.

Solo a seguito dell'intervento del decreto legislativo n. 80 l'impostazione poté dirsi completamente mutata. Ed infatti, l'attuale articolo 36 del decreto legislativo n. 165/2001, che scaturisce da tale evoluzione, prevede la sostanziale convergenza fra disciplina pubblicistica e privatistica dell'istituto, fermo restando il rinvio alla fonte contrattuale quanto alla regolamentazione di dettaglio.


La disciplina dell'istituto, che è attualmente delineata dal decreto legislativo n. 368/2001 <sup>(12)</sup>, consente l'utilizzazione di tale strumento non più come un'eccezione rispetto al rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, bensì come una tipologia contrattuale autonoma.


In tal senso, il decreto afferma il principio della legittimità dell'apposizione del termine alla durata del contratto in presenza di « ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo » <sup>(13)</sup> che lo giustificano.

In sostanza, al regime della generale negazione del ricorso al

---

<sup>(11)</sup> Cfr. i contributi contenuti nella Parte III, Sez. (A).

<sup>(12)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(13)</sup> A tal riguardo, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali (con una circolare adottata in data 1° agosto 2002, n. 42, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*), ha chiarito come, con il d.lgs. n. 368/2001, sia stato definitivamente superato l'orientamento volto a riconoscere la legittimità dell'apposizione del termine soltanto in presenza di un'attività meramente temporanea, così, come, d'altronde, sono

contratto a termine tranne in alcuni casi tipizzati, si sostituisce il principio in base al quale il datore di lavoro può assumere dipendenti purché precisi, contestualmente ed in forma scritta <sup>(14)</sup>, le (note) ragioni che legittimano l'apposizione del limite temporale.

Si tratta, dunque, di un vero e proprio ribaltamento d'impostazione laddove si rifletta anche sul ridimensionamento dello spazio riservato alla contrattazione collettiva in materia, prima chiamata ad individuare i casi in cui ammettere il ricorso al lavoro a tempo determinato.

Passando, dunque, in veloce rassegna le principali novità introdotte con il decreto n. 368, appare doveroso ricordare quanto alla durata del contratto, come il legislatore non abbia stabilito a priori un limite predeterminato. Ora, infatti, la durata può variare in relazione al contesto nel quale il lavoratore stesso deve essere inserito, purché la medesima sia desumibile, secondo un criterio di ragionevolezza, in coerenza con la concreta causale di assunzione dedotta in contratto dal datore di lavoro all'atto della sua stipulazione <sup>(15)</sup>.

Se, quindi, il limite temporale è rimesso sostanzialmente all'autonomia negoziale, la legge, tuttavia, interviene, da un lato, individuando le ipotesi nelle quali è comunque vietata l'apposizione del termine stesso <sup>(16)</sup>; dall'altro, disciplinando le ipotesi di proroga.

Con riferimento a quest'ultima, si rileva che la proroga è ammessa, con il consenso del lavoratore, solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni e sia richiesta da ragioni oggettive ovvero si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. Ciò, ferma restando la durata massima di tre anni <sup>(17)</sup>.

---

stati superati i caratteri della « eccezionalità », « straordinarietà » ed « imprevedibilità » propri delle precedenti ragioni giustificatrici.

<sup>(14)</sup> Si tratta di un requisito di forma *ad substantiam*, come fra l'altro confermato dal Ccnl del 14 settembre 2000, all'art. 7, comma 11, lett. a).

<sup>(15)</sup> In tal senso, si veda la circ. Min. lav. n. 42/2002.

<sup>(16)</sup> Cfr. art. 3 del d.lgs. n. 368/2001.

<sup>(17)</sup> Si veda al riguardo quanto disposto dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nella richiamata circ. n. 42/2002, laddove ricorda come sia « ...da ritenersi superata quella previgente disposizione che subordinava la legittimità della proroga alla sussistenza di esigenze contingenti ed imprevedibili ». In tal senso, appare orientata anche la stessa Aran la quale ha, infatti, chiarito come la disciplina dettata dall'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 trovi ad oggi applicazione anche per gli Enti locali (cfr. la richiamata *Raccolta Aran norme e quesiti Enti locali*, reperibile in [www.aranagenzia.it](http://www.aranagenzia.it)).

A garanzia del corretto utilizzo dello strumento della proroga, l'ordinamento prevede, poi, specifiche sanzioni in caso di violazione della richiamata disciplina. In particolare, se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno, in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il trentesimo negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini. Ed ancora, laddove si tratti di due assunzioni successive a termine, ossia quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera, parimenti, a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto (efficacia *ex tunc*). Ove, invece, non venga rispettata la pausa di dieci e venti giorni, rispettivamente, per i contratti di durata inferiore o superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato (efficacia *ex nunc*).

Come già anticipato in precedenza, l'applicabilità della descritta disciplina sanzionatoria al settore pubblico incontra il limite <sup>(18)</sup> posto dall'articolo 36 del decreto legislativo n. 165/2001 <sup>(19)</sup>, in base al quale l'eventuale violazione da parte delle amministrazioni delle disposizioni riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le amministrazioni medesime <sup>(20)</sup>. Ne consegue che il lavoratore interessato avrà diritto al solo risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative; e l'amministrazione potrà rivalersi delle somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, in caso di violazione dovuta a dolo o a colpa grave.

In realtà, fatta eccezione per il suddetto limite applicativo e per alcune puntuali disposizioni introdotte dalla contrattazione collettiva di comparto, la disciplina generale del contratto a termine nel pubblico impiego può dirsi sostanzialmente normata secondo le medesime regole valide per il settore privato.

Pertanto, in ossequio al « principio di non discriminazione », debbono ritenersi riconosciute al prestatore di lavoro le ferie, la

---

<sup>(18)</sup> Per una ricostruzione storica e normativa che ha portato il legislatore alla predisposizione dell'attuale disciplina, si veda: F. BUFFA, G. DE LUCIA, *Flessibilità*, in F. BUFFA, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Ed. La Tribuna, Piacenza, 2004, 1124 ss.

<sup>(19)</sup> In  *Pubblico impiego*.

<sup>(20)</sup> A conferma di ciò si legga l'art. 7, comma 13, del Ccnl del 14 settembre 2000.

gratifica natalizia (o la tredicesima mensilità), il trattamento di fine rapporto ed ogni altro trattamento in atto per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili <sup>(21)</sup>.

Parimenti, deve ritenersi applicabile al pubblico impiego l'innovativo disposto di cui all'articolo 7 del decreto legislativo n. 368, che prevede il diritto del lavoratore assunto con contratto a tempo determinato, di ricevere una formazione sufficiente ed adeguata rispetto alle mansioni che dovrà svolgere, al fine di prevenire rischi specifici connessi all'esecuzione del lavoro.

La norma *de qua* rinvia, poi, alla contrattazione collettiva nazionale quanto alla previsione delle modalità e degli strumenti diretti ad agevolare l'accesso dei lavoratori a tempo determinato ad opportunità di formazione adeguate, per aumentarne la qualificazione, promuoverne la carriera e migliorarne la mobilità occupazionale.

È sempre rimessa alla contrattazione collettiva l'individuazione di ulteriori limiti quantitativi per l'utilizzazione della tipologia contrattuale in commento <sup>(22)</sup> nonché la previsione di un « diritto di precedenza » nell'assunzione presso la stessa azienda (ovvero presso la medesima amministrazione) e con la medesima qualifica <sup>(23)</sup>, a favore dei lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratto a tempo determinato in particolari ipotesi. Ciò, fermo restando che tale diritto si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro ed il lavoratore può esercitarlo a condizione che manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto stesso.

Da ultimo, un cenno merita la peculiare previsione di cui al citato articolo 92 TUEL, laddove stabilisce, al comma 2, la possibilità per i comuni ad elevata vocazione turistica di prevedere, con proprio regolamento, particolari modalità di selezione per l'assunzione del personale a tempo determinato per esigenze temporanee o stagionali. Ciò, al fine di assicurare il mantenimento di adeguati livelli quantitativi e

---

<sup>(21)</sup> Si veda al riguardo quanto dispone l'art. 7, comma 10, del Ccnl del 14 settembre 2000.

<sup>(22)</sup> In tal senso, si veda l'art. 7, comma 2, del Ccnl del 14 settembre 2000.

<sup>(23)</sup> Sul punto, l'art. 7, comma 14, del Ccnl del 14 settembre 2000 stabilisce che i periodi di assunzione con contratto di lavoro a termine presso un ente, per un periodo di almeno 12 mesi, anche non continuativi, possono essere adeguatamente valutati nell'ambito delle selezioni pubbliche disposte dallo stesso ente per la copertura di posti vacanti di profilo e categoria identici per i quali è stato sottoscritto il contratto a termine.

qualitativi dei servizi pubblici e nel rispetto dei criteri di rapidità e trasparenza ovvero escludendo ogni forma di discriminazione.

Con riferimento al primo requisito richiesto, ossia il mantenimento di adeguati livelli quantitativi e qualitativi dei servizi pubblici, la dottrina ha sottolineato l'obbligo di motivazione imposto dalla norma. Essa rappresenta, infatti, uno dei pochi esempi di motivazioni richieste da atti a contenuto generale <sup>(24)</sup>.

Il secondo requisito, che riguarda, invece, i principi generali di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, richiede un procedimento di selezione che garantisca lo svolgimento della prestazione nel periodo di tempo in cui si manifesta l'esigenza, risultando, altrimenti, senza giustificazione l'assunzione medesima.

#### 4.1. **Segue: il contratto di formazione e lavoro.**


Il contratto di formazione e lavoro (in breve, « cfl ») è quella particolare tipologia contrattuale a tempo determinato che si suole dire a « causa mista ». Grazie ad esso, infatti, a fronte della propria prestazione, il lavoratore riceve, oltre alla retribuzione, anche una formazione professionale.

In via generale, lo strumento del cfl è ritenuto vantaggioso da parte datoriale, in quanto sono previsti sgravi contributivi, oltre alla possibilità di decidere, a scadenza del rapporto, l'eventuale presa in servizio a tempo indeterminato del prestatore. È ritenuto vantaggioso dal lavoratore, potendo questi svolgere un'esperienza diretta nel mondo del lavoro, completando anche la propria formazione.

In particolare, per le pubbliche amministrazioni, il ricorso a tale strumento presenta ulteriori vantaggi, potendo queste usufruire di procedure semplificate di assunzione del relativo personale.

Ed infatti, fermo restando il rispetto dei principi costituzionali di trasparenza ed imparzialità sanciti per l'accesso al pubblico impiego <sup>(25)</sup>, le amministrazioni, utilizzando la propria potestà regolamentare, possono dotarsi di un regolamento interno che indichi l'iter procedurale più idoneo a fissare le fasi attuative necessarie per la stipulazione dei contratti.

---

<sup>(24)</sup> In tal senso, si veda C. Stato, sez. V, 2 febbraio 1996 n. 135, in  *Pubblico impiego*.

<sup>(25)</sup> In tal senso, si veda art. 3, comma 3, del Ccnl del comparto regioni-autonomie locali del 14 settembre 2000.

Ovviamente, si deve escludere che l'amministrazione possa procedere ad un'assunzione diretta del personale da inserire con cfl, dovendo, *ex* articolo 35 del decreto legislativo n. 165/2001, ricorrere necessariamente allo strumento della selezione pubblica. Ciò nonostante, l'amministrazione medesima potrà utilizzare strumenti più snelli per la valutazione delle candidature, come, ad esempio, il *curriculum vitae* ed il colloquio motivazionale.

In realtà, seppur lo strumento del cfl presenta indubbie caratteristiche di flessibilità che ne farebbero presupporre un uso considerevole da parte delle pubbliche amministrazioni, si deve registrare un andamento di segno evidentemente contrario. Come indicato dall'Aran, in un rapporto del 2001 <sup>(26)</sup>, emerge, infatti, che il ricorso alla stipula di contratti di formazione e lavoro è piuttosto ridotto, risultando, insieme al telelavoro, una delle tipologie contrattuali meno utilizzate.


Rinviando ad altre sedi le opportune riflessioni sulle ragioni che possono aver indotto l'apparato amministrativo a non sfruttare pienamente le potenzialità di tale strumento contrattuale, appare comunque utile soffermarsi, pur se brevemente, sulla disciplina che regola la materia.

L'istituto, che è stato introdotto ed è disciplinato dal decreto legge 30 ottobre 1984, n. 726 <sup>(27)</sup>, è applicabile solamente ai « giovani di età compresa fra i sedici ed i trentadue anni » e si caratterizza per l'esecuzione, in costanza di rapporto, di un progetto formativo, che deve essere approvato dalla Commissione regionale dell'Impiego.


Sul punto, occorre svolgere una prima specifica riflessione. È stato sostenuto <sup>(28)</sup> come i suddetti limiti di età non fossero applicabili alla P.A. Con riferimento al limite minimo, in ragione del fatto che la capacità di agire è un requisito essenziale per l'instaurazione di rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni; con riguardo al limite massimo, in quanto ciò si porrebbe in contrasto con la previsione di cui all'articolo 3, comma 6, della legge n. 127/1997 <sup>(29)</sup>, che ha abolito in

---

<sup>(26)</sup> Il rapporto in questione è consultabile in [www.aranagenzia.it](http://www.aranagenzia.it).

<sup>(27)</sup> Accanto al d.l. n. 726/1984 (in  *Pubblico impiego*), si deve ricordare quanto disposto per gli Enti locali dall'art. 3 del Ccnl del 14 settembre 2000, che individua le norme specifiche applicabili a tale realtà, alla luce delle disposizioni introdotte dal d.l. n. 726/1984 e succ. mod. ed integr. Per un approfondimento, si rinvia, poi, alla raccolta di chiarimenti predisposta dall'Aran, reperibile sul sito dell'Agenzia medesima ([www.aranagenzia.it](http://www.aranagenzia.it)).

<sup>(28)</sup> Cfr. F. BUFFA, G. DE LUCIA, *op. cit.*, 1176.

<sup>(29)</sup> In  *Pubblico impiego*.



via generale i limiti di età massima per la partecipazione a procedure selettive.

A tal riguardo è intervenuta l'Aran la quale ha chiarito come il limite di età di 32 anni trovi applicazione anche nei confronti degli enti del comparto delle regioni e delle autonomie locali, in virtù del rinvio previsto dall'articolo 3, comma 1, del Ccnl del 14 settembre 2000, alla disciplina « speciale » dettata dal decreto legge n. 726, che regola la peculiare tipologia del contratto di formazione e lavoro.

Il principio di « specialità » di tale rapporto contrattuale non consente, tuttavia, il superamento di una diversa problematica, quale è quella delle conseguenze relative al mancato rispetto degli obblighi di legge <sup>(30)</sup>. Ed infatti, la disciplina generale dettata a tal riguardo dall'articolo 3, comma 9 del decreto legge n. 726/1984 prevede, in detta ipotesi, la trasformazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato con efficacia *ex tunc*.

Come già descritto in precedenza, la norma in parola deve essere armonizzata con i peculiari principi che governano l'accesso al pubblico impiego, con riferimento al quale — si ricorda — trova applicazione la previsione di cui al citato articolo 36, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001.

Analogamente, deve ritenersi parimenti esclusa l'applicabilità alla P.A. della disposizione di cui all'articolo 3, comma 12, del decreto legge n. 726, a mente della quale i lavoratori che abbiano svolto attività di formazione e lavoro entro dodici mesi dalla cessazione del rapporto possono essere assunti a tempo indeterminato, con chiamata nominativa, per l'espletamento di attività corrispondenti alla formazione conseguita <sup>(31)</sup>.

Al contrario, deve invece ritenersi applicabile la previsione di cui al comma 11 dell'articolo 3, la quale prevede la possibilità che il cfl possa essere convertito in rapporto a tempo indeterminato, nelle more del

---

<sup>(30)</sup> A tal riguardo, si ricorda che il datore di lavoro deve rispettare una serie di condizioni di liceità, fra le quali, la predisposizione per iscritto del progetto formativo; la consegna del progetto stesso al lavoratore (il quale è, pertanto, posto nelle condizioni di verificarne il rispetto); l'effettivo svolgimento dell'insegnamento teorico previsto.

<sup>(31)</sup> A conferma della suddetta impostazione si veda: F. BUFFA, G. DE LUCIA, *op. cit.*, 1175 ss., ove si legge che parimenti non convince la tesi di coloro che sostengono l'applicabilità della suddetta disposizione in ragione della possibilità per le amministrazioni pubbliche di avvalersi di modalità semplificate, sulla scorta di quanto disposto dal Ccnl degli Enti locali.



suo svolgimento <sup>(32)</sup>. Ciò, in quanto il principio costituzionale stabilito dall'articolo 97 può dirsi comunque garantito in ragione della valutazione iniziale svolta dall'amministrazione per l'assunzione del lavoratore con il cfl stesso <sup>(33)</sup>.

Prima di passare ad analizzare le altre tipologie contrattuali di lavoro flessibile nella P.A., corre l'obbligo di evidenziare quali siano state le principali modifiche apportate dalla Legge Biagi sul tema qui in commento.

L'articolo 85, comma 9, del decreto legislativo n. 276/2003 ha abrogato la vigente normativa in materia di cfl, con riguardo al settore privato <sup>(34)</sup>, stabilendo che la stessa trova oggi applicazione solo per le pubbliche amministrazioni. Ciò, ove si faccia eccezione per quanto disposto *ex* articolo 59, comma 3, a mente del quale, in attesa della riforma del sistema degli incentivi all'occupazione, gli incentivi economici previsti dalla normativa in materia di contratti di formazione e lavoro, trovano applicazione con esclusivo riferimento a specifiche categorie di lavoratori <sup>(35)</sup>.


Tuttavia, i contratti stipulati antecedentemente all'entrata in vigore del decreto conservano piena efficacia sino alla loro naturale scadenza o trasformazione.


Nel settore privato, il *Libro Bianco* pone il contratto di inserimento

---

<sup>(32)</sup> Cfr. art. 3, comma 17, del Ccnl del 14 settembre 2000, il quale nel garantire tale possibilità, rimette agli enti l'individuazione della disciplina relativa al procedimento ed ai criteri per l'accertamento selettivo dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alle posizioni di lavoro da ricoprire. A conferma di ciò, il comma 19 della medesima disposizione stabilisce che « non è consentita la stipulazione di cfl da parte degli enti che non confermano almeno il 60% dei lavoratori il cui contratto sia scaduto nei 24 mesi precedenti, fatti salvi i casi di comprovata impossibilità correlati ad eventi eccezionali e non prevedibili ».

<sup>(33)</sup> Ad ogni buon conto, si ricorda che le amministrazioni dovrebbero comunque verificare il grado di idoneità professionale raggiunto. Ciò, in quanto la suddetta verifica potrebbe rappresentare l'equivalenza dell'obbligo di certificazione dei risultati conseguiti.

<sup>(34)</sup> Si veda, tuttavia, con riferimento al regime transitorio, quanto stabilito dal d.lgs. n. 251/2004, che introduce alcune disposizioni correttive al d.lgs. n. 276/2003, in  *Riforma Biagi*.

<sup>(35)</sup> A tal riguardo, si consenta il rinvio alla circ. Inpdap n. 30/2004, in  *Pubblico impiego*, relativa ai « contratti di formazione e lavoro ». Ivi, nel richiamare le categorie di soggetti cui si applicano, in attesa della riforma del sistema degli incentivi all'occupazione, gli « incentivi economici », ricorda quale sia la disciplina vigente con riguardo alla « durata ed alla misura delle agevolazioni contributive ».

come alternativo all'apprendistato ed, in un certo modo, come strumento sostitutivo del « cfl ».

In estrema sintesi, il c.d. « contratto di inserimento »<sup>(36)</sup>, che è disciplinato dagli articoli 54 e ss. del decreto n. 276 — e non è applicabile al pubblico impiego<sup>(37)</sup> —, consiste in un contratto di lavoro diretto a realizzare, mediante un progetto individuale<sup>(38)</sup> di adattamento delle competenze professionali del lavoratore ad un determinato contesto lavorativo, l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di alcune determinate categorie di lavoratori<sup>(39)</sup>.

Alla luce della suddetta definizione appare evidente come, diversamente dal cfl « tradizionale », il contratto di inserimento privilegi come elemento qualificante non tanto l'aspetto formativo del lavoratore<sup>(40)</sup>, quanto il profilo occupazionale (inserimento o reinserimento in azienda)<sup>(41)</sup>.

#### 4.2. Segue: il part-time.

Il quadro normativo di riferimento per la disciplina del part-time

---


<sup>(36)</sup> Cfr. M. EMANUELE, *Il contratto di inserimento*, nella Parte III, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(37)</sup> Ad eccezione degli enti di ricerca pubblici, come prescrive l'art. 54, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(38)</sup> Elemento cardine del contratto è, infatti, il progetto individuale di inserimento che deve essere specificamente indicato nel contratto (da stipularsi in forma scritta a pena di nullità). Sul punto si veda quanto prescritto *ex art.* 55 del d.lgs. n. 276/2003. Si ricordi, inoltre, che la mancata realizzazione del progetto, in caso di gravi inadempienze, comporta l'applicazione, a carico del datore, della sanzione consistente nel versamento della quota di contributi agevolati, maggiorati del 100%.

<sup>(39)</sup> Cfr. art. 54, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(40)</sup> L'elemento formativo è ad oggi privilegiato nello schema negoziale dell'apprendistato.

<sup>(41)</sup> Cfr. circ. Min. lav. n. 31/2004, relativa ai « contratti di inserimento lavorativo », in  *Contratto di inserimento*. Ivi viene chiarito come ai contratti di inserimento si applichino, per quanto compatibili, le disposizioni di cui al d.lgs. n. 368/2001, compresi i divieti di cui all'art. 3. In tal senso, non sono compatibili, stante la finalità tipica di inserimento del contratto in questione, i presupposti causali della stipulazione del contratto a termine. Pertanto, anche da un punto di vista formale, il contratto di inserimento non richiede la specificazione di esigenze tecniche, organizzative, produttive o sostitutive. Non sono altresì applicabili, perché specificatamente derogate dalla disciplina speciale del contratto di inserimento, le disposizioni in tema di proroga del contratto, di rinnovo del contratto tra le stesse parti e di limitazioni percentuali. Ove, invece, il contratto di inserimento prosegua oltre la scadenza del termine originariamente fissato è applicabile l'art. 5, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 368/2001.

nel pubblico impiego è piuttosto complesso, dovendosi l'interprete riferire non solo alla disciplina generale prevista dal decreto legislativo n. 61/2000 <sup>(42)</sup> e successive modifiche ed integrazioni, ma anche a tutta la disciplina speciale cui tale decreto rinvia <sup>(43)</sup>. Ulteriori profili di specificità sono poi costituiti dalla connessione della disciplina stessa con il regime sull'incompatibilità e sui cumuli di impieghi di cui all'articolo 53 del decreto legislativo n. 165/2001, nonché con quella concernente il sistema delle competenze della contrattazione collettiva nazionale e integrativa, legittimate dal decreto legislativo n. 61 a disciplinare il part-time, ma che sono comunque soggette alla speciale regolamentazione dettata in materia *ex* articolo 40 del decreto legislativo n. 165/2001 stesso.

Ulteriori aspetti problematici si pongono, poi, con riferimento allo stesso testo del decreto legislativo n. 61/2000, essendo stato questo profondamente emendato con l'entrata in vigore della Legge Biagi.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, è bene tuttavia chiarire come, nonostante la dottrina si sia divisa sull'applicabilità di tali modifiche alle pubbliche amministrazioni, sia ormai pacifica la tesi secondo la quale rimane vigente per il settore pubblico la normativa sul part-time così come delineata antecedentemente l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(44)</sup>.

Posto, dunque, che le modifiche apportate da tale riforma al decreto legislativo n. 61/2000 trovano applicazione esclusivamente per il settore privato, si passeranno in veloce rassegna le novità dalla stessa introdotte, ponendo in evidenza le differenze ad oggi vigenti con il settore pubblico.

La prima modifica apportata riguarda l'articolo 1 del decreto n. 61, che contiene la definizione di lavoro a tempo pieno. Esso è ora definito, attraverso il rinvio all'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 66/2003 <sup>(45)</sup>, che fissa una nuova disciplina in materia di orario di

---

<sup>(42)</sup> Cfr. d.lgs. n. 61/2000, pubblicato in *GU*, 20 marzo 2000, n. 66.

<sup>(43)</sup> Si ricordano la l. n. 662/1996 e le successive l. n. 449/1998 e l. n. 488/1999. Per la disciplina del lavoro a tempo parziale nell'impiego privato, cfr. i contributi nella Parte IV, Sez. (B).

<sup>(44)</sup> Ciò è stato, fra l'altro, ribadito dallo stesso Ministro del *welfare*, in occasione della redazione di un'interessante circolare volta a fornire alcuni chiarimenti sulla nuova disciplina del part-time (cfr. circ. Min. lav. n. 9/2004, in *📖 Lavoro a tempo parziale*).

<sup>(45)</sup> In *📖 Orario di lavoro*.

lavoro (l'orario normale è ora fissato in 40 ore settimanali ovvero il minor orario previsto dai contratti collettivi).

Rimangono, invece, invariate le altre definizioni contenute nel comma 2 del citato articolo 1, così come il regime relativo ai requisiti di forma <sup>(46)</sup>. Nel contratto dovranno, pertanto, essere puntualmente indicate la durata della prestazione e la collocazione oraria della stessa con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno. Tale ultima prescrizione potrà essere derogata solo ove le parti introducano nel contratto (nei limiti previsti dalla legge) una clausola di tipo flessibile od elastico.

Alcune novità sono state, invece, introdotte con riguardo alla gestione flessibile del rapporto di lavoro.

La nuova formulazione dell'articolo 3, comma 1, prevede espressamente che nel part-time di tipo orizzontale (ovvero quando il lavoratore mette a disposizione la propria attività lavorativa durante l'intero arco della settimana) sia consentito il ricorso al lavoro supplementare (ossia al lavoro reso oltre l'orario concordato nel contratto individuale entro il limite del tempo pieno).

Nel caso invece di part-time verticale (cioè quando il lavoratore presta la sua attività solo per alcuni giorni la settimana o alcuni periodi dell'anno) o di part-time misto, l'esigenza di flessibilità viene ora soddisfatta con la possibilità di variare in aumento la durata della prestazione <sup>(47)</sup>, grazie al c.d. « lavoro straordinario ».

Venendo a trattare partitamene le due modalità di prestazione di lavoro flessibile (supplementare e straordinario), in ambito pubblico e privato, si deve rilevare come, per quanto concerne il lavoro supplementare in ambito pubblicistico, i contratti collettivi sono chiamati ad indicare alcuni specifici elementi, quali il numero massimo di ore di lavoro supplementare effettuabili nell'anno ovvero nella singola gior-

---

<sup>(46)</sup> La disciplina prevede, infatti, la necessità della forma scritta *ad probationem*. Ne consegue che, ove la scrittura risulti mancante, è ammessa la prova per testimoni, sia pure nei limiti di cui all'art. 2725 c.c. Ciò, ferma restando l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 61/2000. Quanto alle modifiche apportate dalla riforma Biagi all'apparato sanzionatorio, si consenta il rinvio alla circ. Min. lav. n. 9/2004, cit.

<sup>(47)</sup> Si veda F. CIAMPI, *Si all'attività supplementare anche nel part time*, in *GD, Il nuovo mercato del lavoro - Il decreto legislativo 276/2003 di attuazione della Legge Biagi*, 2003, n. 9, 133.

nata lavorativa e le causali obiettive in relazione alle quali è consentita la richiesta di tali prestazioni aggiuntive <sup>(48)</sup>.

Nel settore privato, i contratti collettivi possono, invece, limitarsi a fissare i tetti massimi di ricorso al lavoro supplementare in relazione ai periodi di riferimento che riterranno opportuni. Ed infatti, la nuova formulazione non predetermina il periodo di riferimento entro cui detti limiti massimi debbono essere stabiliti, e non vincola le parti del contratto collettivo ad individuare causali di tipo oggettivo di ricorso al lavoro supplementare.

Ed ancora, mentre nel regime pubblicistico <sup>(49)</sup>, il consenso del lavoratore interessato deve essere richiesto in ogni caso, in quello privatistico, solo se l'effettuazione delle suddette prestazioni non sia prevista o regolamentata dal contratto collettivo <sup>(50)</sup>. Ciò, comunque, fermo restando che l'eventuale rifiuto del prestatore non può in nessun caso integrare gli estremi del giustificato motivo di licenziamento.

Infine, si deve evidenziare come l'articolo 46, comma 1, lettera *i*), del decreto legislativo n. 276, abbia soppresso la previsione di cui al

---

<sup>(48)</sup> Cfr. art. 23, comma 2, del Ccnl Ministeri e art. 6, comma 2, del Ccnl regioni-autonomie locali. In particolare, tali contratti chiariscono che il ricorso al lavoro supplementare (o c.d. « lavoro aggiuntivo ») è ammesso a condizione che sussistano « specifiche e comprovate esigenze organizzative o in presenza di particolari situazioni di difficoltà organizzative derivanti da concomitanti assenze di personale non prevedibili ed improvvise ». Inoltre, l'amministrazione potrà richiedere al dipendente part-time di svolgere lavoro aggiuntivo « nella misura massima del 10% della durata dell'orario di lavoro a tempo parziale ». È possibile superare il tetto del 10% ma è previsto un consistente incremento della maggiorazione percentuale della base di calcolo (dal 15% sino al 50%).

<sup>(49)</sup> A tal riguardo, si veda l'art. 6, comma 2, del Ccnl del 14 settembre 2000 laddove si prescrive che « Al personale con rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale, e solo con l'espresso consenso dello stesso, può essere richiesta l'effettuazione di prestazioni di lavoro aggiuntivo, [...], nella misura massima del 10% della durata dell'orario di lavoro a tempo parziale riferita a periodi non superiori ad un mese e da utilizzare nell'arco di più di una settimana ». Si consenta, comunque, il rinvio alla raccolta di chiarimenti relativi ad alcune problematiche sorte con riferimento all'utilizzo presso gli Enti locali del « contratto di lavoro a tempo parziale »: cfr. documento predisposto dall'ARAN, *Raccolta sistematica contratti collettivi nazionali di lavoro del comparto regioni e autonomie locali sottoscritti dal 6/7/1995 al 22/1/2004*, in [www.aranagenzia.it](http://www.aranagenzia.it).

<sup>(50)</sup> Non è, fra l'altro, prevista una forma predeterminata per la manifestazione del consenso. Questo, oltre che essere manifestato per fatti concludenti, potrà essere anche preventivamente acquisito, ad esempio, all'inizio del turno o della settimana o del mese.

comma 6 dell'articolo 3 citato, ove è prevista — attualmente solo per il settore pubblico — l'applicazione in caso di lavoro supplementare di una maggiorazione sull'importo della retribuzione oraria che, in caso di assenza di una previsione del contratto collettivo, è pari al 50%.

Per quanto concerne, invece, le prestazioni lavorative straordinarie, si deve rilevare come le stesse siano consentite, in ambito privatistico, tanto nel caso di part-time verticale che misto; nella sola ipotesi di part-time verticale, nel pubblico impiego <sup>(51)</sup>. A tali prestazioni si applica in ogni caso la disciplina dettata per il lavoro straordinario nei rapporti a tempo pieno.

Ulteriori novità riguardano, poi, le c.d. « clausole flessibili ed elastiche », ossia quelle clausole che possono essere inserite nel contratto al fine di modificare la distribuzione dell'orario di lavoro nella sua collocazione temporale nell'ambito della giornata o della settimana ovvero possono variare in aumento la prestazione lavorativa.

Queste ultime, che sono state introdotte *ex novo* dall'articolo 46 del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(52)</sup>, si differenziano dalle clausole flessibili in quanto non concernono, semplicemente, la collocazione del monte ore concordato ma attengono alla possibilità — vietata dalla normativa previgente ma attualmente operante per il pubblico impiego — di ampliare il numero di ore concordato <sup>(53)</sup>.

Posto che nel part-time deve essere regolamentata puntualmente la collocazione oraria della prestazione con riferimento al giorno, alla settimana, al mese o all'anno, le parti hanno comunque la facoltà di stipulare un patto, in forma scritta, contestualmente o successivamente all'assunzione, avente ad oggetto l'inserimento di una clausola elastica/flessibile <sup>(54)</sup>. Nella stipulazione di detto patto il lavoratore può

---

<sup>(51)</sup> Cfr. art. 6, comma 5, del Ccnl del 14 settembre 2000, nonché art. 23, comma 4, Ccnl Ministeri e art. 6, comma 5, Ccnl regioni-autonomie locali.

<sup>(52)</sup> La clausola elastica è regolamentata dalla medesima disciplina prevista per la clausola flessibile. Essa determina un incremento definitivo della quantità della prestazione, a differenza dello straordinario o del supplementare ove si verifica un aumento temporaneo della prestazione, riferito ad ogni singola giornata nella quale viene richiesta una prestazione aggiuntiva. Tale incremento può ovviamente essere delimitato nel tempo e potrebbe anche essere solo eventuale.

<sup>(53)</sup> Cfr. A. Russo, *Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale lavoro supplementare, lavoro straordinario, clausole flessibili ed elastiche*, nella Parte IV, Sez.(B), di questo volume

<sup>(54)</sup> Si ricorda che l'eventuale rifiuto del lavoratore non può integrare gli estremi del giustificato motivo di licenziamento (cfr. art. 3, comma 11, del d.lgs. n. 61/2000,

chiedere, secondo quanto introdotto dalla riforma Biagi, di farsi assistere da un rappresentante sindacale in azienda da lui indicato.

Nella sostanza, mentre il testo dell'articolo 3, comma 7, stabiliva (e stabilisce tuttora per il pubblico impiego) la facoltà per i contratti collettivi di prevedere clausole « elastiche » in ordine alla sola collocazione temporale della prestazione lavorativa (oltre alle condizioni ed alle modalità a fronte delle quali il datore può operare tale variazione) <sup>(55)</sup>, il nuovo testo della norma introduce la più ampia possibilità per i soggetti contraenti di variare non solo la collocazione temporale della prestazione (clausola flessibile) ma di modificare in aumento anche la durata della prestazione stessa (clausola elastica). In tale ultima prospettiva, i contratti collettivi dovranno indicare anche le condizioni e le modalità per variare in aumento la durata nonché i limiti massimi di variabilità in aumento (cfr. articolo 46, comma 1, lettera *j*), del decreto legislativo n. 276/2003) <sup>(56)</sup>.

Si ricorda, poi, che l'articolo 46 del decreto legislativo n. 276/2003, modificando il testo previgente, ha abolito la regolamentazione legale del diritto di ripensamento con cui era possibile per il prestatore di lavoro recedere dal patto di flessibilità <sup>(57)</sup>.

La riforma Biagi è intervenuta anche con riferimento alla trasformazione del rapporto. In particolare, il lavoratore ed il datore possono accordarsi per trasformare il rapporto da tempo pieno a part-time o

---

nonché l'art. 3, comma 9, nel testo modificato dall'art. 46, comma 1, lett. *l*), del d.lgs. n. 276/2003).

<sup>(55)</sup> L'esercizio da parte del datore di lavoro della facoltà di variare la collocazione temporale della prestazione a tempo parziale è subordinata all'obbligo di preavviso di almeno 10 giorni a favore del lavoratore. Ad ogni modo, i contratti collettivi possono ridurre tale termine sino ad un massimo di 48 ore, salva la previsione di maggiorazioni retributive (cfr. art. 3, comma 8, *ante* riforma Biagi). In realtà, anche sul punto è intervenuto il d.lgs. n. 276, che ha ridotto l'onere del preavviso, salvo diverse intese fra le parti, a due giorni lavorativi. Ciò, salvo sempre il diritto a specifiche compensazioni, nella misura ovvero nelle forme fissate nei contratti collettivi.

<sup>(56)</sup> Si segnala, poi, che a mente dell'art. 46, comma 1, lett. *m*), del d.lgs. n. 276/2003 è stata introdotta la possibilità di inserire clausole elastiche anche nei contratti part-time a termine.

<sup>(57)</sup> Nel patto sottoscritto dal lavoratore, oltre alla data di stipulazione, doveva (ed è, tuttora, nel pubblico impiego) essere fatta menzione della possibilità di rinuncia che consentiva al lavoratore, una volta accettata la clausola, di esercitare il diritto di ripensamento, ma solo per motivi familiari o per esigenze di tutela della salute o per necessità di svolgimento di una seconda attività lavorativa (subordinata o autonoma che essa fosse).



viceversa. Ciò, fermo restando il più volte richiamato principio in base al quale l'eventuale rifiuto non può ritenersi un giustificato motivo di licenziamento.

Al fine di evitare qualsiasi abuso, l'accordo, che deve essere stipulato per iscritto, deve essere convalidato dinnanzi la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio. Permane solo per il pubblico impiego la possibilità di richiedere l'assistenza di un rappresentante sindacale indicato dal lavoratore.

La nuova disciplina ha, poi, abolito, nel settore privato, il diritto legale di precedenza per la trasformazione del rapporto da part-time a tempo pieno nell'ipotesi di nuove assunzioni full-time, per mansioni uguali o equivalenti in unità produttive site nello stesso ambito comunale. Tale diritto può, tuttavia, essere inserito dalle parti nel contratto individuale <sup>(58)</sup>.

È, invece, rimasta invariata la regolamentazione relativa al diritto di precedenza nel passaggio da tempo pieno a part-time, ove si faccia eccezione dell'obbligo di motivazione del datore di lavoro circa l'eventuale rifiuto a fronte di una specifica richiesta del lavoratore.

Da ultimo, un breve cenno merita l'inserimento operato con il decreto legislativo n. 276 di una nuova ipotesi di part-time, attualmente applicabile solo nel settore privato.

Con l'obiettivo di valorizzare il contratto a tempo parziale quale strumento per contemperare le esigenze di competitività delle imprese con le istanze di tutela del lavoratore, il legislatore ha introdotto il diritto per il lavoratore affetto da patologie oncologiche di ottenere la trasformazione del proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in part-time verticale o orizzontale. Ciò, purché gli effetti invalidanti di eventuali terapie intraprese siano accertati da una commissione medica istituita presso l'azienda unità sanitaria locale territorialmente competente. Rimane, comunque, fermo il diritto del lavoratore di ottenere nuovamente la trasformazione in rapporto di lavoro a tempo pieno.

---

<sup>(58)</sup> A fronte della nuova regolamentazione del diritto di precedenza nel passaggio da tempo parziale a tempo pieno, la sanzione prevista dall'art. 8, comma 3, che prevede la corresponsione, in caso di violazione del diritto, di un risarcimento pari alla differenza fra l'importo della retribuzione percepita e quella che sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio nei sei mesi successivi, integra il contratto individuale qualora le parti, introducendo il diritto, abbiano omissis di predeterminare la conseguenza della sua violazione.



### 4.3. **Segue: dal lavoro interinale al contratto di somministrazione.**

Il lavoro temporaneo, più noto come lavoro interinale, è stato introdotto in Italia con la legge 24 giugno 1997, n. 196 <sup>(59)</sup> (c.d. «Pacchetto Treu»), con l'obiettivo di rendere compatibile la protezione dell'occupazione con le esigenze di aumentare la flessibilità dei rapporti di lavoro.

Esso si fonda su un rapporto trilaterale fra il lavoratore, l'impresa di fornitura ed il soggetto utilizzatore. In sostanza, l'impresa fornitrice instaura con il soggetto utilizzatore (impresa o amministrazione) un rapporto contrattuale di fornitura di prestazione di lavoro temporaneo e con il lavoratore un differente contratto per la prestazione di lavoro subordinato.

Non si instaura, invece, nessun tipo di rapporto contrattuale fra lavoratore e soggetto utilizzatore.

I casi in cui è possibile ricorrere a prestazioni di lavoro interinale sono stati tipizzati dal legislatore, il quale ha, altresì, previsto alcuni requisiti di forma nonché specifici adempimenti onde evitare possibili abusi dell'istituto <sup>(60)</sup>.

L'articolo 36 del decreto legislativo n. 165/2001 <sup>(61)</sup>, che — si è visto — consente anche alle pubbliche amministrazioni di stipulare contratti flessibili secondo le norme del codice civile e delle leggi in materia di lavoro subordinato nell'impresa, menziona fra le possibili tipologie anche la fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo.

Con riferimento a tale tipologia, il primo problema che gli interpreti si posero era quello dell'individuazione delle amministrazioni che potessero qualificarsi come « imprese utilizzatrici ».


Sul punto, intervenne il Dipartimento della funzione pubblica che, in un documento relativo al tema « flessibilità e lavoro pubblico », operando un generale rinvio alla definizione di « amministrazione » *ex* articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 29/1993 (ora T.U. n. 165/2001), chiarì come tutte le amministrazioni pubbliche (ivi compresi gli Enti locali e le amministrazioni indirette regionali) potessero usufruire di detta tipologia contrattuale.

In linea con la descritta interpretazione, il Ccnl del comparto

---

<sup>(59)</sup> In  *Lavoro interinale*.

<sup>(60)</sup> Cfr. art. 1, l. n. 196/1997, cit.

<sup>(61)</sup> In  *Pubblico impiego*.

regioni ed autonomie locali del 14 settembre 2000 <sup>(62)</sup>, aveva previsto, all'articolo 2, la possibilità per gli enti di stipulare contratti di lavoro temporaneo, secondo la disciplina di cui alla legge n. 196/1997, per « soddisfare esigenze a carattere non continuativo e/o a cadenza periodica, o collegate a situazioni di urgenza non fronteggiabili con il personale in servizio o attraverso le modalità del reclutamento ordinario previste dal d. lgs. n. 165/2001 ».

Ebbene, gli articoli 1-11 della legge n. 196/1997 sono stati abrogati dall'articolo 85, comma 1, lettera *f*), del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(63)</sup>, che ha sostituito il lavoro interinale con una nuova tipologia contrattuale che per molti versi ne rappresenta l'evoluzione: la « somministrazione di lavoro » <sup>(64)</sup>.

Ed infatti, il contratto di somministrazione, disciplinato dagli articoli 20 e ss. del decreto legislativo n. 276, si inserisce nel disegno riformatore del mercato del lavoro, seguendo la strada già tracciata dall'istituto della fornitura di lavoro interinale nella prospettiva di una maggiore liberalizzazione e flessibilizzazione dello stesso mercato.

Del resto, il rapporto di somministrazione, così come la fornitura temporanea di lavoro, realizza un evidente momento di scissione fra forza lavoro ed impresa. Tuttavia, il primo, diversamente dalla seconda si caratterizza per la possibilità riconosciuta al datore di addivenire alla somministrazione di lavoro non più solo a tempo determinato, ma anche a tempo indeterminato. Quest'ultima modalità rappresenta il vero aspetto innovativo dell'istituto. Ed infatti, il decreto legislativo n. 276 ha introdotto nel nostro ordinamento il c.d. *staff leasing*, ovvero la possibilità (attualmente operante solo nel settore privato) di « affittare » lavoratori in determinate ipotesi specifiche.


Nell'ottica di una crescente flessibilizzazione dei rapporti di pubblico impiego, la nuova normativa, oltre ad abrogare il richiamato contratto di lavoro interinale, ha abrogato, altresì, la disciplina sull'intermediazione, interposizione, appalto di manodopera e subfornitura di cui alla legge 23 ottobre 1960, n. 1369 <sup>(65)</sup>, con ciò superando

---

<sup>(62)</sup> In  *Pubblico impiego*.

<sup>(63)</sup> Sul punto, si veda quanto stabilito in via transitoria dallo stesso d.lgs. n. 276 ed, in particolare, l'art. 86, comma 3 (cfr. quanto detto oltre).

<sup>(64)</sup> Per i profili relativi alla certificazione della somministrazione, cfr. P. RAUSEI, *La certificazione nel lavoro esternalizzato*, nella Parte I, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(65)</sup> In  *Rapporti interpositori*. Cfr. art. 85, comma 1, lett. *c*), del d.lgs. n. 276/2003.

definitivamente il regime di deroga ed eccezione proprio del lavoro interinale.

In sostanza, il contratto di somministrazione, che può essere concluso da ogni soggetto (c.d. « utilizzatore »), che si rivolga ad un altro soggetto (c.d. « somministratore »), a ciò autorizzato ai sensi degli articoli 4 e 5 del decreto legislativo n. 276 <sup>(66)</sup>, può essere stipulato a termine o a tempo indeterminato.


Le due fattispecie, per quel che qui interessa, sono state differenziate dal legislatore delegato.

In particolare, è lecita la somministrazione a tempo indeterminato: per servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico (quali, la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, ecc.); per servizi di pulizia, custodia, portineria; per servizi di trasporto di persone, macchinari e merci, da e per lo stabilimento; per la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, nonché servizi di economato; per attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione e servizi connessi all'area del personale; per attività di marketing; per la gestione di *call-center* o per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali; per costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive; ed infine, in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative.

Ove, invece, si intenda stipulare un contratto di somministrazione a tempo determinato, debbono ricorrere ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore.

In ogni caso è vietata la somministrazione, laddove si intenda sostituire lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; ovvero, salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione sala-

---

<sup>(66)</sup> Cfr. circ. Min. lav. n. 25/2004, avente ad oggetto « Agenzie per il lavoro », rettificata con la circ. Min. lav. n. 27/2004. Sull'argomento si consenta il rinvio anche ai dm 10 marzo 2003 e 23 ottobre 2003. Cfr.  *Mercato del lavoro*.

riale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione. Ed ancora, nel caso in cui le imprese non abbiano effettuato la valutazione dei rischi *ex* decreto legislativo n. 626/1994 <sup>(67)</sup>.

A tal riguardo, è bene evidenziare come, diversamente da altre tipologie contrattuali flessibili introdotte con la riforma Biagi, l'istituto della somministrazione, seppur limitatamente alla modalità « a tempo determinato » <sup>(68)</sup>, trovi oggi applicazione anche per il pubblico impiego <sup>(69)</sup>.


Ed infatti, il riferimento, operato dall'articolo 86, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003, alle ipotesi previste dalla contrattazione collettiva nazionale di comparto oggetto dell'articolo 1, comma 2, lettera *a*), della legge n. 196/1997 non può costituire ostacolo all'utilizzabilità della somministrazione di lavoro a tempo determinato da parte della pubblica amministrazione, la quale vi è pienamente legittimata *ex* articolo 86, comma 9, del decreto legislativo n. 276.

Il ricorso alla somministrazione di lavoro temporaneo presenta indubbi vantaggi per la pubblica amministrazione. Ciò, in quanto consente l'utilizzazione di personale esterno all'ente, già dotato di specifica professionalità, da utilizzare in presenza di situazioni di « carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo » che richiedono determinate competenze.

---

<sup>(67)</sup> In  *Sicurezza (obbligo di)*.

<sup>(68)</sup> Sul punto, cfr.: F. BORGOGELLI, *op. cit.*, 27 ss. Ivi, l'Autrice svolge alcune considerazioni sulle ragioni che avrebbero indotto il legislatore ad estendere la disciplina della somministrazione (a tempo determinato) al pubblico impiego. In particolare, tale estensione viene collegata a ragioni di carattere pratico: « la sopravvivenza della vecchia disciplina del lavoro temporaneo a fianco della nuova disciplina del contratto di somministrazione a tempo determinato avrebbe creato non poche complicazioni. È sufficiente richiamare il fatto che, essendo la somministrazione una fattispecie composita che attraversa in maniera trasversale mercato e rapporto di lavoro, le norme regolatrici coinvolgono la nuova disciplina dei servizi per l'impiego, con il suo articolato sistema di requisiti, autorizzazioni ed accreditamento, controlli e sanzioni ».

<sup>(69)</sup> Cfr. art. 86, comma 9, del d.lgs. n. 276/2003. Tuttavia, l'opinione dell'Aran è che la preminente disciplina di legge e contrattuale sul lavoro interinale conservi transitoriamente efficacia, per le pubbliche amministrazioni, fino all'adozione del regolamento ministeriale indicato nell'art. 5, comma 1, lett. *c*), del d.lgs. n. 276/2003. Tale lettura troverebbe fondamento nel disposto di cui all'art. 86, comma 6, del d.lgs. n. 276, nonché nel dm 23 dicembre 2003, recante « Modalità di presentazione delle richieste di autorizzazione per l'iscrizione all'Albo delle agenzie per il lavoro » (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 7).

Sul punto, occorre rilevare che, diversamente da quanto previsto in passato dall'articolo 2 del Ccnl del 14 settembre 2000 <sup>(70)</sup>, relativamente ai contratti di fornitura di lavoro temporaneo, la nuova disciplina sulla somministrazione non prevede più la ricorrenza di specifiche situazioni legittimanti <sup>(71)</sup>. Tale regolamentazione contrattuale è, oggi, incompatibile con quanto previsto dall'articolo 20, comma 4 del decreto legislativo n. 276/2003, che, come più volte evidenziato, ha ampliato notevolmente la possibilità di ricorso al contratto di somministrazione di lavoro temporaneo anche per le pubbliche amministrazioni, essendo ancorato ad una clausola generale atipica, secondo il modello della nuova disciplina del contratto a tempo determinato <sup>(72)</sup>.

Pur tuttavia, appare utile ricordare le ipotesi tipiche previste dall'articolo 2, comma 2, del Ccnl del 14 settembre 2000, anche in ragione del rinvio ad esse operato dall'articolo 86, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003. Tale norma, infatti, prevede che « in relazione agli effetti derivanti dalla abrogazione delle disposizioni di cui agli articoli da 1 a 11 della legge 24 giugno 1997, n. 196, le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *a*), della medesima legge e 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 nazionali di lavoro, con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine ».

Ebbene, il comma 2, del citato Ccnl, oltre ad operare un primo rinvio ai casi previsti dall'(abrogato) articolo 1, comma 2, lettere *b*) e *c*), della legge n. 196/1997, enumera una serie di ipotesi nelle quali era ammissibile il ricorso al lavoro interinale.

Dall'elenco in questione possono, pertanto, individuarsi alcune fattispecie nelle quali deve ritenersi, « in via transitoria e salvo diverse intese », sicuramente ammesso il ricorso alla somministrazione a tempo determinato da parte degli Enti locali.

In primo luogo, nel caso in cui sia necessaria « per consentire la temporanea utilizzazione di professionalità non previste nell'ordina-

---

<sup>(70)</sup> In  *Lavoro interinale*.

<sup>(71)</sup> Si veda quanto stabilito dall'art. 2, comma 1, del Ccnl del 14 settembre 2000 interpretato nella vigenza della l. n. 196/1997.

<sup>(72)</sup> Cfr. F. BORGOGELLI, *op. cit.*

mento dell'amministrazione, anche al fine di sperimentarne la necessità ».

In secondo luogo, qualora l'Ente locale sia in presenza di eventi eccezionali e motivati, non previsti né prevedibili al momento della redazione ed approvazione della programmazione dei fabbisogni triennali di personale. Il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato, sempre in quest'ambito, sarà ammissibile per la temporanea copertura di posti vacanti, per un periodo non eccedente i 60 giorni, sempre che siano state avviate le procedure per la loro copertura, limite elevabile a 180 giorni per la temporanea copertura di posti relativi a profili professionali non facilmente reperibili o comunque necessari a garantire standard definiti di prestazioni, in particolare nell'ambito dei servizi assistenziali.

Ed ancora, il ricorso alla somministrazione di lavoro temporaneo sarà ammissibile quando si sia in presenza di punte di attività o di attività connesse ad esigenze straordinarie, derivanti anche da innovazioni legislative che comportino l'attribuzione di nuove funzioni, alle quali non possa farsi fronte con il personale in servizio.

Inoltre, il ricorso allo strumento in questione sarà lecito per far fronte a particolari fabbisogni professionali connessi all'attivazione ed all'aggiornamento di sistemi informativi o di controllo di gestione e di elaborazione di manuali di qualità e carte di servizi, che non possono essere soddisfatti ricorrendo unicamente al personale in servizio. Infine, per soddisfare specifiche esigenze connesse alla necessità di fornire supporti tecnici, e per creare le relative competenze, nel campo della prevenzione, della sicurezza, dell'ambiente di lavoro e dei servizi alla persona con *standards* predefiniti.

Quanto, invece, alla disciplina dei divieti, è stato rilevato come il regime delle preclusioni di cui all'articolo 2 del Ccnl del 14 settembre 2000 si ponga come completamento della normativa dettata dal decreto legislativo n. 276/2003. In questo senso, il ricorso a tale tipologia contrattuale dovrebbe essere improntato all'esigenza di contemperare l'efficienza operativa e l'economicità di gestione, non potendo esser utilizzato per sopperire stabilmente e continuativamente a carenze organiche <sup>(73)</sup>.

---

<sup>(73)</sup> R. NOBILE, *Dalla fornitura di lavoro temporaneo alla somministrazione di lavoro a tempo determinato. Un'applicazione agli enti locali territoriali del principio di flessibilità del rapporto di lavoro dopo il d.lgs. 10/9/2003 n. 276*, in *www.lexitalia.it*, 2004, n. 6. In particolare, l'Autore ha ricordato che non potrà esser fatto ricorso a

In realtà, tale interpretazione lascia spazio ad alcune perplessità, essendo indubbio che la somministrazione viene sottratta alla ricorrenza di situazioni di occasionalità e straordinarietà, per essere invece affidata ad ipotesi di carattere generale.

In sostanza, non vi è chi non possa rilevare come l'applicazione dell'istituto della somministrazione (pur se nella sola modalità a tempo determinato) alla realtà pubblicistica presenti delle complessità specifiche <sup>(74)</sup>, anche alla luce del fatto che, contrariamente a quanto in generale previsto dall'articolo 36 del decreto legislativo n. 165/2001, la disciplina introdotta dal decreto n. 276 lascia pochi spazi all'autonomia contrattuale <sup>(75)</sup>, essendo le ragioni giustificatrici di ricorso a tale tipologia contrattuale già prestabilite dal legislatore, « con una clausola generale capace di includere tutte le possibili motivazioni dell'utilizzatore » <sup>(76)</sup>.

---

forme di somministrazione a tempo determinato se le figure professionali previste e le incombenze per le quali si intende utilizzarle trovino previsione nella programmazione triennale delle assunzioni, di cui all'art. 91, comma 1, d.lgs. n. 267/2000 (ovvero l'atto che gli organi di vertice delle amministrazioni locali sono tenuti ad adottare per il miglior funzionamento dei servizi). In altre parole, l'Ente locale non potrà concludere contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato in presenza di esigenze che siano connotate dalla continuità dell'esercizio delle proprie funzioni e, quindi, dalla loro immanenza alla sua azione amministrativa.

<sup>(74)</sup> Ad esempio, la normativa sulla somministrazione dovrà subire degli aggiustamenti con riguardo alle note peculiarità del regime pubblicistico. Se ne fornisce di seguito un esempio. Il legislatore ha previsto in analogia al contratto di lavoro interinale, determinati requisiti di forma. Oltre alla forma scritta, il contratto di somministrazione deve contenere, in aggiunta all'indicazione delle ragioni che hanno giustificato l'assunzione, gli altri elementi indicati all'art. 21 del d.lgs. n. 276/2003. In mancanza, il contratto è nullo ed il lavoratore deve ritenersi a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore. Ebbene, dal combinato disposto dagli artt. 27 e 86, comma 9, tale previsione non può ritenersi applicabile *sic et simpliciter* alle amministrazioni pubbliche, le quali, fermo restando l'espresso esonero dall'ipotesi di trasformazione del rapporto dettato dallo stesso d.lgs. n. 276, ricadrebbero comunque sotto la previsione generale di cui all'art. 97 Cost.

<sup>(75)</sup> Ad esempio, è rimessa alla contrattazione collettiva, in conformità alla disciplina di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, l'individuazione dei limiti quantitativi all'utilizzazione della somministrazione di lavoro a tempo determinato. A tal riguardo, appare doveroso ricordare come l'art. 2, comma 3, del Ccnl del 14 settembre 2000 avesse previsto una specifica percentuale quanto alla possibilità per gli Enti locali di stipulare contratti di lavoro temporaneo, individuando in tal modo un paradigma certo per quantificare il rapporto fra la consistenza del personale strutturato nell'Ente locale ed il personale c.d. « fluttuante ».

<sup>(76)</sup> Cfr. F. BORGOGELLI, *op. cit.*, 33. L'Autrice, che non ritiene ipotizzabile in tal



Posto quanto sopra, si richiamano, pur se brevemente, le norme che disciplinano la somministrazione a termine.

In primo luogo, si deve rilevare che il rapporto di lavoro fra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo n. 368/2001, per quanto compatibile. Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore.

Il termine inizialmente posto al contratto può essere in ogni caso prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto nei casi previsti dalla contrattazione applicata dal somministratore <sup>(77)</sup>. L'articolo 23 del decreto legislativo n. 276/2003 individua, poi, alcune norme per la tutela del lavoratore, fra le quali è espressamente stabilita la nullità della clausola diretta a limitare, anche indirettamente la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine del contratto di somministrazione <sup>(78)</sup>. Ed ancora, l'articolo 24 indica quali siano i diritti sindacali e le garanzie collettive proprie di tali prestatori di lavoro, mentre gli articoli 25 e 26 stabiliscono, rispettivamente, le norme previdenziali e il regime per la responsabilità civile.

Infine, quanto al regime sanzionatorio, si è fatto in precedenza cenno alle peculiarità proprie del pubblico impiego con riferimento alle conseguenze derivanti da un'eventuale somministrazione irregolare o fraudolenta. Il regime generale prevede, infatti, in caso di somministrazione irregolare, che il lavoratore possa rivolgersi al giudice del lavoro, chiedendo la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di chi ne ha effettivamente utilizzato la prestazione, con effetto dall'inizio della somministrazione. Nell'ipotesi di somministrazione fraudolenta, si aggiunge anche la sanzione penale dell'ammenda di 20 euro, applicabile sia al somministratore che all'utilizzatore per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione.

Quest'ultima sanzione sembra applicabile anche alla pubblica amministrazione, dato il rinvio operato dall'articolo 86, comma 1, alla sola

---

caso nemmeno un intervento contrattuale ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, in quanto non si è in presenza di disposizioni di legge « che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità è limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche », auspica comunque un riconoscimento del ruolo della contrattazione collettiva specie con riguardo alle peculiarità del pubblico impiego. In questo senso, appare particolarmente orientato R. NOBILE, *op. cit.*

<sup>(77)</sup> Cfr. art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(78)</sup> Cfr. art. 23, comma 8, del d.lgs. n. 276/2003.



« previsione della trasformazione del rapporto di cui all'articolo 27, comma 1 », quanto alle disposizioni inapplicabili nel pubblico impiego.

#### 4.4. **Segue: il distacco.**

Il distacco, che trova oggi una disciplina specifica nell'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(79)</sup>, si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa <sup>(80)</sup>.

Tale figura si differenzia dalla somministrazione in quanto in quest'ultima l'unico interesse del somministrante è costituito dal compenso riconosciuto al soggetto utilizzatore. Nel distacco, invece, l'impresa distaccante vanta un interesse proprio al distacco medesimo, ovvero scaturente da altre motivazioni, quali, ad esempio, un collegamento societario o la realizzazione di uno specifico progetto comune.

Con il distacco, non si ha, quindi, l'estinzione dell'originario rapporto di lavoro, né la creazione di un nuovo e parallelo rapporto di lavoro. Ciò trova conferma nel disposto di cui al comma 2 dell'articolo 30, laddove è stabilito che il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo previsto a favore del lavoratore.

Secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza, per la legittimità del distacco debbono, quindi, concorrere due requisiti: l'interesse attuale del distaccante e la temporaneità del distacco stesso. Ciò, tuttavia, non significa che il periodo debba essere necessariamente predeterminato, potendo durare finché permane l'interesse del datore che aveva dato luogo al distacco medesimo <sup>(81)</sup>.

Ebbene, nonostante il decreto legislativo n. 276 non preveda

---

<sup>(79)</sup> L'intervento del legislatore delegato è stato significativo in quanto in precedenza mancava un preciso riferimento normativo, ove si faccia eccezione al distacco finalizzato ad evitare riduzioni di personale che deve essere regolato da accordi sindacali (art. 8, comma 3, della l. n. 226/1993).

<sup>(80)</sup> Per i profili relativi alla certificazione del distacco, cfr. P. RAUSEI, *La certificazione nel lavoro esternalizzato*, cit.

<sup>(81)</sup> Si ricordi, comunque, che a mente dell'art. 30, comma 3: « Il distacco che comporti un aumento di mansioni deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato. Quando comporti un trasferimento a una unità produttiva sita a più di 50 km da quella in cui il lavoratore è adibito, il distacco può avvenire soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive ».

l'applicabilità della norma *de qua* alla pubblica amministrazione <sup>(82)</sup>, l'articolo 14 del Ccnl del 22 gennaio 2004 <sup>(83)</sup> ha disciplinato la possibilità di ricorrere comunque al distacco a tempo parziale nel pubblico impiego.

In particolare, al fine di soddisfare la migliore realizzazione dei servizi istituzionali e di conseguire un'economica gestione delle risorse, gli Enti locali possono utilizzare, con il consenso dei lavoratori interessati, personale assegnato da altri enti cui si applica il Ccnl regioni ed autonomie locali, per periodi predeterminati e per una parte del tempo di lavoro d'obbligo mediante convenzione e previo assenso dell'ente di appartenenza.

Dalla lettura del comma 1 dell'articolo 14 emerge come l'« interesse » al distacco sia stato sostanzialmente normato nello stesso testo della disposizione. Le parti sociali hanno, infatti, pattiziamente individuato l'interesse nell'« economica gestione delle risorse », ossia allorché un dipendente possa essere utilizzato a tempo parziale e più proficuamente da parte di un altro ente.

Ulteriore condizione di liceità per il ricorso alla figura del « distacco » è che l'ente dal quale il lavoratore viene distaccato applichi il medesimo Ccnl dell'ente presso il quale il lavoratore stesso presterà la sua opera.


Per quanto attiene, invece, gli aspetti operativi, vi è da dire che il rapporto di lavoro del personale utilizzato a tempo parziale, ivi compresa la disciplina sulle progressioni verticali e sulle progressioni economiche orizzontali, è gestito dall'ente di provenienza, titolare del rapporto stesso, previa acquisizione dei necessari elementi di conoscenza da parte dell'ente utilizzatore. Ciò, fermo restando che la contrattazione decentrata relativa a quest'ultimo ente potrà prevedere forme di incentivazione economica a favore del personale assegnato a tempo parziale.

Sempre l'articolo 14 individua, poi, gli elementi che compongono la retribuzione, mentre tace con riguardo alle possibili sanzioni conseguenti l'eventuale distacco illegittimo di lavoratori negli Enti locali.

A tal riguardo, ferma restando la necessità di un chiarimento a livello di contrattazione collettiva, si potrebbe ipotizzare l'applicazione analogica delle sanzioni previste *ex* articoli 27 e 28 del decreto legisla-

---

<sup>(82)</sup> Cfr. art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(83)</sup> Ccnl del personale del comparto delle regioni-autonomie locali, per il quadriennio normativo 2002-2005 ed il biennio economico 2002-2003 (in  *Pubblico impiego*).

tivo n. 276 in materia di somministrazione irregolare e fraudolenta a tempo determinato, ricordando, tuttavia, le limitazioni in ogni caso imposte con riguardo alla trasformazione del rapporto.

#### 4.5. **Segue: le collaborazioni coordinate e continuative.**

Il decreto legislativo n. 276/2003 ha dettato, agli articoli da 61 a 69, una disciplina radicalmente innovativa delle collaborazioni coordinate e continuate di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c. Ciò, nel dichiarato scopo di « superare gli abusi e le prassi che hanno condotto all'attuale degenerazione di tale istituto »<sup>(84)</sup>.


In questa prospettiva, il decreto di attuazione della riforma Biagi procede a circoscrivere il ricorso allo strumento delle co.co.co., precisando che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, debbono essere necessariamente riconducibili ad uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso, determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa (c.d. « lavoro a progetto »)<sup>(85)</sup>.

Al fine di chiarire il nuovo quadro legislativo, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha emanato una specifica circolare esplicativa del dettato normativo<sup>(86)</sup>.


In particolare, il Ministero ha chiarito come l'articolo 61 non intenda sostituire o modificare il citato articolo 409, n. 3, c.p.c. bensì, più limitatamente, individuare le modalità di svolgimento della prestazione di lavoro del collaboratore, utili ai fini della qualificazione della fattispecie nel senso della autonomia o della subordinazione.

Inoltre, ha precisato che il c.d. « lavoro a progetto » non tende, allo stato, ad assorbire tutti i modelli contrattuali riconducibili in senso lato all'area della c.d. parasubordinazione<sup>(87)</sup>; così come non ha certamente

---

<sup>(84)</sup> Cfr. Relazione governativa al d.lgs. n. 276/2003, pubblicata in  *Riforma Biagi*. Sulla collaborazione coordinata e continuativa nella P.A., cfr. M. Rossi, *Il lavoro coordinato e continuativo nella Pubblica Amministrazione*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(85)</sup> Cfr. art. 61 del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(86)</sup> Cfr. circ. Min. lav. n. 1/2004 (in  *Lavoro a progetto*), avente ad oggetto « Disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative nella modalità c.d. a progetto ».

<sup>(87)</sup> Cfr. art. 61 del d.lgs. n. 276/2003.

comportato l'abrogazione delle disposizioni dettate dagli artt. 2222 e ss. c.c. in materia di contratto d'opera <sup>(88)</sup>.

Ed ancora, al fine di sgombrare il campo da incaute interpretazioni, ha affermato con chiarezza come le novità apportate alle co.co.co. dalla riforma Biagi non trovino ad oggi applicazione con riferimento al pubblico impiego.

Ed infatti, ai sensi dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 276, la pubblica amministrazione può continuare a stipulare contratti di collaborazione senza tener conto dei limiti introdotti dalla novella, mantenendo il riferimento all'articolo 409, n. 3, c.p.c. la cui previsione, per i rapporti che vedano una parte pubblica, non ha subito cambiamenti.

La possibilità di apportare modificazioni è rinviata alla più volte richiamata iniziativa di armonizzazione che dovrà essere intrapresa dal Ministro per la funzione pubblica e dalle organizzazioni sindacali. In attesa di ciò, le pubbliche amministrazioni dovranno far riferimento, ai fini dell'affidamento di incarichi di collaborazione esterna, ai criteri indicati dal decreto legislativo n. 165/2001 <sup>(89)</sup> nonché dal decreto legislativo n. 267/2000 <sup>(90)</sup>.


Dalla lettura delle richiamate disposizioni normative si evince con chiarezza come il ricorso da parte delle amministrazioni pubbliche a forme di lavoro « autonomo/parasubordinato » rappresenti un'eccezione rispetto alla regola. Ed infatti, il ricorso è ammesso solo in presenza di determinate condizioni legittimanti <sup>(91)</sup>: 1) rispondenza

---

<sup>(88)</sup> Ne consegue che, ad esempio, nel caso di un prestatore d'opera che superi, nei rapporti con uno stesso committente, uno dei due limiti previsti dall'art. 61, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, non necessariamente dovrà veder qualificato il proprio rapporto come collaborazione a progetto o a programma, ben potendosi verificare il caso che quel prestatore abbia reso una o più prestazioni d'opera ai sensi dell'art. 2222 e ss. c.c. (in tal senso, cfr. circ. Min. lav. n. 1/2004, cit.).

<sup>(89)</sup> In particolare, ex art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, le pubbliche amministrazioni « per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, ... hanno la facoltà di conferire incarichi individuali a esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione ».

<sup>(90)</sup> Per quanto concerne nello specifico gli Enti locali, ai sensi dell'art. 110, comma 6, del d.lgs. n. 267/2000, questi potranno, con regolamento, prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità « per obiettivi determinati e con convenzioni a termine ».


<sup>(91)</sup> Al riguardo soccorre, fra l'altro, la consolidata giurisprudenza della Corte dei Conti (cfr. C. Conti, sez. giurid. Veneto, 3 novembre 2003 n. 1124; C. Conti, sez. contr. Stato, 7 luglio 2004 n. 7, entrambe in  *Pubblico impiego*).

dell'incarico agli obiettivi dell'amministrazione conferente; 2) impossibilità per l'amministrazione conferente di procurarsi all'interno della propria organizzazione le figure professionali idonee allo svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico, da verificare attraverso una reale ricognizione; 3) specifica indicazione delle modalità e dei criteri di svolgimento dell'incarico; 4) temporaneità dell'incarico; 5) proporzione fra compensi erogati all'incaricato e le utilità conseguite dall'amministrazione <sup>(92)</sup>.

In sostanza, tali condizioni, che debbono, fra l'altro, ricorrere congiuntamente affinché l'incarico possa dirsi lecitamente conferito, possono, in estrema sintesi, ricondursi alla necessità per l'amministrazione di conferire incarichi aventi ad oggetto prestazioni di elevata professionalità, come tali caratterizzate da una considerevole autonomia nel loro svolgimento <sup>(93)</sup>, unitamente all'impossibilità per l'amministrazione medesima di farvi fronte con le risorse professionali sue proprie <sup>(94)</sup>.

A tal riguardo, il Dipartimento della funzione pubblica, in occasione della redazione di una recente circolare <sup>(95)</sup>, ha offerto alcune utili indicazioni di carattere interpretativo sull'istituto della co.co.co.

---

<sup>(92)</sup> È bene evidenziare come tali elementi dovranno risultare dal contratto per il quale è necessaria la forma scritta. Si ricorda, poi, che la collaborazione dovrà essere commisurata all'oggetto della prestazione medesima e potrà essere determinata con precisione o *per relationem*. Nella circolare adottata in materia dalla funzione pubblica (circ. n. 5/2004, in  *Pubblico impiego*), viene, inoltre, precisato che è ammissibile una proroga del contratto quando sia funzionale al raggiungimento dello scopo per il quale il contratto medesimo è stato posto in essere. Tuttavia — chiarisce il Dipartimento — tale proroga non è assimilabile a quella di cui al d.lgs. n. 368/2001 (contratti a tempo determinato), in quanto la fattispecie rientra nell'ambito del lavoro autonomo e non subordinato.

<sup>(93)</sup> Ed infatti, l'elemento dell'autonomia deve risultare prevalente poiché, in caso contrario, sarebbero aggirate e violate le norme sull'accesso alla pubblica amministrazione tramite concorso pubblico nonché i principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (cfr. artt. 51 e 97 Cost.).

<sup>(94)</sup> In tal senso, si esprime la circ. Min. funz. pubb. n. 5/2004, laddove chiarisce che il ricorso ad un incarico di collaborazione esterna deve costituire un rimedio eccezionale per far fronte ad esigenze peculiari per le quali l'amministrazione necessita dell'apporto di apposite competenze professionali. A conferma di ciò, la stessa circolare ricorda che l'ordinamento ha fornito alle amministrazioni strumenti diversi con i quali far fronte ad esigenze organizzative che esulino da tale eccezionalità e costituiscano, invece, delle necessità costanti.

<sup>(95)</sup> Cfr. la circ. Min. funz. pubb. n. 5/2004, cit.; ma si veda in tal senso anche il parere reso dal medesimo Dipartimento in risposta alla richiesta formulata dal

Con particolare riferimento all'elemento dell'autonomia, ha precisato come lo stesso dovrà risultare prevalente. In altre parole, nel valutare la natura del rapporto da instaurare, il vero criterio distintivo dovrà essere individuato nella mancanza del vincolo di subordinazione di cui agli articoli 2094, 2086 e 2014 c.c., dove la dipendenza del lavoratore subordinato dal proprio datore di lavoro assume un ruolo primario, anche quale limitazione al potere decisionale ed organizzativo del lavoratore subordinato <sup>(96)</sup>.

Ciò significa che il collaboratore non deve essere in alcun modo limitato nel proprio potere decisionale in ordine all'esecuzione del servizio prestato, sebbene il committente non possa essere totalmente estromesso da qualsiasi scelta che riguardi l'esecuzione dell'opera o del servizio pattuito, potendo, invece, verificare e controllare le modalità di esecuzione delle attività affidate, al solo fine di valutare la rispondenza del risultato con quanto richiesto e la sua funzionalità rispetto agli obiettivi prefissati. Tale attività — precisa il Dipartimento — non deve comunque essere trascurata in quanto attiene alla verifica dei risultati che debbono essere conseguiti ed alla valutazione sull'utilità della collaborazione <sup>(97)</sup>.

Sempre con riferimento all'elemento dell'autonomia, la funzione pubblica ha precisato che non possono trovare applicazione per i rapporti di collaborazione esterna alcuni istituti tipici del lavoro subordinato. In tal senso, è stata esclusa l'applicabilità alle co.co.co. dell'obbligo di prestazione oraria e del relativo controllo delle presenze. Così come è stata ritenuta impossibile l'applicazione a tale tipologia contrattuale degli istituti delle ferie e dell'attribuzione dei buoni pasto, essendo questi ultimi tipici dei rapporti di lavoro subordinato <sup>(98)</sup>.

Posto quanto sopra circa i requisiti legittimanti e la disciplina del

---

Comune di Frasso Sabino in merito alle co.co.co. (di riscontro alla nota n. 252/2004), reperibile sempre presso il sito della funzione pubblica.

<sup>(96)</sup> In quest'ottica, nella citata circolare della Funzione pubblica viene precisato che, essendo il rapporto di co.co.co. caratterizzato dall'assenza del vincolo di subordinazione, l'incarico non potrà avere ad oggetto compiti di gestione e di rappresentanza, che costituiscono le attribuzioni tipiche dei funzionari e dei dirigenti della pubblica amministrazione.

<sup>(97)</sup> Per un'interessante riflessione sui profili di distinzione fra l'istituto delle co.co.co. e quello della prestazione occasionale, si rinvia alla circolare della funzione pubblica.

<sup>(98)</sup> Si consenta, inoltre, il rinvio alla circolare della funzione pubblica quanto alla disciplina della « trasferta » nelle co.co.co.

rapporto, corre l'obbligo di soffermarsi a riflettere ora sulle conseguenze derivanti dalla mancata applicazione alle co.co.co. «pubbliche» della disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 276/2003 con riferimento a tale istituto <sup>(99)</sup>.

In particolare, appare doveroso porsi due interrogativi di fondo: il primo verte sulla tutela riconosciuta dall'ordinamento al collaboratore in ambito pubblico; il secondo, sul percorso giuridico che si dovrà svolgere al fine di «armonizzare» la disciplina pubblicistica con quella privatistica.

Con riguardo al primo punto, si deve ricordare quanto più volte sottolineato in precedenza con riferimento a diverse tipologie di pubblico impiego. Ed infatti, anche per le «co.co.co.», trova applicazione la norma generale di cui all'articolo 36, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001, che impedisce a priori l'operatività di qualsivoglia meccanismo di automatica conversione del rapporto in lavoro subordinato a tempo indeterminato, laddove ricorrano delle gravi irregolarità nella struttura o nello svolgimento del medesimo rapporto <sup>(100)</sup>.


Ne consegue che la tutela attualmente accordabile al collaboratore in ambito pubblico nel caso di stipulazione del contratto al di fuori dei presupposti di legge, potrà estrinsecarsi esclusivamente in forma risarcitoria e cioè nei limiti di cui all'articolo 2126 c.c. Ciò, ferma restando la possibile configurazione in capo al dirigente che ha stipulato il contratto illegittimo di una responsabilità amministrativa con addebito del danno erariale verificatosi <sup>(101)</sup>.

Dal quadro normativo e giurisprudenziale qui brevemente deli-

---

<sup>(99)</sup> Per la estensione della disciplina del d.lgs. n. 276/2003, cfr. P. RAUSEI, *L'adesione volontaria della Pubblica Amministrazione al lavoro a progetto: luci e ombre di una ipotetica certificazione del contratto*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(100)</sup> Si veda, al contrario, quanto stabilito dall'art. 69 del d.lgs. n. 276/2003 con riferimento al «lavoro a progetto».

<sup>(101)</sup> Con riferimento al dolo o alla colpa grave (elementi soggettivi necessari per la sussistenza di una responsabilità: cfr. art. 1, l. n. 20/1994), la consolidata giurisprudenza della Corte dei Conti, ponendo un limite netto e preciso all'utilizzabilità di incarichi di consulenza e collaborazione esterna, ritiene non configurabile l'«errore professionale scusabile» (si veda C. Conti, sez. III, 28 gennaio 2003 n. 24, in  *Pubblico impiego*, che ritiene la sussistenza di colpa di rilevante gravità da parte degli amministratori quando si tratta di incarichi concernenti l'assolvimento di normali compiti amministrativi). Con riguardo, poi, al parametro della c.d. «utilità gestoria», la Corte dei Conti ha ritenuto non configurabile un arricchimento dell'ente — da opporre in compensazione — in relazione a prestazioni lavorative effettuate in posizioni di *status contra legem*.



neato emerge evidente come, paradossalmente, la posizione dei collaboratori coordinati e continuativi nell'impiego pubblico sia più debole rispetto al settore privato, qualora si ponga a paragone la disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 276/2003 con riguardo al c.d. « lavoro a progetto ».

Ed infatti, essa stabilisce, da un lato, condizioni di stipulazione assai più rigorose, ove si pensi alla necessità di definire in via preliminare un « progetto » connesso all'incarico; dall'altro, un regime sanzionatorio decisamente più severo laddove è prevista, a carico del datore di lavoro, l'automatica conversione in rapporto subordinato a tempo indeterminato sin dalla data della stipulazione del contratto in caso di violazione della disciplina regolatoria.

Anche in ragione di ciò, appare quanto mai necessaria la rapida armonizzazione fra disciplina privatistica e pubblicistica dell'istituto, come fra l'altro lascia supporre la stessa funzione pubblica, la quale, in diverse occasioni, pur ribadendo l'attuale inapplicabilità della Legge Biagi alle co.co.co. pubbliche, ha comunque aperto uno spiraglio in tal senso.

In particolare, ha affermato che « in previsione della futura armonizzazione, non può non considerarsi che nella costituzione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa la pubblica amministrazione committente può sempre tenere presente, per gli aspetti della configurazione pratica del rapporto e quali elementi fondamentali, il programma da realizzare o la fase di lavoro da eseguire ad opera del collaboratore, pur nella tradizionale cornice giuridica del rapporto ». Ciò, proprio al fine di evitare che determinati rapporti costituiti come collaborazioni coordinate o continuative nella P.A. si trasformino in veri e propri rapporti di lavoro subordinato <sup>(102)</sup>.

In quest'ottica, senz'altro utili potranno essere le specifiche ed analitiche indicazioni offerte dallo stesso decreto legislativo n. 276/2003 e dalla copiosa giurisprudenza della Corte dei Conti, unitamente alle linee guida offerte dal Ministero del Welfare con la circolare adottata in materia di « lavoro a progetto ».

In particolare, quanto al profilo definitorio introdotto dal decreto legislativo n. 276 — che, come visto, ricollega le co.co.co. alla realiz-

---

<sup>(102)</sup> Tale necessità è stata ravvisata, in precedenza, anche dalla Corte dei Conti, sezione controllo enti, che nella deliberazione 22 luglio 1994 n. 33, in *📖 Pubblico impiego*, già aveva rappresentato la necessità di evitare che l'affidamento di incarichi a terzi si traducesse in forme atipiche di assunzione.



zazione di uno o più « progetti » specifici o « programmi di lavoro » o a fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa — soccorre la richiamata circolare del Ministero.

In tale sede è stato, infatti, chiarito come per « progetto » si intenda un'attività produttiva ben identificabile e funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale cui il collaboratore partecipa direttamente con la sua prestazione e che il progetto, la cui individuazione compete al committente, può essere connesso all'attività principale od accessoria dell'impresa.

Quanto al « programma o fase di esso », la circolare ha precisato, poi, che il programma (o una sua fase) consiste in un tipo di attività cui non è direttamente riconducibile un risultato finale.

Con riguardo all'« autonoma gestione del rapporto o del programma », ha chiarito che la definizione dei tempi di lavoro e delle relative modalità deve essere rimessa al collaboratore. Ciò, in quanto l'interesse del creditore è relativo al perfezionamento del risultato convenuto e non, come avviene nel lavoro subordinato, alla disponibilità di una prestazione di lavoro etero diretta.

Tuttavia, dovendo il collaboratore a progetto operare all'interno del ciclo produttivo del committente, egli è tenuto comunque a coordinare la propria prestazione con le esigenze dell'organizzazione del committente stesso.

In realtà, se i concetti sopra brevemente illustrati possono ragionevolmente ritenersi applicabili al settore pubblico, bisognerà ancora attendere quanto all'estensione al pubblico impiego della previsione di cui all'articolo 69 di cui si è in precedenza trattato.

Ed infatti, la stessa funzione pubblica ha espressamente affermato, nella richiamata circolare, che l'autonomia collettiva non potrà « prevedere in linea di principio meccanismi di automatica conversione a sanatoria di situazioni pregresse o comunque verificabili, vigendo i limiti costituzionali nell'accesso per pubblico concorso, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione sopra enunciati. Una clausola contrattuale di questo tenore sarebbe, infatti, nulla per violazione di norme imperative di legge *ex art.* 1418 c.c. nonché per quanto previsto all'articolo 36, comma 2, del decreto legislativo 165/01 ».

#### 4.6. Segue: il telelavoro.

Telelavoro è sinonimo di flessibilità organizzativa, semplificazione delle procedure lavorative, sviluppo dei fattori di innovazione.


L'interesse manifestato nel settore pubblico per l'introduzione di tale tipologia contrattuale conferma come il processo di modernizzazione della pubblica amministrazione sia ormai avviato <sup>(103)</sup>.


Grazie al telelavoro, il personale pubblico ha, infatti, a disposizione un modo di lavorare del tutto innovativo. Senza necessità della propria presenza fisica presso gli uffici dell'amministrazione, può « autogestire » il proprio carico di lavoro.

Il fondamento normativo di tale tipologia contrattuale è rinvenibile nell'articolo 4 della legge n. 191/1998 (c.d. Legge Bassanini-*ter*) <sup>(104)</sup>, la quale ha previsto che, allo scopo di razionalizzare l'organizzazione del lavoro e realizzare economie di gestione, le amministrazioni pubbliche possono avvalersi di forme di lavoro a distanza, installare, nell'ambito delle proprie disponibilità di bilancio, apparecchiature informatiche e collegamenti telefonici e telematici necessari, nonché autorizzare i propri dipendenti ad effettuare, a parità di salario, la prestazione lavorativa in luogo diverso dalla sede di lavoro, previa determinazione delle modalità per la verifica dell'adempimento della prestazione lavorativa.

La Legge Bassanini rimette, poi, alla contrattazione collettiva l'adeguamento, in relazione alle diverse tipologie di lavoro a distanza, della disciplina economica e normativa del rapporto di lavoro dei dipendenti interessati. Ciò fermo restando che forme sperimentali di telelavoro possono essere avviate dalle amministrazioni interessate, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative e l'Autorità per l'infor-

---

<sup>(103)</sup> A tal riguardo, si segnalano diverse iniziative volte a verificare, anche attraverso la sperimentazione di tale tipologia contrattuale, le potenzialità offerte dalla stessa. Nel novembre 2003, è stato avviato un progetto denominato *Il Lavoro Pubblico che cambia — Telelavoro*, coordinato dal Formez su mandato del Dipartimento della funzione pubblica. Nel luglio del 2004, è stato, poi, elaborato uno studio dal medesimo Dipartimento sullo sviluppo del telelavoro nelle amministrazioni, in  *Telelavoro*. Per un approfondimento sul tema, si segnala, infine, il manuale redatto da C. Cordella, A. Minelli, E. Panone, contenente quesiti e risposte sul tema in commento, in [www.funzionepubblica.it/lavoroflessibile](http://www.funzionepubblica.it/lavoroflessibile).

<sup>(104)</sup> Cfr. l. n. 191/1998, recante « Modifiche ed integrazioni alla l. 15 marzo 1997, n. 59, e l. 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica », in  *Pubblico impiego*.

matica nella pubblica amministrazione, dandone comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica.

La materia è ad oggi disciplinata specificamente dal regolamento di attuazione n. 70/1999<sup>(105)</sup>, nonché dal contratto collettivo quadro del 23 marzo 2000 valido per tutti i comparti di contrattazione collettiva, sottoscritto dall'Aran e dalle Confederazioni sindacali rappresentative, il quale ricorda come le potenzialità positive di tale tipologia contrattuale necessitano di appropriate regole e strumenti atti ad assicurare, da un lato, alla pubblica amministrazione, la concreta possibilità di avvalersi di tale forma di lavoro flessibile; dall'altro, al lavoratore, di scegliere una diversa modalità di prestazione del lavoro, che comunque salvaguardi in modo efficace il sistema di relazioni personali e collettive espressive delle sue legittime aspettative in termini di formazione e crescita professionale, senso di appartenenza e socializzazione, informazione e partecipazione al contesto lavorativo e alla dinamica dei processi innovatori<sup>(106)</sup>.

Quanto alla struttura del rapporto di « telelavoro » occorre rilevare che esistono ad oggi diverse forme praticabili. Basti ricordare il c.d. « ufficio satellite », ossia un ufficio distante dalla sede principale ma collegato ad essa in modo completo e costante grazie a dei collegamenti telematici; la « teleamministrazione », che implica la totale dematerializzazione dell'attività amministrativa che viene svolta esclusivamente in forma virtuale e telematica; il « telecottage » o centro di lavoro comunitario, che è una struttura comune a più amministrazioni, dotata di apparecchiature telematiche, idonea a svolgere funzioni comuni alle amministrazioni alle quali il centro è collegato; il « telelavoro a domicilio », ossia la forma che consente al lavoratore di lavorare direttamente dalla propria abitazione; il « lavoro mobile », dove il lavoratore svolge la sua attività dal proprio personal computer o dal telefono cellulare per la trasmissione dei dati, spostandosi in diversi luoghi.

Con riguardo ai presupposti sulla base dei quali la P.A. può ricorrere a tale tipologia di impiego, l'articolo 3 del regolamento n. 70/1999 prescrive che l'organo di governo di ciascuna amministrazione deve individuare, in via preliminare, gli obiettivi raggiungibili mediante forme di telelavoro.

Più precisamente, il ricorso a tale tipologia contrattuale deve avvenire sulla base di un progetto generale in cui vengano indicati alcuni elementi: obiettivi, attività interessate, tecnologie utilizzate, si-

---

<sup>(105)</sup> In  *Telelavoro*.

<sup>(106)</sup> Cfr. art. 2 dell'Accordo quadro del 23 marzo 2000.

stemi di supporto, tipologie professionali e numero di dipendenti da coinvolgere, tempi e modalità di realizzazione, criteri di verifica ed aggiornamento, modificazioni organizzative ove necessarie, i costi e benefici, diretti ed indiretti attesi.

Il progetto deve essere, poi, approvato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio o del servizio nel cui ambito si intendono avviare forme di telelavoro, d'intesa con il responsabile dei sistemi informativi, ove presente. Ciò, sentite le organizzazioni sindacali a mente dell'articolo 3 del regolamento medesimo.


Predisposto il progetto, si dà avvio all'individuazione dei dipendenti interessati a telelavorare. A tal riguardo, l'articolo 4, comma 1, stabilisce che l'amministrazione assegna il dipendente al telelavoro « sulla base dei criteri previsti dalla contrattazione collettiva ». Sul punto, il Ccnq ha evidenziato quale criterio essenziale quello della volontà del dipendente; ciò, fermo restando che, fra tutti i dipendenti che si siano resi disponibili, viene data « priorità a coloro che già svolgano le relative mansioni o abbiano esperienza lavorativa in mansioni analoghe a quelle richieste ... » <sup>(107)</sup>.

Infine, nel caso in cui vi siano richieste superiori al numero delle posizioni, individua alcuni criteri di precedenza cui si dovrà attenere l'amministrazione <sup>(108)</sup>.

Fermo restando che, ai sensi dell'articolo 4, comma 4, del Ccnq, l'assegnazione è sempre revocabile a richiesta del lavoratore, quando sia trascorso il periodo di tempo indicato nel progetto e nel rispetto di ulteriori condizioni eventualmente previste nel progetto stesso (es. sostituto), l'amministrazione può d'ufficio revocare l'assegnazione del telelavoratore a postazioni di telelavoro. In tal caso, però, la riassegnazione alla sede di lavoro originaria deve avvenire con modalità e tempi compatibili con l'esigenze del lavoratore e, comunque, entro 10 giorni dalla richiesta, termine elevabile a 20 giorni in determinate ipotesi.

Ad ogni modo, il progetto di telelavoro deve prevedere dei rientri periodici del lavoratore presso la sede di lavoro, proprio al fine di salvaguardare il sistema di relazioni personali e collettive espressive

---

<sup>(107)</sup> Nei Ccnl di comparto si ha un espresso rinvio all'art. 4 dell'Accordo quadro del 23 marzo del 2000, in  *Telelavoro*.

<sup>(108)</sup> I criteri di scelta sono: situazioni di disabilità psico-fisiche tali da rendere disagiata il raggiungimento del luogo di lavoro; esigenze di cura di figli minori di otto anni; esigenze di cura nei confronti di familiari o conviventi, debitamente certificate; maggiore tempo di percorrenza dall'abitazione del dipendente alla sede.

delle legittime aspettative del telelavoratore ed il suo senso di appartenenza all'amministrazione <sup>(109)</sup>.


Quanto, poi, alla postazione lavorativa, la stessa deve essere messa a disposizione, installata e collaudata a spese dell'amministrazione interessata, sulla quale gravano, altresì, le spese di manutenzione e gestione <sup>(110)</sup>. Sul punto, la giurisprudenza è intervenuta chiarendo la natura giuridica della postazione la quale deve essere considerata come un'unità produttiva ovvero una dipendenza aziendale, con tutto ciò che ne consegue anche ai fini dell'individuazione del giudice territorialmente competente <sup>(111)</sup>.

Da ultimo, si ricorda che il 9 giugno scorso è stato firmato l'Accordo Interconfederale per il recepimento dell'Accordo Quadro Europeo sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002 tra UNICE/UEAPME, CEEP e CES <sup>(112)</sup>. Questo accordo è fondamentale per la definizione del quadro

---

<sup>(109)</sup> I Ccnl disciplinanti, in via sperimentale, il telelavoro dispongono che le amministrazioni definiscano, in relazione alle caratteristiche dei progetti da realizzare, di intesa con i dipendenti interessati, la frequenza dei rientri in sede di lavoro originaria, che non può comunque essere inferiore ad un giorno per settimana, secondo i criteri stabiliti dal Ccnl quadro del 23 marzo 2000.

<sup>(110)</sup> Cfr. l'art. 5 del d.P.R. n. 70/1999, nonché l'art. 1, comma 7 del Ccnl del 14 settembre 2000, laddove viene chiarito come nessun dispositivo di controllo possa essere attivato all'insaputa del lavoratore ed, anzi, quest'ultimo debba essere informato delle modalità di valutazione della sua prestazione. A tal riguardo soccorre l'art. 7 del d.P.R. n. 70/1998 che affida la verifica della prestazione a criteri orientati ai risultati, oltre al collegamento telematico che rende più efficace i controlli soprattutto nel caso telelavoro *on line*.

<sup>(111)</sup> Cfr. Cass. 5 giugno 2000 n. 7489, in  *Telelavoro*. Sul punto, si consenta il rinvio a: F. BUFFA, G. DE LUCIA, *op. cit.*, 1245. Gli Autori si spingono nella trattazione di una problematica aggiuntiva ovvero se la postazione di telelavoro possa ritenersi complesso di beni autonomi tali da poter costituire un'unità produttiva rilevante ai fini dell'applicazione dei limiti di cui all'art. 2103 c.c., ossia con riguardo al potere unilaterale del datore di lavoro di modificare il luogo di stabilimento della prestazione lavorativa, disponendo il trasferimento del lavoratore. Ivi viene chiarito come, mentre per alcune forme di telelavoro, quale, ad esempio, il « telelavoro satellite », tale ipotesi potrebbe avere fondamento, dubbi sorgerebbero con riferimento al caso in cui si assista alla forma di telelavoro a domicilio. Secondo l'orientamento dottrinale prevalente, la nozione di unità produttiva di cui all'art. 13 della l. n. 300/1970 coinciderebbe con quella di cui all'art. 35 della medesima legge, nel senso che il collegamento telematico fra il telelavoratore e l'amministrazione di appartenenza realizzerebbe quella continuità dell'inserimento del prestatore nell'ambito dell'organizzazione di riferimento che non consentirebbe di configurare il luogo di telelavoro come un'unità autonoma rispetto all'ufficio.

<sup>(112)</sup> In  *Telelavoro*.

generale al quale la disciplina del telelavoro può far riferimento, lasciando ampio spazio di intervento alla contrattazione, collettiva e individuale.

In particolare, viene ribadito il principio che il telelavoro non comporta una modifica dello *status* del telelavoratore, potendo usufruire degli stessi incarichi e godere degli stessi diritti e tutele in materia di salute e sicurezza di chi svolge l'attività lavorativa tradizionale.

Inoltre, viene confermato il carattere « volontario » del telelavoro sia dal lato datoriale che dello stesso lavoratore. In quest'ottica, il rifiuto del lavoratore di optare per il telelavoro non può costituire, di per sé, motivo di risoluzione del rapporto né, comunque, modifica delle condizioni del rapporto medesimo.


Quanto al diritto alla riservatezza, viene sottolineato il dovere del datore di lavoro di rispettare tale diritto. Ciò, anche in occasione dell'eventuale installazione di qualsiasi strumento di controllo. Questo, infatti, dovrà risultare proporzionato all'obiettivo perseguito e dovrà essere effettuato nel rispetto della direttiva n. 90/270/CEE relativa ai video-terminali <sup>(113)</sup>.

#### 4.7. Segue: i lavori socialmente utili.

L'articolo 1 del decreto legislativo n. 468/1997 <sup>(114)</sup> definisce come lavori socialmente utili (di seguito, « LSU ») quelle « attività che hanno per oggetto la realizzazione di opere e la fornitura di servizi di utilità collettiva, mediante l'utilizzo di particolari categorie di soggetti, alle condizioni contenute nel ... decreto [medesimo]..., compatibilmente con l'equilibrio del locale mercato del lavoro » <sup>(115)</sup>.

La normativa introdotta dal predetto decreto, in revisione della precedente disciplina dettata dall'articolo 1, comma 1, del decreto legge n. 510/1996 (convertito in legge n. 608/1996) <sup>(116)</sup>, è stata nuovamente oggetto di un intervento legislativo di integrazione e modificazione, grazie all'adozione del decreto legislativo n. 81/2000 <sup>(117)</sup>.

<sup>(113)</sup> In  *Sicurezza (obbligo di)*.

<sup>(114)</sup> Cfr. d.lgs. n. 468/1997 recante « Revisione della disciplina sui lavori socialmente utili, a norma dell'art. 22 della L. 24 giugno 1997, n. 196 », in  *Lavoro socialmente utile (LSU)*.

<sup>(115)</sup> Per un approfondimento, si consenta il rinvio a: C. LAURA, *Lavori socialmente utili e maternità*, in *RIDL*, 2002; P. RIGETTI, *Nuovi chiarimenti sui lavori socialmente utili*, in *GLav*, 2000, n. 20, 12.

<sup>(116)</sup> In  *Collocamento*.

<sup>(117)</sup> Cfr. d.lgs. n. 81/2000, recante « Integrazioni e modifiche della disciplina

Si tratta evidentemente di un'inversione di tendenza rispetto all'orientamento previgente. Ed infatti, tale provvedimento, nel responsabilizzare maggiormente i soggetti utilizzatori (che sono chiamati ora ad indicare espressamente gli sbocchi occupazionali per le unità coinvolte nelle attività), stabilisce le modalità per il progressivo svuotamento del bacino dei lavoratori socialmente utili.


Alla luce del nuovo assetto regolatorio, possono usufruire di LSU solo gli enti di cui all'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 468/1997 <sup>(118)</sup>, che alla data del 31 dicembre 1999 hanno in corso attività progettuali con oneri a carico del Fondo per l'occupazione.

In particolare, l'articolo 2 del decreto legislativo n. 81/2000 chiarisce che le disposizioni ivi riportate si applicano ai soggetti impegnati in progetti di LSU che abbiano effettivamente maturato dodici mesi di permanenza nelle attività nel periodo dal 1° gennaio 1998 al 31 dicembre 1999. Tale norma entra poi nello specifico, individuando i casi di esclusione.

In primo luogo, vengono esclusi coloro che, alla data del 31 dicembre 1999, risultavano in possesso dei requisiti per il pensionamento anticipato di anzianità o di vecchiaia. Si prevede, invece, per coloro che a tale data risultavano in possesso dei requisiti per la contribuzione volontaria, la riapertura dei termini per la presentazione della domanda.

Altre ipotesi di esclusione riguardano coloro che sono stati impegnati in LSU in modo diretto e, quindi, in assenza di un progetto. Si tratta, in sostanza, di soggetti titolari del trattamento straordinario di integrazione salariale, di mobilità, comunque, di altro trattamento speciale di disoccupazione, la cui attività è stata, pertanto, finanziata con risorse diverse rispetto a quelle del Fondo per l'occupazione. Parimenti, sono esclusi i lavoratori impegnati ai sensi dell'articolo 11, comma 4, del decreto legislativo n. 468/1997 e, dunque, con finanziamenti destinati da regioni e province. Da ultimo, sono esclusi quanti abbiano già usufruito del sistema degli incentivi per la ricollocazione, conseguendo un'occupazione stabile ed, inoltre, coloro che sono stati

---

dei lavori socialmente utili, a norma dell'art. 45, comma 2, della legge 17 maggio 1999, n. 144 », in  *Lavoro socialmente utile (LSU)*.

<sup>(118)</sup> Ossia: le amministrazioni di cui al vecchio art. 1 del d.lgs. n. 29/1993 (ora, T.U. n. 165/2001); gli enti pubblici economici, le società a totale o prevalente partecipazione pubblica e le cooperative sociali e loro consorzi, oltre che talune aziende speciali e a consorzi forestali.



dichiarati, a vario titolo, decaduti o cancellati dalle liste regionali di mobilità.

Nell'intento di ampliare le opportunità di occupazione stabile dei soggetti interessati, le disposizioni di cui all'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2000, oltre a richiamare espressamente le attività già individuate dalla previgente normativa, individuano altre tipologie di attività che maggiormente si prestano ad essere oggetto di esternalizzazione, quali: i servizi tecnici integrati della pubblica amministrazione, i trasporti e la connessa logistica.


Avvalendosi della facoltà di ampliare ulteriormente l'elenco generale delle attività, in armonia con le previsioni di cui all'articolo 1, comma 2, della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 3 <sup>(119)</sup>, le attività socialmente utili possono essere attuate nell'ambito di tutti i settori istituzionali degli enti utilizzatori delle attività medesime.

Le province ed i comuni potranno, comunque, proporre all'Assessorato regionale del lavoro, della previdenza sociale, della formazione professionale e dell'emigrazione di integrare o specificare l'elenco generale delle attività socialmente utili, in relazione alla situazione del mercato del lavoro locale.

Quanto alla disciplina del rapporto, l'articolo 4 del decreto legislativo n. 81/2000 ribadisce che l'utilizzo non comporta l'instaurazione di un vero e proprio rapporto di lavoro. Ai soggetti compete un importo mensile pari alle vecchie 850.000 lire <sup>(120)</sup>, per un impegno settimanale di 20 ore e per non più di 8 ore giornaliera. La durata della prestazione a decorrere dal 1° maggio 2000 non può essere superiore a 6 mesi, rinnovabile di ulteriori 6 mesi. Nel caso di rinnovo, il 50% dell'ammontare dell'assegno è corrisposto dall'ente utilizzatore.

La continuazione delle attività sarà possibile sulla base di una delibera adottata dall'ente utilizzatore, che dovrà tener conto delle dichiarazioni di responsabilità rese dai soggetti impegnati. Tale delibera dovrà contenere una serie di elementi: l'elenco nominativo dei soggetti impegnati; le attività espletate dall'ente utilizzatore, ivi compresa la durata e la località di utilizzazione, le modalità organizzative e le caratteristiche professionali di ciascun soggetto impiegato; l'eventuale quantità di ore aggiuntive e il corrispettivo ammontare del trattamento economico; le forme assicurative attivate; il nome del dirigente responsabile della gestione della disciplina delle attività

---

<sup>(119)</sup> In  *Lavoro socialmente utile (LSU)*.

<sup>(120)</sup> Al 21 aprile 2000 l'importo dell'assegno era di lire 860.710.



svolte; l'indicazione espressa dello sbocco occupazionale; l'impegno alla comunicazione delle variazioni relative all'elenco dei soggetti di cui alla lettera *a*) dell'articolo 5.

Al fine di creare nuove opportunità occupazionali, l'articolo 6 prevede che le amministrazioni pubbliche possano affidare ai soggetti utilizzati, attraverso incarichi di collaborazione coordinata e continuativa e di lavoro autonomo, le attività uguali, analoghe o connesse a quelle già oggetto dei progetti di lavori socialmente utili da essi promossi, per la stessa durata ivi prevista.

Inoltre, al fine di agevolare la stabilizzazione dell'occupazione dei soggetti utilizzati, le regioni, le province ed i comuni, singolarmente ovvero in cooperazione con altri comuni, possono utilizzare risorse proprie.

Con riferimenti agli incentivi, l'articolo 7 prevede, a favore dei datori di lavoro privati e degli enti pubblici economici, comprese le cooperative e loro consorzi, un contributo pari ai vecchi 18 milioni di lire, per ciascun lavoratore assunto a tempo pieno ed indeterminato <sup>(121)</sup>. Per le amministrazioni pubbliche, il beneficio è, invece, riconosciuto in misura ridotta, corrispondente agli oneri relativi alla copertura contributiva.

Nel caso in cui i soggetti siano assunti con contratto a tempo determinato, la contribuzione a carico del datore di lavoro è pari a quella prevista per gli apprendisti. Ove tale rapporto di lavoro si trasformi a tempo indeterminato, il beneficio contributivo spetta per ulteriori 12 mesi oltre al contributo di 18 milioni di vecchie lire.

La norma in parola chiarisce, poi, che le disposizioni incentivanti sono applicabili anche nelle ipotesi di contratti di fornitura di lavoro temporaneo. Ebbene, a tal riguardo occorre ricordare che gli articoli 1-11 della legge n. 196/1997 sono stati abrogati dall'articolo 85, comma 1, lettera *f*), del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(122)</sup>, che — come detto più ampiamente sopra — ha sostituito il lavoro interinale con la «somministrazione di lavoro». Si può, pertanto, ipotizzare che il riferimento normativo al lavoro interinale possa operarsi oggi a favore di tale nuova tipologia contrattuale, ricordando, pur tuttavia, che le

---

<sup>(121)</sup> Nel caso di assunzione parziale a tempo indeterminato inferiore a 30 ore settimanali medie calcolate su base annuale, il contributo è corrisposto in misura proporzionale al numero di ore.

<sup>(122)</sup> Sul punto, si veda quanto stabilito in via transitoria dallo stesso d.lgs. n. 276 laddove si legga l'art. 86, comma 3 (cfr. quanto detto oltre).

pubbliche amministrazioni possono avvalersi della « somministrazione » di manodopera solo nella modalità a tempo determinato.

In ogni caso, condizione per l'erogazione del contributo è l'avvenuta cancellazione dei soggetti interessati dagli elenchi delle attività socialmente utili, nonché la regolarità dei datori di lavoro con riguardo agli oneri contributivi <sup>(123)</sup>.

Quanto alla disciplina delle sanzioni è da sottolineare che anch'essa è in linea con l'obiettivo dello svuotamento del bacino, in quanto prevede la cancellazione dagli elenchi e la decadenza dai benefici per quei soggetti che rifiutino l'assunzione in luogo distante sino a 50 km dal luogo di residenza, ovvero la partecipazione a specifici corsi di formazione o l'avviamento a selezione.


Sempre in questa prospettiva sembra muoversi la stessa legge finanziaria per il 2004 <sup>(124)</sup>, la quale autorizza il Ministero del lavoro e delle politiche sociali a stipulare, nel limite complessivo di 1 milione di euro, e per il solo esercizio 2004, direttamente con i comuni nuove convenzioni per lo svolgimento di attività socialmente utili e per l'attuazione di misure di politica attiva del lavoro riferite a lavoratori impegnati in attività socialmente utili.

Il Ministero, con decreto del 31 marzo 2004, ha definito i criteri relativi all'assegnazione di queste risorse <sup>(125)</sup>. In particolare, ha stabilito che, ai fini dell'ammissione ai contributi, i comuni devono presentare al Ministero stesso un'apposita domanda entro trenta giorni dalla data di pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale (avvenuta il 16 aprile 2004). Le risorse <sup>(126)</sup> sono assegnate, previa stipulazione di una Convenzione con il Ministero medesimo, ai comuni con meno di 50.000 abitanti per la stabilizzazione occupazionale dei soggetti che svolgono attività socialmente utili con oneri a carico del comune stipulante a decorrere dal 1° gennaio 1999 o da una data precedente.

---

<sup>(123)</sup> Il comma 8 dell'art. 7 precisa, poi, che nel caso in cui si tratti di contratto a tempo determinato ovvero di contratto di fornitura di lavoro temporaneo, la cancellazione dagli elenchi delle attività socialmente utili non ha luogo nelle ipotesi in cui i contratti stessi abbiano complessivamente durata inferiore ai dodici mesi.

<sup>(124)</sup> Cfr. art. 3, comma 82, della l. n. 350/2003.

<sup>(125)</sup> In  *Lavoro socialmente utile (LSU)*.

<sup>(126)</sup> Ai comuni collocati nella graduatoria è assegnato un contributo il cui importo è pari alla copertura, per un periodo di tre mesi, ovvero di sei mesi se il comune rientra nelle aree di cui all'Obiettivo 1 CE, del 50% dell'assegno spettante ad ogni lavoratore in carico al comune medesimo, fino ad esaurimento delle risorse di cui all'art. 3, comma 82, della l. n. 350/2003.

## 5. Una prima conclusione.

Si è visto nei paragrafi precedenti come gli obiettivi chiave della recente riforma del mercato del lavoro fossero sostanzialmente da rinvenirsi nella concreta attuazione dei principi di occupabilità, imprenditorialità, adattabilità e pari opportunità.

In questa prospettiva, si è visto anche come l'introduzione di forme contrattuali flessibili (o più flessibili rispetto a precedenti schemi negoziali già noti), si ponesse come strumentale alla stessa realizzazione dei richiamati obiettivi.

Se, dunque, appare fortemente sentita per il legislatore l'istanza di modernizzazione ed evoluzione del mercato del lavoro nel settore privato, parimenti deve ritenersi con riferimento al pubblico impiego come, d'altronde, dimostra la stessa apertura verso tipologie contrattuali tipiche dei rapporti di lavoro privatistici operata in questi ultimi anni.

Coerentemente con la specialità del pubblico impiego, il legislatore della riforma del mercato del lavoro ha, tuttavia, previsto la non applicazione della nuova disciplina alle pubbliche amministrazioni ed al relativo personale, salvo espresso richiamo. In quest'ottica, ha preferito rinviare ad una successiva fase di concertazione fra il Ministero della funzione pubblica e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, l'onere di esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore della riforma.

Il percorso per verificare le modalità di estensione al pubblico impiego delle novità introdotte con il decreto legislativo n. 276 è indubbiamente complesso ove ci si soffermi a riflettere sulle molteplici peculiarità e specificità dei rapporti pubblicistici. Sussistono, infatti, principi fondamentali relativi all'assetto e alle funzioni dei pubblici poteri, che richiedono, per l'operatività in tale settore della riforma, necessarie ed adeguate forme di armonizzazione.

Proprio al fine di individuare delle linee generali che potessero guidare il processo di modernizzazione delle pubbliche amministrazioni, salvaguardandone, contemporaneamente, l'autonomia e le specificità, è stato scelto come strumento di intervento la stipulazione di un contratto collettivo nazionale quadro.

Questo dovrà, in particolare, affrontare la delicata fase dell'individuazione di una cornice di riferimento e dei contenuti della disciplina di riforma del mercato del lavoro che si intendono trasporre nel settore pubblico, con le relative modalità. Ciò, ferme restando, ovviamente, le

previsioni legislative sull'applicabilità di alcuni istituti (come, ad esempio, la somministrazione di lavoro a tempo determinato) e l'esigenza di una più puntuale regolazione della materia nella successiva contrattazione collettiva di comparto.

In realtà, la scelta dello strumento contrattuale sembra essere strategica per consentire l'accoglimento nel modo più diretto di eventuali istanze delle organizzazioni sindacali, anche in un'ottica di gestione più efficace dei riflessi collettivi dei cambiamenti in atto.

In conclusione, ferma restando l'esigenza di fare chiarezza, rispetto ad un contesto normativo modificato ed arricchito dai recenti interventi legislativi, che non è certo agevole leggere e ricostruire, proprio per la delicatezza e la complessità delle problematiche che vengono in evidenza, non può che auspicarsi la rapida conclusione di tale processo di armonizzazione, con la speranza che l'introduzione nel pubblico impiego di strumenti maggiormente flessibili possa contribuire al miglioramento (anche) della funzione sociale che il medesimo persegue.

#### 4.

### IL LAVORO A TEMPO PARZIALE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

GEORGIA BASCHERINI

SOMMARIO: 1. L'esclusione dell'applicabilità delle modifiche del part-time al pubblico impiego. — 2. L'attuale disciplina del part-time nel pubblico impiego e le prospettive future.

#### 1. L'esclusione dell'applicabilità delle modifiche del part-time al pubblico impiego.

Contrariamente ai contenuti del *Libro Bianco sul mercato del lavoro* <sup>(1)</sup>, nel quale era stata messa in luce l'opportunità di un processo di « maggiore omogeneità non solo delle norme ma anche delle relazioni sindacali e dei comportamenti effettivi dei due settori privato e pubblico » (facendo pensare, quindi, ad un ulteriore avvicinamento fra le due discipline), la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, ha previsto che « le disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate » (articolo 6, legge n. 30/2003) <sup>(2)</sup>.

In particolare, l'articolo 3 della medesima legge, relativo specificamente alla riforma della disciplina del lavoro a tempo parziale <sup>(3)</sup>, ha delegato il Governo ad adottare in materia uno o più decreti legislativi

---

<sup>(1)</sup> In  *Riforma Biagi*.

<sup>(2)</sup> Per l'estensione di alcuni istituti del d.lgs. n. 276/2003, si veda P. RAUSEI, *L'adesione volontaria della Pubblica Amministrazione al lavoro a progetto: luci e ombre di una ipotetica certificazione del contratto*, in questa Parte, Sez. (A), e A. VALERIANI, *Prospettive di applicazione dei lavori flessibili alle Pubbliche Amministrazioni*, che precede.

<sup>(3)</sup> Per un'analisi della disciplina del lavoro a tempo parziale nell'impiego privato, si vedano i contributi contenuti nella Parte IV, Sez. (B), di questo volume.

« con esclusione dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche » (4).

Il legislatore delegato, pertanto, per non incorrere in un'ipotesi di illegittimità costituzionale per violazione dei criteri di esercizio della delega, non ha potuto che escludere i rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione dalla riforma della disciplina del lavoro a tempo parziale: in generale, l'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, ha, così, espressamente stabilito: « Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni ed il proprio personale » (5), fatte salve soltanto « le competenze riconosciute alle regioni a Statuto speciale ed alle province autonome di Trento e Bolzano » (articolo 1, comma 3).

L'esclusione del pubblico impiego dalla riforma è stata criticata (6), segnando una « inversione di tendenza » della legislazione lavoristica rispetto al principio che ha informato il processo di privatizzazione del pubblico impiego, derogando all'articolo 2, comma 2, decreto legislativo n. 165/2001 (7), che prevede: « i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni Pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del

---

(4) In merito all'espressione « ove non siano espressamente richiamate » di cui all'art. 6, l. n. 30/2003, era sorto il dubbio se si riferisse solo alla legge delega o anche al decreto attuativo. Ma, per quanto riguarda la riforma del part-time, è la stessa legge delega che vieta espressamente l'estensione dell'applicabilità dei futuri decreti legislativi ai dipendenti pubblici. Si veda E. GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 245.

(5) M. BROLLO, *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Ipsoa, Milano, 2004, 169, precisa che: « Stante la formulazione legale, l'esclusione vale non solo per il personale ancora in regime di diritto pubblico, ma anche per quello con rapporto di lavoro 'privatizzato' ».

(6) S. MAINARDI, *d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato di lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2003, n. 6, 1069, parla di « un significativo quanto irrazionale episodio di distonia normativa »; per M. BROLLO, *op. loc. cit.*, « la situazione appare confusa e paradossale, nonché suscettibile di creare intollerabili incertezze applicative »; secondo M. LANOTTE, *Il campo di applicazione: l'esclusione delle pubbliche amministrazioni*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (articolo 1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004, 32: « la scelta operata dalla legge delega n. 30/2003 appare criticabile (...) in quanto l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione della riforma del mercato e dei rapporti di lavoro non trova plausibile legittimazione sul piano giuridico e sistematico ».

(7) In  *Pubblico impiego*.

capo I, titolo II del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni (...)», nonché all'articolo 36, comma 1, dello stesso testo unico, relativo alle forme contrattuali flessibili <sup>(8)</sup>.

Le ragioni sottese a tale intervento legislativo sono state individuate da una parte « nel presumibile intento del Governo e, forse, delle stesse parti sociali, di proteggere il settore pubblico dall'impatto immediato di una riforma così profonda, rimanendo, ovviamente possibile procedere ad una estensione graduale in un secondo momento » <sup>(9)</sup>; dall'altra, nel fatto che, essendo lo scopo dell'intervento legislativo quello di aumentare il tasso di occupazione, siffatto incremento non aveva ragione d'essere nel settore pubblico, caratterizzato da un eccesso di personale rispetto ai reali bisogni <sup>(10)</sup>. Altri ancora hanno ritenuto che l'esclusione del pubblico impiego dalla riforma sia dovuta « ad un difetto iniziale di coordinamento tra i Ministeri interessati (Welfare e funzione pubblica) e ad un altrettanto mancato allargamento del negoziato alle organizzazioni sindacali del settore pubblico, piuttosto che ad una 'razionale' e 'consapevole' scelta di politica legislativa » <sup>(11)</sup>.

Peraltro, il legislatore delegato, probabilmente consapevole dell'irragionevolezza dell'esclusione, ha previsto, nell'ambito delle « norme transitorie e finali », la convocazione, entro 6 mesi, da parte del Ministro per la funzione pubblica delle organizzazioni maggiormente rappresentative dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni « per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente decreto legislativo (...) anche ai fini della eventuale

---

<sup>(8)</sup> La prima parte dell'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, recita: « Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni di reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato dell'impresa (...) ». Sull'estensione alla P.A. di alcuni istituti si veda P. RAUSEI, *L'adesione volontaria della Pubblica Amministrazione al lavoro a progetto: luci e ombre di una ipotetica certificazione del contratto*, cit., e, sulle prospettive di apertura, cfr. A. VALERIANI, *Prospettive di applicazione dei lavori flessibili alle Pubbliche Amministrazioni*, cit.

<sup>(9)</sup> M.L. VALLAURI, *Norme transitorie e finali*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 267.

<sup>(10)</sup> A. BELLAVISTA, *Alcune osservazioni sulla legge n. 30/2003*, in *LG*, 2003, n. 8, 707.

<sup>(11)</sup> S. MAINARDI, *op. cit.*, 1074.

predisposizione di provvedimenti legislativi in materia » (articolo 86, comma 8) <sup>(12)</sup>.

Anche la circolare del Ministero del lavoro 18 marzo 2004, n. 9 <sup>(13)</sup>, avente ad oggetto il lavoro a tempo parziale, ha confermato l'esclusione delle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 276/2003 ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ed ha ribadito che: « l'eventuale armonizzazione tra settore pubblico e settore privato, ipotizzata dall'articolo 86 dello stesso decreto legislativo n. 276/2003, è subordinata a un confronto tra Ministero della funzione pubblica e organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche e impone un espresso intervento legislativo del quadro previgente ».


## 2. L'attuale disciplina del part-time nel pubblico impiego e le prospettive future.

Ponendosi all'interno del processo di omogeneizzazione normativa tra il settore pubblico e quello privato, l'articolo 10 del decreto legislativo n. 61/2000 <sup>(14)</sup> — che non è stato abrogato o modificato dal decreto legislativo n. 276/2003 — prevede l'applicazione della normativa del lavoro a tempo parziale anche al pubblico impiego, salvo alcune specifiche esclusioni relative alla forma del contratto, agli obblighi di comunicazione alle rappresentanze sindacali, al diritto di precedenza dei lavoratori part-time in caso di assunzioni a tempo pieno, ai benefici contributivi ed alle sanzioni; esclusioni che sono principalmente dovute al rispetto dei criteri regolatori delle modalità di accesso alla pubblica amministrazione <sup>(15)</sup>. E salva l'operatività della disciplina speciale di cui alle leggi n. 662/1996, n. 449/1997, n. 448/1998, n. 488/1999 e n. 388/2000 <sup>(16)</sup>.


---

<sup>(12)</sup> E. MASSI, *Come cambia il mercato del lavoro*, in *DPL*, 2004, n. 14, inserto, III, sottolinea l'opportunità dell'armonizzazione alla disciplina privatistica « attesa la necessità di non tornare, dopo anni di progressiva equiparazione, alla creazione di 'steccati normativi' tra il settore pubblico e quello privato ».

<sup>(13)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(14)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*.

<sup>(15)</sup> Per un quadro sulla disciplina del part-time nel pubblico impiego si veda M. PAPALEONI, *Il nuovo part-time nel settore privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2004, 321 ss.

<sup>(16)</sup> In  *Pubblico impiego*. Si vedano, in particolare: l'art. 1, comma 58, della l. n. 662/1996, che attribuisce in via generale al lavoratore pubblico un diritto alla



A seguito dell'esclusione dell'applicabilità delle novità introdotte dalla Legge Biagi « per le pubbliche amministrazioni e il loro personale », novità riguardanti istituti disciplinati dal decreto legislativo n. 61/2000 e, in base al predetto articolo 10, in vigore anche per il pubblico impiego (si vedano, ad esempio, il lavoro supplementare e le clausole elastiche), vi è chi ha sottolineato come si sarebbero venute a creare due versioni della medesima normativa, con la conseguenza che ai dipendenti pubblici privatizzati continuerebbe ad applicarsi la versione originaria del decreto legislativo n. 61/2000, con i ritagli ed i recuperi di disciplina previsti dal citato articolo 10<sup>(17)</sup>, mentre la formulazione risultante dalle integrazioni disposte dal decreto legislativo n. 276/2003 varrebbe solo per i lavoratori del settore privato.

Altri, ritengono, invece, che il decreto legislativo n. 61/2000 continuerebbe sì a trovare applicazione per i dipendenti pubblici nella versione originaria, ma con esclusione delle parti abrogate per sostituzione dell'articolo 46 del decreto legislativo n. 276/2003<sup>(18)</sup>.

È stato anche affermato — ma, invero, in pieno contrasto con la previsione dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 — che la nuova disciplina troverebbe integrale applicazione anche per le pubbliche amministrazioni, e ciò in quanto la norma di richiamo contenuta nell'articolo 10 del decreto legislativo n. 61/2000 si riferirebbe alle norme di legge nella loro più recente versione, che, pertanto, verrebbero estese automaticamente alla pubblica amministrazione<sup>(19)</sup>. Con la conseguenza che la riforma del lavoro supplementare e straordinario dovrebbe riguardare anche la pubblica amministrazione. Mentre per le clausole elastiche e flessibili continuerebbe, comunque, ad essere necessaria una facoltizzazione da parte dell'autonomia collettiva, a differenza del settore privato nel quale alle parti è stata

---

trasformazione del rapporto da full-time a part-time; e l'art. 39 della l. n. 449/1997 e le successive modifiche, di cui agli artt. 20, l. n. 488/1999, 22, l. n. 448/1998, e 51, l. n. 388/2000.

<sup>(17)</sup> L. ZOPPOLI, *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus grendel atto II)*, Intervento al Convegno *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Napoli, 4-5 dicembre 2003; M. BROLLO, *op. cit.*, 169.

<sup>(18)</sup> S. MAINARDI, *op. cit.*, 1100.

<sup>(19)</sup> A. TAMPIERI, *Le nuove regole del part-time*, in *DPL*, 2004, n. 24, 1641: l'Autore sottolinea che, ad esempio, l'art. 3 del d.lgs. n. 61/2000, sulla variazione dell'orario di lavoro mediante clausole elastiche o flessibili, non essendo espressamente escluso dal successivo art. 10, sarebbe applicabile alle pubbliche amministrazioni nella sua più recente formulazione. Nello stesso senso, si veda M. LANOTTE, *op. cit.*, 41.


data la possibilità di pattuire le predette clausole pur in mancanza di una previsione contrattual-collettiva. La nuova normativa relativa alla trasformazione del rapporto da part-time a full-time non troverebbe invece applicazione, prevalendo la speciale regolamentazione di cui alla legge n. 662/1996 <sup>(20)</sup>.

Il Dipartimento della funzione pubblica sembrerebbe essersi espresso nel senso della seconda tesi sopra prospettata, avendo precisato che nel settore pubblico non si applicherebbe completamente la versione originaria del decreto legislativo n. 61/2000, ma dovrebbero valere solo le norme il cui contenuto non sia stato modificato dal decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(21)</sup>; da ciò deriverebbe, quindi, una « sostanziale soppressione per il pubblico impiego di una disciplina legale di riferimento, disciplina che, comunque, sopravviverebbe in quanto recepita nella contrattazione collettiva ».

A fronte di tali contrasti interpretativi, al fine di evitare che ogni amministrazione proceda con le proprie modalità applicative, con conseguenti inevitabili contenziosi, è opportuno che, come ipotizzato dal sopra citato articolo 86, comma 8, del decreto legislativo n. 276/2003, quanto prima si addivenga ad una armonizzazione delle due discipline, armonizzazione che — a differenza della previsione di cui alla riforma Biagi che prevede l’emanazione di un provvedimento legislativo concertato — sembra avverrà attraverso un accordo collettivo quadro fra l’Aran e le associazioni sindacali, per il quale è già stata licenziata l’apposita direttiva dell’Organismo di Coordinamento dei Comitati di Settore <sup>(22)</sup>.

Saranno, poi, le singole contrattazioni di comparto a prevedere la regolamentazione del part-time, e ciò — per quanto possibile — sulla base delle innovazioni introdotte dal decreto legislativo n. 276/2003.

---

<sup>(20)</sup> Secondo M. LANOTTE, *op. cit.*, 45, per le clausole elastiche e flessibili continuerebbe, comunque, ad essere necessaria una facoltizzazione da parte dell’autonomia collettiva, a differenza del settore privato nel quale alle parti è stata data la possibilità di pattuire le predette clausole pur in mancanza di una previsione contrattual-collettiva. In  *Pubblico impiego*.

<sup>(21)</sup> A. RUSSO, *Prospettive di applicazione della riforma nella pubblica amministrazione*, in *GLav*, 2004, n. 13, 28.

<sup>(22)</sup> Del resto, l’art. 36, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 prevede un ampio rinvio alla contrattazione collettiva per l’applicazione delle norme lavoristiche in materia di forme contrattuali flessibili di assunzione ed impiego del personale.

## 5.

# IL LAVORO A TEMPO DETERMINATO NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

FRANCESCO BASENGHI

SOMMARIO: 1. L'assimilazione regolatoria pubblico-privato: notazioni generali. — 2. La contrattazione collettiva. — 3. Le peculiarità della disciplina. — 4. Contratto a termine e dotazione organica. — 5. La violazione dei limiti legali.

### 1. L'assimilazione regolatoria pubblico-privato: notazioni generali.

Tradizionale strumento di flessibilità, il contratto a termine ha a lungo scontato, in relazione al suo impiego nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, un doppio ordine di riserve <sup>(1)</sup>. Alla tradizionale cautela che, in generale, ne ha segnato la utilizzazione quale figura alternativa alla instaurazione di rapporti di lavoro connotati da stabilità, si è associato l'atteggiamento di altrettanto sorvegliata circospezione assunto dal legislatore relativamente alla sua frequente assunzione ad istituto di fatto adottato in funzione elusiva dei vincoli posti alla assunzione nell'ambito dei datori di lavoro pubblici <sup>(2)</sup>.

Ciò spiega, in larga misura, le scelte normative compiute anche in tempi recenti — segnatamente nell'ambito della c.d. prima privatizzazione <sup>(3)</sup> — ed ispirate ad una diffusione quantomai controllata della

---

<sup>(1)</sup> Sulla disciplina del lavoro a termine nel settore privato, cfr. i contributi nella Parte III di questo volume.


<sup>(2)</sup> Si allude alla discutibile prassi delle periodiche sanatorie volte a stabilizzare i rapporti di lavoro correnti con personale formalmente assunto a tempo determinato, a fronte di situazioni contingenti, ma successivamente inseriti in modo stabile nell'organico dell'ente: cfr. L. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2003, 25 ss.

<sup>(3)</sup> Cfr. la *lectio* dell'art. 36 come novellato per effetto dell'art. 17 del d.lgs. n. 546/1993, il quale faceva divieto alle amministrazioni di procedere ad assunzioni di personale a termine per prestazioni di durata superiore a tre mesi. Cfr., in tema, A. BATTISTI, *Il contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PERONE (a cura di),

figura in predicato, nonostante la riforma volesse rappresentare una occasione di radicale trasformazione dei modelli di gestione del personale dipendente dalle amministrazioni pubbliche, affrancandosi da prassi e consuetudini proprie del passato.

Anticipata da alcune aperture promesse dalla contrattazione collettiva di comparto — aperture peraltro non sempre tecnicamente impeccabili — la riforma del 1998 ha profondamente ridisegnato il ruolo di questo e di altri modelli contrattuali ispirati a flessibilità, in coerenza con la progressiva assimilazione tra pubblico e privato e nella direzione della maggior efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.


Il risultato normativo è stato conseguito prevedendo una estensione pressoché integrale delle discipline operanti in ambito privatistico — alcune delle quali richiamate in modo esplicito — nel rispetto dei capisaldi della riforma: la devoluzione della generale regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici allo statuto civilistico del « lavoro subordinato nell'impresa »; l'attribuzione alla dirigenza pubblica del potere di assumere ogni determinazione o misura inerente la gestione dei rapporti di lavoro « con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro »; la c.d. contrattualizzazione del rapporto di lavoro <sup>(4)</sup>.


Per quanto attiene, partitamente, al rapporto di lavoro a termine, l'abrogazione della legge n. 230 del 1962 <sup>(5)</sup> e del variegato *corpus* normativo con questa riaccordato sembra *prima facie* non aver prodotto effetti sistematici complessi. E in effetti, in senso strettamente tecnico-formale il nuovo regime pare avvicinarsi abbastanza agevolmente al precedente sul piano formale grazie all'esplicito richiamo volto a far salva « ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina » — articolo 36, decreto legislativo n. 165 del 2001  <sup>(6)</sup>. D'altro canto, secondo quanto ha notato la pressoché unanime dottrina <sup>(7)</sup>, l'assenza di espliciti riferimenti al lavoro pubblico nell'articolato del decreto legislativo n. 368 del 2001 <sup>(8)</sup> non può fondare riserve di sorta sulla sua piena

---

*Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, Torino, 2002, 255 ss.

<sup>(4)</sup> L'ovvio riferimento è all'art. 2, commi 2 e 3, nonché all'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.

<sup>(5)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(6)</sup> In  *Pubblico impiego*.

<sup>(7)</sup> Cfr., per tutti, R. SALOMONE, *Contratto a termine e lavoro pubblico*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, 270.

<sup>(8)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

estensione ai datori di lavoro pubblici, stante la inequivoca *voluntas legis* volta a portare a compimento il generale disegno di assimilazione al quale si è accennato <sup>(9)</sup>. Da questo punto di vista, un esplicito rinvio sarebbe stato, con ogni probabilità, tecnicamente inutile.

Nondimeno, la prima impressione non trova piena conferma avuto riguardo alla particolare storia normativa venutasi a sedimentare nell'ambito dell'impiego pubblico, comprensibilmente diversa rispetto a quella invece decantata nel settore privato.

In proposito ci si è opportunamente chiesti se la successione delle discipline regolatorie implichi o meno la parallela abrogazione delle previsioni collocate qua e là nella vasta galassia della legislazione sul lavoro pubblico, dovendosi ipotizzare — in caso di risposta affermativa — l'azzeramento delle discipline dedicate, spesso giustificate dalle particolari connotazioni di questa o di quella amministrazione. Invero, la soluzione conservativa di regola proposta a fronte di interventi di questa natura <sup>(10)</sup> — anche sulla scorta del principio di specialità idoneo ad assicurare la vigenza delle previsioni dotate di latitudine applicativa più circoscritta — nel caso di specie risulta meno condivisibile sulla scorta dell'enfasi mostrata dal legislatore verso l'attribuzione, al decreto legislativo n. 368 del 2001, di una sorta di *vis* abrogativa estesa all'intero universo delle discipline « comunque incompatibili e non espressamente richiamate », in linea con il preteso azzeramento dell'impianto venutosi a stratificare nel corso di un quarantennio. Tenuto altresì conto dell'opera di minuzioso recupero dei frammenti normativi previgenti e dell'interesse rivolto anche a comparti marginali, è difficile non consentire con chi ha autorevolmente sostenuto <sup>(11)</sup> l'opposto esito della caducazione di ogni disciplina, anche di limitato respiro, contrastante con l'impianto del decreto, imponendo caso per caso una indagine volta a verificarne l'eventuale incompatibilità <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Non osta a questa conclusione la circostanza che detto disegno — che ha innervato l'azione legislativa nel corso dell'ultimo decennio — abbia trovato una vistosa battuta d'arresto nella emanazione della fondamentale riforma del mercato del lavoro di cui al d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(10)</sup> Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Attuazione della direttiva n. 70/99/CE*, in *NLCC*, 2002, 29; G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2002, 58; L. FIORILLO, *op. cit.*, 29.

<sup>(11)</sup> Cfr. A. MARESCA, *Sub art. 11*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 117 ss.

<sup>(12)</sup> Non è fuor d'opera ricordare, peraltro, che l'affermazione di questa seconda


## 2. La contrattazione collettiva.

Qualche peculiarità rispetto all'ambito privatistico si avverte anche in ordine al ruolo della contrattazione collettiva. Già intervenuta nel corso della tornata d'esordio successiva alla prima privatizzazione, essa ha mostrato di voler coltivare la delega legale di cui all'articolo 23 della legge n. 56 del 1987 <sup>(13)</sup>, muovendosi tanto sul terreno della rivisitazione delle ipotesi di derivazione legale quanto, nel contempo, su quello della enucleazione di causali inedite, in parte sconosciute anche al settore privato <sup>(14)</sup>.

Nella stagione inaugurata dal decreto legislativo n. 368 del 2001, a queste declaratorie — analogamente a quanto accade per i contratti collettivi destinati a regolare il « lavoro nell'impresa » — si dovrebbe riconoscere efficacia transitoria anche successivamente alla data di entrata in vigore del nuovo regime, stante la previsione di temporanea salvaguardia di cui all'articolo 11, comma 2, con la conseguente, provvisoria creazione di un doppio binario regolativo — legale e pattizio — accessibile alternativamente dall'amministrazione fino alla avvenuta scadenza delle singole intese collettive <sup>(15)</sup>. La questione, peraltro, sembra tutt'altro che superata ove si pensi che, in sede di rinnovo dei primi contratti collettivi successivi alla riforma, le parti sociali hanno talvolta adottato formule piuttosto equivoche, potenzial-

---

teorica non implica necessariamente pesanti riflessi sistematici, atteso che il giudizio di compatibilità può ben essere facilmente superato. Così, ad esempio, nulla sembra ostare al riconoscimento di piena vigenza all'art. 92 del d.lgs. n. 267/2000 — T.U. Enti locali — il quale, pur introducendo una disciplina speciale quanto a campo applicativo e non richiamata espressamente dal d.lgs. n. 368/2001, è da ritenere in vigore attesa la sua sostanziale compatibilità con quest'ultimo provvedimento. Ed altrettanto potrebbe dirsi — riferendosi ancora agli Enti locali — a proposito dell'assunzione di personale dirigenziale, visto che l'art. 110 dello stesso T.U. non pare introdurre regimi derogatori rispetto a quelli generali, se non per quanto riguarda il recesso.

<sup>(13)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(14)</sup> Quanto alle prime, si pensi all'aggiustamento delle ipotesi legate all'assenza del lavoratore con diritto alla conservazione del posto. Quanto alle seconde — certo più interessanti — si ricordi la causale rappresentata dalla necessità di procedere alla temporanea copertura di posti vacanti, subordinatamente alla condizione dell'avvenuto avvio delle procedure selettive utili alla loro copertura. Per un approfondito esame sul punto cfr. L. FIORILLO, *op. cit.*, 31 ss.




<sup>(15)</sup> Proprio con riferimento al rapporto di lavoro pubblico, alcuni interrogativi hanno riguardato la rilevanza delle clausole di ultrattività presenti nei contratti collettivi di comparto, interrogativi peraltro superati dal prevalente indirizzo nel senso della loro irrilevanza. Cfr. A. MARESCA, *op. cit.*

mente interpretabili quale espressione della facoltà — loro assegnata dalla legge — di definire « diverse intese » quanto al regime intertemporale, con l'effetto di assicurare il mantenimento delle « disposizioni vigenti in materia di assunzione a tempo determinato » <sup>(16)</sup>. Ove si opinasse in questo senso, il regime binario al quale si è accennato potrebbe anche ritenersi destinato a permanere nel tempo fino alla sua rimozione per via parimenti pattizia, offrendo così all'amministrazione la possibilità di assumere richiamandosi alla disciplina legale ovvero, alternativamente, a quella convenzionale, nei limiti ed alle condizioni poste da ciascuna di queste <sup>(17)</sup>. Né — a quanto pare — sarebbe di ostacolo ad una tale contingenza la necessaria determinazione, pure per via pattizia, dei limiti quantitativi imposti dall'articolo 10, comma 7, del decreto legislativo n. 368 del 2001. Nulla, invero, potrebbe impedire alle parti collettive di associare alla proroga dell'originario assetto regolativo — costruito intorno alla legge n. 230 del 1962 — la definizione dei predetti limiti, sfruttando appieno gli interstizi lasciati dal legislatore all'intervento sindacale. E ciò, beninteso, a condizione che si dovesse ritenere davvero essenziale e decisiva — *condicio sine qua non* per lo stesso accesso alla figura contrattuale in predicato — la individuazione delle soglie quantitative di cui si è detto, in ogni caso non richieste ove si faccia questione dell'apposizione del termine per le causali esplicitamente escluse.

### 3. Le peculiarità della disciplina.

La condivisione della medesima disciplina regolativa — tendenzialmente comune, fatte salve le peculiarità di cui si è detto e, più oltre,

---

<sup>(16)</sup> Si tratta di formule nelle quali si dispone che « restino ferme le disposizioni vigenti in materia di assunzione »: cfr. l'art. 20 del Ccnl 21 febbraio 2002 del comparto Enti di ricerca e sperimentazione, in  *Pubblico impiego*. Analoga previsione è contenuta anche nel Ccnl 21 febbraio 2002 relativo al personale dell'Enea, in  *Pubblico impiego*. Si tratta di formulazioni ben diverse da quelle utilizzate, ad esempio, dall'art. 41 del Ccnl del 4 marzo 2003 relativo al personale Unioncamere, nel quale si precisa opportunamente che le assunzioni con contratto a tempo determinato siano disciplinate « dalle vigenti disposizioni legislative in materia, nonché dal presente articolo », così chiarendo in via definitiva la volontà di dare ingresso *in toto* al nuovo regime legale senza alcuna riviviscenza della regolazione convenzionale venuta a cessare, in  *Pubblico impiego*.

<sup>(17)</sup> Almeno fino a quando — secondo A. MARESCA, *op. cit.*, 121-122 — la facoltà di proroga dell'assetto contrattuale non dovesse ritenersi esercitata *contra legem*, cioè in contraddizione con il carattere necessariamente transitorio dell'intervento collettivo.



si dirà — consente di riproporre le opzioni interpretative formulate in relazione ai punti nodali della riforma.

Così, in relazione al delicato tema della piena fungibilità degli strumenti contrattuali in gioco — il modello a tempo indeterminato e quello a termine — sembrano potersi lecitamente riproporre gli argomenti ampiamente esplorati dalla dottrina, la quale — come è noto — non è ancora pervenuta a soluzioni appaganti. E non diversamente si può concludere in relazione al diverso, ma parallelo, argomento della necessaria temporaneità delle cause obiettive legittimanti l'apposizione del termine.

Si tratta — come è ovvio — di temi che non possono trovare in questa sede alcuna trattazione, nemmeno parziale, dovendosi invece utilmente rinviare agli specifici contributi presenti in questa opera. Quel che preme, in ogni caso, sottolineare è che la maggior potenzialità diffusiva del contratto a termine — con ogni probabilità voluta dal legislatore della riforma — non va confusa con la ben diversa questione — di ordine squisitamente giuridico-formale — della collocazione sistematica della figura regolata. Un conto è l'allentamento — più o meno incisivo — dei vincoli preesistenti posti ad ostacolo della dilatazione dell'area applicativa dell'istituto; ben altro conto è il suo riposizionamento dogmatico, ossia la ridiscussione delle interrelazioni e degli echi sistematici correnti tra questo e gli altri modelli contrattuali. Da questo punto di vista, sembra difficile negare che il contratto a termine, pur riformato, mantenga comunque i suoi connotati di specialità<sup>(18)</sup>, del resto in coerenza sia con la costruzione teorica — *id est*, il possesso di tutti gli elementi del tipo generale, integrati dalla presenza del termine quale *accidentalis* ed elemento specializzante — sia con i contenuti della regolamentazione dedicata, costellata da deroghe ed eccezioni rispetto alla figura referenziale, tutte teleologicamente orientate ad assicurare una utilizzazione condizionata e sorvegliata dello strumento. Ciò porta ragionevolmente a negare la pretesa fungibilità, non foss'altro perché quest'ultima presuppone identità di trattamento nell'accesso alla figura e nella sua successiva regolamentazione.

D'altro canto, nemmeno può essere di qualche aiuto la tendenziale assimilabilità tra la clausola generale di cui all'articolo 1 del decreto di

---

<sup>(18)</sup> Termine — va notato — utilizzato in modo atecnico, senza alcuna allusione ai presunti riflessi che l'introduzione del termine possa avere sul piano della struttura causale del rapporto.



riforma e le analoghe previsioni presenti nel tessuto normativo e riferibili a forme di limitazione *ab externo* dei poteri datoriali. Si allude, ovviamente, alle omologhe previsioni contenute nell'articolo 13 Stat. lav. — in relazione al trasferimento — ed all'articolo 3 della legge n. 604 del 1996, inerente alla nozione di giustificato motivo oggettivo. Che tra i frammenti normativi in predicato esista una chiara correlazione, non solo lessicale, pare difficilmente contestabile. Del pari, sembra indiscutibile che le citate formule precludano un controllo sul merito della scelta imprenditoriale, ovviamente sottratta ad ogni sindacato giudiziale. Ma da ciò non sembra tanto agevole trarre meccanicamente conclusioni in merito ad una maggiore utilizzabilità dell'istituto *de quo*. Invero, sul piano degli spazi rimessi alla verifica giudiziale, la introduzione della clausola generale — pur assai lata — non si pone in termini diversi rispetto a quelli propri di alcune delle ipotesi formulate nell'ambito del previgente sistema casistico <sup>(19)</sup>.

Applicati questi canoni alle amministrazioni pubbliche, va da sé che anche queste — al pari dei datori di lavoro privati — dovranno esplicitare le ragioni giustificanti l'apposizione del termine, non potendo limitarsi ad una generica enunciazione di principio, e che, del pari, spetterà all'autorità giudiziaria la verifica della loro effettiva sussistenza, ove contestata <sup>(20)</sup>.

Sul piano della restante disciplina del rapporto, l'adeguamento al regime riformato non sembra porre soverchi problemi applicativi. La disciplina in tema di forma, proroga, successione di contratti, parità di trattamento pare non dover subire particolari alterazioni applicative in relazione alla natura pubblica del datore di lavoro, fatto ovviamente salvo quanto si noterà oltre a proposito delle conseguenze dovute in relazione alla violazione dei limiti legali. Semmai, in punto di vigenza delle declaratorie collettive formulate nel previgente assetto legale, v'è da credere che queste siano da considerare vigenti unicamente nei limiti della loro attuale compatibilità con l'assetto riformato.

---

<sup>(19)</sup> Così, ad esempio, si pensi all'ipotesi di cui alla lett. c), comma 1, dell'art. 1 della l. n. 230/1962, che autorizzava l'apponibilità del termine in presenza di esigenze, di durata predeterminata, a carattere straordinario od occasionale. Anche in questo caso la verifica giudiziale non poteva riguardare il merito delle scelte imprenditoriali, ma solo la sussistenza delle condizioni codificate.

<sup>(20)</sup> Cfr. L. FIORILLO, *op. cit.*, 41.

#### 4. Contratto a termine e dotazione organica.

Profilo di forte differenziazione tra privato e pubblico — per ragioni fin troppo note — è quello riguardante il regime relativo alla selezione dell'assumendo a termine. Ma è ovvio — e la circostanza non merita ulteriori approfondimenti — che la differenza tra i due universi è, in questo caso, irriducibile — dipendendo dalla stessa natura del soggetto datoriale — e non riguarda solo l'accesso alle forme contrattuali flessibili quanto, più in generale, il reclutamento del personale.

A questo proposito, è forse superfluo ricordare che, originariamente la struttura amministrativa era segnata dal principio della staticità degli organici, secondo una linea d'azione spiccatamente rigida e formalistica, peraltro acuita dalla riserva di legge che l'articolo 97 Cost. decretava in ordine alla organizzazione degli uffici pubblici. Dopo progressivi aggiustamenti, l'attuale formulazione dell'articolo 6 del decreto legislativo n. 165 del 2001 pare aver determinato il superamento dell'invalso modello di pianta organica, « poiché la ridefinizione degli uffici e delle dotazioni organiche non costituiscono più il presupposto dell'azione organizzativa — come avveniva quando la pianta organica era parte dei regolamenti organici del personale — ma rappresentano il risultato della costante e dinamica analisi dell'articolazione degli apparati e dei concreti fabbisogni di personale »<sup>(21)</sup>.

Nel segno del riconoscimento di accresciuti margini di autonomia e responsabilità in capo alle singole amministrazioni, l'attuale formulazione individua nella « verifica degli effettivi fabbisogni » il momento logicamente preliminare — nell'ambito di una articolata sequenza procedurale — rispetto all'adozione di una qualsiasi determinazione incidente sull'organizzazione degli uffici e la consistenza delle dotazioni organiche. Del resto, detta verifica risulta perfettamente congruente rispetto alle finalità cui l'azione amministrativa deve essere orientata, stante anche l'esplicito rinvio all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 165 del 2001: accrescimento dei livelli di efficienza; razionalizzazione del costo del lavoro; ottimizzazione dei modelli di utilizzo delle risorse umane<sup>(22)</sup>.

Alla ridefinizione degli uffici e delle dotazioni organiche si procede

---

<sup>(21)</sup> Cfr. D. PARVOPASSO, Sub art. 6, in AA.VV., *L'impiego pubblico*, Giuffrè, Milano, 2003, 185.

<sup>(22)</sup> Cfr. C. RUSSO, *Organizzazione degli uffici e dotazioni organiche*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2000, 2<sup>a</sup> ed., vol. I, 508.

periodicamente « e comunque a scadenza triennale ». Quale operazione distinta sul piano procedurale e temporale, la programmazione triennale del fabbisogno dovrebbe normalmente precedere — sul piano ancor prima logico che operativo — la variazione della dotazione organica <sup>(23)</sup>. Peraltro, in coerenza con uno dei cardini della riforma del lavoro pubblico — insistente sull'opportunità di distinguere tra competenze ripartite tra organi di governo e dirigenza — si ricorda come ai primi spetti solo la determinazione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici e delle dotazioni organiche complessive, rientrando invece nella « quotidianità dell'organizzazione amministrativa » la restante parte delle prerogative gestionali, esercitabili con i poteri del privato datore di lavoro.

Sulla scorta di questa premessa, si comprende perché l'articolo 6 del decreto legislativo n. 165 del 2001 contenga riferimenti volutamente « mobili » — tali, cioè, da permettere di plasmare ogni valutazione adattandola alle specifiche necessità e contingenze — i quali valorizzano il ruolo delle fonti interne alla singola amministrazione, dando ragione dei principi di autonomia e di responsabilità di cui si è detto <sup>(24)</sup>. Agli stessi strumenti normativi interni — proprio quelli previsti dai singoli ordinamenti, come recita il comma 3 dell'articolo 6 — è devoluto il delicato bilanciamento tra area « macro » ed area « micro », cioè tra il nucleo di competenze che l'ente intende riservare a sé e le prerogative operativo-gestionali deferite alla dirigenza, in linea di coerenza con quanto prevede l'articolo 2, comma 1, lettera *b*), del decreto più sopra citato.

La ridefinizione degli uffici e delle dotazioni organiche può peraltro aver luogo anche prima della maturazione del singolo triennio, in particolare quando essa risulti necessaria « a seguito di riordino, fusione, trasformazione o trasferimento di funzioni ». L'ampiezza delle tipologie comprese nel precetto dell'articolo 6 citato — che ben si desume anche dall'uso di espressioni prive di un proprio significato strettamente tecnico-giuridico (si pensi all'espressione « riordino ») — non lascia dubbi sulla volontà del legislatore di introdurre un meccanismo volto a garantire una spiccata prontezza e flessibilità di risposta della struttura rispetto alle istanze nascenti dai più diversi mutamenti dei compiti, del ruolo o della *mission* dell'ente, oltrechè, ovviamente, a

---

<sup>(23)</sup> Cfr. M. CLARICH, D. IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Maggioli, Rimini, 2000, 126.

<sup>(24)</sup> Cfr. ancora C. RUSSO, *op. cit.*, 511.

fronte dei sempre più diffusi e spiccati fenomeni di decentramento amministrativo <sup>(25)</sup>.

La potente esaltazione profusa dal legislatore in merito alla prontezza ed alla efficacia della risposta data dall'amministrazione alle proprie esigenze di ordine organizzativo — in netta rottura con la tradizione che ha segnato il precedente, polveroso modello burocratico — se da un lato è coerente con la valorizzazione degli spazi ritagliati a favore dell'adozione della strumentazione flessibile del rapporto, dall'altro è in grado di sterilizzare alcuni dei limiti più vistosi che, in passato, si opponevano alla diffusione del lavoro a termine, scongiurando prassi inopportune <sup>(26)</sup>.

È in ogni caso scontato che, anche in sede di scelta del lavoratore da assumere a termine, l'amministrazione debba essere rispettosa dei limiti e dei criteri imposti in generale dall'articolo 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001 — come testualmente previsto dal successivo articolo 36 — in stretta coerenza con i principi che presiedono, più in generale, la propria organizzazione e, segnatamente, quelli di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa (articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 165 del 2001). Da qui l'obbligo di assicurare « adeguata pubblicità alla selezione », « economicità e celerità di espletamento », « adozione di meccanismi oggettivi », « rispetto delle pari opportunità », « decentramento delle procedure di reclutamento », « composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza ».

Come si è rilevato, peraltro, il rispetto dell'articolato complesso di regole e principi costruito al riguardo rischia di porsi in stridente contrasto con le esigenze di una pronta e tempestiva risposta alle esigenze dell'amministrazione, contrasto destinato ad enfatizzarsi quando si tratti di ricorrere a strumenti contrattuali già in ipotesi flessibili <sup>(27)</sup>. In simili frangenti si è correttamente argomentato come il rispetto dell'obbligo di assicurare procedure selettive legittime — peraltro necessitate dallo stesso dettato costituzionale — possa ben ritenersi soddisfatto per il tramite dell'avvio di procedimenti preventivi, utili alla formazione di graduatorie aperte destinate ad avere una durata

---

<sup>(25)</sup> Cfr. A. LASSANDARI, *Sub art. 6, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, in M. GRANDI, G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2001, 2<sup>a</sup> ed., 1473.

<sup>(26)</sup> Cfr. L. FIORILLO, *op. cit.*, 19.

<sup>(27)</sup> Cfr. L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *op. cit.*, 1081 ss.

predefinita nel tempo. Del resto, questa pare essere la linea ispiratrice delle prassi seguite in alcuni comparti <sup>(28)</sup>.

## 5. La violazione dei limiti legali.

Non v'è dubbio che il profilo più nettamente differenziale rispetto al settore privato riguardi il regime degli effetti conseguenti alla violazione dei limiti legali, stante la esplicita sterilizzazione di ogni possibile effetto di conversione ovvero di riconducibilità del contratto a termine, carente dei requisiti imposti, al modello ordinario.

Il diverso trattamento — come è noto — ha origini lontane <sup>(29)</sup> e viene legittimato dalla ascendenza costituzionale « delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione », di cui è diretta traduzione la regola dell'accesso all'impiego mediante procedure concorsuali. Sulla correttezza costituzionale di un siffatto regime — apertamente differenziato rispetto a quello operante nell'ambito del lavoro nell'impresa — lo scrutinio del giudice costituzionale ha avuto esito notoriamente favorevole <sup>(30)</sup>, sul presupposto sia della impossibilità di assimilare i modelli genetici del rapporto di lavoro pubblico rispetto a quelli propri del privato sia del valore ordinamentale della regola consacrata nell'articolo 97 Cost.

Scontata la tenuta costituzionale del regime differenziato, la tutela delle ragioni del prestatore di lavoro viene apprezzata attraverso la previsione che, tenendo ferma « ogni responsabilità e sanzione », rico-

---

<sup>(28)</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 19 del Ccnl 9 agosto 2000 per il comparto Università, in *📖 Pubblico impiego*, secondo il quale « l'assunzione del personale ha luogo previa selezione volta alla formazione preventiva di apposite graduatorie in tempi utili al tempestivo reclutamento del personale stesso ». Piuttosto frequente è il rinvio contrattuale alla disciplina regolamentare interna al singolo ordinamento dell'ente, fatti salvi in ogni caso i principi di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001: cfr. l'art. 7 del Ccnl 14 settembre 2000 per il comparto Enti locali, l'art. 34 del Ccnl 19 dicembre 2001 per il personale Enac, l'art. 41 del Ccnl 4 marzo 2003 per il personale Unioncamere.

<sup>(29)</sup> Così, ad esempio, l'art. 3 del d.P.R. n. 3/1957 fulminava con la nullità di diritto ogni « assunzione agli impieghi » effettuata « senza il concorso prescritto per le singole carriere ». Peraltro, la impossibilità di procedere alla conversione era già acquisita presso la prevalente giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 29/1993: cfr., per tutti, C. Stato 8 giugno 1994, n. 625, in *CS*, 1994, I, 799; C. Stato 9 settembre 1992 n. 10, in *GI*, 1993, III, 1, 786; TAR Toscana 22 dicembre 1993 n. 335, in *RGS*, 1994, 1062.

<sup>(30)</sup> Cfr. la ben nota decisione di C. Cost. 27 marzo 2003 n. 89, in *📖 Pubblico impiego*.

nosce all'interessato il diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro resa in violazione di legge, risarcimento che si associa alla disciplina protettiva di cui all'articolo 2126 c.c., pienamente applicabile anche al lavoro pubblico <sup>(31)</sup>, con l'effetto di postulare, a beneficio del prestatore di lavoro, pur in dimensione retrospettiva — e, quindi, nei limiti del solo periodo in cui il rapporto ha trovato esecuzione — la piena equiparazione con il trattamento dovuto al dipendente correttamente assunto <sup>(32)</sup>.

Le pretese risarcitorie possono essere avanzate nei riguardi dell'amministrazione che, nell'assunzione, ha violato le disposizioni imperative operanti in materia. A sua volta, la stessa amministrazione è obbligatoriamente tenuta a recuperare le somme eventualmente pagate « nei confronti dei dirigenti responsabili », ove la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave.

La probabile afferenza del titolo di responsabilità in predicato nell'area della extracontrattualità <sup>(33)</sup> — o, forse più correttamente, in quello della precontrattualità *ex* articolo 1338 c.c. <sup>(34)</sup> — lascia peraltro impregiudicate le questioni legate alla quantificazione del risarcimento, la cui consistenza, secondo i principi generali, non può che gravare *ei qui dicit*. A questo riguardo si può ritenere che — conformemente alla collocazione sistematica di questo titolo di responsabilità — detta misura non possa che essere determinata tenendo conto del c.d. interesse negativo, cioè delle spese inutilmente sostenute e delle perdite sofferte per non aver potuto adeguatamente sfruttare le eventuali occasioni occupazionali alternative. A tale componente di danno — rispetto alla quale si potrebbe ipotizzare il recupero delle soluzioni ermeneutiche sposate in relazione alla c.d. perdita di *chance* — si ritiene

---

<sup>(31)</sup> Cfr., in tema C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *ADL*, 2001, 469 ss. In giurisprudenza, da ultimo, cfr. TAR Campania Napoli 5 aprile 2004 n. 4031, inedita a quanto consta; C. Stato 18 settembre 2003 n. 5293, in *FA*, 2003, 2564.

<sup>(32)</sup> Alla applicazione dell'art. 2126 c.c. consegue, notoriamente, il diritto alla percezione non solo degli emolumenti retributivi diretti, ma anche delle competenze di fine rapporto, dell'indennità sostitutiva del preavviso e di ogni diverso emolumento previsto dalla contrattazione collettiva applicabile, nonché il diritto al versamento dei contributi previdenziali.

<sup>(33)</sup> Cfr. L. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico*, cit., 200.

<sup>(34)</sup> Si tratta di ipotesi di responsabilità imputabili a chi, « conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte ». Quanto all'applicabilità dell'art. 1338 c.c. alle amministrazioni pubbliche cfr. TAR Lazio 7 marzo 2002 n. 1768, in *FA*, 2002, 893.

di poter associare il ristoro degli ulteriori pregiudizi alla « dignità, immagine, reputazione e professionalità » <sup>(35)</sup>, la cui liquidazione dovrebbe necessariamente avvenire secondo la valutazione equitativa del giudice.

---

<sup>(35)</sup> Cfr. ancora L. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico*, cit., 201.





Parte VII  
AUTONOMIA COLLETTIVA  
E COSTO DEL LAVORO  
NELLA GESTIONE DELLA FLESSIBILITÀ



## 1.

# TIPOLOGIE DI LAVORO FLESSIBILE E TUTELA COLLETTIVA

FRANCESCO BASENGHI

SOMMARIO: 1. Il quadro di riferimento. — 2. Contrattazione collettiva e *Libro Bianco*. — 3. L'intervento collettivo nel decreto legislativo n. 368 del 2001 e nel decreto legislativo n. 66 del 2003. — 4. Contrattazione collettiva e decreto legislativo n. 276 del 2003.

### 1. Il quadro di riferimento.

Secondo la *lectio* tradizionale, la flessibilità dei modelli regolatori — per tali intendendo comprensivamente quelli afferenti tanto al mercato del lavoro quanto alla ampiezza della gamma tipologica accessibile da parte dei suoi protagonisti, quanto, ancora, alla modulabilità dei singoli regimi dedicati applicabili al rapporto — va letta e scrutinata sul piano degli spazi lasciati all'autonomia delle parti protagoniste della relazione giuridica alla quale la stessa regolazione si riferisce.

Ciò, del resto, non meraviglia. In un sistema giuridico costruito sulle coppie antagoniste della parità formale/parità sostanziale, della debolezza/forza contrattuale, della derogabilità/inderogabilità, e via discorrendo, la rigidità del complesso normativo — che è, prima di tutto, complesso protettivo — non può che essere *post hoc, ergo propter hoc*, la più ovvia e naturale traduzione delle opzioni assunte a fondamento politico del sistema stesso <sup>(1)</sup>. Né contraddice l'assunto il canone di derogabilità unilaterale, che — tutt'al contrario — conferma notoriamente la scelta di campo compiuta: essa poco o nulla aggiunge in

---

<sup>(1)</sup> Data l'ampiezza del tema, è ovviamente impossibile fornire indicazioni minimamente esaustive. Si rinvia quindi a C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, Relazione alle giornate di studio Aidlass, Padova, 21-22 maggio 2004, sul tema *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, 3 ss. del dattiloscritto.

termini di plasticità del regolamento giuridico degli interessi, cioè della sua adattabilità alle esigenze delle parti. Operando solo in modo monodirezionale, esso non rappresenta un vero e proprio bilanciamento completo, integrale ed autentico degli interessi vantati, quanto, semmai, una sorta di intesa sorvegliata, un accordo a sovranità limitata, una partita — se si ammette la metafora — giocata solo in una metà del campo.

È quindi comprensibile che, rispetto ad un sistema siffatto, le forme di riconoscimento di aree a vario titolo rimesse all'autonomia siano state spesso vissute, segnatamente in passato, con un certo malcelato disagio, quasi come fossero potenzialmente eversive delle regole prime poste a fondamento dell'impianto e, certamente, non sintoniche con esse.

Tanto — come è noto — ha avuto luogo anche riguardo alle forme di manifestazione dell'autonomia collettiva, i richiami alla quale sono stati tradizionalmente attuati e letti, soprattutto all'esordio, con cautela.

Gli esempi sono troppi e troppo conosciuti perché se ne dia conto. Basti pensare, spigolando qua e là, alla circospezione con la quale il diritto vivente ha salutato il celebre rinvio alla contrattazione collettiva contenuto nell'articolo 23 della legge n. 56 del 1987 <sup>(2)</sup>, rinvio attributivo del potere di determinare nuove ipotesi di apponibilità del termine al contratto di lavoro, aggiuntive rispetto a quelle di legge. Nel segno della accennata cautela, questa prerogativa è stata riconosciuta solo da soggetti collettivi selezionati, ai quali è stata assegnata la prerogativa di individuare puntualmente le ipotesi « chiaramente ed esattamente determinate » <sup>(3)</sup> — decretandosi così la impossibilità di procedere per via collettiva ad una più generale erosione della regola della rigorosa tipicità vincolata delle singole causali — previa predeterminazione della percentuale dei lavoratori assunti a termine rispetto a quelli assunti a tempo indeterminato.

Diacronicamente — poco a poco <sup>(4)</sup> — il coinvolgimento del piano

---

<sup>(2)</sup> In  *Lavoro a termine*.

<sup>(3)</sup> Cfr., da ultimo, Cass. 7 agosto 2004 n. 15331, in  *Lavoro a termine*.

<sup>(4)</sup> È usuale far risalire l'avvio di questa stagione all'inizio dell'ultimo ventennio del secolo scorso: cfr. M. RICCI, *Autonomia collettiva e individuale nella revisione legislativa del mercato del lavoro: alcune osservazioni*, in *Studi in onore di M. Persiani*, in corso di pubblicazione, 1 del dattiloscritto; U. CARABELLI, V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. « M. D'Antona », 2004, n. 44, in [www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/n44-carabelli-leccese.pdf](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/n44-carabelli-leccese.pdf), 6 ss.

collettivo nella regolazione degli istituti di flessibilità si è arricchito per numero, consistenza e rilevanza. E, parallelamente, anche il grado di accettazione del sistema giuridico rispetto ad interventi di tal segno si è fatto più ampio e sicuro. D'altra parte, non poteva essere altrimenti in presenza delle formidabili spinte esercitate dal mondo dell'impresa e dalle esigenze di competitività avvertite in un mercato sempre più dinamico, aperto all'innovazione e segnato dalla concorrenza con altri sistemi-paese. Sono state così superate le esitazioni legate alla praticabilità costituzionale del richiamo legale alla fonte collettiva — segnatamente in punto di conformità rispetto all'articolo 39 Cost. — come pure quelle relative alla ammissibilità della differenziazione funzionale del contratto collettivo, giunto ad essere non più lo strumento di « mera autoregolamentazione di interessi privati, ancorché collettivi », ma l'istituto votato alla integrazione o sostituzione del precetto legale, nell'ambito di materie predeterminate <sup>(5)</sup>.

Non meraviglia, quindi, che una decina d'anni dopo il citato rinvio in tema di contratto a termine — nell'introdurre e regolare un istituto « ad alto rischio » come quello del lavoro temporaneo, a motivo della valenza potenzialmente destrutturante rispetto ai meccanismi di fisiologica imputazione e gestione delle relazioni lavorative — si sia ritenuto di rimettere nuovamente alla contrattazione collettiva la definizione delle ipotesi di ammissibilità ulteriori rispetto a quelle, invero elementari e circoscritte, codificate dal legislatore. Ed ancora una volta il rinvio ha riguardato la contrattazione soggettivamente ed oggettivamente qualificata: una scelta che è parsa conferma del favorevole giudizio sul complessivo ruolo giocato dalle parti sociali.

Il coinvolgimento della fonte collettiva, in questo senso, è venuto a porsi come elemento di fondo della strategia volta ad assecondare le esigenze del tessuto economico e produttivo in modo non solo più pronto e sollecito di quanto non possa fare il legislatore per l'ordinario, ma anche più aderente alle specifiche urgenze del singolo comparto o della singola realtà produttiva.

Del tutto negletta, invece, è rimasta l'autonomia individuale. Troppo ha potuto il tradizionale paradigma sul quale si è innervato il rapporto di lavoro, paradigma potenzialmente scardinato da schemi che avessero preteso di riconoscere al singolo dipendente piena auto-

---

<sup>(5)</sup> Così G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001, 148. Per un'ampia ricostruzione cfr. M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, 1 ss., ove più ampi riferimenti.

nomia contrattuale, anche se implicante la dismissione di posizioni giuridiche attive già maturate — si pensi al caso della particolare disciplina in tema di rinunce *ex* articolo 2113 c.c. — ovvero la modifica, pur in senso peggiorativo, di frazioni regolative di fonte legale o contrattual-collettiva. E se, riguardo alla prima vicenda, la garanzia protettiva è stata resa compatibile con le esigenze di certezza e trasparenza ricorrendo al ben noto schema della c.d. volontà assistita, una piena fedeltà alla tradizione si è registrata in ordine alla seconda, dove l'adesione all'affermazione della radicale nullità di ogni pattuizione di contenuto contrastante con il precetto legale o collettivo è stata assoluta <sup>(6)</sup>.

## 2. Contrattazione collettiva e *Libro Bianco*.

Le più recenti riforme in materia di lavoro si inseriscono in questo percorso e ne segnano un ulteriore sviluppo, non senza significativi elementi di rottura rispetto al passato.

Già il ben noto *Libro Bianco* dell'ottobre 2001 <sup>(7)</sup> poneva le basi culturali per una rivisitazione dello storico modello relazionale concernente le fonti regolative del rapporto di lavoro, ancora fondato sul canone della derogabilità solo *in melius* e, quindi, sulla svalutazione degli spazi di autonomia individuale. In quella sede, si lamentava la vetustà dell'impianto adottato e la sua adeguatezza solo rispetto ad un contesto statico e fortemente omogeneo, connotato da una tendenziale identità dei bisogni. Tale impostazione — si rilevava — poteva considerarsi superata dalle trasformazioni intervenute nel quadro sociale ed economico latamente inteso, le quali avevano determinato una estrema frammentazione e, quindi, una diversificazione delle urgenze e delle necessità del singolo, uguale solo a sé stesso <sup>(8)</sup>.

Non meno ambizioso era il progetto di revisione dei modelli di azione delle parti sociali e dell'articolazione contrattuale. Quanto al primo tema, si metteva in evidenza il superamento dell'opzione concertativa — della quale, peraltro, non si sottacevano i meriti — a

---

<sup>(6)</sup> Cfr. C. ZOLI, *op. cit.*, 4.

<sup>(7)</sup> In  *Riforma Biagi*.

<sup>(8)</sup> « Occorre, però, riconoscere i profondi mutamenti intervenuti nell'organizzazione del lavoro, la crescente spinta verso una soggettività nel vissuto della propria condizione lavorativa e quindi rivalutare convenientemente il ruolo del contratto individuale »: così in MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Libro Bianco*, 36.

motivo della sua sopravvenuta inadeguatezza rispetto all'*agenda* imposta dai nuovi scenari macro-economici. In questa direzione, lo sviluppo di una rete relazionale fondata sul dialogo sociale avrebbe garantito una maggiore capacità di adattamento e di risposta. Quanto al secondo, si chiariva quanto imprescindibile fosse la revisione del sistema contrattuale in essere, erede dell'Accordo del luglio 1993 <sup>(9)</sup> e polarizzato attorno alla valorizzazione del livello nazionale a detrimento di quello decentrato. L'elasticità dei trattamenti salariali — fattore strategico per la redistribuzione di produttività, per la riemersione del sommerso, per il superamento delle situazioni di crisi locali — veniva dichiarato obiettivo conseguibile solo attraverso lo spostamento del baricentro della regolazione contrattuale verso il c.d. secondo livello, facendo del contratto nazionale una sorta di accordo quadro di contenuto minimale ed abbandonando logiche volte al cumulo dei trattamenti.

Non pare dubbio, peraltro, che le soluzioni suggerite dal *Libro Bianco* non potessero non trovare la propria ragion d'essere anche nella valutazione complessivamente negativa riservata alle potenzialità dell'azione collettiva — così come essa si era venuta ad atteggiare nel corso dell'esperienza fino ad allora maturata — con riguardo alle proposte riformatrici avanzate dallo stesso *Libro Bianco*. In altri termini, il portato fortemente innovatore delle soluzioni prospettate in questo documento programmatico richiedevano un forte segnale di discontinuità anche rispetto alle logiche ed alle pratiche che avevano segnato la dialettica ed il confronto intersindacali. E ciò non perché si mettesse in dubbio la decisiva centralità del ruolo assegnato agli attori sociali — ruolo semmai dilatato rispetto al passato — ma solo perché si trattava di por mano ad una revisione tanto profonda del mercato del lavoro *lato sensu* inteso da dover essere guidata dallo stesso legislatore incanalando l'azione collettiva secondo meccanismi e con spirito altrettanto aperto e nuovo, senza le resistenze e gli ostacoli che questa avrebbe potuto frapporre, ostacoli e resistenze tanto più prevedibili quanto più malfermo si palesava lo stato di salute del sistema di relazioni industriali <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> In  *Contrattazione collettiva*.

<sup>(10)</sup> Cfr. F. LISO, *Analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003: spunti di riflessione*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. «M. D'Antona», 2004, n. 42, in [www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/n42-liso.pdf](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/n42-liso.pdf), 13.

### 3. L'intervento collettivo nel decreto legislativo n. 368 del 2001 e nel decreto legislativo n. 66 del 2003.

Su questi presupposti teorici — che ben danno ragione della temperie corrente <sup>(11)</sup> — non desta particolare sorpresa la riduzione degli spazi di intervento collettivo, ad esempio, nella nuova disciplina sul contratto di lavoro a termine, introdotta con un provvedimento di legge delegata coevo alla pubblicazione del citato *Libro Bianco* <sup>(12)</sup>. Del resto, in un regime che — almeno nelle attese — si presenta radicalmente innovato rispetto al precedente, anche gli spazi ritagliati a favore dell'azione sindacale non potevano che essere rivisti.

Così, il decreto legislativo n. 368 del 2001 <sup>(13)</sup> contiene certo ripetuti richiami alla contrattazione collettiva, anche se ne risulta compressa la rilevanza sistematica complessiva. Si tratta, d'altro canto, di un esito in parte scontato. L'avvicendamento tra il sistema tipizzato attraverso clausole « chiuse » ed il ben diverso sistema imperniato sulla enucleazione di una sola « clausola generale » — al di là di ogni giudizio sugli effettivi esiti di una tale opzione — non poteva che implicare il depotenziamento delle intese sindacali che, nel sistema emergente dalla legge n. 56 del 1987, erano legittimate a delimitare nuove ipotesi di apponibilità del termine in aggiunta a quelle legalmente codificate <sup>(14)</sup>.

Rispetto a questa scelta di campo, sembra poca cosa l'aver affidato ai « contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi » la individuazione, « anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione » dell'istituto, tanto più che nessun limite può essere posto rispetto ad alcune causali estremamente significative per numero e per rilevanza <sup>(15)</sup>. Ma — come

---

<sup>(11)</sup> Secondo F. LISO, *op. cit.*, 14 ss., anche dal d.lgs. n. 61/2000, in tema di lavoro a tempo parziale, si può trarre conferma della volontà legislativa di comprimere il ruolo dell'autonomia collettiva, attraverso una regolamentazione di dettaglio volta a « coprire tutti gli spazi ».

<sup>(12)</sup> Per una ricostruzione del quadro complessivo cfr. U. CARABELLI, V. LECCESE, *op. cit.*, 7 ss.

<sup>(13)</sup> In  *Lavoro a termine*.

<sup>(14)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *L'apposizione del termine nel contratto di lavoro dopo il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*, nella Parte III, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(15)</sup> Cfr. per tutti P. PASSALACQUA, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione del contratto a termine*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, Torino, 2002, 129 ss. Permangono, peraltro, i consueti richiami alla contrattazione collettiva in chiave



detto — si è trattato di un esito scontato, in quanto ineliminabilmente correlato alla scelta di fondo compiuta, che si è tradotta nella riappropriazione, da parte del legislatore, di spazi regolatori in precedenza ceduti all'intervento collettivo.


Pur con tutte le peculiarità del caso, ancor più politicamente significativa si presenta la riforma della disciplina degli orari di lavoro e dei riposi di cui al decreto legislativo n. 66 del 2003<sup>(16)</sup>. Ad una cospicua frequenza dei richiami alla contrattazione collettiva<sup>(17)</sup> — tradizionalmente padrona di una materia elettivamente rimessa proprio alla gestione sindacale — si associano opzioni in parte ripetitive di quelle acquisite nel decreto legislativo n. 368 del 2001 ed in parte anticipatrici di quelle che saranno poi accolte nel decreto legislativo n. 276 del 2003.

Tra le prime si pone la scelta di richiamare la contrattazione non già in funzione derogatoria rispetto alla più stringente disciplina legale — secondo il modello deregolativo invalso fino ad allora — ma, specularmente, quale sede per la eventuale definizione di limiti nell'ambito di un assetto fortemente liberalizzato. L'effetto è, in altri termini, quello di una vera e propria inversione dei rapporti di forza tra gli attori sindacali, non più chiamati a concedere flessibilità, ma ad arginarla<sup>(18)</sup>, ponendo le basi, nella prospettiva propria delle organizzazioni rappresentative dei lavoratori, per un negoziato « in salita »<sup>(19)</sup>.

Tra le seconde si collocano almeno due opzioni di tenore strategico: quella orientata ad una più lata selezione dei soggetti collettivi abilitati alla definizione degli accordi fatti oggetto del rinvio legislativo;

---

autorizzatoria o derogatoria, anche se relativamente a istituti o materie relativamente circoscritti: cfr., così, tra gli altri, la deroga al divieto di assunzione a termine nelle unità produttive interessate da procedure di riduzione del personale — art. 3, comma 1, lett. b); l'autorizzazione ad assumere a termine per l'esecuzione di servizi speciali con contratto di durata non superiore a tre giorni, nel settore del turismo e dei pubblici esercizi (art. 10, comma 3); l'autorizzazione, introdotta in modo indiretto, ad assumere anticipatamente un lavoratore a termine in sostituzione di dipendente assente ai sensi del d.lgs. n. 151/2001 (art. 10, comma 6).

<sup>(16)</sup> In  *Orario di lavoro*. Per un quadro generale vedi C. ENRICO, L. RUGGIERO, *Il decreto legislativo n. 66/2003: finalità e principi generali*, nella Parte IV, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(17)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, A. RUSSO, *Prime considerazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce*, in *GLav*, 2003, n. 17, 11 ss.

<sup>(18)</sup> Cfr. A. BELLAVISTA, *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *RGL*, 2004, I, 189; U. CARABELLI, V. LECCESE, *op. cit.*, 8 ss.

<sup>(19)</sup> Così F. LISO, *op. cit.*, 9 ss.

quella volta alla attribuzione alla decretazione ministeriale del potere di intervento suppletivo a fronte dell'eventuale inerzia delle parti sociali <sup>(20)</sup>.

In verità, non sfugge la comune afferenza dei due piani ad un unico disegno coerente con la *weltanschauung* del *Libro Bianco*: la rivisitazione del sistema di relazioni industriali, con l'abbandono di prassi concertative e la eliminazione di possibili profili di rigidità, *impasse* e ritardi ad esse conseguenti, anche imputabili alle logiche unanimitiche sulle quali si è storicamente plasmato nel nostro Paese il prevalente modello di sviluppo e conduzione dei rapporti intersindacali.

Relativamente all'opzione incidente sulla selezione degli agenti collettivi, notevole attenzione è stata rivolta alla sostituzione — pur non generalizzata <sup>(21)</sup> — del tradizionale riferimento alla contrattazione collettiva sottoscritta *dai* sindacati comparativamente più rappresentativi a quella sottoscritta *da* organizzazioni sindacali anch'esse più rappresentative, sostituzione del significato della quale lo stesso legislatore era consapevole <sup>(22)</sup>. Invero, in coerenza con gli obiettivi di revisione del sistema di relazioni collettive, l'innovazione lessicale sottintende la volontà di affrancare la definizione per via collettiva dei contenuti regolativi oggetto del rinvio legale da ogni possibile teorica di segno restrittivo — più o meno giuridicamente fondata — favorevole ad imporre il convergente consenso di tutte le sigle sindacali rappresentative, con l'effetto di negare ogni spazio a possibili intese separate. Sulla piena legittimità di queste ultime, invece, ritiene di doversi pronunciare definitivamente il legislatore, che così arriva a « neutralizzare l'eventuale dissenso di un sindacato comparativamente più rappresentativo » — anche se tale sia in assoluto — rispetto a scelte che siano invece condivise da altre sigle, anch'esse più rappresentative ma dotate di minor seguito rispetto alla organizzazione dissenziente <sup>(23)</sup>.

La scelta legislativa è stata notoriamente oggetto di vivaci contestazioni in punto di compatibilità ordinamentale, principalmente sotto il profilo della illegittima selezione dei soggetti autorizzati alla stipulazione, a motivo della presunta violazione della regola di maggioranza, canone di ogni modello democratico, peraltro consacrato nel nostro sistema costituzionale dalla formula dell'articolo 39 della Carta fonda-

---

<sup>(20)</sup> Cfr. l'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 66/2003.

<sup>(21)</sup> Non così dispone l'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 66/2003.

<sup>(22)</sup> Cfr. la ben nota relazione di accompagnamento al ddl n. 848.

<sup>(23)</sup> Cfr. U. CARABELLI, V. LECCESE, *op. cit.*, 16.

mentale <sup>(24)</sup>. La destinazione integrativa del precetto legale, riconosciuta alla pattuizione collettiva, imporrebbe, a monte, il superamento di una prova di « tenuta democratica » da parte dei soggetti stipulanti, una sorta di avallo metaparlamentare declinato sul piano delle relazioni industriali.

A questa teorica si è obiettata la irrecuperabilità, sul versante delle dinamiche collettive, di paradigmi propriamente normopoietici, stante peraltro la storica paralisi che ha riguardato l'articolo 39 Cost. <sup>(25)</sup>. Se quella previsione trova il proprio radicamento nella prospettiva storica volta alla costruzione di un sistema postcorporativo retto sul binomio del pluralismo sindacale e della vincolatività *erga omnes* degli esiti contrattuali, essa non risulta invocabile in un ambito nel quale a quegli stessi esiti non è assegnabile alcuna efficacia ulteriore rispetto a quella civilisticamente delimitata *inter partes* <sup>(26)</sup>. In questa prospettiva, il rinvio legale alla contrattazione soggettivamente selezionata in modo meno rigoroso non ha per fine quello della regolazione del sistema di relazioni negoziali, ma, ben diversamente, quello della sua valorizzazione « così com'è », « riconoscendo effetti legali agli accordi liberamente conclusi in quel sistema » <sup>(27)</sup>.

La diversità di posizioni — come è ovvio — ha come snodo centrale quello del riconoscimento o meno, in ordine alla contrattazione collettiva c.d. delegata la capacità di produrre effetti al di là del proprio naturale ambito di efficacia. E non v'è dubbio che la lettura condivisa dal giudice costituzionale — quella consistente nella nota moltiplicazione tipologica del contratto collettivo <sup>(28)</sup> — continui a prestare il fianco a critiche tutt'altro che peregrine, tanto più solide quanto più evidente sia l'ascendenza latamente politica dell'opzione che la giustifica.

Così, se la Corte costituzionale può permettersi di parlare — a proposito della contrattazione collettiva « delegata » — di « fonte di diritto *extra ordinem* destinata a soddisfare esigenze ordinamentali », secondo un modello estensivo della produttività di effetti il cui uso « è

---

<sup>(24)</sup> Cfr., da ultimo, A. BELLAVISTA, *op. cit.*, 193.

<sup>(25)</sup> Cfr. ancora U. CARABELLI, V. LECCESE, *op. cit.*, 22 ss.

<sup>(26)</sup> Il tema è troppo noto per poter essere oggetto di esame, seppur minimo, in questa sede. Si rinvia a M. PERSIANI, *op. cit.*, 10 ss.

<sup>(27)</sup> Cfr. V. PINTO, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in DLRI, 2002, 302.

<sup>(28)</sup> Per i riferimenti del caso cfr. M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in ADL, 1999, 3 ss.

giustificato quando si tratta di materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro » (29), non possono dirsi superate le perplessità autorevolmente palesate già nell'immediato (30). Le quali, in buona sostanza, si fondano sull'annoso ma sempre valido argomento della elusione che, per questa via, si verrebbe a determinare rispetto ai vincoli costituzionali: l'urgenza di smarcarsi dall'ingombrante presenza dell'articolo 39 Cost. « non giustifica certo la sostituzione da parte del legislatore ordinario del sistema previsto nella Costituzione con uno diverso », mentre non è lecito sfuggire alla sostanza « dell'incostituzionale rinvio in bianco, che rimane tale anche se 'guidato' » (31).

Di certo, una volta che si ritenesse di poter condividere le critiche alle teoriche fatte seguite dalla giurisprudenza costituzionale, l'argomento della necessaria condivisione dell'intesa collettiva da parte della maggioranza dei soggetti sindacali perderebbe gran parte del suo *appeal*, potendo l'intera vicenda essere semplicemente ricondotta nell'alveo degli ordinari rapporti di forza che governano il nostro modello di relazioni industriali, restituendo al sistema un'apprezzabile coerenza interna: sarebbe logico assegnare ai soli soggetti stipulanti il potere di incidere sulle posizioni dei propri iscritti, senza contare la possibilità di sviluppare una indubbia *via* attrattiva di tipo promozionale nei confronti dei datori di lavoro non direttamente soggetti al contratto (32).

#### 4. Contrattazione collettiva e decreto legislativo n. 276 del 2003.

La riforma del mercato del lavoro sviluppa linee e modelli già proposti, più o meno timidamente, e li conduce ad esiti ulteriori.

Secondo l'unanime opinione, i richiami compiuti, a vario titolo, alla contrattazione sono numerosissimi e costellano la quasi totalità dell'im-

---

(29) Così, ovviamente, C. Cost. 18 ottobre 1996 n. 344, in *GCost*, 1996, 3016. La Corte, peraltro, elenca tra gli esempi di contrattazione collettiva con « funzioni di produzione normativa con efficacia generale » proprio i casi di intervento pattizio in tema di lavoro a tempo parziale, di contratti di solidarietà, nonché di contratto a termine.

(30) Cfr. A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Autonomia collettiva e occupazione*, Atti del XII Congresso nazionale di Diritto del lavoro (Aidlass), Milano, 23-25 maggio 1997, Giuffrè, Milano, 1998, 128 ss.

(31) Così ancora A. VALLEBONA, *op. cit.*, 129.

(32) Cfr. U. CARABELLI, V. LECCESE, *op. cit.*, *passim*.

pianto normativo, ma — come segnalato da più parti — la quantità non è proporzionale alla loro consistenza contenutistica <sup>(33)</sup>.

In effetti, alcuni richiami alla contrattazione collettiva sono essenzialmente esornativi e ben poco aggiungono tanto in ordine alla legittimazione delle parti, quanto in ordine alla posizione gerarchica ad essa assegnata secondo il modello venutosi a sedimentare storicamente, quale fonte tributaria della legittimazione a derogare *in melius* rispetto alla regolazione legale. Ne sono esempio le previsioni che, introdotto un dato precetto, autorizzano la contrattazione ad introdurre una disciplina di maggior favore <sup>(34)</sup>.

Considerazioni in parte simili possono essere riservate alle previsioni attributive, alla contrattazione collettiva, del potere di introdurre limitazioni di natura convenzionale al potere datoriale, surrogandosi al legislatore <sup>(35)</sup>: il fisiologico atteggiarsi delle relazioni correnti tra legge ed autonomia privata autorizza esiti di questo tenore.

In questo senso, la esplicita previsione di spazi rimessi alle più favorevoli determinazioni dell'autonomia collettiva potrebbe avere un proprio autentico significato precettivo solo laddove si fosse autorizzati a ritenere che la materia interessata dal rinvio si dovesse intendere rimessa in via esclusiva alla regolazione legale, ovvero laddove si ritenessero incisi interessi di ordine pubblico o comunque assolutamente, e bilateralmente, indisponibili. Ma si tratta — va da sé — di una ipotesi improponibile nel caso *de quo*, visto il rango delle posizioni coinvolte e la nota eccezionalità con la quale è da considerare ammessa un'opzione di questo segno <sup>(36)</sup>.

Altri richiami si muovono invece sulla falsariga della tradizione devolutiva già collaudata in altri frangenti. Così, ad esempio, accade a proposito del rinvio destinato ad ampliare la casistica delle ipotesi di legittimo ricorso al c.d. *staff leasing* <sup>(37)</sup>. Qui la tecnica pare tutt'altro che inedita — al punto che non è difficile intravedere un legame con l'articolo 23 della già citata legge n. 56 del 1987 — e le critiche avanzate

---

<sup>(33)</sup> Si tratta di osservazione assai diffusa: cfr. F. LISO, *op. cit.*, 8; L. BELLARDI, *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte politiche e nuove regole*, in LD, 2004, 201 ss.; M. RICCI, *op. cit.*, 9, il quale conta ben 43 rinvii legali all'autonomia collettiva nel corpo del decreto delegato.

<sup>(34)</sup> Si pensi, ad esempio, all'art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(35)</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 58, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(36)</sup> Cfr. in tema, per tutti, M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003, 163 ss.

<sup>(37)</sup> Cfr. l'art. 20, comma 3, lett. i).

da alcuni in merito ad essa possono essere ritenute meritevoli di considerazione se astratte dal metodo e traslate sul merito. In altri termini, l'impianto legale è, nei due casi, piuttosto simile: ammesso il legittimo ricorso ad un dato istituto solo in presenza di particolari causali, il legislatore provvede ad individuare alcune di queste in modo diretto, delegando all'autonomia collettiva la delimitazione di ipotesi ulteriori rispetto a quelle legalmente codificate. Certo, la posizione sostanziale delle parti ed i reciproci rapporti di forza sono fortemente incisi dal grado di ampiezza ritagliati a favore della fruibilità della figura regolata: tanto maggiore è quest'ultimo, tanto meno urgente sarà per i portatori degli interessi datoriali raggiungere una intesa <sup>(38)</sup>. Ma una considerazione di questo segno — come si accennava — si pone su un piano metagiuridico. Immediatamente apprezzabile sul versante tecnico-formale è, invece, il mutato atteggiamento nei riguardi della selezione dei soggetti collettivi autorizzati al negoziato. Della scelta di favore per la formula indeterminativa rispetto a quella determinativa — *i.e.* il riferimento ai contratti stipulati « *da* associazioni » sindacali comparativamente più rappresentative — già si è accennato: essa denuncia il mutato atteggiamento verso pratiche unanimistiche potenzialmente capaci di minare il portato di provvedimenti così innovativi e, talvolta proprio per questo, visti con diffidenza. A questa opzione, poi, si associa anche la pluralità dei livelli negoziali — nazionale o territoriale, senza la previsione di meccanismi di raccordo — decifrabile come spinta ad una forte segmentazione settoriale o locale dei regimi.

Figlio delle stesse comprensibili riserve verso le abituali prassi negoziali venutesi a sedimentare nel nostro sistema di relazioni industriali — ritenute, certo non a torto, sovente defatiganti, non di rado condizionate da esigenze ed istanze di ordine squisitamente politico e, nel complesso, refrattarie ai contenuti della riforma nonchè, ancor prima, alle sue linee ispiratrici — è anche il riconoscimento in capo all'autorità amministrativa di competenze sostitutive dell'autonomia collettiva, in caso di inattività dei suoi attori <sup>(39)</sup>.

Il modello, come si è accennato, non è inedito e, al di là di alcune

---

<sup>(38)</sup> Non a caso F. LISO, *op. cit.*, 9, evidenzia come, nel nuovo assetto legale, le organizzazioni rappresentative dei lavoratori si trovino spesso a negoziare « in salita », dovendo esse « chiedere per ottenere ».

<sup>(39)</sup> Si allude alle note previsioni di cui agli artt. 34, comma 1, 40 e 55, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003.

obiettive incongruenze tecniche — si pensi al problematico raccordo tra le previsioni di cui all'articolo 34, comma 1, ed all'articolo 40 — non sembra meritare appieno le pesanti critiche che parte della dottrina gli ha rivolto <sup>(40)</sup>. Il carattere dichiaratamente suppletivo dell'intervento ministeriale lascia comunque spazio, in ogni momento, al successivo intervento pattizio, mentre la gestione della materia delegata è comunque condizionata nei contenuti, dato l'impegno, fatto carico al Ministro, di considerare sia le indicazioni contenute nell'eventuale accordo interconfederale di cui all'articolo 86, comma 13, sia le « prevalenti posizioni » espresse dalle parti sociali. Certo, è ben vero che un regime così concepito può essere diversamente percepito dai soggetti collettivi e può, quindi, indurli ad assumere posizioni più o meno forzate a seconda delle convenienze, anche politiche, del momento; d'altro canto è indubbio che l'apprezzamento delle posizioni negoziali assunte dalle parti e destinate ad ispirare i contenuti della decretazione, in quanto qualificabili come « prevalenti », presenta insopprimibili margini di discrezionalità, anch'essa politica. Ma è altrettanto vero che la soluzione prescelta permette comunque lo *start up* della riforma senza svalutare l'azione collettiva — capace in ogni momento di riacquisire il governo delle leve e comunque rilevante in termini di guida all'azione amministrativa — e senza, nel contempo, permettere che essa venga messa in stallo dalle estenuanti strategie di logoramento alle quali il nostro sistema contrattuale non è certo alieno.

Meno convincenti, invece, si profilano i richiami alla contrattazione disposti al fine di permettere l'adozione, sempre attraverso la decretazione ministeriale, dei ben noti « codici di buone pratiche » <sup>(41)</sup> utili in sede di certificazione sia al fine della « individuazione delle clausole indisponibili », sia al fine della « distinzione concreta tra somministrazione di lavoro ed appalto ».

Nondimeno, in larga misura le perplessità formulate al riguardo sono il riflesso dei dubbi nutriti sull'istituto della certificazione in quanto tale. Fermo restando che la fonte pattizia, in queste ipotesi, si trova ad operare quale sede qualificata di definizione dei contenuti dell'atto amministrativo, non è facile superare i dubbi legati alla praticabilità ordinamentale di un impianto che pretende di attribuire ad un provvedimento subordinato alla legge ordinaria la potestà di

---

<sup>(40)</sup> Cfr. L. BELLARDI, *op. cit.*, 211 ss.

<sup>(41)</sup> Cfr. l'art. 78, comma 4, e l'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.



dettarne i termini di derogabilità bilaterale <sup>(42)</sup>, attentando alla corretta sintassi delle relazioni gerarchiche correnti tra le fonti. Probabilmente il legislatore intendeva alludere alla derogabilità delle sole discipline convenzionali — e non anche di quelle legali — a tal fine investendo del compito gli stessi soggetti titolari dei poteri di autonomia privata.

Nemmeno questa possibile chiave di lettura può essere invece adottata per superare gli interrogativi inerenti al diverso tema della distinzione tra somministrazione ed appalto. Pur trattandosi di intervenire su materie e categorie regolate dalla legge con i tradizionali meccanismi della inderogabilità — che lo stesso decreto legislativo n. 276 del 2003 pare confermare — la legge sembra conferire alla contrattazione il compito di fornire indicazioni utili a chiarire, si immagina sul piano squisitamente operativo, la distanza corrente tra le due figure. Come possa la contrattazione coltivare proficuamente una tale delega è francamente oscuro: non solo essa è storicamente poco avveza ad assolvere compiti di tal genere, viste anche le non trascurabili difficoltà di ordine tecnico; ma è pure la stessa esistenza di precise linee di confine di origine e forza legale — radicate nello stesso articolo 1655 c.c. — a condizionarne l'azione.

Con una significativa scelta di ordine topologico, chiude il lungo provvedimento di riforma la previsione che impone al Ministro la convocazione delle parti sindacali al fine di verificare la possibilità di affidare ad uno o più accordi interconfederali la gestione della « messa a regime » del decreto. Si tratta di una previsione di poco momento sul piano precettivo, ma estremamente eloquente su quello latamente culturale.

Tornando circolarmente alle notazioni iniziali, infatti, la previsione conferma le scelte di fondo del nuovo corso e le idee che lo informano: l'insofferenza verso le logiche unanimiste, verso i negoziati estenuanti, verso la subordinazione delle esigenze dell'economia e della produzione a logiche e convenienze estranee alla effettiva tutela degli interessi collettivi; e, ancora, la consapevolezza della necessità di adottare un passo nuovo, di rivisitare i modelli invalsi al nostro sistema di relazioni industriali in parallelo con le trasformazioni del quadro legale, tanto più incisive quanto più bisognose di un'applicazione piena e pronta.

---

<sup>(42)</sup> Cfr. F. LISO, *op. cit.*, 30, ove si fa tra l'altro notare l'uso tecnicamente non corretto della categoria della indisponibilità delle clausole, trattandosi invece di inderogabilità delle medesime.



Al di là delle tante sbavature, più o meno vistose, non è quindi la contrattazione collettiva, in quanto tale, ad uscire sconfitta o umiliata: il legislatore delegato non perde occasione per richiamarsi ad essa. Esce, invece, ridimensionato il vecchio modo di fare sindacato.



## 2.

# RAPPORTI FLESSIBILI E COSTO DEL LAVORO

NICOLA PORELLI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il lavoro a progetto e le collaborazioni coordinate e continuative. — 3. Il lavoro autonomo occasionale. — 4. Il contratto di inserimento. — 5. Il lavoro a tempo parziale. — 6. Il lavoro ripartito. — 7. Il lavoro intermittente. — 8. L'associazione in partecipazione.

### 1. Premessa.

La riforma del mercato del lavoro, decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, ha introdotto, nell'ordinamento giuridico italiano, alcune nuove fattispecie contrattuali e ne ha modificato altre già esistenti, come analizzato dai precedenti contributi.

Il decreto legge n. 269/2003, convertito con modifiche nella legge 24 novembre 2003, n. 326, ha apportato delle novità per quanto concerne l'aspetto previdenziale di alcune tipologie contrattuali. In particolare:

— sono state innalzate le aliquote previdenziali per i collaboratori coordinati e continuativi, ora anche lavoratori a progetto, iscritti alla gestione separata Inps;

— è stato introdotto l'obbligo di iscrizione alla gestione separata Inps per i lavoratori autonomi occasionali che hanno un reddito annuo superiore ai 5.000 euro;

— per gli associati in partecipazione il decreto prevede l'iscrizione ad un'apposita gestione separata presso l'Inps, mai istituita; la legge n. 311/2004 (finanziaria 2005), all'articolo 1, comma 157, facendo marcia indietro, prevede l'obbligo di iscrizione degli associati presso la gestione separata Inps di cui all'articolo 2, comma 26, legge 8 agosto 1995, n. 335 <sup>(1)</sup>.

---

(1) In  *Collaborazione coordinata e continuativa*.

Il presente capitolo vuole essere una analisi « spot » del costo del lavoro di alcune tipologie contrattuali modificate o introdotte dalla riforma del mercato del lavoro, decreto legislativo n. 276/2003, e delle novità previdenziali apportate dal decreto legge n. 269/2003 <sup>(2)</sup>, tenendo in considerazione il fatto che non può ritenersi esauriente rispetto all'ampiezza del tema trattato.

## **2. Il lavoro a progetto e le collaborazioni coordinate e continuative.**

Il lavoro coordinato e continuativo e, con la riforma Biagi, il lavoro a progetto trovano una specifica disciplina nel decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(3)</sup>.

L'articolo 63 dello stesso decreto legislativo prevede che il collaboratore coordinato e continuativo, ovvero il lavoratore a progetto, ha diritto ad un compenso che « deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e deve avere quale parametro di riferimento i compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo ove il contratto a progetto è svolto ».

L'articolo sopra citato riprende parte dell'articolo 36 Cost.: « il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro .... ».

Il riferimento da prendere in considerazione per determinare il compenso è rappresentato dalle normali tariffe dei lavoratori autonomi della zona in cui si svolge la prestazione, e non, come nei fatti spesso accade, la retribuzione prevista dalla contrattazione collettiva per i lavoratori subordinati.

Il compenso può avere una periodicità a scelta delle parti. Lo stesso deve essere stabilito in sede contrattuale.

Sotto il profilo previdenziale, tutti i lavoratori autonomi, privi di tutela previdenziale obbligatoria, che esercitano un'attività professionale o di collaborazione coordinata e continuativa/a progetto, devono iscriversi alla gestione separata Inps, istituita dalla legge n. 335/1995.

Il decreto legge n. 269/2003 ha innalzato la tutela previdenziale per i lavoratori a progetto e i collaboratori coordinati e continuativi, aumentando la contribuzione dovuta alla gestione separata dell'Inps.

Infatti, l'articolo 45 del decreto legge n. 269/2003, ha previsto che dal 1° gennaio 2004 l'aliquota contributiva pensionistica per gli iscritti

---

<sup>(2)</sup> In  *Assicurazioni sociali*.

<sup>(3)</sup> Sulla disciplina vedi i contributi nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

alla gestione separata Inps, che non risultano assicurati presso altre forme di previdenza obbligatorie, è la stessa prevista per la gestione pensionistica dei commercianti.

A seguito di questa novità, le attuali aliquote previdenziali dovute alla gestione separata Inps, considerando anche lo 0,50% dovuto a titolo di « maternità, A.N.F. e malattia », per l'anno 2005, sono le seguenti:

— 18,00% per coloro che non sono iscritti ad altra forma di previdenza obbligatoria, fino ad un reddito annuo di 38.603,00 euro e del 19,00% sul reddito eccedente tale limite (le aliquote aumenteranno dello 0,20% annuo fino ad arrivare al 19%);

— 10% per i collaboratori ed i professionisti iscritti ad altre forme di previdenza obbligatorie e per i titolari di pensione indiretta;

— 15% per i collaboratori titolari di pensione diretta.

— La contribuzione previdenziale/assistenziale è ripartita tra collaboratore e committente. Al primo è trattenuto, dal compenso lordo, un terzo della contribuzione dovuta, mentre i restanti due terzi di contribuzioni sono a carico del committente.

Ai fini del calcolo della contribuzione da versare all'Inps non è previsto alcun minimale.

L'articolo 2, comma 18, della legge n. 335/1995, prevede, invece, un massimale su cui versare i contributi previdenziali che per il 2005 è pari a euro 83.967,00.

L'accredito contributivo dell'intero anno dipende dalla contribuzione versata su un importo minimo corrispondente al minimale di cui all'articolo 1, comma 3, legge n. 233/1990 <sup>(4)</sup>, stabilito per gli iscritti alla gestione Inps del commercio.

Dal 16 marzo 2000 i lavoratori parasubordinati (collaboratori coordinati e continuativi ed ora anche lavoratori a progetto) sono assicurati anche contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Infatti, tutti i collaboratori ed i lavoratori a progetto che svolgono un'attività tra quelle considerate dalla legge a rischio di infortunio e/o utilizzino, per l'esercizio delle proprie mansioni, veicoli a motore personalmente condotti, devono essere assicurati all'Inail.

Ai fini del calcolo del premio Inail devono essere rispettati i minimali e i massimali di cui all'articolo 116 del d.P.R. n. 1124/1965

---

(4) In  *Lavoro autonomo.*

(per il 2004 euro 12.360,60 per il minimale ed euro 22.955,40 per il massimale) <sup>(5)</sup>.

Il premio da versare all'Inail, calcolato sui compensi effettivamente percepiti, rispettando il minimale ed il massimale, è ripartito tra committente (due terzi) e collaboratore (un terzo).

Sotto il profilo fiscale, dal 1° gennaio 2001, la legge n. 342/2000 ha previsto che i redditi derivanti da rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, ed ora anche dalla collaborazione a progetto, sono redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente *ex* articolo 50 del d.P.R. n. 917/1986.

Il committente, sostituto d'imposta del collaboratore, tratterà sui compensi erogati l'Irpef a titolo di imposta considerando le eventuali deduzioni spettanti o detrazioni richieste, e con l'ultimo compenso di fine anno o di fine rapporto dovrà effettuare il relativo conguaglio fiscale. Lo stesso sostituto d'imposta è tenuto a rilasciare al collaboratore il modello di certificazione unica dei redditi (c.u.d.) attestante i redditi erogati e le trattenute fiscali e previdenziali effettuate.

Esempio: lavoratore a progetto con un compenso totale annuo di euro 20.000; non iscritto ad altra forma di previdenza obbligatoria; rapporto di collaborazione della durata di 12 mesi; assicurato all'Inail per uso autovettura.

Compenso lordo	€	20.000,00
Inps c/collaboratore (1/3 del 18,00%)	€	1.200,00
Inail c/collaboratore (1/3 del 10 per mille, uso autovett.)	€	67,33
Irpef ( <i>no tax area</i> , € 4.259,25)	€	3.328,89
Compenso netto*	€	15.403,78
Inps c/committente (2/3 del 18,00%)	€	2.400,00
Inail c/committente (2/3 del 10 per mille, uso autovett.)	€	134,67
Costo totale committente (Irap esclusa)	€	22.534,67
Costo totale committente (Irap inclusa)	€	23.486,67

\* Il calcolo non considera l'addizionale regionale (minimo 0,90%) e comunale, che variano in base alla residenza del collaboratore.

### 3. Il lavoro autonomo occasionale.

Il lavoro autonomo occasionale non viene disciplinato dal decreto legislativo n. 276/2003 come in un primo momento sembrava essere con riferimento all'articolo 61, comma 2, che ha introdotto il limite dei 30

<sup>(5)</sup> In  *Assicurazioni sociali*.

giorni di prestazione lavorativa e dei 5.000 euro di compenso, nel corso dell'anno solare, con lo stesso committente, per poter stipulare un contratto di collaborazione coordinata e continuativa secondo il « vecchio » sistema, ossia senza un progetto o un programma o fase di lavoro <sup>(6)</sup>.

Il lavoro autonomo occasionale vero e proprio continua a essere disciplinato dall'articolo 2222 c.c., secondo il quale esso è una mera prestazione istantanea, a « spot » come definito dalla circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 1/2004 <sup>(7)</sup>, senza coordinamento e continuità.

Il lavoratore autonomo occasionale è colui che si obbliga a compiere un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio senza vincolo di subordinazione e senza alcun coordinamento con il committente. L'esercizio dell'attività, peraltro, deve essere del tutto occasionale, senza i requisiti della professionalità e della prevalenza.

Il decreto legge n. 269/2003, all'articolo 44, comma 2, prevede che « a decorrere dal 1° gennaio 2004 i soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale ... sono iscritti alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, solo qualora il reddito annuo derivante da dette attività sia superiore ad euro 5.000 ... ». Le modalità ed i termini sono gli stessi previsti per i collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla gestione separata Inps <sup>(8)</sup>.

La circolare Inps n. 103/2004 precisa che il reddito di euro 5.000 costituisce « una fascia di esenzione e che, in caso di superamento di detta fascia, sempre in relazione alle sole attività considerate dalla norma, i contributi sono dovuti esclusivamente sulla quota di reddito eccedente ».

Il lavoratore autonomo occasionale è obbligato a comunicare ai committenti interessati il superamento o meno del limite dei 5.000 euro. I committenti hanno di conseguenza diritto di conoscere la situazione reddituale del lavoratore.

L'obbligo di versare alla gestione separata Inps sorge qualora nell'arco dell'anno solare, è stato precisato che si tratta del periodo che va dall'11 gennaio al 31 dicembre, il lavoratore superi con uno o più committenti i 5.000 euro di compenso/i per prestazioni autonome occasionali.

---

(6) Cfr. L. DE MARCO, *Il lavoro occasionale: profili problematici*, nella Parte II, Sez. (A), di questo volume.

(7) In  *Lavoro a progetto*.

(8) Cfr. A. ASNAGHI, *Lavoro coordinato e continuativo e lavoro occasionale: profili previdenziali*, nella Parte II, Sez. (A), di questo volume.

Le aliquote Inps per i lavoratori autonomi occasionali, che devono versare alla gestione separata, sono le stesse previste per i lavoratori a progetto/collaboratori coordinati e continuativi.

Il committente ha diritto di rivalsa per i contributi a carico del lavoratore nella misura di un terzo.

Come per tutti gli iscritti alla gestione separata Inps vige il massimale contributivo pari a euro 83.967,00 per il 2005.

Attualmente non esiste alcun obbligo di assicurare contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (Inail) il lavoratore autonomo occasionale a prescindere dall'importo del compenso e dalla durata della prestazione.

Sotto il profilo fiscale i redditi prodotti dalle prestazioni autonome occasionali sono definiti « redditi diversi » di cui all'articolo 67, lettera l), del d.P.R. n. 917/1986. Il sostituto d'imposta applica una ritenuta a titolo di acconto Irpef pari al 20% del compenso lordo.

Esempio 1:

Lavoratore autonomo occasionale con un unico compenso nell'anno solare pari a euro 1.000; assenza di altra forma di previdenza obbligatoria.

Compenso lordo	€	1.000,00
Irpef - ritenuta a titolo d'acconto 20%	€	200,00
Inps c/lavoratore (1/3 del 18,00%)	€	0
Compenso netto	€	800,00
Inps c/committente (2/3 del 18,00%)	€	0
Costo totale committente (Irap esclusa)	€	1.000,00
Costo totale committente (Irap inclusa)	€	1.042,50

Esempio 2:

Lavoratore autonomo occasionale con compenso pari a euro 2.000, il quale ha già percepito da altri committenti, nello stesso anno solare, compensi per un totale di euro 5.000; assenza di altra forma di previdenza obbligatoria.

Compenso lordo	€	2.000,00
Irpef - ritenuta a titolo d'acconto 20%	€	400,00
Inps c/lavoratore (1/3 del 18,00%)	€	120,00
Compenso netto	€	1.480,00
Inps c/committente (2/3 del 18,00%)	€	240,00
Costo totale committente (Irap esclusa)	€	2.240,00
Costo totale committente (Irap inclusa)	€	2.335,20



#### 4. Il contratto di inserimento.

Il contratto di inserimento è stato introdotto nel nostro ordinamento dal decreto legislativo n. 276/2003 ed è diretto a realizzare, mediante un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore ad un determinato contesto lavorativo, appunto, l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di alcune categorie di persone svantaggiate <sup>(9)</sup>.

Il contratto di inserimento è l'erede del contratto di formazione e lavoro, il quale, ai sensi dell'articolo 86, comma 9, seconda parte, del decreto legislativo n. 276/2003, continua ad esistere, al momento, solo nella pubblica amministrazione.

Per l'assunzione di lavoratori con contratto di inserimento è necessario redigere una lettera scritta e un progetto individuale di inserimento.

Questa tipologia contrattuale non ha una funzione formativa.

Il contratto di inserimento è un rapporto a termine mirato all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro di soggetti in difficoltà occupazionale.

I contratti di inserimento possono essere stipulati dai seguenti datori di lavoro:

- a) enti pubblici economici, imprese e loro consorzi;
- b) gruppi di imprese;
- c) associazioni professionali, socio-culturali, sportive;
- d) fondazioni;
- e) enti di ricerca, pubblici e privati;
- f) organizzazioni e associazioni di categoria.

L'articolo 54 del decreto legislativo n. 276/2003 prevede che possano essere assunti con contratto di inserimento i seguenti soggetti:

- a) soggetti di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni;
- b) disoccupati di lunga durata da ventinove fino a trentadue anni;
- c) lavoratori con più di cinquanta anni di età che siano privi di un posto di lavoro;
- d) lavoratori che desiderino riprendere una attività lavorativa e che non abbiano lavorato per almeno due anni;
- e) donne di qualsiasi età residenti in una area geografica in cui il tasso di occupazione femminile determinato con apposito decreto del

---

<sup>(9)</sup> Cfr. M. EMANUELE, *Il contratto di inserimento*, Parte III, Sez. (B), di questo volume.

Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003, sia inferiore almeno del 20% di quello maschile o in cui il tasso di disoccupazione femminile superi del 10% quello maschile;

f) persone riconosciute affette, ai sensi della normativa vigente, da un grave *handicap* fisico, mentale o psichico.

Per quanto concerne le donne individuate al punto e), il decreto interministeriale del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze 22 ottobre 2004, ha stabilito che per gli anni 2004, 2005 e 2006 le aree territoriali previste dalla normativa sono tutte le Regioni e le Province Autonome.

L'articolo 59, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 prevede la possibilità, per il datore di lavoro, di attribuire al lavoratore una categoria di inquadramento inferiore fino a due livelli rispetto alla categoria spettante, in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali è preordinato il progetto di inserimento oggetto del contratto.

Per il contratto di inserimento l'articolo 59, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003 prevede che « in attesa della riforma del sistema degli incentivi alla occupazione, gli incentivi economici previsti dalla disciplina vigente in materia di contratto di formazione e lavoro trovano applicazione con esclusivo riferimento » ai soggetti sopra menzionati ad eccezione di quelli indicati al punto a), ossia soggetti di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni, e « nel rispetto del regolamento (CE) n. 2204/2002 della Commissione del 5 dicembre 2002...» <sup>(10)</sup>.

Alle assunzioni effettuate con contratto di inserimento può essere applicata l'agevolazione contributiva del 25% senza problemi di compatibilità con la normativa comunitaria sugli aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 87 del Trattato CE, eccetto per le donne, individuate al precedente punto e), che devono essere residenti nelle regioni individuate dal decreto interministeriale del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze del 22 ottobre 2004, ossia, Lazio, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia e Sardegna, in base ai requisiti previsti dal regolamento CE n. 2204/2002.

---

<sup>(10)</sup> In  *Aiuti di Stato*.

Quindi, fermo restando il diritto alla riduzione generalizzata del 25%, le agevolazioni che eccedono tale importo sono applicabili se sono rispettate le seguenti condizioni individuate dal regolamento CE n. 2204/2002:

1) l'agevolazione, con riferimento al singolo rapporto di lavoro non deve essere superiore al 50% (60% per i disabili) del costo salariale annuo del lavoratore (retribuzione lorda e contributi di sicurezza sociale obbligatoria);

2) l'assunzione deve determinare un incremento netto del numero dei dipendenti dello stabilimento interessato (sono escluse dimissioni volontarie, pensionamento per raggiunti limiti di età, riduzione volontaria dell'orario di lavoro o licenziamento per giusta causa);

3) deve essere garantita la continuità dell'impiego per almeno 12 mesi (salvo risoluzione per giusta causa).

La circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 31 del 21 luglio 2004 <sup>(11)</sup>, al punto 8, prevede che, tenendo conto delle condizioni individuate dal regolamento CE n. 2204/2002 e dei requisiti soggettivi previsti dall'articolo 54, comma 1, lettere da *b*) ad *f*), con le precisazioni sopra riportate per la lettera *e*), le agevolazioni possono essere immediatamente godute per le assunzioni di soggetti appartenenti alle seguenti categorie svantaggiate:

*a*) lavoratori extracomunitari;

*b*) disoccupati da oltre due anni che in tale periodo non abbiano seguito corsi di formazione;

*c*) soggetti che vivono da soli con uno o più figli a carico;

*d*) soggetti con più di 50 anni privi di un posto di lavoro;

*e*) soggetti privi di un titolo di studio di livello secondario superiore o equivalente;

*f*) disoccupati di lungo periodo, ossia persone senza lavoro per 12 dei 16 mesi precedenti o per 6 degli 8 mesi precedenti nel caso di persone di meno di 25 anni;

*g*) qualsiasi donna di un'area geografica a livello NUTS 2 nella quale il tasso medio di disoccupazione superi il 100% della media comunitaria da almeno due anni civili e nella quale la disoccupazione femminile abbia superato il 150% del tasso di disoccupazione maschile dell'area considerata per almeno due dei tre anni precedenti (come individuate dal decreto interministeriale del 22 ottobre 2004, le regioni

---

<sup>(11)</sup> In  *Contratto di inserimento*.

interessate sono: Lazio, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia e Sardegna);

b) lavoratori disabili.

Ricapitolando la normativa relativa all'assunzione con contratto di inserimento di personale femminile: possono essere assunte con contratto di inserimento tutte le donne residenti sul territorio italiano; l'agevolazione contributiva del 25% può essere goduta in caso di assunzione di donne residenti nelle regioni individuate dal decreto interministeriale del 22 ottobre 2004 (Lazio, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia e Sardegna); mentre, l'ulteriore agevolazione può essere usufruita se l'assunzione di queste ultime rispetta le ulteriori condizioni previste dal regolamento CE n. 2204/2002.

Concludendo, le agevolazioni contributive previste dall'attuale normativa, per l'assunzione di dipendenti con contratto di inserimento nel rispetto delle condizioni sopra riportate, sono le seguenti:

Datori di lavoro	Riduzione contributiva per le aziende del Mezzogiorno	Riduzione contributiva per le imprese del centro-nord
Imprese di qualsiasi tipologia	Marca apprendisti *	25% contribuzione c/datore
Imprese del settore commerciale e turistico con meno di 15 dipendenti	Marca apprendisti *	40% contribuzione c/datore
Imprese artigiane	Marca apprendisti *	Marca apprendisti *
Datori di lavoro non aventi natura di impresa	50% contribuzione c/datore	25% contribuzione c/datore

\* La marca settimanale contributiva Inps per la generalità delle aziende per l'anno 2004 è pari a euro 2,79 (senza assicurazione Inail) ed euro 2,88 (con assicurazione Inail); mentre per le aziende artigiane è pari a euro 0,02, sempre settimanali. Per il 2005 i predetti valori saranno rivalutati dell'1,9%.

Come tutti i lavoratori dipendenti, i lavoratori assunti con il contratto di inserimento devono essere assicurati contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali ai sensi del d.P.R. n. 1124/1965 e i redditi da loro prodotti sono di lavoro dipendente ai sensi dell'articolo 49 del d.P.R. n. 917/1986 <sup>(12)</sup>.

<sup>(12)</sup> In  *Retribuzione*.

## Esempio 1

Lavoratore assunto con contratto di inserimento con una retribuzione totale mensile lorda pari a euro 1.207,74 (14 mensilità), Ccnl per i dipendenti del terziario (confcommercio), livello iniziale IV, azienda con meno di 15 dipendenti, area centro-nord (assunzione avente i requisiti per l'applicazione della riduzione contributiva superiore al 25%).

Retribuzione mensile lorda (1° anno - IV liv.)	€	1.207,74
Retribuzione annua lorda (14 mensilità)	€	16.908,36
Inps c/lavoratore (8,89%)	€	1.503,12
Irpef ( <i>no tax area</i> , euro 5.219,25)*1	€	2.342,78
Retribuzione annua netta	€	13.062,46
Inps c/datatore di lavoro (30,78-0,8)-40%=17,99%*2	€	3.041,75
Inail c/datatore di lavoro ((4/1000)+1%)-40%= 0,244% (per il personale addetto a mansioni impiegatizie)	€	40,98
Trattamento di fine rapporto	€	1.167,93
Costo totale c/azienda*3	€	21.159,02

\* 1 escluse addizionale regionale e addizionale comunale.

\* 2 tabella Inps per il settore commercio, c.u.a.f. intera (esonero c.u.a.f. 0,80%).

\* 3 essendo il contratto di inserimento l'erede del c.f.l., il costo aziendale è deducibile ai fini Irap.

## Esempio 2

Lavoratore assunto con contratto di inserimento con una retribuzione totale mensile lorda pari a euro 1.207,74 (14 mensilità), Ccnl per i dipendenti del terziario (confcommercio), livello iniziale IV, azienda con meno di 15 dipendenti, area Mezzogiorno (assunzione avente i requisiti per l'applicazione della riduzione contributiva superiore al 25%).

Retribuzione mensile lorda (1° anno - IV liv.)	€	1.207,74
Retribuzione annua lorda (14 mensilità)	€	16.908,36
Inps c/lavoratore (8,89%)	€	1.503,12
Irpef ( <i>no tax area</i> euro 5.219,25) *1	€	2.342,78
Retribuzione annua netta	€	13.062,46
Inps c/datatore di lavoro (marca settimanale 2004 € 2,88)	€	149,76
Trattamento di fine rapporto	€	1.167,93
Costo totale c/azienda *2	€	18.226,05

\* 1 escluse addizionale regionale e addizionale comunale.

\*2 essendo il contratto di inserimento l'erede del c.f.l., il costo aziendale è deducibile ai fini Irap.

## 5. Il lavoro a tempo parziale.

L'articolo 46, comma 1, lettera o), del decreto legislativo n. 276/2003 prevede che « gli incentivi economici all'utilizzo del lavoro a tempo parziale, anche a tempo determinato, saranno definiti, compatibilmente con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato, nell'ambito della riforma del sistema degli incentivi all'occupazione »<sup>(13)</sup>.

Attualmente, quindi, non sono previsti incentivi economico/previdenziali per le assunzioni di dipendenti con contratto di lavoro a tempo parziale.

Il costo di un lavoratore a tempo parziale è proporzionato al costo di un lavoratore a tempo pieno in base all'orario di lavoro.

Le percentuali dei contributi previdenziali, assistenziali ed assicurativi dovuti per i lavoratori a tempo parziale sono le stesse previste per la generalità dei lavoratori subordinati.

Da un punto di vista contributivo e assicurativo la differenza sta nella determinazione del minimale contributivo che, diversamente dai lavoratori a tempo pieno, è orario anziché giornaliero.

Il minimale giornaliero Inps ed Inail per i lavoratori a tempo pieno per l'anno 2004 è pari ad euro 39,16 (per il 2005 tale valore sarà rivalutato dall'Inps dell'1,9%).

Il minimale orario Inps per i lavoratori a tempo parziale si ottiene nel seguente modo: il minimale giornaliero per i lavoratori a tempo pieno deve essere moltiplicato per il numero di giorni di lavoro settimanali e diviso per il numero delle ore settimanali per un lavoratore a tempo pieno.

Esempio: settimana pari a 6 giorni lavorativi pari a 40 ore lavorative:  
 $39,16 * 6 / 40 = 5,87$  (minimale orario per il 2004).

Per i lavoratori a tempo parziale, assicurati contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (Inail), la base imponibile su cui calcolare il premio è costituita dalla retribuzione oraria tabellare dei lavoratori a tempo pieno (importo della retribuzione annua, diviso le ore annue previste dalla contrattazione) moltiplicata per le ore retribuite al lavoratore a tempo parziale. Quello che risulta da questa

---

<sup>(13)</sup> Cfr. sulla disciplina del part-time nel settore privato i contributi nella Parte IV, Sez. (B), di questo volume.

operazione deve essere confrontato con i minimali di retribuzione oraria (minimale giornaliero per il numero delle giornate di lavoro settimanale ad orario normale, diviso l'importo ottenuto per il numero di ore lavorative settimanali previste dalla contrattazione per i lavoratori a tempo pieno).

Per il calcolo del premio Inail deve essere considerata la base imponibile più elevata tra le due sopra citate.

## 6. Il lavoro ripartito.

L'articolo 41, comma 1 e 2, del decreto legislativo n. 276/2003 ha introdotto « ufficialmente » nel nostro ordinamento il lavoro ripartito detto anche lavoro a coppia o *job sharing* <sup>(14)</sup>.

Il lavoro ripartito è un contratto di lavoro subordinato attraverso il quale due lavoratori assumono in solido un'unica e identica obbligazione lavorativa.

Il trattamento economico dei lavoratori coobbligati, e quindi il costo del lavoro per ciascun lavoratore, è proporzionato alla prestazione effettivamente eseguita.

L'articolo 45 del decreto legislativo n. 276/2003, riprendendo un concetto già contenuto nella circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 43/1998 <sup>(15)</sup>, afferma che « ai fini delle prestazioni della assicurazione generale e obbligatoria per la invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, della indennità di malattia e di ogni altra prestazione previdenziale e assistenziale e delle relative contribuzioni connesse alla durata giornaliera, settimanale, mensile o annuale della prestazione lavorativa i lavoratori contitolari del contratto di lavoro ripartito sono assimilati ai lavoratori a tempo parziale. Il calcolo delle prestazioni e dei contributi andrà tuttavia effettuato non preventivamente ma mese per mese, salvo conguaglio a fine anno a seguito dell'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa ».

## 7. Il lavoro intermittente.

Con il contratto di lavoro intermittente, detto anche lavoro a chiamata o *job on call* <sup>(16)</sup>, un lavoratore si pone a disposizione di un

---

<sup>(14)</sup> Cfr. i contributi nella Parte IV, Sez. (C), di questo volume.

<sup>(15)</sup> In  *Lavoro ripartito (o in coppia o job sharing)*.

<sup>(16)</sup> Cfr. i contributi nella Parte IV, Sez. (C), di questo volume.

datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione « a chiamata », ossia quando ne ha bisogno.

Questo contratto può essere concluso solo in determinate ipotesi soggettive od oggettive.

L'articolo 34 del decreto legislativo n. 276/2003, comma 1, così come modificato dall'articolo 10 del decreto legislativo n. 251/2004, prevede che il contratto di lavoro intermittente può essere concluso « per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi ... ovvero per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno ai sensi dell'articolo 37 ».

Le ipotesi soggettive di ricorso al lavoro a chiamata, previste dall'articolo 34, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, sono le seguenti:

- soggetti in stato di disoccupazione con meno di venticinque anni di età;
- lavoratori con più di quarantacinque anni di età che siano stati espulsi dal ciclo produttivo o siano iscritti alle liste di mobilità e di collocamento.

Le ipotesi soggettive contenute nell'articolo 34 sono previste in via sperimentale e l'articolo 86, comma 12, stabilisce che decorsi diciotto mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo il Ministero del lavoro e delle politiche sociali dovrà procedere a una verifica degli effetti di questa sperimentazione con le organizzazioni sindacali dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

L'articolo 37 del medesimo decreto legislativo prevede che ulteriori ipotesi siano stabilite dai contratti collettivi, e nello stesso tempo prevede la possibilità di stipulare contratti di lavoro intermittente per « prestazioni da rendersi nel fine settimana, nonché nei periodi delle ferie estive o delle vacanze natalizie e pasquali ».

In attesa delle ipotesi che dovranno essere previste dalla contrattazione collettiva, con il decreto ministeriale 23 ottobre 2004, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali autorizza, in via transitoria, l'utilizzo del lavoro a chiamata per le attività richiamate dal regio decreto del 6 dicembre 1923, n. 2657 <sup>(17)</sup>. Tale decreto elenca le attività a carattere stagionale o discontinuo per le quali è possibile derogare ad

---

(17) In  *Lavoro intermittente (o a chiamata o job on call)*.



alcune disposizioni in materia di orario di lavoro. Tutto ciò fatte salve le clausole contenute nei contratti collettivi in vigore prima del 24 ottobre 2003 che già disciplinavano l'esecuzione di prestazioni di lavoro intermittente.

Sotto l'aspetto retributivo e contributivo il contratto di lavoro a chiamata può essere assimilato al contratto di lavoro a tempo parziale, in particolare è molto simile al contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale e misto.

L'articolo 36 del decreto legislativo n. 276/2003 prevede che nel contratto di lavoro intermittente può essere stabilita una indennità di disponibilità. Se questa indennità viene prevista nel contratto di lavoro, il dipendente deve garantire la propria disponibilità, al datore di lavoro, per determinati periodi, a prestare la propria attività lavorativa in caso di chiamata.

Se il contratto di lavoro intermittente viene stipulato tenendo in considerazione le ipotesi oggettive previste dall'articolo 37 (prestazioni da rendersi nel fine settimana o durante periodi di ferie estive, vacanze natalizie e pasquali) l'indennità di disponibilità è corrisposta solo in caso di effettiva chiamata.

Il decreto ministeriale 10 marzo 2004 <sup>(18)</sup> prevede che « la misura dell'indennità mensile di disponibilità, divisibile per quote orarie, corrisposta al lavoratore per i periodi nei quali lo stesso garantisce la disponibilità al datore di lavoro in attesa di utilizzazione, è determinata nel 20% della retribuzione prevista dal C.C.N.L. applicato ».

Lo stesso decreto ministeriale prevede che la retribuzione che deve essere presa a riferimento per la determinazione dell'indennità è costituita da: minimo tabellare, indennità di contingenza, e.d.r. e dai ratei delle mensilità aggiuntive. Il divisore da utilizzare per determinare le quote orarie è quello previsto dal Ccnl applicato dall'azienda datrice di lavoro.

L'articolo 36, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003, prevede che « sulla indennità di disponibilità ... i contributi sono versati per il loro effettivo ammontare, anche in deroga alla vigente normativa in materia di minimale contributivo ».

Il comma 3, dell'articolo 36, prevede che l'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto

---

(18) In  *Lavoro intermittente (o a chiamata o job on call)*.

collettivo. Questo fa sì che essa non rientri nel trattamento di fine rapporto e nelle mensilità aggiuntive.

Sotto il profilo fiscale, la Direzione regionale dell'Agenzia delle entrate della Toscana, con parere del 28 ottobre 2004 (prot. n. 2004/32340/Cz) <sup>(19)</sup> a seguito di interpello, ha affermato che « l'indennità di disponibilità rappresenta il corrispettivo dell'obbligo del lavoratore a restare a disposizione del datore di lavoro in attesa di essere impiegato e quindi sia, come tale, riconducibile nel concetto di reddito di lavoro dipendente... ai sensi dell'art. 51, comma 1, d.P.R. n. 917/1986... ».

Esempio di calcolo dell'indennità di disponibilità mensile, Ccnl per i dipendenti del terziario (confcommercio), livello IV:

Livello	Paga base	Terzo elemen. Nazionale	Contin- genza ed e.d.r.	Ratei di 13.a e 14.a mens.tà	Totale	Indennità di disponibilità
IV	€ 718,46	€ 2,07	€ 524,22	€ 207,46	€ 1452,21	€ 290,44

Esempio di calcolo dell'indennità di disponibilità mensile, Ccnl per i dipendenti dell'industria metalmeccanica (confindustria), livello V.

Livello	Paga base	e.d.r.	Ratei di 13.a	Totale	Indennità di disponibilità
V	€ 1.297,56	€ 10,33	€ 108,99	€ 1.416,88	€ 283,38

In conclusione, il costo di un lavoratore a chiamata può essere paragonato al costo di un lavoratore a tempo parziale, quindi è proporzionato al costo di un lavoratore a tempo pieno considerando le ore di effettiva prestazione.

Medesimo ragionamento può essere fatto per l'aspetto contributivo, assistenziale e assicurativo, ricordando che per i lavoratori a tempo parziale vigono dei minimali orari e non giornalieri.

La differenza di costo rispetto ad un lavoratore « non a chiamata » è rappresentata dalla eventuale indennità di disponibilità. In tale ipotesi, il costo del lavoro è maggiorato di poco meno del 20% (l'indennità è calcolata considerando le mensilità aggiuntive e non gli altri istituti di legge o di contratto collettivo) per i periodi in cui il dipendente non presta la propria attività lavorativa ma è a disposizione del datore di lavoro.

<sup>(19)</sup> In  *Lavoro intermittente (o a chiamata o job on call)*.

L'articolo 36, comma 7, prevede la possibilità che con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, stabilisca la misura della retribuzione convenzionale alla quale i lavoratori assunti con contratto di lavoro a chiamata « possono versare la differenza contributiva per i periodi in cui abbiano percepito una retribuzione inferiore rispetto a quella convenzionale ovvero abbiano usufruito delle indennità di disponibilità fino a concorrenza della medesima misura ».

## 8. L'associazione in partecipazione.

Il decreto legislativo n. 276/2003 apporta una forma di tutela, all'interno del nostro ordinamento, alla parte debole del contratto di associazione in partecipazione: l'associato <sup>(20)</sup>.


In particolare il comma 2, dell'articolo 86, prevede che il rapporto di associazione in partecipazione non possa essere reso senza una effettiva partecipazione e adeguata erogazione a chi lavora. In caso contrario il rapporto si considera di lavoro subordinato, a meno che, con idonee attestazioni o documentazioni, sia dimostrato che il rapporto rientra in un « contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto dall'ordinamento ».


Sotto il profilo del costo del lavoro le novità sono apportate dal decreto legge n. 269/2003, articolo 43, in cui viene prevista l'introduzione, a partire dal 1° gennaio 2004, di un'obbligazione contributiva, per gli associati che apportano attività lavorativa, ad un'apposita gestione previdenziale presso l'Inps che non è mai stata istituita.

La legge n. 311/2004 <sup>(21)</sup> (finanziaria per l'anno 2005), all'articolo 1, comma 157, modificando l'articolo 43 del decreto legge n. 269/2003, ha previsto l'obbligo di iscrizione da parte degli associati che apportano esclusivamente lavoro, alla gestione separata Inps di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335 <sup>(22)</sup>. Per gli associati in partecipazione, dunque, non verrà istituita un'apposita gestione separata, ma gli stessi confluiscono nella gestione previdenziale già prevista per i collaboratori coordinati e continuativi e i professionisti privi di cassa previdenziale.

---

<sup>(20)</sup> Cfr. L. RUGGIERO, *Il lavoro nella associazione in partecipazione e la questione della effettiva partecipazione agli utili*, Parte V, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(21)</sup> In  *Boll. Adapt*, 2005, n. 6.

<sup>(22)</sup> In  *Collaborazione coordinativa e continuativa*.

La tutela per invalidità, vecchiaia e superstiti è garantita per mezzo di un versamento pari a quello dei commercianti (per il 2004 17,30% fino a 37.883,00 euro, e 18,30% per importi superiori; per il 2005 17,50% fino a 38.603,00 euro, e 18,50% per importi superiori).

Come per i collaboratori coordinati e continuativi e i lavoratori a progetto, iscritti alla gestione separata Inps, il contributo deve essere versato fino al raggiungimento del massimale pari a euro 82.401,00 per il 2004, ed euro 83.967,00 per il 2005.

La contribuzione è ripartita tra associante e associato: a carico del primo risulta essere un importo pari al 55% della contribuzione dovuta, mentre a carico del secondo il restante 45%.

L'iscrizione alla gestione Inps deve avvenire entro trenta giorni dall'inizio dell'attività lavorativa.

Oltre all'iscrizione all'Inps, gli associati in partecipazione, qualora svolgano un'attività considerata a rischio infortunio e/o utilizzino veicoli a motore personalmente condotti, devono essere assicurati all'Inail per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali ai sensi del decreto n. 1124/1965 a seguito della sentenza della Corte costituzionale 15 luglio 1992, n. 332 <sup>(23)</sup>.

Il reddito derivante dall'apporto di lavoro in associazione in partecipazione è assimilato a quello di lavoro autonomo ai sensi dell'articolo 53 del d.P.R. n. 917/1986, e sullo stesso viene applicata una ritenuta a titolo di acconto Irpef del 20%.

Esempio: contratto di associazione in partecipazione con una partecipazione agli utili annua pari euro 10.000. Assicurazione Inail prevista per il personale impiegatizio.

Compenso per partecipazione lordo	€	10.000,00
Irpef - ritenuta a titolo di acconto 20%	€	2.000,00
Inps c/associato (45% del 17,50%)	€	787,50
Compenso per partecipazione netto	€	7.212,50
Inps c/associante (55% del 17,50%)	€	962,50
Inail c/associante (4 per mille, personale imp.)*	€	49,94
Costo totale c/azienda (Irap esclusa)	€	11.012,44
Costo totale c/azienda (Irap inclusa)	€	11.478,34

\* retr. conv. Inail 2004 € 12.360,60.

<sup>(23)</sup> In  *Assicurazioni sociali*.

## ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

<i>AC</i>	Archivio civile
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AsS</i>	L'assistenza sociale
<i>Boll. trib.</i>	Bollettino tributario
<i>C&amp;C</i>	Contratti e Contrattazione Collettiva
<i>CG</i>	Corriere Giuridico
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>Corr. Trib.</i>	Corriere Tributario
<i>D&amp;L</i>	Diritto e Lavoro - Rivista critica del diritto del lavoro
<i>Danno e resp.</i>	Danno e responsabilità
<i>DD</i>	Democrazia e diritto
<i>DDPCom</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale
<i>DE</i>	Diritto dell'economia
<i>DGA</i>	
<i>DI</i>	Diritto Industriale
<i>Dir. autore</i>	Il diritto di autore
<i>Dir. Prat. Trib.</i>	Diritto e pratica tributaria
<i>DL Marche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>D&amp;L</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>DLM</i>	Diritti lavori e mercati
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DPL-Oro</i>	Diritto e pratica del lavoro, serie oro
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	Droit social
<i>Econ. Pol.</i>	Economia politica
<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>Enc dir</i>	Enciclopedia del diritto
<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>Fin. loc.</i>	Finanza locale

FP	Foro padano
GADI	Giurisprudenza annotata di diritto industriale
GC	Giustizia civile
GComm	Giurisprudenza commerciale
GCost	Giurisprudenza Costituzionale
GDA	Giornale di diritto amministrativo
GDI	Giurisprudenza di diritto industriale
GE	
GI	Giurisprudenza italiana
Giur. Imp.	Giurisprudenza delle imposte
GLav	Guida al lavoro
GM	Giurisprudenza di merito
GN	Guida normativa
GP	La Giustizia penale
GPiem	Giurisprudenza piemontese
GU	Gazzetta Ufficiale
IJCLLIR	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
IPrev	Informazione previdenziale
IF	Le istituzioni del federalismo
IS	Industria e sindacato
ISL	Igiene e Sicurezza del Lavoro
JPE	Journal of Political Economy
L80	Lavoro '80
LD	Lavoro e diritto
LG	Il lavoro della Giurisprudenza
LI	Lavoro informazione
LPA	Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni
LPO	Lavoro e previdenza oggi
LR	Le Regioni
MFI	Massimario del Foro italiano
MGC	Massimario di Giustizia civile
MGL	Massimario giurisprudenza del lavoro
NDI	Novissimo Digesto italiano
NGCC	Nuova giurisprudenza civile commentata
NGL	Notiziario della giurisprudenza del lavoro
NLCC	Le nuove leggi civili commentate
NRS	Nuova Rassegna Sindacale
OGI	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
PD	Politica del diritto
PE	Politica e economia
Prev. Ass. Pubbl. Priv.	Previdenza e assistenza pubblica e privata
QC	Quaderni costituzionali
QDLRI	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
QRIDL	Quaderni della rivista italiana di diritto del lavoro
QR	Quaderni regionali
RassDC	Rassegna di diritto civile

<i>Rass. dir. tec. dog.</i>	Rassegna di diritto e tecnica doganale
<i>Rass. Trib.</i>	Rassegna tributaria
RGE	Rassegna giuridica dell'Enel
RGS	Rivista giuridica Scuola
RPA	Rassegna parlamentare
RDC	Rivista di diritto civile
<i>RDComm</i>	Rivista di diritto commerciale
RDI	Rivista di diritto industriale
RDPC	Rivista di diritto e procedura civile
RFI	Repertorio del Foro italiano
RGI	Repertorio della giurisprudenza italiana
RGL	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
RIDL	Rivista italiana di diritto del lavoro
RIML	Rivista degli infortuni e delle malattie professionali
RIT	Reveu International de Travail
<i>Riv. Dir. Fin.</i>	Rivista diritto finanziario e scienza della finanze
<i>Riv. dir. trib. internaz.</i>	Rivista di diritto tributario internazionale
RDSS	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>Riv. prev. pubbl. priv.</i>	Rivista della previdenza pubblica e privata
RS	Rassegna sindacale
RSoc	Rivista delle società
RTDP	Rivista trimestrale di diritto pubblico
RTDPC	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
TLG	Toscana Lavoro Giurisprudenza





## NOTIZIE SUGLI AUTORI

ASNAGHI ANDREA, BASCHERINI GEORGIA, BASENGHI FRANCESCO,	Consulente del lavoro in Paderno Dugnano Avvocato del Foro di Genova Professore straordinario di Diritto del lavoro, Università di Modena e Reggio Emilia
BINOCOLI FEDERICA, BRUZZONE SILVIA,	Avvocato del Foro di Genova Collaboratrice della cattedra di Diritto del lavoro, Università di Genova
CASCIANELLI ANDREA, CONTINISIO ROBERTO, DE MARCO LUCIANO,	Imprenditore nel settore del marketing operativo Avvocato del Foro di Napoli Collaboratore della cattedra di Diritto del lavoro, Università di Genova
DEL CONTE MAURIZIO,	Professore associato di Diritto del lavoro, Univer- sità Bocconi, Milano
DUI PASQUALE, EMANUELE MARIO, ENRICO CLARA,	Avvocato del Foro di Milano Ricercatore Area Mercato del lavoro, ISFOL Professore ordinario di Diritto del lavoro, Univer- sità di Genova. Presidente Commissione di certi- ficazione istituita presso l'Università di Genova
IENGO MAURO,	Responsabile ufficio legislazione della Lega Na- zionale delle cooperative e mutue
MARIMPIETRI IVANA,	Professore associato di Diritto del lavoro, Univer- sità di Cassino
MINALE COSTA ENRICA,	Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Genova
PASQUINI FLAVIA,	Assegnista di ricerca, Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi », Università di Mo- dena e Reggio Emilia. Segretario Commissione di certificazione istituita presso l'Università di Mo- dena e Reggio Emilia
PARISI MAURO,	Ispettore del lavoro. Funzionario Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Avvocato - Dire- zione Provinciale del lavoro di Belluno
PERINA LUIGI, PISCHEDDA LAURA, PORELLI NICOLA,	Giudice del lavoro del Tribunale di Vicenza Avvocato del Foro di Chiavari Consulente del lavoro in Vicenza. Collaboratore Adapt - Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi », Università di Modena e Reggio Emilia.

- RAVERA ENRICO, Magistrato Corte d'Appello, sezione lavoro, Genova
- RAUSEI PIERLUIGI, Ispettore del lavoro. Funzionario Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Avvocato - Direzione Provinciale del lavoro di Ascoli Piceno. Collaboratore Adapt - Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi », Università di Modena e Reggio Emilia.
- ROSSI MARTA, Avvocato del Foro di Chiavari
- RUGGIERO LUCA, Professore a contratto di Diritto del lavoro, Università di Genova
- RUSSO ALBERTO, Assegnista di ricerca, Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi », Università di Modena e Reggio Emilia
- TIRABOSCHI MICHELE, Professore straordinario di Diritto del lavoro, Università di Modena e Reggio Emilia. Presidente Commissione di certificazione istituita presso l'Università di Modena e Reggio Emilia
- VALERIANI ANTONELLA, Collaboratrice Adapt - Centro Studi Internazionali e Comparati « Marco Biagi », Università di Modena e Reggio Emilia