1/2004

# 20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università di Catania

Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

*Con contributi di*

PASQUALE CHIECO, Università di Bari

STEFANO GIUBBONI, Università di Firenze

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

SERGIO SPATARO, Università di Pavia

LOREDANA ZAPPALÀ, Università di Catania

MARCELLO PEDRAZZOLI, Università di Bologna

ARMANDO TURSI, Università di Milano

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

PAOLA SARACINI, Università di Napoli "Federico II"

STEFANIA SCARPONI, Università di Trento

ALESSANDRO BELLAVISTA, Università di Palermo

FRANCA BORGOGELLI, Università di Siena

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

MASSIMO PALLINI, Università di Milano

FRANCESCO LISO, Università di Roma "La Sapienza"

MICHELE TIRABOSCHI, Università di Modena e Reggio Emilia

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2004 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569332

Venti Maggio
BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA"

n. 1/2004

## SOMMARIO

Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo
Pasquale Chieco 1

Diritti e politiche sociali nella "crisi" europea
Stefano Giubboni 70

Il lavoro a progetto
Mariella Magnani - Sergio Spataro 86

Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro
Loredana Zappalà 98

Tipologie contrattuali a progetto e occasionali Commento al Titolo VII del D. Lgs. 276/03
Marcello Pedrazzoli 123

La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa
Armando Tursi 199

I contratti a contenuto formativo tra "formazione e lavoro" e "inserimento professionale"
Lorenzo Zoppoli - Paola Saracini 227

Il lavoro a tempo parziale
Stefania Scarponi 263

La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003
Alessandro Bellavista 290

La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni
Franca Borgogelli 303

Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa
Franco Carinci 333

La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva 2002/74/CE
Massimo Pallini 371

La certificazione dei contratti di lavoro
Armando Tursi 386

Analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003: spunti di riflessione
Francesco Liso 420

Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema
Michele Tiraboschi 443

# Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*

Pasquale Chieco

1. Il *nuovo* contratto di somministrazione di lavoro e l'abrogazione della L. 1369/1960 e degli artt. 1-11 della L. 196/1997. 3

2. Il contratto di somministrazione professionale di lavoro. 6

2.1 La somministrazione professionale a tempo indeterminato. 7

2.2 La somministrazione professionale a tempo determinato. 10

2.3 Le due somministrazioni a confronto: conflitto funzionale e questioni di costituzionalità 13

2.4 Settori ammessi e ipotesi vietate. 16

3. La somministrazione non professionale: il distacco. 18

4. I requisiti formali del contratto di somministrazione professionale. 22

5. I contratti di lavoro finalizzati alla somministrazione professionale. 24

5.1 Le tipologie contrattuali e la (apparente) correlazione con la durata della somministrazione. 27

5.2 I contratti di lavoro: i requisiti, le obbligazioni, le tutele individuali e collettive. 30

5.3 I contratti di lavoro: il precetto di parità e le sue eccezioni. 37

6. Il regime sanzionatorio della somministrazione di lavoro non regolare: il quadro legale. 40

6.1 La somministrazione «irregolare» ... 41

6.2 ... (segue) e i limiti al controllo giudiziale. 45

6.3 La somministrazione fraudolenta. 46

7. La nuova nozione di appalto. 49

7.1 La *linea d'ombra* tra appalto e somministrazione (illecita) di lavoro... 51

7.2 (segue)... ovvero della direzione e della organizzazione del lavoro. 54

7.3 La responsabilità solidale. 58

7.4 La distinzione certificata tra somministrazione e appalto. 59

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 10/2004

8. La disciplina transitoria. 60

9. Bibliografia 63

## 1. Il *nuovo* contratto di somministrazione di lavoro e l'abrogazione della L. 1369/1960 e degli artt. 1-11 della L. 196/1997.

La disciplina del contratto di somministrazione, pur se in gran parte concentrata nel titolo III del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (di seguito Decreto), è frutto di un mosaico i cui tasselli sono sparsi in parti diverse e non sempre secondo un chiaro disegno sistematico.

Di ciò vi è già traccia nella individuazione della fattispecie, laddove la «somministrazione di lavoro» viene definita (art. 1, comma 1, lett. a) come «*fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato o a termine, ai sensi dell'art. 20*» il quale ultimo, però, non si spinge al di là dell'individuazione dei soggetti, delle «condizioni di liceità» e degli effetti del contratto.

In ogni caso, un'adeguata identificazione della fattispecie non può prescindere, per gli straordinari riflessi sistematici e regolativi che ne derivano, dalla collocazione nell'ordinamento (lavoristico e non) di questo nuovo contratto e dallo *spazio* che gli fa attorno il legislatore con l'art. 85 del Decreto.

La somministrazione di lavoro a tempo determinato e indeterminato, infatti, entra nel nostro sistema legislativo contemporaneamente all'abrogazione (salvo le "code" della disciplina transitoria: v par.fo 8.) degli artt. 1-11, L. 196/97, nonché dell'intera legge 1369/60[1].

Ce n'è quanto basta per una vera rivoluzione del diritto del lavoro, caratterizzata da un chiaro arretramento nell'interazione con i processi organizzativi dell'impresa, sin qui ritenuta modalità funzionale alla tutela, prima ancora che diretta, ambientale e di contesto dei diritti e degli *standard* di trattamento dei lavoratori[2]. Vi è, infatti, che alla sostituzione di un generale (salvo eccezioni) divieto di interposizione con un sistema di libera, seppure regolata, fornitura di manodopera, si associano elementi quali l'ampliamento della nozione di trasferimento di parte d'azienda (art. 32, comma 1) e l'alleggerimento di quella di appalto (art. 29, comma 1), accompagnate dall'eliminazione dell'ombrello protettivo della parità di trattamento e della responsabilità solidale rafforzata di cui all'art. 3 della L. 1369/1960[3].

Ne risulta così decisamente incrementata la possibilità di procedere ad esternalizzazioni finalizzate alla ricerca di più vantaggiosi (e leciti), per l'impresa, livelli di scambio tra lavoro e trattamento economico-normativo[4]. Il legislatore delegato ha consapevolmente voluto avviare un meccanismo concorrenziale tra il nuovo contratto di somministrazione e l'appalto di servizi[5], in un più

---

[1] Oltre che di «*tutte le disposizioni legislative e regolamentari incompatibili con il presente decreto*», art. 85, comma 1, lett. i), del Decreto.

[2] Sulla valenza di principio ordinatore di sistema della l. 1369/1960, MARIUCCI, 1979, 175 ss., nonché con particolare accento sulla sua funzione di regola di trasparenza del mercato del lavoro, DE SIMONE, 1995, 31 ss. V. tuttavia, DE LUCA TAMAJO, 1999, 384-392, sui nuovi modelli organizzativi delle imprese e sulla necessità di spostare la frontiera "*mobile*" tra liceità e illiceità tracciata dalla L. 1369/1960; DEL PUNTA, 2000, 60- 67, sulla dicotomia (ritenuta, peraltro, componibile) tra la disciplina giuridica e l'espressione economica dei fenomeni di esternalizzazione. In una prospettiva decisamente critica sulla capacità della L. 1369/1960, di reggere il passo dei tempi, maturi ormai per la somministrazione di lavoro ICHINO, 2000a, 77-78.

[3] Sul significato del principio di parità di trattamento proprio nel contesto delle esternalizzazioni oltre che dei contratti della flessibilità, sia consentito rinviare a CHIECO, 2002, 767 ss.

[4] Su questo effetto "non positivo" di accellerazione della frantumazione dell'impresa, GIUGNI, 2003.

[5] Come evidenziato da TIRABOSCHI, 2003, 67-68.

ampio contesto normativo che rischia di innescare sequenze di segmentazione dell'impresa motivate da una corsa al ribasso dei trattamenti del lavoro dipendente piuttosto che da "*processi di specializzazione dell'apparato produttivo, che di per sé riscattano lo spettro della fraudolenza o della speculazione*"[6].

Quanto questo rischio sia reale lo si vedrà all'esito dell'esame della disciplina: esame che, anticipiamo subito a mo' di avvertenza sistematica, si appunterà sulle molte e radicali innovazioni del Decreto, piuttosto che sulle disposizioni che ripropongono spezzoni della vecchia regolamentazione (già esaurientemente analizzati dalla dottrina che si è cimentata con la l. 196/1997, alla quale di volta in volta si rinvierà). E sarà nel corso dell'analisi di dettaglio che proveremo ad introdurre taluni elementi di riflessione sistematica così da ancorarli alla cruda concretezza della norma piuttosto che a valutazioni generali, che rischierebbero di apparire preconcette (sul terreno scivoloso di una trasformazione profonda come quella qui esaminata)[7].

Fatte queste avvertenze metodologiche, passiamo anzitutto ad occuparci della questione di legittimità costituzionale del Decreto in relazione al (discusso) mancato rispetto dei limiti oggettivi segnati dalla legge di delega e tutelati dall'art. 76 Cost.[8]

Al di là di ulteriori profili di dettaglio (sui quali ci soffermeremo nel corso dell'analisi delle norme *incriminate*), si è discusso in termini generali e radicali della illegittimità per eccesso di delega della abrogazione degli artt. 1-11 della l. 196/1997; abrogazione della quale, a differenza di quella riferita alla l. 1369/1960, non vi è esplicita menzione nella legge 14.2.2003, n. 30.

In proposito, ai dubbi sollevati da una parte della dottrina[9], si è opposto, oltre che un argomento logico, apprezzabile ma consapevolmente non risolutivo, il richiamo alla lettera o) dell'art. 1, comma 2, della legge 30/2003 che consente la «*abrogazione espressa di tutte le norme, anche se non espressamente indicate nelle lettere da a) a n), che sono direttamente o indirettamente incompatibili con i decreti legislativi emanati ai sensi del presente articolo*»[10].

Tuttavia, questa *via di fuga* risolve solo una parte delle questioni sollevate dall'abrogazione degli artt. 1-11 della l. 196/1997, in quanto non tutte le norme abrogate manifestano connotati o caratteristiche di incompatibilità con la nuova disciplina della somministrazione[11]. Se, infatti, non vi è alcun dubbio sulla impossibile coesistenza del contratto di somministrazione a tempo determinato con quello di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo[12], nonché del contratto speciale

---

[6] Così gli auspici di DE LUCA TAMAJO, 1999, 391.

[7] Ma v. GIUGNI, 1986, 354, sulla implicazione certamente politica di ogni proposta di modificazione delle istituzioni del mercato del lavoro e delle relazioni industriali.

[8] In generale, sui molteplici rinvii in bianco della legge-delega, v. CARINCI, 2003, 14 ss.

[9] V. in particolare GAROFALO M.G., 2003, 359 ss.

[10] Il riferimento è a DEL PUNTA, 2003, 64-66, il quale -oltre a richiamarsi alla *via di fuga* della abrogazione per incompatibilità ricordata nel testo- ha sostenuto che la necessità di porre mano alla modificazione, in tutto o in parte, della l. 196/1997 derivava dal nesso indissolubile della l. 196 con la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e determinato, oggetto della delega: attuare questa non poteva non comportare l'abrogazione (in tutto o in parte) di quella.

[11] Contrariamente a quanto ritenuto da TIRABOSCHI, 2003, 69, il quale, nel rifarsi alla tesi (sopra ricordata) di Del Punta, afferma che tutta la legge 196/1997 è risultata incompatibile con i pilastri della nuova somministrazione di lavoro.

[12] Cfr., sulle caratteristiche essenziali di questo contratto e delle esigenze temporanee alla cui soddisfazione era preordinato ROMEI, 1999b, 110-119.

per prestazioni di lavoro temporaneo con il rinvio regolativo alle ordinarie tipologie contrattuali[13], altrettanto non può dirsi con riferimento, ad es., ai casi di divieto della fornitura di lavoro già previsti nell'art. 4, comma 1, lettera a)[14] e lettera f)[15], ovvero al principio generale e inderogabile di parità di trattamento tra prestatori somministrati e lavoratori comparabili dell'impresa utilizzatrice, stabilito dall'art. 4, comma 2, della l. 196/1997[16]. Si tratta di fattispecie[17] la cui abrogazione è davvero espressione di una scelta arbitraria del legislatore delegato in quanto non sostenuta da alcun criterio -direttamente o indirettamente (l'incompatibilità di cui si è detto)- riconducibile alla legge delega e, pertanto, in contrasto con la regola costituzionale dell'art. 76 cost.

Non del tutto convincente è, invece, la prospettazione dell'eccesso di delega con riferimento all'abrogazione del principio di parità di cui all'art. 3 della l. 1369/1960 sostenuta in base al rilievo che la parità in questione non riguarda l'interposizione ma la disciplina dell'appalto (interno)[18]. In realtà la lettera m) dell'art. 1, comma 2, della legge n. 30/2003 consente l'abrogazione della l. 1369 nella sua interezza senza distinguere in ragione del diverso oggetto delle singole norme.

L'abrogazione dell'art. 3 l. 1369/60 sembra, invece, provocare una grave violazione dell'art. 43 trattato CE sulla libertà di stabilimento in relazione al permanere di un obbligo di parità di trattamento negli appalti interni solo a carico delle imprese stabilite in uno stato membro dell'Unione europea (diverso dall'Italia).

Invero, nel disciplinare (in attuazione della direttiva comunitaria 96/71/CE) la materia dei distacchi transfrontalieri, il D. lgs 25 febbraio 2000, n. 72 detta disposizioni che, tra l'altro, si riferiscono anche al caso degli appalti eseguiti in Italia da imprese straniere mediante il *distacco*[19] dei propri dipendenti.

Ebbene, in questo più ampio contesto, l'art. 3, comma 1, impone all'impresa straniera di applicare ai propri dipendenti i trattamenti economici e normativi, anche di fonte collettiva, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni di lavoro analoghe nel luogo in cui operano i lavoratori distaccati. Prescrizione che diviene più stringente in caso di appalti di servizi da «*eseguirsi all'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria di un appaltatore transnazionale*» (art. 3, comma 2, d. lgs n. 72/2000). In questi casi, infatti, l'appaltatore transazionale è tenuto ad applicare a *tutti* i propri dipendenti (stranieri e italiani) un trattamento minimo inderogabile retributivo

---

[13] Cfr. sugli elementi derogatori e di deviazione funzionale insiti nella disciplina di questo contratto rispetto alla fattispecie dell'art. 2094 c.c. SPEZIALE, 1999, 243-248.

[14] Che, come si ricorderà, concerneva le mansioni individuate dai contratti collettivi con particolare riferimento a quelle il cui svolgimento poteva rappresentare maggiore pericolo per la sicurezza dei lavoratori o dei terzi.

[15] In tale lettera rientravano le lavorazioni che richiedano sorveglianza medica speciale e i lavori particolarmente pericolosi individuati con decreto del Ministro del lavoro.

[16] Peraltro, come si vedrà più in dettaglio quando si affronterà nello specifico l'analisi della regola paritaria e delle molte eccezioni introdotte dall'13 del Decreto, si avrà modo di constatare come tali deroghe risultano non solo eccedenti la delega (nei termini suddetti) ma anche in diretto contrasto con la lettera m), n. 5, dell'art. 1, comma 2, l. 30/2003.

[17] Che, peraltro, non sono le uniche, come si avrà modo di osservare in occasione dell'esame analitica delle nuove disposizioni in raffronto con quelle abrogate.

[18] In questi termini è ancora GAROFALO M.G., 2003, 365, che prospetta la questione in coerenza con i dubbi allo stesso titolo sollevati per la modificazione della nozione di appalto (sulla quale v. par. 6.).

[19] Si tratta di un distacco improprio poiché, in realtà, il lavoratore esegue la prestazione (per lo svolgimento dell'appalto acquisito dalla impresa straniera da cui continua a dipendere) sotto la direzione del *proprio* datore di lavoro (art. 1, comma 1, d. lgs. n. 72/2000).

e normativo non inferiore a quello spettante ai dipendenti dell'appaltante, il quale ultimo rimane obbligato in solido con l'appaltatore straniero fino ad un anno dalla cessazione dell'appalto (art. 3, commi 3 e 4, d. lgs. n. 72/2000).

È evidente, allora, che l'abrogazione dell'art. 3 della l. 1369/1960 fa assumere una luce completamente diversa a quest'obbligo di parità di trattamento che, è bene ricordare, ci è imposto dalla direttiva comunitaria la quale, però, non certo casualmente, ne identifica l'ambito di applicazione includendovi «*anche le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga*».

In altri termini, la sottrazione delle imprese italiane alla regola paritaria per un verso realizza una evidente distorsione della concorrenza direttamente fondata sulla nazionalità e, perciò, discriminatoria; per altro verso, pone il nostro ordinamento in una situazione di contrasto con gli obblighi di corretta attuazione delle norme comunitarie, in quanto la direttiva 96/71/CE prescrive la regola paritaria[20].

Ne deriva che l'abrogazione dell'art. 3, commi 1 e 3, della l. 1369/1960, come disposta dall'art. 85, lett. c) del Decreto, va anzitutto disapplicata dal giudice del lavoro in quanto immediatamente e direttamente produttiva di una discriminazione basata sulla nazionalità vietata ai sensi degli artt. 49 e 50, comma 3, del trattato CE[21]. A ciò si aggiunge, sulla scorta di quanto mirabilmente sostenuto dalla Corte costituzionale nelle note sentenze n. 41 e n. 45 del 7.2.2000[22], che l'abrogazione di una norma "*avente contenuto tale da costituire per lo Stato italiano un preciso obbligo derivante dall'appartenenza all'Unione europea*" viola il dovere di leale collaborazione sancito dall'art. 10 del trattato CE che può essere sanzionato sia dalla Corte di giustizia, in base alle norme citate, sia dalla nostra Corte costituzionale, ai sensi degli artt. 11 e 117, comma 1, cost. In ogni caso, poiché l'abrogazione della norma *de qua* determina una "*lacuna di collisione*" dell'ordinamento interno rispetto a quello comunitario[23] può ben legittimare la proposizione dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato italiano da parte di tutti i soggetti lesi dalla mancata applicazione (*alias*, dall'abrogazione) del principio di parità di trattamento.

Entro queste coordinate generali possiamo allora procedere all'analisi della nuova disciplina della somministrazione, a cominciare dalla tipizzazione di questo nuovo contratto.

## 2. Il contratto di somministrazione professionale di lavoro.

Come si è già anticipato, la somministrazione di lavoro viene definita (art. 1.1, lett. a) come «*fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato o a termine, ai sensi dell'art. 20*» del Decreto.

In particolare, quest'ultima disposizione, al di là delle diverse causali, individua quale elemento del contratto professionale soltanto il soggetto abilitato (mercè autorizzazione) ad esserne parte necessaria, mentre nessuna limitazione pone all'altro contraente, l'utilizzatore. Curioso è, poi, il

---

[20] Per ulteriori dettagli e approfondimenti della questione sia consentito rinviare a CHIECO, 2002, 796-801.

[21] Cfr. ARRIGO, 1998, 64-67; ROCCELLA, TREU, 2002, 47-49.

[22] Entrambe in *Foro it.*, 2000, I, 669-701. Si tratta dei pronunciamenti che dichiararono inammissibili (*ex* art. 75, comma 2, cost.) i referendum abrogativi relativi alla disciplina del contratto a tempo determinato e di quello *part time* in quanto l'effetto che ne sarebbe derivato avrebbe comportato l'insorgenza di un contrasto della normativa interna con quella europea, esponendo lo Stato italiano ad una situazione di inadempienza e di responsabilità per violazione degli impegni assunti in sede comunitaria

[23] Secondo l'efficace espressione suggerita da ARRIGO, 1998, 66-67.

fatto che sia qui stabilito, a mo' di effetto di questo contratto commerciale, che «*Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*» (art. 20, comma 2).

In altri termini, piuttosto che individuare gli elementi costituivi della fattispecie, il legislatore descrive la prestazione di una delle parti contraenti (il somministratore di manodopera) e le sue caratteristiche professionali di soggetto autorizzato nonché, in seconda battuta, gli effetti che dalla prestazione derivano in capo ai terzi-lavoratori.

Sul punto, tuttavia, in ausilio al legislatore delegato soccorre la nozione del contratto di somministrazione di cui all'art. 1559 c.c. e, quindi, la sua strutturazione quale contratto di scambio tra prestazioni periodiche o continuative regolato dalle molteplici clausole che ne costituiscono la rete della disciplina legale (tra le quali, ad es., quelle in tema di esclusiva e di recesso). Si tratta di disposizioni in buona parte applicabile alla fornitura professionale di lavoro (v. oltre) secondo un processo che, peraltro, trova un rilevante antecedente nella somministrazione di servizi "personali", caratterizzata dalla fornitura continuata (non di beni, ma) di attività e prestazioni professionali[24].

Ne discende, allora, che se l'obbligazione del debitore della fornitura di lavoro della l. 196/1997 consisteva e si esauriva nella *messa a disposizione* di lavoratori[25], quella del somministratore del Decreto sembra essere più pregnante (o forse solo meglio definibile) grazie al rinvio al contratto tipico dell'art. 1559 c.c. in quanto consiste nell'assicurare (non la disponibilità a prestare, ma) la effettiva prestazione dei lavoratori somministrati[26].

### 2.1 La somministrazione professionale a tempo indeterminato.

Come si è già anticipato, la somministrazione di lavoro può essere anzitutto a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*) configurandosi quale contratto commerciale mercé il quale una agenzia c.d. «generalista»[27] ovvero «specializzata»[28] si obbliga dietro corrispettivo a fornire continuativa-

---

[24] V. BOCCHINI, 2000, 1106.

[25] *Ex* art. 1, comma 1, L. 196/1997. Sul significato di questa obbligazione v. ROMEI, 1999b, 112 ss., nonché MARESCA, CIUCCIOVINO, 2000, 183-184. Ma v. nota successiva.

[26] Sul punto, v. TIRABOSCHI, 1999, 319 ss., il quale già con riferimento alla l. 196/1997 aveva inquadrato la fattispecie della fornitura di lavoro nella somministrazione di energie lavorative (p. 300) traendone conseguenze sistematiche ed effetti regolativi; ma *adde*, MAGNANI, 1998, 1190, per l'affermazione che oggetto dell'obbligo del contratto di cui all'art. 1, L. 196/1997, era la fornitura di prestazioni di lavoro e non di una mera disponibilità all'esecuzione dell'attività lavorativa.

[27] Quella agenzia, cioè, abilitata a svolgere «*tutte le attività di cui al successivo articolo 20*» (art. 4, lett. a) e quindi ad effettuare la somministrazione a tempo determinato e quella a tempo indeterminato in tutte le ipotesi legali e contrattuali previste dall'art. 20 del decreto (v. oltre nel testo). L'attributo di generalista si spiega inoltre per il fatto che con l'iscrizione nell'albo nazionale, l'agenzia abilitata a svolgere tutte le attività di somministrazione a tempo determinato e indeterminato è altresì automaticamente legittimata (e iscritta nelle relative sezioni dell'albo) a svolgere le attività di intermediazione (art. 4.1, lett. c), di ricerca e selezione del personale (art. 4.1, lett. d), di supporto alla ricollocazione del personale (art. 4.1, lett. e). Per ulteriori e più analitiche indicazioni si veda il contributo di GAROFALO D., 2004, par.fo 7.

[28] Agenzia definita «*di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*», abilitata a «*svolgere esclusivamente una delle attività specifiche di cui all'art. 20, comma 3, lettere da a) a h)*», con esclusione quindi dei casi di somministrazione di cui alla lettera i), introdotti cioè dai contratti collettivi (v. oltre).

mente ad un utilizzatore (imprenditore e non) prestatori di lavoro da destinare all'esclusivo svolgimento delle attività e dei servizi elencati e tipizzati dall'art. 20, comma 3. Alcuni di questi[29] sono espressione dei fenomeni tradizionali di segmentazione dell'impresa e risultano, non certo casualmente, come la trasposizione (quasi alla lettera) delle ipotesi di appalti "interni" elencate negli artt. 3 e 5, lettere da a) a g), della l. 1369/60.

In tal modo, risulta quasi palpabile il trapasso da un sistema fondato sul principio generale del divieto di interposizione, nel quale il legislatore aveva avvertito la necessità di menzionare e, così, tipizzare taluni *appalti di servizi* nei quali l'apporto di mezzi e di organizzazione dell'appaltatore era non poco dubbio[30], ad un sistema che, abrogato il divieto, mette in concorrenza (v. par.fo 1) i contratti commerciali di somministrazione di manodopera e di appalto (anche) ai fini della esecuzione di servizi e di attività da sempre esternalizzati dalle imprese.

Peraltro, va subito segnalato che a questo effetto se ne accompagna un altro, implicito ma di grande rilevanza (non solo sistematica): l'abbassamento degli *standard* minimi di trattamento dei dipendenti di tutti gli appaltatori titolari di contratti già qualificati (o qualificabili) come "*appalti interni*" (*ex* art. 3 L. 1369/60)[31] per effetto dell'abrogazione del precetto di parità di trattamento nonché del principio di responsabilità solidale illimitata tra appaltante e appaltatore in ordine ai trattamenti retributivi, assicurativi e previdenziali dei dipendenti di quest'ultimo.

Sicché l'attivazione di un sistema di concorrenza commerciale tra agenzie di somministrazione e imprese appaltatrici per lo svolgimento di servizi e attività per le imprese (e non) appartenenti al loro "normale" ciclo produttivo, si accompagna ad un riposizionamento dei margini positivi di transazione per gli appaltatori a scapito dei trattamenti economici e delle garanzie dei loro dipendenti (v oltre). In altri termini, il Decreto mette in concorrenza la somministrazione con l'appalto al fine di ottenere un "*significativo innalzamento delle tutele dei lavoratori*"[32], ma nello stesso tempo rende meno oneroso ricorrere a quest'ultimo strumento in quanto elimina l'obbligo della parità di trattamento e della più ampia responsabilità solidale[33]. In definitiva, si introduce uno strumento nuovo (lo *staff leasing*) per far concorrenza ad uno strumento vecchio e meno garantista di esternalizzazione (l'appalto di servizi), depotenziando immediatamente questa operazione con un'iniezione rinvigorente dell'appetibilità economica degli appalti. Per di più in un quadro di deciso ampliamento della loro fruibilità giuridica grazie ad una nuova e più agibile nozione legale di appalto (v. oltre par. 7.).

---

[29] Quali: servizi di pulizia, custodia e portineria; trasporti da e per lo stabilimento; costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti ovvero installazione o smontaggio di impianti e macchinari; attività produttive, specie edilizia e cantieristica, che richiedano fasi di lavorazione con impiego di manodopera specializzata diversa da quella normalmente impiegata nell'impresa.

[30] Tanto da indurre alcuni Autori a leggere nelle ipotesi elencate dall'art. 5 della L. 1369/60, altrettante eccezioni al divieto di interposizione dell'art. 1 della l. 1369/60: v. oltre.

[31] Inclusi gli appalti per servizi di facchinaggio, pulizia e manutenzione ordinaria degli impianti nonché quelli concessi dalle imprese esercenti pubblici servizi (*ex* art. 3, commi 1 e 2, l. 1369/60), con esclusione, ovviamente, degli appalti elencati dall'art. 5 della l. 1369/60 già sottratti ai principi della parità di trattamento e della solidarietà di cui all'art. 3 della legge.

[32] Così, ancora TIRABOSCHI, 2003, 68, in linea peraltro con l'art. 1, comma 1, del Decreto il quale afferma che le disposizioni emanate, oltre ad essere finalizzate ad aumentare il tasso di occupazione, mirano a promuovere «*la qualità e la stabilità del lavoro*».

[33] Ovviamente il riferimento è a tutti gli appalti diversi da quelli elencati dall'art. 5 della l. 1369/1960 e, quindi, a tutte le nuove causali introdotte dalla somministrazione a tempo indeterminato che certamente sarebbero rientrate nella nozione di appalti *interni* dell'art. 3 della l. 1369/1960.

Questa conclusione, peraltro, vale anche per la gran parte degli ulteriori casi di somministrazione a tempo indeterminato elencati nel comma 3 dell'art. 20 del Decreto i quali, oltre ad includere ipotesi capaci di assorbire per intero il complesso dell'attività di talune aziende (*call center*, biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini) ovvero delle nuove imprese in fase di avvio nelle aree Obiettivo 1 (*ex* Regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio del 21.6.1999), concernono non pochi dei servizi strategici delle imprese già oggetto di esternalizzazione (da quelli di consulenza e assistenza nel settore informatico a quelli di economato; dalla consulenza direzionale alla ricerca, selezione e gestione del personale; dalla programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento alla assistenza alla certificazione; dall'attività di marketing e analisi di mercato alla organizzazione della funzione commerciale) intorno alle quali si era coagulato il dibattito sulla crisi e sui punti di fuga del divieto di interposizione[34].

A questi casi vanno poi aggiunti (lett. i) quegli altri (eventualmente) previsti dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e lavoratori comparativamente più rappresentative.

Con la precisazione che in questi casi il contratto di somministrazione a tempo indeterminato può essere concluso solo da una agenzia «generalista», stante la preclusione stabilita dall'art. 5, comma 3, del Decreto per le agenzie specializzate; preclusione forse legata al fatto che si tratta di una casistica eventuale, variabile nel tempo[35] e nello spazio[36], e quindi inidonea a costituire l'attività tipica di una agenzia specializzata.

Il rinvio alla contrattazione collettiva, che -secondo lo schema standard del Decreto- formalizza la sottoscrizione di contratti *separati* secondo un principio di concorrenza tra i soggetti collettivi[37], assume un evidente ruolo marginale e residuale dopo la lunga e pregnante serie di casi di somministrazione a tempo indeterminato assicurati direttamente dalla legge. Esso si segnala anche perché abilita ad introdurre specifici casi il livello negoziale nazionale e quello decentrato, inclusivo di tutte le possibili articolazioni territoriali (interregionale, regionale, provinciale, distrettuale, metropolitana), ma non di quella aziendale.

Si tratta di una scelta che è stata valutata positivamente[38], ma che apre non pochi interrogativi ove se ne ipotizzi l'effettiva attuazione. Posto, infatti, che il contratto collettivo è solo la fonte di regolazione della fattispecie, non si può escludere che i casi introdotti in una certa area (in ipotesi, regionale) abilitino ad es. le agenzie di somministrazione di quel territorio a stipulare contratti di somministrazione che, però, potrebbero riguardare utilizzatori con imprese ubicate in altre zone del paese, innescando così processi di concorrenza tra territori dagli sviluppi imprevedibili.

In ogni caso, va sottolineato come alla abilitazione di diversi livelli contrattuali ai fini dell'introduzione di nuovi casi di somministrazione a tempo indeterminato, faccia riscontro il restringimento della legittimazione alla sola sede nazionale quando si tratta di apportare limitazioni quantitative

---

[34] Cfr., v. per tutti, ICHINO, 2000a, 3 ss.; BONARDI, 2001; DE LUCA TAMAJO, 2001, 9 ss.; DEL PUNTA, 2002, 297; RICCI, 2003, 351 ss.

[35] In quanto legata alla durata del contratto collettivo e alle decisioni in proposito adottate dalle parti sociali in occasione dei rinnovi contrattuali.

[36] In quanto individuata da contratti collettivi applicati solo in un certo territorio.

[37] Cfr. CURZIO, 2004, 14.

[38] DEL PUNTA, 2003, 79, il quale, con riferimento alla formula già presente nella legge-delega, ritiene che il rinvio al contratto territoriale recepisce e cerca di incentivare le tendenze al decentramento del sistema contrattuale in sintonia con il decentramento "federalista".

(«*anche in misura non uniforme*») alla utilizzazione della somministrazione, questa volta a tempo determinato (art. 20, comma 4, del Decreto).

Sembra quasi che la contrattazione collettiva venga incentivata o, viceversa, disincentivata a seconda che sia finalizzata ad allargare ovvero a restringere l'utilizzazione della somministrazione.

### 2.2 La somministrazione professionale a tempo determinato.

Il contratto commerciale di somministrazione a termine, a differenza dello *staff leasing*, non è ancorato a causali elencate e tipizzate dal legislatore (eventualmente estensibili dalla contrattazione collettiva), ma risulta legittimamente stipulabile in presenza di «*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore*» (art. 20, comma 3).

Com'è evidente, è grande la distanza rispetto alla fornitura di lavoro regolata dalla l. 196/97 -che pure ne costituisce l'antecedente- giacché si passa da prestazioni fornite per il soddisfacimento di *esigenze di carattere temporaneo* ad una somministrazione di lavoro causalmente fondata su clausole generali, idonee a soddisfare qualsiasi esigenza dell'impresa[39].

Ne consegue, il venir meno della contrattazione collettiva quale fonte abilitata dalla legge ad individuare, integrando le due ipotesi legali[40], i casi di legittima conclusione del contratto di fornitura, nonché quelli vietati a causa del contenuto delle mansioni (specie quando pericolose per la sicurezza del lavoratore o dei terzi)[41]. Nella nuova somministrazione a termine ai contratti collettivi nazionali (stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi) è riservata esclusivamente la facoltà di introdurre «*limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato*»[42], nel rispetto però delle esenzioni stabilite dall'art. 10 del D. lgs. 368/01 in materia di limiti quantitativi alla stipulazione di contratti a tempo determinato, che il Decreto espressamente richiama[43].

---

[39] Sull'indeterminata ampiezza della clausola in questione, già formulata nella legge delega (seppure con altra valenza: v. infra), CARINCI, 2002, 25; cfr., PINTO, VOZA, 2002, 477.

[40] E cioè la sostituzione di lavoratori assenti e la temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi dell'impresa, già previste dall'art. 1, comma 2, l. n. 196/97.

[41] Sul punto, che ingenera seri dubbi di legittimità costituzionale, v. il par.fo 2.4.

[42] Analoga facoltà non è espressamente prevista in relazione alla somministrazione a tempo indeterminato e, tuttavia, il principio costituzionale di libertà di azione sindacale in uno con la insussistenza in materia di una riserva di legge, consentono di concludere per la piena legittimità di eventuali contratti collettivi che introducessero limiti quantitativi alla utilizzazione dello *staff leasing*.

[43] L'introduzione di limiti quantitativi non è consentita: nella fase di avvio di nuove attività per i periodi definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro, anche in misura non uniforme, con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici; per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525; per l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno; per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi. A tali ipotesi devono aggiungersi le somministrazioni stipulate a conclusione di un periodo di tirocinio o di *stage*, ovvero quelle stipulate con lavoratori di età superiore ai cinquantacinque anni, o conclusi quando l'assunzione abbia luogo per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale e, infine i contratti di somministrazione a tempo determinato non rientranti nelle precedenti tipologie, di durata non superiore ai sette mesi, compresa la eventuale proroga, ovvero non superiore alla maggiore durata definita dalla contrattazione collettiva con riferimento a situazioni di difficoltà occupazionale per specifiche aree geografiche. Con riferimento alla disciplina dell'art. 10 del d. lgs. 368/2001, VALLEBONA, PISANI, 2001, 42, nel sostenere l'ampia fruibilità del contratto a termine in quanto oramai sganciato da ogni requisito di temporaneità causale (v. oltre testo e note per la discussione sul punto), hanno però affermato -tesi di grande

E con questo rinvio espresso prende definitivamente corpo l'evidente ispirazione della disciplina della somministrazione a termine alla regolamentazione del contratto a tempo determinato, dal quale viene anzitutto mutuato, come si è visto, il rinvio alle causali generali che, tuttavia, non si limita alla semplice riproposizione della formula dell'art. 1, comma 1, d. lgs. 368/2001. La specificazione contenuta nell'inciso dell'art. 20, comma 3, del Decreto consente infatti di riferire le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo alla «*ordinaria attività dell'utilizzatore*», così troncando di netto l'affannoso dibattito in corso sulla temporaneità o meno delle causali legittimanti la conclusione di un contratto a termine[44].

In altri termini, il nostro legislatore delegato, memore delle incertezze provocate dalla formula utilizzata nel modello normativo di riferimento, si è preoccupato di specificare che la temporaneità del contratto di somministrazione non è conseguente alla (*alias*, giustificata dalla) temporaneità dell'attività che l'utilizzatore intende svolgere attraverso la fornitura di lavoro[45], bensì è frutto di una scelta ancorata a parametri diversi, seppure oggettivi[46], riconducibili ad ogni possibile esigenza rientrante nella sfera tecnico-produttiva ovvero organizzativo-sostitutiva dell'attività (imprenditoriale e non) dell'utilizzatore.

Il *causalone* (secondo l'espressione gergale che pare invalsa per definire riassuntivamente le clausole generali in esame[47]) consente allora di utilizzare questo nuovo strumento di esternalizzazione a fronte di qualsiasi motivazione, occasione, bisogno ecc. [48], riferibile all'attività dell'utilizzatore. Sicché, proprio in considerazione di tale indeterminata ampiezza, è possibile riconoscere nella somministrazione a termine una tendenziale natura "*acausale*", nel senso di essere svincolata da esigenze tipiche e precostituite -in funzione limitativa- dalla legge, coincidendo quelle indicate nel comma 3 dell'art. 20 con ognuna delle infinite ragioni *non arbitrarie né illecite*[49] ispirate all'interesse d'impresa e alla libera interpretazione che dello stesso ne dà l'imprenditore[50].

---

interesse ma rimasta isolata- che l'introduzione dei limiti quantitativi, quale unico vero limite all'accesso al contratto a tempo determinato, ad opera della contrattazione collettiva costituisce una vera e propria condizione legale per la sottoscrizione dei contratti individuali di lavoro a termine.

[44] Per un recente riepilogo del dibattito v. RICCARDI, 2003, 51 ss.

[45] Cfr. TIRABOSCHI, 2003, 70.

[46] Cfr., con riferimento al contratto a termine, SANTORO PASSARELLI G., 2002, 178-180.

[47] Ma v. sul punto SPEZIALE, 2003, 420, il quale riconduce la clausola del d. lgs. 368/2001 (piuttosto che alle clausole generali) alle categorie riassuntive risalenti all'insegnamento di MENGONI, 1986, 9.

[48] Cfr. PINTO, 2003. Per la "*totale libertà*" nella stipulazione del contratto a termine quale effetto delle clausole generali di giustificazione di cui all'art. 1.1, d. lgs. 368/2001 (intese ovviamente come svincolate dal requisito della temporaneità), CARABELLI, 2001, 2; per una decisa critica alla acausalità del contratto a termine condotta alla stregua della necessaria temporaneità delle causali giustificative di cui all'art. 1.1 d. lgs. 368/01, SPEZIALE, 2003, 440/441; SALVATORI, 2002, 31 ss. Ma sul punto v. oltre nel testo.

[49] Secondo le espressioni di VALLEBONA, PISANI, 2001, 26, ancora una volta con riferimento alle clausole generali di cui all'art.1.1 d. lgs. 368/2001.

[50] In proposito, è significativa la circostanza che, contrastato il requisito della temporaneità quale chiave di lettura delle clausole generali di cui all'art. 1.1 d. lgs. 368/2001, sono risultati sostanzialmente vani i tentativi di delimitare in termini causali l'ambito di applicazione delle clausole generali: v. ad es. TIRABOSCHI, 2002, 104, il quale argomenta che "*Il contratto a termine 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 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*".

E che questo sia il senso e la portata del «causalone» è ulteriormente sottolineato dal legislatore nell'art. 27, comma 3. Qui si prescrive che il controllo giudiziale è limitato esclusivamente («*in conformità ai principi generali dell'ordinamento*») all'esistenza delle ragioni che giustificano la somministrazione «*e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito le valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore*».

Manca il riferimento alle ragioni di carattere *sostitutivo*[51]. Ma questo evidentemente non significa che in tal caso il giudice possa sindacare nel merito le scelte dell'impresa. Semmai tale -scontata- conclusione testimonia della sostanziale inutilità regolativa della norma[52] che sembra, piuttosto, una sorta di memento dal sapore vagamente ideologico.

Infatti, dichiarare che il controllo giudiziale è ammesso nei limiti dell'accertamento della veridicità, della effettività delle ragioni addotte per "giustificare" la somministrazione altro non significa che rimanere sul piano della rispondenza formale del negozio al paradigma legale che vuole nel contratto di somministrazione espressamente indicate "*le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*" (art. 20, comma 4), senza alcuna possibilità di spingere il controllo alla ragionevolezza ovvero alla meritevolezza delle valutazione o delle scelte.

In altri e definitivi termini, il controllo giudiziale e il relativo meccanismo sanzionatorio vengono relegati all'esclusivo ruolo di garanti, in primo luogo, della puntualità e della specificità della motivazione del contratto (che non potrà evidentemente richiamarsi genericamente alla sussistenza di ragioni tecniche, organizzative o produttive) e, quindi, della corrispondenza formale tra quanto dichiarato e quanto effettivamente esistente, in ossequio ad un principio di *trasparenza* implicato nell'obbligo di motivazione[53].

Il tutto con espressa rinuncia ad una verifica (seppure a partire dalla *voluntas* dichiarata dall'utilizzatore) in termini di rapporto di causalità tra la ragione dichiarata e accertata e il contratto di somministrazione concluso. Infatti, un rapporto di causa-effetto nella specie non è astrattamente ravvisabile né in termini automatici né in termini di consequenzialità necessaria, in quanto la ragione in ipotesi addotta dall'impresa (es. scelta di procedere ad una riorganizzazione, ad un incremento di produzione ecc.) potrebbe giustificare non solo l'adozione di un contratto di somministrazione a termine ovvero a tempo indeterminato, ma anche altre soluzioni esterne (dall'appalto all'acquisto dei beni, alla fusione con altra impresa ecc.), piuttosto che interne, all'organizzazione dell'impresa.

---

[51] Va rimarcato come il riferimento alle ragioni sostitutive che *giustificano* (non un contratto di lavoro subordinato, ma) un contratto commerciale come la somministrazione risulta del tutto ultronea. Le carenze di organico, infatti, quale che ne sia il motivo (salvo i casi espressamente vietati dall'art. 20, comma 5, del Decreto), determinano sempre una esigenza organizzativa e/o produttiva che abilita l'impresa a soddisfarla attraverso uno qualsiasi dei contratti commerciali di cui può disporre: appalto, acquisto di semilavorati, somministrazione di lavoro ecc. Qui si intravede, in altri termini, l'impropria sovrapposizione di tematiche e regolazioni che hanno un senso nella disciplina inderogabile del lavoro, con le questioni -del tutto diverse- che si pongono con riferimento alla disciplina dei contratti commerciali tra imprese. Ma sul punto v. oltre

[52] Non a caso, proprio con riferimento alla disciplina-modello del D. lgs. 368/2001, scontato a monte il contrasto in ordine alla natura temporanea o meno del contratto a termine, non si è dubitato della impossibilità per il giudice di scendere nel merito delle scelte (fondate sulle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive) esplicitate dal datore di lavoro sindacando sulla opportunità/inevitabilità della conclusione di un contratto a termine: cfr. CARABELLI 2001, 2-3; VALLEBONA, 2002, 62; TIRABOSCHI, 2002, 99.

[53] Cfr. CARABELLI, 2001, 4. Sostiene, invece, che un obbligo di motivazione non avrebbe senso in presenza di una libertà di scelta del datore di lavoro (sempre con riferimento alla norma-modello del contratto a termine) SPEZIALE, 2003, 440-441. Si tratta tuttavia di una posizione estrema che sottovaluta fino ad annullare gli effetti giuridici in termini di auto-limitazione che derivano dall'obbligo di motivazione nonché i controlli conseguenti alla specificazione (tra tutte quelle astrattamente ascrivibili alle clausole generali) della concreta ragione della libera scelta contrattuale.

Questi rilievi mettono in risalto quella che appare come una sorta di diffrazione concettuale indotta dalla (dichiarata) adozione, come modello normativo, del contratto a termine del d. lgs. 368/2001. Se, infatti, quel modello è costruito ed inserito in un più ampio e complesso sistema normativo retto da pesi e contrappesi espressione dei diritti fondamentali coinvolti nella prestazione di lavoro, è evidente che la sua traslazione entro un contratto commerciale produce gli effetti stranianti che si dicevano. Una cosa è, infatti, discutere di limiti causali (e non) alla stipulazione di un contratto di lavoro a termine che deve confrontarsi con un assetto, anzitutto costituzionale, a tutela della stabilità dell'occupazione del lavoratore e di un altro grappolo di diritti della persona; altra cosa è discutere degli stessi limiti riferiti, questa volta, alla stipulazione di un contratto tra imprese (com'è la somministrazione di lavoro), che si inserisce entro un sistema di rapporti tra soggetti paritari governati dalla regole proprie delle istituzioni economiche, a cominciare dalla libertà dell'art. 41 cost.

### 2.3 Le due somministrazioni a confronto: conflitto funzionale e questioni di costituzionalità

La libertà offerta alla somministrazione a termine, una libertà senza altri confini che quelli conseguenti alla libera autodefinzione delle esigenze e delle ragioni dell'impresa, costruita (al pari di quella della libera determinazione del livello occupazionale) in termini tali da introdurre limitazioni solo formali e *conseguenti* alle scelte dell'impresa, sembra tuttavia andare in una direzione sbagliata, forse illegittima e, comunque, diversa da quella delle legislazioni degli altri paesi europei (che pure l'avrebbero ispirata).

A tal fine, di grande interesse è l'approfondita riflessione di quella dottrina[54] che, dall'analisi comparata della legislazione dei maggiori partner europei, ha tratto motivo per sostenere che il regime dei limiti al ricorso della fornitura di lavoro temporaneo manifesta delle costanti (con la sola eccezione dell'Inghilterra). Invero, lì dove (come in Germania) si riscontra un'ampia libertà causale nell'accesso al lavoro interinale, operano precisi limiti di durata alla fornitura che, invece, sono più blandi o del tutto assenti quando (come in Francia o in Spagna e, fino a poco tempo fa, in Italia) valgono causali delimitate e tipizzate.

Ebbene, come si è visto, il nostro legislatore si è mosso diversamente, cumulando un'ampia libertà causale con una illimitata durata temporale della somministrazione *a termine* che non ha tetti, né di tempo né di proroghe.

Ne esce un quadro normativo preoccupante, perché consente una profonda destrutturazione dell'organizzazione produttiva promuovendo in termini illimitati quel processo -già segnalato- di *«contrattualizzazione» dell'impresa* che potrà certamente affidare all'esterno anche le parti fondamentali del proprio ciclo produttivo.

In questa direzione di «stabile» fluidificazione dei confini dell'impresa, di perdita di consistenza materiale della struttura produttiva, di negazione della *necessità giuridica di coagularsi dell'organizzazione*, si muovono certamente alcuni dei casi di fornitura di lavoro a tempo indeterminato (v. sopra) in relazione ai quali la *specializzazione* dell'agenzia non è limitata a fasi produttive o a particolari servizi, ma investe l'impresa nella sua totalità, consentendo così una completa esternalizzazione dell'attività ad essa formalmente imputabile.

---

[54] CARABELLI, 1999, 67 ss e 91; PERULLI, 2003a, 76-81.

Tuttavia, nella medesima direzione, addirittura in termini più marcati e decisi, si muove la regolamentazione legale della somministrazione a tempo determinato che, alla possibilità di investire qualsiasi fase produttiva o servizio aziendale ovvero di riguardare una parte o la totalità dell'impresa, aggiunge una predeterminazione temporale che -proprio per il fatto di essere connessa a causali di *ordinaria* attività dell'impresa- si risolve nella mera necessità formale di indicare un termine finale il quale, oltre a poter essere indefinitamente lungo (ad es. 30 anni, salvo opportuna disdetta che le parti possono liberamente pattuire), è sempre suscettibile di essere prorogato.

A dirla tutta, anzi, si ha l'impressione che l'amplissima libertà di azione dell'agenzia "generalista" nell'utilizzazione della somministrazione a tempo determinato rischi di provocare un vero e proprio corto circuito nel sistema poiché è capace di mandare in *tilt* la fornitura a tempo indeterminato che, nel confronto, perde molte delle sue attrattive. Fatte salve, forse, le agenzie altamente specializzate e quelle operanti a livello territoriale, tutte le altre saranno spinte ad operare sotto la veste di agenzia abilitata a svolgere (anche) la somministrazione a tempo determinato, che offre la libertà di azione di cui si è detto e una illimitata area di intervento. Il tutto a costi decisamente convenienti (v. art. 5, comma 2, del Decreto) rispetto a quelli che devono sostenere le agenzie specializzate e perciò abilitate a somministrazioni a tempo indeterminato per singole causali, ognuna delle quali comporta (ex art. 5, comma 3, del decreto) un onere finanziario tale che l'abilitazione a svolgere *due* delle attività elencate dall'art. 20, comma 3 (lettere da *a* a *h*) supera già quello necessario ad ottenere l'abilitazione come agenzia generalista.

Tuttavia, al di là della tenuta interna del sistema così congegnato, resta il quadro preoccupante di cui si è detto. Certo, in proposito sono note le diverse valutazioni di chi guarda il fenomeno da un altro punto di vista e obietta che l'agenzia di somministrazione può diventare un soggetto che dà maggiore sicurezza non solo di solvenza economica, ma anche di continuità occupazionale, perché opera in un mercato che sopravanza quello della singola impresa, alle cui sorti sono legati mani e piedi i dipendenti. Si può garantire più efficacemente la continuità occupazionale somministrando lavoratori per lo svolgimento di specifici servizi o fasi a diverse imprese, piuttosto che puntando il destino lavorativo su di un unico soggetto economico.

Si tratta di obiezioni rilevanti, alle quali oggi possono essere date le risposte fornite dal preciso quadro normativo definito dal d. lgs. n. 276/2003.

E qui si constata, in primo luogo, che la normativa italiana si è spinta molto oltre, consentendo fenomeni di destrutturazione che vanno decisamente al di là del sostegno a processi di alta specializzazione produttiva e che, in prospettiva, sono in grado di mettere in crisi lo stesso principio di parità di trattamento, baluardo di contenimento al ricorso indiscriminato alla somministrazione, che rischia di crollare per ... mancanza di dipendenti comparabili dell'utilizzatore.

In secondo luogo, la possibilità di un uso indiscriminato della somministrazione mette (ancor più) in primo piano il fatto che il lavoratore alle dipendenze dall'agenzia è un soggetto particolarmente debole, anzitutto perché assunto -nella quasi totalità dei casi- con contratto a termine per causali "automaticamente" giustificate dalle esigenze (liberamente determinate: v. sopra) del contratto commerciale tra fornitore e utilizzatore. Ma debole anche perché, non essendo assunto per lavorare e strutturarsi nell'organizzazione del proprio datore di lavoro, si trova ad essere esposto, senza possibilità di reazione, agli effetti delle decisioni adottate con riferimento al contratto commerciale: una modificazione dell'oggetto della fornitura presso l'azienda in cui si è in missione; il

richiamo da una missione per essere inviato in un'altra impresa[55] (magari in luogo più difficile da raggiungere, più lontano ecc.) sono alcune delle tante modalità di aggiramento/annullamento dei diritti dei lavoratori.

Una volta che la prestazione di lavoro è divenuta "oggetto" del contratto di somministrazione, tutti i diritti e le tutele costruiti dall'ordinamento giuslavoristico sono filtrati attraverso il ruolo che un soggetto, l'utilizzatore, assume ed esercita non in qualità di datore di lavoro, ma quale parte del contratto commerciale stipulato con l'agenzia, con la conseguenza che l'effettività di quei diritti e tutele deve concretamente misurarsi con la libertà propria di questo contratto.

In definitiva, la sfera protettiva costruita dalla legge attorno alla persona del lavoratore subordinato è esposta non direttamente e visibilmente all'esercizio dei poteri del datore di lavoro bensì a prerogative imprenditoriali che operano ad un livello non attingibile né controllabile dalle norme lavoristiche, lì dove si esercita la libertà dell'impresa utilizzatrice (magari in "sintonia" con l'esercizio della uguale libertà dell'impresa somministratrice) che consente di adottare decisioni capaci di travolgere il lavoratore, le sue condizioni di lavoro e in ultimo il suo contratto.

Ma al di là di questi motivi di preoccupazione, indotti da un regime della fornitura di lavoro a maglie larghissime, va rilevato che la clausola della somministrazione a tempo determinato -motivo di non pochi dei rilievi critici sin qui avanzati- è affetta da un evidente eccesso di delega e risulta, quindi, palesemente incostituzionale ai sensi dell'art. 76 cost.

In proposito, il mandato assegnato dal Parlamento al Governo era quello di introdurre una nuova disciplina basata, tra gli altri, sul criterio direttivo consistente nella «*ammissibilità della somministrazione di manodopera, anche a tempo indeterminato, in presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo, individuate dalla legge o dai contratti collettivi nazionali o territoriali*» (art. 1, comma 2, lettera m), n. 2, l. 30/2003).

In altri termini il legislatore delegante ha prioritariamente delimitato un ambito oggettivo di riferimento (le ragioni tecniche, produttive o organizzative) entro il quale il delegato è stato incarico di procedere, direttamente o a mezzo rinvio ai contratti collettivi, ad individuare le concrete condizioni di ammissibilità della somministrazione di manodopera. Con la precisazione che, seppure non espressamente nominata, la somministrazione a tempo determinato è probabilmente inclusa nella formulazione della delega in quanto implicitamente richiamata dalla congiunzione *anche* che, associata alla somministrazione a tempo indeterminato, non può che evocare quella a tempo determinato[56].

Del resto, la regolamentazione *ex novo* della (non espressamente menzionata) somministrazione a termine non può che essere ricondotta a *quella* delega.

---

[55] Come si vedrà più avanti, non è stata riproposta la previsione dell'art. 3, comma 4, seconda parte, l. 196/97 lì dove riconosceva il «*diritto*» del lavoratore «*di prestare l'opera lavorativa per l'intero periodo di assegnazione, salvo il caso del mancato superamento della prova o della sopravvenienza di una giusta causa di recesso*». Si tratta di un ridimensionamento secco delle posizioni giuridiche attive del lavoratore e, in termini correlati, di un implicito incremento del potere direttivo del somministratore in capo al quale si consolida il *libero potere di richiamo* del lavoratore.

[56] Come si osserva nel testo, questa conclusione è probabile ma non certa in quanto la lettera della legge delega consente anche di pensare alla possibilità che il legislatore delegante, non menzionando la fornitura temporanea, volesse semplicemente aggiungere a questa (già regolamentata dalla L. 196/1997) la somministrazione a tempo indeterminato.

Ebbene, così stando le cose, è evidente che il legislatore delegato mentre ha fatto il suo mestiere individuando i casi di ammissibilità della somministrazione a tempo indeterminato, ha decisamente male operato in quella a termine, ripetendo e anzi allargando (alla sostituzione) le ragioni dettate dalla legge delega. Queste ultime, infatti, da delimitazione dell'ambito di determinazione delle cause *concrete* di ammissibilità della fornitura di lavoro, sono diventate esse stesse le generiche e indistinte ragioni di concreta fruibilità della somministrazione a tempo determinato.

È come se, in realtà, la delega non fosse stata esercitata, in quanto l'art. 20, comma 4, del Decreto ne ha semplicemente (ri)proposto la lettera, quasi che ci si trovasse di fronte ad una regolamentazione diretta e sufficiente a se stessa, piuttosto che ad una delega[57].

Ma in questo modo sono stati pesantemente traditi lo spirito e la lettera della legge n. 30/2003 nella quale la somministrazione (a tempo determinato e indeterminato) doveva essere un contratto fondato su causali tipizzate e selettive, idonee cioè a prestabilire in quali specifici casi e per quali concrete ragioni l'impresa utilizzatrice fosse legittimata a farsi fornire forza lavoro, piuttosto che assumerla direttamente. Così non è per il contratto di somministrazione a tempo determinato, vero e proprio *free rider* del sistema.

### 2.4 Settori ammessi e ipotesi vietate.

La disciplina della somministrazione di lavoro e, specificamente, la previsione delle sue "condizioni di liceità" (secondo la rubrica dell'art. 20 del decreto) si completa con l'individuazione dei settori produttivi ammessi e dei casi vietati, tra i quali si segnalano, rispetto alla disciplina previgente, alcune novità e molte altre conferme.

Un primo elemento di novità è dato dall'espressa possibilità di ricorrere alla somministrazione sia in agricoltura sia in edilizia, settori nei quali la fornitura di lavoro della L. n. 196/1997 era ammessa solo "*in via sperimentale previa intesa tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*" (art. 1, comma 3) [58].

Un secondo aspetto di rilievo concerne le pubbliche amministrazioni che l'art. 6 della legge delega

---

[57] Cfr. DEL PUNTA, 2003, 79, il quale, interpretando la delega, sostiene che essa impone di specificare le regioni giustificative, "*altrimenti la formula della delega sarebbe stata sufficiente a se stessa*".

[58] Va ricordato che le limitazioni in proposito previste dall'art. 1, co. 3°, L. n. 196/1997, sin dall'origine inapplicabili ai dirigenti, erano già state eliminate per gli impiegati di questi settori ad opera dell'art. 64, co. 1°, L. n. 488 del 1999 (*Legge finanziaria per il 2000*). Se a ciò si aggiunge che la maggior parte dei contratti collettivi stipulati nei due settori avevano da tempo provveduto all'introduzione della fornitura di lavoro temporaneo (v. per il settore agricoltura, ccnl cooperative e consorzi agricoli; impiegati – già prima dell'esclusione dalla limitazione; sistemazioni idraulico forestali; per il settore ediliza, ccnl edili artigiane; cooperative; industrie; PMI) e in alcuni casi, era stata perfino superata la fase sperimentale (v. ccnl agricoltura – operai e florovivaisti), se ne può dedurre che l'innovazione introdotta dal D. Lgs. n. 276 del 2003 non è di così rilevante impatto.
Peraltro, l'estensione così operata dal legislatore delegato è segnata dall'art. 23, co. 1° del Decreto che (con previsione aggiunta nell'ultima versione) stabilisce la vigenza e la salvezza delle clausole di cui ai contratti nazionali sperimentali previsti dal citato art.1, co. 3° della L. n. 196/97. Si tratta di una salvezza dalla portata tutt'altro che chiara perché sembra formulata in termini generali anche se inserita a ridosso della prescrizione sulla parità di trattamento**.** Sembrerebbe che il legislatore delegato si sia preoccupato di non caducare gli effetti di clausole derogatorie del principio di parità inserite nei suddetti contratti collettivi sperimentali. Tuttavia, in nessuno di tali contratti si rinvengono eccezioni all'operatività del principio di parità. Né pare che simile potere fosse concesso all'autonomia collettiva dal legislatore del 1997 (e certamente, l'autonomia collettiva non può spingersi fino al punto di derogare arbitrariamente ad una norma imperativa).

ha escluso dall'applicazione della riforma «*ove non siano espressamente richiamate*» [59]. Ebbene, mentre l'art. 1, comma 2, del Decreto conferma che «*non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e il loro personale*», diversamente dispone il successivo art. 86, contenente le disposizioni transitorie.

Qui, con una formula tutt'altro che lineare, si introduce una sorta di eccezione a detta esclusione stabilendosi che, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, «*la disciplina della somministrazione trova applicazione solo per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato*» (art. 86, comma 9), mentre resta esclusa la sanzione della trasformazione del rapporto di lavoro connessa alla somministrazione irregolare (art. 27, comma 1).

In proposito si è sostenuto che si tratta di un'eccezione che, stante l'abrogazione degli artt. 1-11 L. 196/97, mira a fare "*salvo il regime quo ante*" [60]. La rassicurante conclusione è tuttavia smentita dalle profonde differenze tra il (restrittivo) regime della fornitura di lavoro temporaneo e l'indubbio ampliamento del mercato della somministrazione di lavoro (anche) a tempo determinato (v. *supra*).

Introdotta l'eccezione, il comma 9 dell'art. 86 si cura di precisare che si applicano nei confronti delle pp.aa. le sanzioni amministrative di cui all'art. 19. Si tratta di una precisazione inutile e anzi fuorviante, perché non vengono richiamate le sanzioni penali previste dall'art. 18, nonché quelle per la somministrazione fraudolenta, che sono certamente applicabili anche quando soggetto attivo del reato sia la pubblica amministrazione.

La parziale inclusione delle pp.aa. nella disciplina della somministrazione (e non solo) è accompagnata dalla previsione dell'art. 86, comma 8, in base alla quale entro sei mesi dalla emanazione del Decreto, il Ministro della funzione pubblica convoca i sindacati maggiormente rappresentativi dei dipendenti della pubblica amministrazione per esaminare "*i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente decreto … anche ai fini della eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia*".

Si cerca in questo modo di porre riparo al *vulnus* di una legislazione che dichiaratamente e ingiustificatamente tradisce il processo di avvicinamento tra lavoro pubblico e privato.

Venendo, allora, all'individuazione dei casi in cui la somministrazione di lavoro è vietata, l'elencazione contenuta nell'art. 20, comma 5, del Decreto ripropone il costante riferimento del legislatore delegato alla struttura ed alle scelte regolative del d. lgs. 368/2001, mentre viene in parte -ma significativamente- manomesso il sistema dei divieti di fornitura di lavoro dell'art. 1, comma 4, L. 196/1997.

---

[59] Quali siano queste norme e sulla base di quali criteri la legge-delega non dice sicché anche qui si tratta di una vera e propria delega *in bianco*. Trova conferma ancora una volta la redazione a dir poco approssimata della legge n. 30/2003, nella quale il potere legislativo è stato affidato al Governo senza avere ben chiare le implicazioni che l'esercizio della delega avrebbe avuto su altre materie e istituti dell'ordinamento. Come in questo caso, nel quale l'estensione della somministrazione a tempo determinato alla P.A. si è resa necessaria in corso d'opera per effetto della decisione (del Governo) di abrogare gli artt. 1-11, della L. 196/1997 che avrebbero comportato la preclusione della possibilità di utilizzare la fornitura di manodopera in tutte le pubbliche amministrazioni: cfr. TIRABOSCHI, 2003, 66-67. Per l'affermazione della incostituzionalità della legge-delega nella parte in cui esclude il lavoro pubblico dal suo ambito di applicazione v. CARINCI, 2003, 16-17.

[60] TIRABOSCHI, 2003, 67.

Il contratto di somministrazione non è consentito nei casi (classici) di sostituzione di lavoratori in sciopero[61] e di mancata valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori da parte dell'impresa utilizzatrice[62].

Ancora vietata è la fornitura di lavoro presso unità produttive nelle quali si sia proceduto a licenziamenti collettivi nei sei mesi precedenti (i mesi erano dodici nella vecchia disciplina del lavoro temporaneo), ovvero presso le quali sia in atto una sospensione o riduzione di orario di lavoro con trattamento di integrazione salariale: in entrambe le ipotesi la limitazione concerne i soli lavoratori adibiti alle stesse mansioni oggetto del contratto di somministrazione[63]. Tuttavia, a differenza di quanto stabiliva la l. 196/1997, il divieto connesso a situazioni di crisi dell'unità produttiva può essere rimosso ad opera di non meglio precisati «*accordi sindacali*». La norma, anche per l'indeterminatezza dei soggetti abilitati ad introdurre la deroga, si presta a possibili elusioni e deve perciò essere interpretata e applicata in termini particolarmente stringenti. Peraltro, proprio il fatto che si parli di *accordi sindacali* nell'ambito di un contesto regolativo che richiama le procedure di cui agli artt. 4 e 24 della l. 223/1991, consente di ritenere che la deroga si riferisca proprio agli accordi *gestionali* previsti e disciplinati dai suddetti artt. 4 e 24, anche in ordine ai soggetti collettivi abilitati a sottoscriverli.

Non risultano invece riproposti (*alias*, sono risultati abrogati con l'abrogazione dell'intero art. 1 della l. 196/97) i divieti di fornitura di manodopera per lo svolgimento di attività lavorative pericolose[64].

Si tratta di una scelta decisamente censurabile in considerazione delle finalità di tutela perseguite dai divieti oggi abrogati che, peraltro, mostra di ignorare la grave incidenza degli incidenti sul lavoro proprio con riferimento ai lavoratori c.d. flessibili[65].

In ogni caso, come si è già avuto modo di osservare (v. par. 1.), si tratta di una abrogazione nella quale può ravvisarsi una violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega. È vero, infatti, che, l'art. 1, comma 2, lett. *o)*, della legge 30/2003 consente l'abrogazione di tutte le norme che, anche se non espressamente menzionate, siano (direttamente o indirettamente) incompatibili con il decreto attuativo della delega. Tuttavia, pare fin troppo ovvio che nessuna incompatibilità è nella specie ravvisabile tra le ulteriori ipotesi di divieto abrogate e il contratto di somministrazione.

## 3. La somministrazione non professionale: il distacco.

La *normalizzazione* dell'attività professionale di somministrazione di *mere* prestazioni di lavoro

---

[61] Art. 20, comma 5, lett. *a)*, del Decreto, formulato in termini identici sia all'art. 1, comma 4, lettera b), l. 196/1997, e all'art. 3, lettera a), d. lgs. 368/2001.

[62] Art. 20, comma 5, lettera c), del decreto, identico all'art. 3, lettera d), d. lgs. 368/2001. Va evidenziata una differenza formale nel testo corrispondente dell'art. 1, comma 4, lettera e), l. 196/1997, dove si faceva riferimento all'obbligo di dimostrare alla Direzione provinciale del lavoro la effettiva valutazione del rischio.

[63] Art. 20, comma 5, lett. *b)*, del Decreto, formulato in termini pressoché identici (salvo le differenze evidenziate nel testo: v. sopra) all'art. 1, lettere c) e d), l. 196/1997 e, in modo del tutto identico, all'art. 3, lett. *b)*, D. Lgs. n. 368 del 2001.

[64] Si tratta delle mansioni pericolose individuate dalla contrattazione collettiva, delle lavorazioni che richiedono sorveglianza medica ovvero dell'esecuzione dei lavori pericolosi individuati con decreto del Ministro del lavoro: art. 1, comma 4, lett. *a)* e *f)*, L. n. 196/1997.

[65] In generale sulla rilevanza nella fornitura di lavoro degli aspetti concernenti la sicurezza dei lavoratori v. BORTONE, 1999, 324-235.

ha reso inevitabile una espressa regolamentazione (anche) del distacco del lavoratore.

Certo, in questa direzione ha spinto anzitutto il *mandato* (qui come altrove) *in bianco* della l. n. 30/2003 con il quale il legislatore delegato è stato incaricato di *chiarificare* i criteri di distinzione tra appalto e interposizione illecita "*ridefinendo contestualmente i casi di comando e di distacco*"[66].

Tuttavia, si può ben dire che l'ancoraggio normativo di questa fattispecie generale di deviazione funzionale del contratto di lavoro a favore del terzo[67] è il precipitato logico-giuridico della tipizzazione nell'ordinamento della somministrazione di lavoro.

E che questo sia stato per il legislatore delegato lo stato necessitato delle cose lo si evince proprio dall'art. 30 del decreto. Infatti, l'attività del datore di lavoro che «*pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa*» (comma 1) rimanendo «*responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore*» (comma 2), è del tutto sovrapponibile a quella del somministratore a tempo determinato. E anche se a connotare ulteriormente il distacco vi è la precisazione che esso viene posto in essere dal datore di lavoro «*per soddisfare un proprio interesse*» (comma 1), l'impressionante impatto di quella sovrapposizione non viene meno, specie ove ci si soffermi a considerare che anche il somministratore ha un evidente interesse a fornire manodopera[68] (ma v.*infra*).

Del resto, a rafforzare queste considerazioni vi è l'opinione, maturata con riferimento alla fornitura di lavoro della l. 196/1997, secondo la quale la fattispecie che si configura nella messa a disposizione del lavoratore in favore dell'utilizzatore è proprio quella del distacco o comando[69] intesa come cessione non tanto della prestazione di lavoro quanto "*della stessa disponibilità del comportamento del lavoratore*"[70]. Posizione in qualche misura reciproca a quella secondo cui il comando costituiva una eccezione all'interposizione illecita, in quanto perimetrava una sorta di *zona franca* nell'area del divieto[71].

Preso atto, allora, degli stretti legami tra somministrazione di lavoro e distacco, con tutto ciò che ne consegue in termini di necessaria delimitazione delle due fattispecie, ad una prima analisi la nozione dell'art. 30 del Decreto sembra stabilire soltanto che il distacco esiste ed è legittimo ma non ancora, in termini espliciti e chiari, in che cosa si differenzia dalla somministrazione. In altri termini, non è esplicitamente ripetuta l'operazione di selezione degli elementi differenziali che il vicino art. 29 del Decreto compie con riferimento all'altra fattispecie capace di (seppure parziale) sovrapposizione con la somministrazione: l'appalto di servizi (v. par.fo 7.)

---

[66] Così l'art. 1, comma 2, lett m), n. 2, della legge delega. Come si vede la formula della norma richiedeva che l'intervento normativo riguardasse anche il comando e (correlativamente) gli elementi atti a distinguerlo dal distacco, ma sul punto il Decreto nulla dice. Non solo. La legge-delega lasciava inoltre intendere, sia pure nell'ampiezza sconfinata del mandato, che il legislatore delegato dovesse procedere ad una sorta di individuazione casistica delle ipotesi di comando e di quelle di distacco, ma -come si vedrà- l'art. 30 del decreto si muove in tutt'altra direzione.

[67] In proposito va evidenziato che il comma 4 dell'art. 30 del Decreto va comunque salva la diversa ipotesi di distacco disposto per ragioni legate alle crisi d'impresa (*ex* art. 8, comma 3, L. n. 236/1993) e, quindi, per finalità di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori: sulla *specialità* di questa ipotesi di distacco v. ESPOSITO, 2002, 59-60 e 163 ss.

[68] Non è un caso, del resto, che CARINCI, 2000, 184-185, abbia ritenuto il distacco irresolubilmente in contrasto con il divieto di interposizione di cui alla L. n. 1369/1960.

[69] Cfr. MISCIONE, 1997, 2073; RIGANÒ, 1997, 214; LANOTTE, 2000, 225.

[70] Così, MAGRINI, 1980, 62.

[71] DEL PUNTA, 1995, 645.

Certo, vi è la qualità soggettiva che contraddistingue il datore di lavoro *autorizzato* (*alias*, l'agenzia di somministrazione) ma questo elemento formale, ovviamente, non basta al bisogno di meglio delimitare la nostra fattispecie. Se, infatti, il datore di lavoro *non* autorizzato abilitato a realizzare il distacco dei propri dipendenti potesse liberamente operare in tal senso, si creerebbe un evidente quanto insostenibile mercato alternativo e più vantaggioso (normativamente ed economicamente) a quello della somministrazione regolare.

D'altro canto, la fornitura non autorizzata è illegittima e illecita (v. par.fo 6.) sicché -anche da questo punto di vista - occorre stabilire quando e perché la prestazione a favore di terzi oggetto di un distacco è estranea al reato di somministrazione illecita e -consequenzialmente- non consente al lavoratore coinvolto di proporre l'azione civile (*ex* art. 27 del Decreto) per farsi dichiarare alle dipendenze del beneficiario. Non c'è dubbio, infatti, che il distacco di un lavoratore senza il rispetto dei requisiti legali "cada" nel regime sanzionatorio dell'art. 27, comma 1, del Decreto (par.fo 6.1).

È possibile ritenere che, sia pure entro una costruzione dell'istituto piuttosto scarna, il nostro legislatore (rifacendosi al mandato di *chiarificazione* della legge delega) abbia, implicitamente, voluto rinviare allo *aquis* giurisprudenziale in materia[72].

Per un verso, infatti, viene confermato il criterio della *temporaneità* del distacco, mentre per altro verso -come si diceva- si mette in risalto che la prestazione di lavoro in favore del terzo deve rispondere ad un interesse *proprio* del *datore di lavoro*. Questo spunto, essenziale nella decriptazione dell'istituto, deve essere adeguatamente approfondito in quanto capovolge il punto di vista dal quale muove la nozione di somministrazione di lavoro.

Mentre quest'ultima, come conviene ad un contratto commerciale, assume quale perno regolativo della fattispecie le esigenze dell'utilizzatore da soddisfare con la fornitura di manodopera, il punto di vista che emerge nella nozione di distacco è, viceversa, quello dell'interesse del soggetto che dispone l'esecuzione della prestazione di lavoro a favore del terzo-beneficiario (figura marginale quest'ultima, assente dal proscenio della norma).

Ma vi è di più. Proprio partendo da questo elemento differenziale può ulteriormente osservarsi come il distacco abbia a che fare con l'interesse *proprio* del *datore di lavoro*, direttamente soddisfatto dall'esecuzione della prestazione presso il terzo. Ne risulta un altro elemento della linea di demarcazione rispetto alla posizione del somministratore per il quale la prestazione a favore l'utilizzatore è fonte di utilità che lo riguardano (non nella sua qualità di datore di lavoro, ma) quale imprenditore che trae profitto dalla fornitura di lavoro a terzi[73].

Ed è qui il cuore della fattispecie sinteticamente disegnata dall'art. 30 del Decreto, in questo interesse del distaccante che, nella varietà delle situazioni che possono determinarlo (tipiche quelle legate alle relazioni di gruppo tra le imprese), si lascia apprezzare per la sua attitudine ad esaurire

---

[72] Cfr. CHIECO, 1996, 372 ss.

[73] Cfr., l'analisi sul punto di MAZZOTTA, 1998, 188/189.

l'aspettativa creditoria del datore di lavoro e solo mediatamente a favorire l'interesse dell'impresa datoriale[74].

In proposito, e conclusivamente, si è detto che l'interesse del distaccante è "non *al distacco, come stancamente viene «tramandato»* bensì *al contratto con il lavoratore, ovvero - per essere ancora più precisi - al mantenimento del relativo rapporto*"[75].

In piena sintonia con quest'ordine di considerazioni è il fatto che il distaccante pone il lavoratore *a disposizione* del terzo, secondo una formula che ricalca quella dell'art. 1 della L. 196/1997 ma, nello stesso tempo, si distanzia dalla fornitura di prestazioni di lavoro che contraddistingue la somministrazione di lavoro degli artt. 1, lett. a), e 20 del Decreto (v. par.fo 2.)

In ogni caso, fruendo dell'illimitata libertà concessa dalla legge-delega ma in coerenza con il consolidato orientamento giurisprudenziale[76], l'art. 30 del Decreto esclude che il distacco sia condizionato dal consenso del lavoratore. Ciò si evince sia perché la norma ne omette la menzione nella individuazione degli elementi della fattispecie, sia perché richiede espressamente il consenso nel solo caso in cui il distacco *comporti un mutamento di mansioni* (ovviamente nel rispetto dei limiti di cui all'art. 2103 c.c.).

Al di la del merito di questa soluzione (v. infra), il legislatore delegato ha pertanto optato per la riconduzione del distacco al potere unilaterale del datore di lavoro di specificazione del comportamento solutorio del lavoratore[77] con ciò confermando che la dissociazione temporanea tra la titolarità del contratto di lavoro e la effettiva utilizzazione della prestazione di lavoro è possibilità implicata e non contrastante con il modello dell'art. 2094 c.c. (v. par.fo 5.)

Nel merito la necessità di richiedere il consenso nel caso di modificazione delle mansioni è piuttosto oscura perché introduce un limite all'esercizio dei *normali* poteri datoriali proprio nel momento in cui viene ricondotto a tale normalità il potere di disporre il distacco. Non solo. Una perplessità ancora più marcata deriva poi dal fatto che il consenso non è richiesto nel caso in cui il distacco comporti il trasferimento del lavoratore. Qui, infatti, la norma prescrive la sussistenza di «*comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive*» ma solo nel caso in cui il trasferimento sia disposto verso una unità produttiva distante più di 50 km dalla sede attuale di lavoro[78].

Sicché, assistiamo ad una sorta di *elasticizzazione* dei poteri datoriali i quali, rispetto alla loro ordinaria delimitazione, si restringono (mansioni) oppure si allargano (trasferimento) senza che

---

[74] Così, ad es. se il lavoratore diviene più capace e bravo per effetto delle esperienze acquisite in ragione del distacco, il datore di lavoro ottiene una prestazione più efficiente e produttiva sicché, in via derivata, l'impresa ne ricava vantaggi (anche economici). Insomma, nel distacco quest'ultimo profilo è concretamente ottenuto attraverso la soddisfazione dall'interesse del datore di lavoro che non esclude ma è un *prius* rispetto a quello imprenditoriale (*posterius*).

[75] Così ESPOSITO, 2002, 178.

[76] Di recente Cass. 21. 5. 1998, n. 5102, in *Orient. Giur. lav.*, 1998, I, 584.

[77] Cfr., tra gli altri, GRANDI, 1972, 219; GENGHINI, 1992, 240 ss.; *contra*, per l'affermazione che il distacco travalica i limiti del "*contenuto obbligatorio naturale del rapporto*" sicché può essere posto in essere solo sulla base di un patto (variamente tipizzato) di distacco, v. MAGRINI, 1980, 64-66; VALLEBONA, 1990, 5, e da ultimo ESPOSITO, 2002, 92 ss. e 174 ss., ed ivi per ulteriori approfondimenti.

[78] Si tratta di soluzioni che, in parte, ricalcano la casistica giurisprudenziale ma che, assunte a regolamentazione legale, manifestano la parzialità e i limiti evidenziati.

emerga alcuna apprezzabile ragione per l'andamento ondivago della norma.

In ogni caso, al di là di queste poche (e discutibili) indicazioni, nessun altro elemento viene introdotto dal legislatore per disciplinare in concreto la relazione trilaterale che si instaura tra datore di lavoro, lavoratore distaccato e beneficiario in ordine alla quale, come si è detto, si ribadisce soltanto la *responsabilità* del datore di lavoro per il trattamento economico e normativo spettante al lavoratore.

In proposito, quale prima reazione al silenzio del legislatore, verrebbe di rifarsi alla lunga elaborazione giurisprudenziale in materia la quale, introdotto l'istituto, lo ha via via corredato di elementi regolativi variamente fondati[79]. Tuttavia, ragionando in tal modo, si sottovaluterebbero i profondi effetti prodotti dalla normazione dell'istituto e, correlativamente, dal più ampio intervento legislativo in cui essa viene inserita.

Più fondato, allora, è partire dall'introduzione della disciplina generale della somministrazione di lavoro e, specificamente, dalla regolamentazione degli effetti provocati sul "*normale*" contratto di lavoro dalla dissociazione autorizzata tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione lavorativa (v. par.fi 5. e 5.2). È da ritenere, infatti, che proprio questi nuovi elementi normativi e (ancor più) sistematici consentono oggi di farvi opportuno riferimento per colmare le lacune - a cominciare dal principio di parità di trattamento - nella disciplina di un istituto (il distacco) che viene posto in essere entro un "*normale*" contratto di lavoro quale esercizio di un altrettanto "*normale*" potere di disporre che l'esecuzione della prestazione di lavoro venga espletata in favore di un soggetto diverso dal datore di lavoro[80].

## 4. I requisiti formali del contratto di somministrazione professionale.

Il legislatore delegato si è occupato della forma del contratto di somministrazione nell'art. 21, comma 1, richiedendo innanzitutto la stipulazione per iscritto e, quindi, elencando analiticamente gli elementi che deve contenere.

In particolare, questo contratto commerciale deve contenere: gli estremi dell'autorizzazione, il numero dei lavoratori da somministrare e le loro mansioni e inquadramento; il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative; i casi e le ragioni della somministrazione nonché la data di inizio e la sua durata; l'indicazione degli eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione; l'assunzione dell'obbligo del somministratore di pagamento diretto al lavoratore della retribuzione nonché del versamento dei contributi previdenziali; l'assunzione degli obblighi dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali sostenuti, di assumere la solidarietà passiva (salvo rivalsa) nel pagamento di retribuzioni e contributi previdenziali in caso di inadempimento del somministratore e, infine, l'obbligo di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili.

---

[79] Cfr. CHIECO, 1996, 381-384.

[80] La soluzione non è nuova (cfr. ICHINO, 2000b, 496-497) ma è oggi convalidata proprio in virtù degli elementi sistematici indicati nel testo.

Molti di tali elementi sono la riproposizione, con taluni adattamenti terminologici, di quelli che la L. n. 196/97 richiedeva per la validità del contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo[81].

Nuova è, invece, la previsione di cui alla lett. *c)* dell'art. 21, comma 1, contenente l'obbligo di indicare nel contratto di somministrazione «*i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo dei cui ai commi 3 e 4 dell'art. 20*». Nella L. n. 196/97 l'indicazione dei motivi del ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo era richiesta solo nel contratto scritto per prestazioni di lavoro temporaneo[82].

Si tratta di una aggiunta per un verso opportuna, in quanto evidenzia nella giusta sede, il contratto commerciale tra agenzia e utilizzatore, le specifiche ragioni del ricorso alla somministrazione; per altro verso necessitata dalla scelta del legislatore delegato di eliminare la tipizzazione e lo speciale assetto formale del contratto di lavoro tra agenzia e lavoratore sostituito dall'obbligo di comunicazione di cui all'art. 21, comma 3, del Decreto (v. par.fo 5.). In altri termini mancherebbe oggi la cornice negoziale formale entro la quale inserire le ragioni della somministrazione.

Nuovo è anche l'obbligo di indicare «*la presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate*» previsto dalla lett. *d)* dell'art. 21, comma 1. La ragione dell'indicazione di tale ulteriore elemento nel contratto di somministrazione sembrerebbe da ricondurre all'eliminazione del divieto di fornitura - previsto dalla L. 196/97 - per le mansioni di maggiore pericolo[83].

In altri termini, poiché rimane fermo il divieto di somministrazione per le imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi[84], se ne deve dedurre che quegli stessi rischi che prima potevano determinare, in sede di contrattazione collettiva, l'esclusione delle relative mansioni dalla fornitura di lavoro temporaneo, oggi, alla luce della disciplina della dettata dal D. Lgs. n. 276/2003, devono essere espressamente indicati quando attengono alle mansioni oggetto della somministrazione.

---

[81] In particolare, così è:

- per l'indicazione degli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore/fornitore, art. 21, comma 1, lett *a),* D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5,lett. *i)*, L. n. 196/1997; - per il numero dei lavoratori da somministrare, art. 21, comma 1, lett *b)*, D.lgs.n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. *a)*, L. n. 196/1997; - per le mansioni assegnate ai lavoratori e per il loro inquadramento, art. 21, comma 1, lett. *f)*, D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. *b)*, L. n. 196/1997; - per il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative, art. 21, comma 1, lett. *g)*, D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma5, lett. *c)*, L. n. 196/1997; - per l'assunzione dell'obbligo del somministratore di pagamento diretto al lavoratore della retribuzione nonché del versamento dei contributi previdenziali, art. 21, comma 1, lett. *h)*, D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. *d)*, L. n. 196/1997; - per l'assunzione degli obblighi dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali sostenuti in favore dei prestatori, art. 21, comma 1, lett. *i)*, D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. *f)*, L. n. 196/1997; - per l'assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, art. 21, comma 1, lett. *k)*, D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. *g)*, L. n. 196/1997. Seppure con una diversa e più precisa formulazione, all'art. 21, comma 1, lett. *j,)* il D.lgs. n. 276/2003 ripropone l'obbligo contenuto nell'art. 1, comma 5, lett. *e)*, L. n. 196/1997 in virtù del quale l'utilizzatore deve comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili.

[82] Cfr. art. 3, co.mma 3, lett. *a)*, L. 24 giugno 1997, n. 196.

[83] Cfr. art. 1, comma 4, lett. *a)*, L. 24 giugno 1997, n. 196.

[84] Obbligo imposto dall'art. 4, D. Lgs. n. 626 del 1994 ed espressamente richiamato dall'art. 20, comma 5, lett *c)*, del Decreto.

Previsione meritoria[85], questa, anche perché tale elemento è essenziale ai fini della legittimità del contratto di somministrazione[86] e, quindi, dovendo essere necessariamente indicato (in presenza di «*eventuali rischi*»), sarà sempre oggetto di specifica conoscenza del lavoratore per effetto dell'obbligo di comunicazione dell'art. 21, comma 3.

Importante è, infine, la previsione della lett. *e)* dell'art. 21, comma 1, secondo la quale nel contratto di somministrazione vanno indicate «*la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione*». Essa sostituisce la lett. *h)* del vecchio art. 1, comma 5, L. n. 196/1997, in base alla quale il contratto di fornitura doveva contenere l'indicazione della «*data di inizio*» e del «*termine del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*».

In altre parole, ciò che conta e che va collocato temporalmente è il contratto di somministrazione e non l'inizio e la durata del rapporto di lavoro del lavoratore somministrato, in quanto questo elemento rimane nella esclusiva dimensione organizzativa e di scelta dell'agenzia la quale, nella copertura del contratto di somministrazione, potrà utilizzare sempre lo stesso lavoratore (assunto a termine o a tempo indeterminato) ovvero più lavoratori (assunti a termine o a tempo indeterminato).

Come si vedrà tra breve, infatti, non vi è una correlazione necessaria tra la natura (a tempo indeterminato o determinato) della somministrazione e la tipologia (a tempo indeterminato o determinato) del contratto di lavoro (v. par.fo 5.1)

Va segnalato, in chiusura, che nella disposizione del Decreto -qui esaminata- dedicata ai requisiti formali e contenutistici del contratto di somministrazione vi è anche il meccanismo sanzionatorio per le sue violazioni. Stabilisce, infatti, il comma 4 dell'art. 21, che «*In mancanza di forma scritta con indicazione degli elementi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del comma 1, il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore*». Ragioni sistematiche, tuttavia, consigliano di rinviare l'analisi di questa disposizione nel contesto del complessivo apparato sanzionatorio introdotto dal legislatore delegato a tutela dell'osservanza delle regole formali e sostanziali della somministrazione di lavoro (v. par.fo 6.).

## 5. I contratti di lavoro finalizzati alla somministrazione professionale.

L'art. 22, comma 1, del decreto stabilisce che «*In caso di somministrazione a tempo indeterminato i rapporti di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro sono soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali*». Ugualmente in termini di rinvio, sia pure ad una diversa tipologia contrattuale, si esprime il successivo comma 2, in base al quale «*In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile*».

Oltre che mostrare una diversa articolazione del rinvio per i due tipi di somministrazione (sulla

---

[85] È vero, infatti, che nel sistema della L. 196/1997 le mansioni rischiose potevano essere escluse ma è altrettanto vero che ciò non sempre è avvenuto e non per tutte le mansioni soggette a rischio (anche) grave, come si evince a chiare lettere dal disposto dell'art. 6, comma 1, L. 196/97 che regolava l'ipotesi dei prestatori di lavoro temporaneo adibiti a mansioni per le quali era richiesta la sorveglianza medica speciale o che comportassero rischi specifici per la salute.

[86] Cfr. art. 21, comma 4, del Decreto.

quale v. par.fo successivo), le disposizioni richiamate segnalano come nell'approccio alla questione, certo strategica nell'economia della nuova fornitura di manodopera, della regolazione da riservare al contratto di lavoro tra agenzia e lavoratore, il Decreto sembra ispirarsi al tipo contrattuale «Della somministrazione» (artt. 1559-1570 c.c.) cui appartiene il sub-tipo della somministrazione di lavoro.

Il pensiero va specificamente a quell'art. 1570 c.c. che alla somministrazione (ovvero ai rapporti oggetto di somministrazione) dichiara applicabili, in quanto compatibili, le «*regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni*»[87].

In altri termini, il legislatore delegato propone in maniera esplicita una costruzione normativa del contratto di lavoro tra agenzia e dipendente che esclude il benché minimo carattere di specialità in quanto suscettibile di strutturarsi secondo i contenuti tipici del contratto di lavoro subordinato dell'art. 2094 c.c. e delle sue varianti, ivi inclusa quella connessa all'apposizione del termine. Accanto a questa opzione, tuttavia, emerge sul piano della concreta regolazione la consapevolezza che il contratto di lavoro subordinato disciplinato dall'art. 2094 c.c. e segg. (e poco importa se sottoposto o meno a termine finale), quando diviene "oggetto" di un contratto di somministrazione, soffre di una serie di alterazioni strutturali[88] che impongono una specifica e densa disciplina a partire dalla scissione tra il datore di lavoro e l'utilizzatore/gestore dell'attività lavorativa.

Su tale questione torneremo poco più avanti, poiché è necessario qui rimarcare che il legislatore delegato -coerente con la propria opzione, ma non per questo meno criticabile[89]- abroga l'obbligo di stipulazione in forma scritta del contratto di lavoro già previsto dall'art. 3, comma 3, della l. 196/1997. La sottoscrizione formale del contratto (speciale) di lavoro tra agenzia e dipendente è ora sostituita da un semplice obbligo di comunicazione dei contenuti del contatto di somministrazione, con l'aggiunta della data di inizio e della durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore (art. 21, comma 3), che scatta all'atto della stipulazione del contratto di lavoro (o all'inizio della missione), il quale dovrà avere i requisiti formali e contenutistici propri del tipo contrattuale concretamente prescelto.

La scelta di regolare il rapporto di lavoro mediante rinvio piuttosto che con apposita disciplina -raccolta sotto un *nomen*- produce, sul piano sistematico, l'effetto di una seppure parziale frantumazione delle specifiche regole che nel decreto sono pur dedicate al contratto tra somministratore e lavoratore.

In proposito, è emblematico il fatto che l'elemento tipizzante di questo contratto di lavoro (e non solo quello: v. *infra*) sia contenuto, piuttosto che nell'art. 21 del Decreto, che si occupa della disciplina dei rapporti di lavoro, nel comma 2 dell'art. 20 e, cioè, nella norma che delinea soggetti,

---

[87] Si tratta di una norma di *sistema* nell'economia del contratto tanto da far ritenere che la disciplina della somministrazione non è una disciplina unitaria, ma risulta da un complesso di norme comuni e da una somma di norme variabili costituite dalle regole concernenti il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni, Nuzzo, 1990, 1277.

[88] Già con riferimento al contratto di lavoro tra agenzia di fornitura e lavoratore temporaneo della L. 196/97, v. tra gli altri, sia pure con motivazioni tra loro diverse, GHERA, 1998, 943; MAZZOTTA, 1998, 185 e 187 ss., il quale parla di profili di specialità del contratto di lavoro tanto da ricondurlo all'ampio *genus* del contratto a favore di terzo (190 ss.); DEL PUNTA, 1998, 215; SPEZIALE, 1999, 243-248; TIRABOSCHI, 1999, 291; PELLACANI, 2000, 37-38, sia pure limitatamente al contratto a tempo indeterminato; FERRARO, 2001, 256; *contra*, ICHINO, 2000b, 402/405 e 473/474, salvo tuttavia a rimodellare tale conclusione muovendo dal collegamento negoziale così da aderire alla nozione di "*co-impiego*" di TIRABOSCHI, 1999, 494-495; ALESSI, 1998, 1206-1207. Una peculiare ricostruzione dei fenomeni in questione è in SUPPIEJ, 1998, 17 ss.

[89] V. oltre par.fo 5.2.

casi, ragioni e divieti per la stipulazione del contratto di somministrazione. È qui infatti che si stabilisce che «*Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*».

Una clausola di quasi analogo contenuto era contenuta nell'art. 3, comma 2, della l. 196/97 e, quindi, nella norma dedicata alla tipizzazione del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, nella quale lo svolgimento dell'attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore era strutturalmente regolato nell'ambito del contratto di lavoro tra prestatore e agenzia.

Tuttavia, ciò che emerge dalle norme richiamate è non tanto la stranezza della collocazione nel Decreto della disposizione nella quale trova espressione la dissociazione dei poteri del datore di lavoro, vera e propria architrave della specificità del contratto di lavoro alle dipendenze del somministratore. A colpire è ancor più la circostanza che la titolarità del potere direttivo e di controllo dell'utilizzatore sembra essere oggi un elemento negoziale *implicato* nel contratto di somministrazione di lavoro di cui all'art. 20 del Decreto: appare, cioè, come il frutto legale (e non convenzionale) di un contratto commerciale, che produce effetti diretti sul contenuto tipico della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.[90]

In altri termini, risulta oggi di difficile riproposizione la costruzione che, nel vigore della l. 196/1997, riconduceva all'esercizio del potere direttivo datoriale *ceduto* all'utilizzatore il fondamento dei poteri di organizzazione e di controllo della prestazione[91]. Chiuso il trilatero dei rapporti tra somministratore, utilizzatore e lavoratore, è il contratto commerciale e non quello di lavoro che fonda i poteri *simil-datoriali* dell'utilizzatore[92].

Certo, per perfezionare la fattispecie occorrerà pur sempre che il lavoratore sia assunto e inviato in missione dall'agenzia; ma una volta che ciò sia avvenuto l'utilizzatore sembra essere titolare in proprio e per tutta la durata della somministrazione dei poteri organizzativi e di controllo del prestatore di lavoro.

Assunto, allora, questo peculiare effetto legale del contratto di somministrazione e tornando alla tecnica di rinvio utilizzata nei commi 1, 2 dell'art. 22 del Decreto, va rimarcato il significato -già anticipato- che essa assume circa l'intendimento del legislatore delegato di dire l'ultima parola sulla discussa "specialità" del rapporto di lavoro legato alla (ieri fornitura, oggi) somministrazione di lavoro. Vengono, infatti, avallate quelle riscostruzioni dottrinali che già nella vigenza della l. 196/1997 avevano sostenuto che lo svolgimento della prestazione di lavoro a favore di un soggetto diverso dal datore di lavoro non alterava la struttura tipica del contratto di lavoro[93]. La riconduzione al tipo dell'art. 2094 c.c. del contratto tra agenzia e lavoratore finalizzato alla esecuzione di una somministrazione di lavoro consente oggi di confermare le letture che ritengono

---

[90] In proposito, sovviene quanto incisivamente rilevato da LISO, 1999, 12, il quale, con espresso riferimento alla nota costruzione di Mattia Persiani, osserva come la peculiarità più profonda dei contratti di lavoro del datore-somministratore e, quindi, del complesso della sua organizzazione (rispetto alla connotazione "ordinaria" dei contratti di lavoro facenti capo al datore di lavoro-appaltatore) sta nel fatto che sembrano rinnegare la finalità organizzativa propria della fattispecie dell'art. 2094 c.c. In un ordine di idee non dissimile GHERA, 2003, 658-660.

[91] V. ad es. MISCIONE, 1997, 2071 ss, e DEL PUNTA, 1998, 210, i quali qualificano in termini di comando l'invio in missione del lavoratore da parte dell'agenzia; ma *contra* sul punto, convincentemente, MAZZOTTA, 1998, 188-189.

[92] Già in questo ordine di idee con riferimento al contratto per fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo della L. 196/1997, RUSCIANO, 1999, 91-95.

[93] Cfr. ICHINO, 2000b, 402-405; PERULLI, 1999a, 146; CARINCI, 2000, 364-365; BELLOCCHI, 2001, 178.

tollerato dalla norma codicistica lo svolgimento della prestazione a favore e sotto la direzione di un soggetto diverso dal datore di lavoro.

Tuttavia, un elemento di riflessione circa la tenuta dell'operazione sistematica sottesa alla clausola di rinvio alle ordinarie tipologie contrattuali viene dalla contestuale riproposizione, pressoché letterale, delle clausole legali introdotte dalla L. 196/1997 per la regolamentazione del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo. Non c'è dubbio, in proposito, che per il legislatore del 1997 il contratto finalizzato alla fornitura di lavoro avesse una marcata connotazione differenziale rispetto al contratto di lavoro *ordinario*, tanto da farne oggetto di una espressa denominazione e di una specifica regolamentazione legale, frutto non solo della dissociazione tra la titolarità del contratto e l'utilizzazione della prestazione, ma anche della correlata frantumazione dei poteri datoriali scissi tra agenzia e utilizzatore[94].

Ebbene, la riproposizione pressoché invariata nel Decreto di questo specifico assetto regolativo sembra contraddire l'operazione di "normalizzazione" del contratto di lavoro finalizzato alla somministrazione[95], il quale, viceversa, si impone ancora oggi come una tipologia che *disfunziona* ove manchino clausole legali capaci di adattarlo a soddisfare interessi organizzativi e produttivi diversi da quelli del datore di lavoro.

Non solo. Quantomeno con riferimento al contratto di lavoro a termine, emerge che proprio il collegamento con la somministrazione a tempo determinato voluto dall'art. 22, comma 2, del Decreto (sul cui esatto significato rinviamo al prossimo par.fo) vale a configurare un importante elemento di specialità che va ben al di là della sola inapplicabilità del regime della proroga di cui all'art. 5 del d. lgs. 318/2001. Il contratto di lavoro, infatti, risulta essere strumentale ad una somministrazione che, pur avendo un termine finale, non è fondata in alcun modo -come si è visto- su esigenze di natura temporanea. Ne consegue che, per effetto della sovrapposizione causale del contratto commerciale sul quello di lavoro[96], l'apposizione del termine al contratto di lavoro potrà avvenire per causali connesse alla ordinaria attività dell'impresa utilizzatrice e sarà suscettibile di illimitati rinnovi.

Anche questa osservazione conferma che si può ritenere tutt'altro che chiusa la questione della specialità del contratto di lavoro tra somministratore e prestatore la cui ulteriore analisi esula, evidentemente, dai limiti di questo contributo ma che, non è difficile prevedere, costituirà motivo di rinnovata attenzione e discussione.

### 5.1 Le tipologie contrattuali e la (apparente) correlazione con la durata della somministrazione.

Abbiamo già richiamato nel paragrafo precedente il curioso disposto dell'art. 22 del Decreto che

---

[94] V., per tutti, CARINCI, 2000, 334 ss., ed ivi ampi richiami alle diverse costruzioni dottrinali.

[95] Nello stesso ordine di idee PINTO, 2003, p. 2.

[96] V. DEL PUNTA, 1998, 208/209, il quale osservava come le fattispecie di legittimo ricorso alla fornitura sono anche le fattispecie di legittima apposizione del termine; di analogo tenore le considerazioni di SPEZIALE, 1999, 250, per il quale la L. 196/1997 introduceva una nuova "*forma*" di contratto a termine nella quale la determinazione delle causali avveniva per *relationem*. Si tratta di un elemento sistematico evidenziato in relazione alla l. 196/1997 (e quindi ad un sistema che faceva della temporaneità della fornitura la sua caratteristica) ma che oggi cambia decisamente di tono e di significato.

distingue tra rapporti di lavoro relativi alla somministrazione a tempo indeterminato, regolati mediante un generico rinvio alla «*disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali*» (comma 1), e rapporti di lavoro in caso di somministrazione a tempo determinato. Per questi ultimi la regolazione si fa più dettagliata e stringente in quanto il comma 2 dell'art. 22 prescrive che i rapporti di lavoro siano regolati secondo la disciplina, «*per quanto compatibile*», dei contratti a termine del d. lgs. 368/2001, con espressa esclusione dei limiti previsti per le assunzioni successive[97], nonché con il riconoscimento della possibilità di proroga del termine iniziale (con atto scritto e con il consenso del lavoratore) «*nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore*»[98].

Queste due prime disposizioni, pertanto, sembrano affermare la regola che mentre nello *staff leasing* sono ammesse assunzioni con qualunque tipologia di contratti di lavoro subordinato[99] altrettanto non vale per la somministrazione a tempo determinato, che dovrebbe essere eseguita da lavoratori assunti solo con contratto a tempo determinato[100].

La conclusione, però, oltre ad essere sbagliata (v. oltre), risulta davvero irragionevole in quanto restringe le libertà di azione dell'agenzia e contemporaneamente diminuisce la facoltà di accesso dei lavoratori al contratto a tempo indeterminato, incidendo così al ribasso sui maggiori tassi di stabilità che il sistema potrebbe concretamente raggiungere. In altri termini, alla limitazione della libertà d'impresa corrisponde non un allargamento, ma un restringimento del patrimonio di diritti e di tutele che il lavoratore potrebbe acquisire nel suo rapporto con l'agenzia (ove non vi fosse la limitazione in questione).

Non solo. Escludendo la possibilità di utilizzare (e quindi fornire) lavoratori assunti a tempo indeterminato per l'esecuzione di contratti di somministrazione a termine avremmo l'effetto di modificare arbitrariamente il diverso sistema previsto dalla L. 196/1997 (con la conseguente illegittimità costituzionale già evidenziata nel par.fo 1.) e di creare un vero caos organizzativo in danno delle agenzie generaliste che dovrebbero dotarsi di un doppio gruppo di lavoratori: quelli assunti a termine, destinabili a missioni per somministrazione di qualunque genere, e quelli assunti a tempo indeterminato, utilizzabili solo per lo *staff leasing*.

Tuttavia, ad evitare queste paradossali e irragionevoli conseguenze sovviene il comma 3 dell'art. 22 del Decreto il quale, nel disciplinare espressamente l'assunzione a tempo indeterminato (v. *infra*), non definisce il proprio ambito di applicazione in rapporto alle due tipologie di sommini-

---

[97] Viene infatti esclusa l'applicazione dei commi 3 e 4 dell'art. 5 del D. lgs. 368/2001. V. nota successiva.

[98] Si tratta di una previsione già presente nell'art. 3, comma 4, L. 196/97 ma che, alla luce del quadro normativo conseguente all'entrata in vigore del d. lgs. 368/2001, sembra introdurre una deroga al regime di cui all'art. 4 di quest'ultimo decreto. Sugli effetti della sovrapposizione causale del contratto commerciale di somministrazione (*prius*) sul contratto di lavoro a tempo determinato (*posterius*) si v. par.fo precedente.

[99] In realtà l'art. 21, comma 1, del Decreto non parla espressamente di contratti di lavoro subordinato in quanto rinvia alla disciplina generale dei rapporti di cui al codice civile e alle leggi speciali, così includendovi in apparenza anche il contratto di lavoro autonomo di cui all'art. 2222 c.c. Tuttavia, la delimitazione del rinvio al solo lavoro subordinato si deduce dal fatto che la somministrazione deve concernere la fornitura di lavoro sulla base di contratti che pongano i lavoratori «*sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*» (art. 20, comma 2).

[100] In questi termini TIRABOSCHI, 2003, 73.

strazione, contraddicendo -quantomeno con riferimento al rapporto standard a tempo indeterminato- la regola in prima battuta deducibile dai due commi precedenti.

Può dedursene, allora, che il somministratore a termine (al pari di quello a tempo indeterminato) può assumere *anche* con contratto di lavoro a tempo indeterminato in applicazione della disciplina dell'art. 22, comma 3, ove si dettano regole in tema di periodi di inattività e di relativa indennità di disponibilità le quali costituiscono ulteriore riprova di questa costruzione. Non avrebbe molto senso, infatti, disciplinare (in termini significativamente simili a quelli della L. 196/1997)[101] il trattamento economico-normativo che compete, tra un'assegnazione e l'altra, al dipendente a tempo indeterminato dell'agenzia, se tale disciplina non fosse riferita proprio ai contratti di somministrazione a termine[102].

Dalla lettura incrociata, allora, del rinvio generale del comma 1 dell'art. 22 del decreto, di quello dettagliato e prescrittivo del suo comma 2 ("*In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*", la sottolineatura è ns.) e, infine, della regolamentazione indifferenziata del comma 3 riferita alla somministrazione *tout court*, sembra si possa concludere per la *insussistenza di una correlazione tipologica necessaria* tra i contratti di lavoro e i contratti di somministrazione.

In altri termini, nonostante l'andamento ondivago del legislatore e taluni effetti di regolamentazione differenziata di dubbia ragionevolezza che ne derivano[103], il quadro che alla fine si delinea è quello di una completa e indistinta agibilità nell'esecuzione di entrambi i tipi di somministrazione sia del contratto a termine, sia di quello a tempo indeterminato.

D'altro canto e ragionando su quello che sarebbe potuto essere (e non è stato), decisamente più ragionevole (e auspicabile) sarebbe stata, semmai, la soluzione esattamente inversa a quella della quale si è sin qui discusso, consistente cioè, nel collegare -in termini legalmente necessari- l'esecuzione della somministrazione a tempo indeterminato con l'assunzione a tempo indeterminato dei lavoratori somministrati. Questo collegamento, però, non è proposto né è prospettabile, stante l'assoluta chiarezza dell'art. 22, comma 1, del Decreto nell'ammettere per lo *staff leasing* qualsiasi tipologia contrattuale, anche contenuta in leggi speciali (come il d. lgs. 368/2001)[104].

Si può allora affermare che, per dare esecuzione ad un contratto di somministrazione a termine, l'agenzia può assumere lavoratori da inviare in missione a tempo indeterminato o determinato e

---

[101] Il riferimento è alla disciplina dell'art. 4, comma 3, della l. 196/1997, che viene ripresa dall'art. 22, comma 3, del Decreto salvo due precisazioni. Nella sua ultima parte la norma precisa infatti che l'indennità di disponibilità «*è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto*» ed ancora che essa è proporzionalmente ridotta, oltre che nei casi di assegnazione del lavoratore ad attività lavorativa a tempo parziale presso terzi, anche nel caso in cui tale assegnazione avvenga «*presso il somministratore*».

[102] In altri termini, è nell'*alternarsi* dei contratti di somministrazione a termine (e non nella *continuità* della somministrazione a tempo indeterminato) che possono verificarsi quelle pause di inattività per il dipendente a tempo indeterminato che gli danno titolo a percepire l'indennità di disponibilità.

[103] Così è per il contratto a termine connesso ad una somministrazione a tempo indeterminato al quale non si applica il regime più vantaggioso della proroga riservato dall'art. 22.2 del decreto alla somministrazione a tempo determinato.

[104] È questa la ragione per cui, pur comprendendo le motivazioni, ritengo non sia condivisile la diversa opinione di ALLEVA, 2003, 10, secondo il quale l'espressa menzione del contratto a termine nel comma 2 dell'art. 22 varrebbe ad escludere che ad esso rinvii, mediante la ricordata formula generale, anche il comma 1 del medesimo articolo.

che altrettanto vale per la somministrazione a tempo indeterminato, il cui contratto potrà essere eseguito inviando, per l'assolvimento di una specifica mansione, un solo e unico lavoratore ovvero più lavoratori in alternanza assunti con altrettanti contratti a termine.

A quest'ultimo proposito, possono però insorgere non poche difficoltà per l'agenzia di somministrazione ad individuare una *propria*, effettiva e non arbitraria, ragione tecnica, produttiva o organizzativa (ex art. 1.1, d. lgs. 368/2001) idonea a giustificare l'utilizzazione di diversi contratti a tempo determinato per l'esecuzione di una somministrazione a tempo indeterminato.

In tal caso, infatti, si realizza una evidente *disconnessione* tra il contratto di lavoro e la causa a tempo indeterminato dello *staff leasing*, con conseguente venir meno della speciale sovrapposizione causale innanzi descritta (par.fo 5.). L'apposizione del termine, pertanto, dovrà trovare *autonomo fondamento -ex* art. 1 D. lgs. 368/2001- in una *specifica causa* tecnico-produttiva o organizzativo-sostitutiva direttamente riferita all'esecuzione dell'attività di fornitura dell'agenzia[105], salvo il verificarsi di comportamenti frodatori sanzionabili con la somministrazione fraudolenta (v. par. 6.3). Con l'ulteriore "complicazione" che, trattandosi di *staff leasing*, non potrà essere utilizzato il vantaggioso meccanismo dei rinnovi (illimitati) del contratto a termine riservato dall'art. 22, comma 2, del Decreto ai soli casi di somministrazione a tempo determinato.

Un ulteriore profilo problematico, frutto della improvvida tecnica di rinvio adottata dal legislatore delegato, emerge poi dal comma 1 dell'art. 22 il quale, nel rinviare alla "*disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali*", lascia intendere che soltanto nella somministrazione a tempo indeterminato sia possibile utilizzare contratti di lavoro speciale (come ad. es. il *part time*) che, viceversa, rimarrebbero preclusi nelle somministrazioni a termine. Si tratta di un'ipotesi certamente plausibile in base alla lettera della norma che, tuttavia, per il contratto a tempo parziale può essere scongiurata grazie all'espressa previsione secondo cui le assunzioni a termine di cui al d. lgs. 368/2001 «*possono essere effettuate con rapporto a tempo parziale*» (art. 46, comma 1, lett. c)[106]. La questione, però, rimane aperta per tutte le altre tipologie contrattuali richiamate dall'amplissima formula dell'art. 22, comma 1, e viceversa inutilizzabili nella somministrazione a tempo determinato, come ad es. per il lavoro ripartito la cui preclusione, in questo segmento del mercato del lavoro, rischia però di entrare in rotta di collisione con il divieto di discriminazione di cui all'art. 44 del decreto.

Non si vede perché, infatti, l'agenzia dovrebbe poter stipulare un contratto di lavoro ripartito per eseguire una somministrazione continuativa, mentre analoga possibilità dovrebbe esserle preclusa per l'esecuzione di una somministrazione a termine. Esempio, quest'ultimo, che ancora una volta mette in evidenza, prima che la palese irragionevolezza della differenziazione, la incongruità della correlazione tipologica tra contratti di lavoro e contratti di somministrazione.

### 5.2 I contratti di lavoro: i requisiti, le obbligazioni, le tutele individuali e collettive.

Come si è anticipato, il legislatore delegato ha sostituto con un obbligo di comunicazione degli

---

[105] Quali, ad es., la necessità di sostituire un lavoratore a tempo indeterminato richiamato temporaneamente dalla missione per esigenze dell'agenzia; l'esigenza di inserire professionalità diverse in relazione alle diverse fasi di una campagna di marketing, ecc.

[106] Questo riferimento consente -seppure per via indiretta- di risolvere una questione che, diversamente, avrebbe manifestato un evidente contrasto con il divieto di discriminazione di cui all'art. 4, comma 1, del d. lgs. 25.2.2000, n. 61, in quanto ai lavoratori *part timers* sarebbe risultato irragionevolmente precluso l'accesso ad un segmento del mercato del lavoro, quello concernete delle somministrazioni a termine, riservato ai *full timers*.

elementi della somministrazione (art. 21, comma 3) l'obbligo di stipulazione in forma scritta del contratto di lavoro già previsto dall'art. 3, comma 3, della l. 196/1997, rinviando per ciò che concerne la forma e gli altri elementi contenutistici ai requisiti propri del tipo contrattuale concretamente prescelto.

Si tratta di una scelta davvero poco comprensibile tenuto conto che l'art. 21, comma 3 impone al somministratore di comunicare in forma scritta tutti i dati oggetto del contratto di somministrazione, unitamente all'inizio e alla prevedibile durata dell'attività lavorativa, "*all'atto della stipulazione del contratto di lavoro*" (e cioè di un contratto a termine che *ex se* impone la forma scritta) ovvero "*all'atto dell'invio presso l'utilizzatore*" (nel caso di lavoratori già assunti dal somministratore con contratto di lavoro a tempo indeterminato).

Del resto, osservando analiticamente il contenuto dell'obbligo di comunicazione sostitutivo del contratto scritto di lavoro, si scopre che sono presenti pressoché tutti gli elementi già richiesti nel contratto per prestazioni di lavoro temporaneo dall'art. 3, comma 3, della l. 196/1997[107], con in più altri elementi propri del contratto di somministrazione[108]. Tuttavia, a questo più ampio ventaglio di informazioni fa riscontro la carenza di indicazioni specifiche circa il contenuto del rapporto obbligatorio concernente il lavoratore concretamente assunto e inviato in missione, il quale ad es. saprà le mansioni e l'inquadramento dei lavoratori da somministrare, ma non specificamente le proprie. Si tratta di una conseguenza, certo evitabile, del meccanismo (comunicazione) prescelto dal legislatore che ne evidenzia la poca affidabilità. Anche se il lavoratore potrà acquisire le specifiche informazioni concernenti il proprio contratto in seguito all'adempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligo di comunicazione di cui al d. lgs. 26 maggio 1997, n. 152.

Il differente impianto del Decreto comporta altresì una conseguenza di non poco conto rispetto al regime formale del contratto scritto e dei relativi contenuti imposti dal vecchio art. 3, l. 196/1997. Invero, la mancanza della forma scritta ovvero l'omessa indicazione scritta dell'inizio e del termine della fornitura determinava la trasformazione del rapporto di lavoro in un contratto a tempo determinato alle dipendenze della fornitrice; sanzione che è ovviamente scomparsa nel Decreto il quale, come si vedrà più avanti (par.fo 6.), punisce la violazione dell'obbligo di comunicazione al lavoratore, prescritto dall'art. 21, comma 3, con la sola sanzione amministrativa (art. 18, comma 3), mentre nessun effetto ne consegue sul piano civilistico della somministrazione irregolare.

La specificità della posizione riconosciuta al prestatore di lavoro e lo speciale contenuto regolativo del contratto di lavoro finalizzato alla somministrazione vengono definiti dal Decreto -come si è

---

[107] Si tratta in particolare degli estremi dell'autorizzazione -anche se non degli estremi della cauzione o fidejussione-; dei motivi della fornitura, delle mansioni e dell'inquadramento da assegnare al lavoratore parte del contratto; dell'indicazione dell'impresa utilizzatrice -che manca oggi-; dell'eventuale periodo di prova e della sua durata -che oggi mancano ma che, com'è noto vanno inseriti nel contratto se devono valere tra le parti-; del luogo, dell'orario e del trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative; della data di inizio e della durata dell'attività lavorativa; dell'indicazione delle misure di prevenzione necessarie in relazione al tipo di attività.

[108] In dettaglio: assunzione dell'obbligo del somministratore di pagamento diretto al lavoratore della retribuzione nonché del versamento dei contributi previdenziali; assunzione degli obblighi dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali sostenuti, di solidarietà passiva nel pagamento di retribuzioni e contributi previdenziali in caso di inadempimento del somministratore e, infine, di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili.

anticipato - mediante un *collage* delle disposizioni della l. 196/1997 spesso riprese alla lettera[109].

Così è per il principio di parità di trattamento[110] (salvo che per la disciplina delle eccezioni, sulla quale v. *infra*, par. 5.3), che ricomprende il diritto dei lavoratori somministrati a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore[111] e che viene rafforzato dall'obbligo dell'utilizzatore[112] di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili.

Ma lo stesso può sostenersi riguardo ad una serie di altri profili inerenti al contratto tra agenzia e dipendente. È il caso della responsabilità solidale per i trattamenti retributivi e previdenziali, riguardo alla quale, peraltro, si ravvisa una notevole semplificazione nella formulazione della norma[113]; ma è anche il caso del diritto alle erogazioni economiche correlate ai risultati[114]; degli obblighi di sicurezza del somministratore[115] e di quelli dell'utilizzatore[116]; del potere disciplinare del somministratore da esercitare sulla base degli elementi forniti dall'utilizzatore[117]; del meccanismo del non computo nell'organico dell'impresa utilizzatrice ai fini dell'applicazione di normative di legge e di contratto collettivo, con la sola eccezione di quelle relative all'igiene e alla sicurezza sul lavoro[118]; dell'esclusione dalla disciplina delle assunzioni obbligatorie e della riserva (art. 4-bis, co. 3°, D. Lgs. n. 181 del 2000) "*in caso di somministrazione*"[119]; dell'obbligo per il somministratore di versare ad un fondo bilaterale destinato a finanziare iniziative per i lavoratori assunti dall'agenzia -a tempo determinato e indeterminato- un contributo pari al 4 per cento della retribuzione ad essi corrisposta[120]; della responsabilità civile dell'utilizzatore[121]; del trattamento previdenziale[122]

Due novità, invece, emergono in relazione ad aspetti che nella legge 196/1997 costituivano una sorta di tabù.

La prima è rappresentata dalla nullità delle clausole dirette a limitare -anche indirettamente- la

---

[109] Sulla portata di gran parte di queste disposizioni che nello schema della l. 196/1997 venivano raggruppate nell'art. 6, concernente le obbligazioni dell'utilizzatore, v. per tutti BORTONE, 1999, 323 ss.

[110] Cfr. art. 23, comma 1, d. Lgs. 276/2003 e art. 4, comma 2, L. 196/1997. In proposito va segnalato che quest'ultima disposizione, ai fini dell'individuazione del trattamento comparabile spettante al lavoratore per effetto del principio di parità, prevedeva che «*Al prestatore di lavoro temporaneo non può comunque essere corrisposto il trattamento previsto per la categoria di inquadramento di livello più basso quando tale inquadramento sia considerato dal contratto collettivo come avente carattere esclusivamente transitorio*». Si tratta di una previsione che non risulta riproposta in nessuna parte del Decreto.

[111] Cfr. art. 23, comma 4, ult. parte, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 4, L. 196/1997.

[112] Adempimento che il legislatore include nel contenuto obbligatorio del contratto di somministrazione, giusta la previsione di cui all'art. 21, comma1, lett. *j)*, del Decreto.

[113] Cfr. art. 23, comma 3, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 3, prima parte, L.196/1997.

[114] Cfr. art. 23, comma 4, prima parte, d. Lgs. 276/2003 e art. 4, comma 2, ult. parte, L. 196/1997.

[115] Cfr. art. 23, comma 5, prima parte, d. Lgs. 276/2003 e art. 3, comma 5, L. 196/1997.

[116] Cfr. art. 23, comma 5, seconda parte, d. Lgs. 176/2003 e art. 6, comma 1, L. 196/1997.

[117] Cfr. art. 23, comma 7, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 6, L. 196/1997.

[118] Cfr. art. 22, comma 5, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, co.mma 5, L. 196/1997.

[119] Cfr. art. 22, comma 6, d. Lgs. 276/2003 e art. 2, comma 8, L. 196/1997.

[120] Cfr. art. 12, d. Lgs. 276/2003 e art. 5, L. 196/1997.

[121] Cfr. art. 26, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 7, L. 196/1997.

[122] Cfr. art. 25, d. Lgs. 276/2003 e art. 9, L. 196/1997.

facoltà dell'utilizzatore di assumere i lavoratori una volta cessato il contratto di somministrazione a tempo determinato[123]. Ovviamente, la novità non sta nel divieto (già presente nell'art. 1, comma 6, della l. 196/1997) bensì nella previsione che la nullità può non trovare applicazione[124] e, quindi, il patto limitativo dell'assunzione può essere validamente convenuto quando, usufruendo di una apposita e necessaria clausola "autorizzatoria" del contratto collettivo applicabile al somministratore, sia corrisposta al lavoratore «*una adeguata indennità*»[125]. Questa sorta di clausola di *fidelizzazione* del lavoratore richiama in qualche misura il patto di non concorrenza dell'art. 2125 c.c. anche se, a differenza di questo, la limitazione è *mirata* ad un soggetto preciso e determinato (l'utilizzatore).

La seconda novità è contenuta nell'art. 11 del decreto il quale, ribadito il divieto per il somministratore di esigere o comunque percepire -direttamente o indirettamente- compensi dai lavoratori, prevede la possibilità che il divieto sia rimosso «*per specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati*» ovvero «*per specifici servizi offerti dai soggetti autorizzati o accreditati*» anche in tal caso ad opera di contratti collettivi stipulati da associazioni datoriali e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale.

Non è stata invece riproposta la vecchia previsione dell'art. 3, comma 4, seconda parte, l. 196/97 lì dove riconosceva il «*diritto*» del lavoratore «*di prestare l'opera lavorativa per l'intero periodo di assegnazione, salvo il caso del mancato superamento della prova o della sopravvenienza di una giusta causa di recesso*».

Si tratta di una soluzione che, per un verso, appare in linea con la scelta legislativa di *normalizzare* il contratto di lavoro tra agenzia e dipendente ricondotto al tipo dell'art. 2094 c.c. (v. sopra)[126]; per altro verso ridimensionando le posizioni giuridiche attive del lavoratore, si risolve nell'incrementare implicitamente il potere direttivo del somministratore. Caduto infatti il baluardo del diritto a svolgere la missione per l'intero periodo, riemerge il *potere di richiamo* del somministratore destinato a produrre effetti, non tanto nell'ipotesi di contratto a termine[127], quanto in quella di contratto a tempo indeterminato, poiché determina il passaggio del lavoratore da un trattamento retributivo pieno alla mera indennità di disponibilità.

Menzione a parte merita la disciplina della modificazione delle mansioni ad opera dell'utilizzatore.

---

[123] La nullità non è prevista per le ipotesi di somministrazione a tempo indeterminato e la cosa è davvero strana, sia perché -come si è visto- per svolgere una somministrazione a tempo indeterminato l'agenzia può utilizzare più lavoratori assunti con contratti a termine; sia perché la clausola limitativa potrebbe essere presente e scattare quando la somministrazione cessi per qualsiasi causa: contratto a tempo indeterminato non significa contratto *eterno.*

[124] Il comma 9 dell'art. 23 del Decreto è formulato in termini di annullamento del divieto previsto dal precedente comma 8 che, come si è visto, concerne la nullità delle "*clausole*" dirette a limitare la facoltà di assunzione presso l'utilizzatore.

[125] Non è stato riproposto il divieto che l'art. 3, comma 6 della l. 196/1997 prevedeva in relazione alla clausola limitativa posta nel contratto il lavoratore circa la sua facoltà di accettare, dopo la scadenza del contratto, l'assunzione presso l'impresa utilizzatrice.

[126] In proposito SPEZIALE, 1999, 334, osservava che il diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione presso l'utilizzatore costituiva una notevole deviazione funzionale rispetto al normale rapporto di lavoro.

[127] Per il quale il richiamo dalla missione non produce effetti sulla persistenza del contratto e delle obbligazioni che ne derivano in capo al somministratore il quale, peraltro, potrà sempre recedere in caso di mancato superamento della prova ovvero per giusta causa.

Infatti, il legislatore, dopo aver riproposto la norma che attribuisce all'utilizzatore l'obbligo di comunicare per iscritto al somministratore l'adibizione del prestatore a mansioni superiori[128], estende tale adempimento anche all'ipotesi di assegnazione a "*mansioni non equivalenti*". Sicché *sembrerebbe* consentita l'adibizione a mansioni inferiori.

Una apparente conferma se ne trae dalla seconda parte della disposizione in esame, secondo la quale la violazione dell'obbligo di informazione viene sanzionata addebitando esclusivamente all'utilizzatore la responsabilità sia per le differenze retributive spettanti al lavoratore per lo svolgimento di mansioni superiori (riproposizione pressoché speculare di una norma già prevista dalla disciplina del lavoro temporaneo[129]), sia per lo «*eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori*». In tal modo, seppure attraverso lo schermo della regolazione dell'assetto della responsabilità risarcitoria tra somministratore e utilizzatore, quest'ultima previsione *sembra* introdurre una modificazione di grande rilevanza nell'assetto delle posizioni soggettive e indisponibili delle parti nel contratto di lavoro. Essa, infatti, pare convalidare una lettura che, per effetto del combinato disposto della prima e dell'ultima parte del comma 6 dell'art. 23 del Decreto, fa transitare la modificazione *in peius* delle mansioni del lavoratore da atto negoziale nullo, perché assunto in violazione di una norma imperativa, a mera irregolarità gestionale, suscettibile di provocare un mero obbligo di risarcimento dei danni[130].

In definitiva, *sembra* che il legislatore delegato, utilizzando l'occasione della precisazione circa la esclusione di una *culpa in vigilando* del somministratore tutte le volte che non sia stato debitamente informato dall'utilizzatore, abbatta un vero e proprio caposaldo del trattamento normativo inderogabile del lavoratore, per giunta per effetto dell'esercizio di poteri gestionali da parte di un soggetto diverso dal suo datore di lavoro.

A dire il vero, non si vede che altro senso si possa dare al meccanismo previsto il quale -si badi bene- introduce un regime speciale rispetto a quello ordinario, frutto della strutturale dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore, come tale idoneo a sostituirsi interamente ed integralmente a quello dell'art. 2103 c.c. Semmai, posto che quest'ultima norma obbliga il datore di lavoro (nella specie l'agenzia) ad utilizzare correttamente e secondo contratto il prestatore di lavoro, si potrebbero ipotizzare (in seguito alla comunicazione prevista dalla norma) reazioni "dovute" del somministratore sul piano del contratto commerciale di fornitura (a cominciare dal richiamo del lavoratore, ponendo a carico dell'utilizzatore -quale risarcimento del danno- la retribuzione del lavoratore stesso).

In ogni caso, se abbiamo correttamente inteso la lettera tutt'altro che limpida della norma e, quindi, se il regime descritto fosse davvero quello voluto dal legislatore delegato, esso sarebbe decisamente censurabile.

In primo luogo, perché introduce una importante quanto gratuita modificazione nel regime ordinario e inderogabile della disciplina delle mansioni dell'art. 2103 c.c. che, com'è noto, sancisce in

---

[128] Cfr. art. 23, comma 6, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 2, L. 196/1997.

[129] Cfr. art. 23, comma 6, seconda parte, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 3, seconda parte, L. 196/1997.

[130] Peraltro, a questo effetto (già di per sé rilevante) di monetizzazione dell'illegittima variazione delle mansioni del lavoratore somministrato sembra affiancarsi quello che impedisce l'applicazione della sanzione prevista dall'art. 27, comma 1, del Decreto (v. par.fo 6.), che è ordinariamente connessa al mancato rispetto degli elementi necessari del contratto di somministrazione, tra i quali vi è, appunto, l'individuazione delle mansioni cui saranno assegnati i lavoratori somministrati ed il relativo inquadramento.

termini di nullità le modificazioni peggiorative. Di qui, e dalla *mancanza di qualsiasi motivazione o giustificazione a tale diverso regime sostanziale e sanzionatorio*, la sua palese illegittimità per violazione del principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost., in quanto crea una irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori *ordinari* e lavoratori somministrati. Il tutto, peraltro, nel momento stesso in cui si stabilisce la *ordinarietà* del contratto di lavoro ad essi riferito (v. *supra* par. 5.).

In secondo luogo la norma appare censurabile perché abroga e sostituisce la diversa disposizione della l. 196/1997 senza che vi sia alcun mandato specifico in tal senso da parte della legge delega e nella insussistenza di quella incompatibilità tra l'ordinaria applicazione dell'art. 2103 c.c. e il nuovo contratto di somministrazione che, come abbiamo visto, consente la *via di fuga* per il legislatore delegato (v. par.fo 1.).

Di grande impatto è, poi, il disposto, del tutto nuovo, dell'art. 22, comma 4, del Decreto il quale stabilisce che nei confronti dei lavoratori licenziati «*anche nel caso di fine dei lavori connessi alla somministrazione a tempo indeterminato*» non trova applicazione la messa in mobilità di cui all'art. 4, l. 223/1991, bensì la disciplina del licenziamento individuale per g.m.o. dell'art. 3, l. n. 604/1966, nonché «*le tutele di cui all'art. 12*».

In tal modo, l'inapplicabilità della disciplina della messa in mobilità viene bilanciata dalla partecipazione dei lavoratori licenziati, tra le altre misure previste dall'art. 12 del Decreto, alle «*iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato in caso di fine lavori*» (art. 12, comma 2, lett. a). Quest'ultimo rinvio consente, peraltro, di meglio delimitare l'ambito soggettivo di riferimento di questa norma che, operando in termini di deroga alla disciplina ordinaria, deve essere interpretata e applicata con particolare rigore. Sicché proprio quel bilanciamento fondato sull'attribuzione della integrazione reddituale prevista dall'art. 12 del decreto in favore dei soli lavoratori a tempo indeterminato, porta a concludere che la disposizione in esame non riguardi i lavoratori assunti con contratto a termine, che pure possono essere utilizzati nello *staff leasing* (v. par.fo 5.1). Questa esclusione, tuttavia, non si traduce in un irragionevole doppio regime nel trattamento delle eccedenze di personale in quanto i lavoratori assunti con contratto a termine risultano già esclusi, in via generale e ordinaria, dall'applicazione della procedura di mobilità collettiva dell'art. 4, L. 223/1991.

Anche quest'ultimo rilievo conferma lo stretto collegamento tra il disposto del nostro art. 22, comma 4, Decreto, e il comma 14 dell'art. 4, L. 223/1991, il quale ultimo esclude dalla procedura di mobilità collettiva (oltre che «*i lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo determinato*») le eccedenze determinate da «*fine lavoro nelle imprese edili e nelle attività stagionali o saltuarie*».

Tuttavia, a differenza di quanto previsto nelle ipotesi da ultimo richiamate, la «*fine dei lavori*» a cui si riferisce l'art. 22, comma 4, del Decreto non riguarda direttamente e tipicamente l'attività del datore di lavoro (l'agenzia) bensì la cessazione di una fornitura di lavoratori connessa ad una somministrazione a tempo indeterminato. Ciò comporta una sorta di impropria sovrapposizione tra l'attività dell'agenzia di somministrazione e la sorte del singolo contratto commerciale di fornitura che non è affatto implicata nello schema della somministrazione. Questo contratto anzi prefigura, quale condizione *ordinaria* dei lavoratori assunti a tempo indeterminato, dei periodi di inattività facendone derivare, quale parte del trattamento legalmente dovuto, l'obbligo del pagamento dell'indennità di disponibilità.

La profonda diversità delle eccezioni previste dall'art. 4 della L. 223/91 rispetto a quella introdotta dalla disposizione commentata espone a diverse e gravi censure (nonostante l'integrazione del

reddito in ipotesi garantita dall'art. 12 del Decreto) la decisione del legislatore delegato di sottrarre i lavoratori assunti a tempo indeterminato e somministrati alla disciplina dei licenziamenti collettivi (ché di questo si tratta nonostante il riferirsi del decreto alla messa in mobilità dell'art. 4, L. 223/1991[131]).

Infatti, i dipendenti delle agenzie di somministrazione sono privati sia delle tutele derivanti dal preventivo esame in sede sindacale e amministrativa della decisione dell'agenzia di procedere a licenziamenti collettivi (ex art. 24 l. 223/1991); sia dell'applicazione dei criteri scelta, posti a garanzia della obiettività della selezione e nello stesso tempo della sua rispondenza al "bisogno di lavoro" dei lavoratori coinvolti.

Sicché, a tacere dell'assoluta carenza di delega sul punto, la norma introduce una differenziazione del tutto arbitraria tra lavoratori "ordinari" e lavoratori dipendenti dalle agenzie di somministrazione, come tale contrastante con l'art. 3 cost. Non solo. L'art. 22, comma 4, del Decreto configge altresì con la direttiva 98/59 CE del 20 luglio 1998[132] (in materia di licenziamenti collettivi) dal cui ambito di applicazione sono escluse tre ipotesi, eccezionali e tassative[133], tra le quali non rientrano né i licenziamenti per *fine lavori*, né quelli posti in essere dalle agenzie di lavoro interinale.

Per ciò che concerne i diritti sindacali dei lavoratori delle imprese di somministrazione le previsioni dell'art. 24 del Decreto sono identiche a quelle già contenute nell'art. 7 della l. 196/1997 a favore dei lavoratori temporanei, salvo l'individuazione, come destinatarie della comunicazione in mancanza delle r.s.u, delle confederazioni sindacali comparativamente più (invece che maggiormente) rappresentative sul piano nazionale.

L'unico dato nuovo e interessante è contenuto nel primo comma dell'art. 24, che estende l'applicazione dei diritti sindacali, oltre che ai lavoratori delle imprese di somministrazione, "*ai lavoratori ... degli appaltatori*".

Si tratta di una novità assoluta del Decreto collegata probabilmente alla consapevolezza dell'introduzione di una nozione di appalto di servizi che avvicina molto, sin quasi a sovrapporle, la posizione dei lavoratori somministrati e quella dei dipendenti degli appaltatori. Gli uni e gli altri, infatti, appaiono in certa misura *destrutturati* per effetto delle loro condizioni di lavoro che rendono particolarmente problematico l'esercizio dei diritti sindacali e, nello stesso tempo, rendono particolarmente urgente il coinvolgimento ed il controllo sindacale[134].

Ciò detto, rimane la non poca stranezza di una previsione inserita in un contesto normativo (capo I del titolo III) diverso da quello dedicato alla nozione e alla regolazione dell'appalto (capo II, del titolo III) in quanto attinente alla disciplina dei diritti sindacali dei lavoratori somministrati, ai quali sono espressamente e esclusivamente dedicate le prescrizioni di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 24, che alternano l'esercizio di quei diritti tra «*imprese utilizzatrici*» e «*somministratore*». Il tutto in

---

131 Non è ipotizzabile, infatti, che l'agenzia si trovi nelle condizioni di collocare in mobilità i propri dipendenti in quanto, essendo inquadrata nel settore terziario, è esclusa dall'ambito di applicazione della GIGS: cfr. LAGALA, 2004, par.fo 2.

132 Attuata in Italia con la L. 223/1991 e successive integrazioni.

133 Cfr., GAROFALO-CHIECO, 2001, 81.

134 Cfr. LECCESE, 1999, 347, con riferimento alla funzione complessiva delle disposizioni dell'art. 7 della l. 196/1997, che -come detto- sono state letteralmente riproposte nell'art. 24 del decreto.

un contesto che opera non una duplicazione, bensì un'articolazione delle tutele in ragione «*della pluralità di interessi e di relazioni giuridiche che legano il lavoratore temporaneo con gli altri due soggetti della triangolazione*»[135].

Sicché, l'enunciazione secondo cui ai lavoratori degli appaltatori «*si applicano i diritti sindacali previsti dalla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni*», senza che ad essa seguano l'attribuzione in capo ai medesimi lavoratori di diritti sindacali da esercitare presso l'impresa appaltatrice nonché gli obblighi di comunicazione del comma 4 dell'art. 24, appare in fine piuttosto sterile e dal contenuto regolativo in buona misura incerto. Invero, l'unico effetto normativo che sembra avere è quello di riconoscere a favore dei dipendenti dell'appaltatore i diritti sindacali anche al di fuori dei limiti dimensionali di cui all'art. 35 st. lav. Effetto che, peraltro, sembra destinato a prodursi a prescindere dalle caratteristiche dell'appalto e, quindi, anche quando si tratti dell'esecuzione di opere o servizi che non presentano un alto indice di *contatto* delle maestranze dell'appaltatore con l'organizzazione appaltatrice.

In buona parte immutate sono altresì le disposizioni in materia di trattamento previdenziale per i lavoratori somministrati, che l'art. 25 del Decreto riprende, spesso alla lettera, da quelle della l. 196/1997[136], ivi incluso l'inquadramento nel settore terziario del somministratore[137] che, in qualità di datore di lavoro è, ovviamente, il soggetto obbligato al versamento degli oneri contributivi, previdenziali e assicurativi.

Rimane pertanto confermato che un elemento di costo vantaggioso per l'acquisizione di prestazioni di lavoro nel settore industriale a mezzo del contratto commerciale di somministrazione, piuttosto che con il contratto di lavoro subordinato dell'art. 2094 c.c., è il trattamento previdenziale dei lavoratori, stante l'inquadramento dei datori di lavoro-somministratori nel settore terziario[138].

### 5.3 I contratti di lavoro: il precetto di parità e le sue eccezioni.

Si è già ricordato che, similmente a quanto previsto nella l. 196/1997 (art. 4, comma 2), anche per i dipendenti del somministratore vale il diritto a vedersi riconosciuto un trattamento economico e normativo *non inferiore* a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte. Ora, al di là della concreta nozione di lavoratore comparabile assunta dalla norma, non vi è dubbio che il precetto di parità di trattamento abbia un grande valore sistematico, in quanto comporta che l'acquisizione di prestazioni di lavoro mediante somministrazione avvenga per i lavoratori a condizioni non inferiori a quelle che maturerebbero in caso di assunzione diretta

---

[135] Così, LECCESE, 1999, 354.

[136] L'art. 25, comma 1, è identico all'art. 9, comma 1, l. 196/97; l'art. 25, comma 2, è identico all'art. 9, comma 3*ter*, l. 196/97; l'art. 25, comma 3, è identico all'art. 9, comma 2, l. 196/97 con la precisazione (forse superflua) che gli obblighi per l'assicurazione sono determinati in relazione al tipo e al rischio delle lavorazioni svolte. Viene eliminato il rinvio al decreto ministeriale previsto dall'art. 9, comma 3, 196/97.

[137] Salvo che per la somministrazione dei lavoratori domestici e per quelli agricoli per i quali l'art. 25, comma 4, similmente a quanto già stabilito lall'art. 9, comma 3bis, l. 196/97 (sia pure per i soli lavoratori domestici) stabilisce che si applicano «i criteri erogativi, gli oneri previdenziali e assicurativi previsti per i relativi settori».

[138] V. sul punto e con riferimento alla disciplina della L. 196/1997, ANDREONI, 1999, 388-389, che vede in questo inquadramento una violazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori somministrati e dipendenti dell'utilizzatore. Ulteriori osservazioni sul punto, in LAGALA, 2004, par.fo 2.

da parte dell'utilizzatore[139]. Il messaggio è chiaro, è generale -in quanto si ritrova in tutti i contratti di lavoro flessibili- ed è europeo –perché fondato su precise scelte del legislatore comunitario. Esso può riassumersi nel promuovere un modello di concorrenza tra le imprese che si basi su fattori competitivi diversi da quelli concernenti il trattamento economico e normativo dei lavoratori[140].

Proprio le ragioni richiamate, e la loro connessione ad un modello sociale condiviso, rendono evidenti i motivi di critica all'intervento sul punto del legislatore delegato con riferimento in primo luogo all'abrogazione della clausola paritaria a favore dei dipendenti dell'appaltatore (art. 3 della l. 1369/1960), capace di provocare effetti rilevanti sulla *tenuta* del principio di parità di trattamento nella somministrazione. Quando, infatti, la fornitura professionale di manodopera venga effettuata verso un utilizzatore-appaltatore che utilizzi i lavoratoti somministrati per l'esecuzione di un *vero* appalto di servizi -con organizzazione leggera, *ex* art. 29 (par.fo 7.)- presso un'impresa appaltante che garantisce *standard* di trattamento elevati ai propri dipendenti, è evidente che il principio di parità di trattamento spettante ai lavoratori somministrati ne esce frustrato (i lavoratori comparabili saranno infatti i dipendenti dell'appaltatore e non dell'appaltante, beneficiario finale dell'attività lavorativa).

Ma non è tutto. Ugualmente criticabile è l'eccezione al precetto della parità di trattamento prevista dal comma 2 dell'art. 23 che rinvia all'art. 13 del Decreto, rubricato *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*.

In particolare dal raccordo tra le due disposizioni emerge che, al fine di garantire l'inserimento o il reinserimento di lavoratori svantaggiati, si consente alle agenzie di somministrazione[141] convenzionate con comuni, provincie o regioni (almeno fino all'entrata in vigore di una diversa disciplina regionale della materia, riservata dall'art. 117 Cost. alla competenza concorrente Stato-Regioni) di fornire le prestazioni di tali lavoratori ad un costo decisamente più basso e conveniente[142]. L'inserimento di questi lavoratori è reso ulteriormente vantaggioso dalla possibilità di determinare il trattamento retributivo dovuto detraendo quanto percepito dai lavoratori medesimi a titolo di indennità di mobilità, di disoccupazione ecc. (art. 13, lett. b). In tal modo il datore di lavoro beneficia di una prestazione lavorativa pagata in parte dal bilancio dello Stato e dei suoi enti strumentali.

E ciò si badi bene non per agevolare l'occupazione stabile, ma in tutti i casi di conclusione di contratti a termine, seppure aventi durata non inferiore a sei o nove mesi, il che da ragione a chi

---

[139] Sulla fondamentale rilevanza del principio di parità di trattamento tra lavoratori permanenti dell'impresa utilizzatrice e prestatori di lavoro temporaneo v. ampiamente, anche con analisi di diritto comparato, TIRABOSCHI, 1999, 349, 350 e 351 ss.

[140] Per un più ampio sviluppo di queste considerazioni sia consentito il rinvio a CHIECO, 2002, 779 ss

[141] I meccanismi di cui all'art. 13 Decreto potranno essere utilizzati anche da «*appositi soggetti giuridici*» costituiti (in base ad una normativa regionale che verrà) mediante convenzione con le agenzie di somministrazione e accreditati dalla regione *ex* art. 7 decreto, alle cui spese di costituzione e funzionamento potranno concorrere gli enti locali, i centri per l'impiego, le regioni, seppure nei limiti della loro disponibilità finanziaria (art. 13, commi 7 e 8, Decreto).

[142] Convenienza che può essere ulteriormente accresciuta in ragione della possibilità per le agenzie di somministrazione di valersi dei fondi costituiti con il contributo del 4% sulle retribuzioni dei lavoratori assunti a tempo indeterminato (art. 13.2, lett. c), seppure nel quadro delle politiche individuate dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione o, in mancanza, stabilite dal decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

ha ritenuto questa misura qualificabile come aiuto di stato contrastante con l'art. 87 del trattato CE[143].

Ma non è tutto.

L'eccezione al precetto di parità è dichiaratamente motivata con l'intento di agevolare l'occupazione di questi soggetti. E, tuttavia, la strada seguita è grandemente impegnativa sotto il profilo della politica del diritto in quanto si fonda sull'idea che rendere il costo del lavoro (in senso allargato) di questi soggetti più vantaggioso significhi consentire una loro migliore collocazione nel mercato del lavoro e, quindi, un più facile accesso all'impiego.

Si tratta di un'idea (economica) che ha avuto modo di esplicarsi sul piano giuridico proprio in merito alla critica rivolta alle norme antiscriminatorie (*alias*, a quelle impositive della parità di trattamento in favore dei soggetti più deboli e svantaggiati), ritenute del tutto inidonee a perseguire il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei soggetti protetti e, in ogni caso, di ostacolo al loro accesso al lavoro[144]. E tuttavia è un'idea che, aldilà delle molte critiche sollevate[145] (non rilevanti in questa sede), rinvia ad un disegno di politica del diritto sul quale il Parlamento, nella legge delega, non si è in alcun modo pronunciato e, specificamente, non lo ha fatto con riferimento alla connessione (proposta nella norma qui analizzata) tra eccezione al precetto di parità di trattamento e agevolazione dell'occupazione dei lavoratori svantaggiati.

Ed anzi, a guardare fino in fondo, ciò che la delega ha esplicitamente detto è che tra i criteri direttivi della nuova disciplina vi è quello per il quale deve essere assicurato un trattamento «*ai lavoratori coinvolti nell'attività di somministrazione di manodopera non inferiore a quello a cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice*» (art. 1, comma 2, lettera m), n. 5, l. 30/2003). Previsione generale questa non derogata dalla delega con la quale si incentiva l'attuazione di "*forme di coordinamento e raccordo tra operatori privati e operatori pubblici, ai fini di un migliore funzionamento del mercato del lavoro, nel rispetto delle competenze delle regioni e delle provincie*" (art. 1, comma 2, lettera f).

Sussistono, pertanto, elementi formali contrari alla operazione giuridico-economica realizzata dal legislatore delegato, il cui intervento risulta essere ancora una volta in contrasto con l'art. 76 cost. per eccesso (*melius*, carenza) di delega.

---

[143] Così, PINTO, 2003, 3.

[144] Circa la questione della efficienza della legislazione antidiscriminatoria ad affrontare le differenziazioni odiose ed a raggiungere (seppure tendenzialmente) la parificazione auspicata tra i gruppi presi in considerazione ovvero se a tal fine basti, nel medio/lungo periodo, la spontanea tendenza del mercato a rimuovere le inefficienze prodotte dai comportamenti discriminatori, v. l'interessante saggio di SCHWAB, 2000, 3 ss., ove peraltro vengono mostrati i non pochi limiti e le molte divergenze tra i modelli di analisi proposti dagli economisti che, in ogni caso, sono concretamente segnati anche dallo specifico assetto della normativa presa in considerazione (nella specie il Titolo VII del *Civil Rights Act* 1964 – vol. 42, Sez. 2000 e, del Codice degli Stati Uniti).

[145] Cfr. di recente e seppure con riferimento alla finalità di incremento occupazionale perseguita dalla legge delega n. 30/2003, GAROFALO M.G., 2003, 361-312, nonché, con più ampio riferimento alla flessibilità, SPEZIALE, 2001, 362-368, ed ivi per riferimenti bibliografici. Può dedursene, per quel che ci riguarda, che la ricerca del tendenziale equilibrio nel mercato (nella specie del lavoro) porta a ritenere che all'ingresso a più basso costo di soggetti svantaggiati seguirebbe una risposta di analogo segno degli altri lavoratori così innescando nella forza lavoro una spirale di concorrenza al ribasso che costituisce proprio la negazione del ruolo del diritto del lavoro e della coalizione sindacale: cfr sul riconoscimento che la principale ragion d'essere del diritto del lavoro sia "*la limitazione e il controllo della concorrenza tra i lavoratori*" ICHINO, 2000b, 380.

## 6. Il regime sanzionatorio della somministrazione di lavoro non regolare: il quadro legale.

Quando la somministrazione di lavoro avvenga «*al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d), ed e)*», il lavoratore ha facoltà di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 27, comma 1).

Grazie all'ampiezza del rinvio questa sanzione civile è in grado di dare copertura alle violazioni dei requisiti soggettivi e sostanziali del contratto di somministrazione (art. 20)[146] nonché alla gran parte di quelli formali (art. 21)[147] segnalandosi su queste ultime una totale sovrapposizione -sulla quale avremo modo di tornare più avanti- con la norma sanzionatoria contenuta nello stesso art. 21 (al comma 3) la quale, per le medesime violazioni formali[148] stabilisce che «*il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore*».

Dalle sanzioni descritte rimangono fuori -oltre ad alcuni degli elementi contenutistici richiesti allo stesso contratto[149]- l'obbligo di informativa al lavoratore di cui all'art. 21, comma 3. Queste ultime inosservanze, tuttavia, insieme con le violazioni già ricomprese nel meccanismo sanzionatorio dell'art. 27, comma 1, ricadono nella sanzione amministrativa dell'art. 18, comma 3, del Decreto[150].

Nei casi più gravi, alla sanzione civilistica si aggiunge quella penale che punisce l'esercizio non autorizzato della somministrazione (al pari delle altre attività di cui all'art. 4.1)[151], collegandovi la misura accessoria, in caso di condanna, della confisca del mezzo di trasporto eventualmente adoperato per l'esercizio abusivo (dall'art. 18, commi e 2[152]).

---

[146] Il riferimento è alla somministrazione posta in essere da soggetti privi di autorizzazione (art. 20.1), ovvero al di fuori dei casi e delle causali (art. 20, commi 3 e 4) o, ancora, nelle ipotesi espressamente vietate (art. 20.5).

[147] Il riferimento è al contratto di somministrazione: lett. *a)* privo dell'indicazione dell'autorizzazione; lett. *b)* privo dell'indicazione del numero dei lavoratori da somministrare ovvero (è da ritenere) somministrazione di uno o più lavoratori oltre il numero di quelli indicati nel contratto; lett. *c)* privo della indicazione dei casi e delle ragioni che consentono la somministrazione a tempo indeterminato (art. 20.3) e indeterminato (art. 20.4); lett. *d)* privo dell'indicazione della presenza di rischi eventuali per i lavoratori somministrati; lett. *e)* privo dell'indicazione della sua data di inizio e della sua durata.

[148] Si tratta della «*mancanza di prova scritta, con indicazione degli elementi di cui alle lettere* a), b), c), d), *ed* e)» del comma 1 dell'art. 21 del decreto.

[149] Si tratta dell'assunzione dell'obbligo del somministratore di pagamento diretto al lavoratore della retribuzione nonché del versamento dei contributi previdenziali (art. 21, lett. h); dell'assunzione degli obblighi dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali sostenuti (art. 21, lett. i); della solidarietà passiva nel pagamento di retribuzioni e contributi previdenziali in caso di inadempimento del somministratore (art. 21, lett. k) e, infine, dell'obbligo di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili (art. 21, lett. j).

[150] L'art. 18, comma 3, prevede l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria (da 250 a 1250 euro): per i contratti di somministrazione a tempo indeterminato (art. 21.3) ovvero a tempo determinato (art. 21.4) stipulati nei casi in cui non sono consentiti ovvero sono vietati (art. 21, comma 5); per il contratto di somministrazione privo della forma scritta o degli altri elementi contenutistici richiesti (art. 21, comma 1) ovvero che nell'indicazione di tali elementi non segua le indicazioni dei contratti collettivi (art. 21, comma 2); in caso di la mancata comunicazione scritta al lavoratore delle informazioni prescritte concernenti il contratto di somministrazione ovvero della durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore (art. 21, comma 3). In tal caso la sanzione si applica solo al somministratore e non -come negli altri casi- all'utilizzatore.

[151] Tuttavia l'esercizio abusivo (alias non autorizzato) dell'attività di intermediazione è sanzionato più pesantemente: arresto fino a 6 mesi e ammenda da 1.500 a 7.500 euro.

[152] Il comma 1 dell'art. 18, concerne il somministratore "abusivo" e stabilisce che la pena prevista è quella dell'ammenda di 5 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giorno. La pena è diminuita (solo ammenda da 500 a 2.500 euro) se non vi è scopo di lucro mentre è aumentata nel caso di sfruttamento di minori (arresto fino a 18 mesi e ammenda aumentata fino a 6 volte). Il comma 2 dell'art. 18,

Il regime penalistico è completato dalla sanzione congiunta dell'arresto (max 1 anno) e dell'ammenda (da 2.500 a 6.000 euro) comminata nel caso di richiesta ovvero di percezione di compensi dal lavoratore per «*avviarlo a prestazioni di lavoro oggetto di somministrazione*»; pena alla quale si aggiunge la cancellazione dall'albo. La sanzione è ovviamente esclusa nei casi in cui il compenso sia previsto dai contratti collettivi (art. 11, comma 2, del Decreto). La formulazione di quest'ultima fattispecie -che peraltro riprende in termini pressoché analoghi l'art. 10, comma 3, l. 196/97- è piuttosto barocca, ma sembra possa essere riferita alla richiesta o alla percezione di corrispettivi per l'assunzione del lavoratore da parte di un'agenzia di somministrazione e, quindi, per un'attività di intermediazione tra il lavoratore e l'agenzia. In apparenza, sembrerebbe la medesima fattispecie penale oggetto della più grave sanzione del comma 1 dell'art. 18 (intermediazione abusiva a scopo di lucro). Tuttavia, il fatto che sia prevista, in aggiunta, la cancellazione dall'albo, lascia intendere che si tratti di un'attività illecita riferibile ad un'agenzia autorizzata (e quindi ad una intermediazione non abusiva, ma a scopo di lucro)[153].

Il complesso sanzionatorio descritto si completa con la fattispecie della somministrazione fraudolenta, che per la sua specificità, oltre che per delicatezza della relazione che si prospetta con la somministrazione irregolare, sarà oggetto di un'apposita trattazione.

In chiusura merita segnalare il fatto che il Ministro del lavoro -con decreto da emanare entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge delegata- stabilisce «*criteri interpretativi certi per la definizione delle varie forme di contenzioso in atto riferite al pregresso regime in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro*» (art. 18, comma 6). Il riferimento (anche per la collocazione della previsione nella norma rubricata «sanzioni penali») è alle sanzioni penali in materia di collocamento e di interposizione. Tuttavia, proprio perché riferito a fattispecie penali, va rilevato che il criterio, in realtà, è già previsto dalla legge ed è quello posto dal principio del *favor* per l'imputato, principio cardine del nostro ordinamento, la cui applicazione è rimessa dal codice di rito al giudice. Sicché è da dubitare che una fonte amministrativa possa "disporne" specifiche modalità applicative.

### 6.1 La somministrazione «irregolare» ...

Come si è visto, quando la somministrazione avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni sostanziali e formali individuate dagli artt. 20 e 21 del Decreto, scatta il meccanismo sanzionatorio dell'art. 27, comma 1, che il legislatore delegato ha significativamente denominato *somministrazione irregolare* così da evidenziare subito a chiare lettere il trapasso da un sistema fondato sul

---

concerne invece l'utilizzatore che ricorra alla somministrazione da parte di soggetti non autorizzati ovvero "*al di fuori dei limiti previsti*" e commina l'ammenda di 5 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giorno. La pena è aumentata nel caso di sfruttamento di minori (arresto fino a 18 mesi e ammenda aumentata fino a 6 volte) mentre non è prevista alcuna diminuzione nel caso di mancanza di scopo di lucro.

[153] Ciò non toglie che in realtà se il compenso venisse richiesto da un'agenzia di somministrazione a tempo indeterminato (per la quale -a differenza dell'agenzia a tempo determinato- non vale l'automatica iscrizione all'albo delle imprese abilitate all'intermediazione) per assumere e mandare in missione il lavoratore si tratterebbe di un'attività abusiva oltre che a fine di lucro e, come tale, soggetta alla sanzione dell'art. 18, comma 1.

divieto di interposizione e su ipotesi eccezionali di legittima fornitura di lavoro[154], all'attuale assetto regolativo della materia che dà stabile ingresso alla fornitura di lavoro e colloca in un'area di mera irregolarità le ipotesi non conformi o estranee alla propria disciplina. Queste, infatti, rispetto al tipo contratto di somministrazione di lavoro, non sono altro da sé (com'era invece l'interposizione illecita[155]), in quanto ricadono pur sempre nell'ambito della fattispecie tipizzata, seppure irregolare perché carente di taluno dei suoi elementi formali o costituivi.

Del resto, una conferma di questo assetto che fa rifluire tutto nella somministrazione e nel suo sistema sanzionatorio, si evince dal fatto che è ancora una volta l'art. 27, comma 1, a presidiare il rispetto dei confini tra somministrazione e appalto ovvero tra somministrazione e comando. Infatti, anche nel caso in cui nelle fattispecie di confine manchi alcuno degli elementi costitutivi di tali altre tipologie contrattuali si ricadrà in una somministrazione di lavoro ovviamente posta in essere da parte di soggetto privo dei requisiti formali richiamati dall'art. 20, comma 1 e, quindi, oltre che "irregolare" anche illecita (art. 18, commi 1 e 2).

Pur entro tali nuove coordinate, l'art. 27, comma 1, del Decreto sembra ritagliato sul vecchio meccanismo sanzionatorio della l. 1369/60[156] in quanto stabilisce che il lavoratore ha facoltà di chiedere *ex* art. 414 c.p.c.[157] la «*costituzione di una rapporto alle dipendenze*» del «*soggetto che ne ha utilizzato la prestazione*», con «*effetto dall'inizio della somministrazione*».

Vi è però una differenza nella lettera dell'art. 27, comma 1, del Decreto lì dove stabilisce che, per fare operare tale sanzione, occorre una domanda del lavoratore (unico soggetto legittimato a proporla), mentre l'art. 1, comma 5, della l. 1369/1960 lasciava intendere una sorta di automatismo nell'applicazione del meccanismo sanzionatorio in quanto i lavoratori venivano «*considerati a tutti gli effetti*» alle dipendenze dell'effettivo imprenditore-utilizzatore.

Questo elemento differenziale è stato presentato, in una prima e significativa lettura, come l'espressione del fatto che "*il rapporto interpositorio irregolare rimane pur sempre un contratto di somministrazione di lavoro, che come tale produrrà gli effetti voluti da utilizzatore e somministratore, ma questo solo se -e fino a quando- il prestatore di lavoro non ne richieda la conversione ... in un contratto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore*"[158].

Tuttavia, pur prendendo atto che questo era il presumibile intento del legislatore, mi sembra che la lettera della norma sia insufficiente a fondare una costruzione così dirompente del sistema che

---

[154] Sulla natura di eccezione al divieto generale della fattispecie introdotta dagli artt. 1-11, l. 196/1997, v. da subito LECCESE, PINTO, 1997, 10, nonché CARINCI, 2000, 210-211, ed ivi per più ampie indicazioni anche bibliografiche.

[155] Della quale, quasi a mo' di riflesso condizionato, vi è oramai solo un improprio richiamo nella rubrica dell'art. 84 del Decreto (v. oltre).

[156] Merita però segnalare che, a differenza del meccanismo sanzionatorio della legge del 1960 che aveva quale ambito soggettivo di riferimento le imprese, la sanzione dell'art. 27, comma 1, del Decreto opera anche nei confronti degli effettivi utilizzatori *non* imprenditori.

[157] Il comma 1 dell'art. 27 precisa inoltre che il ricorso può essere notificato anche soltanto all'utilizzatore della prestazione di lavoro rendendo così facoltativa la *vocatio in ius* del somministratore che, viceversa, la giurisprudenza più recente riteneva necessaria qualificando la posizione dell'interposto e dell'interponente come di litisconsorzio necessario.

[158] Cfr. TIRABOSCHI, 2003, 75, che formula le sue osservazioni avendo a riferimento una formulazione della norma rimasta invariata nel d. lgs. 276/2003. Si tratta, peraltro, di osservazioni le quali, al di là di quanto si rileva nel testo, sembrano confondere due piani diversi, quello del contratto di somministrazione e quello del contratto di lavoro: il primo, infatti, non può convertirsi nel secondo a domanda del lavoratore. Peraltro, seppure in termini di ragionamento astratto e formale, i due piani potrebbero ben scindersi sicché le sanzioni sul versante del contratto di lavoro potrebbero operare a prescindere dall'ulteriore vigenza *inter partes* del contratto di somministrazione.

rimette alla decisione e all'azione del prestatore di lavoro e cioè al soggetto più debole della triade che occupa la scena, l'effettività del funzionamento di un sistema complesso, fondato (tra l'altro) su autorizzazioni che rinviano ad interessi pubblicistici inevitabilmente coinvolti nel sistema regolativo.

In altri termini, se tale fosse l'assetto della disciplina, avremmo come risultato che la tutela di tali interessi e, correlativamente, l'affermazione del modello trasparente perseguito dal legislatore verrebbe rimessa alla capacità di iniziativa di un privato e, per giunta, posto in una condizione di inevitabile debolezza (accentuata dalla presenza, in ipotesi, di un contratto *certificato*: v. oltre).

Ma la poca affidabilità della costruzione sopra riferita emerge non soltanto sul piano sistematico e dei principi ma anche in relazione alle ulteriori e concrete disposizioni del Decreto.

Per un verso, invero, l'art. 21, comma 4, dichiara formalmente nullo il contratto di somministrazione che sia privo della forma scritta ovvero che non contenga taluni degli elementi prescritti dal suo primo comma.

Per altro verso, la fornitura di lavoro senza la prescritta autorizzazione ministeriale, oltre che dare luogo ad una somministrazione irregolare, è sanzionata penalmente dai commi 1 e 2 dell'art. 18, a carico rispettivamente del fornitore e dell'utilizzatore; illiceità penale alla quale si associa una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 18, comma 3) che scatta per il mancato rispetto delle causali, degli obblighi e dei divieti di cui all'art. 20, commi 1, 3, 4 e 5, nonché per le violazioni formali dei requisiti prescritti dall'art. 21, commi 1, 2 e 3 (v. sopra par.fo 6.).

Ebbene, ritenere che in presenza di queste violazioni tutto possa continuare come se niente fosse, salvo che il lavoratore promuova l'azione di cui al comma 1 dell'art. 27, sembra davvero insostenibile. Ci troviamo, infatti, di fronte ad un negozio illecito e illegittimo, e perciò palesemente e irrevocabilmente nullo, la cui persistente vitalità può occasionalmente darsi nella realtà dei fatti materiali, non ancora plasmati dal diritto e dalle sue scelte, ma non certo all'interno dell'ordinamento giuridico che non può coltivare anomie capaci di minarne sino a tal punto la razionalità. E tale sarebbe un assetto "regolativo" che prevedesse la nullità e contemporaneamente la persistente validità ed efficacia di un negozio, seppure condizionando questa sorta di «convivenza degli opposti» all'inerzia di un terzo (il lavoratore è estraneo al contratto di somministrazione), unico legittimato a farla cessare.

In realtà, è ragionevole ritenere che la diversa formula utilizzata dall'art. 27, comma 1, del Decreto rispetto a quella del comma 5 dell'art. 1, l. 1369/1969 (ma anche del comma 4 dell'art. 21 del Decreto), rifletta non una sanzione strutturalmente diversa, bensì -più semplicemente- una *diversa descrizione del medesimo meccanismo sanzionatorio*. Si tratta, in altri termini, di una norma tipicamente processuale in quanto formulata a partire dalla posizione del lavoratore rispetto all'esercizio dell'azione civile la quale -al pari di quello che già avveniva nella vigenza della l. 1369/1960[159]- può essere proposta soltanto dal prestatore di lavoro subordinato, unico soggetto legittimato a far accertare la natura interpositoria della fattispecie al fine di costituire il rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore.

---

[159] Cfr. per tutti, CARINCI, 2000, 157, nonché CHIECO, 1996, 347, ed ivi per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

In definitiva, è proprio la costituzione di un contratto di lavoro di cui è parte necessaria il lavoratore a giustificare la "facoltà" di azione di cui parla il comma 1 dell'art. 27, di modo che quest'ultimo elemento -meramente evocativo della disponibilità del diritto all'azione nel processo- non può in alcun modo pregiudicare la riconduzione alla nullità originaria della somministrazione di lavoro irregolare, con tutti gli effetti ordinari che ne conseguono: a cominciare dalla possibilità di dedurla ad opera di tutti gli interessati[160].

Il comma 1 dell'art. 27 del Decreto è altresì interessante perché parla espressamente di costituzione con effetto retroattivo del rapporto di lavoro tra utilizzatore e lavoratore lasciando così ipotizzare la nullità -al pari della somministrazione- anche del contratto tra somministratore (irregolare) e prestatore, al quale si sostituirebbe integralmente *ex lege* e *ab origine* un diverso contratto di lavoro, ovviamente "a domanda" del prestatore di lavoro stesso. La conclusione, però, è meno lineare di quel che appare a prima vista anche in considerazione di quanto stabilisce il comma 2 dello stesso art. 27 il quale, tuttavia, ha il merito di rendere ormai irrilevante sul piano pratico (*alias*, degli effetti regolativi) l'individuazione dei vizi dei negozi collegati e, quindi, della sorte del contratto di lavoro tra interposto e lavoratore che, invece, assumeva valore centrale nella vecchia disciplina della l. 1369/1960[161].

Il comma 2 dell'art. 27 del Decreto dispone, infatti, che «*tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o per la gestione del rapporto ... si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione*».

In tal modo si stabilisce in maniera chiara ed espressa che l'utilizzatore subentra nei rapporti così come costituiti e poi gestiti dal somministratore. Sicché la costituzione del rapporto di lavoro non farà riferimento ad un rapporto virtuale ma a quello come voluto e amministrato da colui il quale risulta essere, agli effetti legali, un vero e proprio interponente reale in quanto si riconosce che ha posto in essere atti validi in nome e per conto dell'utilizzatore, salvo ovviamente le modificazioni e le integrazioni conseguenti al necessario rispetto delle norme inderogabili.

Ciò vale, pertanto, sia per quel che concerne la tipologia del contratto di lavoro che viene ricondotto in capo all'utilizzatore tal quale era stato voluto (e poi gestito)[162] dal somministratore, sia per quel che concerne gli atti di gestione del rapporto di lavoro che produrranno tutti gli effetti negoziali, anche modificativi, loro propri, ivi incluso il licenziamento[163].

---

[160] Oltre agli enti previdenziali, lo stesso somministratore avrebbe titolo e interesse ad eccepire la nullità della somministrazione irregolare di lavoro, secondo quanto già emerso nel vigore della l. 1369/1960: cfr. CHIECO, 1996, 332-334, ed ivi per riferimenti anche giurisprudenziali.

[161] A causa della formulazione piuttosto criptica dell'art. 1, comma 5, estremamente carente quanto a natura e contenuto del "nuovo" contratto di lavoro tra effettivo utilizzatore e lavoratore.

[162] Varranno cioè anche le variazioni tipologiche indotte dalla concreta (e, in ipotesi, difforme rispetto al tipo formalmente stabilito con il lavoratore) gestione che del rapporto di lavoro abbia fatto il somministratore.

[163] Pertanto, il licenziamento anche se intimato dal somministratore andrà irrevocabilmente impugnato nei 60 gg. successivi, pena la ordinaria decadenza dell'azione di annullamento anche rispetto all'utilizzatore. Sulla questione che nella vigenza della l. 1369/1960 aveva costituito motivo di opposte ricostruzioni sia consentito rinviare a CHIECO, 1996, 347-348, nonché, da ultimo, CARINCI, 2000, 150 ss.

### 6.2 ... (segue) e i limiti al controllo giudiziale.

Si è già anticipato che il terzo ed ultimo comma dell'art. 27 , richiamando espressamente i casi della somministrazione a tempo indeterminato (art. 20, comma 3) e le ragioni di quella a termine (art. 20, comma 4), *segnala* i limiti che incontra il controllo giudiziale che deve svolgersi «*in conformità ai principi generali dell'ordinamento*» e deve riguardare «*esclusivamente*» l'accertamento della «*esistenza delle ragioni ... che giustificano*» il contratto di somministrazione, senza poter quindi «*sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore*».

Nonostante che in una della prime letture della bozza del decreto delegato si sia ravvisata (anche) in questa disposizione la manifestazione di una "*(tendenziale) limitazione del controllo giudiziale quale canone di certezza e di definitività degli atti imprenditoriali*"[164], è da ritenere che in realtà essa nulla aggiunga e nulla tolga all'ordinario sindacato giudiziale sugli atti di esercizio della libertà contrattuale dell'imprenditore (ché di questo si tratta)[165]. Conclusione, questa, peraltro confermata dal fatto che, nel passaggio della prima alla seconda bozza del decreto attuativo (rimasta poi invariata nella versione finale), è stata aggiunta la precisazione che il sindacato giudiziale nei limiti dell'art. 27, comma 3, deve svolgersi «*in conformità ai principi generali dell'ordinamento*», rimanendo così espressamente confermata l'ordinarietà dell'azione di accertamento e di qualificazione del giudice.

Semmai va qui richiamato (e ben delimitato) un possibile tentativo di collegamento tra i criteri e le attività d'indagine del giudice in tema di accertamento della fattispecie della somministrazione irregolare e il decreto del Ministro del lavoro previsto dal comma 2 dell'art. 84 del Decreto contenente «*codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino*», assunti anche sulla base di indicazioni contenute nei contratti collettivi, «*che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico d'impresa da parte dell'appaltatore*».

Come si vedrà (v. par.fo 7.3), infatti, i codici ministeriali delle buone prassi e degli indici presuntivi della liceità dell'appalto, anche ove frutto delle indicazioni di fonte collettiva, svolgono ed esauriscono la propria opera entro la procedura amministrativa di certificazione, stante l'impugnabilità in sede giudiziale della «*erroneità della qualificazione*» del contratto (*ex* art. 80, comma 2, del Decreto). Essi, perciò, non sono in grado di incidere in alcun modo sul principio costituzionale di soggezione del giudice alla legge e, quindi, sul potere-dovere dell'autorità giudiziaria di procedere in via autonoma alla valutazione e qualificazione della fattispecie, anche in contrasto con le indicazioni ministeriali.

Ciò non toglie, tuttavia, che -nel tempo e con un'attività ponderata e condivisa in sede collettiva- l'individuazione degli indici presuntivi possa divenire un ausilio al quale il giudice potrebbe liberamente attingere per orientare la sua attività di indagine e di valutazione, secondo scienza e coscienza.

---

[164] Così PINTO, 2003, 1.

[165] Ulteriori e più approfonditi rilievi nel par.fo 2.2.

### 6.3 La somministrazione fraudolenta.

Una fattispecie ulteriore e diversa rispetto a quella delineata nell'art. 27 del Decreto è la somministrazione fraudolenta che il successivo art. 28 introduce per sanzionare penalmente[166], in aggiunta alle altre ipotesi di rilievo penale della somministrazione irregolare elencate nell'art. 18 del Decreto (v. par. 6.), i casi in cui «*la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore*».

Si tratta di una ipotesi in apparenza ripescata nel passato più lontano del divieto di interposizione[167] ma che oggi non è certamente evocata per sostenere e spiegare la struttura del divieto (ammesso che in passato sia valsa a tanto)[168].

Essa, come si accennava, sembra aggiungersi alla somministrazione illecita, in quanto viene introdotta dall'art. 28 del Decreto dopo la premessa «*Ferme restando le sanzioni di cui all'art. 18*», così da apparire un'autonoma ipotesi di reato. Dubbio è se la somministrazione fraudolenta possa formalmente cumularsi con la fornitura di lavoro illecita (o soltanto irregolare *ex* art. 27, comma 1) quando, cioè, quest'ultima presenti un *carico antigiuridico di particolare gravità* (la finalità elusiva dell'art. 28 del Decreto) seppure in concreto difficilmente misurabile[169]. In proposito, stante la struttura del negozio in frode alla legge (v. *infra*) a cui la fattispecie penale si ispira, sarei incline a ritenere la non cumulabilità delle due ipotesi criminose.

In ogni caso, certamente di maggior interesse è la circostanza che la somministrazione fraudolenta si configura in presenza di una somministrazione formalmente regolare e, tuttavia, «*posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo*».

In proposito si può ipotizzare il caso di un lavoratore costretto a dimettersi in vista di un accordo tra datore di lavoro e agenzia di somministrazione in virtù del quale quest'ultima, assunto a termine il lavoratore, lo invii in missione presso l'*ex* datore di lavoro a svolgere la medesima attività lavorativa a fronte di un trattamento normativo, ma anche economico, più basso, per effetto del differenziale ammesso in caso di inserimento di lavoratori svantaggiati (ad es. ultracinquantenne, ovvero donna in area geografica ad alto tasso di disoccupazione femminile, ovvero soggetto privo di titolo di studio superiore ecc. v. par.fo 5.3).

Il meccanismo dell'art. 28 del Decreto richiama, seppure in termini in parte discordanti, il contratto in frode alla legge dell'art. 1344 c.c. caratterizzato da una causa *reputata* illecita perché strumento di elusione di una norma imperativa. Si tratta, in altri termini, di divieti e limiti posti

---

[166] Ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore e per ciascun giorno di somministrazione a carico sia dell'utilizzatore che del somministratore.

[167] Il riferimento è alla nota costruzione di CESSARI, 1959, NICOLINI, 1980.

[168] Com'è noto con l'introduzione del divieto di cui all'art. 1 della l. n. 1369/1960 il ricorso al negozio in frode alla legge per sanzionare le ipotesi di interposizione nelle prestazioni di lavoro perse significato. In proposito per riferimenti e approfondimenti sia consentito rinviare a CHIECO, 1996, 311-313.

[169] È del tutto evidente, infatti, che nella gran parte dei casi la somministrazione di manodopera irregolare (e cioè operata al di fuori del paradigma degli artt. 20 e 21 del Decreto) non ha altra finalità che quella di speculare al ribasso sui trattamenti economici e normativi che sarebbero spettati ai lavoratori in caso di contratto "legittimo" (di somministrazione ovvero di assunzione diretta del lavoratore) sicché è *in re ipsa* la finalità di eludere le norme inderogabili applicate al lavoratore.

all'autonomia privata che non sono violati direttamente ma solo elusi o aggirati dalle parti mediante accordi o procedimenti articolati in modo tale da rispettare la lettera della legge e, tuttavia, raggiungere risultati analoghi o identici a quelli proibiti, così da violarne lo «spirito»[170].

In particolare, il legislatore delegato sembra aver assunto e tipizzato una nozione «soggettiva» di negozio in frode alla legge in cui spicca il precipuo intento (la «*specifica finalità*») di eludere un complesso di norme inderogabili (di fonte legale e collettiva) che assume il ruolo di elemento costituivo della frode in quanto capace di imprimere la torsione del contratto lecito in illecito[171].

Ora, al di là del fatto che la impostazione soggettivista appare abbandonata dalla dottrina più moderna incline a superare le ragioni storiche del riferimento al motivo illecito[172], va osservato che la prova dell'elemento psicologico non è quasi mai diretta in quanto può essere raggiunta attraverso strumenti indiretti, indizi oggettivi[173], elementi sintomatici[174] o inusuali[175] ecc. Ne risulta un quadro che, non a caso, richiama la teoria oggettiva del contratto *in fraudem legem* la quale svaluta l'elemento psicologico a fronte del risultato di fatto ottenuto mediante il collegamento negoziale[176]; teoria che ha portato ad affermare un attento interprete del fenomeno come "*accertando obiettivamente una frode alla legge (per carenza di legittimo interesse delle parti all'operazione proposta) ritengo sussistente un intento elusivo*"[177].

Peraltro, pure a muoversi lungo la linea del fondamento soggettivo della frode, va osservato che, in merito all'operazione compiuta, occorre valutare se esiste un apprezzabile (ragionevole, legittimo) interesse delle parti oppure se il prevalente interesse è quello dell'aggiramento della norma elusa. Ciò significa, in altri termini, che l'intento frodatorio può accompagnarsi anche ad altri motivi sicché si produrranno o meno le conseguenze invalidanti della norma sanzionatoria (nella specie l'art. 28 del Decreto) a seconda che la finalità elusiva sia o non sia prevalente[178].

La somministrazione fraudolenta sembra proporre ulteriori profili problematici in quanto molte delle operazioni di esternalizzazione hanno l'effetto (e quindi sono compiute in funzione) di mutare in termini più vantaggiosi per l'impresa le condizioni di svolgimento dei servizi che, in non

---

[170] Così, MORELLO, 1994, 501.

[171] Cfr. Sulla teoria soggettiva in tema di frode alla legge SANTORO PASSARELLI F., 1966, 191.

[172] Cfr., GAZZONI, 2000, 803. La causa si *reputa* illecita nella formulazione dell'art. 1344 c.c. perché non si poteva ammettere che essa fosse realmente illecita. In quanto propria di un contratto tipico la illiceità doveva derivare necessariamente da altro (il motivo, l'obiettivo perseguito) e poi in qualche misura riverberarsi sulla causa. Sennonché in una "*visione di causa concreta è invece proprio lo scopo della complessiva operazione economica che balza in primo piano cosicché … ben può un contratto tipico essere illecito sul piano causale*" (così ancora GAZZONI, op. ult. cit., 804).

[173] Purchè gravi, precisi e concordanti, cfr. App. Napoli, 23.3.2001, in *Lavoro giur.*, 2001, 952, con nota di VENDITTI.

[174] V. ad es. Trib. Nocera Inferiore, 29.5.2001, con nota di TRIMBOLI, nella quale (aldilà della incertezza ricostruttiva che porta il giudice a tratti a sovrapporre il motivo illecito dell'art. 1345 c.c., all'art. 1344 c.c.) si individuano quali elementi sintomatici della natura frodatoria di un trasferimento d'azienda sia la debolezza economica dell'impresa acquirente che la sproporzione tra prezzo pagato e valore del bene ceduto.

[175] Può essere questo il caso di App. Milano, 5.10.2001, in *Giust. civ.*, 2002 I, 475, con nota di BONARDI, relativo alle ripetute proroghe di un contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo riguardanti lo stesso lavoratore e la medesima attività.

[176] Cfr. BIANCA, 1984, 587.

[177] Così, MORELLO, 1994, 505, nota 18.

[178] In questi termini ancora MORELLO, 504.

pochi casi, si realizzano anche grazie ad un contenimento/abbassamento del trattamento economico e normativo del lavoro.

Si pensi, ad esempio all'ipotesi classica (oggi formalizzata nell'art. 32, comma 2, del Decreto) di esternalizzazione c.d. *intra moenia* realizzata mediante trasferimento di ramo d'azienda e successivo appalto eseguito attraverso il medesimo ramo d'azienda, sicché alla fine l'attività di cui trattasi viene svolta dagli stessi lavoratori che nel transito dall'interno all'esterno dell'impresa possono ritrovarsi con condizioni normative (ad es. tutela avverso i licenziamenti) ovvero economico-normative (ad es. diverso contratto collettivo applicato) decisamente più sfavorevoli[179].

E si badi bene: il fatto che si tratti di una operazione pienamente lecita ai sensi del nuovo ultimo comma dell'art.2112 c.c. non esclude affatto la possibilità di ricostruire la fattispecie in termini di frode alla legge ove si dimostri che essa è stata posta in essere con la specifica finalità di pervenire alla cessazione nell'applicazione di norme di legge (in materia di licenziamento) o di contratto collettivo (in materia di trattamento economico e normativo) certamente concernenti diritti inderogabili[180].

Ebbene, l'ampia formulazione dell'art. 28 del Decreto sembra assegnare alla nuova fattispecie della somministrazione fraudolenta il ruolo di strumento attraverso il quale valutare e, se del caso, sanzionare le tecniche di esternalizzazione a partire dalla comparazione tra le condizioni di partenza e quelle di arrivo dei lavoratori coinvolti, secondo uno schema che ripercorre la finalità originaria della l. 1369/1960 che era quella di difendere i lavoratori dalle speculazioni realizzate in loro danno da somministratori di manodopera e loro committenti[181].

Allora, una volta provato dai lavoratori interessati che l'esternalizzazione ha di fatto provocato una diminuzione quantitativa/qualitativa dei diritti inderogabili di fonte legale o contrattuale, dovranno essere gli attori economico-giuridici della transazione (e quindi il vecchio e il nuovo datore di lavoro) a dimostrare le ragioni e finalità *altre* che hanno determinato la scelta tecnico-economica della esternalizzazione. In caso contrario, scatterà (oltre al reato di cui all'art. 29 del Decreto) la nullità dei negozi che -a prescindere dalla tipologia formale assunta- abbiano nei fatti realizzato l'effetto di consentire l'utilizzazione dei lavoratori da parte di un soggetto diverso dal datore di lavoro a prezzo dei loro diritti inderogabili.

In altri termini, la fattispecie fraudolenta si configura non solo in caso di somministrazioni di lavoro in apparenza regolari e, tuttavia, caratterizzate dalla finalità di eludere i diritti inderogabili dei lavoratori, ma anche in presenza di un appalto lecito (ovvero di un comando lecito) in quanto rispondente al paradigma dell'art 29 del Decreto e tuttavia strumento di una operazione fondata sull'intento di eludere i diritti inderogabili dei lavoratori.

---

[179] Tenuto conto altresì che oggi non possono più beneficiare del precetto di parità di trattamento né della garanzia della responsabilità solidale dell'appaltante (nel caso di c.d. "appalti di servizi": v. par.fo 7.4).

[180] Del resto questa era la strada che già in precedenza era stata ripetutamente indicata dalla dottrina per "contenere" operazioni di collocazione all'esterno dell'impresa di parti dell'azienda e dei lavoratori addetti quando queste fossero in sostanziale contrasto con la *ratio* dell'art. 2112 c.c. (sia che fosse individuata nella tutela dei lavoratori sia che fosse viceversa ascritta alla salvaguardia dell'interesse dell'impresa): cfr., tra gli altri, SANTORO PASSARELLI G., 2001, 575 ss., spec. 583; PERULLI, 2003b, 473 ss., spec. 479 e 483.

[181] Così DEL PUNTA, 1995, 626, il quale osserva come nonostante tale finalità l'illecito dell'art. 1 l. 1369/1960 venne identificato nella violazione del principio di non dissociazione tra titolare e utilizzatore, a prescindere dalla lesione dei diritti sottostanti, ritenuta scontata e conseguenziale. Di qui la conferma della conclusione indicata nel testo in quanto con la norma antifrodatoria dell'art. 28 del Decreto viene sanzionata non la dissociazione in quanto tale ma la sua finalità di eludere i diritti fondamentali dei lavoratori.

La contraddizione tra la configurazione nel medesimo negozio di un appalto lecito e nello stesso tempo di una somministrazione di lavoro è solo apparente in quanto la molla causale effettiva dell'appalto (ovvero di qualunque altro contratto o atto sia stato posto in essere dalle parti), consistente nell'intento tipizzato dall'art. 29 del decreto di eludere i diritti inderogabili dei lavoratori, è in grado di azzerare gli elementi distintivi delle due fattispecie dando esclusivo vigore al fatto materiale della fornitura di lavoro a beneficio di un soggetto altro dal datore di lavoro.

In ogni caso, sia che si ritenga applicabile la fattispecie fraudolenta esclusivamente alla somministrazione (regolare ma frodatoria), sia che invece la si reputi suscettibile di applicazione anche nei confronti di contratti formalmente diversi, ma capaci di piegarsi e ridursi ad una fornitura di lavoro per effetto del perseguimento della specifica finalità frodatoria tipizzata nell'art. 29 del Decreto, è da ritenere che all'effetto sanzionatorio della nullità di diritto comune seguano quegli altri previsti dall'art. 27 del Decreto per la somministrazione irregolare. In altri termini, ottenuta la declaratoria di nullità del contratto per effetto della qualificazione della fattispecie in termini di reato di somministrazione fraudolenta, il lavoratore coinvolto avrà la facoltà di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore.

L'applicazione di questo regime sanzionatorio, piuttosto che di quello connesso ordinariamente alla nullità *ex* artt. 1418, comma 2, c.c. si giustifica con la circostanza -già innanzi evidenziata- che la somministrazione irregolare e le sanzioni per essa previste coprono senza residui tutta l'area della fornitura di lavoro esterna alle ipotesi di somministrazione legittima in quanto all'elemento materiale della fornitura di manodopera si accompagna sempre quello della carenza di almeno una della "condizioni di liceità" dell'art. 20 del Decreto (ad es., dalla mancanza dei requisiti formali del somministratore, alla contraffazione causale del contratto)

## 7. La nuova nozione di appalto.

L'art. 29 del Decreto, sotto la rubrica «appalto», stabilisce che «*il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 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 dei poteri organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa*».

Si tratta di un intervento ampiamente previsto in quanto il progetto della legge delega n. 30/2003 di abrogare il divieto di interposizione e di ampliare la fornitura di lavoro non faceva venire meno la necessità di distinguere i casi di appalto genuino da quelli in cui lo stesso inclinava verso una somministrazione irregolare, salvo il riposizionamento della (tormentata) linea di *discrimen* tra le due fattispecie[182].

---

[182] Cfr. DEL PUNTA, 2003, 67-68, per il quale nel nuovo schema la somministrazione di manodopera è illecita se non è autorizzata rimanendo così confermato il "*principio fondativo del sistema*", sicché la tanto vituperata l. n. 1369/1960 "*potrebbe insospettabilmente rivelarsi capace di risorgere, pur sotto altre spoglie, dalle sue ceneri*"; ma già nell'ambito di una più ampia riflessione ID, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione*, cit., 296-297.

In altri termini, la *chiarificazione* della distinzione tra appalto e *interposizione*[183] demandata al legislatore delegato comportava, seppure implicitamente, la necessità di mettere mano alla nozione di appalto: operazione, nonostante un'autorevole opinione contraria[184], in buona sostanza "autorizzata" dalla legge delega ed attuata nel suddetto art. 29, comma 1, ove, peraltro, si precisa subito che si tratta di una nozione introdotta *ai fini dell'applicazione delle norme contenute nel titolo III* del Decreto stesso.

La cosa può far storcere il naso ai cultori di una dogmatica unitaria e razionale delle categorie giuridiche che vedono con preoccupazione il maneggio disinvolto di istituti e definizioni che -come quelli dell'art. 1655 c.c.- sono collegati a traffici giuridici tutt'altro che settoriali[185]. Tuttavia, quest'opera di assestamento normativo (v. *infra*) non deve scandalizzare tenuto conto che proprio nella materia delle esternalizzazioni il diritto del lavoro, in alcuni casi, ha operato per via legale (come ad es. per il trasferimento d'azienda[186]), in altri ha rimodellato sul piano giurisprudenziale nozioni del diritto commerciale e civile per adattarle e asservirle alle proprie specifiche esigenze e finalità. Ed è questo proprio il caso dell'appalto[187], espressione di ben più ampi e strutturati fenomeni di *contrattualizzazione dell'impresa*[188], la cui nozione l'art. 29 del Decreto riprende proprio da quella parte della giurisprudenza che negli ultimi anni aveva favorito i processi di esternalizzazione realizzati a mezzo di appalti di servizi forniti a basso (se non proprio inesistente) tasso di mezzi di produzione (v. oltre).

E tuttavia, mentre opera questa sorta di assottigliamento della nozione di appalto[189], il legislatore delegato, con l'abrogazione della l. 1369/1960, perde per strada le ipotesi di appalto di servizi individuate negli artt. 3 e 5 che avevano l'effetto implicito, ma importante, di escludere espressamente dal divieto taluni contratti che, in mancanza di tale espressa menzione, avrebbero potuto essere qualificati come appalti di "lavoro" e, quindi, vietati[190]. Certo, oggi, venuto meno il divieto e acquisita la nuova nozione di appalto, la tipizzazione degli artt. 3 e 5 della legge del 1960 ha perso quanto di essenziale aveva in precedenza. Ciononostante, può rivelarsi significativo il fatto che, alla luce del nuovo e complessivo assetto regolativo della materia, nessun appalto (di facchinaggio, di pulizia, di manutenzione ordinaria e straordinaria, ecc.) è al riparo, per volontà legale, da una possibile (ri)qualificazione in termini di somministrazione (illecita) di lavoro, specie in considerazione del fatto che -come si è già osservato- pressoché tutti questi servizi sono oggetto dei casi tipizzati di somministrazione a tempo indeterminato.

---

183 Secondo la terminologia utilizzata nell'art. 1, comma 2, lett. m), n. 3, della legge delega.

184 GAROFALO M.G., 2003, 359 ss., spec. 365.

185 Ma v. IRTI, 1999.

186 Cfr. ROMEI, 2003, 51.

187 Si v. sul punto P. ICHINO,2000b, 450.

Di diverso avviso BELLOCCHI, 2001, 145, secondo la quale le previsioni lavoristiche nulla aggiungono o tolgono alla nozione civilistica di appalto (salvo la "deroga" del comma 3, art. 1, l. 1369/1960).

188 V. per questo essenziale collegamento CARABELLI, 1999, 27 ed ivi per ulteriori indicazioni anche bibliografiche.

189 L'immagine è di DEL PUNTA, 2003, 69.

190 In questi termini già subito dopo l'emanazione della legge, FAVARA, 1961, 115 ss. V. tuttavia in termini critici verso questa operazione per gli effetti di frantumazione della fattispecie tali da renderne ancor più difficile una interpretazione sistematica VENTURA, 1962, 113. Sul punto cfr. altresì ICHINO, 2000b, 412, il quale parla di "*operazione di «salvataggio» mediante menzione negli artt. 3 e 5, di singole attività che rischierebbero altrimenti di essere colpite dal divieto*".

A questa conclusione fa eccezione (forse solo apparentemente: v. *infra*) l'art. 32, comma 2, del Decreto che si riferisce espressamente all'ipotesi di c.d. *insourcing* e, cioè, all'appalto stipulato tra alienante e acquirente «*la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione*». Anche se la tipizzazione di questo appalto è finalizzata ad affermare l'applicabilità del regime di solidarietà tra appaltatore e appaltante dell'art. 1676 c.c. (aspetto sul quale torneremo più avanti per analizzare le motivazioni di tale apparente ovvietà, considerato che tutti i contratti di appalto sono soggetti alle previsioni dell'art. 1676[191]), il dato implicito, ma significativo, della norma è la consacrazione in termini di legittimità formale della scelta organizzativa dell'impresa di riacquisire mediante appalto parti non coordinate né autonome cedute all'esterno mediante la nuova nozione di trasferimento di *parte* dell'azienda («*intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*», art. 32, comma 1, ultima parte, che modifica il comma 5 dell'art. 2112 c.c.)[192].

Sul punto non possiamo che rinviare al commento appositamente dedicato a tale disposizione, per verificare se sia davvero irresistibile, anche alla luce delle direttive comunitarie[193], l'incontrollata espulsione di frazioni di reparti o uffici tra loro non coordinate che essa sembra consentire[194] Quel che qui è però necessario evidenziare è che la riacquisizione mediante appalto potrà usufruire solo in prima battuta del beneficio di legittimità fornito dal comma 2 dell'art. 32, in quanto occorrerà pur sempre che il contratto risponda ai requisiti di organizzazione di mezzi e di rischio d'impresa richiesti dall'art.29 del Decreto per distinguere l'appalto dalla somministrazione illecita di lavoro. Sicché il rientro di mezzi e uomini privi di una vera (e non semplicemente dichiarata) identità economico-organizzativa si presterà ad essere sanzionato come mera somministrazione di lavoro per carenza di una "vera" organizzazione imprenditoriale in quanto incapace di coagularsi nella fornitura di un *opus* ovvero di un servizio autonomamente apprezzabili.

In definitiva forse il comma 1 dell'art. 32 consente di trasferire fuori dall'impresa parti scoordinate prive di identità economico-organizzativa, ma il comma 2 non consente di farle meccanicamente e semplicemente rientrare mediante appalto, poiché i mezzi e le persone che le costituiscono potrebbero rivelarsi inidonei a comporsi in una autonoma organizzazione aziendale, con il conseguente rischio di vedersi (ri)qualificare l'*insourcing* quale mera somministrazione (illecita) di lavoro.

### 7.1 La *linea d'ombra* tra appalto e somministrazione (illecita) di lavoro...

Al di là delle specifiche ragioni di perplessità sull'*insourcing* tipizzato nell'art. 32, comma 2, del Decreto, non vi è dubbio che -come si è già osservato- l'introduzione di un sistema normativo che

---

[191] Per il periodo precedente, essendo il ramo l'azienda oggetto di trasferimento il cedente e il cessionario saranno soggetti al regime di solidarietà di cui all'art. 2112 c.c.

[192] Si tratta di un'operazione giuridico-economica che nella vigenza della L. n. 1369/1960 era stata oggetto di valutazioni molti discordi da parte della dottrina: v. SCARPELLI, 1999, 356-357; che la ritiene l'*insourcing* illegittimo specie quando si risolva in un semplice cambio di "divisa" dei lavoratori; di diverso avviso, invece, DE LUCA TAMAJO, 2001, 22 ss.

[193] Cfr. SANTORO PASSARELLI G., 2003, 189 ss., spec. 202 ss.

[194] Così la definizione di CESTER, 2003, 88.

dà forte impulso alle esternalizzazioni mediante una disciplina largamente favorevole alla somministrazione di lavoro e agli appalti anche con scarsa o nessuna presenza di mezzi di produzione, non ha fatto venire meno la necessità di tracciare una linea di separazione tra queste due forme di *outsourcing*[195].

Ovviamente, ai fini della distinzione sono irrilevanti gli elementi formali e soggettivi della somministrazione regolare in quanto l'appalto privo dei caratteri suoi propri, che per comodità espositiva possiamo chiamare *pseudo-appalto*, è una forma di somministrazione illecita (oltre che irregolare ai sensi dell'art. 27, comma 1). In altri termini, in una ipotetica collocazione spaziale delle diverse fattispecie a confronto, la linea di confine tra appalto e somministrazione di lavoro non toccherebbe in alcun modo la fornitura di lavoro regolare di cui agli artt. 20 e 21 del Decreto che coprirebbe un'area interna a quella più ampia della somministrazione di lavoro le cui zone più esterne, quelle poste a confine con l'appalto -ma anche con il distacco dell'art. 30 e con tutte le altre possibili ipotesi di fornitura di lavoro dissimulate con altre fattispecie negoziali-, sarebbero stabilmente ed esclusivamente occupate dalla somministrazione illecita (*ex* art. 18, comma 1, Decreto) perché posta in essere da soggetti privi di autorizzazione[196].

Occorre allora prendere le mosse dalla nozione di appalto e -per sottrazione dei suoi elementi costitutivi- dalla fattispecie di pseudo-appalto consegnateci dall'art. 29 del Decreto e, in particolare, dalla parte in cui, dopo aver (ri)affermato che l'appalto dell'art. 1655 c.c. si distingue dalla somministrazione di lavoro perché l'appaltatore provvede alla organizzazione dei mezzi necessari e assume il rischio d'impresa, specifica che tale organizzazione «*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*».

In tal modo, vengono collocati nell'area del «vero» appalto contratti che, per le caratteristiche intrinseche dell'opera ovvero del servizio appaltati, sono eseguiti con un'organizzazione che difetta di mezzi strumentali rilevanti e si caratterizza per l'impiego, anche esclusivo, di forza lavoro assunta e gestita a rischio dell'appaltatore.

Certo, occorrerà pur sempre che si tratti di una vera impresa e che quindi l'organizzazione, pur *smaterializzata*, sia oggetto dell'attività di un appaltatore che ne assuma in pieno il rischio economico, come si cura di ribadire l'art. 29 del Decreto. E tuttavia, preso in sé, l'elemento del *rischio*, inteso quale differenziale economico tra i costi e i ricavi dell'organizzazione, è di difficile enucleazione e dimostrazione[197]. Esso si presta, infatti, a facili elusioni, tanto da far dire ad uno degli interpreti più autorevoli e pragmatici dei fenomeni di segmentazione dell'impresa che "*una sicura imputazione giuridica del rischio gestionale nella maggior parte dei casi è possibile soltanto*

---

[195] Sulla riconducibilità, oltre che dell'appalto, anche della fornitura di lavoro tra i fenomeni di esternalizzazione v. CARABELLI, 1999, 33; DEL PUNTA, 2000, 55-56, 60.

[196] Tranne a voler ipotizzare un appalto di servizi fatto da una agenzia di somministrazione. Pure in tal caso però, ove l'appalto si dimostrasse piuttosto una somministrazione di lavoro questa sarebbe irregolare in quanto posta in essere, sì da un soggetto certamente autorizzato, ma comunque al di fuori delle tipologie e dei canoni formali del contratto di somministrazione.

[197] Fatta, ovviamente, eccezione per i casi smaccatamente "dichiarativi" dell'imputazione del rischio d'impresa al committente, come la pattuizione nel contratto di appalto di clausole di determinazione ovvero di adeguamento automatico del corrispettivo in relazione alle retribuzioni dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore.

*all'esito dell'operazione qualificatoria e non prima*"[198]. Conclusione confermata da un'acuta autrice, che ha sostenuto come l'elemento del rischio sia lo specchio di quello organizzativo, poiché "*organizzare un'attività produttiva significa appunto assumerne il rischio economico*"[199].

Peraltro, l'abrogazione della l. n. 1369/1960 e del suo art. 1, comma 3 (la c.d. presunzione di interposizione), comporta il venire meno di un elemento definitorio molto importante ai fini della sussistenza ovvero della esclusione dell'effettiva assunzione del rischio connesso all'organizzazione dell'impresa da parte dell'appaltatore. Oggi, infatti, la fornitura all'appaltatore -seppure dietro corrispettivo- di *capitali, macchine e attrezzature* ad opera dell'appaltante, emblematica della creazione di una struttura imprenditoriale a titolarità (solo) virtuale, non è più certamente sintomatica della mancanza del rischio e, quindi, del difetto di imprenditorialità dell'impresa appaltatrice. Né va trascurato che la sicura imputazione del rischio d'impresa è resa ulteriormente problematica dalla nuova disciplina (*ex* art. 32, comma 1) del trasferimento di parte dell'azienda[200] seguito dalla riacquisizione mediante appalto dell'attività in precedenza svolta con i mezzi e gli uomini trasferiti (v. sopra)[201].

E nella stessa direzione di possibile supporto a fenomeni di diffrazione dell'imputazione del rischio si muove il contratto di subfornitura, ricondotto -secondo le opinioni correnti[202]- alla fattispecie dell'art. 1655 c.c., il quale può consistere nella fornitura di "*servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente*" così ricadendo in pieno nello schema dell'appalto di servizi. In questi casi dovremo ritenere che l'appaltatrice è vera impresa in quanto assolve al requisito del rischio d'impresa, pur in una situazione di monocommittenza ovvero di "*dipendenza economica*" dall'appaltante-committente, secondo i parametri individuati dalla l. 18.6.1998, n. 192[203].

Nel complesso, allora, emerge che (anche) nella *nuova* nozione dell'art. 29 del Decreto valore decisivo per la qualificazione della fattispecie in termini di appalto ovvero di *pseudo-appalto* (*alias*, di somministrazione illecita) assume l'elemento dell'organizzazione che, nei casi di prevalenza/esclusività del fattore lavoro rispetto agli altri mezzi aziendali, dovrà risultare dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale.

In tal modo, la "nuova" nozione di appalto ribalta decisamente le diverse indicazioni venute di recente, dopo talune aperture di segno opposto, dalla giurisprudenza di legittimità[204], secondo la

---

198 Così ICHINO, 2000b, 457, che rende evidente l'estrema labilità probatoria di questo elemento pur essenziale sul piano qualificatorio.

199 Così CARINCI, 2000, 83.

200 Sulla questione, v. CORAZZA, 1999b, 416, ed ivi per indicazioni giurisprudenziali.

201 Che, peraltro, con il venire meno della presunzione legale dell'art. 1, comma 3, della l. 1369/60, potrà essere realizzata dal cessionario-appaltatore senza essere costretto ad acquisire in modo definitivo la parte d'azienda trasferita (e, quindi, mediante affitto, comodato ecc.) ovvero utilizzando capitali forniti (ad es. a mutuo) dal cedente-appaltante: sulla rilevanza di questi limiti nella vecchia disciplina v. DE LUCA TAMAJO, 2001, 57-58, il quale tuttavia non sembra farsi carico di riconfermarne l'efficacia (sia pure limitatamente alla ipotesi della esternalizzazione *intra moenia*) nell'avanzare le ipotesi di realizzazione della riforma (p. 59 ss.)

202 Cfr. MUSSO, 1993, 75 ss.; LECCESE, 1998, 243.

203 Cfr. SALA CHIRI, 2003, 227 ss., spec. 227, ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

204 Il riferimento è a Cass. 30.10.2002, n. 15337, con nota di D'ORONZO, 2003, 255 ss. In decisa sintonia con questa impostazione v. in particolare ESPOSITO, 2002, 47-48; BONARDI, 2001, 345, con ivi ulteriori indicazioni.

quale per affermare la liceità dell'appalto non è sufficiente che l'organizzazione dell'imprenditore si svolga nella *mera assunzione, retribuzione e gestione amministrativa dei lavoratori*[205].

Tuttavia, essa appare in piena sintonia con un sistema retto non più dal divieto generale di interposizione della abrogata l. 1369/1960, bensì dal principio della ordinaria somministrabilità delle prestazioni di lavoro[206], seppure nel rispetto dei canoni formali richiesti dagli artt. 20 e 21 del Decreto.

### 7.2 (segue)... ovvero della direzione e della organizzazione del lavoro.

La piena congruità della nozione al nuovo assetto della disciplina della somministrazione di lavoro consente di passare ad una sua analisi più approfondita. E qui emerge in primo luogo che la *mera direzione e gestione amministrativa dei lavoratori* non è ancora sufficiente ad integrare l'organizzazione dei mezzi richiesta dall'art. 29 del Decreto.

Da lungo tempo, infatti, la letteratura in materia ha evidenziato ipotesi di fornitura di manodopera integrata con la prestazione da parte del somministratore di un'attività di direzione dei lavoratori che arricchisce, ma non cambia la sostanza del fenomeno.

Il che, detto in altri termini, significa che l'effettivo utilizzatore della somministrazione irregolare (*ex* art. 27 del Decreto) può valersi di *prestazioni di lavoro somministrate e dirette dal fornitore*. Circostanza, questa, pienamente compatibile con il contratto di somministrazione di lavoro sia perché la direzione e il controllo dei lavoratori da parte dell'utilizzatore costituiscono elementi estranei al profilo causale del contratto commerciale che l'art. 1, lett. a) del Decreto definisce di «*fornitura professionale di manodopera*»[207] (v. *supra*); sia perché la fruizione delle prestazioni di lavoro da parte dell'utilizzatore può avvenire (con interposizione fittizia, certo, ma anche) a mezzo di una interposizione reale, secondo i canoni classici dell'antico (e mai debellato) caporalato oppure del capo-cottimo (la cui attività non può certo dirsi lecita sol perché organizza e dirige la propria squadra[208]).

Ciò comporta che l'analisi deve oggi spostarsi su di un fronte solo in parte diverso e, comunque, non meno impegnativo di quello segnato dall'art. 1 della l. 1369/1960 in quanto ciò che distingue le fattispecie a confronto è una sorta di sottile *linea d'ombra*, chiara e netta da lontano ma che, osservata da vicino, perde nitidezza, sfuma, segnala un passaggio fatto di graduazioni cromatiche che danno il senso delle aderenze, delle vischiosità e, nello stesso tempo, della complessità dei fenomeni che si fronteggiano.

Nel vigore del divieto di interposizione, infatti, era sufficiente accertare che il datore di lavoro formale non andasse al di là della *mera* organizzazione del lavoro per dedurne la carenza di auto-

---

[205] Per un esame della più recente giurisprudenza in materia v. ALBI, 2003, 536 ss.

[206] Cfr. le illuminanti riflessioni e i preziosi suggerimenti per il legislatore delegato di DE LUCA TAMAJO, 2003, 177-181.

[207] In proposito è certamente ipotizzabile che la somministrazione includa anche prestazione di soggetti con il compito di organizzare e coordinare, nell'interesse dell'utilizzatore, la prestazione dei lavoratori somministrati (v. oltre).

[208] Così, ICHINO, 2000b, 457/458, prima della riforma ma con una conclusione che, come vedremo, vale anche nel nuovo schema dell'art 29, comma 1, del Decreto.

nomia imprenditoriale; oggi, invece, la sola organizzazione e direzione del lavoro integra, per volontà legale, quella organizzazione di mezzi che (insieme al rischio) connota la vera impresa.

In altri termini, il *discrimen* tra appalto e pseudo-appalto si colloca oramai pienamente (e indiscutibilmente) *dentro* l'organizzazione e la direzione del lavoro, così che occorre chiedersi che cosa distingue la prestazione di un'attività lavorativa *organizzata a impresa* da una somministrazione di lavoro, ovvero dove si colloca la "*soglia minima di imprenditorialità*"[209] che consente di separare l'appalto di servizi dall'appalto di manodopera[210].

Ebbene, importanti indicazioni vengono sul punto dall'art. 84, comma 2, del Decreto che -come vedremo poco avanti- nell'ambito della procedura di certificazione consente l'emanazione di un decreto del Ministro del lavoro contenente buone pratiche e indici presuntivi atti a distinguere la somministrazione dall'appalto genuino in base alla «*rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore*» (la sottolineatura è nostra) .

In tal modo, il legislatore delegato (in attuazione dello specifico mandato della legge delega[211]) fonda la distinzione tra appalto e *pseudo-appalto* sulla reale sussistenza, sulla effettività della organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore implicata nell'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del contratto. Viene confermato, pertanto, l'elemento fondante della distinzione tra interposizione e appalto dell'art. 1 della l. 1369/1960 così come la sua connessione con l'effettiva utilizzazione del prestatore di lavoro alla quale fa (non a caso) espresso riferimento il comma 2 dell'art. 27 del Decreto. Quando, infatti, l'appalto si riveli uno *pseudo-appalto* scatta -come si è visto- la sanzione della somministrazione di lavoro irregolare che comporta l'imputazione all'*effettivo utilizzatore* del contratto e degli atti di gestione del rapporto di lavoro (*alias*, di esercizio del potere direttivo) posti in essere dallo pseudo-appaltatore. Ne risulta implicitamente ma, chiaramente, la consapevolezza che l'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore non preclude la possibilità di (ri)qualificare il contratto come una *mera* somministrazione di lavoro.

In questa direzione si muove inoltre lo stesso art. 29 del Decreto, che attiene propriamente alla distinzione tra due contratti commerciali tipizzati (appalto e somministrazione di lavoro) e consente di identificare l'organizzazione dei mezzi dell'appalto *anche* nell'esercizio del *potere organizzativo e direttivo* nei confronti del complesso dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione del contratto. È evidente, infatti, che mentre il potere direttivo evoca la posizione creditoria del datore di lavoro[212], il potere organizzativo rinvia piuttosto alla figura dell'imprenditore e, quindi, alla sfera in cui gli uomini e le loro prestazioni lavorative si fanno mezzi di attuazione e di affermazione, anche identitaria, dell'intrapresa economica[213].

---

[209] L'espressione è di DEL PUNTA, 1995, 634. Negli stessi termini, BELLOCCHI, 2001, 140, per la quale i problemi dell'interposizione sono "*problemi di diritto dell'impresa e di ricerca della genuina imprenditorialità*".

[210] Di diverso avviso è ALLEVA, 2003, 11-12, il quale sembra ritenere che la formulazione della norma legittimi l'appalto di manodopera. Le ragioni che ci portano a dissentire da questa opinione sono espresse nel testo.

[211] Il riferimento è all'art. 1, comma 2, lettera m, n. 7, della l. n. 30/2003.

[212] Cfr. PERSIANI, 1966, 160, lo definisce come "*un onere coordinato al credito di lavoro*".

[213] Per una recente rivisitazione articolata in quest'ottica delle posizioni giuridiche attive del datore di lavoro-imprenditore v. MARRAZZA, 2002, ed ivi per più ampie indicazioni bibliografiche.

Così impostati i termini della questione, risulta segnato da (sopravvenuta) parzialità quell'approccio che nella vigenza della l. 1369/1960 suggeriva di risolvere l'individuazione del vero organizzatore del fattore-lavoro identificando "*chi in altre parole eserciti il potere direttivo nei confronti dei lavoratori*" ricorrendo ai criteri che rilevano in materia di subordinazione al fine di decidere "*non* se *ma* a chi *il lavoratore è subordinato*"[214]. Se è vero, infatti, che pur nella diversità dei fini che la caratterizza, la distinzione tra appalto e pseudo-appalto evoca criteri e tecniche proprie della nozione di subordinazione[215], non può tuttavia negarsi che l'etero-direzione rappresenta solo *uno* degli elementi costitutivi della nozione delineata dall'art. 2094 c.c. [216]

Ma c'è di più in quanto non si tratta *solo* di dubitare della intrinseca idoneità dell'esercizio del potere a dare prova, in via autonoma, della natura imprenditoriale dell'attività dell'appaltatore[217].

Si può infatti e più radicalmente osservare che, oggi in termini espressi e più chiari di ieri, non basta essere *formalmente* diretto (*alias*, subordinato) ad un soggetto per essere certi che quest'ultimo sia un vero imprenditore-appaltatore, in quanto la sorte e la titolarità del rapporto di lavoro sono legate ad ulteriori valutazioni che travalicano la ristretta dimensione del contratto individuale (e dei connessi poteri datoriali) e riguardano la sfera dei rapporti commerciali, investendo il concreto intersecarsi e coordinarsi delle due organizzazioni a confronto[218].

Ciò del resto è del tutto ragionevole in quanto non si può cogliere la natura di un contratto commerciale con l'esame di uno (etero-direzione) o più elementi che attengono e si manifestano in riferimento ad un contratto di lavoro. Qui si tratta, infatti, di accertare la sussistenza di una vera organizzazione d'impresa e, quindi, ciò che conta davvero è la dimensione complessa dell'agire imprenditoriale sia con riferimento al fascio di rapporti di lavoro da integrare e coordinare al fine di raggiungere il risultato produttivo atteso, sia con riferimento all'interazione con l'organizzazione imprenditoriale del committente.

---

[214] Così, CARINCI, 2001, 86/87, ed ivi per ulteriori riferimenti anche bibliografici. Negli stessi termini, DE LUCA TAMAJO, 2001, 55, il quale, con specifico riferimento alle nuove ipotesi di frammentazione dell'impresa, sostiene che l'art. 1 della l. 1369/60 postula(va) una nozione di appalto il cui apporto risulta arricchito dall'amalgama di altri strumenti di produzione o, in difetto di questi, dalla direzione e coordinamento dell'appaltatore.

[215] Cfr. sul punto, DEL PUNTA, 1995, 625 ss.

[216] Cfr. MAZZOTTA, 2003, 277-288, a parere del quale la tendenza a far coincidere la subordinazione con i poteri di etero-direzione oblitera gli ulteriori elementi prefigurati dall'art. 2094 c.c. (collaborazione, dipendenza) e l'ampia letteratura esplicativa ad essi relativa.

[217] Negli stessi termini, già con riferimento all'art. 1 della l. 1369/1960, BELLOCCHI, 2001, 166, nonché BONARDI, 2001, 41. Di diverso avviso DE LUCA TAMAJO, 2001, 50-51 che, sempre con riferimento al vecchio divieto di interposizione, ha ritenuto di dare prevalenza al potere direttivo piuttosto che all'organizzazione del lavoro puntando, nella distinzione tra appalto e *pseudo-appalto* su di una impostazione lavoristica piuttosto che commercialistica.

[218] Oltre alle Autrici citate nella nota precedente, v. altresì le considerazioni DEL PUNTA, 1995, 643, per il quale occorre valutare "*l'intero spettro dei rapporti tra i due contraenti, soprattutto per individuare se l'appaltatore ha esercitato un vero ruolo decisionale imprenditoriale*" nella consapevolezza che "*l'oggetto dell'accertamento romane pur sempre l'esistenza o non dell'impresa appaltatrice e non la subordinazione in quanto tale*" (644/645); ROMEI, 2003, 61, il quale vede l'organizzazione delle singole prestazioni di lavoro in un collegamento funzionale capace di rappresentare "*un qualcosa di aggiuntivo rispetto alla singole prestazioni*"; BELLAVISTA, 1998, 3228 ss., il quale osserva che non basta essere vero datore di lavoro ma occorre comportarsi come un vero imprenditore. Ma già in questi termini, MAZZOTTA, 1979, 311 ss., il quale ricollegava l'effettiva utilizzazione del prestatore di lavoro al piano dei rapporti di produzione. Di diverso avviso è invece DE SIMONE, 1995, 63, ma con argomentazioni che si prestano alla critica compitamente messa a punto da DEL PUNTA, 1995, 644, cui si rinvia.

In ogni caso, il prioritario accertamento della reale sussistenza dell'organizzazione del lavoro piuttosto che della effettiva direzione (*alias*, utilizzazione) della prestazione di lavoro è il frutto del nuovo quadro regolativo e, nello stesso tempo, è la conseguenza necessaria dell'introduzione della somministrazione ordinaria di lavoro.

Invero, all'indomani del D. lgs. 276/2003, l'attività o il servizio consistente nella *sola* fornitura di prestazioni di lavoro deve essere oggetto del nuovo contratto di somministrazione a tempo determinato o indeterminato che il legislatore delegato ha introdotto e tipizzato in sostituzione del divieto di interposizione; contratto di somministrazione che ben può comprendere la prestazione di un soggetto fornito per coordinare (nell'interesse e sotto la direzione dell'utilizzatore) le prestazione degli altri lavoratori somministrati (ipotesi peraltro implicita in non pochi casi di fornitura a tempo indeterminato elencati nel comma 3 dell'art. 20 del decreto).

Ebbene, proprio lo spazio occupato da questo nuovo e legittimo oggetto dei traffici giuridici mette a fuoco l'impossibilità di interpretare la nozione di appalto dell'art. 29 del Decreto come abilitante alla stipulazione di contratti di fornitura di manodopera seppure diretta dall'appaltatore in quanto oggi tutte le attività caratterizzate dall'assenza di fattori produttivi diversi dal lavoro risultano formalmente interdette all'esercizio di una impresa diversa dall'agenzia autorizzata (*ex* art. 4 del Decreto)[219].

Ciò significa che l'appalto deve necessariamente caratterizzarsi per la fornitura di un *quid pluris* che non può consistere nella mera direzione dei lavoratori, la cui connotazione qualificatoria è destinata ad essere assorbita e, in non pochi casi, vanificata dai poteri di direzione e di conformazione che l'impresa committente è in grado di esercitare nei confronti dell'appaltatrice, quando l'oggetto dell'appalto sia fortemente integrato nell'impresa committente.

In conclusione, l'affidamento in appalto di un servizio svolto con l'impiego prevalente o esclusivo di manodopera sarà possibile (*ex* art. 29 Decreto) a condizione che l'organizzazione e la direzione dei lavoratori coinvolti sia espressione di un *vero* imprenditore che utilizzi in piena autonomia un preciso e identificabile patrimonio di conoscenze, esperienze, professionalità, del quale il committente sia privo[220].

Elemento, quello della professionalità (nei suoi diversi componenti) che, in fin dei conti, dà contenuto e spessore alla vera impresa la quale deve essere tale anche quando si caratterizzi per una esclusiva attività di organizzazione e di direzione dei propri dipendenti da misurare non in astratto poiché la genuinità dell'imprenditore-appaltatore deve essere apprezzata in concreto[221].

Ne deriva che, nei casi più complessi, occorrerà valutare l'impresa appaltatrice non soltanto dal punto di vista prettamente lavoristico dell'amministrazione e gestione dei contratti di lavoro, ma

---

[219] In questi termini ritengo possa essere oggi ripresa e capovolta una obiezione di DE LUCA TAMAJO, 2001, 47. Il che vuol dire anche che un'impresa la quale non abbia altra abilità che quella di fornire prestazioni di lavoro organizzate deve oggi assumere la qualità di agenzia specializzata e operare quindi nell'ambito della somministrazione di lavoro, pena la configurazione del reato di cui all'art. 18 del Decreto.

[220] Cfr. già prima della riforma ICHINO, 2000b, 460. Negli stessi termini con riferimento al Decreto attuativo della legge delega n. 30/2003, TIRABOSCHI, 2003, 77, per il quale occorre "*una professionalità specifica relativa alle esigenze tecniche della prestazione dedotta in contratto*".

[221] Cfr. Cass. Sez. un., 21.3.1997, n. 2517, in *Mass. giur. lav.,* 1997, 851, con nota di CAMALLIERI.

anche da quello più strettamente commercialistico e aziendalistico (mercato di riferimento e rapporti con esso, assetti proprietari e finanziari, bilanci e composizione delle entrate/uscite, professionalità di personale e dirigenza ecc.). Il tutto senza dimenticare il reato di somministrazione fraudolenta e, quindi, la necessità di individuare e sanzionare quelle tecniche di frantumazione dell'impresa che -seppure formalmente legittime- abbiano lo scopo precipuo di eludere i diritti inderogabili dei lavoratori coinvolti (v. par.fo 6.3).

In ogni caso, un ulteriore e importante elemento di valutazione dell'appalto con scarsa o nessuna presenza di mezzi produttivi attiene alla natura dell'opera o del servizio oggetto del contratto, che devono essere tali da "giustificare" l'esecuzione a mezzo di un vero appaltatore provvisto esclusivamente di prestazioni organizzate di lavoro.

Si tratta di un elemento già sottolineato dalla dottrina nel vigore della l. 1369/1960[222] e che oggi trova esplicita collocazione nell'art. 29 del Decreto, lì dove la possibilità che l'organizzazione dei mezzi dell'art. 1655 c.c. possa risultare dall'esercizio dei poteri organizzativo e di direzione dei lavoratori è funzionalmente collegata alle «*esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto*». Ciò significa, in altri termini, che l'eseguibilità con scarsa o nessuna presenza di mezzi di produzione è la condizione espressa, specifica e oggettiva che deve connotare, in termini di normalità tecnica, l'opera o il servizio concesso in appalto ad una (vera) impresa sprovvista di mezzi produttivi.

### 7.3 La responsabilità solidale.

Dopo aver introdotto la nuova nozione di appalto sulla quale ci siamo sin qui soffermati, l'art. 29 del decreto, nel comma 2, stabilisce che «*Nel caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti*».

Tralasciando le oscurità e le improprietà della lettera della norma[223], va osservato come questo regime della responsabilità costituisca ulteriore elemento di convenienza per quegli appalti "interni" che, nella vigenza della l. 1369/1960 beneficiavano della ben più favorevole e corposa garanzia dell'art. 3.

Peraltro, lo stacco si fa ancor più marcato in ragione della limitazione del regime in questione ai soli appalti "di servizi", sicché per gli appalti *ex* "interni" non di servizi (ad es. costruzioni edili, manutenzioni ecc.) c'è un salto diretto dal regime della totale solidarietà dell'art. 3 della l. 1369/1960 a quello striminzito dell'art. 1676 c.c.[224]. Con una irragionevolezza non da poco, in quanto il comma 1 dell'art. 29 del Decreto non distingue tra appalti d'opera e di servizi, dettando

---

[222] Cfr., per tutti, DEL PUNTA, 1995, 643; DE LUCA TAMAJO, 2001, 46.

[223] Non si vede, infatti, come possa riferirsi al committente la qualifica (alternativa a quella di *imprenditore*) di *datore di lavoro* che, nello schema della norma, non può che competere all'appaltatore dal quale dipendono i lavoratori in favore dei quali opera il regime di responsabilità di cui si discute. Ed ancora, i contributi previdenziali non versati -ovviamente- non sono dovuti né vanno corrisposti al lavoratore (come afferma la norma) essendo l'Inps titolare dei relativi crediti.

[224] Una approfondita rivisitazione delle due forme di responsabilità si deve di recente a MARINELLI, 2002, 133 ess. e 150 ss.

una disciplina qualificatoria identica per le due ipotesi salvo poi a creare l'artificiosa distinzione in ordine alla responsabilità solidale.

In ogni caso, la legittimità di questa ridefinizione al ribasso del regime della solidarietà già oggetto dell'art.3 della l. 1369/1960, si misura tutta sull'art. 1, lett. m), n.6, della legge-delega n. 30/2002 che dà mandato al legislatore di «*confermare*» il regime sanzionatorio civile e penale previsto per i casi di «*violazione della disciplina della mediazione privata*». Se, infatti, sembra ragionevole convenire con la prospettazione che ritiene il riferimento alla mediazione privata del tutto atecnico così da riferire la clausola di conferma anche alle sanzioni civili e penali per la interposizione[225], bisogna allora concludere che la manomissione del regime della solidarietà costituisce una precisa violazione della delega[226].

Una apparente ulteriore diversificazione nel regime della solidarietà risulta dal comma 2 dell'art. 32 del Decreto che, come si è visto, nell'ambito della nuova disciplina del trasferimento di parte d'azienda fa espresso riferimento all'ipotesi del (successivo) contratto di appalto tra alienante e acquirente da eseguirsi con il ramo d'azienda oggetto di cessione, per stabilire che «*tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'art. 1676*».

Si tratta di un rinvio secco, che ignora il diverso regime della solidarietà che l'art. 29 del Decreto riserva agli appalti "di servizi", sicché si potrebbe in prima battuta ritenere la marcata illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza, nella specie di ragionevolezza.

Tuttavia, poiché non è detto che l'appalto conseguente al trasferimento del ramo d'azienda sia un appalto di servizi, per evitare la questione di legittimità costituzionale si potrebbe ritenere che il regime ordinario previsto per l'*insourcing* (art. 1676 c.c.) ceda a favore del regime di solidarietà più favorevole (art. 29, comma 2, del Decreto) nel caso si tratti di appalto "di servizi", in applicazione del criterio selettivo della specialità della norma.

### 7.4 La distinzione certificata tra somministrazione e appalto.

Al complesso degli elementi innanzi descritti si aggiunge il disposto dell'art. 84 che, ai fini della «*distinzione concreta tra somministrazione e appalto*» (sempre agli effetti del titolo III del Decreto) richiama e rende utilizzabili le procedure di certificazione del titolo VIII, capo I, del Decreto, sia in fase di stipulazione del contratto di appalto «*sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale*».

Ma non è tutto. Il comma 2 del medesimo art. 84 prevede, nei sei mesi successivi all'entrata in vigore del Decreto l'adozione con decreto del Ministro del lavoro di «*codici di buone pratiche e 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 d'impresa da parte dell'appaltatore*». Con l'ulteriore precisazione che nell'adozione di tali codici

---

[225] Così, DEL PUNTA, 2003, 75.

[226] Contra, DEL PUNTA, 2003, 76, che nega la possibilità di interpretare la norma in questione come confermativa di sanzioni di una legge che espressamente viene abrogata, ritenendo piuttosto che essa voglia semplicemente prescrivere un regime sanzionatorio tanto civile che penale. Tuttavia, se davvero questo fosse stato l'intento della l. 30/2002, allora sarebbe bastato indicare, dopo la «abrogazione della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, e sua sostituzione con una disciplina basata sui seguenti criteri direttivi» (art. 1, lett. m), che per le violazioni della mediazione privata doveva esserci un regime sanzionatorio civilistico e penalistico. In altre termini, l'espresso riferimento nella norma in esame alla "conferma" di un regime sanzionatorio può avere solo il senso di prescrivere al legislatore delegato quelle precise sanzioni civili e penali già previste a fronte delle violazioni della intermediazione.

e indici, il Ministro del lavoro è tenuto a recepire, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali o di categoria stipulati da associazioni dai datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

La previsione, nonostante l'apprezzabile intento di fornire elementi atti a dare sostegno e certezza alla distinzione dell'art. 29 del Decreto, desta non poche preoccupazioni. Risulta evidente, invero, l'impossibilità di richiamarsi alle "buone pratiche" e agli "indici presuntivi" che nei sei mesi dall'adozione del Decreto cominceranno forse ad emergere e a essere segnalate dagli organi di certificazione[227] ma che, certamente, non si saranno consolidati (*alias*, non avranno potuto dimostrare sul campo la loro affidabilità) e tantomeno saranno stati oggetto delle "indicazioni" di accordi collettivi. In altri termini, ciò che davvero rischia di rimanere come dato strutturale del meccanismo previsto dalla norma è quello di affidare al Ministro del lavoro l'adozione dei codici di buone pratiche e di indici presuntivi che definiscano gli appalti leciti rispetto alla interposizione (somministrazione) irregolare e illecita [228] così ulteriormente consolidando la decisa inclinazione, già espressa con riferimento a molte altre tipologie contrattuali[229], all'accentramento e al governo della flessibilità con strumenti amministrativi.

Questo rischio, in altri termini, è insito nei tempi e nel meccanismo prescelti dal legislatore delegato che rappresentano un piano inclinato verso l'utilizzazione del decreto ministeriale per disegnare il *nuovo* diritto vigente piuttosto che per svolgere una funzione ricognitiva degli indirizzi (collettivi e/o giurisprudenziali) maturati[230]. Con l'ulteriore effetto di scoraggiare le indicazioni delle parti sociali poiché, a seconda della valutazione dei contenuti del decreto ministeriale, l'una o l'altra delle rappresentanze degli interessi collettivi coinvolti sarà indotta a preferire l'atto amministrativo alle incertezze del confronto con la parte avversa ovvero ai diversi equilibri dell'accordo collettivo.

In ogni caso, sia la collocazione della norma che la stessa impugnabilità in sede giudiziale della «*erroneità della qualificazione*» del contratto (*ex* art. 80, comma 2, del Decreto) portano a concludere che i codici ministeriali delle buone prassi e degli indici presuntivi della liceità dell'appalto, anche ove frutto delle indicazioni di fonte collettiva, svolgono ed esauriscono la propria opera entro la procedura amministrativa di certificazione, senza intaccare in alcun modo la sfera dei diritti soggettivi e della loro azionabilità davanti all'autorità giudiziaria[231].

## 8. La disciplina transitoria.

Le profonde trasformazioni provocate dall'introduzione della nuova somministrazione di lavoro con la correlata abrogazione della L. 196/1997 sono causa di serissimi problemi di diritto transi-

---

[227] Secondo il meccanismo previsto dall'art. 76, comma 2.

[228] Come si è già visto, quando l'appalto di servizi non è tale ma risulta essere una vera e propria fornitura di lavoro ci si trova di fronte ad una somministrazione effettuata da soggetti non autorizzati e perciò irregolare (sanzionata dall'art. 27, comma 1) e nello stesso tempo illecita (sanzionata dall'art. 18, comma 1.

[229] Il riferimento è ai codici di buone pratiche dell'art. 78, comma 4, in relazione ai contratti di cui all'art. 75 del Decreto (lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto, di associazione in partecipazione).

[230] Per l'attribuzione di una funzione ricognitiva al decreto ministeriale sulle buone pratiche e sugli indici presuntivi richiamato dagli artt. 78, comma 4, e 84, comma 2, del Decreto, v. GAROFALO M.G., 2004, par.fo 8

[231] Cfr. COSTANTINO, 2004, par.fo 5; GAROFALO M.G., 2004, par.fo 9.

torio che il legislatore delegato ha provato ad affrontare nell'art. 86 del decreto, le cui disposizioni, però, sembrano a tratti suscitare più incertezze di quanto non sarebbe stato lecito attendersi.

Emblematico, in proposito, è il comma 6 dell'art. 86 il quale, nella sua prima parte, sembra preoccuparsi delle agenzie di fornitura e intermediazione, autorizzate e in attività in base alla vecchia disciplina, per le quali si preannuncia una «*disciplina transitoria e di raccordo*» da emanarsi con decreto del Ministro del lavoro entro 30 giorni dall'entrata in vigore del Decreto. Sennonché, nella seconda parte, la norma "precisa" che «*In attesa della disciplina transitoria restano in vigore le norme di legge e regolamento vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo*».

Ebbene, tenuto conto che vi è un indissolubile vincolo strutturale e funzionale tra le vecchie agenzie e la L. 196/1997, al pari di quello che si configura tra le nuove agenzie e il d. lgs. 276/2003[232], ne risulta che con la seconda parte del comma 6 dell'art. 86 il legislatore delegato ha di fatto sospeso l'entrata in vigore di tutta la nuova disciplina della somministrazione di lavoro in attesa dell'emanazione del decreto ministeriale di raccordo tra vecchi e nuovi soggetti autorizzati alla fornitura ed alle altre attività indicate nell'art. 4, comma 1, del Decreto.

Se così è, sarebbe stato certamente auspicabile che una così rilevante disposizione fosse stata espressa in termini più chiari e direttamente riferiti alle parti e norme del Decreto sospese piuttosto che ai soggetti chiamati ad applicarle.

L'impressione che si trae, non solo dalla norma sin qui analizzata ma dal complesso delle disposizioni transitorie -e basti in proposito ricordare la questione relativa al regime applicabile alla P.A. e la rocambolesca soluzione del comma 9 dell'art. 86 (già esaminata al par.fo 2.4) - è che si vogliano quasi mascherare le grandi, ma inevitabili, problematiche che la riforma propone a causa delle molte connessioni presenti nell'ordinamento e che sono alla base della sua messa in *stand by*.

Del resto, una evidente conferma di questo stato di cose si trae dal comma 13 dell'art. 86 che prevede, su iniziativa del Ministro del lavoro, una valutazione con le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale al fine di «*verificare la possibilità*» di affidare agli accordi interconfederali «*la gestione della messa a regime del presente decreto, anche con riferimento al regime transitorio ...*» (la sottolineatura è nostra). Il regime transitorio è un nervo scoperto della riforma.

Non poco oscuro e gravemente problematico è poi il comma 12 dell'art. 86 che definisce espressamente come *sperimentale* -tra l'altro- tutto il titolo III («*Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*») del Decreto. La norma stabilisce, in particolare, che il Ministro del lavoro, decorsi diciotto mesi dall'entrata in vigore del Decreto (previa raccolta delle informazioni *ex* art. 17), deve procedere ad una verifica con le parti sociali circa gli effetti prodotti dal nuovo istituto e deve altresì, entro i successivi tre mesi, riferirne al Parlamento «*ai fini della valutazione della* sua *ulteriore vigenza*».

---

[232] Non c'è dubbio, infatti, che, in attesa del decreto ministeriale di raccordo, le vecchie agenzie non possono utilizzare i nuovi contratti di somministrazione.

Lo scenario che questo ultimo inciso apre è davvero sorprendente, in quanto rischia di essere interpretato come una sorta di termine finale posto alla disciplina sperimentale, la cui *ulteriore vigenza* risulterebbe così rimessa ad una valutazione del Parlamento. In realtà, sembra possibile intendere la disposizione in termini più rispondenti agli intenti probabilmente perseguiti dal legislatore delegato e, quindi, come semplicemente dichiarativa della volontà di coinvolgere -oltre alle parti sociali- il Parlamento nella valutazione degli effetti delle nuove disposizioni.

Questa soluzione è confortata, in primo luogo, dall'espressione *ulteriore vigenza* utilizzata nella norma: se, infatti, la disciplina in questione cessasse di avere efficacia allo scadere -peraltro incerto[233]- dei termini prestabiliti, l'aggettivo *ulteriore* sarebbe improprio in quanto il Parlamento si troverebbe nella condizione di dover dare *nuova* vigenza a norme che non l'avrebbero più.

Non solo. La formula del comma 12 dell'art. 86, rende altresì incerta la stessa possibilità di riferire la ipotetica cessazione di vigenza a «*Le disposizioni* che *hanno carattere sperimentale*». Infatti, la valutazione del Parlamento viene prevista «*ai fini della sua ulteriore vigenza*» e, quindi, non può riguardare il soggetto della frase che è espresso al femminile plurale.

Del resto, una ulteriore conferma alla soluzione qui prospettata deriva dal tenore della stessa legge n. 30/2003, che ha delegato il Governo ad emanare la disciplina di cui al titolo III del Decreto attribuendogli altresì il potere di adottare disposizioni modificative o integrative entro 24 mesi dall'entrata in vigore del Decreto (art. 7, comma 4). Ne deriva che l'introduzione di una normativa a scadenza e il rinvio nello stesso tempo della sua ulteriore vigenza alle decisioni del Parlamento contrasterebbero irrimediabilmente con quanto già deciso dal Parlamento stesso e, quindi, configurerebbero una palese violazione dell'art. 76 cost. Di qui, la necessità di interpretare l'art. 86, comma 12, del Decreto nel senso innanzi proposto.

Merita infine segnalare l'ambiguo disposto del comma 3 dell'art. 86 del Decreto che, nella sua prima parte, fa salve le clausole dei vigenti contratti collettivi con le quali è stata data attuazione al rinvio dell'art.1, comma 2, lett. a) della legge 196/1997. Quest'ultima, come si ricorderà, delegava alla fonte collettiva la determinazione dei casi in cui era possibile concludere un contratto di fornitura di lavoro temporaneo.

In proposito, forse con l'intento di evitare interpretazioni restrittive di tale rinvio, il legislatore delegato ha specificato (introducendo una precisazione non presente nella stesura della prima bozza del Decreto) che le clausole in questione vengono salvaguardate al solo fine di determinare per via contrattuale le "*esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine*".

Nonostante tale precisazione, la portata e la stessa funzione del rinvio sono tutt'altro che chiare. Come abbiamo osservato, infatti, nessun ruolo viene oggi riconosciuto al contratto collettivo nella determinazione delle esigenze atte ad ammettere la conclusione di un contratto di somministrazione a termine le quali, viceversa, sono prestabilite direttamente dal legislatore, con una clausola generale capace di includere tutte le possibili motivazioni dell'utilizzatore[234].

---

[233] Dalla lettera della norma non si comprende con certezza se il termine di tre mesi entro i quali il Ministro del lavoro deve riferire al Parlamento (la cui scadenza, in ipotesi, comporterebbe il venir meno della vigenza delle parti sperimentali della riforma) decorra dalla scadenza dei primi 18 mesi di vigenza del Decreto -come sembra più probabile- oppure dalla verifica con le parti sociali.

[234] Dello stesso ordine di idee TIRABOSCHI, 2003, 70.

Di qui e dalla possibilità, dall'entrata in vigore del Decreto, di avvalersi direttamente delle (illimitate) possibilità offerte dall'art. 20, comma 4, e dalla sua clausola generale, la convinzione che quella salvaguardia non abbia alcuna portata regolativa, salvo quella di specificare talune delle infinite esigenze atte a legittimare la conclusione di contratti di somministrazione a termine.

Resisto alla conclusione -pure sostenibile a fermarsi sul terreno della formulazione letterale dell'art. 86, comma 3- di assegnare alla salvaguardia in questione l'effetto di tipizzare in via esclusiva la natura temporanea delle esigenze che rendono ammissibile il ricorso alla somministrazione a termine; conclusione che mi pare del tutto incompatibile con l'opposto sistema voluto dal legislatore nell'art. 20, comma 4, del decreto.

Analoga conclusione vale per la salvaguardia delle clausole dei contratti collettivi stipulati nei settori dell'agricoltura e dell'edilizia per l'introduzione, a fini sperimentali, della fornitura temporanea di lavoro ai sensi dell'art. 1, comma 3, della L. 196/1997 (v. par.fo 2.4).

Viceversa è significativo il fatto che nessuna salvaguardia venga prevista per le clausole dei contratti collettivi che, in attuazione del rinvio di cui all'art.1, comma 8, L. 196/97, hanno stabilito limiti percentuali massimi all'utilizzazione nell'impresa utilizzatrice di prestatori di lavoro temporaneo; cioè proprio quei limiti quantitativi che costituiscono oggi l'unica occasione di intervento della fonte collettiva in materia di regolazione (e limitazione) del fenomeno della somministrazione di lavoro.

Tuttavia, tenuto conto che, in ragione di quanto previsto dall'art. 20, comma 4, seconda parte, del Decreto, l'introduzione di limiti quantitativi rientra nelle prerogative espressamente attribuite al contratto collettivo stipulato da sindacati comparativamente più rappresentativi, e che il contratto di somministrazione a tempo determinato occupa certamente lo spazio normativo della vecchia fornitura di lavoro temporaneo, si può ragionevolmente ritenere che i limiti quantitativi stabiliti *ex* art. 1, comma 8, L. 196/1997 valgano oggi per la somministrazione a termine. Ovviamente fatte salve le nuove e, in ipotesi, diverse decisioni delle parti sociali.

## 9. Bibliografia

ALBI P. (2003), *Interposizione illecita e organizzazione dei mezzi necessari secondo la L. N. 1369/1960*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 536 ss.

ALESSI C. (1998), *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in M. NAPOLI (a cura di), *"Il pacchetto Treu"*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1206.

ALLEVA P. (2003), *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in www.cgil.it/giuridico/Attualità/Politiche del diritto.htm

ANDREONI A. (1999), *Norme previdenziali*, in F. LISO, U. CARABELLI, *Il Lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, FrancoAngeli, Milano, 381.

ARRIGO G. (1998), *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo I, Giuffrè, Milano.

BELLAVISTA A. (1998), *Le sabbie mobili del divieto di interposizione*, in *Giust. civ.*, I, 3228.

BELLOCCHI P. (2001), *Interposizione e subordinazione*, in *Argomenti dir. lav.*, 141.

BIANCA C. M. (1984), *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Giuffrè, Milano.

BOCCHINI R. (2000), *Somministrazione di servizi*, in *Enc. diritto*, *Agg. IV*, Giuffrè, Milano, 1105.

BONARDI O. (2001), *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 2001;

BORTONE R. (1999), *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*¸ in LISO FRANCO, CARABELLI UMBERTO (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 323.

CARABELLI U (1999), *Flessibilizzazione e destrutturazione del mercato del lavoro? Il lavoro interinale in Italia e in Europa*, in F. LISO, U. CARABELLI, *Il Lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, FrancoAngeli, Milano, 33.

CARABELLI U. (2001), *Intervento*, in *Seminario su "La nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine in Italia e in Europa"*, organizzato da Cesri-Luiss, Roma, www.unicz.it/lavoro/CARABELLI.

CARINCI M.T. (1999), *La distinzione tra interposizione di manodopera e appalto di servizi, quando questi non richiedano una rilevante strumentazione materiale*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, pag. 252.

CARINCI M.T. (2000), *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano.

CARINCI M.T. (2002), *Interposizione e lavoro interinale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal «Libro bianco» al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 25 ss.

CARINCI M.T. (2003), *Introduzione*, in CARINCI M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 3 ss.

CESSARI A. (1959), *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.

CESTER C. (2003) *Art. 1, comma 2, lett. p). Trasferimento di ramo d'azienda, direttive comunitarie e garanzia dei diritti dei lavoratori*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro,* Ipsoa, Milano, 81 ss.

CHIECO P. (1996), *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Utet, Torino.

CHIECO P. (2002), *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, pag. 767 ss.

CORAZZA L. (1999a), *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 55 ss.

CORAZZA L. (1999b), *Esternalizzazione di un'attività dell'impresa e trasferimento di ramo d'azienda: il caso Ansaldo*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 417.

COSTANTINO G. (2004), *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in *q. volume*.

CURZIO P. (2004), *Introduzione*, in *q. volume*.

DE LUCA TAMAJO R. (1999), *I processi di terziarizzazione* intra moenia *ovvero la fabbrica multisocietaria*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di GINO GIUGNI*, I, Cacucci, Bari, 383.

DE LUCA TAMAJO R. (2001), *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in Aa.Vv., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 9 ss.

DE LUCA TAMAJO R. (2003), *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 167 ss.

DE SIMONE G. (1995), *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano.

DEL PUNTA R. (1995), *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giornale Dir. Lav. Relazioni ind.*, 625 ss.

DEL PUNTA R. (1998), *"La fornitura di lavoro temporaneo" nella l. n. 196/1997*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 205 ss.

DEL PUNTA R. (2000), *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. mercato lav.*, 49.

DEL PUNTA R. (2002), *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione*, in *Argomenti dir. lav.*, 289 ss.

DEL PUNTA R. (2003), *Art.1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in CARINCI M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 64 ss.

DELL'OLIO M. (1992), *Lavoro (intermediazione e interposizione)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Utet, Torino, 169 ss.

D'ORONZO A.V. (2003), *Sulla distinzione tra interposizione e appalto di servizi di carattere continuativo*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 255.

ESPOSITO M. (1993), *Problemi riscostruttivi e prospettive in tema di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Lav. dir.*, 361 ss.

ESPOSITO M. (2002), *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli.

FAVARA E. (1961), *Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro e appalti di lavoro*, in *Dir. lav.*, II, 112.

FERRARO G., (2002), *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino.

GAROFALO D. (2004), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro [Titolo II – artt. 3 - 19]: dal collocamento al rapporto giuridico per il lavoro*, in *q. volume*.

GAROFALO M.G. (2004), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *q. volume*.

GAROFALO M.G. (2003), *La legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, 359.

GAROFALO M.G., CHIECO P. (2001), *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in *Giorn dir. lav. relazioni ind.*, 67.

GAZZONI F. (2000), *Manuale di diritto privato*, ed. VIII, Esi, Napoli.

GENGHINI M. (1992), *Il comando o distacco del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 240 ss

GHERA E. (1998), *Promozione dell'occupazione, flessibilità, rapporti atipici (note sulla l. 24 giugno 1997 n. 196)*, in *Mass. giur. lav.*, 943 ss.;

GHERA E. (2003), *Diritto del lavoro*, ed. XIV, Cacucci, Bari.

GIUGNI G. (2003), *"La legge Biagi non crea occupazione"*, intervista a *Repubblica* del 9.11.2003.

GIUGNI G. (1986), *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in GIUGNI G. (1989), *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna, 337 ss.

GRANDI M. (1972), *Le modificazioni del rapporto di lavoro, I, Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano

ICHINO P. (1997), *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, *Giorn. dir. lav. relazioni ind.*, 1997, 503 ss.;

ICHINO P. (2000a), *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate di studio AIDLaSS, Trento, 5-6 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 3 ss.;

ICHINO P. (2000b), *Il contratto di lavoro*, I, Giuffrè, Milano.

IRTI N. (1999), *L'età della decodificazione*, III ed., Giuffrè, Milano.

LAGALA C. (2004), *Profili previdenziali delle nuove tipologie contrattuali*, in *q. volume*.

LANOTTE M. (2000), *Tipologie e qualificazione giuridica del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in L. GALANTINO L. (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Giuffrè, Milano, 225 ss.

LECCESE R. (1998), *Subfornitura* (*contratto di)*, in Dig. disc. priv. sez. comm., XV, Utet, Torino, 238.

LECCESE V. (1999), *Diritti sindacali*, in LISO F., CARABELLI U. (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 1999, 346 ss.

LECCESE V., PINTO V. (1997), *Il lavoro interinale in Italia*, in *Lav. inf.*, n. 13, 10.

LISO F. (1999), *Introduzione*, in LISO F., CARABELLI U. (a cura di) (1999), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 11.

MAGNANI M. (1998), *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in M. NAPOLI (a cura di), *"Il pacchetto Treu"*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1176.

MAGRINI S. (1980), *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano.

MARESCA A. (1997), *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, 1997.

MARESCA A., CIUCCIOVINO S. (2000), *Il lavoro temporaneo*, in SANTORO PASSATELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 179 ss.

MARINELLI M. (2002), *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino.

MARIUCCI L. (1978), *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Giuffrè, Milano.

MARRAZZA M. (2002) *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova.

MAZZOTTA O. (1979), *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

MAZZOTTA O. (1998), *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavorotemporaneo*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 181.

MAZZOTTA O. (2003), *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 265.

MENGONI L. (1986), *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *Riv. crit. dir. priv.*, 9.

MISCIONE M. (1997), *Il lavoro interinale tra contratto di lavoro e contratto di fornitura*, *Dir. e pratica lav.*, 2071.

MORELLO U. (1994) voce *Frode alla legge*, in *Digesto disc. priv. civ.*, vol. VIII, Utet, Torino, 501.

MUSSO A. (1993), *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, Giuffrè, Milano.

NICOLINI G. (1980), *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano.

NUZZO M. (1990), *Somministrazione (contratto di)*, Enc. dir., XLV, Giuffrè, Milano, 1270.

NUZZO V. (2003), *Questioni in tema di esternalizzazione: gli argomenti della Suprema Corte*, in *Mass. giur. lav.*, I, 21 ss.

PELLACANI G. (2000), *Nozione e struttura del rapporto*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il lavoro temporaneo. La disciplina legale e contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1 ss.

PERSIANI M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.

PERULLI A. (1999), *Commento all'art. 3, commi 1-4*, in A. GENTILI, *Il Lavoro temporaneo*, Cedam, Padova, 136.

PERULLI A. (2003a), *Interessi e tecniche di tutela nella legislazione del lavoro flessibile*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, Giuffrè, Milano, 39.

PERULLI A.(2003b), *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Argomenti dir. lav*, pag. 473.

PINTO V, VOZA R. (2002), *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal libro bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. giur. lav*, I, pag. 453.

PINTO V. (2003), *Mercato del lavoro. Il decreto di attuazione della legge delega/1*, in http://www.il-diariodellavoro.it/internonews.asp?id=10245&Rubrica=3.

RICCARDI A. (2003), *La Corte di cassazione e il lavoro a termine*, in *Riv. giur. lav.*, II, 51 ss.

RICCI MAURIZIO (2003), *L'evoluzione delle fattispecie interpositorie: mercato del lavoro, politiche di flessibilità e relazioni industriali*, *Dir. lavori merc.*, n.2, 351 ss.

RIGANÒ G. (1997), *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 214.

ROCCELLA M. (1998), *I rapporti di lavoro atipici in Italia dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla l. n. 196/1997*, in *Riv. giur. lav.*, I, 17;

ROCCELLA M., TREU T. (2002), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, III ed., Cedam, Padova.

ROMEI R. (1999a), *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 327.

ROMEI R. (1999b), *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in LISO F., CARABELLI U. (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 97.

ROMEI R. (2003), *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Giorn. dir. lav. relazioni ind.*, 49.

RUSCIANO M. (1999), *Profili ricostruttivi dell' "affitto" di manodopera*, in *Dir. mercato lav.*, pag. 81

SALA CHIRI M. (2003), *Subfornitura e appalto di lavoro*, in *Argomenti dir. lav.*, pag. 227.

SALVATORI P., *La giustificazione del termine: le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo*, in PERONE G. (a cura di) (2002), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, Torino, 31 ss.

SANTORO PASSARELLI F. (1966), *Dottrine generali del diritto civile*, Novene, Napoli.

SANTORO PASSATELLI G. (a cura di) (2000), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano.

SANTORO PASSARELLI G. (2001), *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Argomenti dir. lav.*, 575 ss.

SANTORO PASSARELLI G. (2002), *Note preliminari sulla disciplina del nuovo contratto a termine*, in *Argomenti dir. Lav.*, 177 ss.;

SANTORO PASSARELLI G. (2003), *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 189.

SCARPELLI F. (1990), *Interposizione e appalto nei servizi informatici*, in Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, Milano, 43.

SCARPELLI F. (1999), *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. relazioni ind.*, pag. 351.

SCHWAB S. J. (2000), *Un approccio di law and economics alla teoria della discriminazione nei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 3.

SPEZIALE V. (1998), *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, *Giorn. dir. lav relazioni ind.*, 291 ss.

SPEZIALE V. (1999), *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in LISO FRANCO, CARABELLI UMBERTO (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 228.

SPEZIALE V. (2001,), *La nuova legge sul contratto a termine*, in *Giorn. dir. lav. relazioni ind.*, 361.

SPEZIALE V. (2003), *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, Giuffrè, Milano, 399.

SUPPIEJ G. (1998), *L'interposizione brevettata*, in *Argomenti dir. lav.*, 17 ss.

TIRABOSCHI M. (1999), *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo alla studio della fattispecie di lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino.

TIRABOSCHI M. (2002), *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 104 ss.

TIRABOSCHI M. (2003), *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, Guida al diritto, n. 4, 66.

VALLEBONA A. (1990), *Società, V) Lavoro nelle società collegate*, in *Enc. giur. Treccani*, XX,

VALLEBONA A., PISANI C. (2001), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Cedam, Padova.

VALLEBONA A (2002), *Requisiti sostanziali di ammissibilità del termine: le nuove clausole generali giustificative e il problema dell'onere della prova*, in MENGHINI L. (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 62

VENTURA L. (1962), *Oscurità della legge e insufficienza della interpretazione*, in *Riv. giur. lav.*, II, 113.

# Diritti e politiche sociali nella "crisi" europea*

Stefano Giubboni

1. Introduzione 71
2. Declino o metamorfosi delle politiche sociali di armonizzazione? 73
3. La (resistibile) ascesa del metodo aperto di coordinamento 76
4. Gli incerti itinerari del linguaggio dei diritti sociali fondamentali 79
5. Conclusioni 81
6. Bibliografia 82

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 17/2004

## 1. Introduzione

Il fallimento, in qualche modo annunciato, della Conferenza intergovernativa, inaugurata a Roma lo scorso ottobre dalla presidenza italiana sotto i più infausti auspici, apre scenari potenziali quanto mai incerti e inquietanti sul futuro costituzionale dell'Unione europea.

Le inquietudini e il pessimismo degli europeisti convinti della stringente necessità di una costituzione politica per l'Unione (v. ad es., recentemente, pur da punti di vista molto diversi, Habermas 2003; Cantaro 2003; Siedentop 2001) appaiono giustificati nella stessa misura in cui risulta fondato il malcelato compiacimento con il quale i corifei dell'idea di un'Europa ridotta a grande spazio economico, giuridicamente unificato da una comune *lex mercatoria* e sempre più proteso a espandere i propri confini mercantili, hanno specularmente accolto il fallimento del vertice di Bruxelles. Tra questi ultimi, non manca neppure chi sembra accarezzare l'idea che il fallimento della Conferenza intergovernativa possa trascinare con sé - archiviandola una volta per tutte - anche l'esperienza del "modello convenzionale", evidentemente vissuto come una rischiosa e improduttiva deviazione dalla via maestra della negoziazione diplomatica tra Stati, quale unica realistica procedura di "efficiente" revisione costituzionale dell'Unione.

In quest'ottica, il negativo esito della Conferenza intergovernativa avrebbe almeno il merito di mettere a nudo la pericolosa illusione che l'integrazione europea possa procedere "attraverso l'imposizione di modelli precostituiti", pur "con grande competenza tecnica", da un organo privo della necessaria legittimazione democratica, quando, invece, come sempre è avvenuto, i soli veri "progressi" della Comunità/Unione europea non possono che transitare, sin dall'inizio e appunto senza deviazioni, attraverso la negoziazione "sovrana" tra gli Stati membri (così Petroni 2003).

Potrebbe trattarsi di una valutazione (e di una proiezione) più vicina alla realtà di quanto sembri. L'Unione europea affronta oggi la crisi forse più grave della sua storia e non è affatto da escludere che uno dei possibili "effetti collaterali" della stessa possa essere proprio la prematura fine di quell'"affascinante processo di quasi-democratizzazione del tradizionale metodo della Conferenza intergovernativa" (MacCormick 2003, 7), avviato per la prima volta con successo nel 1999 al vertice di Colonia per l'elaborazione della Carta europea dei diritti fondamentali.

La speranza, oggi riaffidata alla iniziativa della presidenza irlandese (e al flebile impulso della Commissione), che si possa comunque pervenire al varo di una "Costituzione per l'Europa", è in effetti *tutta* nuovamente rimandata al difficile gioco della composizione negoziale degli interessi nazionali in conflitto. Il faticoso processo di negoziazione intergovernativa che riprenderà per tentare di superare i punti di irrisolto contrasto (ed *in primis* il nodo del sistema della doppia maggioranza), anche ammesso che riesca a pervenire ad una conclusione positiva, potrebbe in realtà *di per sé* comunque costituire un'irrimediabile cesura, una netta soluzione di continuità, tra l'eventuale accordo tra gli Stati membri ed il "lontano" lavoro "preparatorio" della Convezione presieduta da Giscard d'Estaing. L'esperimento, pur imperfetto, di democrazia deliberativa realizzato dalla Convezione sull'avvenire dell'Europa potrebbe risultarne, per così dire, "spoliticizzato", e così privato del suo più importante tratto di innovatività sul piano del processo costituzionale comunitario, giacché potrebbe uscire tendenzialmente ridotto - specie ove dovesse profilarsi un accordo lontano, per spirito o contenuti, dalle proposte dei *conventionnels* - a istanza di mera preparazione tecnica di una negoziazione che in tanto riacquista il crisma pieno ed effettivo della politicità (e, per qualcuno, della stessa democraticità), in quanto torni per l'appunto a svolgersi dentro la logica tradizionale della Conferenza intergovernativa.

È questo un esempio, di per sé forse neppure particolarmente significativo, dei tanti dilemmi che continuano più che mai a premere e ad affollarsi sul futuro costituzionale dell'Europa dopo l'esito negativo della CIG. Dilemmi numerosi e tutti aperti, che investono, al fondo, la questione dell'identità politica dell'Europa, ovvero - come è stato detto - la questione fondamentale se esista, sia desiderabile e realizzabile, e come, "*un progetto di differenziazione*" (Zagrebelsky 2003, XI) dell'Unione come entità politica con un proprio ruolo, una propria specifica "missione" nel mondo globalizzato (v. anche Barcellona 2003, 8).

È di tutta evidenza come quelli dello spazio e del ruolo dei diritti e delle politiche sociali nella Costituzione europea siano temi che concorrono a pieno titolo a definire tale questione di fondo.

L'intento di questo contributo è quello di fornire un'analisi del dibattito svoltosi in seno alla Convenzione sul ruolo delle politiche e dei diritti sociali nella costruzione europea e dei conseguenti esiti nel progetto di Trattato costituzionale, lasciando sullo sfondo i più generali dilemmi appena evocati. Saranno inevitabilmente discusse le possibili ricadute del mancato accordo in seno alla CIG sullo specifico terreno delle politiche e dei diritti sociali, rifuggendo, però, dalla tentazione di azzardare scenari, più o meno probabili, sui possibili sbocchi "generali" della crisi europea.

Oggi, dopo il fallimento della CIG, di fronte al rischio che la crisi si aggravi e si avviti in spirali dagli esiti imprevedibili, non si può che sperare che - pur con i suoi indubbi limiti - il progetto di Costituzione elaborato dalla Convezione possa effettivamente vedere la luce e prendere vita sospinto da una ritrovata volontà "costituente".

Questa speranza, e questo auspicio, non debbono tuttavia far velo a una valutazione critica dei contenuti del progetto di Costituzione, per la debolezza - o se si vuole per la scarsa audacia - di talune sue previsioni in materia sociale.

Il progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa appare invero nel complesso improntato ad una cauta istanza di consolidamento dell'*acquis* stratificatosi in campo sociale a partire - principalmente - dal Trattato di Amsterdam (sia consentito un rinvio a Giubboni 2003a, 123 ss.). Il gruppo di lavoro sull'Europa sociale, costituito per ultimo con l'intento più di rimediare ad un'imbarazzante mancanza formale che di aprire un nuovo e sostanziale capitolo di discussione, non ha fatto proposte autenticamente innovative, e la bozza di Costituzione europea ha alla fine fedelmente rispecchiato, nel suo articolato, il prudente e cauto atteggiamento fatto proprio dalla Convenzione.

Ciò non significa, naturalmente, che dal complesso corpo del Trattato costituzionale non emergano novità anche profonde in materia di diritti e politiche sociali.

Il fatto che la (progettata) incorporazione della Carta di Nizza nella parte seconda della Costituzione europea non abbia alla fine incontrato significative resistenze non può far dimenticare come questo esito - di assoluta importanza ai fini dell'effettivo riconoscimento dei diritti sociali come diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario - fosse tutt'altro che scontato: a ragione, quindi, esso deve essere considerato come "uno dei risultati più spettacolari del progetto del 2003" (Ziller 2003, 17). Nel corso dei lavori della CIG questo straordinario risultato - semplicemente inimmaginabile ancora fino pochi anni fa (v., per tutti, Weiss 2003; Giubboni 2003c) - non è stato del resto minimamente revocato in dubbio, segno che esso viene ritenuto un aspetto essenziale e ormai intangibile del processo di "costituzionalizzazione dell'Europa sociale" (Sciarra 2003b).

Nondimeno, il progetto di Trattato costituzionale rischia al tempo stesso di consolidare - e in questo senso di rendere difficilmente reversibili - anche alcune storiche debolezze di questo lento e faticoso processo di affermazione dell'Europa sociale. È sul più risalente e classico dei suoi terreni - quello della politica sociale in senso stretto, e delle politiche di armonizzazione più in particolare - che tali debolezze appaiono più evidenti. È da qui che conviene allora incominciare la nostra breve analisi critica.

## 2. Declino o metamorfosi delle politiche sociali di armonizzazione?

È ormai osservazione comune che nel "nuovo paradigma della politica sociale" (Szyszczak 2001) lo spazio dell'armonizzazione dei sistemi nazionali - così centrale nel modello delineato dal Trattato di Roma - si sia progressivamente ridotto quando non del tutto dissolto. L'idea dell'imposizione per via eteronoma di comuni modelli di tutela delle condizioni di lavoro, sia pure nei circoscritti ambiti in cui ciò fosse stato richiesto dall'esigenza di parificazione delle condizioni di concorrenza e di prevenzione delle relative distorsioni, si è ben presto rivelata incompatibile con i concreti sviluppi del processo integrativo (v. anche Treu 2001).

In crisi già dai primi anni Ottanta, il modello dell'armonizzazione "nel progresso" - forse da sempre un mito più che una concreta realtà - è stato in buona sostanza superato già con l'Atto unico europeo. Negli anni Novanta si è quindi progressivamente imposto un modello di politica sociale che fa tendenzialmente a meno dell'armonizzazione, e piuttosto si incentra sul coordinamento, sulla autoregolazione riflessiva delle parti sociali, sulla normazione leggera per principi di impronta e orientamento prevalentemente procedurale.

Nella Agenda per la politica sociale approvata alla fine del 2000 nel Consiglio europeo di Nizza, questo lungo percorso di trasformazione del paradigma fondativo della politica sociale comunitaria sembra esser giunto in qualche modo a compimento. La Commissione europea [in COM(2000) 379, 7] afferma senza reticenze che "*the new Social Policy Agenda does not seek to harmonise social policies. It seeks to work towards common European objectives and increase coordination of social policies in the context of the internal market and the single currency*".

In questo nuovo contesto, lo strumento principe di azione in materia sociale diviene - come ricorderemo meglio anche in seguito - il metodo aperto di coordinamento, nelle sue sempre più sofisticate varianti. Il metodo aperto di coordinamento prende in certo senso il posto centrale che nel modello delle origini aveva l'armonizzazione delle politiche (o meglio delle legislazioni) sociali: "esso è divenuto lo strumento per la scelta dell'orientamento politico complessivo" (Bernard 2003, 263), il metodo generale di *governance* sociale in Europa.

Il grande allargamento a Est dell'Unione aggiunge, ove ce ne fosse bisogno, argomenti ancor più cogenti a sostegno della prospettiva di un intervento dal "tocco" regolativo leggero e il più possibile rispettoso delle differenze nazionali. Si osserva infatti comunemente che i differenziali di sviluppo economico e i dislivelli negli *standard* di protezione sociale tra i vecchi e i nuovi membri dell'Unione europea sono così marcati (cfr., per tutti, Boeri e Coricelli 2003) da rendere semplicemente impensabile, ancor prima che impraticabile, l'idea di perseguire la coesione sociale per tappe forzate, imponendo rigidi vincoli normativi.

Il "nuovo paradigma" ha plasmato così in profondità la stessa visione del ruolo e delle funzioni dell'intervento comunitario in materia di politica sociale, da far apparire ormai sostanzialmente risolto l'annoso problema dei limiti di competenza legislativa della Comunità europea in questo

campo. Dopo aver dominato il dibattito teorico e le stesse proposte di riforma almeno per tutti gli anni Ottanta e buona parte degli anni Novanta, la questione dei limiti della competenza legislativa e quella - strettamente connessa - della estensione del voto a maggioranza qualificata, sembrano aver perso di interesse e rilievo. Il rapporto conclusivo del Gruppo di lavoro XI sull'Europa sociale le considera, anzi, come un problema ormai superato, appartenente al passato, una questione sostanzialmente risolta.

Nella relazione si riconosce infatti che lo spettro delle competenze legislative della Comunità in materia sociale è sufficiente e adeguato agli scopi dell'azione delle istituzioni sovranazionali. Nella misura in cui l'azione della Comunità è diretta essenzialmente a sostenere e completare quella degli Stati membri, le competenze legislative attuali sono dunque sufficienti per il Gruppo di lavoro XI, ed il loro esercizio dovrà essere essenzialmente limitato ai campi che più direttamente incidono sul funzionamento del mercato interno, al duplice scopo di prevenire le distorsioni della concorrenza e di agevolare le attività transfrontaliere (v. in questi termini Groupe de Travail XI, *Avant-projet du rapport*, WD 038 REV del 24 gennaio 2003, spec. 13).

Si tratta a ben vedere di una visione particolarmente angusta, che finisce tra l'altro per riabilitare - ma in un contesto molto diverso da quello originario - l'antica *ratio* della politica sociale europea come strumento *anti-dumping* di regolazione/parificazione delle condizioni di concorrenza nel mercato unico, con un arretramento anche rispetto a quell'idea della politica sociale come "fattore produttivo" che, specialmente dopo Lisbona, nei documenti della Commissione suggella ormai il nuovo corso [v. ancora la citata *Social Policy Agenda*, COM(2000) 379, 6; in dottrina, per tutti, Hunt 2003, 56].

Sul tema delle procedure - *i. e.* della possibile estensione del voto a maggioranza qualificata nei numerosi settori ancora retti dalla regola dell'unanimità -, il Gruppo di lavoro sull'Europa sociale mostra un atteggiamento senza dubbio più problematico e aperto. Il debole auspicio della futura generalizzazione del voto a maggioranza qualificata non è però accompagnato da proposte conseguentemente innovative. Il ragionevole compromesso raggiunto con il Trattato di Nizza - da poco entrato in vigore - appare tutto sommato anche in questo caso come il punto di arrivo di progressi sostanzialmente soddisfacenti, perfettibili in misura molto contenuta.

Questa cautela di fondo del Gruppo sull'Europa sociale si riflette inevitabilmente sulle disposizioni del progetto di Trattato che istituisce la Costituzione europea, quale approvato dalla Convenzione.

Le basi giuridiche di azione della Comunità/Unione, e cioè le concrete misure della competenza legislativa sovranazionale in materia di politica sociale, restano invariate nel progetto di Costituzione per l'Europa. Rimangono quindi ferme - innanzi tutto - le esclusioni ora contemplate dal par. 5 del testo novellato dell'art. 137 del Trattato istitutivo delle Comunità europee. L'art. III-104 del (progetto di) Trattato che istituisce la Costituzione per l'Europa non si applica - come si incarica di (continuare a) precisare il suo par. 6 - "alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero, né al diritto di serrata".

La lancinante contraddizione della esclusione di materie che sono assolutamente centrali all'interno della spessa trama di diritti sociali fondamentali riconosciuti nella parte seconda della bozza di Costituzione (v. per tutti Weiss 2003, 85; Sciarra 2003a, 117), viene in tal modo lasciata irrisolta; anzi, viene per così dire definitivamente sancita e costituzionalizzata come specifico e caratteriz-

zante tratto identitario del diritto del lavoro dell'Unione europea. A questa continueranno pertanto a mancare, anche in futuro, competenze che appaiono indispensabili per l'elaborazione e l'affermazione di *standard* minimi di tutela in specie in sfere dove l'intervento normativo sovranazionale appare insostituibile, non potendo essere in alcun modo surrogato da eventuali forme di coordinamento debole tra gli Stati membri.

Basta pensare al tema dello sciopero di solidarietà transnazionale per rendersi conto di quanto potrebbe pesare, già oggi ma soprattutto in prospettiva, questa "lacuna" (in tema, v. soprattutto Germanotta e Novitz 2002). Mentre viene confermata la preclusione del ricorso a basi giuridiche alternative (come gli art. 94 e 308 del Trattato CE, o le corrispondenti disposizioni del progetto di Trattato costituzionale), talvolta prospettato in dottrina (v. Ryan 2003, 85), restano tutte le difficoltà di un'opera di elaborazione per via interpretativa e giurisprudenziale di appaganti *standard* comuni di tutela in questo cruciale ambito (cfr. Orlandini 2001). Gli ordinamenti nazionali esibiscono infatti differenze enormi in materia e non meno arduo risulta il confronto tra i diversi *standard* rispettivamente elaborati sulla base della Convenzione di Roma e delle fonti dell'OIL (v. pure O'Higgins 2003, 63).

La ricerca di strumenti giuridici capaci di dar vita a un "*countervailing workers' power*" (Lord Wedderburn 2003) nel tentativo di controbilanciare la straordinaria forza di pressione che sprigiona dal capitale globale "deterritorializzato" (Grossi 2002, 495), rischia così di trovare un ostacolo di ordine "costituzionale" nell'ordinamento comunitario, che sarà assai difficile superare in futuro (cfr. anche le osservazioni critiche di Kenner 2003, 21).

Nel progetto di Trattato costituzionale rimangono - in secondo luogo - tutte le debolezze derivanti dai pesanti limiti che ancora circoscrivono l'utilizzo del voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio.

In tal caso viene sostanzialmente mantenuto il cauto (e solo virtuale) progresso realizzato dal Trattato di Nizza. Anche l'art. III-104.3 del progetto di Costituzione per l'Europa prevede infatti che per le materie, che allo stato rimangono assoggettate all'unanimità, di cui alle lettere d) (protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del rapporto di lavoro), f) (rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori) e g) (condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione), così come contemplate dal par. 1, il Consiglio dei ministri possa adottare, su proposta della Commissione, una decisione europea per rendere applicabile la procedura legislativa ordinaria retta dal voto a maggioranza qualificata. La materia della sicurezza e protezione sociale dei lavoratori, menzionata dalla lettera c) del par. 1 dell'art. III-104, rimane per contro esclusa dall'ambito di applicazione di questa "passerella" interna alla sezione sulla politica sociale.

Da un lato, quindi, non c'è - contrariamente a quanto previsto per altri importanti sfere di azione dell'Unione (come le "vicine" politiche dell'immigrazione) - alcuna estensione diretta della nuova regola generale della maggioranza qualificata; dall'altro il tema delle politiche di sicurezza e protezione sociale dei lavoratori è destinato a rimanere rinserrato dentro i confini dell'unanimità.

La presenza di una *lex specialis* così chiara dovrebbe, infatti, anche portare ad escludere, in quest'ultimo caso, la possibilità del ricorso alla "passerella generale" di cui all'art. 24 del progetto di Costituzione europea (sembrerebbe invece orientata ad ammettere una tale eventualità Sciarra 2003b, 12-13). È vero, infatti, che l'art. 24 (sulla cui importanza v. Ziller 2003, 55) - nell'ammettere

che il Consiglio europeo possa adottare, di propria iniziativa e all'unanimità, una decisione europea che consenta l'adozione di leggi o di leggi quadro secondo la procedura ordinaria nei casi per i quali ne sia prevista una speciale - si riferisce, in via generale e onnicomprensiva, all'intera parte III della Costituzione. Però è anche vero, o almeno appare plausibilmente sostenibile, che - ove quest'ultima preveda passerelle "interne" speciali che, come nella specie, escludano determinate materie - per le materie appunto in tal modo escluse il vincolo della unanimità debba resistere, in quanto specificamente riaffermato e quindi in certo modo rafforzato, all'applicazione della regola generale contenuta nell'art. 24 della Costituzione.

Il solo terreno nel quale - nel progetto elaborato dalla Convenzione - la materia della sicurezza sociale viene a essere assoggettata alla regola della maggioranza è quello del coordinamento dei regimi legali nazionali, ai sensi dell'art. III-21 della bozza di Costituzione. L'intervento normativo sovranazionale è in questo caso funzionale alla assicurazione - attraverso il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri - della libera circolazione dei lavoratori (subordinati o autonomi) nel mercato interno. Pur rappresentando una novità importante e da tempo attesa, l'estensione della regola della maggioranza qualificata e della procedura legislativa ordinaria alla tutela di sicurezza sociale dei lavoratori migranti si situa quindi in una linea di naturale sviluppo della disciplina sulla libera circolazione.

In sintesi, dalla lettura del progetto di Costituzione emerge con chiarezza quella linea di sostanziale marginalizzazione della politica sociale *via hard law* che rappresenta uno dei connotati distintivi del "nuovo paradigma" (cfr. pure Barnard e Deakin 2003). La sezione sulla politica sociale si presenta priva di novità sostanziali e conserva quindi anche le debolezze e le contraddizioni ereditate dalle revisioni dei trattati succedutesi nel corso degli anni Novanta. Da tale specifico punto di osservazione, pare allora giocoforza concludere come la mancata approvazione del testo approvato dalla Convenzione europea non abbia - di per sé - alcuna incidenza sul corso delle politiche sociali europee.

## 3. La (resistibile) ascesa del metodo aperto di coordinamento

Dopo il Consiglio europeo di Lisbona, il centro della scena dell'azione dell'Unione in materia sociale è stato saldamente occupato dal metodo aperto di coordinamento.

Il continuo *spill over* in aree sempre nuove e più o meno lontane dal raggio delle competenze legislative comunitarie (v. Bernard 2003, 263), dovrebbe ormai peraltro consigliarne l'uso al plurale, perché in effetti di metodi - o quantomeno di (assai) diverse declinazioni dello stesso metodo - ormai si tratta (cfr. in generale De la Porte e Pochet 2002).

Lo spessore e l'incidenza assunti negli anni dalla strategia europea per l'occupazione - il terreno originario e a tutt'oggi elettivo del metodo aperto di coordinamento in campo sociale - non hanno (o almeno non hanno ancora), invero, riscontri in altri ambiti. Il settore che forse più si avvicina (o tende ad avvicinarsi) - pur con differenze ancora sensibilissime - a quello "elettivo" delle politiche occupazionali e del lavoro è quello delle politiche di inclusione sociale (rinvio, anche per più puntuali riferimenti, a Giubboni 2003b, spec. 5 e 36 ss.); nel campo delle politiche dell'immigrazione, e ancor più in quello delle politiche pensionistiche, sanitarie e di protezione sociale, le distanze appaiono - per una serie di ragioni - ancora più grandi, e l'uso del plurale, dunque, ancor più giustificato (per opportune distinzioni "tecniche", v. pure Vandenbroucke 2002, 9).

Ma al di là delle differenze negli usi e nelle declinazioni - che in questa sede paiono tutto sommato trascurabili -, ciò che indubbiamente emerge è la apparentemente irresistibile ascesa di un metodo di *governance* sociale a vocazione sempre più chiaramente "universale". La Commissione lo considera una preziosa opportunità per esercitare la propria influenza e iniziativa politica in aree di *policy* spesso di grande rilievo, ma in taluni casi lontane dal raggio delle competenze legislative comunitarie (o comunque inattingibili dalla *hard law*); i governi nazionali non hanno motivi di diffidenza, certi come sono di poterne controllare gli svolgimenti, per definizione non vincolanti e rispettosi delle differenze nazionali e regionali; le parti sociali vi intravedono un'altra possibile sede di confronto e di "concertazione".

Il metodo aperto di coordinamento sembra allora capace di dar vita a un gioco procedurale a somma positiva per i principali attori in esso coinvolti, offrendo a tutti un qualche vantaggio e quindi un qualche incentivo a partecipare.

Tenuto conto del diffuso consenso di cui gode presso le istituzioni di governo dell'Unione, sarebbe stato dunque del tutto lecito attendersi un'attenzione speciale nei confronti del metodo aperto di coordinamento (di seguito, per brevità, OMC, secondo l'acronimo inglese ormai di moda). L'aspettativa risulta tuttavia in qualche modo sorprendentemente frustrata dalla lettura del progetto di Costituzione.

A dispetto delle attese - e delle espresse richieste formulate da varie parti (v. ad es. De Búrca e Zeitlin 2003) - nel progetto approvato dalla Convenzione l'OMC non viene, infatti, dotato di una precisa e definita base (e legittimazione) costituzionale.

L'art. 14 del progetto di Trattato costituzionale - intitolato al "Coordinamento delle politiche economiche e dell'occupazione" - contiene solo un pallido accenno, non molto di più di "un'allusione" (Ziller 2003, 162) all'OMC.

Inserito tra la disposizione che fissa l'elenco (non esaustivo) dei settori di competenza concorrente e la norma che getta le basi generali della politica estera e di sicurezza comune, l'art. 14 ha l'indiscutibile merito di porre sullo stesso piano il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri (mediante gli "indirizzi di massima") e quello delle politiche dell'occupazione (in particolare nella forma degli "orientamenti"). Esso contiene, inoltre, da un lato, un cenno al fatto che agli Stati membri che hanno adottato l'euro si applicano disposizioni specifiche (che è ancor meno, probabilmente, di quell'"embrione di governo economico dell'Unione", di cui dice Ziller 2003, 78); e dall'altro, l'attribuzione all'Unione del potere di adottare iniziative intese ad assicurare il coordinamento delle politiche sociali dei paesi membri.

Il progetto di Costituzione non contiene, quindi, neanche un accenno di disciplina generale "per principi" sull'OMC, volta in particolare ad ancorare tale metodo di *governance* - come era stato autorevolmente suggerito (v. Vandenbroucke 2002, 22-23) - alla "architettura istituzionale" dell'Unione. Inoltre, al di là dell'opportuna menzione "paritetica" del coordinamento delle politiche economiche e di quello delle politiche occupazionali, non vengono precisati i nessi tra le due forme di coordinamento. Non viene in particolare assicurata la effettiva "parità di armi" tra i due esercizi - virtualmente complementari e interdipendenti - di coordinamento politico (in realtà, come sostiene Fitoussi 2003, è mancata, nella Convenzione, una vera discussione *politica* sui temi di fondo della *governance* economica).

Neppure in tema di OMC e di nuovi modelli di *governance* economica e sociale, quindi, il progetto di Trattato costituzionale sembra indicare percorsi diversi dal timido consolidamento dell'*acquis* già conseguito. Né il dibattito svoltosi in seno alla Convenzione sembra aver aggiunto granché in ordine a taluni dei profili critici che, al riguardo, vengono più spesso messi in evidenza.

Non è nuova la preoccupazione che da possibile terreno di avanzamento di forme aperte, pluralistiche ed effettivamente "partecipate" di *deliberative supranationalism*, l'OMC si riduca - nella realtà - a esoterico luogo di discussione "*between elites for elites*" (Barnard e Deakin 2003, 147), nuovo epifenomeno di quella che Colin Crouch (2003) chiama "postdemocrazia".

Rimane in particolare ancora largamente elusa la questione del rapporto tra OMC e diritti (sociali) fondamentali.

Un primo aspetto della questione riguarda i diritti sociali nella loro dimensione procedurale di diritti di piena partecipazione alla definizione e alla implementazione, qui, dei sempre più pervasivi orientamenti di politica sociale e del lavoro che transitano attraverso il crogiolo dell'OMC (per qualche spunto al riguardo, seppur nella prospettiva del "*capability approach*", cfr. Deakin e Browne 2003, 39 ss.).

L'art. 47 della bozza di Costituzione - che riflette un suggerimento opportunamente formulato dal Gruppo di lavoro sulla *governance* economica - sancisce un principio generale d'innegabile importanza in quest'ottica, il quale deve tuttavia trovare forme adeguate di effettiva traduzione.

La norma - che non a caso viene subito dopo l'innovativa previsione sul "principio della democrazia partecipativa" (art. 46) - ha infatti l'indiscutibile merito di affermare che il riconoscimento e la promozione del ruolo delle parti sociali, in particolare nella forma del "dialogo tra tali parti" che sia rispettoso della loro autonomia, sono aspetti centrali della vita democratica dell'Unione. Il rafforzamento del ruolo delle parti sociali e delle organizzazioni della società civile nell'ambito dell'OMC transita senza dubbio attraverso la garanzia di adeguati diritti sociali fondamentali "procedurali"; tale garanzia non può tuttavia prescindere da "una previa definizione dei canali di rappresentanza e dei criteri di vera rappresentatività" (Caruso 2002, 14).

Un secondo aspetto della questione attiene alla esigenza di garantire il rispetto dei diritti (sociali) fondamentali - intesi in senso (anche) sostanziale - nelle nuove procedure di *soft law*, ed in particolare nell'ambito delle politiche occupazionali e di quelle sull'inclusione sociale (cfr. Sciarra 2003b, 10).

Taluni, forse con ottimismo eccessivo sulle virtù maieutiche della *soft law* (v. la disincantata riflessione critica di Hepple 2003), intravedono addirittura *nello stesso metodo aperto di coordinamento* la sede almeno in potenza più adatta per sviluppare quella "politica dei diritti fondamentali", ad un tempo rispettosa delle diverse tradizioni nazionali, la cui mancanza è stata da tempo autorevolmente rimproverata all'Unione europea (v. Alston e Weiler 2001).

Da questo punto di vista, l'OMC potrebbe costituire uno strumento particolarmente efficace di implementazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Come è stato suggerito, "*an OMC process for the purpose of implementing the Charter, offering the perspective of a public debate on National Action Plans for Fundamental Rights followed by exchange of views in the Council would seem a more promising way to introduce into EU decision-making process a fundamental rights discourse which is at present virtually absent*" (Bernard 2003, 267).

Senza spingersi così lontano, allargando forse oltre misura lo *spill over* dell'OMC col rischio di sciogliere nelle acque tiepide della *soft law* l'*intero* discorso sui diritti fondamentali nell'Unione europea, sarebbe invece importante iniziare almeno ad assicurare una maggiore coerenza tra le procedure di coordinamento aperto *attualmente* operanti - in specie in tema di politiche del lavoro e di inclusione sociale - e i diritti fondamentali quali riconosciuti nella Carta di Nizza.

Si potrebbe così più realisticamente e proficuamente immaginare che "nell'ambito del metodo aperto di coordinamento - per ora soprattutto in materia di occupazione e inclusione sociale - la redazione dei piani nazionali da sottoporre al vaglio delle istituzioni europee dedichi spazio, oltre che ad indicare gli adempimenti in vista del coordinamento delle politiche, anche ad una verifica circa il rispetto dei diritti fondamentali", con "un immediato affiancamento fra procedure di *soft law* e monitoraggio dello stato di attuazione dei diritti fondamentali negli ordinamenti nazionali" (il suggerimento, qui pienamente condiviso, è di Sciarra 2003b, 15-16).

Nella prospettiva testé indicata, sarebbe in particolare certamente utile elaborare appositi *benchmarcks* sul rispetto dei diritti sociali fondamentali europei nella traduzione degli orientamenti e delle linee guida impartiti ciclicamente dal Consiglio (per qualche spunto in tal senso, con specifico riguardo ai temi delle politiche di protezione sociale, v. Tooze 2003, 171 e 174).

Una clausola generale di "*mainstreaming* dei diritti fondamentali" appositamente introdotta nel Trattato costituzionale (v. De Búrca 2003, 26-27) agevolerebbe senza dubbio tale compito. Una clausola del genere - per quanto assai utile - non appare, comunque, di per sé necessaria; il fine indicato potrebbe essere, infatti, legittimamente perseguito valorizzando appieno i molteplici effetti che potenzialmente scaturiscono dalla costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali mediante incorporazione della Carta di Nizza nella parte seconda del (progetto di) Trattato costituzionale (v. pure Kenner 2003, 15 nonché, in termini più generali, le indicazioni metodologiche di Lyon-Caen 2003).

## 4. Gli incerti itinerari del linguaggio dei diritti sociali fondamentali

Si è già sottolineato come l'unanime consenso formatosi sull'inserimento della Carta di Nizza nel Trattato costituzionale rappresenti uno dei risultati più positivi e per certi versi anche più sorprendenti del lavoro della Convenzione (v. De Búrca 2003, 11; Ziller 2003, 103).

Ed è in effetti proprio su questo piano che le ricadute della mancata approvazione del progetto di Costituzione per l'Europa potrebbero risultare più pesanti.

La costituzionalizzazione compiuta dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario resta infatti una necessità ineludibile. E solo con l'incorporazione nel Trattato costituzionale la Carta può spiegare tutte le sue potenzialità in ordine alla piena affermazione di un discorso sui diritti sociali fondamentali nell'Unione europea (rinvio a Giubboni 2003a, 136 e 241 ss.).

Lo stato limbico nel quale permane la Carta a seguito del fallimento della CIG è inevitabilmente destinato ad aumentare le incertezze nel prossimo futuro.

Diversamente dal Tribunale di prima istanza, la Corte di Giustizia ha come noto sino ad oggi evitato di far uso diretto della Carta, disattendendo - in un comprensibile atteggiamento di *self-restraint* - gli inviti in tal senso frequentemente rivoltile dagli Avvocati generali (per gli opportuni riferimenti rimando a Giubboni 2003c, 348).

Ci sembra difficile - anche se non è del tutto da escludere (visto il consenso registratosi in seno alla Convenzione) - che la Corte possa mutare ora questo orientamento, preferendo con ogni probabilità comunque attendere la definitiva consacrazione dell'accordo costituzionale sull'incorporazione della Carta nella *higher law* europea. E ciò - appunto - non può che alimentare quella situazione di incertezza della quale si cominciano a verificare i primi concreti segni sullo stesso terreno della giurisprudenza in tema di diritti sociali (si pensi solo al dissonante orientamento in tema di effettività del diritto alle ferie retribuite espresso, prima dall'Avvocato generale e poi anche dalla Corte, nei casi *BECTU* e *Bowden*, rispettivamente in *Racc.*, 2001, I, 4881 e 7031 ss., sui quali rinvio senz'altro a Kenner 2003, 21-23).

La prospettiva della incorporazione della Carta nella Costituzione europea resta la strada da perseguire per la piena emancipazione del discorso sui diritti sociali a livello dell'Unione, e questo nonostante le indiscutibili debolezze e ambiguità del suo testo. Debolezze e ambiguità che la parziale riscrittura delle cosiddette "clausole orizzontali" della Carta, proposta dalla Convezione europea, potrebbe, del resto, sensibilmente aumentare.

Ha al proposito come noto attirato critiche preoccupate e giustamente severe soprattutto la riformulazione dell'art. 52 della Carta (diventato l'art. II-52 del progetto di Costituzione europea), laddove viene definita assai discutibilmente la portata e l'interpretazione "dei diritti e dei principi". Non c'è dubbio, infatti, che - almeno nelle intenzioni dei suoi più calorosi sostenitori (e cioè dei rappresentati del governo inglese in seno alla Convenzione) - la distinzione, nei termini quantomeno impropri (per non dire rozzi) in cui è formulata, dovrebbe essenzialmente servire a depotenziare il significato del riconoscimento dei diritti sociali fondamentali, risospingendoli nell'empireo dei meri principi programmatici e così ridividendoli dai diritti civili e politici (v., criticamente, Kenner 2003, 24).

La precisazione che "le disposizioni della presente Carta che contengono principi *possono* essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni e organi dell'Unione e da atti degli Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle rispettive competenze" (art. II-52.5 del progetto di Trattato costituzionale), dovrebbe - in questa logica (su cui cfr. Hare 2003; Estlund 2003) - poter pienamente rassicurare sulla natura meramente programmatica della (quasi) totalità delle norme sociali della Carta. E quella - compiuta subito dopo dall'art. II-52.5 -, secondo cui le suddette disposizioni "possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione del controllo della legalità di detti atti", dovrebbe aggiungere l'ulteriore rassicurazione che i "principi" sociali non sono, di per sé, direttamente invocabili davanti alle Corti, divenendolo solo nella eventualità di una loro discrezionale attuazione legislativa.

La distinzione, per come è formulata, va giustamente criticata (v., tra gli altri, De Búrca 2003, 22 ss.), anche per l'evidente e inammissibile contraddizione cui potrebbe dar luogo se assunta nel suo significato letterale.

Ed invero, come è stato esattamente rimarcato, "l'affermazione che i valori sui cui l'Unione si fonda sono indivisibili, oltre che universali, non è compatibile con quella che alcuni dei diritti che da tali valori discendono corrispondano a principi liberamente disponibili dal legislatore" (Pinelli e Barazzoni 2003, 39). È, cioè, incompatibile con la stessa natura di principi fondamentali dell'Unione europea che gli stessi *possano* - come recita il citato art. II-52.5 - essere liberamente attuati dal legislatore, e debbano, perciò, essere osservati dal giudice *solo* ove il primo abbia deciso si intervenire.

In realtà, una volta costituzionalmente affermati, anche i "principi" (sociali) fondamentali non possono non essere *sempre e comunque* rispettati e osservati - in sede interpretativa - dal giudice dinanzi al quale siano invocati (cfr. in tal senso De Schutter 2003, 193, che invita giustamente a non confondere la questione della "invocabilità nel procedimento giudiziario della disposizione" con quella, diversa e ulteriore, dell'"effetto diretto che essa produce"; e v. pure Sciarra 2003b, 19). Per fare solo un esempio della rilevanza interpretativa *immediata* degli stessi *principi* sociali fondamentali, si può notare come anche da questi sia senz'altro desumibile quell'"*effect d'obstacle*" - come "strumento di resistenza giuridica nei confronti di movimenti opportunistici di deregolazione" - messo in evidenza da Antoine Lyon-Caen (2003, 188).

Pur dovendo essere criticata, la distinzione tra diritti e principi *ex* art. II-52 del progetto di Trattato costituzionale non deve, comunque, per quanto già accennato, essere neppure sopravvaluta: i suoi effetti, infatti, - ove correttamente intesi e, per così dire, ben "temperati" – potrebbero essere assai più modesti di quanto sperato da taluni suoi propugnatori.

Quella compiuta dalla norma in esame finisce - in realtà - per essere null'altro che la (pur impropria) riformulazione o esplicitazione di una distinzione ben nota al dibattito teorico in materia di diritti sociali e del resto ben presente nella giurisprudenza costituzionale di quegli ordinamenti nazionali (si pensi, in particolare, a quello italiano e a quello tedesco) che tali diritti - direttamente o indirettamente - riconoscono (v. per tutti Grimm 2003; Poiares Maduro 2003, spec. 286). Essa va perciò relativizzata, e se si vuole "contestualizzata" - come ho in altra sede tentato di dimostrare (v. Giubboni 2003c, 350 ss.) -, facendo tesoro di questa ricca esperienza costituzionale e ricordando, peraltro, che la distinzione tra diritti e principi non è affatto nuova neppure all'interno delle proposte teoriche e politiche avanzate in questi anni a livello comunitario (senza contare che essa è già oggi implicitamente desumibile dall'art. 51 della Carta di Nizza: v. Kenner 2003, 16 ss.).

Saranno in definitiva la Corte di Giustizia e i giudici comunitari a stabilire dove si arrestino i diritti sociali immediatamente azionabili e dove comincino i principi sociali, ed in che cosa concretamente essi si differenzino tra di loro. E si può prevedere che l'impreciso linguaggio utilizzato dall'art. II-52 assai improbabilmente riuscirà a limitare la Corte "*in drawing on the range of values and norms expressed in the Charter in its adjudicative role*" (De Búrca 2003, 25). Come è assai probabile (o meglio pressoché certo) che ancor meno efficace nel limitare il potere interpretativo (e creativo) dei giudici comunitari si rivelerà il "bizzarro riferimento alle spiegazioni date dal Praesidium della precedente Convenzione" (Ziller 2003, 69), ora contenuto nel preambolo novellato della Carta. Il meno che si possa dire a quest'ultimo riguardo è, infatti, che "la pretesa di dettare ai giudici canoni di interpretazione dei testi normativi è espressione di un legislatore impaurito e culturalmente primitivo e, per giunta, è stata prima o poi contraddetta dall'esperienza" (così Pinelli e Barazzoni 2003, 40).

## 5. Conclusioni

È stato recentemente scritto che "il DNA della questione sociale [...] è stato ormai inoculato" nel corpo vivo dell'Unione europea, "come parte integrante della sfera più interna delle sue politiche" (Caruso 2002, 11). Pur tra persistenti debolezze e ambiguità, il progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa rappresenta una tappa importante, probabilmente decisiva nel lento cammino della affermazione di una prioritaria dimensione sociale dell'Unione.

Il quadro in chiaroscuro che se ne è abbozzato nelle pagine che precedono non impedisce di scorgere nel progetto elaborato dalla Convenzione presieduta da Giscard d'Estaing un'irripetibile occasione di consolidamento delle radici costituzionali del diritto del lavoro europeo e di ribilanciamento dei valori sociali rispetto a quelli del mercato integrato (v. Sciarra 2003a, 104).

L'eventualità - per nulla da escludere dopo il fallimento del vertice di Bruxelles del dicembre 2003 - che la crisi attuale non venga superata e che il progetto di Costituzione non sia, alla fine, approvato, rappresenta un rischio gravissimo. Un'evenienza del genere potrebbe infatti mettere in discussione alla radice lo stesso significato del progetto europeo, ed i rischi di effettiva disgregazione potrebbero diventare, a quel punto, molto alti.

Nei termini in cui viene già prospettata (o forse minacciata), la stessa (apparente) riproposizione dell'idea di una "doppia velocità", con un'avanguardia di Stati disposti a procedere sul cammino d'una integrazione sempre più stretta anche senza la minoranza riottosa, non farebbe altro, in realtà, che accrescere i rischi di disgregazione, lontana com'è - nello spirito e negli effetti immaginabili - da quel concetto di "cooperazione rafforzata" ormai saldamente iscritto nell'architettura costituzionale dell'Unione (v. ad es. Shaw 2003). "Se oggi ci dividiamo senza aver prima costruito un solido tessuto comune - ha scritto Giuliano Amato (2003) -, non ne usciranno i cerchi concentrici teorizzati da Delors: ne usciranno due Europe, che andranno ciascuna per conto proprio, ciascuna indebolita dalla presenza dell'altra, ed entrambe incapaci di un peso nel mondo".

Non resta allora che concludere con l'auspicio che il cammino unitario possa essere ripreso e che l'Europa possa così proseguire il "*Sonderweg*" (Weiler 2003) iniziato oltre cinquant'anni fa.

## 6. Bibliografia

Amato G. (2003), *La "doppia velocità" non è la soluzione*, ne *Il Sole 24 Ore* del 15 dicembre.

Alston Ph., Weiler J. H. H. (2001), *Vers une politique des droits de l'homme authentique et cohérente pour l'Union européenne*, in Ph. Alston (sotto la direzione di), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 3-68.

Barcellona P. (2003), *Prefazione* ad A. Cantaro, *Europa sovrana. La Costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Edizioni Dedalo, Bari.

Barnard C., Deakin S. (2003), *Corporate Governance, European Governance and Social Rights*, in B. Hepple (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, 122-150.

Bernard N. (2003), *A "New Governance" Approach to Economic, Social and Cultural Rights in the EU*, in T. Hervey, J. Kenner (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 247-268.

Boeri T., Coricelli F. (2003), *Europa: più grande o più unita?*, Laterza, Roma-Bari.

Cantaro A. (2003), *Europa sovrana. La Costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, con prefazione di P. Barcellona, Edizioni Dedalo, Bari.

Caruso B. (2002), *The Future of Labour Law: Traditional Models of Social Protection and a New Constitution of Social Rights*, *Working Paper del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Mas-*

*simo D'Antona"*, Università degli Studi di Catania, n. 10/2002, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

Crouch C. (2003), *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari.

Deakin S., Browne J. (2003); *Social Rights and Market Order: Adapting the Capability Approach*, in T. Hervey, J. Kenner (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 27-43.

De Búrca G. (2003), *Fundamental Rights and Citizenship*, in B. de Witte (a cura di), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, European University Institute, Firenze, 11-44.

De Búrca G., Zeitlin J. (2003), *Constitutionalising the Open Method of Coordination: What Should the Convention Propose?*, *Centre for European Policy Studies Brief* n. 31, in http://www.cesps.be.

De la Porte C., Pochet Ph. (2002), *Building Social Europe through the Open Method of Co-ordination*, Peter Lang, Bruxelles.

De Schutter O. (2003), *La garanzia dei diritti e princìpi sociali nella "Carta dei diritti fondamentali"*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Einaudi, Torino, 192-220.

Estlund C. L. (2003), *An American Perspective on Fundamental Labour Rights*, in B. Hepple (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 192-214.

Fitoussi J.-P. (2003), *Il dittatore benevolo. Saggio sul governo dell'Europa*, Il Mulino, Bologna.

Germanotta P., Novitz T. (2002), *Globalisation and the Right to Strike: The Case for European Level Protection of Secondary Action*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18.

Giubboni S. (2003a), *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna.

Giubboni S. (2003b), *L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia*, *Working Paper del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona",* Università degli Studi di Catania, n. 20/2003, in www.lex.unict/eurolabor/ricerca/presentazione.

Giubboni S. (2003c), *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 2/3, 325-356.

Grimm D. (2003), *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Einaudi, Torino, 5-21.

Grossi P. (2002), *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Rend. Mor. Acc. Lincei*, serie IX, volume XIII, 491-507.

Habermas J. (2003), *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Einaudi, Torino, 94-118.

Hare I. (2003), *Social Rights as Fundamental Human Rights*, in B. Hepple (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 153-181.

Hepple B. (2003), *Enforcement: the Law and Politics of Cooperation and Compliance*, in Id. (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 238-257.

Hunt J. (2003), *Fair and Just Working Conditions*, in T. Hervey, J. Kenner (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 45-65.

Kenner J. (2003), *Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility*, in T. Hervey, J. Kenner (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 1-25.

Lyon-Caen A. (2003), *The Legal Efficacy and Significance of Fundamental Social Rights: Lessons from the European Experience*, in B. Hepple (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 182-191.

MacCormick N. (2003), *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel "commonwealth" europeo*, Il Mulino, Bologna.

O'Higgins P. (2003), *The Interaction of the ILO, the Council of Europe and the European Union Labour Standards*, in B. Hepple (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 55-69.

Orlandini G. (2001), *Il diritto di sciopero nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 649-659.

Petroni A. M. (2003), *La crisi è grave … ma sarà superata*, ne *Il Sole 24 Ore* del 14 dicembre.

Pinelli C., Barazzoni F. (2003), *La Carta dei diritti, la cittadinanza e la vita democratica dell'Unione*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza Intergovernativa*, Quaderni di ASTRID, Il Mulino, Bologna, 37-46.

Poiares Maduro M. (2003), *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in T. Hervey, J. Kenner (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Potland, 269-299.

Ryan B. (2003), *The Charter and Collective Labour Law*, in T. Hervey, J. Kenner (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 67-90.

Sciarra S. (2003a), *Market Freedom and Fundamental Social Rights*, in B. Hepple (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 95-121.

Sciarra S. (2003b), *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di* soft law, *Working Paper del Centro di Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, Università degli Studi di Catania, n. 24/2003, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

Shaw J. (2003), *Flexibility in a "Reorganised" and "Simplified" Treaty*, in B. de Witte (a cura di), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, European University Institute, Firenze, 187-

205.

Siedentop L. (2001), *La democrazia in Europa*, con introduzione di P. Ginsborg, Einaudi, Torino.

Szyszczak E. (2001), *The New Paradigm for Social Policy: A Virtuous Circle?*, in *Common Market Law Review*, 1125-1170.

Tooze J. (2003), *Social Security and Social Assistance*, in T. Hervey, J. Kenner (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 161-192.

Treu T. (2001), *L'Europa sociale: problemi e prospettive*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, 307-334.

Vandenbroucke F. (2002), *The EU and Social Protection: What Should the European Convention Propose?*, *MPIfG Working Paper 02/6*, in http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/workpap/wp02-6/wp02-6.html.

Wedderburn Lord (2003), *Common Law, Labour Law, Global Law*, in B. Hepple (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 19-54.

Weiler J. H. H. (2003), *Federalismo e costituzionalismo: il "Sonderweg" europeo*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Einaudi, Torino, 22-42.

Weiss M. (2003), *The Politics of the EU Charter of Fundamental Rights*, in B. Hepple (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 73-94.

Zagrebelsky G. (2003), *Introduzione* a Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari, V-XIV.

Ziller J. (2003), *La nuova Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna.

# Il lavoro a progetto*

Mariella Magnani- Sergio Spataro

1. Le incertezze del disegno ispiratore della riforma. 87

2. I dati tipizzanti la fattispecie. 88

3. Il suo rilievo sistematico tra i rapporti di lavoro autonomo e quelli di lavoro subordinato alla luce dei meccanismi sanzionatori. 90

4. ...e del regime delle esclusioni. 91

5. La disciplina. 92

6. Le misure di accompagnamento o di transizione. 95

7. Il lavoro a progetto: un approdo coerente con il dibattito in corso? 95

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 11/2004

## 1. Le incertezze del disegno ispiratore della riforma.

Tra le norme fonte di maggior affanno interpretativo nel decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276 vi sono indubbiamente quelle sul cd. lavoro a progetto. E questo, non solo per la difficoltà di lettura, non tanto del disegno ispiratore, quanto della sua concretizzazione tecnica, ma anche per l'enorme rilevanza del fenomeno che le norme intendono regolare.

È a tutti nota la sua dimensione: l'esplosione delle collaborazioni coordinate e continuative si è consumata a partire dal 1995, con la legge n. 335 che in un certo senso le ha legittimate, per approdare alla ragguardevole cifra di più di due milioni[235].

Questa esplosione ha alimentato un intenso dibattito circa la reale natura del fenomeno: se ed in che misura, cioè, esso fosse da imputare ad una genuina scelta per l'autonomia, ovvero al tentativo di eludere la normativa sul lavoro subordinato. Si è trattato di un dibattito non conclusivo, anche per la mai sciolta controversia in ordine ai criteri identificativi della subordinazione e, per converso, della autonomia: una controversia probabilmente "ontologicamente" insolubile se a questi criteri vuole essere attribuito l'impari compito di attivare ovvero di escludere l'intero statuto protettivo del diritto del lavoro.

Il disegno ispiratore della nuova disciplina è apparentemente chiaro, essendo enunciato vuoi nel documento preparatore (il cd. Libro bianco sul mercato del lavoro) vuoi nelle relazioni di accompagnamento al disegno di legge-delega e allo schema di decreto legislativo. Si è detto che è *apparentemente* chiaro, dal momento che lo stesso Libro bianco – da cui nasce l'idea del lavoro a progetto – non è su questo punto assolutamente univoco. Anzi, contiene una certa dose di contraddittorietà poichè, apprezzando criticamente, nel metodo e nei contenuti, le proposte discusse nel corso della precedente legislatura, valuta negativamente l'idea di intervenire nel campo della para-subordinazione, che non lascerebbe spazio alle "nascenti esperienze negoziali", e suggerisce di coltivare "un'iniziativa legislativa limitatamente alla identificazione e regolazione di una fattispecie particolarmente diffusa, specialmente ma non esclusivamente nel terziario" (appunto il cd. "lavoro a progetto"). Nello stesso tempo però ritiene che "sia necessario evitare l'utilizzazione delle collaborazioni coordinate e continuative in funzione elusiva e frodatoria della legislazione posta a tutela del lavoro subordinato, ricorrendo a questa tipologia contrattuale al fine di realizzare spazi anomali nella gestione flessibile delle risorse umane"[236]. Il che implica di intervenire, e pesantemente, nel campo della cd. para-subordinazione.

La relazione al d.d.l. delega si limitava a riprodurre esattamente il contenuto del Libro bianco – con la conseguente ambiguità che abbiamo ritenuto di ravvisare – e lo stesso art. 4 della legge n. 30 del 2003 appariva in definitiva anodino perché nulla si prevedeva circa la sorte dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa non rispondenti ai requisiti delineati.

---

[235] E precisamente 2.392.527 iscritti alla gestione speciale presso l'INPS: cfr. l'elaborazione dell'IRES, *Terzo rapporto sul lavoro atipico in Italia,* aprile 2003, su dati Inps.

[236] Cfr. *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità,* Roma, ottobre 2001, p. 72.

La relazione allo schema di decreto delegato, invece, non contiene oscillazioni: essa qualifica senza mezzi termini la nuova normativa come "riforma delle collaborazioni coordinate e continuative" e la riconduce inequivocabilmente all'intento di superare "la farisaica accettazione di questa pratica elusiva" e riportare "le attuali co.co.co. o al lavoro subordinato o al lavoro a progetto, forma di lavoro autonomo che non può dare luogo alle facili elusioni riscontrate pena la trasformazione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato"[237].

## 2. I dati tipizzanti la fattispecie.

Se già non limpido era il disegno ispiratore, la sua concretizzazione normativa - che è poi ciò che rileva sommamente per l'interprete - è fonte di quell'affanno interpretativo, cui si è fatto cenno. E di ciò proprio non vi era alcun bisogno in una materia così cruciale per l'organizzazione di impresa. In via di prima approssimazione, il legislatore delegato tipizza una figura contrattuale – il lavoro a progetto – che viene a porsi in posizione intermedia, in considerazione dell'intensità e della natura delle tutele accordate, tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato. L'identificazione della fattispecie e del suo rilievo sistematico costituirà primariamente oggetto di queste riflessioni.

La fattispecie è costruita con materiali di diversa ed eterogenea origine, di vecchio e nuovo conio[238]: si tratta dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale, e senza vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c., che 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 della attività lavorativa".

Da una parte, dunque, la continuatività, la coordinazione, e il carattere prevalentemente personale dell'opera; dall'altra, la riconducibilità ad un progetto, programma o fase di esso che sia gestito autonomamente, in funzione del risultato, e (dunque) prescinda dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa.

Da questo coacervo di elementi, vecchi e nuovi, utilizzati per disegnare la fattispecie emerge chiaramente l'intento di fissare un forte discrimine rispetto alla fattispecie del lavoro subordinato.

Così si spiega l'enfasi posta sulla gestione autonoma in funzione del risultato e la predicata irrilevanza del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa (che ne costituisce conseguenza). Sulla correttezza degli indici impiegati (o, meglio, sulla opportunità del loro impiego, dal momento che il legislatore è sovrano), al fine si potrebbe discutere. Sembra però di dover chiarire che il riferimento al risultato (col suo corollario: l'irrilevanza del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa) è operato allo stesso modo con cui esso viene utilizzato dalla giurisprudenza: esso riflette non tanto il discutibile e discusso assunto dogmatico che riconduce la *locatio*

---

[237] cfr. Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo del 6 giugno 2003, pp. 14-15, www.welfare.gov.it.

[238] Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro subordinato al lavoro a progetto,* in corso di pubblicazione in Itinerari d'impresa. Management, Diritto, Formazione, n. 3/2003.

*operis* all'obbligazione di risultato e la *locatio operarum* alla obbligazione di mezzi[239], ma rappresenta– molto più debolmente – il mero criterio indiziario della presenza o meno della subordinazione, più facilmente ipotizzabile qualora, "senza che sia necessario un risultato qualsivoglia da raggiungere …il lavoratore abbia impiegato le proprie energie diligentemente per il tempo previsto e secondo gli ordini via via ricevuti"[240].

Ciò che però, innanzitutto, richiama l'attenzione è l'individuazione della nozione di progetto, programma di lavoro, o fase di esso, connotati da quei requisiti. Poiché il legislatore ha ritenuto di distinguere tra "progetto" e "programma" (e addirittura "fase di esso") di ciò l'interprete dovrà tenere conto. Se il progetto appare più legato ad un'attività di tipo "creativo", svolta da professionalità elevate, il termine programma di lavoro – o fase di esso – è idoneo ad allargare la fattispecie anche ad attività meno professionalizzate (ad es. riordinare una biblioteca)[241]. Poiché però, a ben vedere, qualsiasi attività di lavoro potrebbe essere ricondotto ad un programma, ciò che appare determinante in questi casi è l'apposizione del termine, che fa tutt'uno con il programma[242].

Detto termine, in base all'art. 62, deve essere determinato o comunque determinabile in relazione ad un avvenimento futuro la cui verificazione sia certa, anche se non ne è già conosciuto il momento: non è qui improprio evocare la collaudata elaborazione in materia di contratto di lavoro subordinato a termine[243].

Nonostante sia già stato prospettato – con una interpretazione forse prudenziale, alla luce delle conseguenze previste dalla legge – che l'attività oggetto del progetto o del programma debba presentare il carattere della straordinarietà o della eccezionalità[244], rispetto all'ordinario ciclo produttivo dell'impresa committente, una interpretazione fedele al dato positivo deve partire dalla constatazione che nessuna delle norme in commento fa riferimento a questi requisiti. E ciò a differenza della formula che, a livello di precomprensione, può venire alla mente per individuare i contorni della nostra fattispecie: quella dell'art. 1 lett. c) della legge n. 230/1962, che faceva riferimento all' "esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale". Tolto di mezzo il carattere della straordinarietà, qualsiasi attività di lavoro, anche quella rientrante nel normale ciclo produttivo[245], può essere dedotta in

---

[239] Cfr., tra gli altri, PERULLI, *Il lavoro autonomo,* in CICU, MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale,* vol. XVII, t. 1, Milano, Giuffré, 1996, pp.182-183.

[240] Cfr. Cass. 7 aprile 1992, n. 4220, Riv. it. dir. lav., 1993, II, p. 258 e ss.

[241] Tutti i primi commentatori concordano sulla maggiore ampiezza semantica del termine programma, che non può essere casuale: cfr. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto, cit*.; MISCIONE, *Il collaboratore a progetto,* Lav. Giur., 2003, p. 818.

[242] La norma risente dell'impostazione della proposta di legge n. 3972, d'iniziativa dei deputati Lombardi, Salvati, Delbono, presentata alla Camera il 9 luglio 1997. Nella Relazione di accompagnamento alla proposta di legge si affermava che "si è voluto, in tal modo, richiamare sia il progetto che caratterizza il contratto di appalto, sia la predeterminazione del risultato che contraddistingue il lavoro autonomo, e, quindi, porre le condizioni oggettive idonee a limitare il potere di ingerenza del committente e, di conseguenza, ad assicurare l'autonomia del prestatore di lavoro coordinato". Anche in quella proposta decisiva appariva l'apposizione del termine finale, da determinarsi indirettamente con riferimento alla realizzazione del programma (o della fase di esso) ovvero direttamente in sede contrattuale.

[243] Cfr. anche MISCIONE, *Il collaboratore a progetto, cit.,* p. 821.

[244] Tra gli altri, MISCIONE, *op. ult. cit.*, p. 818, il quale ritiene *"con necessaria approssimazione" che "il lavoro a progetto non è ammesso per la normalità e … richiede qualche carattere eccezionale, per il tipo di attività da svolgere anche in rapporto al tempo."*

[245] E ciò anche a prescindere dalla obiezione *tranchante* circa la difficoltà di individuare il "normale" ciclo produttivo: cfr, fra tutti, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui,* Milano, Giuffrè, 2000, p. 490 ss.

un progetto o in un programma, purchè quest'ultimo abbia i requisiti indicati dalla legge, primo fra tutti la temporaneità, sulla base del menzionato art. 62, lett. a). Temporaneità, dunque, come dato strutturale, implicando di per sè l'idea di progetto o di programma il momento finale della sua realizzazione.

Potranno di conseguenza legittimamente essere dedotte in un contratto di lavoro a progetto le attività direttamente afferenti al ciclo produttivo e che non sono per nulla straordinarie ed occasionali, nel senso che soddisfano esigenze che ciclicamente si ripropongono all'interno della stessa attività economica ordinaria, ed anche ad intervalli di tempo ravvicinati. Superfluo è puntualizzare che nessun problema si pone nel caso in cui il progetto o programma sia finalizzato al soddisfacimento di esigenze solo contingenti.

Parrebbe confermare questa conclusione quanto previsto dal 3° co. dell'art. 69, là dove si prevede che il controllo giudiziale è limitato "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 e produttive che spettano al committente".

### 3. Il suo rilievo sistematico tra i rapporti di lavoro autonomo e quelli di lavoro subordinato alla luce dei meccanismi sanzionatori.

Si è detto che, oltre alla identificazione della fattispecie, la sua collocazione sistematica sarà primariamente oggetto di queste riflessioni. Da tale punto di vista, assume un assoluto valore baricentrico l'art. 69 del decreto legislativo che porta la rubrica "divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto".

Il primo comma parrebbe porre una presunzione assoluta di esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in caso di contratto avente ad oggetto una prestazione lavorativa coordinata o continuativa senza che sia preventivamente individuato un progetto o programma di lavoro aventi le caratteristiche di cui sopra[246]. Se questo è vero, le conseguenze, oltreché da un punto di vista pratico, da un punto di vista teorico–sistematico, sono di enorme portata.

Dal punto di vista teorico potremmo trovarci di fronte alle famose tre parole del legislatore che distruggono un'intera biblioteca. La subordinazione dovrebbe essere identificata nella semplice continuità e coordinazione, a prescindere dalla eterodirezione in senso pregnante che fin qui – almeno secondo l'impostazione dominante – è stata ritenuta costituire il nocciolo della nozione.

Dal punto di vista pratico, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, pur caratterizzati da autonomia nelle modalità esecutive, dovrebbero trasmigrare nelle caselle del lavoro subordinato, potendosi giovare della maggiore "flessibilità" che il decreto consentirebbe[247]. Il disegno originario era proprio questo: bonificare la categoria delle collaborazioni coordinate e continuative dai fenomeni elusivi della disciplina del lavoro subordinato, consentendo però, nello stesso tempo, un alleggerimento dei limiti e degli oneri di quest'ultimo, onde ridurre l'eccessivo divario dei costi del ricorso all'una o all'altra figura contrattuale. Il disegno è però ora zoppo perché la moltiplicazione delle tipologie non è di per sé flessibilizzazione dei trattamenti.

---

[246] Cfr. DE LUCA TAMAJO, *op.cit.*, VALLEBONA, *La riforma dei lavori,* dattiloscritto.

[247] Cfr. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali,* Guida al lavoro, 2003, inserto n. 4, p. 108.

Meno destabilizzante, sia dal punto di vista pratico, sia, soprattutto, dal punto di vista teorico, sarebbe poter qualificare la mancanza del progetto quale presunzione, vincibile dalla prova contraria, dell'esistenza della subordinazione. Si tratta di una tecnica usata in altri ordinamenti, in particolare in quello francese, sia pure non per fattispecie generali, ma per specifiche figure social-tipiche (viaggiatori, piazzisti, etc.)[248].

La tesi della esistenza di una presunzione relativa è stata per la verità già adombrata[249]. Ma essa è basata su dati normativi di per sé fragili: in particolare il 2° co. dell'art. 69, cui viene assegnata la funzione di indicare che il giudice dovrà, in primo luogo e senza automatismi, accertare la natura autonoma o subordinata del rapporto ("qualora venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato ai sensi dell'art. 61 del presente d.lgs. sia venuto a configurare un rapporto di lavoro subordinato…")

Il secondo comma dell'art. 69 sembra concernere in realtà il momento dell'esecuzione del rapporto e l'ipotesi dello scostamento tra programma negoziale e sua attuazione, per sancire, probabilmente in modo pleonastico, che il rapporto "si trasforma" in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti. In effetti se non vi si attribuisse questo significato, non si comprenderebbe la autonoma rilevanza del 1° co[250]. È vero però che lo stesso 2° co. segnala la rilevanza delle modalità esecutive della prestazione ai fini della qualificazione di un rapporto come autonomo o subordinato e dunque la non esaustività dell'esistenza di un progetto. Ma, appunto, non esaustività; il che non vuole ancora dire non decisività.

Sebbene non si ritengano fondati i dubbi di legittimità costituzionale, da alcune parti ventilati[251], si conferma comunque l'incongruità della tecnica impiegata che ricorda quella impiegata in materia di contratto di lavoro a termine: dunque, in materia incommensurabile.

## 4. …e del regime delle esclusioni.

Gli interrogativi sul rilievo sistematico della nuova disciplina sul lavoro a progetto sono altresì alimentati dalle corpose esclusioni dal suo campo di applicazione. Sopravvivono infatti rapporti di lavoro coordinato e continuativo, da qualificare come autonomi, sebbene non ancorati all'esistenza di un progetto.

Il campo di applicazione della disciplina del lavoro a progetto è delimitato in negativo da una serie di esclusioni espressamente previste. Prima fra tutte va ricordata quella di cui all'art. 61, comma 2°, relativa ai rapporti di lavoro occasionale, "intendendosi per tali i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, salvo che il

---

[248]Cfr. PEZZONI, *Il lavoro parasubordinato in Francia,* Dir. rel. ind., 2000, 345 ss.

[249] Cfr. MISCIONE, *op. cit*., pp. 821-822.

[250] Cfr, per un'osservazione analoga, DE LUCA TAMAJO, *op.cit*.

[251] Cfr. VALLEBONA, *op. cit*.; DE LUCA TAMAJO, *op.cit*., i quali sembrano fare perno sulla cosiddetta indisponibilità - anche da parte del legislatore - del tipo. Senonchè la tesi della indisponibilità del tipo postula una (inesistente) costituzionalizzazione della nozione di lavoratore subordinato. Altra cosa è il vaglio di costituzionalità alla stregua del principio di ragionevolezza delle differenziazioni di trattamento *ex* art. 3 Cost.

compenso percepito nel medesimo anno solare sia superiore a 5 mila Euro". La tipologia del lavoro occasionale è contraddistinta da un limite duplice al fine evidente di evitare che le parti, con l'indicazione nel contratto di poche giornate di lavoro, accompagnata dalla previsione di un compenso elevato da "spalmare" su un numero effettivo di giornate di lavoro ben superiore a quello indicato, riescano ad eludere la disciplina del lavoro a progetto[252].

I rapporti di lavoro autonomo coordinato e continuativo, non assistiti da alcuna presunzione di subordinazione in mancanza di progetto, potranno continuare a riguardare: a) gli agenti e rappresentanti di commercio; b) le 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; c) le attività di collaborazione rese e utilizzate a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali; d) i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società ed i partecipanti a collegi e commissioni; e) i titolari di pensioni di vecchiaia.

Così come la maggior parte del decreto, in base alla previsione generale contenuta nell'art. 1, comma 2°, la disciplina del lavoro a progetto non si applica alle pubbliche amministrazioni. L'art. 86, comma 8°, prefigura tuttavia una omogeneizzazione della disciplina tramite una pratica concertativa e successiva normazione; ed è prevedibile che la relativa armonizzazione riguarderà anche la disciplina del lavoro coordinato e continuativo, considerato il largo uso che ne viene fatto nel settore pubblico.

La corposità delle – del tutto eterogenee: si pensi alla diversa *ratio* che assiste, ad esempio, l'esclusione dei pensionati di vecchiaia e quella degli amministratori di società – esclusioni dal regime del lavoro a progetto indica quanto meno l'inopportunità di ancorare all'inesistenza di un "progetto" una presunzione invincibile di subordinazione.

Va da sé peraltro che tali esclusioni dovranno passare al vaglio del giudizio di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost. Che dire, in particolare, per l'esclusione concernente la p.a.?[253]

## 5. La disciplina.

Non ci si sofferma sui requisiti di forma del contratto. La disciplina che correda il lavoro a progetto

---

[252] Cfr. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali, cit.,* p. 108. Emblematico del sempre maggiore interesse che l'ordinamento va rivolgendo a forme di lavoro occasionale è quanto previsto dall'art. 44, comma 2°, del decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003, così come convertito dalla legge n. 326 del 24 novembre 2003: "[...] "A decorrere dal 1º gennaio 2004 i soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale e gli incaricati alle vendite a domicilio di cui all'articolo 19 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, 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. Per il versamento del contributo da parte dei soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale si applicano le modalità ed i termini previsti per i collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla predetta gestione separata".

[253] Cfr. specialmente VALLEBONA, *La riforma dei lavori, cit*., per il quale la differenziazione tra pubblico e privato pone una seria questione di legittimità costituzionale.
L'art. 11, comma 11, del d.d.l. n. 2512, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)", comunicato alla presidenza del Senato il 30 settembre 2003, prevede: "Per l'anno 2004, le amministrazioni di cui al comma 1 possono avvalersi di personale a tempo determinato, [...], o con convenzioni ovvero con contratti di lavoro a progetto, nei limiti di spesa [...]". La norma, se risultasse approvata, implicherebbe - se non andiamo errati - l'estensione del campo di applicazione del lavoro a progetto alle pubbliche amministrazioni.

- apparentemente da considerarsi, in base alla lettura più immediata dell'art. 69 appena illustrata, la fattispecie esclusiva di lavoro autonomo coordinato e continuativo - è in verità "leggera", soprattutto se la si confronta con precedenti d.d.l[254], ma comunque significativa.

La disposizione relativa al corrispettivo rinvia al criterio di proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro prestato. È evidente, sul piano teorico-dogmatico, lo "scollamento" rispetto ai criteri di cui all'art. 2225 c.c., che fa riferimento al risultato ottenuto, oltreché al lavoro normalmente necessario per ottenerlo. Ed anche rispetto alle previsioni di cui all'art. 36 Cost., pacificamente ritenuto inapplicabile ai rapporti di lavoro parasubordinato, del quale non riproduce il criterio della sufficienza. Sul piano pratico, come è stato notato[255], il parametro all'uopo individuato – vale a dire "i compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto" – non appare particolarmente costrittivo, non solo perché di detti compensi si deve semplicemente "tenere conto", ma anche perché è lo stesso referente ad apparire incerto. È evidente la difficoltà di applicazione della norma, per la mancanza di un referente affidabile al fine di individuare quali siano i compensi normalmente corrisposti ai lavoratori autonomi (referente quale è per il lavoro subordinato il contratto collettivo)[256] .

Il legislatore disciplina anche i casi di sospensione del rapporto. Alle indennità ed alle tutele già esistenti, si affianca il divieto di estinzione del rapporto contrattuale, che rimane sospeso, senza erogazione del corrispettivo, in caso di malattia, infortunio e gravidanza. La sospensione, tuttavia non comporta una proroga automatica della durata del contratto, in caso di malattia e infortunio, a meno che le parti non lo abbiano espressamente previsto. Viene stabilito un periodo di comporto: il rapporto potrà essere risolto quando la sospensione si protrae per un periodo superiore ad un sesto della durata stabilita del contratto, ovvero dopo trenta giorni per i contratti di durata determinabile. Solo in caso di gravidanza la durata del rapporto è prorogata per un periodo minimo ed inderogabile di 180 giorni, fatta salva una previsione più favorevole del contratto individuale.

Altra norma significativa è quella contenuta nell'art. 67 in materia di "estinzione del contratto e preavviso". La norma conferma la natura a termine del contratto in questione, nella parte in cui prevede che "prima della scadenza del termine" le parti possano recedere solo per "giusta causa". Nulla dice la legge sul modo in cui deve intendersi nel caso la giusta causa. Si ritiene tuttavia possa valere la generale definizione di giusta causa come fatto sopravvenuto che, in relazione alla natura del rapporto (continuatività, fiduciarietà), non ne consenta la prosecuzione neppure provvisoria (cfr. art. 2119 c.c.).

Può rilevarsi la mancata previsione di una facoltà di recesso *ante tempus* per ragioni "inerenti all'attività produttiva", vale a dire in presenza di quelle ipotesi in cui venga obiettivamente meno, nel corso dello svolgimento del rapporto, l'interesse del committente alla prosecuzione e realizzazione del progetto o programma o fase di esso.

---

[254] E segnatamente con quello che ha fatto più strada in Parlamento: si tratta del d.d.l. n. 2049, "Norme di tutela dei lavori atipici", di iniziativa dei senatori Smuraglia ed altri, comunicato alla presidenza del Senato il 29 gennaio 1997.

[255] MISCIONE, *op. cit*., pp. 822-823.

[256] Si noti il cambiamento di impostazione rispetto al d.d.l. Smuraglia che faceva riferimento ai minimi contrattuali previsti, per prestazioni analoghe, a favore dei dipendenti.

La disciplina è però da considerarsi meramente dispositiva, se si tiene presente la possibilità accordata alle parti di concordare "diverse causali e modalità, incluso il preavviso". In sede di contratto individuale le parti potranno prevedere la facoltà di recedere *ante tempus* anche in mancanza di giusta causa, e, dunque, pure nelle ipotesi in cui il sopravvenuto mutamento delle condizioni di fatto importi il venir meno dell'interesse alla realizzazione del progetto. E non sembra neppure da escludere la previsione di un regime di libera recedibilità acausale (in tal senso potrebbe essere inteso il riferimento alle "modalità"). In materia di estinzione molto viene lasciato all'autonomia delle parti, che rimangono sostanzialmente libere, in base alle esigenze concrete legate al singolo contratto, di rafforzare il nucleo minimo legale di tutela o, al contrario, di renderlo ancora più blando.

L'art. 66, ultimo comma, estende ai lavoratori a progetto le norme fin qui applicate al lavoro parasubordinato, vale a dire le norme processuali e, in una con queste, la disciplina delle rinunce e transazioni di cui all'art. 2113 c.c., le norme sulla sicurezza e igiene del lavoro, quelle relative all'indennità di malattia in caso di degenza ospedaliera, alla tutela della maternità e agli assegni al nucleo familiare.

Per le invenzioni del lavoratore a progetto è prevista l'applicazione della medesima disciplina del lavoro dipendente[257].

Si comprende perché si è affermato che il nucleo di tutela è "leggero" pur se significativo, in particolare per quanto riguarda la sospensione del rapporto. Soprattutto, compaiono spazi di dispositività, secondo un'idea già contenuta nel Libro bianco, volta a valorizzare la autonomia individuale e non solo secondo lo schema consueto della derogabilità *in melius*.

Al di là di quanto previsto per il recesso, assume in proposito particolare importanza l'interpretazione dell'art. 68 sulle rinunzie e transazioni. Il decreto, sul punto, potrebbe far sorgere l'interrogativo se il legislatore abbia voluto disciplinare la disponibilità dei diritti o la derogabilità delle norme. Attribuendo il loro preciso significato ai termini rinunce e transazioni si dovrebbe intendere che, in sede di certificazione, il collaboratore possa rinunciare o transigere in relazione a diritti già maturati. La norma, cioè, prenderebbe in considerazione l'ipotesi della certificazione di un rapporto di lavoro già in atto. Ma, in tal caso, la previsione dell'art. 68 nulla aggiungerebbe alla disposizione generale in materia di certificazione di cui all'art. 82. Ed in effetti è stato ipotizzato che il legislatore abbia qui inteso riferirsi ad un'ipotesi di certificazione iniziale ed abbia utilizzato del tutto impropriamente i termini "rinunzie" e, soprattutto, "transazioni" per riferirsi ad un'ipotesi di derogabilità assistita[258]. La possibilità di derogare alle disposizioni imperative in sede di certificazione è peraltro già prevista dall'art. 78, 4° co., sia pure limitatamente al nucleo di disposizioni da individuarsi sulla base di un decreto del Ministro del lavoro[259]. Si tratterebbe dunque dell'aggiunta, a questa generale possibilità, di una nuova specifica ipotesi. L'interpretazione è però quanto meno dubbia, sia perché il termine rinunce e transazioni fa riferimento a negozi genuinamente dispositivi, sia perché il nucleo precettivo contenuto nel capo sul lavoro a progetto non è di particolare ampiezza.

---

[257] Che, per la verità, parte della dottrina aveva già ritenuto applicabile al lavoro parasubordinato, cfr. UBERTAZZI, *Profili soggettivi del brevetto,* Milano, Giuffrè, 1985, p. 38 e ss.

[258] Cfr. MISCIONE, *op. cit.*, p. 823; NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro,* dattiloscritto.

[259] Cfr., in proposito NOGLER, *op. cit.*, che intende la previsione come riferita unicamente alle clausole dei contratti collettivi.

## 6. Le misure di accompagnamento o di transizione.

Il vero è che l'intervento decisivo è stato operato dal lato della fattispecie. È su questo piano che, almeno apparentemente, si è intervenuti con radicalità, più o meno incongrua, a seconda delle interpretazioni. Tanto è vero che lo stesso legislatore, dopo aver previsto che i contratti di collaborazione coordinata e continuativa attualmente in essere "mantengono efficacia fino alla loro scadenza e comunque non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento", ha ammesso la possibilità di stipulare, in sede aziendale, e con le "istanze aziendali" dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale, "accordi di transizione" che prevedano termini diversi, anche superiori all'anno.

Per i nuovi contratti, gli stessi dubbi che circondano la fattispecie renderebbero opportuno – per il perseguimento del valore della certezza dei rapporti – la immediata fruibilità dell'istituto della certificazione che avrebbe almeno un valore "persuasivo" nei confronti dei giudici e delle parti, nonostante i dubbi e le incertezze che ne circondano la "tenuta".

La certificazione, infatti, prevista al fine di ridurre il contenzioso in materia di 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., è demandata a commissioni, istituite presso gli enti bilaterali, le direzioni provinciali del lavoro, le università pubbliche e private, che allo stato non risultano ancora istituite. Il tanto vituperato, dai giuslavoristi, istituto della certificazione finirà per dover essere rivalutato e diventare uno dei baricentri del decreto legislativo a fronte delle incertezze - in alcuni casi volute e, dunque, da qualificarsi più propriamente come incompiutezze - che ne circondano la trama normativa. Qualcuno ha già affermato che la certificazione costituirà l'*habitat* pressoché obbligato del contratto a progetto[260]. Ma lo stesso potrebbe dirsi pure in relazione agli incerti criteri distintivi tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi, cui viene attribuito l'arduo compito di discernere tra due regimi di tutela del lavoratore assolutamente incommensurabili quanto ad intensità.

## 7. Il lavoro a progetto: un approdo coerente con il dibattito in corso?

La normativa sul lavoro a progetto ha avuto certamente un effetto spiazzante sul ricco dibattito scientifico e politico svoltosi negli anni immediatamente precedenti l'odierna riforma. Tale dibattito aveva individuato nella perdita di centralità della figura social-tipica del lavoratore dipendente della media e grande industria, con rapporto di lavoro esclusivo, a tempo pieno ed indeterminato, chiamato a svolgere la sua prestazione nell'ambito di una rigida integrazione spazio-temporale con l'organizzazione dell'impresa, e nella progressiva e correlata emersione di nuove istanze di tutela, i due principali fattori che rendevano indilazionabile una rimodulazione delle tutele dispensate dal diritto del lavoro. Dunque, dopo quasi un secolo, l'approccio olistico che ha sempre caratterizzato il diritto del lavoro è stato messo in discussione.

A livello di prospettazione delle soluzioni, la comune presa di coscienza si è "ramificata" in tre

---

[260] Cfr. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro, cit*.

diversi tipi di approcci: il primo prevedeva di estendere alcune delle tutele più significative ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, lasciando inalterato il nucleo forte di tutela del lavoro subordinato[261]; il secondo attribuiva portata risolutiva alla tipizzazione di un *tertium genus* che, offrendo una casa comune a figure che possono essere ricondotte alternativamente all'autonomia o alla subordinazione, permettesse di rimediare al forte *gap* di tutele tra lavoro autonomo e lavoro subordinato[262]; il terzo si ispirava all'idea dello Statuto dei lavori (il termine fu utilizzato per la prima volta nel progetto di riforma del 1998 predisposto su indicazione dell'allora Ministro Treu da Marco Biagi[263]) e poneva l'enfasi sulla redistribuzione delle tutele tra autonomia e subordinazione, piuttosto che sulla costruzione di nuove fattispecie.

L'idea di fondo da cui partiva la bozza di Statuto del 1998 era quella di modulare e graduare le tutele applicabili ad ogni fattispecie contrattuale a seconda degli istituti da applicare, lasciandosi in questo modo alle spalle il problema qualificatorio e definitorio. In parole povere, si trattava di decidere di volta in volta, istituto per istituto, a chi applicare una determinata disciplina. L'obiettivo finale era quello di estendere le tutele ad aree "nuove" ed al contempo ritoccare verso il basso il livello di tutela del lavoro subordinato.

Certo, vi era e vi è un'ambiguità di fondo nel porre l'alternativa tra l'affrontare la questione dalla parte della fattispecie ovvero dalla parte delle tutele. Questa linea, come è stato ben detto[264], è posta solo per un orientamento di fondo, perché ognuno sa che, quando ci si pone nell'ottica dell'applicazione del diritto, la fattispecie va di pari passo con la tutela ad essa imputata e una qualche correlazione fra i due termini deve essere configurata. L'espressione può essere spiegata se le si attribuisce un significato "minore": vale a dire di alternativa tra il partire da ridefinizioni tipizzanti della realtà sociale, per assegnare alle fattispecie così enucleate *ex novo* misure diversificate di tutela, o invece il partire ponendo innanzitutto l'accento sulla rimodulazione delle tutele, "dando per ferme in sostanza le fattispecie così come sono fissate nell'ordinamento e/o operando semmai riaggregazioni di quanto esso già offre in proposito"[265].

La riforma varata con la legge delega n.30/2003 e con il successivo decreto legislativo rappresenta dunque il primo punto di approdo di un graduale processo di innovazione del diritto del lavoro in gestazione già da qualche anno. L'impressione, come già anticipato, è che i risultati prodotti ne escano in realtà spiazzati.

Il primo, e più evidente, termine di paragone è costituito dall'estensione delle tutele, avvenuta in quantità e qualità minori rispetto a quanto indicato nei vari progetti che si sono succeduti in questi anni. Nell'ottica del decreto delegato, la relativa "leggerezza" della tutela accordata ai lavoratori a progetto si può spiegare con il fatto che si tratterebbe sostanzialmente di lavoro autonomo, essendo stata depurata la categoria delle collaborazioni coordinate e continuative delle ipotesi di

---

[261] È l'approccio del d.d.l. n.2049, "Norme di tutela dei lavori atipici", di iniziativa dei senatori Smuraglia ed altri, comunicato alla presidenza del Senato il 29 gennaio 1997. Sul piano scientifico si veda anche la proposta di ALLEVA, in GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro,* Roma, Ediesse, 1996, p. 191 e ss.

[262] Cfr. DE LUCA TAMAJO, FLAMMIA, 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,* Quad. dir. lav. rel. ind., 1998, n. 21, p. 331 e ss.

[263] E pubblicato in TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio,* Bologna, Il Mulino, 2001, p. 317 e ss.

[264] Cfr. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro,* Quad. dir. lav. rel. ind., 1998, n .21, p. 13.

[265] PEDRAZZOLI, *op. loc. cit.*

lavoro subordinato mascherato. Peraltro, a sua volta, questa interpretazione non può nascondere l'imbarazzo di dover spiegare l'estensione sia pure "moderata" e "leggera" di alcune tutele tipiche del rapporto di lavoro subordinato (si vedano le nuove norme sul corrispettivo, sulla sospensione e sulla cessazione del rapporto) a soggetti che, nella *mens legis,* sono in tutto e per tutto dei lavoratori autonomi.

Il vero è che, se sul piano della disciplina il legislatore si muove con mano malferma e indecisa, l'intervento decisivo è effettuato sul piano della fattispecie: con il suo ancoraggio all'esistenza di uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso e attraverso la previsione della morte per estinzione di tutte le collaborazioni coordinate e continuative non legate ad un progetto, esso sembra ancora muoversi nella direzione della dicotomizzazione autonomia/subordinazione.

La disciplina, ormai definita, posta dalla cd. riforma Biagi in materia di lavoro parasubordinato lascia trasparire un intento chiaramente restrittivo nei confronti di tutto ciò che non è lavoro subordinato in senso stretto. L'avere ancorato la fattispecie del contratto in commento alla presenza di un progetto, programma o fase di esso oblitera una delle principali esigenze di riforma da cui è stato animato tutto il dibattito in questi anni : la necessità, per alcuni di definire, per altri solo di disciplinare, forme di lavoro prestato continuativamente a favore di un altro soggetto che, pur sottratte all'applicazione in blocco del regime vincolistico proprio del lavoro subordinato, assicurassero sufficienti garanzie alla parte debole del rapporto. Quest'unico dato basta già a far comprendere come il legislatore, limitando in maniera patente la possibilità del ricorso al lavoro parasubordinato proprio nel momento in cui ha inteso estendere a quest'ultimo una serie di tutele, più che essere ispirato da un organico disegno riformatore, abbia tamponato l'emergenza dell'esplosione delle co.co.co., rendendone più restrittive le condizioni di utilizzo, e realizzando dell'idea originaria di statuto dei lavori forse solo la *pars destruens* e non quella *construens*.

L'applicazione e la prassi ci diranno se è vero che, ad ogni modo, una nuova, e più governata, flessibilità è assicurata dalla possibilità di ricorrere alle tipologie contrattuali di nuovo conio. Ma vi è tutto il rischio, a meno di correttivi ed adattamenti, anche interpretativi, che l'effetto complessivo sia di una nuova rigidità, determinata da quella che potrebbe diventare una nuova costrizione alla subordinazione.

# Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*

Loredana Zappalà

1. Il divieto di interposizione tra passato e futuro. 99

2. Deregolazione o ri-regolazione delle fattispecie interpositorie? 101

3. Dal giudizio legale di «non meritevolezza» delle pattuizioni atipiche aventi ad oggetto il «lavoro subordinato altrui» alla creazione di un «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro. 103

4. La «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro. 106

5. Somministrazione e appalti a bassa intensità organizzativa: verso un nuovo regolamento di confini? 110

5.1. Segue. I dubbi lasciati irrisolti dalla nuova disciplina. 115

6. La somministrazione di lavoro come «fattispecie assorbente» di tutte le forme di atipiche aventi ad oggetto mere prestazioni di lavoro. 118

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 12/2004

## 1. Il divieto di interposizione tra passato e futuro.

Se è vero che «modernizzare stanca», la ridefinizione dei valori sottesi alla regolamentazione che per anni ha caratterizzato taluni istituti lavoristici avrà, di certo, affaticato parecchio il legislatore della legge n. 30 del 2003 e del successivo decreto delegato n. 276 del 10 settembre 2003. Questione più complessa è verificare se tale operazione di modernizzazione del diritto del lavoro sia riuscita a realizzare quella soluzione equilibrata alle sfide del presente che, secondo quanto ha di recente scritto Franco Cassano, presuppone l'aver fatto tesoro delle forme di esperienza pregresse, «che non solo non vanno cancellate in nome dei diritti della modernizzazione, ma che sono da tutelare gelosamente perché consentono di guardare al di là di esse»[266].

In tal senso, la nuova disciplina sulla somministrazione di manodopera contenuta nel d.lgs. n 276 fornisce una visuale privilegiata al fine di osservare come il legislatore abbia inteso far traghettare dal passato al presente alcuni precetti che hanno tradizionalmente caratterizzato la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, vale a dire il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro[267] posto dall'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 e la sua più recente deroga costituita dalla fattispecie del lavoro interinale tramite agenzia[268].

Nell'ambito di un confronto più ampio sul fenomeno delle esternalizzazioni[269], nonché sulla scorta del «varco» che il lavoro interinale aveva aperto nel «muro» del divieto di interposizione[270], già da qualche anno il dibattito dottrinale si era acceso intorno alla prospettiva di un superamento della rigidità del divieto sancito nella legge n. 1369. A favore di un ripensamento della disciplina del 1960 militavano varie ragioni fondate sulla diffusa, ma non unanime[271], convinzione che tale

---

[266] Le citazioni sono tratte da Cassano, *Modernizzare stanca,* Bologna, 2001.

[267] La bibliografia sul divieto di interposizione e sull'evoluzione storica delle sue varianti interpretative è, ovviamente, vastissima e non riepilogabile in questa sede. Sul punto si rinvia alle più recenti ricostruzioni monografiche sul tema, fra cui De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza,* Torino, 1995; Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera,* Torino, 1999; Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui,* in Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario Art. 2127,* Milano, 2000; Bonardi, *L'utilizzazione indiretta i lavoratori,* Milano, 2001; Esposito, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo,* Napoli, 2002; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela del lavoratore,* Torino, 2002; Lo Faro, *Processi di* outsourcing *e rapporti di lavoro,* ed. provv., 2003.

[268] Che la legge n. 196 del 1997 abbia costituito una deroga al divieto di interposizione contenuto nella legge del 1960 è opinione quasi unanimemente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nonostante una prima interpretazione contraria proposta da Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo,* in Santoro Passerelli G. (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro,* III, Torino, 1997, 180 ss.

[269] Gli studi sul tema sono ormai molto numerosi, per alcuni riferimenti recenti cfr. Scarpelli, *"Esternalizzazioni e diritto del lavoro": il lavoratore non è una merce,* in *DRI,* 1999, 351 ss.; Ichino, *Il contratto di lavoro,* Milano, 2000, 379 ss.; Del Punta, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni,* in *DML,* 2000, 49; De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura,* in De Luca Tamajo (a cura di) *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici,* Napoli, 2002, 9 ss.; Corazza, *Il modello statunitense dello "Staff leasing e la somministrazione di manodopera": qualche appunto in una prospettiva di riforma,* in *DRI,* 2002, 553 ss.

[270] L'efficace espressione è di Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel «muro» del divieto di interposizione,* in *DLRI,* 1997, 503 ss.

[271] Per una difesa dei valori sottesi alla legge n. 1369 cfr. ad esempio le osservazioni di Ballestrero, *Decostruzione e ricostruzione della funzione protettiva del diritto del lavoro,* in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo,* Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Trento, 4-5 giugno 1999, Milano, 2000, 317 ss.

normativa fosse ormai inadeguata a cogliere e a regolamentare in maniera razionale la mutevolezza delle forme di *segmentazione del processo produttivo*[272].

Per grandi linee, è possibile ritenere che nel vigore della legge del 1960 la dottrina si sia dibattuta su diverse, ed a volte non facilmente distinguibili, prospettive di assestamento sistematico della materia. In una prima prospettiva, si è ritenuto – con argomentazioni anche profondamente differenti – che pure nella permanente vigenza della disciplina del 1960 tanto la legislazione, quanto soprattutto la giurisprudenza, si fossero assestate in maniera tale da adeguare il dettato normativo alla mutata realtà produttiva. Sulla scorta di un atteggiamento pragmatico, infatti, la giurisprudenza ha dimostrato che il modello interpretativo della legge n. 1369 del 1960 non fosse così rigido, lasciando spazi a prospettive applicative nuove ed equilibrate, di volta in volta supportate da un «buon senso pratico» nel discernere i casi di reale pericolo per le esigenze di tutela dei lavoratori, dai casi di moderna – e tutto sommato inevitabile – organizzazione dei processi produttivi[273]. In una diversa prospettiva, che non esclude e che anzi presuppone quanto prima detto, non è mancato chi ha comunque invocato una riscrittura delle regole in materia al fine di dare piena legittimazione, nonché maggiori garanzie di trasparenza, a fenomeni – di fatto – già esistenti, come lo *sfaff leasing*[274]. Un ripensamento della disciplina, possibile anche a prescindere dalla riscrituttura della legge n. 1369, è stato poi invocato anche da coloro che hanno evidenziato l'inadeguatezza dei tradizionali criteri utilizzati per distinguere tra appalto lecito/interposizione illecita a tutelare i lavoratori in tutta una serie di situazioni di esternalizzazione definite «ibride», «relazionali», «imperfette»[275] e, comunque, in tutti i casi di «utilizzazione confusa» dei lavoratori[276].

Data la complessità delle questioni era, in un certo senso, auspicabile un intervento del legislatore in grado di mettere ordine sul tema, se non proprio di creare un «ordinamento giuslavoristico dell'esternalizzazione» come è parso annunciare la legge delega n. 30 del 2003[277].

Non è possibile, ovviamente, fornire in questa sede una ricostruzione sistematica dell'assetto dei fenomeni di segmentazione del processo produttivo come delineato nella nuova disciplina del

---

[272] Decisivo, in tal senso, è l'invito ad una riforma legislativa della materia formulato da Ichino, *Il diritto del lavoro ed i confini dell'impresa,* in *DLRI,* 1999, 203 ss.

[273] Concordano su questa tendenza della giurisprudenza Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione,* in *DLRI,* 1995, 625 ss.; De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro,* cit., 25 ss.; Ichino, *Il diritto del lavoro,* cit. 203 ss.; Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui,* cit.; De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni,* cit., 9 ss. Per una recente analisi della giurisprudenza in tema di interpretazione ed applicazione del divieto di interposizione contenuto nell'art. 1 della legge 1369 cit. cfr. Calcaterra; *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma,* in De Luca Tamajo (a cura di) *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici,* Napoli, 2002, 127.

[274] È questa la prospettiva invocata da Ichino, *Il diritto del lavoro,* cit., 269. Più in generale, sulla prospettiva di una modernizzazione dei rapporti di lavoro, cfr. Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro,* in *RIDL,* 2001, 257 ss.

[275] Il riferimento è all'analisi di Lo Faro, *op. cit.*, 67 ss., cui si rinvia anche per il ricorso alla categoria dell'«appalto socialmente compatibile» come causa esimente della illiceità della interposizione. Per una rilettura della 1369, cfr. anche Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui,* cit., 576, che rievoca il principio di offensività quale criterio di definizione del limite fra liceità e illiceità sancito dalla legge del 1960; nonché Bonardi, *op. cit.*, che propone una valorizzazione di taluni requisiti qualitativi dell'impresa appaltatrice affinché l'operazione di esternalizzazione si muova entro un'area di liceità.

[276] L'espressione è di Bonardi, *op. cit.*, 343.

[277] Auspicava una tale prospettiva anche Lo Faro, *op. cit.*, 69.

d.lgs. n. 276 del 2003. Obiettivo più circoscritto del presente lavoro è invece quello di avanzare alcune prime riflessioni sulla *ratio* della disciplina della somministrazione di lavoro a seguito della contestuale abrogazione della legge n. 1369 del 1960 e della legge n. 196 del 1997, al fine di evidenziare alcune opzioni sistematiche di fondo che, in maniera più o meno consapevole, paiono essere state poste dal legislatore alla base della nuova regolamentazione.

## 2. Deregolazione o ri-regolazione delle fattispecie interpositorie?

Che la somministrazione di manodopera fosse, di fatto, già esistente nel nostro ordinamento sotto le mentite spoglie del contratto di appalto di servizi e, dopo il 1997, pure nelle forme e nei casi previsti dalla legge n. 196 del 1997 è un dato incontrovertibile. Come si è sopra accennato, la giurisprudenza, una volta accertata l'insussistenza di profili di pericolosità sociale nell'attività di fornitura di manodopera (a seguito del rispetto da parte dell'appaltatore/fornitore degli standard retributivi collettivi, del versamento dei contributi previdenziali, ecc.), ha esitato sempre meno nel ricondurre l'effettiva attività di somministrazione di prestazione di lavoro all'appalto di servizi *ex* art. 1655 c.c., così sottraendo l'operazione posta in essere dalle parti all'area di illiceità sancita dall'oggi abrogato art. 1 della legge n. 1369[278]. L'«operazione di salvataggio» dell'attività di somministrazione è stata ancorata dai giudici, con il supporto della dottrina, ad un'esaltazione del «valore aggiunto» apportato dall'appaltatore rispetto alle prestazioni da questi fornite[279], così valorizzando la natura genuinamente professionale dell'appaltatore/fornitore medesimo che emergerebbe chiaramente nella fase preparatoria della prestazione[280], o alternativamente nell'organizzazione – e, in altre parole, nella direzione[281] – delle prestazioni lavorative[282].

Se, dunque, come pare, la giurisprudenza si era assestata su un atteggiamento di progressiva legittimazione delle forme «non socialmente pericolose» di somministrazione di mere prestazioni di lavoro, non ci si allontanerebbe dal vero nel ritenere che il legislatore, con il d.lgs. n. 276 del 2003, non abbia fatto altro che individuare un «contratto nominato di somministrazione di lavoro», vale a dire uno schema contrattuale tipico che «offre ai privati un modello giuridico idoneo

---

[278] Per un'ampia disamina della casistica giurisprudenziale cfr. Del Punta, *Appalto di manodopera,* cit., 625 ss.; Ichino, *Il diritto del lavoro,* cit., 203 ss.; Calcaterra, *op. cit.*, 127 ss.

[279] Sul punto, fondamentale è il richiamo alla nota sentenza, Cass. S.U. 19 ottobre 1990, n. 10183, *FI,* 1992, 524 ss. con nota di Scarpelli, con la quale la Corte ha esplicitamente riconosciuto la rilevanza dei beni immateriali e del *konw how* di impresa, come «valore aggiunto» alla mera prestazione lavorativa in grado di salvare l'operazione economica dall'area della illiceità sancita nella legge n. 1369.

[280] Secondo la nota argomentazione sostenuta da Ichino, *Il diritto del lavoro,* cit., 207 ss.

[281] Ricostruisce la nozione di «valore aggiunto» attraverso una identificazione di questo con l'esercizio del potere direttivo dell'appaltatore, inteso come attività di organizzazione delle prestazioni, De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni,* cit., 9 ss. Per una critica alle prospettazioni del «valore aggiunto» sopra brevemente accennate, attesa la inidoneità di queste a risolvere la questione della liceità o meno di fenomeni interpositori particolarmente complessi, v. Lo Faro, *op. cit.*, 92 ss.

[282] Fra le pronunce più recenti che sembrano portare definitivamente a compimento l'operazione di salvataggio di talune operazioni economiche molto *vicine* alla somministrazione di lavoro cfr. Cass. 18 marzo 2000, n. 3196 nella quale si definisce appalto di servizi lecito quello che, pur espletabile con mere prestazioni di manodopera, costituisce un servizio a se, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore e purché l'intervento direttamente dispositivo e di controllo delle strutture gerarchiche dell'appaltante si esplichi sull'attività dell'appaltatore e non sulle persone da questo dipendenti. Su tale pronuncia, si rinvia a Calcaterra, *op. cit.*, 156 ss. Non mancano, però, a tutt'oggi pronunce giurisprudenziali volte a sostenere una interpretazione più restrittiva del divieto, solo a titolo esemplificativo v. Cass., 30 ottobre 2002, n. 15337, su *RIDL,* 2003, 536 ss. con nota di Albi.

alla realizzazione dei loro interessi ed in conformità alle richieste che con più insistenza i privati medesimi, attraverso la tipicità sociale e la giurisprudenza, avanzano»[283].

La riposta, che prima facie appare di estrema semplicità, si complica se alla premessa si aggiunge un particolare di non poco momento. È possibile cioè chiedersi: perché il legislatore ha regolato in maniera così dettagliata la somministrazione di lavoro, che si è detto di fatto già esistere nella pratica dei rapporti fra i privati, una volta abrogato il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro sancito nella legge del 1960? La domanda, come si intuisce, ne presuppone un'altra: esiste ancora nel nostro ordinamento un divieto di interposizione? O, meglio, un sistema di principi e norme che di fatto impediscono o limitano la possibilità di utilizzare manodopera non assunta direttamente?

Già dopo il disegno di legge delega n. 848 del 2001 e la successiva legge delega n. 30 del 2003 vari erano stati i dubbi sollevati dai primi commentatori su quale sarebbe stata la sorte del divieto di interposizione di manodopera, quali sarebbero stati i rapporti fra somministrazione e appalto e, soprattutto, quale sorte sarebbe toccata alla disciplina sul lavoro interinale di cui alla legge n. 196 del 1997[284].

Che la stessa disciplina limitativa della somministrazione di manodopera contenuta nel d.lgs. n. 276 confermi l'esistenza di un divieto di interposizione nel nostro ordinamento pare un dato tanto scontato quanto, in fondo, apparentemente privo di coerenza sistematica. La presenza di indici normativi che confermano la permanenza di un'area di illiceità nell'utilizzazione indiretta delle prestazioni di lavoro[285] che travalica i confini dell'appalto, da una parte, e della nuova disciplina sulla somministrazione di lavoro, dall'altra, non sembra sufficiente ad esimere l'interprete dal ricostruire dal punto di vista sistematico la ratio della disciplina restrittiva degli artt. 18, 20-28 a seguito del venir meno dell'art. 1 della legge n. 1369. Se, infatti, nel vigore della legge del 1960 questo poteva legittimamente sentirsi esonerato da un'indagine sulla coerenza sistematica della

---

[283] È questo il criterio che induce il legislatore alla «tipizzazione» secondo Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi,* in *Riv. dir. civ.,* 1978, I, 52 ss. Sul «tipo legale» come tipo corrispondente – o che intende corrispondere – ad una osservazione dell'*id quod plerumque accidit,* senza alcuna pretesa di racchiudere in sé la sintesi degli interessi socialmente utili cfr. anche Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico,* Milano, 1966, 226 ss.; De Nova, *Il tipo contrattuale,* Padova, 1974, 129 ss.

[284] Nella eccessiva genericità della delega esprimevano simili dubbi Carinci M.T., *L'interposizione e il lavoro interinale,* in Carinci F., Miscione (a cura di) *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002,* Milano, 2002, 21ss.; Ricci M., *L'evoluzione delle fattispecie interpositorie: mercato del lavoro, politiche di flessibilità e relazioni industriali,* in *DLM,* 2003, 351 ss. In generale, per l'analisi ed i dubbi interpretativi sollevati a seguito della emanazione della legge delega, si rinvia a Del Punta, *Art. 1, c. 2, lett. m), n) o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando,* in Carinci M.T. (a cura di) *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro,* Milano, 2003, 64 ss.; De Luca Tamajo, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione,* in *RIDL,* 2003, 167 ss.; Scarpelli, *La riforma del divieto di interposizione e l'introduzione dello staff leasing,* in *Note Informative,* 2002, n. 25, 15; Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 14/2003, sul sito http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/n14_mazzotta.pdf.

[285] L'esistenza di un'area di illiceità al di fuori delle ipotesi di somministrazione e appalto lecito, pare confermata da tutta una serie di indici sistematici, come ad esempio la necessità dell'autorizzazione in capo alla agenzia intesa come provvedimento amministrativo che rimuove un'illiceità (così Del Punta, *Art. 1, c. 2, lett. m), n) o). Appalto,* cit. 67), il regime sanzionatorio previsto dagli artt. 18, 27 e 28 del d.lgs. n. 276 del 2003, nonché dalla esplicita dizione dell'art. 84 del d.lgs. n. 276 cit. che espressamente richiama – anche in relazione alla possibilità di ricorso alle procedure di certificazione di cui agli artt. 75 e ss. – la distinzione tra interposizione illecita e appalto genuino.

disciplina sul lavoro interinale[286] che espressamente nasceva quale deroga al divieto sancito nella legge n. 1369, meno chiaro potrebbe apparire – almeno ad una prima lettura – l'assetto di valori sottesi alla nuova disciplina sulla somministrazione.

Una lucida e pienamente condivisibile chiave di lettura nel ricomporre il *puzzle* che viene fuori dal d.lgs. n. 276 è quella suggerita da chi ha subito sdrammatizzato i potenziali effetti devastanti della riforma[287], confermando che con essa non sarebbe intaccato il mantenimento del «vecchio assetto»: fornitura autorizzata – fornitura non autorizzata (*rectius* interposizione illecita) – appalto di servizi.

Se questo è vero, ad una lettura più approfondita del testo di legge, può tuttavia rilevarsi che il legislatore – più o meno consapevolmente ripercorrendo all'inverso il processo che aveva portato alla formulazione dell'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 - abbia fatto qualcosa di più del confermare «con parole diverse» l'assetto esistente.

## 3. Dal giudizio legale di «non meritevolezza» delle pattuizioni atipiche aventi ad oggetto il «lavoro subordinato altrui» alla creazione di un «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro.

Al fine di comprendere la reale portata del cambiamento, è bene premettere alcune considerazioni. Occorre innanzi tutto ricordare che l'art. 1 della legge n. 1369 faceva atecnicamente riferimento agli schemi contrattuali dell'appalto e/o del subappalto, non essendo in alcun modo possibile ricondurre alla fattispecie[288] dell'appalto di cui all'art. 1655 c.c. il cosiddetto «appalto di mere prestazioni di lavoro»[289]. Detto «appalto di mere prestazioni di lavoro» non era nemmeno identificabile con l'appalto avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi di cui all'art. 1677 c.c., poiché appunto l'oggetto di questo consiste in un'attività concretatesi in un servizio, né con la somministrazione di cui all'art. 1559 c.c. che ha per oggetto prestazioni di cose. La disposizione – come è stato più volte sottolineato dalla dottrina – faceva evidentemente riferimento a fattispecie contrattuali atipiche, vale dire non inquadrabili in nessuno dei contratti nominati previsti dal codice civile e dalle leggi speciali[290], tanto che la stessa conteneva anche una

---

[286] Sul punto i contributi sono stati molto numerosi, in via esemplificativa v. Mazzotta, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo,* in *RIDL,*1998, 181 ss.; Del Punta, *La «fornitura di lavoro temporaneo» nella legge n. 196/1997,* in *RIDL,* 1998, 198 ss.; Suppiej, *L'interposizione brevettata,* in *ADL,* 1998, 17 ss.; Rusciano, *Profili ricostruttivi dell'«affitto» di manodopera,* in *DML,* 1999, 81 ss.

[287] Del Punta, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera,* in *ADL,* 2002, 289 ss. Una lettura della delega secondo la quale questa non potrebbe che confermare l'assetto esistente è offerta anche da Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio,* cit., 12. Per una lettura più preoccupata dell'assetto delle regole sulla «separazione del lavoro dalla impresa» cfr. Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro,* 2003, su http://www.cgil.it/giuridico/.

[288] Il termine «fattispecie» è sopra, e nelle pagine che seguono, utilizzato nel senso di «descrizione normativa del fatto», su cui cfr. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato,* Torino, 1976, 45 ss.

[289] Particolarmente significativa, sotto tale profilo, è l'accusa di «inabilità tecnica» nella redazione della legge rivolta da Carnelutti, *Contratto di lavoro subordinato altri,* in *RDC,* 1961, 503, al legislatore dell'epoca. Lo stesso autore peraltro evidenziava come parlare di «appalto di mere prestazioni di lavoro è una contraddizione in termini».

[290] La «strutturale atipicità» delle fattispecie previste dall'art. 1 della legge 1369 è sottolineata da Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro,* Milano, 1979, 109. Sul punto, più di recente, cfr. De Simone, *Titolarità dei rapporti,* cit., 57 ss.; Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altri,* cit., 60 ss.; Bellocchi, *Interposizione e subordinazione,* in *ADL,* 2001, 125 ss. che identifica il riferimento all'«appalto di mere prestazioni di lavoro» come vicenda patologica del tipico contratto di appalto.

definizione di chiusura che vietava all'imprenditore di utilizzare in «qualsiasi altra forma» mere prestazioni di lavoro fornite da un soggetto interposto.

Non esistono nel codice civile contratti nominati che hanno per oggetto il mero lavoro altrui[291], ed il dettato dell'art. 1 della legge n. 1369 altro non faceva che sancire il divieto di qualsiasi pattuizione atipica avente tale oggetto.

Detta previsione operava a monte quella valutazione, ex art. 1322 c.c., sulla meritevolezza dell'operazione contrattuale posta in essere dalle parti al di fuori degli schemi negoziali nominati. In tale materia, dunque, il legislatore era intervenuto - in funzione coercitiva a tutela del contraente più debole ovvero al fine di stabilire rapporti sociali più equi - a vietare ai privati di autoregolamentare i loro interessi secondo modelli atipici[292].

Non è pensabile riepilogare in questa sede le ragioni storiche del divieto, né le interpretazioni sulla ratio, sulla utilità e sulla struttura dell'illecito configurato dal divieto medesimo che la dottrina ha fornito nell'arco di oltre un quarantennio[293]. Per estrema sintesi, è possibile ricordare che tutte le pattuizioni atipiche volte a realizzare, per dirla alla Carnelutti, una «somministrazione di lavoro subordinato altrui» siano state, in periodi e con argomentazioni diverse, ritenute incompatibili con il «tipo lavoro subordinato» di cui all'art. 2094 c.c.[294]. Secondo un'altra nota lettura, invece, la finalità della legge è stata quella di collocare il lavoratore subordinato nell'area di tutela più affidabilmente assicurata dal soggetto che, attraverso il significativo elemento della effettiva utilizzazione della prestazione, dimostrasse maggiore consistenza imprenditoriale[295]. Si deve, tuttavia, alla dottrina ed alla giurisprudenza più recente l'aver colto nel divieto di interposizione di cui all'art. 1 della legge n. 1369 una regola generale di trasparenza volta ad impedire «la frammentazione della realizzazione del contenuto tipico del contratto di lavoro attraverso la dissociazione tra il momento dell'acquisizione formale della prestazione (stipulazione del contratto di lavoro) ed il momento della effettiva utilizzazione della prestazione dedotta in contratto (svolgimento del rapporto di lavoro)»[296].

La sussistenza di queste premesse – come si è sopra accennato – non ha tuttavia impedito che i rapporti economico-produttivi si evolvessero in modo tale da rendere economicamente inesistente la differenza fra somministrazione di manodopera e appalto di servizi; né ha impedito alla giurisprudenza – in molti casi in evidente contrasto con il dato letterale-sistematico del divieto –

---

[291] Cfr. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro,* in *RTDPC,* 1965, 1492 ss., il quale sottolinea che «la singolarità dell'oggetto, costituito dal lavoro subordinato altrui, impedisce di assumere la convenzione di cui si discute in uno schema nominato», 1521.

[292] Tale funzione del legislatore nel delineare gli spazi di autonomia contrattuale dei privati è ben delineata da Gazzoni, *Atipicità del contratto,* cit., 65.

[293] Sul punto si rinvia ai più recenti lavori monografici citati alla nota 2 ed ivi alla cospicua letteratura sul tema.

[294] La più completa elaborazione di tale ricostruzione sistematica si deve sicuramente a Mazzotta, *Rapporti interpositori,* cit. *Contra* v. oltre nota n. 42.

[295] In tal senso v. Spagnuolo Vigorita, *Note sul "lavoro intermittente tramite agenzia",* in *DRI,* 1992, 77 ss.

[296] Così De Simone, *Titolarità dei rapporti,* cit., 173.

la creazione di un vero e proprio «tipo giurisprudenziale»[297] di appalto di mere prestazioni di lavoro lecito.

Si è trattato, come è noto, di un «tipo giurisprudenziale» a geometria variabile, atteso che la valutazione di liceità è stata legata, di volta in volta, ad uno specifico giudizio sul caso concreto e su valutazioni equitative, nonché, più frequentemente, sulla sussistenza di un «valore aggiunto» apportato dall'appaltatore. Man mano che la realtà produttiva ha confermato la diffusione di contratti di appalto che, di fatto, avevano ad oggetto il solo lavoro altrui, la giurisprudenza ha condotto una operazione interpretativa delle «fattispecie appalto» che progressivamente ha attribuito sempre meno peso al reale oggetto del contratto (l'attività/servizio o la mera fornitura), soffermandosi invece sulla verifica della sussistenza di una organizzazione imprenditoriale in capo all'appaltatore, analizzata nella fase di esecuzione del contratto. Allo scopo di salvare operazioni che in base all'oggetto non potevano essere qualificate come appalto, l'indagine si è, dunque, concentrata sull'esternalizzato e sulle modalità attraverso cui questo dava esecuzione al contratto medesimo, più che sull'oggetto della esternalizzazione. Come è stato di recente osservato «il rilievo attribuito al soggetto dell'appalto (la natura imprenditoriale) è stato interpretato in maniera talmente decisiva e totalizzante da relegare tutto sommato in secondo piano persino la verifica sull'oggetto del contratto (il bene o il servizio), tendendo ormai la giurisprudenza a considerare sussistente il secondo una volta accertata la sussistenza della prima»[298].

Gli itinerari giurisprudenziali sopra descritti, d'altra parte, si inseriscono nell'ambito di un più complessivo processo di espansione della fattispecie appalto come delineata nel codice civile. In proposito, la dottrina civilistica più recente ha messo in evidenza l'elasticità e la capacità espansiva del «tipo appalto», che si è a sua volta autonomamente evoluto attraverso la progressiva diffusione di appalti di servizi aventi ad oggetto una serie di prestazioni complesse consistenti tanto in un «fare» o in un «dare», quanto nella semplice «messa a disposizione» di un dato bene, idonee a procurare al committente svariate utilità[299]. Attraverso un'operazione sussuntiva, il tipo appalto – tramite numerose pronunce giurisprudenziali - ha attratto diversi fenomeni giuridico-economici che in qualche misura gli si avvicinavano, pur discostandosi formalmente dal «tipo» codificato nel 1942.

La creazione di un «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro si è inserita, dunque, in un più vasto fenomeno di utilizzo del metodo tipologico in funzione espansiva della fattispecie appalto. Laddove una operazione di qualificazione del contratto solo sulla base del suo

---

[297] Sulla nozione di «tipo giurisprudenziale», quale prodotto della operazione con cui la giurisprudenza afferma che anche un rapporto avente caratteristiche non aderenti alla fattispecie legale può ricondursi, in base al concetto di prevalenza degli elementi tipici, alla disciplina propria del rapporto tipico che gli elementi prevalenti concorrono a costituire, cfr. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi,* in *RTDPC,* 1966, 785 ss.

[298] Così Lo Faro, *op. cit.*, 89-90, ed in particolare v. le osservazioni contenute nella nota 47, ove si rileva giustamente che nella qualificazione dell'appalto dovrebbe essere l'elemento della fornitura del servizio ad avere valore assorbente ai fini della operazione qualificatoria, piuttosto che l'elemento della sussistenza dell'impresa, atteso che «se è vero che chi fornisce un servizio è quasi certamente una impresa, non è necessariamente vero il contrario, poiché una impresa può anche fornire mere prestazioni di lavoro». Per considerazioni simili cfr. De Simone, *Un diritto del lavoro per l'impresa «segmentata»,* in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo,* Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Trento, 4-5 giugno 1999, Milano, 2000, 236 ss.

[299] Sul punto cfr. Marinelli F., *Il tipo e l'appalto,* Padova, 1996. In generale sulla diffusione degli appalti di servizi v. Santini, *I servizi,* Bologna, 1987.

oggetto avrebbe condotto ad escludere la qualificazione dell'operazione come appalto ex 1655 o 1677 c.c. nonché ad una pronuncia di illiceità dell'operazione in virtù del divieto dell'art. 1 della legge n. 1369, si è preferito valorizzare il profilo organizzativo dell'appaltatore identificandolo – in mancanza di elementi materiali dell'attività di impresa – nel possesso di un, più o meno definito, know how[300] e/o nell'esercizio del potere direttivo e gerarchico esercitato dall'appaltatore[301] nella fase di esecuzione del contratto. L'operazione di qualificazione condotta ha pertanto legittimato operazioni negoziali poste in essere da imprenditori genuini, ma aventi in concreto ad oggetto niente altro che mere prestazioni di lavoro, così – di fatto – modificando i tratti originari della fattispecie codicistica.

## 4. La «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro.

Nel sistema sopra delineato va esaminato l'impatto sistematico della riforma di cui al d.lgs. n. 276 cit. Con gli artt. 18, 20-28 si è data vita nel nostro ordinamento ad una fattispecie giuslavoristica di somministrazione, un nuovo «tipo contrattuale» che consente ad una parte di obbligarsi, verosimilmente verso corrispettivo di un prezzo, a fornire ad un'altra prestazioni periodiche o continuative di lavoro rese da terzi, senza che fra tali prestatori ed il soggetto che riceve la fornitura e utilizza le prestazioni si instauri un contratto di lavoro subordinato.

L'art. 20 non definisce espressamente il contratto di somministrazione, come invece faceva il vecchio art. 1, c. della legge n. 196 del 1997. È l'art. 2, c. 1, lett. a) che fornisce la definizione di «somministrazione di lavoro», dal punto di vista dell'oggetto del contratto, quale fornitura professionale di manodopera a tempo indeterminato o a termine. L'art. 20, c. 1 definisce l'area dei soggetti legittimati alla stipula del contratto, utilizzatore e agenzia autorizzata ai sensi degli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 276, ed il c. 2 descrive - anziché il contenuto delle obbligazioni delle parti - direttamente gli effetti che si producono in funzione della causa per la quale il contratto è stipulato, stabilendo che «per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore». Affinché il contratto di somministrazione sia pienamente valido l'art. 20 fa espressamente riferimento alle condizioni di liceità: occorre, come si è detto, che l'agenzia sia autorizzata, che sussistano le causali previste dai cc. 3 e 4, che non si incorra in uno dei divieti di cui al c. 5, che siano rispettati i requisiti di forma previsti dall'art. 21, cc. 1 e 2. Qualora la somministrazione avvenga al di fuori dello schema previsto dal legislatore, è prevista a carico della agenzia e/o dell'utilizzatore la applicazione di diverse sanzioni civili, penali e amministrative[302].

L'operazione di «tipizzazione» posta in essere non ha solo la funzione di designare attraverso le caratteristiche principali di una singola realtà l'intera categoria di fatti in essa sussumibili, ma ha

---

[300] Per una ricognizione delle varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali della nozione di *know how* si rinvia a Calcaterra, *op. cit.*, 131 ss.

[301] Cfr. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni,* cit., 46 ss.

[302] Per un primo commento alla disposizione di cui al d.lgs. n. 276 del 2003 v. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro,* in AA.VV. *Commentario al d.lgs. n. 276/2003,* 2003, dattiloscritto; cfr. inoltre Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco,* in Tiraboschi (a cura di) *La riforma Biagi, I supplementi di Guida al Lavoro,* 2003, n. 4, 66 ss.; Tiraboschi, *La somministrazione si evolve,* in *La riforma del lavoro,* Guida Normativa, Il Sole 24ore, 2003, 49 ss.; Rausei, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco,* in *DPL,* 2003, n. 33, 2199 ss.

anche la funzione di discriminare ciò che è caratteristico di quella categoria da ciò che invece è essenziale ai fini della validità e/o della liceità dell'operazione stessa[303].

Tralasciando in questa sede di commentare analiticamente i numerosi profili della disciplina, sembra opportuno concentrarsi su alcuni punti nodali su cui ruota la nuova fattispecie di somministrazione.

Il legislatore, come già si era fatto con la legge n. 196, ha effettuato una valutazione di meritevolezza dell'interesse a stipulare contratti di durata che – al di fuori degli schemi conosciuti dal codice – hanno per oggetto la somministrazione di energie lavorative altrui, al fine di soddisfare un bisogno reiterato o solo temporaneo del somministrato/utilizzatore[304].

La valutazione di meritevolezza dell'operazione economica, come si è detto, trae spunto dalla evoluzione dei processi di segmentazione del processo produttivo e dal «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro, via via riconosciuto – al ricorrere di determinati presupposti - come non socialmente pericoloso dalla giurisprudenza.

L'operazione di «tipizzazione» può essere osservata con particolare interesse sotto distinti profili.

a) dal punto di vista dell'oggetto e/o della causa del contratto;

b) dal punto di vista del soggetto/somministratore;

c) dal punto di vista degli effetti contratto, vale a dire gli obblighi e i diritti spettanti alle parti.

a) Per quanto concerne il primo profilo, è possibile osservare che il «tipo» somministrazione di lavoro è nel nostro ordinamento l'unica fattispecie contrattuale nominata avente ad oggetto la fornitura di lavoro subordinato altrui e la cui causa si identifica in un dare/fornire manodopera in cambio di un corrispettivo. L'oggetto e la causa del contratto sono gli elementi centrali intorno ai quali ruota e si qualifica l'intera fattispecie. Quando le parti si accordino su una fornitura di manodopera verso il corrispettivo di un prezzo nel rispetto delle previsioni dettate dalla disciplina di cui al d.lgs. n. 276, al giudice è preclusa una valutazione sulla meritevolezza della operazione economica, almeno in astratto considerata[305].

---

[303] Sull'esistenza di almeno tre significati del concetto di «tipo», «quello che si pone a base del cd. metodo tipologico e che assume la realtà singola a rappresentazione di una intera categoria, quello che assegna all'espressione la funzione di designare ciò che vi è di caratteristico nel modello ed, infine, quello volto a discriminare fra ciò che è caratteristico e ciò che è essenziale (…) per la sua stessa esistenza», v. Confortini, *Problemi generali del diritto attraverso la locazione,* Padova, 1988, 28 ss.

[304] Non è possibile soffermarsi in questa sede sulla pur affascinante questione teorica dell'inquadramento del contratto di somministrazione come nuovo «tipo» che richiama taluni elementi già presenti in altre fattispecie contrattuali (contratto di somministrazione di cose, di locazione d'opera o di appalto di servizi). Per utili spunti di indagine si rinvia a Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione,* in Scialoja, Branca (a cura di) *Commentario del Codice Civile,* Libro quarto, *Delle obbligazioni* (1556-1570), Bologna-Roma, 1970; Mangini, Rudan Bricola, *Il contratto di appalto. Il contratto di somministrazione,* in *Giust. sist. civ. e comm.,* Torino, 1972, 343 ss.

[305] La precisazione è d'obbligo a seguito della previsione contenuta nell'art. 28 del d.lgs. n. 276 che stabilisce un apposito regime sanzionatorio per la «somministrazione posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore». Ai sensi dell'art. 28, l'intento fraudolento rileva *autonomamente* ai fini dell'applicazione della sanzione penale dell'ammenda, che si aggiunge alle altre sanzioni previste dagli artt. 18 e 27. Tale, previsione, dunque, pare lasciare spazio ad ipotesi di punibilità dei comportamenti posti in essere dal somministratore e/o dal somministrato pure nel caso in cui il contratto di somministrazione sia stipulato nel rispetto dei requisiti di forma e di sostanza previsti dagli artt. 20 e 21: ciò sarebbe possibile qualora sia comunque rintracciabile un intento fraudolento di tali soggetti, volto ad eludere norme inderogabili di legge o di

b) In relazione al secondo profilo, si osserva che la fattispecie, per realizzarsi lecitamente, impone che il somministrante sia un imprenditore genuino, costituito in forma di società di capitali, con una certa solidità economica, con dei requisiti di onorabilità in capo agli amministratori e rappresentanti, con una certa consistenza organizzativa (la disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali) e ramificazione nel territorio, ecc. Il legislatore sottrae la valutazione sulla imprenditorialità del somministrante alla disponibilità dei privati ed al giudizio del singolo giudice e la cristallizza aprioristicamente nel procedimento autorizzatorio di cui agli art. 4 e 5 del d.lgs. n. 276 del 2003. L'organizzazione imprenditoriale del somministrante autorizzato è evidentemente costituita da elementi in prevalenza immateriali e l'attività di impresa, a proprio rischio, si concretizza nella fase preparatoria della organizzazione delle forze lavoro da fornire al somministrato (attività di ricerca e selezione del personale, stipula dei contratti di lavoro, formazione dei prestatori prima e/o durante la missione, informazione al lavoratore sulle modalità della prestazione lavorativa da rendere presso l'impresa utilizzatrice), nonché nella fase di gestione organizzativa della fornitura (pagamento delle retribuzioni ai lavoratori, assunzione del rischio economico di ferie, assenze per malattia, maternità, ecc., tramite il preventivo e diffuso accordo con l'utilizzatore di fatturare le sole ore effettivamente lavorate dai prestatori, sostituzione dei lavoratori assenti per malattia o a seguito dell'esercizio di una opzione di non gradimento dei lavoratori da parte dell'utilizzatore, aggiornamento professionale delle risorse, ecc.). La natura imprenditoriale dell'attività resa dall'agenzia si concretizza per l'esistenza di un «valore aggiunto» alla mera fornitura, che si identifica, dunque, con la organizzazione della fornitura gestita a proprio rischio.

c) Dal punto di vista degli effetti del contratto, è possibile osservare come la valutazione sulla meritevolezza dell'operazione economica sia stata inscindibilmente connessa alla garanzia che l'operazione medesima non si risolva in un abbassamento dei livelli di tutela dei lavoratori coinvolti. A puntello di tale obiettivo sono fissate tutta una serie di previsioni a garanzia dei lavoratori medesimi, come il principio di parità di trattamento, il rispetto delle previsioni in materia di salute e sicurezza, la possibilità di esercitare i diritti sindacali, il rispetto delle norme previdenziali, il regime di responsabilità solidale fra somministratore e utilizzatore, ecc. A fronte della stipula di un contratto di somministrazione validamente concluso con l'agenzia autorizzata e nel rispetto di tutte le previsioni previste dalla legge, si attribuisce al somministrato la possibilità di utilizzare il lavoratore, vale a dire di appropriarsi dei risultati prodotti dalla prestazione lavorativa, e di esercitare sul lavoratore medesimo il potere direttivo. Laddove la somministrazione di lavoro si svolga al di fuori dei limiti e delle condizioni previste dalla legge, il lavoratore può chiedere, mediante

---

contratto collettivo applicate al lavoratore. Sebbene non sia possibile in questa sede affrontare analiticamente l'ambito di operatività di tale previsione, pare potersi rilevare che per effetto di una sorta di nemesi storica la tesi dell'interposizione in frode alla legge sostenuta da Cessari alla fine degli anni cinquanta riacquisti, nella nuova di disciplina di cui all'art. 28 cit., importanza e dignità quale fattispecie autonomamente sanzionata dal legislatore e, nel medesimo tempo, quasi come se fossero tornate indietro le lancette della storia, pare destinata a riaccendere tra i giuslavoristi un dibattito che sembrava ormai definitivamente sopito. A parte le ovvie difficoltà connesse ad una eventuale prova dell'intento elusivo, pare infatti che il problema, ieri come oggi, sarà quello «di stabilire il trattamento da assegnare a siffatta attività illecita e soprattutto di individuare le conseguenze della nullità», così Mazzotta, *Rapporti interpositori*, cit., 148.

ricorso al giudice, notificato anche solo al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo con effetto dall'inizio della somministrazione.

La valutazione di meritevolezza della operazione economica sopra descritta e la conseguente tipizzazione della fattispecie è, ovviamente, gravida di conseguenze sull'ordinamento. Ciò che prima era atipico e vietato, ora diviene tipico e ammesso, ma solo a certe condizioni ritenute indispensabili dal legislatore. Discorso simile potrebbe, d'altra parte, essere fatto anche in relazione alla previsione di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 276 relativa al distacco, con cui il legislatore ha creato un «tipo legale» di distacco che, in qualche modo, ricalca il «tipo giurisprudenziale» che, pur nelle strettoie della legge n. 1369, aveva trovato riconoscimento nell'ordinamento[306].

In proposito, pare tuttavia potersi rilevare che la scelta dell'ordinamento appare ancora una volta chiara: il tipo lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. non consente che un soggetto utilizzi e diriga una prestazione di lavoro subordinato senza instaurare con il prestatore medesimo un rapporto di lavoro[307]. Solo l'operazione economica che si realizzi nell'ambito della fattispecie tipizzata dagli art. 18, 20-28 del d.lgs. n. 276 – o in quella tipizzata nell'art. 30 sul distacco -, è espressamente ritenuta dal legislatore meritevole di tutela e, dunque, idonea a consentire ad un terzo estraneo al contratto di lavoro di utilizzare il lavoro altrui e di esercitare sul lavoratore il potere direttivo senza ricadere direttamente nella fattispecie del 2094 c.c. In proposito, è bene sottolineare che con tale intervento non pare che il legislatore abbia disatteso il noto orientamento con cui la Corte Costituzionale ha evidenziato la sussistenza di limiti imposti dall'ordinamento allo stesso legislatore alla disponibilità del «tipo lavoro subordinato» sancito nell'art. 2094 c.c. Sebbene non sia possibile in questa sede affrontare analiticamente i risvolti di una questione così complessa, sembra doversi condividere quanto già sostenuto da una autorevole dottrina che si è occupata approfonditamente della fattispecie del lavoro temporaneo tramite agenzia, e che ha rilevato come in questo caso «la legge non sottrae, bensì estende (pur con adattamenti) le tutele inderogabili del diritto del lavoro ad un soggetto che opera, nei rapporti con l'utilizzatore, in condizioni di fatto equiparabili a quelle di un lavoratore subordinato pur senza esserlo dal punto di vista formale»[308]. L'operazione legislativa, d'altra parte, sembra – almeno sotto questo punto di vista – dare risposta a quella crisi di identità del diritto del lavoro, in relazione alla quale Massimo

---

[306] Sebbene si sia scelto, in sede di questo primo commento, di leggere il nuovo assetto delle fattispecie interpositorie alla luce della disciplina della somministrazione, particolare segnalazione merita anche il processo di tipizzazione del comando di cui all'art. 30 cit. Sull'evoluzione giurisprudenziale del comando/distacco nel settore privato e sulla incerta compatibilità della fattispecie con il divieto di interposizione sancito nella legge n. 1369 si rinvia, a titolo esemplificativo di una bibliografia molto vasta, a Esposito, *op. cit.*; Carinci M.T., *La fornitura di lavoro,* cit., 175 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

[307] Pur non essendo possibile in questa sede affrontare analiticamente la questione, pare potersi rilevare che il circondare di previsioni apposite l'utilizzo delle prestazioni lavorative altrui al di fuori del rapporto di lavoro subordinato, non faccia che confermare – a prescindere dalla abrogazione della 1369 - la incompatibilità logica del rapporto interpositorio con il tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa di cui al 2094 c.c. Su tale incompatibilità cfr., per tutti, Mazzotta, *Rapporti interpositori,* cit. Pure senza l'espresso divieto di interposizione, non sembra, dunque, che il legislatore abbia lasciato spazio a ricostruzioni teoriche del 2094 c.c. che consentano di far rientrare nel «tipo» codicistico di lavoro subordinato pattuizioni con le quali il lavoratore si impegni con il proprio datore a prestare il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione di un soggetto terzo estraneo al rapporto. Hanno, invece, teorizzato la compatibilità di pattuizioni di tal genere con la nozione codicistica di subordinazione Spagnuolo Vigorita, *op. cit.,* 81; Ichino, *Il diritto del lavoro,* cit., 221; Bellocchi, *op. cit.*, 176 ss.

[308] V. Speziale, *La struttura del contratto,* cit., 309.

D'Antona invitava ad affrontare il tema della subordinazione «riorganizzando le garanzie, tramite un adattamento del diritto del lavoro a una realtà diversificata, dalla quale continuano a promanare forti domande di tutela»[309]. Di fronte ad una mutata realtà produttiva che vede la diffusione fisiologica di forme di utilizzo del lavoro subordinato altrui, il legislatore ha scelto di aumentare e differenziare le tutele dei lavoratori coinvolti in tali operazioni, non ultimo rafforzando il principio di parità di trattamento «come spada», vale a dire come regola che, di fatto, fa conseguire ai lavoratori quei risultati che normalmente nella nostra tradizione giuslavoristica sono garantiti dalla norma inderogabile[310].

Se è vero quanto fino ad ora detto, è però innegabile che l'operazione di «tipizzazione» del contratto di somministrazione si colloca nel solco di quella tendenza alla «rimercantilizzazione» del lavoro che in una versione sofisticata, da anni ormai, caratterizza le società industriali progredite[311]. Il lavoro si sgancia dalla persona del lavoratore e diventa bene/oggetto di un contratto di scambio fra imprenditori. La natura particolare del «bene» oggetto del contratto, tuttavia, fa sì che tale contratto venga attratto nell'analisi giuslavoristica, confermando quell' «ampliamento dell'ambito delle competenze del diritto del lavoro con conseguente utilizzo di tecniche e modalità tipiche del suo intervento, in aree non di tradizionale pertinenza – come appunto in questo caso in materia di contratti commerciali -, con positiva ibridazione di linguaggi, tecniche normative e valori»[312].

## 5. Somministrazione e appalti a bassa intensità organizzativa: verso un nuovo regolamento di confini?

Come si è sopra visto, il tipo appalto, anche attraverso l'avallo della giurisprudenza, aveva dato prova di essere in grado di sussumere in sé operazioni in parte atipiche che travalicavano i confini della fattispecie codicistica per la particolarità dell'oggetto del contratto che, con sempre più frequenza, poteva essere identificato nella mera fornitura di prestazioni di lavoro. Contestualmente alla abrogazione della legge n. 1369 ben si sarebbe potuto pertanto assottigliare concettualmente la differenza fra somministrazione e appalto rafforzando a monte i sistemi di controllo sulla consistenza organizzativa e patrimoniale dell'appaltatore/interposto o estendendo la regola della parità di trattamento e della responsabilità solidale in tutti quei casi in cui, ad esempio, fosse rintracciabile una posizione di dipendenza economica dell'interposto nei confronti del committente,

---

[309] D'Antona, *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia,* 1989, ora in Caruso, Sciarra (a cura di) *Opere,* Milano, 2000, III, 1224.

[310] L'espressione usata è di Barbera, L'uguaglianza come scudo e l'uguaglianza come spada, in RGL, 2002, 805 ss., cui si rinvia per l'analisi sul ruolo attuale del principio di uguaglianza nel diritto del lavoro.

[311] Sul processo di «rimercificazione» del lavoro e sulle possibilità ed i rischi connessi alla riproposizione di logiche mercantili cfr. Grandi, *«Il lavoro non è una merce»: una formula da rimeditare,* in *LD,* 1997, 557 ss. Sul principio secondo cui «il lavoro non è una merce» cfr. pure la lettura proposta da Tiraboschi, *Lavoro temporaneo,* cit., 138 ss.

[312] Caruso, *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro,* in *DLRI,* 2002, 92 ss., cui si rinvia in relazione alle riflessioni sulla sempre più frequente funzionalizzazione del diritto del lavoro e sindacale a scopi eterodeterminati. L'espressione «contratti commerciali», come sopra utilizzata, è mutuata da quella dottrina civilistica che, sulla scorta della copiosa legislazione comunitaria in materia, ha rinvenuto la possibilità di una rinnovata distinzione fra «contratti civili» e «contratti commerciali», così Zeno Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»),* in *Giur. It.,* 1993, IV, 69 ss.

così sdrammatizzando la distinzione tra somministrazione e appalto di servizi[313]. Il nuovo decreto, invece, sembra essere andato in una direzione diametralmente opposta[314], laddove si sono accentuate le differenze fra somministrazione e appalto non solo, come si è visto, prevedendo una disciplina specifica per i soggetti che svolgono l'attività di somministrazione e aumentando gli oneri in capo alle agenzie[315], ma anche, e contestualmente, eliminando del tutto il principio della parità di trattamento in relazione ai cosiddetti «appalti interni» disciplinati dalla vecchia legge n. 1369.

La «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro è stata, dunque, la strada maestra seguita dal legislatore per circondare di tutele l'utilizzo del lavoro subordinato altrui: attraverso tale fattispecie, nonché nell'ambito dei rapporti di lavoro fra agenzia e prestatore, si è predisposto un assetto di interessi ritenuto in via preventiva e generale equo ed idoneo a tutelare i soggetti più deboli coinvolti nel contratto di lavoro cui è funzionalmente collegato il contratto di somministrazione.

Ciò rilevato, pare doversi condividere l'osservazione secondo la quale somministrazione di manodopera autorizzata e «fornitura di manodopera realizzata attraverso un appalto di servizi personali siano da considerare alla stregua di vasi comunicanti il riempimento di uno dei quali determina lo svuotamento dell'altro»[316]. È possibile ritenere che il «tipo» somministrazione di lavoro di cui al d.lgs. n. 276 abbia voluto assorbire – al fine di garantire una maggiore tutela ai lavoratori utilizzati da un soggetto diverso dal loro datore di lavoro - una corposa parte di operazioni economiche che nel vigore del divieto di interposizione di cui alla legge n. 1360 si erano fatte rientrare nel sopra ampiamente descritto «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro. Le agenzie di somministrazione non si limitano, infatti, a fornire manodopera e a lucrare passivamente su tale fornitura; esse, come si è sopra visto, attraverso una organizzazione che ha natura imprenditoriale apportano alla mera fornitura una quid pluris identificabile nelle competenze con le quali si sono selezionate e/o formate le risorse, nelle reti relazionali di supporto, nel servizio di gestione tecnico-contabile delle stesse, ecc. Al medesimo tempo, il controllo a monte sulla affidabilità delle agenzie e la previsione di una serie di tutele nei rapporti fra agenzia e lavoratore garantiscono ex lege che l'operazione non sia in contrasto con la «coscienza sociale».

L'avvenuta «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro, che dunque assorbe una cospicua parte del «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro, come elaborato da parte della dottrina nel vigore della legge del 1960[317], non risolve tuttavia la complessità delle questioni prospettabili in tema di fattispecie interpositorie.

---

[313] Era questa la proposta avanzata da Ichino, *Il diritto del lavoro,* cit., 267 ss.

[314] Cfr. Ichino, *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni,* in *DRI,* 2002, 389 ss. che, appunto, rileva la differenza di impostazione fra la proposta dallo stesso avanzata al Convegno A.I.D.LA.S.S. di Trento e la disciplina che di li a poco sarebbe stata introdotta sulla scorta della legge delega n. 30 del 2003. V. pure Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi,* cit., 77.

[315] Ad esempio, tramite la previsione del versamento al Fondo di formazione di un contributo pari al 4 per cento delle retribuzioni corrisposte ai lavoratori, come previsto dall'art. 12 del d.lgs. n. 276 del 2003.

[316] Così Lo Faro, *op. cit.*, 141.

[317] Si fa riferimento soprattutto alla ampia nozione di «valore aggiunto» elaborata da Ichino, *Il diritto del lavoro,* cit., 207 ss. Un'altra cospicua parte di elementi caratterizzanti il «tipo giurisprudenziale» *a geometria variabile* di cui si è detto sono invece confluiti nella previsione di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 276 in tema di appalto, su v. oltre.

La distinzione apparentemente così chiara e netta fra somministrazione e appalto è, infatti, comunque destinata a sfumare in una miriade di incertezze interpretative al solo osservare la complessità della casistica giurisprudenziale ad oggi esistente sui cosiddetti appalti a bassa densità organizzativa, in cui è proprio l'oggetto dedotto in contratto (il servizio ad es. consistente nella pulitura dell'ufficio vale a dire un risultato raggiunto mediante una specifica attività posta in essere dallo stesso, o la mera fornitura della manodopera che pulirà l'ufficio) ad essere difficilmente verificabile. La stessa dottrina privatistica, d'altra parte, si è pacificamente assestata su una definizione evanescente dell'oggetto dell'appalto di servizi, quale «attività diretta a produrre una utilità ovvero a soddisfare un determinato interesse del committente, senza elaborazione di materia»[318]. Si è visto che anche la somministrazione presuppone una attività di ricerca e selezione del personale, di gestione del personale medesimo, ecc. che, certamente, produce una utilità economicamente valutabile per il committente. Non pare, dunque, che la distinzione fra somministrazione «tipizzata» e appalto ricercata unicamente in relazione al reale oggetto del contratto[319] sia in grado di dare risposta definitiva alla miriade di incertezze che la prassi dei rapporti contrattuali presenta.

È fin troppo evidente che anche il legislatore si sia subito reso conto delle difficoltà di un preciso regolamento di confini fra le due fattispecie ed abbia tentato di porre dei rimedi alle possibili incertezze interpretative, addirittura prevedendo – all'art. 84, c. 1 – la possibilità di utilizzare le procedure di certificazione, sia in sede di stipulazione dell'appalto, sia nella fase di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della concreta distinzione fra appalto e somministrazione di lavoro[320] .

In proposito, si è già ricordato che una autorevole dottrina ha recentemente proposto una diversa, nonché maggiormente articolata ricostruzione del concetto di «valore aggiunto». In particolare si è evidenziato che, negli appalti a bassa densità organizzativa, «ciò che trasforma l'apporto di mera manodopera in lecito appalto è solo la presenza di un elemento di organizzazione e direzione della prestazione lavorativa (e non della fornitura a monte) che evolve, appunto, l'apporto di mere energie lavorative nella complessa fornitura di un'opera o di un servizio a favore del committente»[321]. In tal senso, opportunamente, si è precisato che il quid pluris aggiunto dall'appaltatore deve essere qualcosa di diverso da quella attività – anch'essa avente natura imprenditoriale e gestita a proprio rischio – svolta dalle imprese di fornitura di lavoro temporaneo

---

[318] In tal senso Bertolotti, *Appalto di servizi,* in Costanza (a cura di) *L'appalto privato,* Torino, 2000, 410 ss.; cfr. inoltre Rubino, *Appalto privato,* in *Nuoviss. Dig.,* I, 1, Torino, 1968, 691 ss. il quale rileva che i servizi, come oggetto dell'appalto, non possono essere definiti, per buona parte, se non in maniera negativa: e cioè come qualsiasi utilità che può essere creata per un altro soggetto e fornita di un immediato contenuto economico.

[319] Una verifica sull'oggetto del contratto pare possa essere condotta anche sulla scorta dell'indagine sulla «qualità» dei servizi appaltati e, dunque, sull'interesse dell'appaltante a rivolgersi a imprese che offrano servizi di qualità secondo standard europei; sul punto cfr. le proposte di Bonardi, *op. cit.*, 361 ss.

[320] Sulle procedure di certificazione di cui agli artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 276 v. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 23/2003, sul sito www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm; Speziale, *La certificazione della somministrazione e dll'appalto di opere o servizi,* in F. Carinci (a cura di), *Commentario del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, vol. 4, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione*, Milano, 2003, dattiloscritto.

[321] Cfr. ampiamente De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni,* cit., 48 ss. che distingue in proposito i concetti di «organizzazione dei lavoratori» e «organizzazione delle prestazioni lavorative».

ex legge n. 196 del 1997: anche le imprese di fornitura – ed oggi le agenzie di somministrazione - organizzano il lavoro, selezionano e formano le risorse. Per tale ragione, si è ritenuto che «solo attribuendo rilievo, ai fini della liceità dell'appalto, all'esercizio del potere direttivo, conformativo e di controllo da parte dell'appaltatore si ristabiliscono le distanze fisionomiche tra appalto lecito e fornitura di lavoro temporaneo»[322].

Tale ricostruzione dottrinale pare aver trovato pieno accoglimento nel d.lgs. n. 276 del 2003, laddove si introduce una precisazione lavoristica in relazione alla fattispecie delineata dall'art. 1655 c.c. L'art. 29 puntualizza, infatti, che l'appalto «si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore[323], 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 di impresa».

Per espressa previsione dell'art. 29 cit.[324] non pare che esso abbia la funzione di modificare il tipo appalto codificato nell'art. 1655 c.c. introducendo nella fattispecie un nuovo elemento qualificante. L'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore non è, infatti, un elemento che qualifica il tipo appalto ai sensi dell'art. 1655 c.c.: il codice, come è noto, attribuisce un ruolo specifico al requisito della «organizzazione di mezzi necessari» che deve essere posseduta dall'appaltatore, nonché della «gestione a proprio rischio», vale a dire al rischio di non realizzare il risultato/servizio dedotto in contratto e/o di non riuscire a coprire i costi ed a lucrare sulla differenza fra il costo del servizio e l'ammontare del corrispettivo pattuito. L'elemento della titolarità del potere di direzione da parte dell'appaltatore era stato preso in considerazione fin dal 1936 ed era stato introdotto quale elemento essenziale e qualificante dell'appalto in una delle prime versioni del codice civile; tuttavia, tale elemento è stato successivamente sostituito o, comunque, ricondotto, al requisito della gestione a proprio rischio, atteso che non si era ritenuto incompatibile con il tipo appalto la possibilità che il committente potesse nominare una persona di sua fiducia per dirigere e controllare i lavori insieme all'appaltatore[325]. Coerentemente al tipo codificato, uno dei naturalia negotii che discendono dal complessivo assetto di interessi realizzato con il contratto

---

[322] De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni,* cit., 51 ss. *Contra* tale impostazione, a sostegno della irrilevanza dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore, si era invece pronunciata parte della dottrina dopo l'entrata in vigore della legge del 1960, cfr. Benedetti, *Profili civilistici,* cit., 1512 ss.

[323] Si ricorda che già la legge delega (all'art. 1, c. 2, lett. m, n. 3) aveva invitato il legislatore delegato ad una «chiarificazione dei criteri di distinzione fra appalto e interposizione». In tal senso, l'art. 84, c. 2, del d.lgs. n. 276 cit. stabilisce peraltro che entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto, il Ministero del lavoro adotterà con proprio decreto codici di buone pratiche e 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».

[324] Ove si specifica che «ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 c.c., si distingue dalla somministrazione…».

[325] V. Pandolfelli, in *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie,* Milano, 1942, 406, il quale - richiamando il progetto del 1936 - ricorda come, alla fine, si sia preferito mettere in rilievo l'elemento della gestione a proprio rischio, anziché l'elemento della direzione da parte dell'appaltatore che «in qualche caso diventa quasi un semplice esecutore delle direttive e delle disposizioni date dal fiduciario del committente. Invece, l'elemento della gestione a rischio dell'appaltatore, nel senso che questo organizza a proprio rischio le attività necessarie alla produzione dell'*opus*, è un carattere ineliminabile dell'appalto, mancando il quale il contratto assume un *nomen iuris* diverso. Il che non esclude che l'appaltatore debba avere in qualche modo la direzione dell'impresa, come risulta ugualmente dal concetto di gestione a rischio».

di appalto è proprio il diritto di ingerenza e di controllo che, pur nel rispetto della autonomia dell'appaltatore, può essere esercitato dal committente, ex art. 1662 c.c., durante l'esecuzione dell'opera. In virtù di tale diritto di ingerenza, il committente può – direttamente o per mezzo di un suo delegato, ad esempio il direttore dei lavori - «osservare il modo in cui si svolgono i lavori, e quindi può eventualmente sindacare il modo e il ritmo»[326].

D'altra parte, è proprio sulla scorta di tale possibile e lecita ingerenza del committente nella concreta direzione dei lavori che parte della dottrina ha avanzato talune perplessità sull'utilizzo del criterio della verifica del soggetto che esercita il potere direttivo ai fini della distinzione fra appalto lecito e interposizione illecita nel vigore della legge n. 1369[327].

Occorre tuttavia rilevare come, probabilmente, il legislatore del 2003, pur avendo abrogato la legge n. 1369, è stato in qualche modo costretto ad intervenire anche sul versante della fattispecie appalto al fine di evitare una pericolosa situazione di incertezza interpretativa che non avrebbe escluso la possibilità che il «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro confluisse interamente nella fattispecie di somministrazione «tipizzata» negli artt. 18, 20-28.

In tal senso, si è ritenuto opportuno introdurre la possibilità che – nei casi dubbi – l'operazione qualificatoria fra le due fattispecie possa essere condotta attraverso la verifica sul soggetto che esercita il potere direttivo, al fine di stabilire a chi il lavoratore sia subordinato[328].

L'art. 29, ferme restando le caratteristiche e la disciplina del tipo appalto descritto dagli artt. 1655 o 1677 c.c., pare avere la funzione di individuare un elemento di tipicità eventuale ed aggiuntiva che potrà essere ricercato tramite l'analisi delle modalità attraverso cui le parti danno esecuzione al contratto al fine di risolvere taluni dubbi di qualificazione quando né la causa e l'oggetto del contratto, né gli elementi della organizzazione di mezzi e della gestione a proprio rischio, siano idonei a fornire elementi di valutazione sufficienti ai fini della qualificazione della fattispecie come appalto o come somministrazione. In proposito non può non rilevarsi, tuttavia, che la valorizzazione della titolarità del soggetto che esercita il potere direttivo come elemento qualificante degli appalti cosiddetti labour intensive non potrà non comportare un necessario self restraint dei poteri di controllo e conformazione esercitabili dal committente sulla base dell'art. 1662 c.c.[329] Una eventuale interpretazione restrittiva del diritto di ingerenza che spetta al committente ex art. 1662 c.c., d'altra parte, non varrebbe in alcun modo a modificare il tipo appalto codificato dall'art. 1655 c.c. atteso che elemento qualificante del tipo, nonché parte integrante della causa del contratto di appalto, è «la totale assunzione delle responsabilità organizzative da parte dell'appaltatore»[330].

La precisazione «giuslavoristica» contenuta nell'art. 29 cit. recepisce in tal modo l'elemento che sicuramente si era affermato con valenza predominante nel «tipo giurisprudenziale» di appalto

---

[326] Cfr. Rubino, *L'appalto,* in Vassalli (a cura di) *Trattato dir. Civ. it.,* VII, Torino, 1980, 227.

[327] Cfr. Bonardi, *op. cit.*, 345 ss.; Lo Faro, *op. cit.*, 98 ss.

[328] In tal senso cfr. Carinci M.T., *La fornitura di lavoro,* cit., 87.

[329] Cfr. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni,* cit., 58.

[330] Sul punto v. Marinelli F., *Il tipo e l'appalto,* cit., 24 ss.

di mere prestazioni di lavoro a geometria variabile diffusosi nel vigore della legge del 1960[331], senza però – come si è detto – modificare il tipo appalto codificato nel 1942. Per tale ragione, come del resto pare inequivocabilmente confermato anche dalla previsione di cui all'art. 84, c. 2 del d.lgs. n. 276, il requisito della «reale organizzazione di mezzi», per quanto potenzialmente assottigliabile all'infinito a secondo della natura e del tipo di attività dedotta in contratto, continuerà a svolgere un ruolo primario ai fini della qualificazione dell'operazione economica posta in essere dalle parti, e ciò a prescindere dal fatto che sia venuta meno la, peraltro anacronistica, presunzione legale di cui all'art. 1, c. 3 della legge n. 1369 che espressamente faceva riferimento al possesso di «macchine ed attrezzature»[332].

Ferma restando, dunque, la centralità della verifica sull'oggetto del contratto e sulla sussistenza di una «organizzazione di mezzi» idonea allo svolgimento della attività dedotta in contratto, nel caso in cui detto oggetto sia identificabile in un servizio in cui vi è scarsa o nulla necessità di elementi materiali e di strumenti di lavoro (lavori di facchinaggio, pulizia, vigilanza, ma anche lavori altamente qualificati prestati da programmatori o analisti informatici, ecc.) la scelta di distinguere le due fattispecie anche tenendo conto del soggetto che dirige la prestazione appare condivisibile. Il d.lgs. n. 276, come si è detto, ha confermato che il principio della necessaria coincidenza tra il titolare del rapporto di lavoro e colui che utilizza la prestazione è la regola nel nostro ordinamento. Per tale ragione, colui che vuole utilizzare e dirigere il lavoro subordinato altrui non può farlo se non nei modi previsti dalla disciplina sulla somministrazione di manodopera. Se la reale necessità di una impresa è semplicemente quella di acquisire manodopera e dirigerla, e non di usufruire di un servizio, si è fuori dai confini dell'appalto e l'impresa stessa dovrà stipulare direttamente contratti di lavoro subordinato o, se ne ricorrono le condizioni, contratti di somministrazione.

### 5.1. Segue. I dubbi lasciati irrisolti dalla nuova disciplina.

La precisazione contenuta nell'art. 29, tuttavia, non appare in grado di risolvere una volta per tutte i numerosi casi dubbi, in cui le differenze fra «organizzazione di impresa» e «organizzazione delle prestazioni»[333] sfumano in una serie di impalpabili formalismi.

Nel persistere di talune inevitabili incertezze interpretative c'è però una cosa che, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276, non potrà più essere consentita al giudice: la mancanza di rigore. Se, come si è più volte ricordato, nella vigenza della legge n. 1369, la giurisprudenza ha avallato anche interpretazioni eccessivamente «lassiste»[334] sulla sussistenza del potere direttivo, giocando sulla difficoltà di distinguere l'esercizio del potere direttivo dal potere di conformazione dell'appaltante[335], giustificate dalla necessità di non penalizzare forme di decentramento produttivo sempre più comuni nella pratica, nonché ritenute non socialmente pericolose, v'è da ritenere un tale

---

[331] Sul punto si rinvia alla più recente giurisprudenza di legittimità citata alla nota n. 17. V. pure Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti,* cit., 2 ss.

[332] Cfr. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti,* cit., 5 ss.

[333] Su cui De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni,* cit, 40 ss.

[334] L'espressione è di Carinci M.T., *Il divieto di interposizione: novità e continuità dopo la legittimazione del lavoro temporaneo,* in AA.VV. *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato,* in *QDLRI,* Utet, Torino, 1999, n. 22, 108.

[335] Per una disamina di sentenze che contengono simili «sbavature», cfr. Bonardi, *op. cit.*, 343 ss.

atteggiamento oggi non possa ritenersi più giustificato per una precisa scelta fatta dal legislatore. Prima del d.lgs. n. 276 poteva ritenersi necessario intraprendere operazioni di aggiornamento del divieto di interposizione che ne allentassero le maglie. Dopo il d.lgs. n. 276 è già stato il legislatore che, attraverso una serie di «norme ordinatrici» con cui si è fissato un preciso ordine economico di regolamentazione del mercato[336] ove è possibile scambiare il «bene» lavoro altrui, ha ridefinito i rapporti tra le fattispecie interpositorie: quando l'impresa ha necessità di utilizzare personale, ed anche di dirigerlo, ma – per scelte gestionali e/o puramente economiche – decide di non assumere direttamente, non può che rivolgersi ad un'agenzia autorizzata ed ottenere una fornitura di manodopera a tempo determinato o indeterminato; non potrà più mascherare simili operazioni dietro pseudo appalti di manodopera, magari meno costosi della somministrazione, in cui il pseudo appaltatore si limiterà formalmente ad impartire generiche direttive ai lavoratori (esempio classico è quello della semplice affissione dell'orario di lavoro o la mera predisposizione dei turni di ferie). La regola della necessaria coincidenza fra titolarità formale e sostanziale del rapporto di lavoro, come si è detto derogata dalla fattispecie «tipizzata» tramite il contratto di somministrazione, non potrà essere elusa nemmeno a fronte di un fenomeno di esternalizzazione che, potenzialmente, non lede i diritti dei lavoratori coinvolti, poiché già la valutazione sulla meritevolezza di eventuali operazioni economiche aventi ad oggetto il lavoro altrui è stata effettuata dal legislatore e cristallizzata nel «tipo legale» della somministrazione di lavoro. In tale disciplina, come si è visto, solo le agenzie autorizzate assumono «la posizione di soggetti del mercato in base ad un'investitura normativa»[337].

Ma vi è di più. I casi in cui è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, previsti dall'art. 20, c. 3 del d.lgs. n. 276, ricalcano con notevoli somiglianze le ipotesi elencate dal vecchio art. 5 della legge n. 1369, per le quali si prevedeva una sorta di interpretazione autentica dell'art. 1, «certificando» ope legis la genuinità di quegli appalti a bassissima densità organizzativa. Quella previsione, come anche quella contenuta all'art. 3 della medesima legge del 1960 sugli appalti interni, aveva la funzione di salvaguardare talune pratiche contrattuali dalla voracità del divieto sancito dall'art. 1, nonché di garantire taluni diritti ai dipendenti dell'appaltatore; tali appalti non erano immediatamente da considerare illeciti ex art. 1 e, in questi, la genuinità dell'appaltatore, la sussistenza dei mezzi idonei allo svolgimento del servizio, l'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore medesimo andavano esaminati e verificati dal giudice caso per caso. Si è già detto di come la giurisprudenza abbia, pian piano, allentato le maglie del giudizio sulla legittimità di tali appalti. Ma tutto questo accadeva nella vigenza dell'art. 1 della legge n. 1369 e, con essa, del divieto dell'attività di somministrazione. Nell'odierna disciplina, le attività cui si riferivano quegli stessi appalti individuati nell'art. 5 della legge n. 1369 costituiscono, in buona parte, le ipotesi tassative in cui è possibile ricorrere alla somministrazione. Verrebbe da affermare che le attività elencate nell'art. 20, c. 3, creino quasi una presunzione di somministrazione.

Pur senza arrivare a sostenere l'esistenza di una simile presunzione, poiché, in realtà, è vero che nulla esclude che le attività elencate dall'art. 20, c. 3, del d.lgs. n. 276 possano anche costituire l'oggetto di un appalto di servizi, e che la natura di appalto possa essere rilevata anche tramite la

---

[336] Cfr. Irti, *L'ordine giuridico del mercato,* Bari, 2001, 11 ss.

[337] Cfr. Irti, *op.ult. cit.*, 53.

verifica dell'esercizio del potere direttivo in capo all'appaltatore, non può però non essere invocato il rispetto di una distinzione più rigorosa fra appalto di servizi e somministrazione voluta dallo stesso legislatore del 2003.

Gli scenari, a questo punto, sono molteplici e rilevanti le questioni prospettabili, alcune già – forse provocatoriamente – avanzate da parte della dottrina[338], su cui occorrerà riflettere. Le imprese specializzate in appalti di servizi personali (imprese di pulizia, società di servizi informatici, ecc.) saranno tutte costrette a ottenere l'autorizzazione di tipo generalista, o più probabilmente di tipo specialista, per poter continuare a svolgere la propria attività?[339] Cosa differenzierà, in concreto, operazioni apparentemente identiche dal punto di vista economico? Ed anche all'interno di appalti leciti, come andranno qualificate quelle operazioni di «utilizzazione confusa» dei lavoratori? Come pure i casi «ibridi» in cui i lavoratori siano effettivamente utilizzati e diretti sia dall'appaltante, sia dall'appaltatore?[340]

Questi e altri gli interrogativi di non facile soluzione lasciati, di fatto, aperti anche nel vigore dell'attuale disciplina. In proposito, però, non può non ricordarsi che l'invito rivolto al legislatore a dare legittimità allo staff leasing nel nostro ordinamento è stato invocato proprio nella prospettiva di garantire «una piena trasparenza a quelle situazioni – di fatto esistenti – che il comune rapporto di appalto assicurerebbe assai meno», nonché di assicurare ai lavoratori un regime di tutele certe ed effettive[341]. In tal senso, pare da condividersi l'opinione di chi ha sostenuto che se è vero che i fenomeni di esternalizzazione possono e devono considerarsi fisiologici, è anche vero che «la fisiologia presuppone l'adozione di genuini rapporti tra imprese responsabili e trasparenti. (…) Se c'è un insegnamento che ci viene dalla legge sul lavoro interinale è che si può utilizzare il lavoro altrui soltanto se il soggetto si assume la piena responsabilità nella gestione»[342]. Di certo, e per concludere, un maggior rigore interpretativo delle fattispecie di appalti a bassa densità organizzativa dovrà essere fisiologicamente rispettato al fine di non legittimare pratiche di «fuga» dal regime autorizzatorio da parte degli stessi operatori economici che intendessero intraprendere lo svolgimento di un'attività di fornitura: cosa potrebbe condurre una impresa di fornitura

---

[338] Del Punta, *Problemi attuali,* cit., 299; Lo Faro, *op. cit.*, 101.

[339] Una eventuale lettura del nuovo assetto legislativo intesa, di fatto, a restringere l'area degli appalti di servizi ammessi – come si è detto - nel vigore della 1369 in un'ottica di salvataggio di operazioni economiche in realtà riconducibili a ipotesi di attività di fornitura, non potrebbe d'altra parte essere impedita da una ipotetica violazione dei principi comunitari in materia di libertà di prestazione dei servizi. In proposito, infatti, la Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1981, *Procedimento penale a carico di A.J. Webb* (causa 279/89), ha precisato che «la fornitura di manodopera costituisce una attività particolarmente delicata dal punto di vista professionale e sociale. A causa delle peculiari caratteristiche del rapporto di lavoro sottostante ad una siffatta attività, l'esercizio di questa incide direttamente sia sui rapporti esistenti sul mercato del lavoro, sia sui legittimi interessi dei lavoratori. Ne risulta che per gli Stati membri è lecito e costituisce una legittima scelta politica, effettuata nell'interesse generale, il subordinare la fornitura di manodopera sul proprio territorio ad un regime di licenze, in modo da poter rifiutare la licenza se sussiste il fondato timore che tale attività possa nuocere ai buoni rapporti sul mercato del lavoro e se gli interessi dei lavoratori di cui trattasi non sono adeguatamente garantiti». La validità di tale principio è stata recentemente confermata, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 7 febbraio 2002, causa C-279/00, *Commissione/Repubblica italiana*.

[340] Cfr. Bonardi, *op. cit.*, 343; Lo Faro, *op. cit.*, 108 ss.

[341] Era questo, in sintesi, l'obiettivo invocato da coloro che avevano prospettato l'introduzione dello *staff leasing* in Italia, cfr. Ichino, *Il diritto del lavoro ed i confini,* cit., 269. In una medesima prospettiva v. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi,* cit., 68.

[342] Napoli, *Il diritto del lavoro e i rapporti commerciali tra imprese,* in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo,* Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Trento, 4-5 giugno 1999, Milano, 2000, 263.

specializzata in un dato servizio di consulenza e assistenza nel settore informatico a richiedere l'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di fornitura di tipo specialista, qualora – di fatto – potesse continuare ad operare sotto le mentite spoglie di pseudo appaltatore di servizi, senza nemmeno essere costretto ad applicare ai lavoratori forniti lo stesso trattamento economico e normativo cui avrebbero diritto se fossero impiegati direttamente dallo pseudo appaltante? Ma, come è ovvio, l'interrogativo può facilmente ribaltarsi: cosa spingerebbe un imprenditore che intendesse servirsi stabilmente di personale informatico a ricorrere alla somministrazione di lavoro, sicuramente più costosa dell'appalto, quando potrebbe continuare a rivolgersi ad operatori che offrono servizi forniture a basso costo, sebbene privi di qualsiasi affidabilità economica e sociale?[343]

È evidente, per tutto quanto si è sopra rilevato, che la risposta a tali domande sembra quasi travalicare i confini giuslavoristici per collocarsi a monte nella ricerca di un ordine, di una regolarità e di una prevedibilità che deve caratterizzare il comportamento degli operatori economici in un dato sistema giuridico che non può essere lasciato a selvagge logiche concorrenziali, con evidenti corse al ribasso dei trattamenti offerti ai lavoratori coinvolti, fra operatori che operano nel settore della somministrazione e altri che operano nel settore degli appalti. Quando il «bene» oggetto del contratto è il lavoro subordinato altrui, l'ordinamento ha, dunque, predisposto un apposito nucleo di norme, «una struttura confomatrice, che conferisce ad un mercato (quello in cui si negozia tale specifico bene) una sua propria e storica fisionomia»[344]. L'intervento conformativo della disciplina legale si fonda su una preventiva selezione analitica degli interessi che si consolida nella «costruzione artificiale di un mercato»[345]: il mercato, vale a dire, dove possono essere negoziate mere prestazioni di lavoro in cui «l'autonomia delle parti è, per così dire, strutturata, ossia inserita e chiusa fra le alte mura della legge»[346]. Nella regolamentazione di tale specifico mercato, il legislatore attraverso «norme attributive» ha, in particolare, conferito a determinati soggetti – le agenzie autorizzate - la «competenza in ordine a dati beni, trattabili e negoziabili soltanto da loro»[347]. Non è al momento possibile prevedere come realmente si muoverà l'attività interpretativa dei giudici nel vigore della nuova disciplina, ma - almeno dal punto di vista del giurista del lavoro - una cosa pare certa: non tenere conto di queste questioni significherebbe relegare definitivamente nell'oblio il divieto di interposizione di manodopera nel nostro ordinamento.

## 6. La somministrazione di lavoro come «fattispecie assorbente» di tutte le forme di atipiche aventi ad oggetto mere prestazioni di lavoro.

Come si è sopra visto, la disciplina sulla somministrazione ha, in un certo senso, anche la funzione di rafforzare la subordinazione, sia perché conferma la natura eccezionale dei casi di utilizzo del lavoro subordinato altrui, sia perché nei casi in cui ammette la deroga rafforza il regime delle tutele dei lavoratori subordinati coinvolti nei fenomeni di esternalizzazione. Ma le implicazioni dell'avvenuta tipizzazione del contratto di somministrazione sembrano andare oltre tale assunto.

---

[343] I medesimi dubbi sono stati sollevati pure da Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti,* cit., 7.

[344] Sul diritto come struttura confomatrice che ordina non *il* mercato, ma una *pluralità di mercati,* ognuno caratterizzato da proprie regole, si rinvia a Irti, *op. ult. cit.*, 38 ss.

[345] Irti, *op. ult. cit.*, 67.

[346] Irti, *op. ult. cit.*, 146.

[347] Irti, *op.ult. cit.*, 53 ss.

Con il venir meno della legge n. 1369, la nuova disciplina sembra destinata ad assumere un «ruolo assorbente» nella regolazione di tutte le pattuizioni aventi ad oggetto la fornitura di mere prestazioni di lavoro.

L'aver legittimato un «tipo» contrattuale avente ad oggetto la fornitura di lavoro altrui non può ovviamente che produrre delle conseguenze rilevanti sia in relazione a quelle operazioni interpretative – sopra ampiamente descritte – volte a salvare dall'area della illiceità i cosiddetti appalti a bassa densità organizzativa, sia, pure, nell'individuazione del regime sanzionatorio applicabile ai casi di illegittimo o scorretto uso della fattispecie del distacco.

Un interessante profilo di approfondimento potrebbe, in proposito, trarre spunto dalla seguente domanda: venuta meno la disciplina della legge n. 1369 cosa accadrà nell'ipotesi in cui l'appaltatore non sia un imprenditore genuino? Cosa accadrà nel caso in cui, tanto per fare un esempio immediatamente comprensibile, lo pseudo appaltatore edile non sia in possesso di alcuna organizzazione materiale idonea a svolgere l'opera dedotta in contratto (la costruzione di un edificio), ma si limiti a dirigere la manodopera utilizzando macchinari e attrezzature dell'appaltante? È chiaro che innanzi ad una ipotesi di tal genere, nonostante il nomen iuris dato dalle parti all'operazione economica, il giudice si troverebbe a dover negare la qualificazione di appalto a tale contratto, poiché la funzione economico sociale realmente perseguita tramite il contratto medesimo non è affatto identificabile con il compimento di un opera o di un servizio, dietro corrispettivo in denaro, tipizzata nell'art. 1655 c.c. Né, in questo caso, e nonostante la previsione contenuta nell'art. 29 cit., l'eventuale esercizio del potere direttivo da parte dello pseudo appaltatore potrebbe ritenersi in alcun modo elemento qualificante la fattispecie atteso che, come si è detto, esso è un elemento di tipicità eventuale che non modifica in alcun modo il tipo appalto codificato nell'art. 1655 c.c. Ci si troverebbe, dunque, di fronte ad una operazione economica che sembrerebbe sfuggire alle maglie del sistema delineato dal legislatore del d.lgs. n. 276, configurando una apparente incongruenza o lacuna regolativa dello stesso.

Preso atto che di appalto non si tratta, spetterà al giudice qualificare l'operazione economica al fine di stabilire la disciplina ad essa applicabile. Pur ammettendo che l'operazione posta in essere dalle parti abbia tratti di atipicità non riconducibili per intero a nessun tipo nominato, sarà sempre possibile per il giudice operare la qualificazione del contratto sulla base non già dell'intero contenuto, bensì su di un «pezzo di contratto» che non esaurisce il tutto[348]. Nel caso oggetto dell'esempio sopra proposto la qualificazione potrà agevolmente essere effettuata sulla base della «natura della prestazione» resa dallo pseudo appaltatore riconducibile ad una attività di fornitura di manodopera disciplinata dal d.lgs. n. 276 del 2003. Una volta operata tale qualificazione in base alla causa ed all'oggetto del contratto posto in essere dalle parti, e dunque anche a prescindere dalla verifica del soggetto che ha esercitato il potere direttivo, il giudice non potrà che applicare la disciplina e le sanzioni penali, civili e amministrative previste dal d.lgs. n. 276, ed emettere una sentenza secondo quanto previsto dall'art. 27, con la quale dichiara l'avvenuta costituzione di un

---

[348] Espressamente in tal senso, v. Sacco, *La qualificazione. I tipi contrattuali,* in Rescigno P. (diretto da) *Trattato di diritto privato,* Utet, 2002, 582.

rapporto di lavoro fra il lavoratore e colui che ne ha utilizzato la prestazione[349]. Parrebbe così confermata la natura anche sanzionatoria della previsione contenuta nel c. 1, dell'art. 27, volta a punire l'accordo con il quale i privati abbiano formalmente scisso la titolarità del rapporto di lavoro dalla posizione di colui che utilizza la prestazione resa dal lavoratore, traendo da essa anche solo un beneficio economico.

Non pare che il sistema delineato dal legislatore del 2003 – a seguito della contestuale abrogazione della legge n. 1369 – lasci spazio ad altre ipotesi interpretative, a meno di non voler ipotizzare una intrinseca irrazionalità dello stesso. Non sembrerebbe riconducibile ad alcuno schema logico un sistema normativo che prevedesse un rigido sistema di sanzioni penali, civili e amministrative a carico del somministratore e dell'utilizzatore, anche a fronte del mancato rispetto di talune formalità nell'utilizzazione indiretta delle prestazioni lavorative altrui[350] e, poi, contestualmente, si limitasse a sancire – secondo la dizione dell'art. 84 del d.lgs. n. 276 - solo una generica qualificazione di «interposizione illecita», sfornita di un apparato sanzionatorio preventivamente definito, in relazione a vecchie forme di sfruttamento della manodopera sotto le mentite spoglie di finti contratti di appalto[351].

In una medesima ratio interpretativa, si potrebbe rilevare che la disciplina sanzionatoria prevista dagli artt. 18, 27 e 28 troverà applicazione pure nel caso in cui il distaccante e il distaccatario fuoriescano dai limiti di legittimità fissati dall'art. 30 del d.lgs. n. 276, poiché, ad esempio, il distacco non realizzi alcun interesse del distaccante al di fuori di un mero interesse economico, o manchi il requisito della temporaneità. Nulla escluderebbe che in questo caso sia comunque possibile garantire forme di tutela ai lavoratori illecitamente coinvolti in una operazione di pseudo distacco sulla scorta di quanto previsto dall'art. 2094 c.c. e, in base a questo, ritenere costituito un rapporto di lavoro subordinato fra distaccatario e lavoratore. Tuttavia, pure in questa ipotesi

---

[349] In questo caso il concetto di «utilizzazione» andrebbe inteso nel senso di appropriazione degli effetti economici dell'attività resa dai prestatori di lavoro, che non presuppone che l'appaltante/utilizzatore abbia effettivamente esercitato il potere direttivo. In generale per questo profilo, cfr. Carinci M.T., *La fornitura di lavoro,* cit., 57. *Contra* la possibilità di interpretare in tal senso la nozione di «effettiva utilizzazione» contenuta nel c. 5, dell'art. 1 della legge 1369, cfr. Mazzotta, *Il lavoro subordinato fra codice e leggi speciali,* in *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo,* Torino, 1994, 88 ss.

[350] Solo per fare un es. si pensi alla mancata indicazione per iscritto nel contratto di somministrazione degli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore che, pure nell'ipotesi in cui il somministratore fosse effettivamente in possesso di tale autorizzazione, non impedirebbe l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 18, c. 3 e 27, c. 1.

[351] Né sarebbe ipotizzabile che la giurisprudenza si consolidasse a dichiarare la sola nullità dei pseudo contratti di appalto. Nell'esempio sopra fatto, infatti, pure nell'ipotesi in cui si optasse per una valutazione di nullità del contratto in base alla illiceità della causa (per la non meritevolezza dell'interesse perseguito) o all'impossibilità dell'oggetto (poiché la prestazione dell'opera o del servizio *ex* art. 1655 c.c. dovesse ritenersi, nel caso di specie, impossibile senza macchinari e attrezzi), resterebbe comunque irrisolta la questione delle conseguenze della nullità nel nostro sistema codicistico, di matrice liberale, e della difficoltà di apprestare concreti strumenti delle posizioni giuridiche – quelle dei lavoratori in particolare - lese dall'operazione economica dichiarata nulla. Su tali problematiche si rinvia ampiamente all'analisi di Mazzotta, *Rapporti interpositori,* cit., 117 ss. Sulla possibilità di individuare negli appalti non genuini la fattispecie penale di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 276 v. anche una prima interessante pronuncia resa dal Trib. Ferrara, sent. 4 novembre 2003 n. 483, su www.dirittoegiustizia.it. In tale pronuncia, sebbene si sia rilevata la diversità fra la fattispecie penale sancita dalla legge n. 1369 e la nuova fattispecie di cui all'art. 18 cit. (poiché elemento costitutivo tipico della prima era l'aver somministrato manodopera *tout court,* elemento costitutivo tipico della seconda è per il somministratore/pseudo appaltatore l'aver agito senza autorizzazione e per ciò che concerne il l'utilizzatore l'aver usufruito di manodopera proveniente da un soggetto non autorizzato), si può comunque leggere una prima conferma del fatto che gli appalti non genuini che celano forniture di manodopera non autorizzate siano da ricondurre *direttamente* – e non in virtù di una mera interpretazione analogica vietata per le leggi penali - al regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 del d.lgs. n. 276.

in cui ci si troverebbe di fronte ad una pattuizione atipica, pare possibile osservare come non avrebbe alcuna logica lasciare impuniti dal punto di vista penale e amministrativo comportamenti datoriali di disposizione delle prestazioni lavorative altri al di fuori della fattispecie tipizzata dall'art. 30. Sarebbe, pertanto, illogico sanzionare penalmente lo pseudo somministratore non autorizzato e lasciare impunito lo pseudo distaccante che magari ha distaccato/fornito prestazioni rese da un minore[352]. A meno, come si è detto, di non ipotizzare una totale irrazionalità della nuova disciplina pare dunque necessario ritenere che, attraverso la «tipizzazione» del contratto di somministrazione, il legislatore abbia non solo ritenuto meritevole di tutela una certa operazione economica come ivi definita, ma – al contempo – abbia implicitamente confermato la illiceità di tutte quelle possibili pattuizioni atipiche aventi ad oggetto il lavoro altrui.

In tal senso, è possibile ritenere che l'area di illiceità in cui si ricade quando si travalicano i confini della somministrazione (o come si è visto del distacco) non è esclusivamente volta a far riespandere gli effetti del 2094 c.c. – cui la legge ha eccezionalmente derogato – riconoscendo e dichiarando «l'esistenza di un rapporto che già nei fatti è di lavoro subordinato fra quei soggetti»[353], ma ha anche una portata sanzionatoria ulteriore che ha l'effetto di «trascinare» in un rapporto di subordinazione con lo pseudo appaltante anche situazioni che, di fatto, non sarebbero tali[354]. La sanzione civile della conversione di cui all'art. 27, c. 1, avrebbe dunque una duplice anima: dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato che già esiste, quando il somministrato/pseudo appaltante/distaccatario ha esercitato il potere direttivo e gerarchico, sanzionare creando il rapporto di subordinazione in capo somministrato/pseudo appaltante quando invece il potere direttivo sia stato esercitato dall'interposto[355].

Se ciò è vero, tutto ciò che non è appalto non può che essere letto dal giudice alla luce della disciplina della somministrazione (ed, eventualmente, tramite essa alla luce del 2094 c.c.), tertium non datur. Ed è alla luce della fattispecie tipica, l'unica ritenuta attraverso una selezione ed un contemperamento degli interessi coinvolti meritevole di tutela, che dovranno essere vagliate tutte le operazioni spurie, atipiche, elusive[356].

---

[352] L'art. 18 infatti prevede che la sanzione dell'ammenda possa essere dal giudice aumentata sino al sestuplo se vi è sfruttamento di minori. D'altra parte, già i primi commentatori, pur senza approfondire giuridicamente le modalità attraverso cui dovrebbe operare il rinvio, hanno ritenuto applicabili al distacco le disposizioni degli artt. 18 e 27 in tema di somministrazione, cfr. Vannoni, *Distacco subito operativo,* in Tiraboschi (a cura di) *La riforma Biagi, I supplementi di Guida al Lavoro,* 2003, n. 4, 66.

[353] Secondo la nota tesi di Mazzotta, *Rapporti interpositori,* cit., che – nel vigore della 1369 - ha sostenuto una sostanziale coincidenza del divieto di interposizione con la fattispecie del 2094 c.c.

[354] Secondo la ricostruzione sopra proposta, pare possibile riferire anche alla disciplina sulla somministrazione di cui al d.lgs. 276 cit. quelle osservazioni di Del Punta, *Appalto di manodopera,* cit., 651, secondo cui «la portata sanzionatoria della legge – *(l'autore si riferiva ovviamente alla legge n.1369)* – risiede appunto in questo effetto di trascinamento che si realizza in quell'area differenziale, nella quale le prestazioni sono solamente utilizzate, ma non ancora dirette e coordinate».

[355] Fondamento della sanzione *ex* art. 27, c. 1, potrebbe pertanto essere sia la utilizzazione economica della prestazione lavorativa, sia la utilizzazione giuridica della prestazione (tramite l'esercizio del potere direttivo). Non è possibile, invece, affrontare in sede di questo primo commento l'annosa questione delle modalità (origine legale o contrattuale) e dello strumento giuridico attraverso cui operi il meccanismo della costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore; sul punto si rinvia all'analisi sulle diverse ricostruzioni dottrinali succedutesi nel vigore della legge n. 1369 del 1960 di De Simone, *Titolarità dei rapporti,* cit., 85 ss.; Bonardi, *op. cit.*, 130 ss.

[356] Sul punto cfr. anche Del Punta, *La nuova disciplina sull'appalto,* cit., 6.

L'operazione compiuta, più o meno consapevolmente dal legislatore, pare essere inversa - ed allo stesso tempo speculare - a quella compiuta dal legislatore della legge n. 1369. Quest'ultimo aveva ritenuto tutte le fattispecie atipiche vietate; il legislatore del 2003 – sulla scorta della evoluzione del sistema produttivo – tipizza una sola fattispecie di somministrazione, circondata da tutte una serie di garanzie[357], tutto ciò che è patologico ad essa, presentandosi come pseudo somministrazione o pseudo appalto non potrà che ricadere nell'area di illiceità sancita dagli artt. 18, 27 e 28.

La nuova disciplina sulla somministrazione di lavoro si presenta, dunque, come «fattispecie assorbente» di tutte le pattuizioni che consentono di utilizzare lavoro subordinato attraverso un soggetto interposto; una fattispecie idonea a ricomprendere in se, attraverso un procedimento sussuntivo, gli «appalti di mere prestazioni di lavoro», come anche tutte quelle «altre forme» cui faceva riferimento l'art. 1, c. 1, della legge n. 1369.

Sotto tale punto di vista, pare possa concludersi affermando che, in un certo senso, pure la nuova disciplina confermi una regola generale di trasparenza nella gestione dei rapporti di lavoro[358]. La dissociazione tra colui che ha la titolarità del rapporto di lavoro e colui che utilizza la prestazione non è la regola nel nostro ordinamento e non può essere liberamente fatta oggetto di pattuizioni fra i privati. Le uniche deroghe ammesse dal legislatore sono quelle «tipizzate» nel contratto di somministrazione di lavoro e nel distacco. In caso di somministrazione, a cui a dire il vero si può ormai ricorre quasi senza limiti[359], – quantomeno – la trasparenza è garantita tramite il controllo sul soggetto che gestisce la somministrazione, nonché attraverso il rispetto del principio di parità di trattamento, del regime di responsabilità solidale, di un sistema potenzialmente in grado di garantire opportunità formative ai soggetti coinvolti, ecc. Ed è per tale ragione che pare doversi ritenere che tale fattispecie sia stata elevata dallo stesso legislatore a catalizzatore idoneo a verificare la legittimità e/o a sanzionare tutte le pattuizioni atipiche aventi ad oggetto la mera fornitura di lavoro subordinato altrui.

---

[357] In relazione alle quali si può poi discutere, in chiave di politica del diritto, sul se possano ritenersi sufficienti ad una reale tutela dei lavoratori.

[358] Su cui si è già rinviato a De Simone, *Titolarità dei rapporti,* cit.

[359] Svariate potrebbero essere le osservazioni sul regime di causali previsto dall'art. 20 per la somministrazione a tempo indeterminato e per quella a tempo determinato. Sebbene si sia scelto nel presente lavoro di analizzare i profili sistematici della nuova disciplina e di rinviare in altra sede l'approfondimento analitico del sistema di causali, pare tuttavia possibile avanzare almeno una considerazione in proposito. Non può, infatti, non essere immediatamente rilevato che il sistema di causali introdotto dall'art. 20 celi una quasi illimitata possibilità di ricorrere alla somministrazione, anche a tempo indeterminato, più di quanto *prima facie* non appaia dalla lettura della disposizione. Malgrado l'art. 20, c. 3, preveda un sistema tassativo di causali in cui è possibile ricorrere alla somministrazione a tempo indeterminato, liberalizzato – *ex lege* – nelle aree Obiettivo 1, e con la possibilità per la contrattazione collettiva nazionale e territoriale di prevedere ipotesi aggiuntive, è possibile osservare come la reale possibilità per le imprese di utilizzare la somministrazione senza limiti di tempo risulti, in ogni caso, garantita dalla illimitata possibilità di ricorrere alla somministrazione a tempo determinato per fare «fronte a ragioni di tipo tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Data anche la illimitata possibilità di rinnovo del contratto di somministrazione, potrebbe, dunque, di fatto possibile per le imprese ricorrere alla somministrazione senza limiti di tempo in qualunque settore, sia esso compreso o no nell'elenco di cui all'art. 20, c. 3.

# Tipologie contrattuali a progetto e occasionali
## Commento al Titolo VII del D. Lgs. 276/03*

Marcello Pedrazzoli

1. Prime considerazioni su lavoro a progetto e lavoro occasionale: il duplice intendimento del legislatore (eliminare la frode e accrescere la massa contributiva)

2. Fattispecie date per limiti quantitativi *vs* per definizione tipologiche: l'intersezione frammentaria dei campi d'applicazione.

Capo I - Lavoro a progetto e lavoro occasionale
Il mondo variopinto delle collaborazioni coordinate e continuative 128

1. Il carattere acausale dell'art. 409, n. 3, c.p.c. e le due letture contrapposte della fattispecie dei collaboratori coordinati e continuativi.

2. Altre nozioni anegoziali di lavoro coordinato: l'evoluzione della definizione tributaristica

3. L'ancoramento a tale fattispecie di altre discipline e, in particolare, dell'obbligo di iscrizione alla gestione separata INPS. Le tutele collettive difficili e le anguste prospettive di welfare

4. Chi sono, e quanti sono, i co.co.co.? La dimensione delle collaborazioni "spurie" o "fittizie".

Articolo 61 - Definizione e campo di applicazione
[ricomprende il commento degli artt. 69 e 86, 1° e 2° comma]
Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collaborazioni semplici: il cielo diviso in due parti 136

1. Le indicazioni della legge delega: "disciplina" o (e/o) "razionalizzazione" del lavoro coordinato e continuativo. Introduzione all'ipotesi del "doppio binario".

I. La modificazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c. (art. 61, 1° co), 1° 136

2.La scelta di fondo: rimane la fattispecie dell'art. 409, n. 3, c.p.c., integrata però con la "riconducibilità a progetto". Primi riscontri testuali

3. "Progetto", o "programma", o "fase": l'inattingibilità di un significato plausibile. In particolare: "una o più fasi"

4. *segue:* Opera, servizio, progetto: variazioni sul metodo di "lavorare a progetto"

5. Elementi della riconduzione a progetto: (a) la "gestione autonoma in funzione del risultato", (b) il "rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente" e (c) l'indipendenza "dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività"

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 13/2004

6. Adempimento dell'opera, continuatività e termine: il problema della durata in relazione al progetto

7. *segue:* Distinzioni delle possibili ipotesi: mentre per il contratto tipico di lavoro a progetto la durata può essere solo determinata; per le collaborazioni ricondotte a progetto può essere anche indeterminata.

II. Il lavoro occasionale e l'"altra metà del cielo" (art. 61, 2°, 3° e 4° co) 149

8. Premesse sul lavoro occasionale. La definizione tributaristica e l'esclusione dell'obbligo contributivo

9. Il crinale quantitativo fra "lavoro *meramente* occasionale" e "lavoro occasionale". Alcune questioni pratiche circa il superamento della soglia

10. Il lavoro occasionale tracima nel lavoro a progetto solo se ed in quanto sia continuativo e coordinato

11. La recente sottoposizione all'obbligo contributivo del lavoro occasionale con reddito annuale superiore a 5 mila euro

12. Ricapitolazione delle *species* del lavoro occasionale e considerazioni conclusive

13. Eccettuazioni espresse dalla riforma: a) agenti e rappresentanti; b) libere professioni; c) società dilettantistiche sportive; d) partecipazioni a collegi e commissioni; e) pensionati di vecchiaia, f) pubbliche amministrazioni; ecc.

14. *segue:* Eccettuazioni implicite: g) professionisti sportivi; h) socio di cooperativa.

15. Il lavoro a progetto è un'afflizione? L'assenza di logica dell'eccettuazione e la possibilità di stabilire per contratto collettivo … l'eccettuazione di tutti dalla riforma. Questioni sulla salvaguardia dei trattamenti "più favorevoli"

III. Il divieto delle collaborazioni coordinate e continuative "semplici" (art. 69) 156

16. La mancata individuazione del progetto come presunzione legale di subordinazione: arbitrarietà dell'assunto e profili di incostituzionalità (art. 69, 1° comma)

17. L'accertamento giudiziale della subordinazione e i suoi asseriti limiti (art. 69, 2° e 3° comma)). Incongruità del disposto e interpretazioni alternative

18. Confronto con l'art. 86, 2°: considerazioni sul contratto di associazione in partecipazione

Articolo 62 – Forma

Il contratto tipico di lavoro a progetto

1. L'art. 62 costituisce l'altro binario: ancora sulle indicazioni fornite in proposito della legge delega (e, prima, dal "Libro bianco")

2. Premesse sulla questione della forma scritta richiesta per il contratto di lavoro a progetto e per i suoi elementi

3. Gli "elementi" che il contratto deve contenere: l'"indicazione della durata della prestazione" e l'"indicazione del progetto" (lett. a) e b) dell'art. 62) come *essentialia negotii*

4. *segue:* gli altri "elementi" di cui alle lett. c), d) ed e)

5. La forma scritta del contratto e/o degli elementi in esso contenuti è *ad probationem*. Reviviscenza, nel caso di assenza di forma, della "riconducibilità a progetto" di cui all'art. 61, 1° comma

Articolo 63 – Corrispettivo; Articolo 64 – Obbligo di riservatezza; Articolo 65 – Invenzioni del collaboratore a progetto; Articolo 66 – Altri diritti del collaboratore a progetto; Articolo 67 – Estinzione del contratto e preavviso

La disciplina delle collaborazioni ricondotte a progetto e del contratto tipico di lavoro a progetto

1. Tensioni e torsioni nelle discipline: la bivalenza normativa e il valore complicante della scissione fra inclusi ed esclusi dalla riforma

I. Corrispettivo (art. 63) 174

2. Premesse sui parametri da osservare nella determinazione del compenso

3. La proporzione "alla quantità e qualità del lavoro eseguito", la considerazione dei "compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo" e l'opportunità di fare riferimento pure alla contrattazione collettiva

4. Norme sul corrispettivo nel lavoro autonomo e applicazione transtipica.

II. Obbligo di riservatezza (art. 64) 174

5. Pluralità e unicità di rapporti nella collaborazione a progetto: l'esclusiva concordata a favore del committente.

6. L'obbligo di non concorrenza del collaboratore a progetto.

7. L'antinomia delle regole disposte nel 1° e 2° comma e la sua ripercussione anche sistematica: molteplicità di collaborazioni (occasionali) *vs* divieto di concorrenza.

III. Invenzioni del collaboratore a progetto (art. 65) 179

8. Riepilogo della disciplina con riguardo al lavoro dipendente: le letture sulle invenzioni di servizio e su quelle aziendali

9. L'adattamento della disciplina ai collaboratori a progetto e le discipline più favorevoli di contratto collettivo (con considerazioni sul salto dell'art. 85, 1° comma, lett. i), per il quale sono abrogate tutte le "disposizioni incompatibili")

10. Questioni sparse. In particolare: l'art. 12 bis, della legge sul diritto d'autore.

IV. Altri diritti del collaboratore a progetto (in particolare: malattia, infortunio e gravidanza) (art. 66) 179

11. Premesse generali sulla sospensione del rapporto di collaborazione

12. Profilo delle tutele previdenziali in caso di malattia con degenza ospedaliera e di infortunio

13. La sospensione per malattia e infortunio del rapporto di collaborazione e la durata di questo. Applicazioni bivalenti

14. *segue*: periodo di comporto e recesso (una regola senza scopo)

15. La tutela economica della maternità

16. Le altre disposizioni di tutela: incompletezza del 4° comma e sua indecifrabilità

17. Le modifiche alla disciplina dell'obbligo previdenziale: l'attuale misura del contributo, anche con riguardo alle associazioni in partecipazione.

V. Estinzione del contratto e preavviso (art. 67) 192

18. Realizzazione del progetto e scadenza del termine: la distonia fra i due commi

19. Ancora su adempimento e durata determinata (termine) o determinabile: il recesso *ad nutum* nelle collaborazioni a tempo indeterminato

20. La circolazione delle norme di diritto comune sul recesso nel contratto d'opera: la deroga alla recedibilità *ad nutum* del cliente

21. Il recesso *ante tempus* per giusta causa: esclusione del recesso *ad nutum* per pattuizione individuale.

VI. Questioni di costituzionalità 192

22. Riepiloghi: alcune antinomie della riforma e alcuni dubbi specifici di costituzionalità

23. La illegittimità costituzionale del binario unico: tutela costituzionale della libertà contrattuale e coercizione al tipo.

Articolo 68 - Rinunzie e transazioni

[Il commento è a cura di Luca Nogler]

Articolo 69 – Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto

[il commento è sub art. 61, parte III]

Capo II. Prestazioni occasionali di lavoro accessorio rese da particolari soggetti 198

Art. 70 - Definizione e campo di applicazione; Art. 71 – Prestatori di lavoro accessorio; Art. 72 – Disciplina del lavoro accessorio; Art. 73 – Coordinamento informativo a fini previdenziali

1. Premesse minime sul "lavoro occasionale-accessorio"

2. I soggetti che possono svolgere le attività in esame e i limiti quantitativi delle stesse

3. I beneficiari delle prestazioni di lavoro occasionale-accessorio e gli ambiti, o settori, di svolgimento delle relative attività

4. Formazione del contratto, prestazione di lavoro e meccanismo di pagamento attraverso il *voucher*: frammenti di disciplina e possibili sequenze

5. La rilevanza del lavoro accessorio come prestazione e come contratto: questioni di qualificazione

6. Il contratto speciale di lavoro autonomo occasionale-accessorio: quali vantaggi rispetto alla prestazione occasionale normale? La scambievolezza fra imposizione fiscale e contributiva.

Articolo 74 – Prestazioni che esulano dal mercato del lavoro

1. Le prestazioni meramente occasionali o ricorrenti di breve periodo ad opera di parenti e affini nelle attività agricole e la loro esenzione dall'obbligo contributivo.

1. Nel Titolo in commento confluiscono alcuni aspetti significativi dell'azione di governo "in materia di occupazione e mercato del lavoro", i cui intenti erano stati ampiamente preannunciati in documenti anteriori, specie nel "Libro bianco" dell'ottobre del 2001, ma anche nel "Patto per l'Italia" del 10 luglio 2002. Configurato in più punti con ostinata determinazione da Marco Biagi, il disegno di riforma, che appariva nell'insieme imponente, è stato via via ridimensionato, fra i contraccolpi tragici nei quali si era avviato e il *bluff* sulle risorse che erano necessarie per condurre in porto una legislazione così impegnativa[360].

Le osservazioni sull'impianto generale e sui suoi interni equilibri (da trarre alla luce della l. delega 14 febbraio 2003, n. 30 e del decreto attuativo 10 settembre 2003, n. 276), non debbono tuttavia distoglierci dalle "tipologie contrattuali a progetto e occasionali", le cui inedite discipline sono oggetto del nostro commento. In proposito sono state introdotte due configurazioni che costituiscono una assoluta novità e per ciò stesso sono meritevoli della massima attenzione.

Da un lato si erge il complesso articolato del "lavoro a progetto" – che, occorre subito avvertire, nella mia ricostruzione si bipartisce nelle collaborazioni ricondotte a progetto (art. 61, 1° comma) e nel contratto tipico di lavoro a progetto (art. 62) – il quale suscita molte discussioni, e pure attese preoccupate, perché è stato accreditato, e viene percepito, come il luogo in cui si consuma una obbligatoria tracimazione dell'intero universo dei lavori autonomi continuativi. Dall'altro lato abbiamo le "prestazioni occasionali di tipo accessorio", individuate attraverso una disciplina specifica, che si distingue fortemente per la delimitazione dei presupposti soggettivi ed oggettivi, e specialmente con riguardo al modo di compenso, mediante la presentazione di buoni pagati da un terzo concessionario (artt. 70-72).

Considerando in questi nuovi assetti, anzitutto, la proposta del cd. lavoro a progetto, v'è da dire che nell'attuazione della riforma è venuta meno la prospettiva di uno "statuto dei lavori", nel quale il riequilibrio delle discipline che reggono i rapporti di lavoro fosse la conseguenza di un sapiente dosaggio delle tutele *[omissis]*

## Capo I- Lavoro a progetto e lavoro occasionale

### Il mondo variopinto delle collaborazioni coordinate e continuative

1. Se, con il distacco ormai consentito, ci interroghiamo sulle determinanti del dibattito intorno alle forme giuridiche del lavoro, diventa evidente il ruolo rivestito dalla previsione di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. Proiettando quasi con noncuranza dai rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale una costellazione di *"altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera coordinata e continuativa, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato*", il riformatore del processo del lavoro ritagliava nel 1973 uno spazio dentro cui si sarebbero raccolte innumerevoli e disparate erogazioni di lavoro personale continuativo. Esse ormai si

---

[360] Tanto che, di fronte al testo finale, sedimentatosi nella l. delega 14 febbraio 2003, n. 30, l'impressione è stata che parzialità e svantaggi a senso unico prevalessero su redistribuzioni di pesi ed eque compensazioni. Cfr ad es. le valutazioni di M.T. CARINCI, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, cit. a sua cura, IPSOA 2003, p. 3 e s.

ammassavano nella barassiana "zona grigia", e spingevano, anche se rese al di fuori della subordinazione, per trovare qualche nucleo iniziale di protezione minima[361].

La definizione aveva un antecedente in quella prevista nel 1959 dalla legge Vigorelli, di cui ricalcava, nell'essenza, la struttura sintattica e semantica, aggiungendo specificazioni non essenziali[362]. Per entrambe le definizioni, la cd. parasubordinazione non deriva da un determinato contratto, ma viene integrata nel rapporto, se e in quanto la collaborazione abbia ad oggetto "una prestazione d'opera coordinata e continuativa", e altresì "prevalentemente personale"[363]. I rapporti di collaborazione selezionati attraverso la definizione detta, hanno per base negoziale, *[omissis]*

4. Fino alla recente riforma, dunque, rilevavano nell'ordinamento due definizioni, entrambe generali ed anegoziali, di collaborazione coordinata e continuativa, quella dell'art. 409, n. 3, c.p.c. e quella dell'art. 49, comma 2, lett. a), ora trasferita nell'art. 47, 1° comma, lett. c-bis), TUIR. In una sguardo d'insieme, abbiamo detto, queste definizioni presentano, pur con aspetti differenziali che danno luogo a qualche discrepanza, una sostanziale sovrapposizione di ambiti. Se consideriamo la trasposizione previdenziale della fattispecie tributaria, lo scostamento appare maggiore di quello fra le due definizioni succitate di collaboratore coordinato e continuativo, in quanto l'obbligo di iscrizione alla gestione separata INPS è sancito per una serie di figure soggettive o professionali ulteriori.

Nel riprendere il discorso sulle collaborazioni coordinate e continuative e rilanciarlo come lavoro a progetto, l'attuatore della delega aveva di fronte tutta la gamma delle definizioni esaminate. Prima di vedere quale sia stata la sua opzione (*infra, sub* art. 61, n. 2 ss. e art. 62), merita però dar conto della dimensione quantitativa del fenomeno da disciplinare e razionalizzare, soffermandoci un momento sulle cifre per chiarire da chi sia costituito, e in quali proporzioni, il cd. popolo del 10%.

---

[361] Cfr. fra gli innumerevoli interventi PERA, *Rapporti cosiddetti di parasubordinazione e rito del lavoro*, in *Riv. Dir. Proc.* 1974, 422 ss. (è una nota a Trib. Monza 4 aprile 1974, nella quale forse per la prima volta viene usata la locuzione "parasubordinazione"); G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro* parasubordinato, Milano 1973; PESSI, *Considerazioni sul rapporto di lavoro parasubordinato: individuazione di una fattispecie*, in DDL II, 358 ss.; P. SANDULLI, *In tema di collaborazione continuativa e coordinata*, in *Dir. Lav.*, 1982, I, 247 SS.; GRIECO, *Lavoro parasubordinato e diritto del* lavoro, Napoli 1983; M. PEDRAZZOLI, Voce, *Opera (prestazioni coordinate e continuative)* in *Novis. Dig. It. Append*. Vol V, Torino 1984, 472 ss. 8 (è sostanzialmente apparsa con il titolo *Prestazioni d'opera e parasubordinazione. Riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3 c.p.c.*, in *RIDL*, 1984, I, 506 ss.); BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. Dir.* 1987, 41 ss.; BIAGI-TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un terzus ingenus o codificazione di uno statuto dei lavori*, in *Lav. Dir.* 1999, 571 ss. (ora anche in *Marco Biagi un giurista progettuale*, cit. 209 ss.).

[362] Se anche non più incidente, va riportata questa prima definizione antesignana: "Le norme di cui all'art. 1 dovranno essere emanate per tutte le categorie per le quali risultino stipulati accordi economici e contratti collettivi riguardanti una o più categorie per la disciplina dei rapporti di lavoro, dei rapporti di associazione agraria, di affitto a coltivatore diretto e dei rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata" (cfr. l. 14 luglio 1959, n. 741, art. 2). Di tutta evidenza è che quest'ultima espressione alluda ad agenti e rappresentanti di commercio.

[363] A questo riguardo dovremo spesso rimarcare una certa inconsapevolezza del legislatore, delegante e delegato, che non ha colto la detta specificità dell'art. 409, n. 3, né si è quindi rappresentato che essa implica una serie di conseguenze impegnative (ad esempio, e anzitutto, che non esiste nel nostro ordinamento un contratto di collaborazione coordinata e continuativa).

In proposito, alcune meritorie ricerche degli ultimi anni presentano sfilze di dati, che sono però anche da guardare con critica attenzione[364], per incoerenze e fraintendimenti che a volte emergono, non appena se ne approfondiscano i contorni anche alla luce delle distinzioni suggerite dall'esperienza normativa.

Non è vero, anzitutto, che i co. co. co. siano ormai due milioni e mezzo. Gli iscritti alla gestione separata INPS hanno raggiunto nel 2002 la cifra di 2.437.426 . Ma tale numero non rispecchia le posizioni *attualmente* esistenti, perché gli iscritti non coincidono affatto con gli effettivi contribuenti di quel momento o anno: si rimane iscritti anche se cessa la contribuzione, e l'INPS non segnala le cessazioni. Di converso non è dato sapere come vengano trattate le iscrizioni plurime nell'anno.

Nessuno ha calcolato, mi consta, a quanto ammonti la sovrastima in ragione di quanto detto. Ritengo che gli effettivi co. co. co. (non solo iscritti, ma pure contributori attuali) possano essere circa due milioni. Si deve però anche considerare che il 23,1% degli iscritti è dato da altrove dipendenti e l'11,1%, da già pensionati: un dato, questo 34% e rotti, importante per ragionare pure su altri aspetti, come quello del reddito, e del suo basso livello nella media, certamente influenzato dal fatto che tale quota degli iscritti ha altre fonti di guadagno, oltre che fruire già di copertura previdenziale in potenza o in atto[365].

In conclusione può allora essere più realistico ritenere che i co. co co. siano circa un milione e mezzo. Siamo comunque lontani dalla quota del 10% degli occupati; né possiamo curarci di altri dati, come quelli che calcolano il cd. sommerso, deducendone che si tratta di co. co. co., o di "atipici", forse supponendo che tali nomi siano la traduzione giuridica del fenomeno analizzato.

Valorizzando una suddistinzione dello stesso INPS, circa il 90% degli iscritti sarebbero "collaboratori", mentre l'8% sarebbero "professionisti" (quelli della partita IVA, come si dice in gergo[366]) e solo il 2% "collaboratori-professionisti". Non è facile conciliare questo dato con quelli rispecchianti la disaggregazione delle professioni degli iscritti. Nel 1999, il 38,1% sarebbe dato da "amministratori, sindaci e revisori"; il 7,7% da "venditori porta a porta", il 6.6% da "consulenti fiscali, contabili e aziendali", il 6.0% da "addetti a formazione, istruzione e addestramento". Moltissime altre posizioni stanno fra l'1% e il 3%. È sicuramente più diffuso, comunque, il lavoro intellettuale o quantomeno da intermedio, che non quello manuale.

Negli anni è cresciuta pure la femminilizzazione del lavoro parasubordinato, che infatti è composto per il 46,2 da donne (con una incidenza del 13,4% sull'occupazione femminile, mentre i parasubordinati maschi hanno un'incidenza solo del 9,5% sull'occupazione maschile: le percentuali sono fissate sulla base, sovrastimante, degli iscritti alla gestione INPS). Tra l'altro la crescita delle collaboratrici donne è relativamente più accentuata al sud. In generale, senza distinguere i generi, il fenomeno è invece diffuso specialmente al nord (55,7% contro il 23,6% del centro e il 20,7% del sud), dove anche è molto più diffusa la iscrizione alla gestione separata INPS di co. co. co. altrove

---

[364] Oltre alla discrepanza fra le posizioni di iscritto e di effettivamente attivo, con sovrastima dei primi per cumulazione, non è possibile comprendere dinamiche ultrannuali, che suppongono neppure la dimensione del fenomeno dela monocommittenza. Invero dovrebbero essere analizzate le posizioni di carriera negli anni.

[365] V. IRES, *Terzo rapporto sul lavoro atipico* cit., Capitolo 2, dalle cui "tabelle" traiamo in generale i dati di cui al testo.

[366] Si tratta di avvocati, notai, medici e odontoiatri, ingegnieri e architetti, geometri, dottori commercialisti, ragionieri, periti commerciali, consulenti del lavoro, farmacisti, veterinari

dipendenti e già pensionati. Si ricorre a rapporti di collaborazioni assoggettati all'obbligo di iscrizione al fondo specialmente nel terziario. Il 23% circa delle imprese committenti opera nel commercio, il 9,8% nel credito e nei servizi finanziari, il 7,2% nei servizi pubblici o rivolti al pubblico. I committenti appartenenti all'industria sono il 26,8% del totale. Le imprese in esame sono per lo più di media (63,3%) o di piccola (30,6%) dimensione.

Una interessante ricerca, innestata su quelle IRES-CGIL, ha investigato le ragioni che presiedono all'uso delle forme di lavoro flessibile dal punto di vista dell'impresa e delle motivazioni del *management*[367]. In essa si è proceduto ad una valutazione critica delle caratteristiche del lavoro "indipendente" che appare "sovrapposto" alle collaborazioni coordinate e continuative, sulla base di tre indicatori: luogo prevalente dell'attività lavorativa, frequenza delle presenze in azienda, fissazione di orari prestabiliti. Ponderando le modalità della esecuzione a stregua di tali indicatori, emergerebbe che nel 54,5% dei casi si ha un uso "proprio" (secondo le terminologie della ricerca, da "autonomi puri" o da "quasi autonomi") dei lavoratori indipendenti; mentre nel 45,6% dei casi l'uso sarebbe "improprio" (da "simil-dipendenti" o da "collaboratori molto interni").

I dati segnalati, che provengono dall'analisi di un campione nutrito e rappresentativo, orientano la risposta al quesito di quale sia la entità del lavoro coordinato "fittizio", in cui cioè la qualificazione di lavoro autonomo sia lo strumento per eludere i maggiori costi dei trattamenti inderogabili del lavoro subordinato. Che fin dall'inizio si sia, in tal senso, approfittato dell'art. 409, n. 3, c.p.c., non è dubbio: per più di vent'anni la relativa fattispecie è stata addirittura immunizzata dalla contribuzione previdenziale. Ma dopo il 1996, con la previsione dell'obbligo di iscrizione previdenziale e il crescere delle norme di tutela applicabili, questo vantaggio per così dire di *dumping* sta diminuendo. E più in generale da tempo svariate ragioni militano a favore di una crescente diffusione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa effettivamente autonomi e non subordinati. Sicuramente essi trovano terreno di sviluppo favorevole nei contesti delle nuove organizzazioni di lavoro, despazializzati e dematerializzati, interconnessi all'utilizzo di strumenti informatici e telematici, oltre che favoriti dal decentramento delle prestazioni.

Nei comparti produttivi tradizionali, ma non solo in essi, la inclinazione elusiva avrà terreno più favorevole per essere percorsa e consigliata, spesso assumendo le sembianze di quello che si è espressivamente detto lavoro autonomo di seconda generazione[368]. Ma col crescere delle asimmetrie informative[369] pure nei contesti tradizionali si renderà sempre più opportuno ed efficace assegnare al lavoratore una maggior responsabilità di risultato e di coordinazione. Anche il lavoro coordinato e continuativo consente il risparmio di costi di transazione nella stessa misura, anche

---

[367] V. A. ACCORNERO, G. ALTIERI, C. OTERI, *Lavoro flessibile. Cosa pensano davvero imprenditori e manager*, Roma 2001. Specifico che, secondo l'ordine di convenienza espresso dal campione di circa 500 aziende, per "lavoro flessibile" deve intendersi una delle seguenti forme (fra parentesi la percentuale di preferenza): formazione lavoro a tempo pieno (16,4%); lavoro a termine a tempo pieno (14,9); termpo indeterminato part time (14,2); apprendistato (9,9); lavoro a termine part time (8,9); collaborazioni coordinate e continuative (7,2); collaborazioni occasionali (7,0), piccole ditte esterne (5,1); consulenti e libero professionisti iscritti a albi o ordini (4,3); professionisti IVA e iscritti alla gestione separata (3,9); borse di lavoro e stage retribuiti (2,7); formazione lavoro part time (2,2); interinale (1,7); prestazioni d'opera (?) (1,4); associazione in partecipazione (0,2) (cfr. 59 ss.).

[368] Cfr. gli interessanti saggi degli stessi curatori o da loro raccolti in S. BOLOGNA, A. FUMAGALLI *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del post fordismo in Italia*, Milano 1997.

[369] Sull'importanza dei problemi sollevati delle asimmetrie informative (*hidden actio*n e *moral hazard*) nel determinare cambiamenti nelle forme di lavoro ho richiamato l'attenzione in *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*.

se in una diversa guisa, di quanto, nelle organizzazioni gerarchizzate del taylorismo-fordismo, il lavoro dipendente li ha consentiti[370].

Quanto osservato, dunque, risponde pure ad evoluzioni autentiche, seppur parziali, che come sempre coesistono con atteggiamenti più immessi nella tradizione. Solo per la metà, all'incirca, del milione e mezzo di rapporti di lavoro che rientrano nel fenomeno esaminato può profilarsi la questione del carattere spurio. Possiamo perciò ragionevolmente ipotizzare che alcune centinaia di migliaia di co. co. co. siano fittizie e nascondano erogazioni di lavoro subordinato: una dimensione, ragguardevole e preoccupante, ma che non deve condurci a discorsi troppo rigoristi. Anche in considerazione del pressapochismo dimostrato nel decreto attuativo, il quale nel capo in commento non si riferisce all'universo delle collaborazioni, ma esclude la riforma per, e quindi non incide "salvificamente" su, moltissimi rapporti (azzardo, ma sicuramente si tratta di più di mezzo milione di collaborazioni, che denomino, perché meglio risalti l'immunizzazione, "altra metà del cielo": v. *infra, sub* art. 61, n. 13 e ss.).

Anche sulla base di questi riscontri empirico-quantitativi, dunque, in materia non valgono prese di posizioni aprioristicamente totalizzanti, nè è il caso di fare di ogni erba un fascio. Si impone una riflessione analitica e costruttiva, nella quale debbono distinguersi due problemi, del tutto separati, che solo attraverso distinte progressioni possono essere focalizzati e portati ad una qualche soluzione. Il primo ordine di questioni ha in mente la patologia, e attiene al come arginare l'elusione rimarchevole che abbiamo congetturato, in modo che l'ambito dei rapporti in esame sia costituito solo da quelli genuinamente autonomi.

Il secondo ordine di questioni ha in mente invece la fisiologia, e attiene al trattamento dei rapporti che, essendo coordinati e continautivi, si pongono realmente nella zona dell'autonomia, e traggono spesso autentica giustificazione dall'efficacia che rivestono nelle attuali organizzazioni e modalità di lavoro. Il discorso si sposta allora su una prospettiva più ampia, in considerazione della funzione redistributiva e razionalizzatrice a cui la figura del lavoro coordinato appare vocata fin dalla sua origine: per imboccare la strada maestra di un riequilibrio delle tutele nelle diverse classi di rapporti di lavoro. Un'idea per realizzare la quale si dovrà tuttavia attendere il tempo di un vero "statuto dei lavori".

Articolo 61 – Definizione e campo di applicazione

Articolo 69 – Divieti di rapporti di collaborazionecoordinata e continuativa atipici e conversione del contratto

Articolo 86 – Norme transitorie e finali (comma 1°; comma 2°)

Riconduzione a progetto delle collabora- zioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto delle collabora- zioni "semplici": il cielo diviso in due parti

---

[370] Su ciò cfr. da ultimo, ampiamente, L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, CEDAM, 2003, cap. 2.

1. I principi e i criteri direttivi indicati dalla legge delega con riguardo alle numerose figure di attività di lavoro che vengono in essa suggerite o rilette[371], non rappresentano un'unica direzione di marcia. Affrontando separatamente questioni e temi, in esse vi è un po' di tutto, e disordinatamente. Non pretendono, in particolare, di soddisfare l'esigenza di una rimodulazione delle tutele, ferme, o ridefinite, le fattispecie di riferimento; e neppure di articolare in un equo sviluppo il gradiente delle protezioni partendo da uno zoccolo duro, applicabile ad ogni rapporto di lavoro[372]. Alle prospettive che aveva aperto la discussione dell'ultimo decennio, rispondono in modo parziale e disorganico, non danno voce ad uno "statuto dei lavori".

Stabilito che dalle prefigurazioni della delega (né, vedremo, dal decreto attuativo), non si estrae una cifra sicura di lettura, cominciamo dalla norma che a noi interessa. Per l'art. 4, della l. 14 febbraio 2003, n. 30, il Governo era autorizzato ad adottare uno o più decreti legislativi, recanti "disposizioni volte alla *disciplina* o alla *razionalizzazione* delle tipologie di lavoro a chiamata, temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale accessorio e a prestazioni ripartite". Vi è dunque una duplice direzione o dimensione della delega - disciplina e razionalizzazione - che parrebbe significare: tenere in conto l'esistente, purchè venga adattato in modo più corrispondente ai tempi; introdurre pure cambiamenti con la disposizione di nuove regole applicabili all'istituto. In questa chiave di insieme, invece, non emerge l'esigenza di provvedere pure sul piano dell'obbligo previdenziale, che è molto enfatizzata nei documenti "governativi" che accompagnano il varo della riforma.

Quale "disciplina", quale "razionalizzazione", in particolare, è da attuare, in base ai principi e criteri direttivi specificamente indicati nei nn. da 1 a 6, sotto la lettera c) dell'art. 4, 1° comma della legge delega, con riguardo alle collaborazioni coordinate e continuative? Per il n. 1, i *"relativi contratti"* devono essere stipulati "mediante un atto scritto da cui risultino la durata, determinata o determinabile, della collaborazione, la riconducibilità di questa a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso … nonché con indicazione di un corrispettivo … proporzionato alla qualità e quantità del lavoro". Nei successivi numeri la delega richiede nell'ordine: che i rapporti in esame siano distinti dai "rapporti di lavoro meramente occasionali" (n. 2); che la fattispecie delle collaborazioni sia ricondotta "a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso" (n. 3); che siano previste tutele fondamentali a presidio della dignità e sicurezza del lavoratore, con particolare riferimento a maternità, malattia e infortunio (tutele in parte già esistenti: v. *retro* Tit. VII, Capo 2°) (n. 4); che sia stabilito un adeguato sistema sanzionatorio nei casi di inosservanza (n. 5). Infine si prevede il ricorso, in materia, ad adeguati meccanismi di certificazione della volontà delle parti (n. 6).

Vi è un primo, non trascurabile aspetto da affrontare: quale destino si dovrebbe riservare al "vecchio" lavoro coordinato e continuativo? La delega osserva una completa neutralità con riguardo all'una o all'altra delle due principali definizioni disponibili (v. *retro, sub* Capo 1°, n. 3 e 4): la locuzione usata – "collaborazioni coordinate e continuative" - è sovrapposta alla definizione dell'art. 409, n. 2, e a quella dell'art. 2, 26°comma, l. 335/1995, per cui entrambe ne sono sicuramente

---

[371] Così quando si configura il contratto di lavoro di chi dipende da soggetti autorizzati alla somministrazione di manodopera: art. 1, 1° comma, lett. m), nn. da 1) a 7); quando si riordinano i contratti formativi: art. 2; quando si rimettono le mani sul *part time:* art. 3; infine, quando si affronta la serie dei rapporti, vecchi e nuovi, di cui all'art. 4, fra i quali sono menzionate le collaborazioni coordinate e continuative

[372] Osservazioni consimili in BELLOCCHI, in *Commento all'art. 4* in *La legge delega*, cit. a cura di M.T. Carinci, 188 ss. 201 ss.

ricomprese. Si consideri inoltre, sul piano questa volta della realtà di riferimento, che nella delega non traspare mai l'intento che certe classi di collaborazioni coordinate e continuative debbano essere eccettuate. Mai viene ventilata la possibilità che la riforma abbia un campo parziale; ha sempre in mente che il campo sia generale e universale, per rispondere con norme eguali alle esigenze omogenee che presenta l'intero mondo delle collaborazioni.

Conta inoltre osservare che nella delega, non si rinvengono indicazioni nel senso che le collaborazioni coordinate e continuative dovrebbero essere sostituite *in toto*, o per estirpazione, ovvero per progressiva morte; né tanto meno che, al loro posto, dovrebbe fungere da contenitore esaustivo una sola figura onnicomprensiva, di nuovo conio. Peraltro anche nel n. 1 della lett. c), come già segnalato, si parla di "stipulazione dei relativi contratti": ciò indica che per disciplinare e razionalizzare deve essere pure previsto un contratto specifico, *ad hoc*, che prima non esisteva. E tutti comprendiamo, per dare subito il suo nome alla nuova figura in cantiere, che si tratta dell'ormai da tempo pubblicizzato "contratto di lavoro a progetto". Ma questa prefigurazione, alla luce della delega, non pretende di monopolizzare ogni possibilità. Una intenzione siffatta, e il pregiudizio di una riforma con portata fortemente ablativa, è priva di riscontro nella delega, anche se la trasformazione nel lavoro a progetto viene di continuo intrecciata all'obiettivo di eliminare la frode. Anche ogni commentatore resta in sostanza attanagliato. Ma l'idea che, convogliando tutte le collaborazioni in un certo campo, sarebbe rintuzzata la loro pratica elusiva, non si esprime in un solo modo.

Suggerisco subito qualche elemento (lo svilupperò meglio più avanti, *sub* art. 62, n.), contro l'aprioristica deduzione secondo cui la riforma avrebbe (ora, o meglio, a regime) imposto a tutti, coercitivamente, un certo contratto di lavoro al posto delle precedenti collaborazioni. . La delega stabilisce in effetti, al n. 1) della lett. c), che la "stipulazione dei relativi contratti", avvenga "mediante un atto scritto" da cui, fra l'altro, risulti "la durata, determinata e determinabile, della collaborazione". E del resto si coglie esattamente nel segno affermando che "la novità della delega di cui all'art. 4, lett. c) sta appunto nell'espresso riconoscimento del lavoro coordinato e continuativo come contratto di lavoro"[373].

Ora, con tale previsione viene patrocinata la costruzione di una nuova figura negoziale tipica di contratto[374], che sicuramente l'attuatore della delega era tenuto ad allestire ed ha allestito (art. 62). Ma da tutto ciò, non consegue pure che, l'attuatore abbia il vincolo di autorizzare, nell'ambito del lavoro autonomo solo contratti di lavoro a progetto. È invece la stessa delega ad additare una duplicità delle rilevanze attribuite alla formula "lavoro a progetto": come "nuovo" tipo contrattuale a cui ricorrere (lett. c) n. 1), ma anche come "vecchia" collaborazione coordinata e continuativa "riadattata" ai fini che il legislatore intende perseguire (lett. c) n. 3). Invero, in tale n. 3 si parla di "riconduzione della fattispecie a uno o più progetti": e la "fattispecie" non può che essere

---

[373] Così BELLOCCHI, in *Commento* cit., 207.

[374] Per quanto mi risulti, nel nostro ordinamento, non si denomina mai un qualche contratto con la specificazione almeno estrinseca, che attiene ad una collaborazione coordinata e continuativa; né tanto meno si prevede una figura che abbia tipicamente ad oggetto questa. La locuzione "contratto di collaborazione coordinata e continuativa", appare nell'art. 34, 6° comma della l. 27 dicembre 2002, n. 289 (finanziaria 2003). Ma la dizione riproduce con ogni evidenza la prassi, per così dire cartolare, spinta e diffusa anche grazie al consiglio di operatori e consulenti, per cui sovente si sottoscrivono scritture private intitolate a "contratti di collaborazione coordinata e continuativa".

quella delle "collaborazioni coordinate e continuative" menzionate all'inizio del periodo (posto che "collaborazioni" sintatticamente regge l'esposizione dei relativi criteri e principi).

Ecco la riprova testuale che la stessa delega ha in mente la "vecchia" fattispecie; e di essa suppone il mantenimento purchè venga adattato o integrata con la riconducibilità a progetto[375]. Se la delega non intendesse additare pure questa seconda via d'uscita, attingendo all'armamentario degli strumenti conosciuti, non si comprenderebbe più il n. 3 della lettera c) dell'art. 4.

Eppure, si continua a dire che l'intento, conclamato e supposto, non più sottoponibile a controllo, era di convogliare tutti nel campo del lavoro a progetto. Ciò viene da ultimo ribadito pure nella circolare in materia, che il Ministro del lavoro ha finalmente varato dopo mesi di attesa[376]. Se la legge ha le gambe per camminare nella direzione che ho mostrato, e che le era stata indicata dalla stessa delega, non saranno le gracili stampelle di una circolare ministeriale a dirottarne la marcia[377].

In conclusione, la delega propone una combinazione di due prospettive, unificate dalla parola magica di "progetto". Una prima direttrice (che analizzeremo meglio *infra*, in sede di commento all'art. 62), è data dalla possibilità di avvalersi di un contratto di lavoro autonomo ("il contratto di lavoro a progetto"), quale fattispecie negoziale tipica e nominata, mediante cui porre in essere le summenzionate collaborazioni, con significative specificità e vincoli, e in particolare con la richiesta "strutturale" di una durata determinata, mediante apposizione di un termine.

La seconda direttrice, a cui subito dedicherò ogni attenzione, è data dalla valorizzazione della fattispecie anegoziale delineata dell'art. 409, n. 3, per innestare su tale base di riferimento conosciuta la "riconducibilità a progetto". L'utilizzo di tale norma-ricettacolo costituisce anzi la scelta di fondo del legislatore, come sarà chiaro quando dovremo porre in evidenza il valore sistematico rivestito dalla sanzione che "punisce" la instaurazione di collaborazioni senza indicazione del progetto (cfr. *sub* art. 69, *infra*, n. 16).

---

[375] Il n. 3 della lett. c). dell'art. 4 non si spiega al di fuori del doppio binario, ma deve pur essere giustificato. Così, ad esempio, BELLOCCHI, *Commento,* cit. 207, lo considera frutto di un errore di coordinamento. Il postulato dell'errore o dell'imperizia del legislatore, deve però essere usato solo in casi eccezionali e disperati, quando non vi è altra soluzione alternativa. Sul punto torno *amplius, infra sub* art. 62.

[376] È la circolare Min. del lavoro dell'8 gennaio 2004, n. 1/2004: e leggendola si capisce la perplessità che deve esserci stata nel divulgarla. In essa si legge (punto I) che "il lavoro a progetto non tende, allo stato, ad assorbire tutti i modelli contrattuali riconducibili in senso lato all'area della cd. parasubordinazione"; e non li assorbirebbe perché sarebbero previste una serie di eccettuazioni dalla riforma (quelle di cui all'art. 61, 3° comma). Ma il Ministro doveva chiarire se le cose stanno così pure nell'ambito della riforma, dentro la quale pretenderebbe di "dirottare" tutto il lavoro personale autonomo continuativo in una fattispecie contrattuale di lavoro autonomo a termine, denominata lavoro a progetto. C'è da scommettere che il Ministro, per dimostrare che il lavoro a soggetto non assorbe tutto, citerà allora il caso del "lavoro occasionale", dato che fa confusione anche su di questo (v. infra, n. ???E infatti, sempre al punto I, dapprima porta l'esempio di tali prestazioni a riprova del fatto già detto; poi, contradditoriamente parla di "previsione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa a carattere occasionale ex art. 61, comma 2°" (non integralmente, ma tutto quello in un certo ambito soltanto: e non se ne capisce la ragione).

[377] Anche perché, nella circostanza, la direzione di marcia da noi avversata conduce diritto al cuore di alcuni problemi di fondo. Si tratta di decidere, ad esempio (riprendo la questione *infra,* n. 15), se gli artt. 2 e 41 Cost., nonché il carattere "aperto" della tutela costituzionale prevista all'art. 35, 1° comma, consentano la coercizione ad un unico tipo di contratto di lavoro autonomo.

## I. La modificazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c.

(Art. 61, 1° comma)

2. Nell'apprestarci alla lunga e complessa dimostrazione che la razionalizzazione o/e la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative si sviluppa lungo un duplice binario, con connessa bivalenza normativa, dobbiamo partire dalla decisione di porre principalmente a base della riforma, il ruolo svolto dalle collaborazioni coordinate e continuative, decisione che è scolpita proprio nella norma di apertura (art. 61, 1° comma). Nella precedente legislazione, peraltro (v. Titolo VII, Capo I, nn. 1-3), le fattispecie di lavoro coordinato e continuativo sono almeno due, distinguibili non tanto per i termini della loro definizione, quanto per le discipline cui erano rispettivamente applicate.

Ebbene, di fronte ad una storia che riconosce una certa primogenitura all'art. 409, n. 3, l'attuatore della delega ha preso partito a suo favore, conservando la relativa fattispecie e introducendo a suo completamento, i dati ora previsti nell'art. 61, 1° comma al fine della riconducibilità a progetto; con un *restyling* che dovrebbe immunizzare la fattispecie conosciuta dall'offrire una indesiderata accoglienza ai rapporti di lavoro coordinato fittizi. Tutto ciò, peraltro, solo nell'ambito della riforma, più ristretto di quello generale; giacchè, un primo e sicuro punto di rottura rispetto alla legge di delega, è rappresentato proprio dal valore non più universale delle disposizioni sul lavoro a progetto[378].

Il legislatore, in effetti, nell'art. 61, 1° comma, procede in sostanza alla integrazione degli elementi di fattispecie delineati dall'art. 409, n. 3. Dapprima li riproduce letteralmente e poi, con una certa sovrabbondanza di specificazioni, precisa come debbono atteggiarsi. Dice infatti l'art. 61, 1° comma: *"i rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, e senza vincolo di subordinazione di cui all'art. 409, n. 3"*, ora (*rectius:* quando scadono, o a partire dal 24 ottobre 2004, o, come subito mostreremo in una data successiva) *"devono essere 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 la organizzazione del committente e indipendente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa"*.

In queste ridondanti precisazioni traspare l'intento, la preoccupazione, di evitare che l'utilizzo delle collaborazioni in esame tracimi al di fuori dell'ambito, latamente inteso, del lavoro autonomo. Ma trascurando per il momento un obiettivo tanto commendevole e trasparente, conta subito rimarcare che, con questa modificazione-integrazione dell'art. 409, n. 3, il famoso contratto di lavoro a progetto non ha nulla a che vedere: un particolare essenziale, per cui il modo surriferito dell'integrazione assicura una vita imperitura anche alla acausalità della fattispecie, ovvero alla circostanza "già segnalata" che la norma dell'art. 409, n. 3, munisce di rilievo la prestazione d'opera, e non il contratto per cui viene ad esistenza, che può essere di diverso genere e tipo.

---

[378] La circostanza di questa parzialità, comporta che, in forza dell'art. 61, 1°comma, per i rapporti inclusi nella riforma, l'art. 409, n. 3 è stato modificato; per quelli esclusi è rimasto quello di prima. Per il Ministro, in sommatoria delle due situazioni contrapposte, "l'art. 61 non sostituisce e/o modifica l'art. 409, n. 3" (v. Circ. Min. Lav. n. 1/2004, punto I). È questione di intendersi, ma pure di non occultare le cose.

Invero, quando afferma che i rapporti, insorgenti nell'ambito dell'art. 409, n. 3, "devono essere riconducibili" a progetto, la legge prende tutto, armi e bagagli, di quei rapporti, compreso il modo della loro genesi. La legge richiede solo che si aggiungano alcuni dati ulteriori di qualificazione del rapporto o, più ecattamente, della prestazione d'opera, dati che sono riducibili ad una sola complessiva allusione all'autonomia di cui il rapporto deve essere contrassegnato.

Né si obietti che il servizio dell'art. 409, n. 3, viceversa, è destinato a scomparire, in breve tempo, alla luce della norma transitoria dell'art. 86, 1° comma. Pev essa "le collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente, che non possono essere ricondotte ad un progetto o a una fase di esso, mantengono efficacia fino alla loro scadenza" e comunque non oltre il 24 ottobre 2004, ovvero fino al termine successivo che la contrattazione collettiva stabilirà.

Se superiamo una prima impressione, questa norma impone solo che i rapporti di collaborazione in corso al 24 ottobre 2003 siano per così dire riformulati, entro i termini differenziati detti, tenendo conto che ora devono essere "ricondotti" a progetto. E se non verranno ricondotti a progetto (ma vedremo se e quando ne scatterà l'obbligo per quelle non scadute, giacchè la contrattazione collettiva potrebbe decidere di dilazionarlo non si sa quanto), le collaborazioni coordinate e sontinuative concordate *ex novo* potranno essere semmai "sanzionate" con la trasformazione in rapporto di lavoro subordinato, in forza della presunzione-rasoio dell'art. 69, 1° comma (e dovremo fermarci su tale previsione subito e poi *infra* n.16).

La norma dell'art. 86, 1° comma, non impone invece, nelle diverse scansioni in cui via via, a tappe, si esaurisce il regime intertemporale di efficacia di tutte le collaborazioni sorte prima della riforma, una sorta di loro traghettamento coercitivo dentro un contratto tipico di lavoro a progetto. Di ciò il disposto non parla, né ad un simile esito si può pervenire sulla base di altri dati normativi. E infatti è un esito affermato solo per la supposizione che così debba essere, il che dipende ancora una volta dalla acritica accettazione dell'idea che il binario sia unico e coatto.

Questa ipotesi di esodo nell'onnivoro contratto di lavoro a progetto, non solo resta indimostrata, ma è addirittura contraddetta da un probante dato testuale, che comprova come la "riconducibilità a progetto" delle collaborazioni non è ammessa (temporaneamente) pev le sole collaborazioni in vigore al tempo della riforma, ma è ammissibile sempre, e quindi anche quando la riforma sarà a regime pieno.

Nello stabilire una presunzione assoluta di subordinazione, piuttosto problematica e (ne diremo più avanti, n. 16), l'art. 69 si aggancia 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*". Il riferimento è sicuramente a rapporti di collaborazione *ex* art. 409, n. 3 venuti in essere *dopo il varo della riforma*: solo per essi, infatti, si può dire che sono "instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, ecc.", che è appunto quanto, per la prima volta, viene richiesto nell'art. 61.

Che le collaborazioni coordinate e continuative "stipulate ai sensi della disciplina vigente", vengano "instaurate" prima della riforma (art. 86, 1° comma), ovvero dopo la riforma (art. 69, 1° comma), si tratterà però sempre delle stesse collaborazioni che devono essere o ricondotte a progetto, o che devono comunque indicarlo: per evitare, nel primo caso, le conseguenze della perdita d'efficacia delle collaborazioni antecedenti e non incorrere, nel secondo caso, nella presunzione assoluta di subordinazione.

La medesima situazione si ripresenta nel 2° comma dell'art. 69, una norma avvitata per la quale si "trasforma" in rapporto di lavoro subordinato il rapporto accertato tale dal giudice (v. *infra* n. 17). Ora, il rapporto su cui il giudice attua un accertamento con tale ovvia conseguenza, è proprio quello, e solo quello, "instaurato ai sensi dell'art. 61, 1° comma"; e quindi, ancora una volta, un rapporto *ex* art. 409, n. 3, che "armi e bagagli" deriva da un atto costitutivo diverso dal contratto di lavoro a progetto e che è asseritamente integrato dagli ulteriori elementi richiesti dall'art. 61, 1° comma. Se poi, nel concreto, il giudice non ravviserà l' "esistenza del progetto" (art. 69, 3° comma), questa è solo un'evenienza casuistica, che nulla toglie alla nostra affermazione. Viene pertanto riconfermato che le collaborazioni *ex* art. 409, n. 3, sono "instaurabili" sempre, pure dopo che la riforma è andata a regime, anche se nell'ambito di applicazione della stessa saranno considerate rapporto di lavoro subordinato se non c'è l'individuazione del progetto.

Tutto ciò dimostra che il binario della riconducibilità a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative *ex* art. 409, n. 3, è perennemente aperto. Non è affatto vero che tali collaborazioni debbano essere soppiantate dallo schema contrattuale nominato, per cui l'unico binario a disposizione sarebbe un contratto di lavoro autonimo a termine. Il riscontro offerto costituisce la riprova, alla luce degli stessi testi della riforma, che è stata abbracciata l'ipotesi del doppio binario. In tale prospettiva, emancipati dalla acritica credenza che sia il solo strumento utilizzabile, il contratto di lavoro a progetto svolge invece una funzione di completamento e articolazione della razionalizzazione: uno strumento sicuramente utile e riequilibrante perché destinato a coprire un'area che non è totalmente sovrapposta a quella delle collaborazioni[379].

Del resto, le strumentazioni proposte o ritoccate dalla riforma non si esauriscono nelle collaborazioni riconducibili a progetto, assieme, o di contro, alla nuova figura negoziale tipica. Come sembra dire, senza riuscirci, pure la circolare ministeriale[380], la tastiera della razionalizzazione è ben più complessa. Resta infatti ferma la possibilità di collaborazioni "semplici", quelle di cui all'art. 409, n. 3, non integrate con quanto dice l'art. 61, 1° comma, per tutte le situazioni "esenti" o "immunizzate", che sono elencate nel 3° comma della stessa norma e per tutte le altre arguibili (ciò che chiamo l' "altra metà del cielo": di essa si dirà *infra*, n. 13 e segg.). Si dovranno altresì considerare (nel commento del 2° comma dell'art. 61), le "prestazioni occasionali", che attraversano con forti tensioni e inaspettati risvolti l'intero Titolo VII (v. *infra* nn. 8-12). Infine, si deve dare un qualche posto pure ai "rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici", espressione sconclusionata, che compare nella rubrica dell'art. 69, di cui abbiamo poco sopra parlato. Con tale aggettivo l'attuatore della delega denomina i rapporti *ex* art. 409, n. 3, "instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso"[381]. Questi rapporti

---

[379] Non richiedendo la continuatività pretesa dall'art. 409, n. 3, il contratto di lavoro a progetto offre infatti accoglienza, come meglio diremo, in parte anche alle collaborazioni occasionali, oltre che, ovviamente, alle collaborazioni a termine. Queste ultime possono naturalmente essere dedotte pure *ex* art. 409, n. 3: ma questa lascia aperta la possibilità, come mostreremo, di ricondurre a progetto pure collaboarzioni a tempo indeterminato. Cosicchè, invece di rinserrare gli strumenti a disposizione dei privati in una unica morsa, se il contratto di lavoro a progetto agisce accanto alle collaborazioni ricondotte a progetto, la gammo delle possibilità risulta arricchita.

[380] Vedila ora in

[381] Si possono attribuire diversi nomi, o espressioni di sintesi, alle principali connessioni che abbiamo posto in evidenza. Chiamerò "rapporti di lavoro coordinato e continuativo" o, con maggior specificazione, aggiungendo "semplice" (ovvero: "rapporti di collaborazione coordinata, ecc …"), l'ampia categoria più antica che continua a vivere nelle zone escluse dalla riforma (l'altra metà del cielo),

atipici, in effetti, sono i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa più consueti e normali, quelli imperituri che restano a disposizione per la metà del cielo esclusa dal campo d'applicazione della riforma (v. *infra* nn. 16-17).

Venuto in evidenza che, nei fatti, per il significato delle parole usate e delle connessioni operate, nonostante il suo probabile e sbadato intento di costringere ad un unico tipo di contratto, lo stesso legislatore mostra di avere optato per la teorica del doppio binario, dobbiamo ora dipanare passo passo il frastagliato habitat normativo che sortisce da un disegno tanto contorto.

3. In aggiunta ai "vecchi" elementi della coordinazione, continuatività e prevalente personalità di cui all'art. 409, n. 3, la prestazione d'opera deve essere additivamente contrassegnata dagli elementi che a stregua dell'art. 61, 1° comma, ora completano la definizione delle collaborazioni integrate con il progetto. Si tratta, in buona sostanza, di chiarire l'ampollosa definizione nel complesso risultante, spiegando cosa significhino progetto e/o le parole alternativamente impiegate dal legislatore (progetto, o programma, o fase), nonché le elaborate apposizioni in precedenza riportate, mediante le quali, con lenta sovrabbondanza, il legislatore ha inteso rendere che cosa sia, nella sua essenza, il progetto e/o la riconducibiltà a progetto.

Va premesso che il legislatore denota sempre il contesto in esame con una triade – progetto, programma, fase - ma non adotta in via costante una certa combinazione di tali termini, o un accostamento per denotarli, sempre delle stesse aggettivazioni: di costante in proposito vi è solo che le componenti della triade, sono espresse in alternativa o, o, o. E proprio questa circostanza appare fra le più decisive nella questione.

Più in dettaglio, nella legge delega, sono riferite "a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso", sono predicate sia la "riconducibilità" della "collaborazione" (art. 4, lett. c) n. 1), sia la "riconduzione della fattispecie" (n. 3, stesso luogo). Nel decreto attuativo, invece, al medesimo riguardo ricorrono sei combinazioni denotative, alla grossolana simili, ma con varianti di notevole rilievo, e tali comunque da disorientare, se si cerca il pelo nell'uovo quando si applica la legge[382]. Questa molteplicità delle espressioni usate è già di per sé un fattore che non agevola la stabilizzazione di una portata normativa unica. In un punto si potrebbe essere autorizzati ad un'individuazione che diventa controvertibile in un altro, né appare sempre possibile far corrispondere con regolarità, ad alcuni punti, significati diversi, ad altri, significati eguali.

---

ed è invece vietata nelle zone incluse. Chiamerò "rapporti di lavoro coordinato e continuativo integrato" o "a progetto" (ovvero "collaborazioni …", ecc.), la categoria di nuova individuazione di cui stiamo discutendo, che coesiste con quella antica (sempre nel senso che, la prima è dentro, la seconda è fuori la riforma, ma dentro non possono ionvece coesistere). Nonostante la dicitura della rubrica dell'art. 69, per le collaborazioni semplice vietate nell'area della riforma non parlerò mai di "rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici": non mi sembra il caso, perché vi è un limite ad assecondare le terminologie legislative se sono concettualmente insensate. Chiamerò infine senz'altro "contratto di lavoro a progetto" la nuova figura negoziale tipica delineata dall'art. 62.

[382] Nella definizione base, si parla di collaborazioni "riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso" (art. 61, 1° comma). Nel contratto tipico di lavoro a progetto deve essere fatta per iscritto "l'indicazione del progetto o programma di lavoro o fasi di esso, individuata nel suo contenuto caratterizzante, che viene dedotto in contratto" (così, con straziante uso della lingua, o forse con refusi, la lett. b) dell'art. 62). Per l'art. 67, 1° comma, la "realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce oggetto" coincide col "momento" in cui lo stesso contratto si risolverebbe. L' "individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro, o fase di esso" non deve mancare, secondo l'art. 69, 1° comma, nelle collaborazioni instaurate dopo la riforma, pena la sanzione di considerarle senz'altro lavoro subordinato. Per il 3° comma dello stesso articolo, l' "esistenza del progetto, programma di lavoro o fase di esso" è ciò che il giudice deve limitarsi ad accertare. Per l'art. 86, 1° comma, infine, le nostre collaborazioni "devono essere ricondotte ad un progetto o a una fase di esso".

Analoghe incertezze sono suscitate dall'uso della forma anche plurale (uno o più progetti, ecc.), di contro a quello della forma solo singolare (un progetto, ecc.), per denotare il contesto. Nei due punti relativi, la legge delega, come visto, usa la forma plurale. Nel decreto attuativo la forma plurale appare solo nell'art. 61, 1° comma (a progetti si aggiunge "specifici"); negli altri cinque contesti relativi, la forma è singolare. Diciamo che, almeno nei casi di forma anche plurale, i progetti, o i programmi, o le fasi, possono certamente essere uno o più, o pure innumerevoli. Ma se l'espressione è resa nella forma solo singolare? Non si può dedurre con la stessa stringenza la medesima conclusione: potrebbe darsi che il legislatore intenda *un solo* progetto, ecc. (e sembra proprio intenderlo nel contratto tipico di lavoro a progetto e anche per sospenderne o prorogarne la durata: v. *infra sub* art. 62 e art. 66).

Non costava nulla tenere un'unica e costante combinazione di parole: esiste pure, nel computer, il comando "sostituisci con". Eppure, noi interpreti non possiamo fingere che nel decreto attuativo compaia una sola espressione: e quale sarebbe? Potremmo dirlo solo se ci sostituissimo al legislatore, cliccando il nostro personale comando di "sostituisci con"[383]. Adesso poi, che la Circ. n. 1/2004 offre le sue brave definizioni, il disorientamento è diventato completo[384].

Per di più il terzo termine della triade è "fase". E "fase", quale alternativa a progetto o a programma, nei sei luoghi-contesto del decreto delegato che ho segnalati, è lessicalmente annessa, una volta a "lavoro" (art. 61, 1° comma), tre volte a "programma di lavoro" (o, ancora, a "lavoro"?) (art. 62, lett. b) e art. 69, 1° comma e 3° comma); una volta a "programma" (art. 67, 1° comma); una volta, infine, a "progetto" (art. 86, 1° comma: che è anche l'unico luogo in cui, invece della triade, compare una coppia, mancando "programma").

Di fronte a ciò, alla fin fine, sarà comunque sufficiente la "fase" (o le "fasi") di "esso" (o progetto, o programma, o lavoro), alternativamente richiesta (o richieste), per farla da padrona. Al giudice, o prima, in sede di certificazione, sarà dunque sufficiente individuare una o più fasi: e non pare difficile scomporre qualunque progetto o programma o lavoro in una o più fasi, ovvero risalire, da qualsivoglia fase, ad uno o più progetti, o programmi, o lavori.

La questione della fase, e del lasciapassare che autorizza, non viene superata con la considerazione, pur ragionevole, che progetto e programma sarebbero una sorta di endiadi, in cui i due termini si colorano a vicenda[385]. Rispetto a tale endiadi, la "fase" non costituisce un altro "uno", che possa esserne agglutinato (en dua duoin). La fase comunque si definisca e qualunque cosa si dica che deve essere, resta un elemento indeterminatamente residuale, posto in alternativa a progetto, programma e anche all'asserita endiadi: e proprio ciò riconferma che tutti e tre i termini

---

[383] L'attuatore della delega, che ha sciorinato un bel po' di definizioni nell'art. 2, avrebbe potuto aiutarci aggiungendo pure quelle di "progetto", "programma" e "fase". Ma, data l'alternatività delle tre parole prescelte e, dentro ognuna, il flottare dell'alternativa fra uno o più, nessuna definizione avrebbe potuto servire allo scopo di individuazione o di tipizzazione. È anzitutto la sintattica del legislatore a frustrare un tale scopo: le inesauste variazioni, le combinazioni plurime possibili, la sistematica alternatività dei termini – tutto questo non lascia scampo. E come subito diremo non lascia scampo neppure la semantica.

[384] Trascrivo dalla circolare, punto II, le definizioni più rilevanti: "il progetto consiste in un'attività produttiva ben identificabile e funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale cui il collaboratore partecipa direttamente con la sua prestazione"; "il programma di lavoro consiste in un tipo di attività cui non è direttamente riconducibile un risultato finale"; "il programma di lavoro o la fase di esso si caratterizzano infatti, per la produzione di un risultato solo parziale destinato ad essere integrato, in vista di un risultato finale, da altre lavorazioni orisultati parziali". Nessun commento, tranne che ora la confusione è aumentata perché il Ministro prende partito per l'idea che il progetto sia una cosa materiale (v. nel testo, inizio n. 4).

[385] Così, PROIA, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, di prossima pubblicazione in ADR, n. 5.

sono indipendenti ed interscambiabili, sia al singolare che al plurale, per infinite combinazioni, il cui unico lascito è l'impotenza nel selezionare.

In conclusione, la sintattica e la semantica del linguaggio usato non consentono di condividere nessuna delle possibili interpretazioni su cosa sia il progetto, ecc., e neppure di sostenere la superiorità in proposito di una tesi rispetto ad un'altra. Una "fase" (o più fasi) sarà sempre ravvisabile, se non si ravvisa un progetto o un programma; e comunque, è il caso di dire, una "fase" non si nega proprio a nessuno.

4. Di fronte ad un tale *bailamme,* mi rifiuto di trarre lumi dal Devoto-Oli e pure dallo Zingarelli. Del significato delle parole in esame qualcosa sappiamo dal buon senso e dal linguaggio comune: e questo basta e avanza. A me pare che i termini della triade non siano altro che l' "opera" e/o il "servizio" (art. 2222, cod. civ.), in quanto *delineati o individuati in anticipo*; il progetto, ecc. non è insomma una cosa, o una entità materiale, né un'attività in sé, ma la *previa rappresentazione o immagine* di tale attività e quindi, in sostanza, del compimento dell'opera e del servizio. I problemi sorgono per il fatto che, nel decreto delegato e in molti commenti, e da ultimo nella circolare n. 1/2004, la cosa e la sua rappresentazione sono spesso confusi, sovrapposti o scambiati. Più precisamente, il progetto viene a volte inteso come se fosse un'attività, mentre ne è solo la raffigurazione, un modo per presentarla efficacemente. E questo continuo interscambio contribuisce ad offrire versioni anche caricaturali della faccenda. Quello che in partenza pareva decisivo per soddisfare un'esigenza indefettibile di genuinità, il progetto quale *deus ex machina*, finisce per trasformarsi in estrinseco adempimento materiale, burocratico e cartaceo consigliato da solerti consulenti.

Si pensi all'art. 62, lett. b), in cui il progetto, il programma o la fase, o forse il "contenuto", appaiono "dedotti in contratto", oppure all'art. 67, in cui il progetto, il programma o la fase sono intesi come "oggetto" del contratto[386], ovvero come suo "requisito tipizzante"[387]. Nella ripercussione di un siffatto uso dei concetti, in ispecie dell'uso improprio, quasi metaforico, del concetto tecnico di "oggetto" o "requisito del contratto" (art. 1325, lett. c), cod. civ.), si è autorizzati poi a ragionare in maniera "cosale" pure con riguardo all'"individuazione di uno specifico progetto" (art. 69, 1° comma), o alla "esistenza del progetto" (art. 69, 3° comma): introducendo così l'idea che basti l'esteriorità di una carta[388], o di un disegno, in cui è raffigurata tutt'al più un'immagine o un'entità ideale, per costituire il progetto quale "requisito" di quel contratto tipico, ed adempiere a quanto la riforma richiederebbe per rendere genuine le collaborazioni.

Quanto osservato, impone di ridimensionare la pretesa di attingere, disvelando che cosa sia "progetto" nella sua intima essenza, il dato individuativo di una fattispecie negoziale, o il criterio sicuro per applicare la legge. Solo il pensiero che dovremmo poi procedere allo stesso modo pure in relazione a "programma" e a "fase", rende avvertiti che forse non val la pena cercare di acquisire

---

386 V. G. SANTORO PASSARELLI, *Prime chiose*, cit. n. 2, il quale peraltro presenta notevoli varianti nel riferirsi al contesto (giocate, come pare opportuno, su risultato, adempimento e durata della prestazione).

387 Parla del progetto come "requisito tipizzante". Così R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto,* cit. 19, n. 9.

388 Cfr. DALMASSO, *Il contratto di lavoro a progetto,* in *Lav. prev. oggi*, 2003 (nn. 8-9), 1329 ss. qui 1336 e s, che ritiene oscuramente essere, il progetto, un "documento progettuale".

risultati probante per questa via: sarebbe come *sectare rivulos* in una inconcludente celebrazione dell'inconsistenza.

Vengono invece generosamente prospettati, nei primi commenti, interrogativi per i quali si sarebbe indotti a ritenere che il progetto o il programma alludano solo a lavori di alta qualificazione, o che il progetto debba comportare una "ideazione", ovviamente messa per iscritto[389]. Nulla di tutto ciò, e non solo perchè nel pur incostante dato normativo non vi è traccia di simile selezioni o complicazioni[390]. È semplicemente inutile distinguere, approfondire, penetrare l'essenza (ontologica) di cosa sia il "progetto", o il "programma, con la pretesa di delineare una fattispecie[391].

Sappiamo, ad esempio, che da tempo sono invalse terminologie quali *Project Management,* o contrapposizioni quali *Management by objectives vs by regulation.* È intuibile che con esse si voglia porre l'attenzione su processi finalizzati, su controlli di efficienza e di ottimalità[392]. È di questo che stiamo parlando? È con queste larghe allusioni ai modi con cui si imposta oggi il lavorare che si pretende di sostituire integralmente gli oggetti del lavoro autonomo personale coordinato e continuativo finora conosciuto?

Merita rammentare ciò che Marco Biagi intendesse con l'espressione: è un indizio di peso, considerando che nella riforma si trovano trasfusi molti suoi pensieri, che avrebbe sicuramente meglio elaborati se gli fosse stato possibile darne pure la traduzione in norme. Riferisce il compianto Collega a Amico, in uno scritto del 2001 che è una sorta di programma d'azione, sotto il capitoletto: "Il lavoro a tempo determinato: lavorare a progetto"[393], che in Francia è stato proposto :un "nuovo tipo di «contratto di missione» (o «a progetto») in virtù del quale il prestatore rimarrà alle dipendenze dell'impresa per il tempo necessario al completamento del progetto". Appare chiaro che il contratto a progetto attiene qui ad un rapporto di lavoro dipendente, di cui si auspica una maggior liberalizzazione, pur nell'esercizio di controlli antifrode. "Una proposta - aggiunge Biagi - che va nella direzione di commisurare le tipologie contrattuali ai mutati modelli organizzativi dell'impresa, oggi sempre più legati al progetto che alla dimensione temporale".

Una proposta, dunque, di maggior articolazione, accanto ad altre, nell'ambito del lavoro subordinato. Certo, nel "Libro bianco" il progetto attiene sicuramente non più o solo a quest'ambito, ma

---

389 In questa direzione v. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in Lav. giur. 2003 (n. 9), 812, qui 817-8.

390 Del tutto condivisibile, in proposito, quanto osservato da MAGNANI, SPATARO, *Il lavoro a progetto, cit.*, n. 3.

391 Non si può non consentire con il buon senso ricompositivo di PROIA, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, di prossima pubblic. in *ADL*, 2003, 4 datt., per il quale, progetto e programma "devono essere intesi nell'ampio significato che corrisponde al senso comune e che risulta rafforzato dalla combinazione di essi, e cioè il significato di "esposizione" "enunciazione" o "piano" di ciò che il committente intende realizzare (i programmi e i progetti sono, infatti, «determinati dal committente» e che, dovendo essere dedotto nel contratto di lavoro a progetto, formerà oggetto di pattuizione con il collaboratore e dovrà da questi essere «gestito autonomamente in funzione del risultato» atteso dal committente stesso". Senonchè, in questo discorso è sempre pretermesso il terzo corno della triade, la "fase", che sul piano logico e integrativo della fattispecie adempie lo stesso ruolo di progetto e programma.

392 Basta uno sguardo alla letteratura d'occasione su questi temi. Cfr. fra i molti M. BALDINI, A MIOLA, P.A. NEGRI, *Lavorare per progetti.* Project Managing *e processi progettuali*, Milano 2002, in cui si legge persino (29) che l'idea di lavorare a progetto è antica perché sarebbe stata applicata nella costruzione delle piramidi; R. AMATO, R. CHIAPPI, *Tecniche di* Project Managing. *Pianificazione e controllo dei progetti*, Milano 2000; A. VETTESE, Project Managing, Milano, 2002 (dove, 4 ss., la definizione di "progetto" come "processo finalizzato").

393 Cfr. M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL,* 2001, I, 257 ss. (ora in *Marco Biagi. Un giurista progettuale*.

anche a quello del lavoro dipendente, ma anche a quella del lavoro autonomo, senza però la pretesa di essere onnicomprensivo. Con l'idea di progetto "si tratta di conferire riconoscimento giuridico ad una tendenza che si è rivelata visibile con il passare degli anni, soprattutto in ragione della terziarizzazione dell'economia, quella appunto di *lavorare a progetto"*[394]. Restiamo sempre al cospetto di una parzialità, di un carattere strumentale di "progetto". Se si conserva il senso delle proporzioni, progetto non potrà mai fungere da "opera" o da "servizio": sarà semmai un modo o metodo adottato per compiere un *opus* o un servizio, nella grande costellazione del lavoro autonomo e delle sue espressioni.

Questa constatazione ha grande importanza anche sul piano della concreta operatività dei meccanismi di controllo della genuinità delle collaborazioni a progetto. Nell'impianto pensato dall'attuatore della delega "la individuazione" di un progetto-programma-fase, costituisce addirittura la base di una presunzione, a spiccato tenore sanzionatorio, di subordinazione (art. 69, 1° comma). In tal modo viene corso il pericolo di celebrare un mondo del tutto analogo a quello che si intendeva esorcizzare; un mondo fatto di esteriori sotterfugi e furberie, nel quale, per essere dalla parte dei bottoni, basta chiamare una cosa con la parola progetto, o indicare una cosa chiamandola progetto. E in ragione di questa proprietà autodiscretiva della parola, viene imposto al giudice di limitarsi "all'accertamento dell'esistenza del progetto, programma di lavoro o fase di esso" (art. 69, 3° comma).

5. Su questo vuoto, sull'avvitamento inconcusso che ne verrà nell'applicazione giudiziaria, dovrà intervenire in futuro la correzione-integrazione per decreto, almeno se quella del progetto deve restare una prospettiva seria. Nell'attesa, non è al vaglio della triade che le collaborazioni potranno essere sottoposte per averne la partente di autenticità[395]. Per filtrare adeguatamente la loro qualificazione a stregua di dati reali di tipizzazione dobbiamo pensare a qualcosa di più sicuro, a un equivalente di quelle parole, a qualche accorgimento più efficiente, che sia in grado di assicurare un'attitudine selettiva e che né "progetto", nè "programma", né "fase" posseggono.

Fortunatamente questo diverso modo di integrazione della fattispecie del lavoro a progetto è indicato dallo stesso legislatore. L'art. 61, 1° comma, offre una serie di ulteriori specificazioni, che spiegano in cosa consista la "riconducibilità a progetto". Invero, i progetti, i programmi, le fasi sono "*determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa"*. Mentre i termini della triade esaminata si autoelidono, queste apposizioni introducono con una certa ampollosità ad una visuale funzionalistica, grazie alla quale il discorso non evocato da "progetto, ecc.", finalmente si può sviluppare.

Pervero, che il progetto o i progetti, programmi o fasi, a cui ora le collaborazioni *ex* art. 409, n. 3, "devono essere riconducibili", siano *"determinati dal committente",* non pare perspicuo e anzi è inutilmente limitativo. Richiedere la determinazione ad opera del committente risente troppo

---

[394] V. il punto II.3.6. (72), "lavoro a progetto". Le stesso parole sono ripetute nella "Relazione di accompagnamento", che però esprime pure il suo favore per il completo assorbimento delle collaborazioni coordinate e continuative nel lavoro a progetto. Questo punto sarà ripreso infra sub art. 62, n. 2, per dimostrare ancora una volta che nel testo di legge non è stata accolta questa idea totalitaria di assorbimento.

[395] Ritiene il contrario, ma forse è sol un auspicio, R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto*", WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 25/2003, 15.

dell'esile assonanza con la nomenclatura "lavorare a progetto". (Par di vederlo quel committente che ha sempre in tasca qualche "progetto", e anzi tende, secondo gli auspici, a denominare con tale parola ciò che desidera fare e che gli altri facciano per lui).

Ma nella realtà le cose stanno anche diversamente. E se viceversa, fosse il collaboratore a proporre la realizzazione di un certo progetto, programma o fase, e quindi a "determinarlo", perché ha conoscenze che lui percepisce possano coordinarsi alle esigenze del committente e quindi le esteriorizza? Questa evenienza non solo è possibile, ma è anche frequente. Come ci indicano il buon senso e la concretezza, succede a volte che sia lo stesso lavoratore a rappresentare al committente come un lavoro potrebbe svolgersi, o ad esporre le modalità della soluzione di un problema comportante prestazione di attività, o il modo con cui realizzare un servizio combinando le attività a ciò occorrenti. La formulazione del progetto ad opera dello stesso lavoratore si verifica per il particolare sapere tecnico da lui posseduto, per l'esperienza professionale accumulata, o per altre ragioni, anche relative al tipo di organizzazione a cui coordinarsi o alle caratteristiche di un certo committente, che magari presentare un deficit di competenza per certi aspetti secondari, ovvero anche nel nucleo che incorpora la sua "missione".

In tutti questi casi, che si riferiscono a professionalità di ogni rango, alto, medio, e basso, e alla loro espressione sicuramente autonoma, secondo il decreto delegato saremmo dunque al di fuori del (lavorare a) progetto, perché questo deve invece essere determinato dal committente. Ciò non solo è stravagante, ma si pone in contraddizione con quanto perseguito dalla legge di riforma. La determinazione del progetto ad opera del committente, insomma, non è requisito indeffettibile[396], ma solo eventuale e statisticamente consistente (*ut quod plerumque accidit*). Bisognerà quindi interpretare la legge, se non aggiustarla, in modo da evitare la sua *aberratio.* Diversamente, si avrebbe una conseguenza paradossale: quanto più l'attività di lavoro appare essere autonoma, nella ideazione e nella realizzazione, tanto meno (proporzione inversa) rientrerebbe nel cd. lavoro a progetto.

Sul punto la circolare ministeriale ribadisce che "l'individuazione del progetto da dedurre nel contratto compete al committente"[397]: lasciando aperto il dubbio del trattamento da riservare nel caso in cui una simile individuazione sia opera del collaboratore, o anche, più semplicemente, fosse il frutto di un accordo far le parti. Probabilmente il Ministro persevera nel fraintendimento delal questione, che è associato nella specie alla concezione "reificata" di progetto inteso come attività o cosa, e non come raffigurazione del suo svolgimento o delle modalità indirizzate con cui prestarla.

Quale che sia l'intendimento ministeriale, se non si elasticizza l'inciso in discorso, aderendo alla relativizzazione proposta, si affermerebbe un'interpretazione per cui, in assenza di determinazione del committente, o meglio, in presenza di determinazione del collaboratore, non sarebbe più ravvisabile lavoro a progetto. Non per essere sempre contro quanto dice il riformatore, ma in tal caso sarebbe utile stimolare il sindacato della Corte Costituzionale. Invero, si potrebbe profilare una eccedenza della norma rispetto allo scopo, e anzi una deviazione della norma rispetto

---

396 Così invece pare ritenere PROIA, *op. cit*, n. 6.

397 V. Circolare n. 1/2004, punto II.

all'intento perseguito (*aberratio legis*), tale da indurre un difetto di logicità della legge. Nel relativo giudizio meriterebbe porre in luce una contraddizione fra quanto previsto come dato di fattispecie e il sottosistema delle norme di riferimento, che tracima nella mancanza di razionalità e proporzionalità, nel punto preciso in cui il provvedimento pretendesse che il progetto possaessere indfividuato-determinato dal solo committente[398].

Ma è ora di venire a quanto dice l'art. 61, 1° comma, analizzando le altre apposizioni, ben più significative e rilevanti.

A) Si dice di uno o più progetti, ecc., che debbono essere "*gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato*"[399]; e va quindi approfondito il dato della "gestione autonoma" del progetto da parte del lavoratore. L'autodeterminazione nel lavoro, a ben vedere, è già tutta nella fattispecie di base. Non dimentichiamo che essa attiene a rapporti di collaborazione "che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata … anche se non a carattere subordinato" (art. 409, n. 3, definizione ripetuta nell'art. 61, 1° comma). Per non dire che, alla maggior parte delle dette collaborazioni è sotteso l'art. 2222, di cui l'impegno a compiere l'opera e il servizio deve realizzarsi, per tipo contrattuale, "senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente".

Insomma, che siano determinati dal committente, o, ancora meglio, dallo stesso collaboratore, il progetto, il programma, o la fase, devono comunque essere sempre "gestiti autonomamente" da questo secondo. L'attuatore della delega, peraltro, non si limita a registrare che, nella specie, la "gestione del lavoro" deve essere "accentrata nel creditore", per dirla con Ludovico Barassi: egli va oltre affermando che la gestione autonoma del collaboratore "è in funzione del risultato"[400]. L'assunto, impegnativo, lascia intravedere una concezione per così dire cristallizzata di uno dei fondamentali criteri per distinguere il lavoro autonomo da quello subordinato. Sembra quasi di essere tornati alle ragioni storico-concettuali più risalenti della dicotomia che presiede, da più di un secolo, l'esperienza giuridica del lavoro: obbligazioni di mezzi o di risultato?

Nella visione del monobinario si è perciò detto che "il nuovo contratto non ha come oggetto il lavoro in sé e per sé considerato, ossia l'attività o il comportamento del prestatore di lavoro, ma il progetto, ossia un'attività qualificata da un risultato"[401]. Ma il progetto non può essere l'oggetto del relativo contratto, nonostante lo spunto offerto dalla lettera del 1° comma dell'art. 67, e non

---

[398] Sui profili del giudizio di costituzionalità che ho in via di estrema sintesi segnalati, si veda la disamina di A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, specie cap. II.

[399] Pervero, i progetti, programmi o fasi, sarebbero "determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato". Di fronte a tale lettera, devo per scrupolo controllare se non siamo in realtà di fronte ad una apposizione più ampia, nella quale sono ricompresi sia l'inciso in precedenza ridimensionato, sia quello che ora intendevo considerare. Si potrebbe insomma pensare ad un'endiadi, anche se la congiuntiva "e", come ben sa il giurista, non consente affermazioni troppo impegnative. Questo mio scrupolo è però eccessivo. Nella specie la congiuntiva unisse due spezzoni di diversa intensità conformatrice della fattispecie. Mentre il primo (determinazione del committente) può mancare e, anzi (se manca (o meglio, se la determinazione è del collaboratore), l'ascrizione all'autonomia è tipologicamente ancora più consistente, il0secondo spezzone ("gestiti autonomamente dal collaboratore") deve sempre esserci, in quanto esso, dell'autonomia che si intende affermare, costituisce en indefettibile requisito.

[400] Mi permetto di rinviare a PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo* status. *Riflessioni su Barassi e il suo dopo*, in *ADL*, 2002, 263 ss.

[401] Molto deciso nel trarre conseguenze da questo assunto G. SANTORO PASSARELLI, *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, di prossima pubbl. in *ADL*, n. 2.

può esserlo neppure il programma, né la fase. Progetto è semmai come si è osservato *retro* n. 4, un modo di organizzare il, un metodo di, lavoro, o anche una sorta di contenitore della prestazione di lavoro[402]. Quando si afferma che nel lavoro a progetto è fissata in sostanza un'obbligazione di risultato, se le parole significano qualcosa, ciò equivale a esprimere un'assonanza o ad auspicare un'analogia: il progetto si correla all'opera o al servizio nel senso dell'art. 2222, accrescendo l'esigenza della loro predeterminazione.

Ora, quando abbia ad oggetto, non solo un'opera, ma pure un servizio, e diciamo pure, quand'anche sia costituita da un'obbligazione di mezzi o di diligenza, la *locatio operis* trova il suo punto di emersione *sub specie* di adempimento, nel momento cioè in cui si apprezza il risultato quale dimensione coestesa, più o meno direttamente, all'oggetto dedotto nel contratto. In questo quadro, la *faciendi necessitas,* o semplicemente il *facere* comportato comunque dalla confezione dell'*opus*, o dall'approntamento del servizio o dalla esecuzione dell'obbligazione di mezzi, pur strutturalmente assorbiti dell'adempimento, debbono in qualche guisa rilevare, anche se non in quella, ovviamente, del contratto di durata in senso tecnico[403].

In proposito la magnifica illustrazione di tale dicotomia che Giorgio Oppo ne fece, or sono sessant'anni, deve per così dire accettare qualche mediazione, in modo da fornire un assetto più ricco e comprensivo della costellazione investigata. Il lavoro personale, anche se adempiuto nelle guise richieste dalla *locatio op*eris, e quindi con una accentuata e pure ideale sovrapposizione del risultato (*ex corpore facto opus aliquod perfectum)* all'adempimento si presenta sempre più connesso non solo al dato economico, ma pure al valore assiologico che permea la persona. Per cui l'implicazione della stessa in un'attività lavorativa, che seppur svolta in piena autonomia, si protrae considerevolmente nel tempo, immette segnalazioni che finiscono per esprimersi anche con movenze causali.

Che si tratti di iterazione nel tempo di contegni o di attività, o di erogazione di servizi, o di predisposizione di opere per le quali deve dispiegarsi attività nel tempo, nel connotato della "continuatività" si condensano situazioni che, nella loro diversità, reclamano il rilievo anche tipologico della durata, seppur attraverso l'ascrizione ad una categoria meno impegnativa di quella che è

---

[402] Così si esprime MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, n. 5.

[403] Questo riferimento offre compendiosa ragione del perché la prestazione d'opera, come nell'art. 409, n. 3, sia a volte connotata con l'aggettivo "continuativa", contrassegno che, per la sua atecnicità, consente di ricollegare l'adempimento *uno actu* al tramite di una erogazione durevole e consistente di attività. Assume così rilievo, nel lavoro personale, il tempo applicato per realizzarne l'oggetto, anche se questo, di per sé, consiste nel risultato promesso, che si tratti della prestazione di un *opus o di un servizio, ovvero dell'e*secuzione di un'obbligazione di mezzi. E poiché il rilievo è ovviamente più disarmonico di quello espresso dalla sussistenza di una durata in senso tecnico del contratto, si sprigiona una ridda di problemi e tensioni, che attendono una più appagante riconsiderazione.Si vuol dire che, nonostante tutti gli sforzi, l'aggancio alla dimensione temporale, nel rapporto di collaborazione ricondotto a progetto, resta affidato al requisito della continuatività che la collaborazione deve possedere *ab origine* per essere riconducibile a progetto. In ciò trova conferma un dato evolutivo, lentamente sviluppatosi in questi decenni, per il quale la classificazione dei contratti si è arricchita di figure intermedie o comunque capaci di cogliere il solidificarsi di proiezioni normative diverse da quelle che si pretendevano esaustivamente ricomprese nei termini della contrapposizione fra contratti di durata (ad esecuzione continuata o periodica) e contratti ad esecuzione istantanea. Tutti questi materiali avrebbero bisogno di una nuova riflessione sulla base della rilettura di opere quali, oltre Barassi, OPPO*, I contratti di durata*, in *Riv. Dir. Comm*. 1943, I, 143 ss., 227 ss., 1944, I, 17 ss.; MENGONI, *Obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, 185 ss., 280 ss., 366 ss. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano 1958; ai quali può aggiungersi il disincanto di A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Milano 1996, 177 ss. 235 ss., quando affronta l'oggetto "opera o servizio" (faccio torto agli autori con citazioni tanto concentrate; e ancora di più a tutti gli autori pretermessi).

fissata dalla classica contrapposizione. Per tale classificazione più pronta e flessibile nell'accogliere gli elementi funzionali descritti potrebbe essere proposto il *nomen*, pure affacciato nella civilistica, di contratti ad esecuzione prolungata[404].

B). La gestione autonoma del progetto, programma o fase "in funzione del risultato", deve poi avere un'ulteriore caratteristica: deve cioè avvenire "nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa"[405]. Anche questa doppia apposizione va illustrata analiticamente, prima nell'una poi nell'altra delle sue componenti.

Quanto alla prima componente o parte *("nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente"*), il legislatore sembra prendere finalmente partito per una tesi che, se fosse stata adeguatamente sostenuta, avrebbe approntato la diga più insormontabile alla degenerazione delle co. co. co. fittizie (ne abbiamo già parlato *retro, sub* Capo 1°, n. 1). Nella prestazione d'opera rilevante *ex* art. 409, n. 3, secondo la concezione richiamata, la coordinazione è una qualità impressa dal lavoratore stesso alla sua attività per finalizzarla alla soddisfazione dell'interesse del committente che si obbligato a realizzare. Mentre si è pensato sempre, o comunque troppo a lungo, che cooordinazione si riferisse ad una direttiva o predisposizione del committente, distinguibile dalla subordinazione solo per la diversa intensità, e quindi in base ad un metro quantitativo.

Questo modo di porre la questione, per cui si istituisce un *continuum* subordinazione-coordinazione in ragione della forma più o meno tenue con cui il committente indicherebbe il da farsi, è forse giunto a fine corsa, dopo averne combinate di tutti i colori: non ultima la credenza che vi sia una subordinazione cosiddetta attenuata che ricomprende la subordinazione, quella vera, e la coordinazione (v. anche *retro sub* Capo I, n. 2).

Su questo punto il decreto delegato rovescia decisamente l'approccio, dichiarando che il coordinamento è qualcosa che il collaboratore deve porre in essere verso il committente, e non l'inverso. L'art. 61, 1° comma, di conseguenza, attesta che il "coordinamento con l'organizzazione del committente" è una sorta di obbligo del collaboratore; tanto che egli dovrà ora espressamente gestire il suo lavoro "nel rispetto del", e cioè predisponendo il, "coordinamento" detto, e osservandolo.

In altre parole, qualunque sia il contratto da cui rampolla, per "ricondurre" a progetto la collaborazione *ex* art. 409, n. 3, bisogna che essa venga arricchita da un elemento di cui pervero avrebbe già dovuto essere munita in quanto coordinata e continuativa. Grazie al richiesto "rispetto del coordinamento", finisce per rientrare nell'area dell'adempimento del collaboratore un dato che è il *caracteristicum* dell'autonomia: e cioè che il collaboratore coordinato e continuativo indirizzi il suo lavoro, la sua opera, nella direzione delle esigenze dell'impresa o del committente che egli ha promesso di soddisfare, tipicamente se attraverso un contratto di lavoro autonomo, ma anche, più largamente, nella comunanza di interessi perseguita attraverso un contratto associativo.

---

[404] V. ROPPO, *Il contratto,* Milano 2001, 544, che cita come esempio l'appalto d'opera.

[405] Sintatticamente l'apposizione pare retta da progetti ecc. Ma, in realtà, sono le collaborazioni a dover essere ricondotte a progetto. Almeno sul piano concettuale e funzionale è quindi la riconducibilità ad essere colorata dalle apposizioni. Preferisco però non addentrarmi in un terreno troppo sdrucciolevole. Ogni risposta per sciogliere il dubbio sarebbe comunque del tutto controvertibile, mentre interessa la sostanza del collegamento in tal modo istituito.

In questo punto, il decreto delegato ribadisce pertanto l'incidenza, nelle collaborazioni ricondotte a progetto, della intersezione fra il protrarsi nel tempo delle attività impiegate dal collaboratore e la dimensione autonoma delle stesse, cogliendola nel fatto del coordinarsi. Il coordinamento attiene quindi, finalmente, all'indirizzo, o alla finalizzazione da imprimere alla prestazione fornita, affinchè essa si volga alla soddisfazione dell'interesse del committente o più precisamente alla realizzazione del risultato da questo atteso. Si potrebbe anzi dire, se ricostruissimo dai dati di cui all'art. 61, 1° comma un contratto tipico, che proprio la coordinazione all'organizzazione del committente sia il risultato promesso dal collaboratore.

Questa qualità del coordinarsi, non potendo che prendere corpo in un contesto di autodeterminazione, si preannuncia come il dato di fondo, quello che funge da spartiacque, per discernere in sede di certificazione o più in generale davanti al giudice, se un rapporto di collaborazione è genuino ovvero spurio. La coordinazione all'organizzazione del committente risulta in tal modo il segno, riassuntivo anche del perdurare della prestazione nel tempo, dell'autorganizzazione. Sicchè con parole adeguate al contesto acausale che debbono guidare vengono riecheggiate distinzioni sottili e non trascurabili, rafforzando le interconnessioni e le coerenza del sistema che veniamo delineando, nel segno dell'autonomia.

C). L'autonoma gestione in funzione del risultato deve avvenire, oltre che "nel rispetto del coordinamento" visto, *"indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa"*. Questo elemento concorre a precisare i connotati delle collaborazioni coordinate e continuative ricondotte a progetto, in coerente sviluppo di quanto rimarcato in precedenza, anche se con una certa sovrabbondanza di specificazione.

L'apposizione in esame, anzitutto, serve a rendere, ancora una volta, la dimensione del risultato. E proprio perché deve correlarsi al contesto acausale delle nostre collaborazioni, configura la rilevanza, nei fatti o nella esistenza concreta, del tempo impiegato per svolgere un'attività di lavoro, a cui si riferisce anche la continuatività. In tale situazione, latamente ascrivibile all'ambito dell'autonomia, il carattere della coordinazione entra in tensione, *more solito*, con la continuatività in senso atecnico della prestazione lavorativa, che è coestesa, all'adempimento in quanto allude al tempo che occorre per realizzarlo.

Ora, l'attività correlata al tempo necessario all'adempimento, senza che questo sia qualificato in ragione del tempo, si compenetra nell'*opus perfectum* o nel servizio espletato. Questa compenetrazione non può rilevare causalmente nella riconducibilità a progetto delle collaborazioni; né la perduranza nel tempo dell'attività in esame deve essere per così dire attestata. Proprio questa indifferenza viene ad essere sancita dall'inciso in esame, per il quale la gestione del lavoro è indipendente dal tempo impiegato per l'esecuzione, in quanto deve, anzitutto, essere "in funzione del risultato", e questo è intimamente connesso al "rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente".

Diversamente, se non all'opposto succede, anticipando l'essenziale, nel "contratto di lavoro a progetto", quale figura negoziale tipica che emerge dall'art. 62. Come è reso evidente dalle lettere a) e, in parte, c) e d), questa fattispecie è contrassegnata da una durata predefinita della "prestazione di lavoro", elemento che finisce per renderla un contratto d'opera speciale, in ragione della immancabile apposizione del termine.

Su un altro piano, l'indipendenza del tempo impiegato, che colora il lavoro personale e coordinato, richiede in sostanza che il compenso sia individuato forfettariamente, per così dire a corpo,

a fronte della collaborazione di cui rispecchia e garantisce nel complesso, il risultato della coordinazione. Sicchè il corrispettivo, pur proporzionato, come richiede l'art. 63, alla quantità e qualità della prestazione occorrente all'adempimento, deve essere rappresentato in corrispondenza di quest'ultimo, a prescindere dal modo e dal tempo, anche per quantità suddivise e scansioni prefissate, con i quali venga erogato.

Giunto al termine di queste brevi elucidazioni, può conclusivamente affermarsi che, escluso il valore selettivo di locuzioni come "progetto specifico, programma di lavoro e fase di esso" (che non caratterizzerebbero l'autonomia più o meglio di quanto non facciano già i vecchi concetti di opera o servizio), nella integrazione definitoria dell'art. 61, 1° comma, sono offerti dati ulteriori e ben più probanti di qualificazione. Tali dati, riassuntivi della "riconducibilità a progetto", appaiono idonei a costituire un reticolo di tipizzazione che fornisce un adeguato filtro anche allo scopo di selezionare la genuinità delle collaborazioni coordinate e continuative, che il legislatore aveva in mente.

6. Abbiamo acclarato, per lo più sul piano dell'interpretazione letterale, che progetto, o programma, o fase, termini semanticamente ed operativamente *[omissis]*

## II. Il lavoro occasionale e l' "altra meta' del cielo"

(Art. 61, 2°, 3° e 4° comma)

8. L'elaborazione del concetto di lavoro occasionale ha una storia in parte parallela a quella già raccontata delle collaborazioni coordinate e continuative (*retro, sub* Capo 1°). Tale storia ha forse il suo inizio già con la concezione codicistica del contratto d'opera, inteso come espressione negoziale tipica del lavoro autonomo degli artigiani e dei professionisti; contratto basato su atti di adempimento puntuali, ancorchè moltiplicabili con una pluralità di soggetti, nei quali era incorporata una prestazione di attività aperta ad un mercato di committenti e perciò intrinsecamente occasionale[406]. Non a caso, emersa in tutto il suo fulgore la definizione di cui all'art. 409, n. 3, vi è stato chi ha ritenuto di dover estrarre le connotazioni dei dati contemplati in tale fattispecie dal confronto, non con quelli del lavoro subordinato, ma con quelli del lavoro autonomo occasionale[407]. *[omissis]*

10. La pretesa di un passaggio automatico nel lavoro a progetto delle prestazioni occasionali *ultra* soglia, non è quindi meditata; per fortuna il testo varato dall'attuatore della delega vi contraddice. La nuova, e anomala, definizione di "prestazione occasionale", non si pone affatto con il lavoro a progetto, in una correlazione tale per cui - al di qua e al di là del crinale quantitativo - senza residui e senza ulteriori valutazioni, debba esserci prima l'una e poi l'altro. La realtà normativa ereditata, e su cui si innesta la nuova, non lo consente.

Concentriamoci, per la dimostrazione sul primo dei due binari per noi aperti, e cioè sull'art. 61, 1° comma che è ora oggetto del nostro commento. Nelle "disposizioni del presente capo", che troverebbero applicazione se la prestazione occasionale supera le succitate soglie di durata e di

---

[406] Su questa progressione più diffusamente G. OPPO, *I contratti di durata*, cit. specie 146 ss.

[407] Cfr. per questa significativa impostazione, seppur rimasta marginale, P. SANDULLI, *In tema di collaborazione autonomia continuativa e coordinata,* in *Dir. Lav*. 1982, I, 247 ss. Per tale autore, il lavoratore autonomo occasionale assumerebbe una obbligazione di risultato singolo, destinata ad esaurirsi nel momento stesso della sua esecuzione "che coincide con quello in cui il creditore viene soddisfatto (*op. cit*. 249).

compenso, è ineluttabilmente compresa anche la disposizione del 1° comma dell'art. 61; per la quale, come sappiamo, i rapporti di collaborazione *ex* art. 409, n. 3, ora (quando si sarà andati a regime), "devono essere riconducibili" a progetto. Orbene, codesti rapporti di collaborazione devono concretarsi, a tacer d'altro, "in una prestazione d'opera continuativa e coordinata", come chiede l'art. 409, n. 3. Con la conseguenza che nessuna prestazione d'opera, se non supera il vaglio dei requisiti indicati in tale articolo, può candidarsi ad essere ricondotta a progetto.

A tale riconduzione non potrà pertanto candidarsi, se non presenta gli elementi dell'art. 409, n. 3, neppure una prestazione d'opera occasionale, anche se essa dura più di trenta giorni e/o viene compensata con più di 5 mila euro. Una tale prestazione, in quanto carente dal requisito della continuatività (e/o della coordinazione), rimane per definizione immune dall' "applicazione del presente capo". Per emanciparsi da tale deprivazione, la prestazione occasionale dovrà mutare la sua caratteristica, dovrà insomma contraddire, o superare il dato tipologico che la rende tale, e assumere la diversa fisionomia che viene impressa dalla continuatività (e/o dal coordinamento con il committente), che sono gli elementi richiesti dall'art. 409, n. 3[408].

La soluzione proposta, per cui le prestazioni d'opera non munite della qualità di essere continuative e coordinate, anche se superano le soglie quantitative restano occasionali, che può concepirsi solo nella prospettiva del doppio binario, esemplifica il differente potenziale di soluzioni ricostruttive e applicative che si sprigionano nell'adottare la relativa visuale invece che quella dell'unico binario. Oltre a precludere la trasmutazione coatta delle prestazioni *ultra* soglia nel lavoro a progetto, la nostra soluzione non aiuta ovviamente l'obiettivo, che il legislatore aveva in mente, di convogliare nell'area dell'obbligo contributivo una miriade di rapportini di lavoro occasionale, per accrescere il gettito previdenziale.

11. A questo scopo, non soccorrendo il contesto normativo descritto nel 2° comma dell'art. 61, è intervenuto tuttavia un apposito provvedimento, di cui abbiamo già fatto preannuncio. La legge 24 novembre 2003, n. 326, di conversione del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, ha introdotto una disposizione, di portata universalistica, che supera ogni ostacolo sul punto. L'art. 44, 2° comma di tale provvedimento, recante "disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo ecc.", stabilisce una regola innovativa dell'obbligo di contribuzione, per la quale "*a decorrere dal 1° gennaio 2004 i soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale e gli incaricati alle vendite a domicilio di cui all'articolo 19 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, 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. Per il versamento del contributo da parte dei soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale si applicano le modalità ed i termini previsti per i collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla predetta gestione separata.*

---

[408] In breve, quando le prestazioni di lavoro che ricadono nella metà del cielo sottoposta alla riforma, oltrepassano le menzionate soglie quantitative di durata e di compenso, sono bensì potenzialmente incluse nel campo d'applicazione del lavoro a progetto, ma non sono, solo per ciò stesso, "promosse" a collaborazione coordinata e continuativa riconducibile a progetto. Quest'ultima qualificazione non è un *optional*, né un beneficio automaticamente incamerato dal lavoratore, soltanto perché viene constatato (non si sa come) che la sua attività oltrepassa le note soglie: se non sussistono i requisiti dell'art. 409, n. 3 -, e cioè, in particolare, la continuatività e la coordinazione della prestazione d'opera, che sono in rotta di collisione con l'occasionalità della stessa - non sussiste la fattispecie richiesta dalla legge e basta.

A parte la questione generale delle aliquote su cui calcolare la misura dei contributi da versare alla gestione separata INPS, ora cresciute (ne diremo *infra sub* artt. 63-67, n. 15), il disposto è semplice. In relazione al lavoro occasionale è stato stabilito un obbligo di iscrizione nella gestione separata INPS, e alla relativa contribuzione, a valere per tutti, *solo se* il reddito annuo derivante dalle relative attività occasionali oltrepassa la soglia quantitativa dei 5 mila euro, anche con una pluralità di committenti[409].

Con questo disposto, insomma, la disciplina sbilenca appena varata con il decreto attuativo viene raggiunta e superata, rilanciandone, questa volta sul piano generale, il solo effetto previdenziale. Spariscono le soglie di una certa entità dei compensi e di una certa durata del rapporto; sparisce la richiesta che si tratti di un unico committente; sparisce la limitazione ad una sola parte del cielo, come avviene per tutti gli altri effetti riconnessi alla norma dell'art. 61, 2° comma. Basta ora percepire per lavoro occasionale un reddito superiore a € 5.000.

Considerando il possibile funzionamento in concreto della previsione, l'insorgenza e l'attuazione di tale obbligo di contribuzione in caso di reddito annuo da lavoro occasionale superiore a 5000 danno luogo a problemi solo di poco minori di quelli in precedenza esposti. Ragionevolmente, la verifica del superamento del limite di reddito detto può farsi in occasione della annuale dichiarazione dei redditi. Constatata la risultanza, il lavoratore stesso dovrà chiedere l'iscrizione alla gestione INPS: non si capisce chi altri dovrebbe esserne tenuto. Tale iscrizione non potrà che essere retroattiva, nel senso di "coprire" l'anno precedente, in relazione al quale è stato constatato l'oltrepassamento della soglia di reddito.

Continuando a congetturare, a me pare inevitabile pure che il contributo debba essere interamente a carico del lavoratore occasionale. Nonostante il rinvio operato dall'art. 44, l. 326/2003 alle regole della gestione separata, e quindi anche a quella che ripartisce il peso nella nota misura di un terzo e di due terzi, almeno nell'anno da "coprire" retroattivamente non si capisce come potrebbero essere onerati, della parte loro spettante, i committenti di lavoro occasionale, che potrebbero essere tra l'altro numerosi.

Inoltre, la situazione di lavoratore occasionale oltre i 5000 euro, è da verificare anno per anno. Non mi pare plausibile che il lavoratore *semel* oltrepassante la soglia, debba es*sere semper* considerato tale. Nel futuro le cose possono pure cambiare: perché uno dovrebbe essere in via permanente un lavoratore occasionale ultracinquemila?

Staremo a vedere come in concreto verrà regolamentata la cosa, ovvero i dettagli operativi che le faranno da contorno. Certo che più "campo di applicazione" di così si muore[410]. Preoccupa, in questa degenerazione della qualità della legislazione, il fatto che, già domani, una nuova finanziaria, o nuove disposizioni urgenti, o anche una nuova riforma, potrebbe intervenire ritagliando un

---

[409] Il "solo se" che ho rimarcato, mi pare inequivocabilmente da ricollegare alla previsione delle due soglie quantitative che abbiamo analizzato nel n. precedente. Le soglie stabilite nell'art. 61, 2° comma, invero spariscono. Per il solo obbligo di iscrizione-contribuzione previdenziale, basta ora il superamento di quella certa soglia di reddito. In tal modo, ripeto per la sola imposizione contributiva, il campo d'applicazione viene dilatato ad una ampia ricettività. Presupposto che fonda il relativo obbligo è una situazione ben più semplificata, e cioè il solo superamento di una certa quantità di reddito.

[410] Osserva M. MISCIONE (*Il collaboratore a progetto, cit.*, 820) che "le norme previdenziali fiscali tendono solamente a riscuotere e a regolare i flussi monetari, non danno né definizioni né nozioni, indicano il campo di applicazione senza pretese di qualificazione". Purtroppo il ruolo della fattispecie non è disponibile nel diritto: se viene definita come campo di applicazione nel modo detto, dopo sarà semplicemente una brutta definizione di fattispecie.

campo d'applicazione altrettanto effimero e casualmente pensato, secondo la logica del "cerchiobottismo" più molesto.

11. Sia consentito ora rendere in forma riassuntiva le diverse *species* di lavoro *lato sensu* occasionale, che vengono in rilievo nella riforma in commento.

(a) *prestazioni occasionali di tipo accessorio*, di cui al Capo 2° del Titolo VII (anticipo, per completezza, questa specie che verrà investigata *infra*, in corrispondenza degli artt. 70-74).

(b) *prestazioni "meramente" occasionali* di lavoro autonomo, al di sotto delle soglie annuali di cui all'art. 4 lett. c) n. 2, legge delega (30 giorni e 5000 Euro), che coincidono con quelle di cui all'art. 61, 2° comma del decreto attuativo (raccomando la piccola stipulazione semantica di aggiungere, a queste prestazioni occasionali, il "meramente", in rispettoso omaggio a quanto del resto precisa la legge delega). Le prestazioni di lavoro al di sotto di tali limiti, sono espressamente escluse da tutto quanto si agita attorno al lavoro a progetto. Dunque esse vengono ad esistenza, nell'una o nell'altra metà del cielo, con le medesime conseguenze.

(c) *prestazioni occasionali* (senza il "meramente") che vengono in essere nell'altra metà del cielo, quella eccettuata dalla riforma. Sono in un *continuum*, e anzi del tutto mescolate, con le prestazioni di cui alla lettera precedente, in quanto nell'ambito escluso dalla riforma non può neppur profilarsi la problematica del superamento delle soglie di cui all'art. 61, 2° comma: il lavoro occasionale resta tale secondo la sua definizione, *lato sensu* tributaristica. Si badi che tali prestazioni sono le stesse di quelle che menzionerò subito *sub (*d), ma devono essere distinte da loro perché vengono effettuate in un campo immune dalla riforma.

(d) *prestazioni occasionali* (senza il "meramente") che rilevano invece, nella metà del cielo sottoposta alla riforma, in quanto abbiano una durata, o ricevano compenso, nell'anno solare per un committente, superiori alle note soglie quantitative. Abbiamo argomentato (n. 10), che pure dentro l'area della riforma, il superamento delle famose soglie di durata e di compenso non basta di per sé a far tracimare la prestazione d'opera nel lavoro a progetto, se questa non è contrassegnata pure dalla "continuatività" (e/o dalla "coordinazione"), requisiti richiesti per essere annoverate fra le collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3.Tanto è stato desunto in ragione dalla riflessività[411] presente in ogni rinvio, pure in quello fatto dall'art. 61, 2° comma, all'applicazione delle disposizioni del presente capo prese del

(e) *prestazioni di lavoro autonomo occasionale*, come sono chiamate le ultime menzionate, e cioè quelle che dal 1° gennaio 2004, sono sottoposte all'obbligo di iscrizione alla gestione separata, con connesso obbligo contributivo, se il reddito annuo derivante dalle attività occasionali è superiore a 5 mila euro, a prescindere dal numero di committenti. La disposizione vale, come si è detto, per tutti.

Sono così giunto al termine del resoconto di quanto il legislatore sia ondivago e proceda per incoerenze e soprassalti. L'unico filo conduttore, nella complessa vicenda del lavoro occasionale e visto il suo approdo, mi pare sia l'obiettivo di incrementare la provvista previdenziale. Ma dentro, nel mezzo, e emerge dagli sghiribizzi dei campi di applicazione, si vorrebbe anche accreditare

[411] Oltre alla sollecitazione del pensiero riflessivo, potrebbe in proposito menzionarsi con gratitudine anche quella che deriva da una certa dimestichezza con il paradosso del mentitore (tutti i Cretesi mentono; M. dice di essere Cretese: mente o dice il vero?).

l'intento di combattere l'elusione dei trattamenti del lavoro dipendente attraverso l'uso frodatorio delle collaborazioni coordinate e continuative. Nonostante gli sforzi dell'attuatore della delega, prima dell'intervento brutale dell'art. 44, l. 326/2003, tutte le prestazioni occasionali elencate, in sostanza continuavano a rimanere fuori dall'obbligo contributivo, o perché eccettuate in via espressa dalla riforma, o perché erano da eccettuare in via di interpretazione (ovviamente controvertibile, come quella "riflessiva" da me proposta *retro* n. 10). Solo le prestazioni *sub* (a), infatti, risultavano (e risultano) onerate: ma si tratta di un'assoluta novità, realizzata con una singolare disciplina per cui la somma da versare per previdenza è "incorporata" nel *voucher* presentando il quale al concessionario, il lavoratore riceve il pagamento della prestazione).

Di fronte al procedere perplesso e indeciso della riforma vi è stato l'intervento in parallelo detto, che ha stabilito una regola generale di assoggettamento all'obbligo previdenziale oltre un certo reddito prodotto dal lavoro occasionale; una regola avulsa quanto a plausibilità e coerenza, di cui è difficile immaginare come possa funzionare, che potrà avere un senso in ordine al welfare pensionistico solo se si adotteranno regole di radicale totalizzazione dei periodi contributivi, ma che ha almeno il pregio di valere per tutti, evitando uno sfilacciamento comunque irragionevole.

Ma l'irragionevolezza si riacutizza subito di rimbalzo, in quanto la relativa omogeneizzazione conseguita con riguardo al presupposto dell'imposizione contributiva resta affiancata alla pretesa che le soglie quantitative fissate nell'art. 61, 2° comma, stabiliscano la porta di ingresso obbligatoria delle prestazioni occasionali nel lavoro a progetto *quale disciplina giuslavoristica*. Tale coesistenza di divergenti consecuzioni avviene per irregolare intersezione, giacchè la pretesa rammentata si muove nell'ambito delle sole collaborazioni sottoposte alla riforma, e non con portata generale..

Ne consegue che, pure dopo l'art. 44, l. 326/2003, conserva valore, per ridurre alcune ragioni di disorientamento, quanto ho in precedenza sostenuto sulla base di una attenta esegesi del dato testuale: se non sono dotate del requisito della "continuatività" (o della "coordinazione"), le prestazioni occasionali, ancorchè *ultra* soglia, non possono transitare nelle collaborazioni riconducibili a progetto (*retro*, n. 11). Resterà naturalmente possibile, nella visuale del doppio binario, che prestazioni occasionali *ultra* soglia, ancorchè non continuative, possano essere dedotte in un contratto di lavoro a progetto (*ex* art. 62), giacchè la figura negoziale tipica non richiede il requisito della continuatività richiesto dall'art. 409, n. 3. *[omissis]*

15. Svolta la trattazione delle terre immuni, è inutile affaticarsi nella ricerca di una qualche rilevanza in senso tipologico dei casi di esclusione dalla riforma, da contrapporre, sempre tipologicamente, alle situazioni incluse. Una tale qualità della rilevanza non è rintracciabile; per cui dobbiamo accontentarci di molto meno e ricercare semplicemente se nella serie di esclusioni, sussista una qualche *ratio* unitaria, in base alla quale, ad esempio, proporre aggiunte o sottrazioni coerenti ad essa.

Le esigenze portate avanti con la riforma erano pacifiche e dichiarate: per un verso accrescere la massa contributiva, per un altro impedire che le norme inderogabili del lavoro subordinato fossero aggirate con l'uso frodatorio delle co. co. co. La prima esigenza viene bene o male soddisfatta nella ubriacante vicenda del lavoro occasionale (*retro,* nn. 8-12). Dopo l'approdo generalistico che ne è sortito, l'intento di ampliare l'obbligo di contribuzione non può più essere posto al centro; né cercheremo di farlo riaffiorare se ormai è stato per così dire sorpassato dagli eventi.

Per discriminare fra le situazioni incluse e quelle escluse dalla riforma (le due metà del cielo) dovrebbe a questo punto aversi riguardo al solo aspetto dell'elusione delle protezioni del lavoro

subordinato e dell'esposizione al relativo pericolo. Se l'esposizione c'è, la classe di casi deve essere posta dentro la riforma; se non c'è, può restar fuori. Senonchè, le situazioni eccettuate sono spesso caratterizzate dal pericolo di elusione allo stesso modo di alcune fra quelle incluse; e fra le incluse, non tutte presentano particolare intensità di esposizione a quel pericolo. Del resto, sappiamo che negli ambienti governativi sono sovrastimate false quasi tutte le co. co. co.

Gira e rigira questo punto si pone un problema di fondo: *cui prodest* la riforma del lavoro a progetto? Al committente, al collaboratore, all'ente previdenziale, a tutti assieme? La domanda ha una sua non banale ragione di essere formulata, proprio perché non siamo di fronte ad una legislazione universalistica o generale, ma particolare e speciale nel senso che ricomprende solo un terzo circa delle situazioni che in via teorica rientrerebbero nel suo campo. E in questa parzialità, le motivazioni si frantumano in rivoli che possono ritorcersi contro le asserite intenzioni. Invero, in alcune occasioni, quando il legislatore esclude dalla riforma, vale a dire dall'instradamento coattivo verso il lavoro a progetto, sembra quasi voler "premiare" quella determinata classe di collaborazioni; e di contro, quando include nella riforma (o esclude dall'esclusione), sembra quasi voler punire la classe prescelta. Esemplare è, in proposito, quanto si è visto per il pensionato di anzianità, incluso, di fronte a quello di vecchiaia, escluso.

Ma è esatta la supposizione per cui escludendo si favorisce, e includendo, all'opposto, si svantaggia? Merita approfondire il punto, quasi impercettibile, eppur così significativo, proprio perché il cielo è stato diviso in due parti. Il premio, il vantaggio, o la pena, l'afflizione, possono essere alternativamente redistribuiti o all'una o all'altra delle categorie di soggetti che ho sopra indicato, eventualmente a una coppia in contrapposizione alla terza, non a tutte assieme. Potrà darsi che collaboratore e ente previdenziale abbiano a volte un interesse convergente contro il committente, e anzi potrebbe essere così di massima; ma la convergenza di interesse potrebbero averla anche collaboratore e committente, contro l'ente previdenziale.

Su come, e a chi, assegnare vantaggi e, alternativamente svantaggi, si rimane perplessi ed indecisi. Forse non è possibile rispondere, in modo appagante ed univoco, sul *cui prodest*[412]. E la ragione di fondo ne è che, non solo le figure o fattispecie fin qui valutate, ma pure le discipline, che analizzerò *sub* artt. 63-67, danno corpo ad una normativa *strutturalmente senza decisione*, proprio a causa del campo d'applicazione, bipartito fra inclusi ed esclusi. Questa indecisione ha profondi effetti sull'impianto complessivo della riforma, sulla tenuta delle discipline che la compongono e sulla loro compatibilità costituzionale. Ne accenno, senza pretesa di completezza, perché il discorso dovrà essere ripreso in più punti.

Anzitutto viene in rilievo l'art. 61, 4° comma, che contiene una regola, ovvia, di salvaguardia dell' "applicazione di eventuali clausole di contratto individuale e di accordo collettivo più favorevoli per il lavoratore a progetto". La salvaguardia è stata dettata sul presupposto che, tutte le norme o quasi, possano essere nella disposizione delle parti individuali e di quelle collettive; ma non anche lo schema stesso del "lavoro a progetto", come figura in sé (per noi invero suddivisa in due figure), che riassume trattamenti. Almeno la disciplina delineata nel Capo 1° e la fattispecie (per noi le due fattispecie) che vi corrisponde, dovrebbero essere indisponibili dalle parti.

---

[412] Anche l'intento antielusivo, che così spesso si asserisce, anche inutilmente, sotteso alla *voluntas legis* deve essere raffrontato con la circostanza che, con la previsione delle eccettuazioni in esame, vengono in un sol colpo ad essere immunizzati dalla coercizione al lavoro a progetto molte legioni di collaboratori coordinati e continuativi. Di chi è insomma la pacchia?

A ben vedere, tuttavia, per un'altra metà del cielo non vale lo sottoposizione coattiva al lavoro a progetto: è proprio da escludere in partenza che, se le parti individuali incluse nella riforma considerassero più favorevole la fattispecie e la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative "semplici" (quelle *ex* art. 409, n. 3), l'art. 61, 4° comma non autorizzi dette parti ad adottarle? È chiaro che la risposta avrebbe da essere: "no, non è ammesso", perché altrimenti cadrebbe tutta la baracca coi burattini. Del resto, la norma dell'art. 68 sancisce proprio il divieto di tali collaborazioni. Di converso esiste però anche la norma dell'art. 68, che autorizza le parti fin dall'inizio, in sede di certificazione del rapporto, ad immunizzarsi dalla nullità che deriverebbe se esso venisse costituito senza le discipline del lavoro a progetto (è irrilevante qui il discorso sulla diversa resistenza in proposito dei nuclei di disciplina previsti nel Capo 1°: cfr. *sub* art. 66 e art. 68).

Il problema è insomma come giustificare quella risposta negativa così netta, considerando non solo che il mondo si suddivide in esclusi (favoriti?) e inclusi (svantaggiati?), ma anche che, dopo la riforma, le poche discipline che nel lavoro a progetto si aggiungono a quelle che erano già imputate alle collaborazioni coordinate e continuative, finiscono per aggiungersi pure in questa seconda fattispecie, per effetto di una "circolazione" dei trattamenti che potremmo definire "transtipica" (v. *infra*, *sub* artt. 63-67). È possibile, in questo quadro così frastagliato e mobile, definire "più favorevole" qualcosa? È possibile, ad esempio, scegliere, a stregua del maggior favore fra la disciplina applicata nell'ambito degli esclusi, rispetto a quella applicata nell'ambito degli inclusi?

Ad accrescere il disorientamento vi è ben di più. Come fondare la risposta negativa, di fronte alla possibilità che la parte del cielo inclusa non esista, perché l'inclusione può essere solo teorica o virtuale, in quanto potrebbe in concreto succedere che la messa a regime della riforma venga procrastinata, al limite anche *sine die*? L'art. 86, 1° comma, a cui si è già accennato per una più marginale considerazione (*retro,* n. 2), stabilisce certo che l'efficacia delle vecchie collaborazioni già in essere, scada alla data dell'eventuale termine proprio di ognuna di esse, o comunque alla data del 24 ottobre 2004; ma autorizza pure "termini diversi, anche superiori all'anno, di efficacia delle collaborazioni", se intervengono "accordi sindacali di transizione al nuovo regime … stipulati in sede aziendale con le istanze aziendali dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale".

Ora, gli accordi sindacali, e questi citati, si badi, sono addirittura aziendali, possono stabilire i trattamenti "più favorevoli" ai collaboratori a progetto, dei quali l'art. 61, 4° comma riserva l'applicazione. Chi impedisce, dunque, che per accordo aziendale venga prevista una protrazione di efficacia delle vecchie collaborazioni oltre il 24 ottobre 2004 e che ciò possa essere considerato un trattamento più favorevole (ai collaboratori?)?. Inoltre questo accordo di "transizione al nuovo regime" può prevedere pure altro e di più; si potrà sostenere che anche ciò sia più favorevole (sempre ai collaboratori? E se fosse ai committenti?). Infine si consideri che "la gestione della messa a regime" complessiva del decreto attuativo, è affidata anche agli accordi interconfederali preconizzati nell'art. 86, 13° comma. Questi accordi potranno stabilire regole uniformi, che dovranno magari essere osservate al livello inferiore della contrattazione aziendale; per cui anche queste regole ulteriori, con tutto il disorientamento del caso, possono entrare nel quesito del maggiore o minor favore.

Nulla impedisce, conclusivamente, che il lavoro a progetto sia posto, in via generale, in una sorta di stallo. E a ben vedere, la possibilità è fortemente incrementata proprio dalla indecisione che percorre la riforma. Abbandonato il disegno generalista della delega, tale normativa si è fram-

mentata in due rivoli che l'hanno resa meno attendibile e comunque non solidale con le affermazioni di partenza, fino ad affidare alle parti sociali le nevralgiche decisioni su modi e tempi della messa a regime.

In questa sorta di scaricabarile aumentano incertezze e frantumazioni; e i presupposti della riforma si spappolano nell'opportunismo. L'idea del monobinario, e cioè che solo per una parte di collaborazioni debba essere obbligatoriamente adottato il tipo contrattuale lavoro a progetto suona in questa temperie come affermazione di dirigismo privo di scopo, come insostenibile imposizione autoritativa di una riforma senza decisione

### III. Il divieto delle collaborazione coordinate e continuative "semplici"

(Art. 69).

16. Nella tastiera delle situazioni mobilitate dalla riforma - collaborazioni coordinate e continuative "semplici" (*ex* art. 409, n. 3, senza progetto), collaborazioni coordinate e continuative "integrate" (con la riconducibilità a progetto), contratto di lavoro a progetto, prestazioni occasionali nelle varianti viste - deve ora essere distinta la situazione impropriamente definita dal legislatore "collaborazione coordinata e continuativa atipica". Con tale espressione si intendono sempre le collaborazioni coordinate e continuative semplici, non però tutte: ma solo quelle che vengono in essere nell'area di applicazione della riforma. In tale area infatti la loro instaurazione è preclusa: onde, in relazione a questo divieto, è adottata la locuzione collaborazioni coordinate e continuative atipiche.

La inosservanza di tale divieto, viene munita da un singolare meccanismo sanzionatorio, stabilito nel 1° comma dell'art. 69. In virtù di esso "i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati *senza l'individuazione* di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso *sono considerati* fin dall'inizio "rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato". Abbiamo già osservato che la norma è la riprova anzitutto che, anche dopo la riforma, possano essere instaurate collaborazioni *ex* art. 409, n. 3 da ricondurre a progetto (*retro*, n. 2). Deve inoltre dirsi che nella norma viene coonestata, pericolosamente, quella trasposizione di "progetto", "programma" o "fase", da metodi o rappresentazioni del lavoro, ad entità ritenute essere persino l'oggetto o il requisito del contratto, la cui ambiguità abbiamo già rimarcato (v. *retro*, n. 4).

Infine il 1° comma dell'art. 69, riveste pure un notevole significato sistematico nel fondare la prospettazione più volte fatta di un doppio binario. A stretta esegesi del testo, la presunzione assoluta di subordinazione può essere infatti invocata solo nei riguardi delle collaborazioni coordinate e continuative riconducibili a progetto di cui all'art. 61, 1° comma, e non anche nei riguardi del contratto di lavoro a progetto di cui all'art. 62. In questo, a ben vedere, l '"indicazione del progetto" ecc., assieme a quella della "durata determinata e determinabile della prestazione di lavoro", attiene alla stessa tipicità del contratto, per cui la sua mancanza dà luogo a conseguenze diverse, anche sotto il profilo sanzionatorio, che diremo più avanti (cfr. *amplius* il commento dell'art. 62). La intercomunicazione diretta fra art. 61, 1° comma, e art. 69, 1° comma, segnala quindi che, allo scopo di dotare le collaborazioni coordinate e continuative di una "disciplina e/o razionalizzazione", come richiedeva la delega, si deve privilegiare proprio il binario delle vecchie collaborazioni: e ciò per volontà trasfusa nello stesso testo normativo.

Ma ora bisogna affrontare nel merito la disposizione, di inconsueta e criticabile severità[413], per la quale la instaurazione di una collaborazione "senza l'individuazione" del progetto nella metà del cielo che vi è tenuta, determina che la stessa collaborazione sia considerata, oltre che atipica (fin qui si tratta di parole, seppur stravaganti), aprioristicamente sintomatica, per presunzione assoluta, di una situazione di lavoro subordinato. Di fronte a ciò, la critica unanime si sforza di trovare vie d'uscita mitigatrici, cercando allo scopo combinazioni con gli altri commi dell'art. 69 che attenuino la radicalità del 1°, il quale tuttavia presenta una formulazione assai netta, che resiste a questi buoni propositi.

Si tratta, anzitutto, di una presunzione assoluta, *iuris et de jure*; e questo va ribadito, nonostante le continue smentite e sminuizioni che provengono, *post festum,* da ambienti governativi, rivolte ad ammettere la possibilità invece di prova contraria (bastava dirlo: e lo si potrà fare per decreto correttivo). La qualità assoluta della presunzione si evince fra l'altro dal raffronto con due previsioni classiche, che meritano riferimento anche per il seguito del nostro discorso.

In materia di interposizione vietata, in passato valeva la presunzione stabilita dall'art. 1, 5° comma, l. 23 ottobre 1960, n. 1369: *"i prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che abbia effettivamente utilizzato le loro prestazioni"*. In materia di lavoro a domicilio, l'art. 1, 3° comma, l. 18 dicembre 1973, n. 877, recita a sua volta: "*non è lavoratore a domicilio e deve a tutti gli effetti considerarsi dipendente con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, chiunque esegue, nelle condizioni di cui ai commi precedenti, lavori in locali di pertinenza dello stesso imprenditore, anche se per l'uso di tali locali e dei mezzi di lavoro in essi esistenti corrisponde al datore di lavoro un compenso di qualsiasi natura*".

Tali previsioni costituiscono sicuramente due presunzioni assolute di subordinazione. Ed appaiono giustificate, nella conseguenza in tal modo sancita per legge, in quanto richiedono che sia data prova di indicatore plausibile della subordinazione stessa. La presunzione è tratta insomma solo sulla base di dati significanti in senso tipologico, e cioè atti a porsi come ricostruzione della realtà per tipi[414]. Ma una simile funzione indicativa non pare possa essere adempiuta dalla mera assenza, in una collaborazione *lato sensu* di lavoro autonomo, della "individuazione del progetto specifico, programma o fase".

Assai simile a quello sillogistico, anche il meccanismo della presunzione, consiste nel trarre da certi fatti noti una conseguenza ignota; la differenza consiste nel fatto che la conseguenza da trarre è in questo secondo caso imposta dalla legge stessa, con una valutazione legale tipica, che non deve essere arbitraria, ma fondata su elementi tipologicamente significativi[415]. Nell'espressione "si considera" è precisamente attuata la valutazione legale tipica: dati quei presupposti che induttivamente significano una certa cosa, ne deve seguire una certa qualificazione. Quest'ultima

---

[413] Cfr. ad esempio R, DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato*, cit. n. 9 ss.; MISCIONE, *Il collaboratore* cit. 821; MAGNANI, SPATARO, *Il lavoro a progetto,* cit. n. 3.

[414] Si rinvia, per una posizione specifica nell'approfondimento di questi discorsi, ai classici studi di Tullio ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir econ*. 1955, 1179 ss.; *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1957, I, 359 ss.; poi in *Problemi giuridici*, Milano 1959, I, 69 ss. e 185 ss., dove si trova pure, 39 ss. *Ordinamento giuridico e processo economico*.

[415] Sul meccanismo della presunzione v. anche NOGLER, *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL* 1997, I, 311 ss. (autore che ovviamente potrebbe essere citato anche per la materia di cui alla nota che antecede).

è quindi imposta o inevitabile: il ricorrere della fattispecie non può dipendere da altro che dalla prova dei presupposti che stanno a base della valutazione legale tipica.

Orbene, nei due casi rammentati dell'interposizione vietata e del lavoro a domicilio, il legislatore richiede, per attuare la presunzione, l'accertamento di alcuni fatti, che connotano attraverso elementi empiricamente rilevanti concrete modalità di svolgimento del rapporto, o segnalano accorgimenti posti in atto per occultare o non far trasparire tipologicamente indicativi, almeno ad un giudizio *id quod plerumque* certe circostanze significative; elementi caratteristici quindi i quali, sono *accidit*, della situazione del lavoro subordinato.

Nel caso dell'art. 69, 1° comma, la qualificazione nel senso del lavoro subordinato è tratta, come visto, dalla mancata "individuazione del progetto, ecc.". Ognuno può misurare quanto l'affidamento nel meccanismo presuntivo sia questa volta mal riposto. L'assenza di progetto in una collaborazione autonoma è un "fatto noto" esile, bolso e controvertibile nell'indicare elementi di subordinazione: del tutto arbitrariamente il legislatore ha voluto trarre da tale fatto una deduzione assiomatica di qualificazione nel senso del lavoro subordinato.

In particolare, l'aver stabilito una presunzione tanto inevitabile su dati tanto insicuri, non può reggere un giudizio di ragionevolezza - secondo il principio della proporzionalità ed adeguatezza della norma rispetto allo scopo[416]- in un eventuale scrutinio di costituzionalità. Inoltre, deve valere sempre il principio di neutralità, per il quale il lavoro è tutelato in tutte le sue forme e applicazioni. Un'ascrizione tanto ingiustificata al lavoro dipendente pare perciò insostenibile anche a stregua dell'art. 35, 1° comma, Cost.[417].

Al di là dei dubbi di costituzionalità, debbono pure porsi alcuni interrogativi su come possa poi in pratica attuarsi il preteso mutamento forzoso di rapporto. Ci si chiede ad esempio, e giustamente, in quale rapporto di lavoro subordinato si dovrebbe in concreto trasmutare la collaborazione instaurata senza progetto, e come potrebbe esserne determinato l'oggetto (la prestazione di lavoro). L'attuatore della delega, mostrando poco interesse a tali concreti profili applicativi, parla in via generalissima di "rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato", e non indica nessun altro parametro di riferimento o orientamento. Senonchè, il sottostante lavoro autonomo "trasformato", nella visuale del legislatore avrebbe dovuto essere a tempo determinato: per cui sorge almeno una questione ormai classica, essendo sorta anche per mutamenti consimili nell'area dei rapporti subordinati, di rispetto della volontà delle parti. Più in generale, deve obiettarsi che "non si capisce come possa essere convertito in lavoro subordinato un lavoro che era senza orario, senza indicazione di categoria, qualifica e mansioni"[418]. *[omissis]*

Art. 62 (Forma).

---

[416] Su questi vizi, rilevanti in ordine al giudizio di ragionevolezza v. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza,* Giuffrè 2001, specie cap. 2.

[417] Si potrebbe richiamare, su un altro piano, tutto quanto detto *retro*, n. 3, sull'idoneità della triade a fornire effettivi dati di selezione. In proposito, potrebbero sopperire le apposizioni che connotano, come abbiamo visto, la riconducibilità a progetto. Ma l'indagine circa la sussistenza di dati quali la gestione autonoma del collaboratore in funzioni del risultato, il rispetto del coordinamento all'organizzazione del committente e l'indipendenza dal tempo impiegato, è preclusa nel quadro della presunzione assoluta di cui all'art. 69, 1° comma, e rientra come subito diremo nel 2° comma.

[418] Così, giustamente MISCIONE, *Il collaboratore*, cit. 821, che trova perciò "imbarazzante" la soluzione della presunzione assoluta. Probabilmente qui viene in gioco l'erronea supposizione che le collaborazioni siano fittizie *alias*, per retropensiero, che allora siano subordinate.

Il contratto tipico di lavoro a progetto.

1. "Il contratto di lavoro a progetto è formulato in forma scritta e deve contenere … i seguenti elementi…". Ciò che viene indicato dall'articolo in commento, fin dalla prima battuta si presenta come del tutto diverso da quanto indica l'art. 61, 1° comma, a riguardo delle collaborazioni ricondotte a progetto. È reciso, nell'art. 62, ogni legame col passato. D'acchito, invece di una prestazione d'opera si esibisce un nuovo contratto; ed esso, perentoriamente, deve contenere alcuni elementi, non tutti essenziali nella stessa misura, non paragonabili alle apposizioni forse sovrabbondanti, ma rivolte a procacciare la reale autonomia del rapporto, con cui viene integrata la riconducibilità a progetto (*retro sub* art. 61, n. 5). Mentre nell'art. 62, gli elementi contenuti nel contratto, fra cui l' "indicazione" del progetto, ecc., appaiono estrinseci, indirizzati a realizzare nel momento della stipula un requisito di forma. In particolare, l'indicazione del progetto rileva a tal fine e nel solo momento iniziale, mentre appare irrilevante nel seguito, ad esempio nel guidare effettivamente lo svolgimento del rapporto.

In breve, dopo quella sostanzialistica di cui all'art. 61, 1° comma, l'art. 62 offre un'altra possibilità, più ristretta e formalistica. Per cui l'analisi dell'articolo in commento ha un valore decisivo per delineare le alternative offerte dal legislatore e nel contempo corroborare la nostra tesi del "doppio binario".

Abbiamo già detto che la soluzione duplice è suggerita, e anzi, vedremo subito, imposta dalla stessa legge di delega (*retro sub* art. 61, n. 1). Nell'art. 4, comma 1, lett. c) della l. n. 30/2003 sono elencati i principi e criteri direttivi che debbono informare la "disciplina" e/o la "razionalizzazione" delle collaborazioni coordinate e continuative. Il primo di essi suona: "previsione della stipulazione dei relativi contratti mediante un atto scritto da cui risultino la durata, determinata o determinabile, della collaborazione, la riconducibilità di questa a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso resi con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione, nonché l'indicazione di un corrispettivo che deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro".

Il principio, o criterio direttivo, del n. 1, sembra insistere sulla stessa materia di quello del n. 3, che suona: "riconduzione della fattispecie ad uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso". Si è cercato spiegazione di questo ulteriore principio e criterio, in apparenza pleonastico, utilizzando il presupposto del legislatore "disattento"[419]: la delega avrebbe considerato in due riprese, nei nn. 1 e 3, lo stesso tema, per trascuratezza o errore. Senonchè, partendo dal diverso assunto che il legislatore delegante avesse piena consapevolezza, l'indicazione dei detti principi o criteri direttivi in due diverse lettere, assume un significato ben diverso. E cioè che lo stesso abbia scelto una prospettiva più aperta, nella quale i sentieri che portano a liberare il terreno

---

[419] Si è suggerita un'interpretazione nel senso che la previsione del n. 3 sarebbe frutto di un difetto di coordinamento rispetto alla versione in precedenza approvata: cfr. P. BELLOCCHI, in *Commento* cit. p. 209, laddove osserva che, nel testo del disegno n. 848 approvato dal Senato nel 2002, quello che sarebbe diventato il principio o criterio n. 3 era l'unico tipizzante: onde sarebbe diventato una ripetizione da eliminare dopo che la riconducibilità a progetto è stata introdotta nel n. 1. Da ciò non viene in nulla spostata la mia conclusione. Il *drafting* nostrano, lo sappiamo, è molto spesso deficitario. Ma ciò non deve indurci alla presunzione d'errore, quasi sanatoria di equivoci e difetti, se una interpretazione dotata di coerenza possa essere desunta attribuendo valore al testo ritenuto errato. E poi si deve sempre supporre, fino a prova contraria, che quella definitivamente approvata sia una versione migliore e più consapevole di quelle ipotizzate in precedenza. Nella versione definitivamente approvata della legge delega è proprio saliente il fatto che la riconducibilità a progetto venga richiesta in due punti, sia per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa da innovare (n. 3), sia per il contratto a progetto da introdurre *ex novo* (n. 1): sul che si è poi allineato il decreto attuativo.

dalle collaborazioni spurie si biforcano (e in quella fase si trattava di un terreno universale, non bipartito).

In tale prospettiva, quando nel criterio o principio n. 3 della lett. c) della delega si parla di "fattispecie" da ricondurre ad uno o più progetti, ecc., il riferimento è di sicuro alla locuzione che sintatticamente regge il discorso, e cioè a "collaborazioni coordinate e continuative"; le quali sono delineate nel nostro ordinamento (in quel momento: febbraio 2003) in termini che prescindono dal contratto in cui hanno base e dalla sua causa, avendosi riguardo solo alle caratteristiche della prestazione d'opera, ovvero a situazioni soggettive, o ad attività materiali o professionali svolte, indipendentemente dalla fonte costitutiva dei relativi rapporti (v. *retro*, Capo I, *sub* nn. 1, 2 e 3, dove questo stato delle cose è rappresentato e argomentato, con riguardo sia alla definizione civilistica: art. 409, n. 3; sia a quella tributaristico-previdenziale: art. 49, 2° comma, lett. a), e, ora, 47, lett. c-bis), TUIR).

Nel n. 1, sempre della lett. c) dell'art. 4 della delega, quando si parla di "relativi contratti" il rinvio è pure, immediatamente, alle "collaborazioni coordinate e continuative", ma la portata è diversa perché indica il contratto relativo, che le ha ad oggetto, ma che non esisteva ancora. Per cui "relativi contratti" non può che alludere ad un contratto nominato "di nuovo conio" di collaborazione coordinata e continuativa; quello che nell'attuazione vi è obbligo di prevedere e che è stato appunto chiamato "contratto di lavoro a progetto". Che la correlazione sia istituita con un tale contratto che dovrà essere preveduto, e non con altri che in passato come tali non erano previsti, è imposto dalla logica e, più latamente, dal rifiuto del postulato della ignoranza del legislatore. Diversamente, si dovrebbe pensare che il legislatore sia partito dall'assunzione che nel nostro ordinamento sarebbe prevista la figura negoziale tipica costituita da un contratto per così dire nominato di collaborazione coordinata e continuativa, e abbia perseverato in questo marchiano fraintendimento scrivendo addirittura "relativi contratti". Perché dovrebbe ritenersi che il legislatore ha coonestato l'affermazione di qualcosa che non esiste, quando la locuzione "relativi contratti" trova il suo pieno senso ricollegandola ad una figura da prevedere, di cui la delega detta criteri e principi nella lett. a)?[420]

Qualsiasi dubbio è stato comunque sciolto, a mio avviso, nel decreto attuativo: quello che nella delega poteva essere prospettato quale ipotesi interpretativa più convincente - l'indirizzo duplice - in esso è diventato realtà. Nell'art. 62 è diventato realtà. In tale articolo è stato previsto proprio quel contratto che mancava, introducendo una nuova figura negoziale; mentre nel 1° comma dell'art. 61, si è riorganizzata la situazione di una fattispecie acausale, già a disposizione nell'ordinamento, richiedendo per cosi dire che si adegui allo scopo perseguito.

---

[420] La locuzione "relativi contratti", pervero, potrebbe essere chiarita, un po' alla buona, agganciandola alla prassi dell'esperienza concreta, nella quale è consueto denominare "contratto di collaborazione coordinata e continuativa" la scrittura con la quale viene fornita una veste cartolare all'accordo delle parti in materia (di solito perché si ritiene che ciò abbia maggior tenuta di fronte ad eventuali contestazioni circa la qualificazione). Ma perché si dovrebbe affermare che il legislatore delegante sia soggiaciuto tanto sbadatamente ad un siffatto equivoco? Sono perciò propenso a credere che il legislatore della delega sa quel che dice: e quando parla di "relativi contratti", pensa ad un nuovo contratto *pro futuro*, da redigere in forma scritta, che abbia per contenuto gli elementi indicati nel n. 1 della lett. c).

Per addurre un ultimo argomento a favore del doppio binario, si segnala pure che la pretesa dirigistica e autoritativa di soppiantare le vecchie collaborazioni ritenute fittizie attraverso l'imposizione di un tipo, è un po' una scoperta dell'ultimo momento. Sicuramente non era nelle premesse della delega; nè mai era stato espresso un intento di incanalare tutto il lavoro autonomo coordinato nell'unica modalità di un contratto a termine da stipulare in forma scritta. Tanto più se un siffatto strumento sanzionatorio-coercitivo viene stabilito solo per una parte del cielo, non per tutto.

Nel "Libro bianco" l'idea del lavoro a progetto, sbandierata sicuramente in funzione selettiva[421], indica una soluzione da affiancare ad altre, magari già esistenti. Non pretende di sostituire di un colpo, e totalitariamente, il concetto di "progetto" ai concetti di "opera" e di "servizio". Duemila anni di storia e di esperienza giuridica, due secoli di codificazione, contano. E non potevano essere autoritativamente soppressi neppure i dati di qualificazione più recenti *ex* art. 409, n. 3, che si erano via via assestati e avevano consentito un'esperienza, forse con più ombre di luci, grazie a cui, in una determinata fase dell'evoluzione normativa, era stata comunque soddisfatta una richiesta troppo inevasa di flessibilità.

Non a caso, dunque, nell'intenzione di Marco Biagi la strada da imboccare non era così drastica come dopo si è preteso che fosse. Riconosce infatti il "Libro bianco": "si rintracciano sovente caratteristiche di coordinamento e di continuità nella prestazione, ma pur sempre in un ambiente di autonomia organizzativa, circostanze che reclamano una apposita configurazione. *Il che non significa affatto propendere per un intervento legislativo "pesante":* al contrario la tipizzazione di questa forma contrattuale è *finalizzata ad assicurare il conveniente esercizio dell'autonomia contrattuale delle parti".*

In conclusione, se l'intendimento di legislatore delegante e delegato fosse stata la universale coercizione al tipo contrattuale lavoro a progetto, essi si sarebbero posti al di fuori di una linea di continuità con quanto profilato nel "Libro bianco". A parte quanto si dirà sul piano della compatibilità costituzionale (*infra sub* artt. 63-67, n. 20), l'argomento ora riferito contribuisce a ridimensionare le pretese astratte di convogliamento obbligatorio, specie se esse si accompagnano ad una opportunistica scissione, fra inclusi ed esonerati, del campo in cui dovrebbe realizzarsi.

2. Riprendendo il commento dell'art. 62, la rubrica ("Forma") e l'apertura del testo ("il contratto … è stipulato in forma scritta …") non sembrano a tutta prima lasciar dubbi sull'intento di stabilire la forma scritta *ad substantiam.* Senonchè lo stesso testo prosegue: "…e deve contenere, ai fini della prova, i seguenti elementi: a) indicazione …" ecc. Tralascio, per un momento, la considerazione nel dettaglio degli elementi richiesti, e mi impegno a tradurre le parole astrusamente combinate nell'avvio dell'art. 62.

Come noto, quando la forma scritta è richiesta per la validità del contratto (e con tale effetto la forma può essere "voluta" pure dalle parti: art. 1352), tanto da esserne considerata un "requisito" (art. 1325, n. 4), la sua mancanza può determinare la nullità del contratto stesso, se questo la legge prevede. Quando la forma è invece richiesta per la prova, e allora si dovrebbe parlare di forma della prova, la sua mancanza non comporta conseguenze sulla validità del contratto. Si

---

[421] Cfr. anche retro, sub art. 61, n. 4. "In estrema sintesi – dice la Relazione, ripetendo le parole del "Libro bianco" - si tratta di conferire riconoscimento giuridico ad una tendenza che si è rivelata visibile con il passare degli anni, soprattutto in ragione della terziarizzazione dell'economia, quella appunto di *lavorare a progetto"* (nel "Libro bianco" v. il punto II.3.6. (72), "lavoro a progetto").

aggiunga che, a volte, certe forme sono richieste ad effetti diversi da quelli fin ora indicati, per cui non incidono né sulla validità, né sulla prova del contratto.

Se la forma scritta è *ad probationem,* dunque, anche se non è osservata il contratto è pienamente valido, ma manca il documento dal quale risultino la sua esistenza e il suo contenuto. In tali casi sono notevolmente limitati i mezzi di prova a disposizione: pur essendo ammessa la confessione e il giuramento, è precluso il ricorso alle prove più consuete, quella testimoniale e quelle per presunzioni (art. 2725, 1° comma e 2729, 2° comma), a meno che "il contraente non abbia senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova" (art. 2724, n. 3). Se la prova dell'esistenza e del contenuto non viene attinta con i più limitati mezzi ammessi, sarà possibile accertare che è venuto ad esistenza un diverso contratto, se ne sussistono gli elementi.

Nel quadro così precisato, deve essere valutata la lettera non perspicua dell'art. 62. La dizione, invero, non è la stessa degli artt. 35, 1° comma e 42, 1° comma (cfr. i commenti *sub* articoli citati), previsti rispettivamente per il lavoro intermittente e per quello ripartito, che recitano: "il contratto … è stipulato in forma scritta ai fini della prova dei seguenti elementi". Questa seconda formulazione, ben più comprensibile, non lascia dubbi che si tratti di forma scritta *ad probationem,* con le conseguenze dette in caso di mancanza di forma. Nell'art. 62 la forma scritta del contratto pare invece richiesta *ad substantiam*, e questo impedirebbe di omologare il caso a quelli ora menzionati[422]. Ma poi si dice che il contratto di lavoro a progetto deve contenere una sere di elementi "ai fini della prova": sembra quasi che, per provarne la forma, nel contratto quegli elementi debbano esserci. Insomma il testo rimane oscuro sul punto.

D'altro canto, in altro luogo del decreto attuativo viene espressamente prevista la nullità del contratto, a stregua dell'art. 1325, n. 4, se manca la forma scritta. È il caso del contratto di inserimento, il quale "è stipulato in forma scritta e in esso deve essere individuato il progetto individuale di inserimento" (art. 56, 1° comma). "In mancanza di forma scritta" (dovendosi intendere che in tale forma sia incorporata pure la detta individuazione del progetto di inserimento: cfr. commento articolo citato), "il contratto è nullo e il lavoratore si intende assunto a tempo indeterminato" (art. 56, 2° comma). Non v'è dubbio, quindi, che nell'ipotesi considerata la forma scritta sia richiesta *ad substantiam*; ma come affermare che l'art. 62 la richieda allo stesso fine, se non è espressamente indicata la sanzione della nullità nel caso manchi?

Conviene anzitutto, a mio avviso, scomporre la oscura dizione d'avvio dell'art. 62 in tre assunti. Il contratto di lavoro a progetto (a) deve essere stipulato per iscritto, (b) deve contenere certi elementi e (c) la prova (della sussistenza) di tali elementi deve essere data per iscritto. Di fronte a questa formulazione complessa, si aprono due ipotesi interpretative. O nei punti (a) e (c) la forma scritta ha rilievo diverso, per cui, nel medesimo contesto, opera *ad substantiam* con ri-

---

[422] Invero, se nell'art. 62, inizio, il legislatore intendeva dire ciò che dice negli artt. 35, 1° comma e 42, 1° comm, non si comprende perché, invece di sfoderare la sua formulazione criptica, non abbia ripetuto le espressioni precedenti o non abbia detto semplicemente: "Il contratto di lavoro a progetto deve essere provato per iscritto e contiene i seguenti elementi: a) indicazione ecc. …".

guardo al contratto, *ad probationem* con riguardo agli elementi che il contratto deve contenere[423]; oppure la forma scritta è, in entrambi i casi, richiesta *ad probationem*, nonostante la tormentata espressione linguistica, per cui i rapporti fra contratto e suoi elementi si pongono per così dire su un piano paritario.

La scelta dell'una o dell'altra ipotesi, che ha conseguenze assai differenziate per l'applicazione (ovviamente, tutte le conclusioni varrebbero non in generale, ma solo nell'ambito di operatività della riforma), deve poi essere collaudata a stregua di varianti e di valutazioni richieste dalla natura della materia. Il discorso può essere più problematico considerando che, pur nell'osservanza della forma scritta, il contratto potrebbe non contenere l'uno o l'altro degli elementi richiesti, ovvero potrebbe mancare la forma scritta dell'uno o dell'altro di tali elementi. Per non dire della domanda che sotto sotto si impone: sono tutti eguali gli elementi che il contratto deve contenere?

Nelle normative giuslavoristiche, inoltre, la distinzione canonica in tema di forma del contratto soffre spesso di una certa insufficienza esplicativa[424] e le conseguenze che ne sono tratte presentano irregolarità e deviazioni. Nelle leggi succedutesi in materia di contratto a termine, ad esempio, vi è sempre la regola che se l'apposizione non risulta da atto scritto è priva di effetto (art. 1, 3° comma, l. 18 aprile 1962, n. 230 e art. 1, 2° comma d. lgs. 6 settembre 2001, n. 386). Ma l'eventuale assenza di forma scritta nell'apposizione del termine non inficia il contratto: trattandosi di elemento accidentale, la sua caducazione implica che sia sorto un contratto a tempo indeterminato, non venendo affatto in rilievo, discutibilmente, che vi potrebbe essere una genuina volontà divergente delle parti.

Nel *part-time*, l'art. 5, 2° comma, l. 19 dicembre 1984, n. 863, stabiliva che il relativo contratto "deve stipularsi per iscritto", e che in esso "devono essere indicate le mansioni e la distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana al mese e all'anno"; mentre nell'art. 2, 1° comma, d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, che rinvia all'art. 8, 1° comma, si chiarisce che la forma scritta, in cui deve essere stipulato il contratto, "è richiesta a fini di prova"; per cui, nel caso manchi la scrittura, si ammette la prova per testimoni nei limiti di cui all'art. 2725 (e la prova per presunzioni?) e, in difetto, su istanza del lavoratore, potrà essere dichiarata la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno[425].

Con il breve *excursus* intendevo segnalare come la problematica della forma scritta sia scandita, nella disciplina dei rapporti di lavoro, da specificità e intersezioni non trascurabili. In particolare, se manca la forma scritta, specie *ad probationem*, in un rapporto che la richiede, affiora l'esigenza di prendere in considerazione la sottostante intenzione delle parti, specie se traspare o appare

---

[423] In termini del tutto simili v. L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative,* nn. 2 e 3, di pross. pubbl. in *Lav giur.* 2004. Per tale autore, che si pone ovviamente in una prospettiva monobinario, il contratto di lavoro a progetto è per così dire doppiamente formale: una prima volta perché esige *ad substantiam* la forma scritta, una seconda perché ne è requisito formale il progetto, la sussistenza del quale, peraltro, deve essere provata per iscritto. Per questa ingegnosa ricostruzione, l'assenza di forma scritta del contratto determinerebbe la sanzione della sua nullità (ma essa non è espressamente comminata, come vuole l'art. 1325, n. 4: può trarsi egualmente la conseguenza?); mentre l'assenza di forma scritta del progetto, determinerebbe la sanzione della conversione nel lavoro subordinato per la presunzione assoluta di cui all'art. 69, 1° comma.

[424] La distinzione per cui la forma scritta è richiesta *ad substantiam,* ovvero *ad probationem,* ai fini della validità del contratto o, di contro, ai fini della prova della sua esistenza, è una distinzione scolastica, ambigua e comunque insufficiente (così V. ROPPO, *Il contratto*, cit. 242)

[425] Cfr. BOLEGO, *Commento* all'art. 8, d. Lgs 61/2000 in *Il lavoro a tempo parziale*, a cura di M. Brollo, Milano, 2001, 186 ss.

consapevole. Per tradurre questo pensiero in indicazioni plausibili anche per il contratto di lavoro a progetto, non ci si può peraltro sottrarre al preliminare interrogativo già accennato. I cinque "elementi" distinti nell'art. 62, che debbono o possono essere contenuti in tale contratto, hanno una diversa importanza in relazione alla loro essenzialità, o se si vuole, attitudine conformatrice del tipo? E questa eventuale gerarchia si correla ad una intensità differenziata pure dal punto di vista della necessità di essere rivestiti di forma scritta?

3. Nell'accingerci a rispondere a tali complesse domande, devono premettersi gli "elementi" individuati nelle lettere da a) ad e) dell'art. 62. Come in parte richiedeva già l'art. 4, lett. c), n. 1 legge delega, il "contratto di lavoro a progetto [è] stipulato in forma scritta … deve contenere": "*a)* indicazione della durata, determinata o determinabile, della prestazione del lavoro"; *b)* indicazione del progetto o programma di lavoro, o fasi di esso, individuata nel suo contenuto caratterizzante, che viene dedotto in contratto"; *c)* il corrispettivo e i criteri per la sua determinazione…"; *d)* le forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente…; *e)* le eventuali misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore …"

Fra questi elementi, vengono in particolare risalto quelli delle lettere a) e b), e cioè l' "indicazione della durata" ecc. e l'"indicazione del progetto" ecc. In queste due lettere, si badi, e solo in esse, "elemento" non risulta essere, propriamente, la durata o il progetto, ma l' "indicazione" degli stessi: volendosi con tutta evidenza accentuare il profilo per così dire di esteriorità rappresentativa, rispetto alla sostanza dell'entità rappresentata. Del resto, si tratta delle due connotazioni che vengono esibite per contraddistinguere la nuova previsione del lavoro a progetto, attraverso i tratti distintivi specifici che la configurano. Sempre si dà per scontato che il contratto relativo sia imperniato su un progetto e sia altresì a termine; questi dati, in definitiva, concorrono massimamente a delineare la tipicità della fattispecie negoziale[426]. Non è così per il corrispettivo di cui alla lett. c), che pure deve esserci. Nonostante la sua essenzialità esso non ha attitudine tipizzante lo speciale contratto di lavoro autonomo di cui discorriamo.

In breve, l'indicazione del progetto e della durata (per lo più mediante apposizione del termine) sono gli *essentialia negotii* nel senso preciso che non possono mai mancare nel contratto di lavoro a progetto, e, nel contempo, che posseggono in modo eminente virtù informativa del tipo e concorrano alla sua configurazione. Sulla base di tale assunto, procederemo ora alla considerazione più analitica degli elementi richiesti come contenuto del contratto di lavoro a progetto, avendo cura di distinguere la soluzione normativa che correlativamente si presenta nel contesto delle collaborazioni coordinate e continuative ricondotte a progetto *ex* art. 61, 1° comma. Dobbiamo naturalmente dare per scontata la prima differenza *in re ipsa*, per la quale tali collaborazioni non abbisognano della forma scritta, mentre ne abbisogna il contratto tipico, nei termini che veniamo esponendo.

A) *Indicazione della durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro.*

Questo elemento non attiene solo all'apposizione del termine, quale *caracteristicum* del contratto di lavoro a progetto, ma impone, assai più, che la durata si riferisca alla "prestazione di lavoro" erogata, e non tanto al rapporto di lavoro. Per cui, l'indicazione della durata assume nel

[426] Su queste connessioni, in particolare sulla identificazione degli elementi caratterizzanti il tipo e dei tratti distintivi del tipo cfr. classicamente DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974, *passim*, e spec. Cap. II.

contratto tipico una specificità aggiuntiva, che lo rende inconfondibile con le collaborazioni integrate dalla riconducibilità a progetto, che possono invece essere a "durata indeterminabile o indeterminata" (*retro, sub* art. 61, n. 7), e, se a "durata determinata o determinabile", non è imposto che tale durata attenga alla "prestazione di lavoro".

Nel lessico familiare al giuslavorista, "durata…della prestazione di lavoro" può dirsi solo di un'attività di lavoro, svolta in condizioni di subordinazione, per eseguire la quale l'obbligato deve rispettare un orario di lavoro su base giornaliera, settimanale e annua[427]. L'attuatore della delega pare qui stabilire precisamente la regola per cui la durata nel contratto di lavoro a progetto deve essere "determinata" in base ad un monte di ore, e/o di giorni, e/o di mesi prefissato, che misura la prestazione di lavoro occorrente, ovvero deve essere comunque "determinabile" nel senso del calcolo previo di quel monte. In breve, o è apposto un termine *certus an*, *certus quando*, oppure, se il termine è solo *certus an*, la durata determinata *per relationem* dovrà fare riferimento al tempo presumibilmente necessario per svolgere la prestazione di lavoro occorrente: tanto che l'indicazione di una durata siffatta è elemento che deve essere contenuto nel contratto.

La richiesta è dirompente e inaspettata, trattandosi di lavoro autonomo. Ma se il legislatore avesse voluto esprimere una qualche regola diversa, avrebbe parlato di "durata del rapporto", o "di durata della collaborazione" (come nella delega), ovvero di durata del progetto, o programma, o fase. Traspare insomma un intento fortemente selettivo del legislatore, il quale pare incline ad annoverare nel contratto tipico solo situazioni caratterizzate in maniera peculiare, nella specie quelle contraddistinte dall'*indicazione* della durata determinata in una certa guisa, nonché dall'*indicazione* del progetto[428].

Piaccia o no, la novità della previsione dell'art. 62, lett. a), è data dal fatto che, in un contratto di lavoro autonomo viene richiesta una indicazione preventiva della durata della prestazione di lavoro, che può essere determinata solo sulla base dell'orario di lavoro in cui si svolge o della sommatoria del tempo impiegato a svolgerla. E infatti, per un verso, nella prospettiva di raffronto interno con gli altri elementi contenuti nella fattispecie negoziale, la apposizione di un termine del rapporto e la fissazione di una durata della prestazione di lavoro sono coerenti con l'esigenza, soddisfatta mediante l'indicazione di cui alla lett. b), che il contenuto del progetto, o programma o fase sia "caratterizzante"; e inoltre si correlano, sia con la disciplina del corrispettivo (più analizzata nella lett. c) dell'art. 62, che non nell'art. 63), sia con il coordinamento all'organizzazione del committente, che nella specie è suscettibile di ambivalenze, trattandosi di coordinamento "anche temporale" (v. lett. d) dell'art. 62): tanto che viene vistosamente richiamata l'esigenza che non abbia pregiudizio l'autonomia dell'attività lavorativa.

Ma non intendo insistere sulla prospettazione. Quand'anche dovesse concludersi che la durata della prestazione debba intendersi quale durata del rapporto, valendo il postulato del legislatore

---

[427] Così, l'art. 2107, cod. civ. dice che "la durata giornaliera e settimanale della prestazione di lavoro non può superare i limiti" di legge.

[428] La previsione, e il suo intento, non possono essere negati con il discorso che il legislatore avrebbe usato un linguaggio impreciso ed atecnico, perché nella specie tale discorso è spuntato. Di fronte alla chiarezza delle espressioni usate, e del contesto di riferimento, anche alternativo, che è ben percepibile, non si può insinuare il postulato dell'ignoranza del legislatore. Come già detto, tale postulato non è invocabile *ad libitum*, e comunque è da escludere quando, come nella specie, la affermazione che si vorrebbe contraddire è coerente con altre affermazioni del legislatore stesso, che comprovano come egli intendesse realmente affidare al contratto di lavoro a progetto la specifica funzione che veniamo dipanando.

inavvedduto, se ci spingiamo più decisamente nella prospettiva di raffronto "esterno" con la fattispecie della collaborazione ricondotta a progetto, viene in evidenza come questa sia contraddistinta da dati del tutto divergenti. E invero, considerando le tre significative apposizioni di cui all'art. 61, 1° comma, nelle quali si riassume la formula della "riconducibilità a progetto" delle collaborazioni coordinate e continuative, appare precisamente esclusa una durata con termine prefissato, tanto meno se con orario giornaliero, settimanale o annuale di lavoro. Ciò che l'art. 62 chiede alla lett. a), appare in particolare incompatibile con la circostanza che nelle collaborazioni integrate dal progetto nessuna considerazione può farsi del "tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa" e che il coordinamento di questa con l'organizzazione del committente deve essere fatto autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato.

B) Indicazione del progetto o programma di lavoro, o fasi(?) di esso, individuata(?) nel suo contenuto caratterizzante, che viene dedotto in contratto.

Pure leggendo questo elemento si ripresenta acuta la difficoltà a comprendere il significato delle espressioni usate. In via di estrema sintesi, tuttavia, e senza infliggere altra sofferenza "linguistica", l'elemento in esame impone che il progetto, o programma o fase di esso, venga anzitutto indicato e che con questa indicazione si individui il contenuto caratterizzante del progetto, programma o fase. La legge insomma impone che quanto viene dedotto in quel certo contratto, deve essere individuato come progetto, ecc. e deve avere un contenuto caratterizzante. Ciò significa che il progetto, o il programma o la fase, dovranno essere indicati con adeguata descrizione; la loro indicazione, infatti, funge da tratto distintivo del tipo, e concorre pertanto con valore eminente a caratterizzarne l'inconfondibilità[429].

Avevamo constatato (*retro*, *sub* art. 61, nn. 3, 4 e 5), che la alternatività di progetto, programma o fase annullava la loro attitudine qualificatrice; per cui, riducendosi la selettività di tali termini, la virtù informativa in essi mancante, con riguardo alle collaborazioni coordinate e continuative da ricondurre a progetto viene surrogata dalle tre apposizioni che, nell'art. 61, 1° comma, chiariscono e specificano il contesto. Ora, e con notevole divergenza, esemplificata pure dagli schemi di scrittura correlativi (appendice), nel contratto di lavoro a progetto deve essere indicato invece proprio un progetto, o programma, o fase, nel suo contenuto caratterizzante: e questa indicazione costituisce un elemento che il contratto *de quo* deve contenere.

Da tutto ciò si evince come lo stesso dato – l'indicazione del progetto, programma o fase di esso- che in sé dovrebbe essere deputato a svolgere in ogni caso la stessa funzione, abbia un valore diverso nei due contesti di qualificazione: essenziale, nel senso che adempie ad una reale selezione, quando il dato viene richiesto come "contenuto caratterizzante", che concorre a tipizzare la fattispecie di un contratto; di orientamento di massima, quando il dato può aggiungersi quale contrassegno di una collaborazione coordinata e continuativa, e quindi su un piano acausale. In questo secondo ambito, la tipizzazione si può realizzare, anche senza l'indicazione formale del progetto, sulla base di elementi di supporto diversi, quelli che abbiamo visto funzionalmente connotare, *ex* art. 61, 1° comma, la riconducibilità a progetto.

---

[429] A connotare il tipo, possono come noto concorrere con diversa intensità, oltre la causa, altri elementi individuativi, compreso la previsione di effetti inderogabili. Cfr. la disamina di DE NOVA, *Il tipo contrattuale* cit., specie 59 ss.

In conclusione, l'indicazione del progetto ecc. assume una virtù informativa del tipo contrattuale; la medesima indicazione, e pure il progetto stesso, non hanno viceversa un significato paragonabile per integrare le collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3. Gli è che nella riconducibilità a progetto di cui all'art. 61, 1° comma, si ha in mente un'operazione più complessa, per realizzare la quale debbono sussistere gli elementi funzionali descritti nelle tre apposizioni, giacchè serve a introdurre una diversa qualificazione in collaborazioni già caratterizzate. A tale scopo non basta richiedere, come fa l'art. 62, lett. b), l'indicazione in via estrinseca di un progetto ecc. quale tratto identificativo di una nuova fattispecie negoziale tipica, ma deve essere precostituita la falsariga di un mutamento più impegnativo, per conseguire l'adattamento della fattispecie anegoziale già esistente.

4. Gli elementi elencati nelle lettere successive dell'art. 62 si atteggiano con minore intensità specificatrice di quelli ora visti. A parte quanto detto nella lett. e), che è dichiarato eventuale, sul corrispettivo (lett. c), immancabile in un contratto di scambio, è dettata pure una apposita norma, quella generale dell'art. 63, nella quale più propriamente vanno ricercate i parametri per la determinazione del compenso. Quanto alle "forme di coordinamento" (lett. d), la loro precisazione è importante perché, vedremo subito, perché un certo controllo della genuinità del progetto nel contratto tipico impedisce al conseguente rapporto di trapassare inavvertitamente nel lavoro subordinato a termine.

C) il corrispettivo e i criteri per la sua determinazione, nonché i tempi e le modalità di pagamento e la disciplina dei rimborsi spese.

Essenziale se si ha riguardo al contratto di scambio, questo elemento non ha tuttavia alcuna virtù distintiva del tipo con riguardo al contratto di lavoro a progetto. Rinviandone pertanto una trattazione più ampia nella sede propria di commento - l'art. 63, la cui rubrica suona "corrispettivo"- deve solo premettersi che il "corrispettivo e i criteri per la sua determinazione", costituiscono un dato che in sostanza appare insensibile alle varianti di situazione in cui ricorre. Invero esso ha una portata non dissimile se viene ricostruito in relazione al contratto tipico di lavoro a progetto, ovvero, più semplicemente, ad un rapporto di collaborazione *ex* art. 409, n. 3 da ricondursi a progetto. Tranne, naturalmente, che per l'aspetto della forma scritta, richiesta nella prima ipotesi, non necessaria nella seconda.

Si è altresì posto l'accento sul valore che riveste la previsione della lettera in commento, come indicazione di un ruolo preminente dell'autonomia individuale nel determinare il compenso. Come vedremo (*sub* art. 63, n. 1), la indubbia valorizzazione segnalata non è circoscritta alla figura tipica del contratto, giacchè la determinazione del compenso e dei suoi criteri ad opera delle parti ha motivo e spazio di esprimersi nell'ambito di qualsivoglia contratto sfoci in una collaborazione coordinata e continuativa.

Peraltro, ricercando qualche diversità d'accento con la norma dell'art. 63, si potrebbe osservare che nella lett. c) dell'art. 62, l'elemento del corrispettivo viene precisato più in dettaglio includendovi, non solo "i tempi e le modalità di pagamento" del corrispettivo, che ovviamente possono essere fissati, anche per iscritto, in ogni collaborazione, ma pure "la disciplina dei rimborsi spese". Questo specifico richiamo alla tecnica del rimborso delle spese – che, reintegrando spese ed esborsi sostenuti dal collaboratore, pervero non attiene al corrispettivo - è fatto senza neppure l'aggiunta di "eventuali" (che compare ad esempio subito sotto, nella lett. e)): per cui il richiamo

sembra evocare tipologicamente una situazione nella quale il collaboratore anticipa di suo il pagamento delle spese e dei costi incontrati nella realizzazione del progetto, e successivamente viene rimborsato in base ai giustificativi che presenta al committente.

Una siffatta situazione può ovviamente capitare in moltissimi casi: mi chiedo solo se il modo della formulazione della lett. c), implichi che il rimborso delle spese, da disciplinare nel contratto tipico, sia atto ad illustrare, per la costanza del verificarsi di quanto sembrerebbe sotteso, il "lavorare a progetto"; o comunque, al di là della locuzione che aveva influenzato la redazione del "Libro bianco", se esso debba porsi in un qualche collegamento dotato di significanza indicativa con la fattispecie tipica. Giacchè non si può escludere che l'attuatore della delega abbia avuto in mente determinate e precise figure di collaboratore, o si sia prefigurato quali siano, per lo più, i titolari di un contratto di lavoro a progetto.

Di fronte a questo interrogativo, attinente al valore di tipizzazione debole che potrebbe attribuirsi alla tecnica dei "rimborsi spese", sono perplesso a rispondere; anche se propendo per la negativa, non riuscendo a raffigurarmi uno stabile e significante nesso fra la pur specifica ipotesi contrattuale e la restituzione di costi e spese. Se, viceversa, la risposta fosse positiva, ai tratti distintivi della autonomia, della indicazione del progetto e dell'indicazione della durata, nell'individuazione del contratto di lavoro a progetto dovremmo aggiungere l'elemento della previsione di rimborsi spese.

D) le forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa, che in ogni caso non possono essere tali da pregiudicarne l'autonomia nella esecuzione dell'obbligazione lavorativa.

Con questo elemento, pure da indicare per iscritto, l'attuatore della delega ha introdotto una sorta di *rebus*, in quanto parrebbe ritenere che le forme di coordinamento al committente, nel contratto di lavoro a progetto, possano addirittura riferirsi alla "esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa". Cosa significa un tale discorso, in cui ancora una volta viene messa duramente alla prova la nostra lingua?

Nel contratto di lavoro a progetto, l'esecuzione non è istantanea, ma è sicuramente protratta nel tempo: non ha perciò senso alcuno collegare l'aggettivo "anche temporale" ad "esecuzione", come ha fatto il legislatore, quasi volesse attribuire a questa un connotato che vi è già immanente. Propongo perciò di collegare "temporale" all'inciso che antecede, e cioè a "forme di coordinamento". Se tanto ammettiamo, si deve ritenere che nel contratto di lavoro a progetto sia autorizzato un coordinamento anche temporale all'organizzazione del committente[430]. E il coordinamento temporale può essere realizzato anche nella forma della fissazioni di un orario di lavoro, che misura il tempo in cui la prestazione si deve svolgere, ovvero che detta il ritmo delle esecuzione della prestazione stessa, se questa avviene per tratti successivi o ad intervalli.

Come già accennato, l'elemento *sub* lett. d), quindi, è intimamente collegato a quello *sub* lett. a). Proprio perché nel contratto di lavoro a progetto vi può essere, al di là o accanto all'apposizione del termine, la determinazione, diretta o indiretta della durata della prestazione di lavoro (lett.

---

[430] V. da ultimo, come la Circolare del Ministero del lavoro n. 1/2004 (n. II) eviti l'insensatezza e faccia parlare il bambino che balbetta: la lett. d) dell'art. 62 "prevede che tra le forme di coordinamento … all'organizzazione del committente sono comprese anche forme di coordinamento temporale".

a), il coordinamento di questa alla organizzazione del committente non assume la forma semplice vista nella riconducibilità a progetto di cui all'art. 61, 1° comma; assume la forma più pregnante del coordinamento anche temporale. La prestazione di lavoro potrà essere pertanto svolta in considerazione del tempo che si è pattuito per adempiere, nella specie per realizzare il progetto; mentre l'art. 61, 1° comma, stabilisce che la gestione autonoma del progetto ad opera del committente in funzione del risultato, sia indipendente "dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa".

Il coordinamento temporale attuato in un siffatto contesto, e con i presupposti indicati dall'art. 62, lett. c), come abbiamo accennato, è tuttavia ambiguo e "pericoloso". Esso potrebbe con facilità tracimare in una messa a disposizione per un certo tempo, individuato dall'orario di lavoro, delle proprie energie di lavoro, e quindi potrebbe alla fin fine risultare un rapporto connotato dal vincolo di subordinazione, inteso come limitazione della libertà di autorganizzarsi a cui è caratteristicamente astretto il dipendente[431].

E) le eventuali misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore a progetto, fermo restando quanto disposto dall'articolo 66, comma 4.

L'attuatore della delega intende imprimere una forte identità, o inconfondibilità, al contratto di lavoro a progetto. Oltre ad essere l'unico contratto di lavoro autonomo a termine, contrassegnato per di più da una determinazione della durata della prestazione di lavoro, nonché dagli altri elementi di cui alle lettere dell'art. 62, sulle quali ci siamo soffermati, esso deve pure indicare le "eventuali misure per la tutela della salute".

Trattandosi di misure "eventuali", può anche capitare, in concreto, che in un certo contratto manchino. È però interessante notare che, se esse verranno prevedute nel contratto, per l'attuatore della delega ciò deve avvenire "fermo restando quanto disposto dall'art. 66, comma 4", e quindi, a quanto pare, osservando le norme sulla sicurezza e l'igiene del lavoro a partire dal d. lgs. n. 626 del 1994. Rimarcare una tale regola ovvia, risulta veramente ultroneo, e quindi criptico; anche perché nell'art. 62 non si rinvia mai ad altre disposizioni del decreto (ad es.: quando la lett. c) parla del corrispettivo, non aggiunge che resta fermo, come ovvio, quanto stabilito nell'art. 63); per cui deve comprendersi il significato di questo unico rinvio.

Ad avviso di chi scrive, se un senso può darsi al "fermo restando" di cui alla lett. e), non può essere altro da quello di additare, semplicemente, che nell'ipotesi del contratto tipico di lavoro a progetto possono essere concordate discipline anche diverse dalle discipline previste nel caso delle

---

[431] Per il pericolo di un tale sconfinamento, ritengo, l'attuatore della delega si è visto costretto a precisare che le forme di coordinamento, anche temporale, sulla esecuzione della prestazione lavorativa, non devono comunque essere congegnate in modo tale "da pregiudicarne l'autonomia" ("nella esecuzione dell'obbligazione lavorativa", si ridonda senza ragione). Un difficile equilibrio si profila, dunque, fra coordinamento anche temporale, e autonomia della prestazione del lavoratore a progetto. Tuttavia questa situazione problematica pare profilarsi, in virtù delle lettere a) e c) dell'art. 62, solo nel contratto tipico di lavoro a progetto. Nella riconducibilità a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, a stregua dell'art. 61, 1° comma, è da escludersi il coordinamento anche temporale, almeno nella forma penetrante che è consentita dalla possibilità di determinare la durata, ovvero l'orario, della prestazione di lavoro, proprio per il tenore letterale delle apposizioni ivi previste, nelle quali il risultato è indipendente dal tempo occorrente per il suo conseguimento.

collaborazioni ricondotte a progetto (art. 61, 1° comma)[432]. Poiché le tutele di legge in materia si applicano quando "la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente" (art. 66, 4° comma), se ne dovrebbe dedurre che nell'ipotesi in cui è comunque operante la previsione legislativa non potrebbero darsi scostamenti in forza di clausole contrattuali. Ma forse dobbiamo accettare che alcune disposizioni, o inutili, o inesplicabili, siano come non scritte.

5. Analizzati partitamente gli "elementi" che deve contenere il contratto tipico di lavoro a progetto, segnalate le differenze di accenti e le gerarchie di significati che essi presentano, siamo finalmente in grado di rispondere agli interrogativi lasciati in sospeso*, retro,* al n. 2. A mio avviso, il pur convulso testo dell'art. 62 impone di propendere per l'ipotesi che la forma scritta venga richiesta *ad probationem,* sia per il contratto in sè, sia per gli "elementi" che "deve contenere", inclusi i due più dotati di qualità individuatrice del tipo. Debbono però farsi in proposito non poche distinzioni e precisazioni, anche di valore solo teorico, perché consentono di meglio focalizzare la questione delle conseguenze da farsi e di attingere una soluzione.

Partendo dalla forma scritta del contratto, se essa manca e la prova della sua esistenza non viene surrogata con l'utilizzo dei mezzi consentiti nei limiti noti, viene a determinarsi una duplice proiezione, una relativa al contratto stesso nell'insieme, l'altra, assai più complicata, relativa agli elementi che deve contenere. Anzitutto, si dovrà verificare se quanto pur risulta dall'accertamento negativo consenta l'ascrizione dell'embrione di contratto all'ipotesi della collaborazione coordinata e continuativa ricondotta a progetto ai sensi dell'art. 61, 1° comma, che non richiede la forma scritta. Se la verifica darà esito positivo, l'intento concreto che ha indotto le parti a costituire il vincolo, troverebbe la sua realizzazione in una fattispecie che non è quella dello strumento contrattuale inizialmente divisato, ma è quella di uno strumento paragonabile e in sostanza equivalente.

Ma se manca la forma scritta che prova il contratto in esame, mancherà pure la forma che prova gli svariati "elementi" che il contratto "deve contenere", due dei quali, l'indicazione della durata e quella del progetto, appaiono caratterizzanti lo stesso tipo contrattuale. E comunque la forma degli elementi, e in ispecie dei due più importanti, può mancare anche se, nel complesso, il contratto riveste forma scritta, per cui devono tenersi distinte le ipotesi[433]. Orbene, uno dei due elementi oggetto di indicazione, il progetto, risulta essere di importanza così cruciale, che il legislatore usa la sua mancanza come una mannaia. Tanto è vero che i rapporti di collaborazione instaurati "senza l'individuazione di uno specifico progetto", dice l'art. 69, n. 1, "sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato" (v. *retro, sub* art. 61, n. 16).

Alla luce di tale dato è ragionevole affermare, con riguardo alla mancanza di prova dell'indicazione del progetto, che deve comunque venire in essere la sanzione dell'art. 69, 1° comma, anche a

---

[432] Forse una ricognizione di tal fatta può sembrare meticolosa, ma sarà spesso necessario constatare la feconda tensione interpretativa che si sprigiona se la ricostruzione del significato delle norme viene svolta con riguardo alla fattispecie di riconducibilità a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative *ex* art. 61, 1° comma, ovvero alla fattispecie negoziale tipica *ex* art. 62, che stiamo commentando. Rinviando ai singoli punti del seguito (v. *sub* artt. 63-67), si deve rimarcare, in compendioso preannuncio, come queste differenze siano la naturale conseguenza del fatto che la trasmigrazione delle co.co.co. è stata fornita di un duplice binario; sicchè la disciplina strutturata dall'attuatore della delega non può che rispecchiare elementi di diversa pregnanza e qualità per l'una e per l'altra delle due fattispecie summenzionate, e quindi non può non presentare una caratteristica bivalenza normativa.

[433] Se fosse richiesta *da substantiam*, come nell'art. 56 per il contratto di inserimento, non vi sarebbe ostacolo a ricomprendere nella forma di cui all'art. 62 pure gli elementi che il contratto deve contenere. Ma in questo articolo la forma è richiesta *ad probationem* e merita perciò tener distinti i casi della mancanza di forma del contratto e degli elementi che deve contenere.

prescindere del destino che debba essere riservato al contratto nel suo insieme (e quindi pure nel caso in cui il contratto sia in sé dotato di forma scritta).

A mio avviso, tuttavia, se la situazione sottostante al contratto di lavoro a progetto carente di forma, è suscettibile di essere qualificata a stregua della riconducibilità a progetto di cui all'art. 61, 1° comma, dovrà farsi anzitutto luogo alla applicazione di tale norma e delle conseguenze per essa previste. E ciò deve essere affermato anche nel caso di forma scritta del contratto nel suo insieme, ma di carenza di forma nell'indicazione del progetto. Una tale conclusione pare preferibile, non tanto in omaggio all'idea del doppio binario, che senza dubbio vi è sottesa, ma per assicurare un trattamento più realistico ed equilibrato nei casi, diversamente atteggiati, di "carenza" di progetto ecc.

Non può negarsi (dopo quanto argomentato *retro, sub* art. 61, specie n. 5), che la valutazione sulla sussistenza del progetto a stregua dell'art. 61, 1° comma, nell'ambito ciò del giudizio per cui la collaborazione è riconducibile a progetto, è assai diversa da quella invece estraibile a stregua dell'art. 62, lett. b). Nella prima, badando alla sostanza delle cose, si ricercano i presupposti e gli indici di una effettiva autonomia; nella seconda sembra che interessi assai più il riscontro estrinseco, rammostrato con l' "indicazione del progetto".

In conclusione, ove sia possibile[434] inquadrare *ex* art. 61, 1° comma, il caso di specie dell'assenza di forma scritta (non surrogata dalle prove ammesse), ne conseguirà pure l'applicazione dell'art. 69, 1° comma, che comporta la nota presunzione assoluta se il rapporto risulti "instaurato senza l'individuazione di uno specifico progetto". E l'opzione di attrarre i casi di carenza di prova, in particolare del progetto, nell'ambito della riconducibilità a progetto appare preferibile in ragione della drasticità della sanzione prevista nell'art. 69, 1° comma, su cui abbiamo già posto il dubbio di legittimità costituzionale. Invero la presunzione assoluta di subordinazione appare ancor meno difendibile se a determinarla è il mero dato esteriore di una mancata "indicazione" per iscritto del progetto. Viceversa, la valutazione del presupposto di tale presunzione sarà più ponderata se il quesito relativo viene posto nel quadro della riconducibilità a progetto, dovendosi allora considerare nella sostanza se una collaborazione è stata "instaurate senza l'indicazione del progetto".

Insomma, una volta acclarato che la forma scritta è richiesta *ad probationem* le conseguenze della sua assenza risultano meno invasive e prevaricanti, se si ammette che il contratto di lavoro a progetto "non formalizzato" possa comunque dar corpo, nella grande maggioranza dei casi, ad un rapporto di collaborazione *ex* art. 409, n. 3 riconducibile a progetto. In questa visione più aperta, risultano consentiti interscambi proficui di disciplina, nel segno della bivalenza normativa comportata da inevitabili distinzioni, ma anche della unitarietà del sistema, fondato sull'integrazione delle sue componenti.

---

[434]In concreto, potrà anche accadere che la conversione di fatto suggerita non possa verificarsi. Si consideri l'ipotesi che, sotto l'intento contrattuale del lavoro a progetto non perfezionato nella forma scritta, venga ad emersione una prestazione di "lavoro occasionale" (quello sopra le soglie dei 30 giorni e dei 5000 Euro, che abbiamo distinto *retro*, Titolo VII, Capo I, n. 9): se nella specie non trovasse riscontro il connotato della continuatività, richiesto dall'art. 409, n. 3, secondo una conclusione già tratta dovremo escluderne la riconducibilità a progetto (per la ragione che mancherebbe uno dei requisiti indicati *per relationem* dall'art. 61, 1° comma). Tranne questa riserva e questo limite, nulla osta a che le situazioni lavorative dedotte nei contratti tipici di lavoro a progetto possono essere l'oggetto della prestazione d'opera di cui all'art. 409, n. 3.

Articolo 63 – Corrispettivo

Articolo 64 – Obbligo di riservatezza

Articolo 65 – Invenzioni del collaboratore a progetto

Articolo 66 – Altri diritti del collaboratore a progetto

Articolo 67 – Estinzione del contratto e preavviso

La disciplina delle collaborazioni ricondotte a progetto e del contratto di lavoro a progetto.

1. Si è a volte mostrato che, nel Capo 1° del Titolo VII, alcune disposizioni assumono un significato parzialmente diverso a seconda che siano riferite alla figura negoziale tipica del contratto di lavoro a progetto (art. 62), ovvero alle collaborazioni coordinate e continuative riconducibili a progetto (art. 61, 1° comma). Proprio da una tale bivalenza, nella quale si sostanzia la tesi del "doppio binario", sono sistematicamente contraddistinti gli articoli da 63 a 67, che sono ora oggetto del nostro commento.

Essi attengono alla disciplina di alcuni istituti, con previsione di tutele che l'attuatore della delega ha parsimoniosamente disposto a favore dei "collaboratori a progetto", espressione comprensiva, dunque, del titolare sia del contratto tipico, sia di altro contratto da cui rampolli il rapporto di collaborazione ricondotto a progetto. Equivalenti, almeno parziali, di alcune delle normative in esame erano già previsti per i collaboratori coordinati e continuativi, o erano considerate applicabili in via interpretativa pure ad essi, assieme a poche altre normative di cui nel decreto delegato si è tralasciata la menzione (cfr. *retro sub* Capo 1°, n. 1-3; *infra sub* art. 66). Di per sé, nella stessa dimensione debbono considerarsi tuttora disciplinate le collaborazioni "semplici", lecitamente instaurabili fuori dal campo di applicazione della riforma (cfr. le eccettuazioni di cui all'art. 61, 3° comma). Ma vedremo subito come gli accavallamenti e gli strappi di disciplina siano ben più complessi.

Il *corpus* delle norme ora introdotte non accresce in modo particolarmente significativo le tutele del collaboratore, per il quale vengono anzi a volte sanciti precisi obblighi (cfr. in ispecie, l'art. 64). Nonostante auspici e preannunci, il riequilibrio delle tutele attraverso uno "statuto dei lavori" è di là da venire. Per perseguire i noti obiettivi della riforma nella nostra materia (eliminare la frode e aumentare il volume delle contribuzioni previdenziali: v. *sub* Titolo VII), è parso meglio, come sappiamo, appoggiarsi non tanto sulla disciplina, ma sul versante della fattispecie, anche strapazzando i modi di configurarla, perché sia più prona allo scopo (*retro sub* Titolo VII e *sub* art. 61, n. 12).

Tuttavia, va sottolineato, in virtù degli articoli da 63 a 67 sono ora espressamente previste numerose norme, con allargamenti anche significativi del contenuto di garanzia in precedenza riconosciuto e quindi con stabilizzazioni più appropriate; norme che hanno il limite di valere solo, di per sé, nel campo d'applicazione prescelto sul punto dall'attuatore della delega. Questa circostanza comporta problemi aggiuntivi, nel senso che i rapporti di collaborazione al di fuori del campo d'applicazione, proprio per la casualità della loro eccettuazione, possono ragionevolmente reclamare parità di trattamento che non paiono denegabili.

Per di più, al di là della consueta funzione deflattiva della certificazione, l'art. 68 ammette che nella sede di questa la volontà delle parti possa essere assistita al fine di derogare ai diritti sanciti

nel presente Capo 1°: il che determina l'ulteriore quesito, con conseguente dubbio di costituzionalità, se le garanzie assicurate ai rapporti eccettuati dalla riforma non siano più "ferme" di quelle assicurate ai rapporti inclusi (cfr. *sub* art. 68)

In materia si assommano dunque le difficoltà e le contraddizioni che derivano dalle due "doppiezze" in essa presenti. La prima è "verticalmente" data dal duplice binario previsto nell'ambito di rapporti sottoposti alla riforma e dalla conseguente bivalenza normativa, che determina tensioni e torsioni fra la disciplina del contratto di lavoro a progetto e la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative ricondotte a progetto.

La seconda duplicità, quella della metafora del cielo diviso in due parti, è data "orizzontalmente": all'ambito dei rapporti di collaborazione in cui la riforma opera, che è il campo in cui si verifica la prima duplicità, è contrapposto un ambito di rapporti in cui invece la riforma non opera. Questa scissione nel campo di applicazione non solo accentua le tensioni e le torsioni di disciplina, ma le complica con ulteriori interruzioni di interdipendenze, aggiungendosi un altro, e sfasato, termine di raffronto, il terzo, quello delle esistenti ed ammesse collaborazioni coordinate e continuative semplici: onde, le esigenze e i motivi di ragguagliamento e di intercomunicazione normativa si moltiplicano in misura tale, che il resoconto completo delle corrispondenti differenze e l'illustrazione adeguata di come possano o non possano essere colmate si può svolgere solo su una tastiera più ampia. Ogni tema da affrontare deve in consonanza essere scandito nei tre contesti coesistenti - collaborazioni coordinate e continuative "semplici" (409, n. 3), collaborazioni coordinate e continuative ricondotte a progetto (61, 1° comma) e contratto tipico di lavoro a progetto (art. 62) – determinandosi solo nel loro sistematico raffronto un controllo adeguato su quali siano le discipline applicabili.

L'impegno che comporta soddisfare l'istanza metodologica ora sunteggiata può essere onorato in sede di primo commento alla legge. Con tale doverosa riserva, può profilarsi qualche altro spunto, ad indicazione degli indirizzi osservati in ordine sparso nel presente commento, ma specialmente di ciò che non è stato possibile affrontare in misura consona. In concreto, i rapporti di collaborazione eccettuati potranno essere muniti dei medesimi diritti previsti per i rapporti inclusi, grazie a pattuizioni individuali o anche a contrattazioni collettive. Ma in questo giro di perlustrazione più largo, di cui nessuno sentiva il bisogno, le questioni diventano assai più complicate di quelle che emergono nell'indagine sulla cd. bivalenza normativa; e anche le soluzioni hanno attriti e tassi di difficoltà ben maggiori. Dovrebbe di continuo essere vagliato, ad esempio, se i rapporti di collaborazione insorgenti nei diversi campi potranno giovarsi di una integrazione transtipica delle discipline, grazie ad una circolazione delle stesse che non è più solo biunivoca ma multiversa, passando per istituti anche ulteriori a quelli consegnati negli artt. 61, 1°comma e 62.

In una siffatta, non trascurabile, impostazione, norme stabilite in generale per il lavoro autonomo, nei suoi tipici contratti d'opera, per le collaborazioni coordinate e continuative semplici e, ora, secondo la caratteristica bivalenza detta, per il lavoro a progetto, potranno variamente incrociarsi: dando luogo a discipline in andata e pure di ritorno, con applicazioni di frammenti più o meno ampi di regole, anche in ragione della significatività di quanto sottende il tipo, e con fissazione di criteri di prevalenza e/o di assorbimento, nelle celebri guise accreditate dall'indagine dei negozi misti. Per i sussulti dei suoi campi di applicazione, in conclusione, la riforma ha finito per porre al centro di ogni possibile ricostruzione, senza avvedersene, uno snodo tanto complesso, di cui solo meditati studi, che non mancheranno in futuro, possono organizzare la comprensione.

Nell'attesa, circoscrivendo il compito che mi attende, deve prendersi atto che la medesima dimensione "circolatoria" contraddistingue l'ambito più ristretto del lavoro a progetto e della parte del cielo in cui viene introdotto. Si avrà pertanto cura di segnalare come più volte le disposizioni in commento siano destinate ad assumere portate normative anche sensibilmente differenziate, a seconda che la loro applicazione sia riferite all'uno o all'altro dei percorsi contemplati dal doppio binario della nostra impostazione. In tali limiti più contenuti, sarà forse possibile onorare qualche volta l'impegno di suggerire, in risposta agli stessi interrogativi, differenti interpretazioni, e in risposta alle stesse esigenze, differenti contenuti regolativi.

## I. Corrispettivo (Art. 63).

2.

3.

4. *[omissis]*

## II. Obbligo di riservatezza (Art. 64)

5. L'art. 63 in commento. prevede due regole distinte, in corrispondenza dei due commi in cui è suddiviso, . Per il 1° comma, "il collaboratore a progetto può svolgere la sua attività a favore di più committenti". Per il 2° comma lo stesso collaboratore "non deve svolgere attività in concorrenza con i committenti". La facoltà e il divieto enunciati non hanno alcun addentellato con la legge delega n. 30 del 2003, nella quale non si rinviene, neppur indirettamente, accenno alle questioni che poi hanno trovato disciplina nell'articolo in esame. La rubrica del quale, del resto non pare affatto rappresentativa delle regole dette, se non in un aspetto tutto sommato marginale.

Il disposto del 1° comma implica che un soggetto possa essere, nello stesso tempo, titolare di più contratti di lavoro a progetto e/o di più rapporti di collaborazione ricondotti a progetto. L'assunto pare del tutto ovvio, ma non è privo di conseguenze importanti. Inoltre la norma è introdotta dall'inciso "salvo diverso accordo fra le parti": un *incipit* che in sé, e nella sua ripercussione, assume un rilievo fondamentale *in subiecta materia*. Esso invero autorizza, e anzi stimola, le parti a concordare l'esclusiva della attività di lavoro svolta, nei termini variabili in cui è possibile stabilire questa qualità o carattere del rapporto.

Paragrafando la norma classica in materia (l'art. 1743, c. c., che sancisce il diritto di esclusiva quale *naturale negotii* del contratto di agenzia)[435], si potrebbe affermare che, in base all'art. 64, 1° comma, le parti di un rapporto di collaborazione a progetto sono autorizzate a stabilire pattiziamente due tipi di vincolo, o l'uno, o l'altro, o anche entrambi scambievolmente. Per il primo il committente non può valersi nello stesso tempo dell'opera di più collaboratori a progetto (non possiamo senz'altro aggiungere "nella stessa zona" o "per lo stesso ramo di attività", come nell'art. 1743: ma qualcosa si dovrebbe aggiungere, per evitare una non giustificata dilatazione dell'obbligo): e allora il diritto di esclusiva è fissato a favore del collaboratore.

---

[435] Sull'esclusiva cfr. TRIONI, *Il contratto di agenzia,* Padova 1994, 85 ss.; E. SARACINI, F. TOFFOLETTO, *Il contratto d'agenzia*, in Comment. Schlesinger artt. 1742-1753, Milano 1996, 213 ss.

Per il secondo tipo di vincolo il collaboratore non può assumere incarichi, contemporaneamente, a favore di altri committenti (nella stessa zona o nello stesso ramo di attività: a maggior ragione deve aversi qualche specificazione), così potendosi rendere il più specifico divieto codicistico di "trattare … gli affari di più imprese": e allora il diritto di esclusiva è a favore del committente.

In via astratta, anche al riguardo del collaboratore a progetto si può dunque ipotizzare la consueta duplice espressione, bidirezionale, della esclusiva, purchè nel relativo patto si precisino, come suggerito, i limiti di tempo, luogo ed oggetto con cui configurare il relativo obbligo. Nella pratica, non è però immaginabile che il "diverso accordo fra le parti" possa contemplare l'obbligo del committente di utilizzare un solo collaboratore a progetto, e cioè l'esclusiva a favore di questo. Ancorchè irrealistica - ma non si può mai dire, in assoluto: potrebbe succedere con collaboratori dotati di professionalità insostituibili ed apprezzate per tali - l'ipotesi dovrebbe essere comunque tenuta in limiti definiti con un certo dettaglio, per evitare che possano darsi svariate e irrisolvibili discrasie.

Per munire il 1° comma dell'art. 64 di un'interpretazione più aderente alle ragionevoli possibilità, si deve però ritenere che la riserva pattizia del diritto si riferisca solo all'esclusiva a favore del committente. Per cui, in conseguenza realistica, il collaboratore avrà spesso un solo committente e non sarà tale anche per altri committenti. Questa conclusione *ut quod plerumque accidit* si pone in corrispondenza inversa, o asimmetrica, con la regola espressamente sancita dallo stesso 1° comma, per la quale, se non vi è altro accordo, il collaboratore "può svolgere la sua attività a favore di più committenti".

Il concetto ora determinato, di un collaboratore a progetto "esclusivo", che coordinerà la sua attività con l'organizzazione di un unico committente, e solo di quello, introduce la tematica, ben nota agli studiosi dell'agenzia, del cd. Agente esclusivo o monomandatario, figura in cui è problematico stabilire se debba essere ascritta al lavoro subordinato o al lavoro autonomo. Sul piano storico e comparato abbiamo invero notizia che il dilemma è stato risolto in modi diversi e così, indeterminatamente, potrà sempre essere[436]. Né conta ripercorrere questa vicenda nella presente, defilata, occasione, anche se non è priva di importanza l'omologia istituita. Basti pensare che la collaborazione con un unico committente consente persino l'ipotesi che quest'ultimo sia, ad esempio, un'organizzazione di tendenza, con inevitabili trattamento di accenti e profili specifici.

Conta comunque rimarcare, sul piano strutturale o per quel che attiene al richiamo tipologico conseguente, che qualsiasi disposizione regolatrice sul punto è destinata ad assumere una portata normativa in qualche aspetto diversa se, invece di essere commisurata alla situazione "normale" (in cui il collaboratore ha la libertà di essere titolare di più rapporti di collaborazione, anche se per lo più, in concreto non contestuali ma successivi nel tempo), deve rapportarsi alla situazione ben diversa per cui il collaboratore è invece obbligato a rispettare l'esclusiva a favore del committente.

6. Il rilievo da ultimo svolto assume un significato ancora maggiore se analizziamo il 2° comma dell'articolo in commento, che attiene ad una sorta di obbligo di fedeltà e non concorrenza. Pur nel silenzio sul punto della legge delega, il legislatore ha infatti stabilito a carico del collaboratore

---

[436] Cfr. sul punto GHEZZI, *Del contratto di agenzia*, in *Comment. Scialoja Branca sub* artt. 1742 ss, Bologna Roma 1970,

a progetto, nel quadro di una norma che è peraltro intitolata "obbligo di riservatezza", le seguenti preclusioni (art. 64, 2° comma):

a) "di svolgere attività in concorrenza con i committenti" (si noti il plurale);

b) di "diffondere notizie e apprezzamenti attinenti ai programmi e alla organizzazioni di essi" (la rubrica dell'articolo rispecchia solo questo aspetto);

c) di "compiere, in qualsiasi modo, atti in pregiudizio della attività dei committenti medesimi".

Considerando le sicure assonanze, il 2° comma ora sintetizzato costituisce una sorta di parafrasi dell'art. 2105 cod. civ., con piccole varianti (quelle *sub* b), prese a prestito dall'art. 2598 cod. civ., specie dal suo n. 2, in materia di concorrenza sleale. Gli scostamenti dal tenore letterale delle norme di riferimento, ben più classiche, senza che sia apprezzabile il motivo delle variazioni, sono tuttavia sufficienti a disorientare. Rimarco altresì con sollievo che nell'art. 64, 2° comma, pur facendosi cenno ai "programmi", ci sono risparmiati però i progetti e le fasi. Tutto quello che viene o non viene detto, o viene diversamente detto, non pare ponderato, ma frutto di riprovevole improvvisazione, di fronte alla quale il commentatore non può che brancicare nel buio.

Nell'applicazione, verrà presumibilmente confermato che il 2° comma dell'art. 64 ha in sostanza lo stesso contenuto dell'art. 2105; per cui invece di attardarci in inutili esercizi di spaccatura di capello, sarà bene accogliere, nell'interpretazione della norma i risultati consolidati che sul tema dell'obbligo di fedeltà e non concorrenza sono offerti dalla giurisprudenza e dalla dottrina in argomento[437].

In tale quadro pare anzitutto e sicuramente precluso al collaboratore, nonostante la nota indeterminatezza del concetto di concorrenza, di instaurare altro rapporto di collaborazione a favore di un'impresa concorrente[438]. La precisazione basti a far intravedere il possibile attrito, se non antinomia, della situazione "normale" di divieto di concorrenza con la situazione della pluricommittenza, affermata in via altrettanto "normale" nel 1° comma dell'art. 64.

Tra l'altro, in parallelo alla discussione avutasi sul punto nell'ambito del contratto d'agenzia, il divieto di concorrenza deve ritenersi riferibile non solo all'assunzione di altri incarichi a favore di ulteriori committenti, ma pure all'attività svolta in proprio, desumendosi questa estensione da un principio di coerenza logica[439], ovvero dalla integrazione del contratto secondo buona fede *ex* art. 1374, c. c.[440]

Ci si può altresì chiedere se le parti possano regolare con un apposito patto eventuali obblighi assunti in materia anche per il periodo successivo all'estinzione del rapporto. In generale non pare preclusa all'autonomia privata un siffatta regolamento, che può ora ispirarsi allo schema dell'art. 1751 bis, c. c. introdotto nel contratto di agenzia.

Va infine osservato, in paragonabile ambito di questioni, che pure al collaboratore a progetto possono riferirsi le due fattispecie penali di cui agli artt. 622 e 624 c.p. Per esse chiunque, avendo

---

[437] V. da ultimo, M.G. MATTAROLO*, Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in *Comment. Schlesinger*; Milano 2000.

[438] V. M.G. MATTAROLO*, op. cit.,* 72 ss.

[439] Sarebbe invero contraddittorio pregiudicare interessi che si è promesso di perseguire, approfittando anche di condizioni più favorevoli derivanti dal contratto. V. le considerazioni di TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro,* Milano 1982, 93 ss.

[440] Cfr. già GHEZZI, *Del contratto*, cit., 58.

"cognizione" in ragione "del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte", di un "segreto" ovvero di "notizie destinate a rimanere segrete sopra invenzioni e scoperte", viene punito se "rivela senza giusta causa" tale segreto o "lo impiega a proprio o altrui profitto", ovvero se "rivela o impiega a proprio o altrui profitto" tali notizie.

In conclusione, secondo una ragionevole prognosi, i modi dell'applicazione dell'art. 64 finiranno per ricalcare quelli che si sono assestati nell'applicazione dell'art. 2105; per cui è inevitabile indirizzare l'interpretazione della norma nel segno di un forte affidamento su quanto è desumibile dall'esperienza giurisprudenziale in materia.

7. Non va per finire sottaciuto come la inconciliabilità emersa fra pluralità di committenza e divieto di concorrenza assuma valore anche in altre chiavi. Anzitutto può costituire attriti, se non ostacoli, in concreto, alle necessarie integrazioni del reddito alle quali si aspira o sulle quali si conta, nell'intraprendere attività occasionali o collaborazioni circoscritte. Invero, quando il compenso è ridotto, il collaboratore cercherà di ottenere compensi aggiuntivi, derivanti da ulteriori rapporti: il divieto di concorrenza può ostacolare persino il raggiungimento di tali aspirazioni elementari e forse alimentari.

In secondo luogo la inconciliabilità in esame, con i conseguenti disfunzionamenti, assume valore persino in una chiave sistematica, perché portata, se si vuole, all'assurdo, consente di corroborare una precedente interpretazione con un argomento "esterno", ma di considerevole peso se un criterio di valutazione delle norme deve essere pure dato dalla loro possibilità di funzionare o meno.

Abbiamo *retro* (*sub* art. 61, n. 9) riferito della pretesa di rinserrare la "prestazione occasionale", quella di attività superiore ai 30 giorni annui e/o con compenso superiore a € 5.000 annui, con lo stesso committente, nell'area del lavoro a progetto, e anzi, nella visuale del monobinario, nel contratto tipico di lavoro a progetto. E abbiamo già addotto gli argomenti, e pure i dati testuali, per cui questa ascrizione non è ammissibile, se la prestazione d'opera non supera altresì il vaglio, imposto dal rinvio all'art. 409, n. 3, della continuatività e della coordinazione. In questo più equilibrato assetto ricostruttivo, quandanche le attività siano sopra 30 giorni e € 5.000, avranno il destino di essere convogliate nel campo del lavoro a progetto solo se la loro occasionalità si trasmuta nel carattere continuativo e coordinato richiesto dall'art. 61, 1° comma per la riconducibilità a progetto.

Seguendo invece la logica dell'attuatore della delega, se nel corso di un anno solare una persona intrattiene –facciamo l'ipotesi estrema- undici rapporti di collaborazione a progetto ognuno dei quali superiore a 30 giorni ovvero ognuno con compenso di € 5.100, ebbene tutti questi undici rapporti, oltrepassando la soglia per cui costituirebbero prestazione "meramente occasionale", sarebbero da ascrivere coercitivamente alla fattispecie del lavoro a progetto.

Senonchè, a detta ascrizione conseguirebbe pure la regola per cui il collaboratore "non deve svolgere attività in concorrenza con i committenti": una regola che dovrebbe osservare, secondo l'ipotesi scolastica, per ognuno degli undici committenti, nei confronti di tutti gli altri. Come è possibile evitare, in tal caso, di svolgere attività in concorrenza con i committenti? Solo con un accordo per cui, fra collaboratore e committente, si stabilisce l'esclusiva, accordo ammesso dall'art. 64, 1° comma. Ma questo accordo può anche mancare; e se manca varrà ovviamente la regola normale, che è la pluricommittenza.

Orbene, il 2° comma dell'art. 64 suppone la pluralità (contestuale) dei committenti e, nel contempo, l'osservanza da parte del collaboratore, del divieto di concorrenza. Ma secondo il risalente diritto, il divieto di concorrenza comporta che il lavoratore non possa trattare affari in concorrenza col suo datore di lavoro; e l'affare che gli è caratteristicamente più precluso, in tale contesto, è quello di lavorare al servizio (ovvero in altro modo, ad esempio in società, o, ora, quale collaboratore a progetto), con un altro imprenditore che svolga attività in concorrenza con il proprio.

Siamo giunti al paralogismo che si preannunciava. Il collaboratore a progetto può svolgere - è ipotesi lecita e ammessa - la sua attività contestualmente a favore di numerosi committenti e diventa anzi, nello stesso tempo, titolare di altrettanti rapporti di collaborazione a progetto con diverse controparti, purchè per ognuno di essi, l'impegno nell'anno solare si protragga per più di trenta giorni o abbia un compenso superiore a € 5.000,00. Peraltro, se non vi è diverso accordo fra le parti, in tutti questi rapporti, deve essere osservato il divieto di concorrenza[441].

Certo, i rapporti di cui discutiamo possono essere costituiti con committenti che non sono in concorrenza tra loro, e allora l'esempio non prova nulla. Ma poiché e impossibile che i committenti non siano in concorrenza fra loro, l'esempio suggerisce una sorta di implosione per assenza di scopo o contradditorietà. Del resto non è la prima volta che l'attuatore della delega non pare rappresentarsi la ruzzola che possono prendere le norme varate. Sempre nel caso ora esemplificato, si ponga attenzione al fatto che le prestazioni occasionali convogliate coattivamente nel lavoro a progetto, sarebbero poi in vario modo "prive", in concreto, del progetto stesso: con la conseguenza che tutti quelli ipotizzati nel mio esempio dovrebbero essere "considerati rapporti di lavoro subordinato" a stregua dell'art. 69, 1° comma.

### III. Invenzioni del collaboratore a progetto (Art. 65)

8.

9.

10. *[omissis]*

### IV. Altri diritti del collaboratore a progetto

(Art. 66)

(in particolare: malattia, infortunio e gravidanza)

11. Il 1° comma dell'art. 66 stabilisce che in caso di gravidanza, malattia e infortunio del collaboratore, il rapporto di lavoro "rimane sospeso senza erogazione del corrispettivo", aggiungendosi

---

[441] A ben vedere, i rapporti di collaborazione a progetto, con l'obbligo di rispettare il divieto di non concorrenza possono essere molti di più degli undici che abbiamo sopra esemplificato. Basta considerare, invece che il limite dei trenta giorni in un anno solare, il limite dei 5.000 euro. Se un collaboratore a progetto -so che è assurdo, ma è per mostrare la inconsapevolezza del legislatore- guadagna più di € 5.000,00 con 20 o 100 committenti in un anno solare, tutti questi singoli rapporti sono, per il nostro stupefacente attuatore della delega, sottoposti alle regole che disciplinano il lavoro a progetto; e, fra esse, a quella in commento, per la quale è vietata l'attività in concorrenza del collaboratore a progetto.

– con precisazione superflua[442]- che le ragioni di impossibilità sopravvenuta anzidette "non comportano l'estinzione del rapporto contrattuale".

In questa disposizioni confluiscono motivi antichi, che sono da tempo arricchiti dalla affermazione costituzionale del diritto alla salute[443], colorato dall'interesse pubblico che nel suo esercizio individuale viene pure soddisfatto. Anzitutto il carattere fondamentale dell'art. 32 Cost. esige che, in qualsivoglia rapporto sia immesso un obbligo di lavoro personale, la parziale, perché temporanea, impossibilità di adempiere a causa di malattia e infortunio porti all'effetto sospensivo, e non estintivo, del rapporto. In secondo luogo, la proiezione costituzionale richiede che, entro certi limiti atti a registrare il ponderato contemperamento degli interessi contrapposti, debba essere data prevalenza alla cura e al risanamento della persona. Assurge ad obiettivo preminente la reintegrazione delle condizioni che consentono all'individuo, in senso biologico e psicologico, la misura maggiore possibile di apporto nelle espressioni di vita

La regola per cui, in caso di malattia, il rapporto del collaboratore coordinato e continuativo resta sospeso, poteva forse essere già affermata in forza di una interpretazione adeguatrice[444]. Ora che è espressamente sancita dall'art. 66, si trova di fronte ad un fattore di rigidità, costituito dal modo in cui si è pensato di caratterizzare il lavoro autonomo personale e continuativo, mediante la richiesta di un progetto, programma o fase. In queste entità, se anche estrinseche, l'enfasi è posta su un tempo che sarebbe incorporato nella realizzazione, tanto che si ritiene possa sempre consentire la determinazione o almeno la determinabilità della durata: cosicchè risultano impacciate se non tetragone, le entità della triade, ad ammettere o consentire dilatazioni o variazioni nella durata.

Al di là della conciliazione di fondo di cui ho ora indicata l'esigenza, le questioni su come debba trovare attuazione la relativa disciplina sono anche minute. Per un verso bisognerà integrare nel dettaglio una disposizione troppo scarna, completandola opportunamente con regole richieste dal senso comune o che si impongono per comune esperienza. Penso a quella, anzitutto, concernente l'inevitabile onere di comunicazione tempestiva al committente, con le modalità occorrenti a certificare, nelle forme d'uso, lo stato di gravidanza, o la malattia, o l'infortunio.

Per un altro verso bisogna chiarire come si atteggi il bilanciamento degli interessi nelle diverse ipotesi. La durata del rapporto (come si è visto *retro sub* art. 61, n. 7), non è sempre configurata allo stesso modo. Nelle collaborazioni ricondotte a progetto può non solo mancare il termine, che invece deve esserci nel contratto tipico di lavoro a progetto, ma addirittura la determinabilità: la

---

[442] Dopo i fasti che ha avuto nel d.lgs 25 gennaio 2000, n. 61 in materia di *part time*, il vizio o vezzo stucchevole del legislatore di "raccontare" qualcosa sulle norme che scrive, ha una rinnovata esemplificazione in più punti dell'attuazione della delega, questa volta, forse, per sopperire al modo incongruo in cui sono spesso scritte. V. anche il 2°comma, dove pure commentato che una certa previsione, la quale ha quel certo effetto, "non comporta" che si verifichi… l'effetto contrario escluso!

[443] Sulla ripercussione dell'art. 32 in materia, v. R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare*, in Comm. Schlesinger, Milano 1992, p. 3 ss.

[444] Nella giurisprudenza probivirale si era tratta, all'inizio del XX secolo, la medesima conclusione, rispetto al lavoro dipendente nell'industria, sulla base della considerazione che la sospensione derivante da malattia "come non è causa di risoluzione del rapporto, così non da diritto alla parte di risolverlo in tronco": cfr. (F.M. DE ROBERTIS -) G. GHEZZI, *Lezioni di storia del diritto del lavoro*, Bari s.d. (ma 1967), p. 146. L'altro già in quei tempi si insinua un qualche apprezzamento del valore salute, se è vero che i Probiviri di Prato, settore tessile, nel lodo 3 dicembre 1903 ebbero a condannare per danni l'imprenditore che, avendo dato preavviso di licenziamento al lavoratore malato, questo fu costretto a riprendere subito il lavoro, con conseguente grave ricaduta nella malattia.Tra Anche in quell'occasione non si era giunti a disporre pure quello che sarebbe stato previsto dall'art. 2110, c. c., e cioè la corresponsione di un compenso, o di un'indennità.

regola della sospensione è destinata ad incidere in modo differenziato a seconda di questi contesti. Si tratta di cogliere, come di consueto, la bivalenza normativa, che attiene anche ad una sottostante diversificazione tipologica; ma nell'occasione tale bivalenza presenta ulteriori complicazioni, perché questa diversificazioni sono anche percorse trasversalmente, in ragione di una realtà effettuale oltremodo variegata, determinandosi in corrispondenza variazioni pure nel grado di resistenza opposto alla vicenda sospensiva.

12. Prima di svolgere qualche osservazione sul diverso impatto della regola, a seconda delle sottostanti configurazioni della durata del rapporto, conviene tuttavia riferire la scheletrica disciplina di stampo previdenziale che era già dettata, per ognuno dei tre casi contemplati della malattia, dell'infortunio e della gravidanza, a favore del collaboratore coordinato e continuativo; disciplina che resta ovviamente scritta anche a favore del collaboratore a progetto, seppur con qualche precisazione per lo più dovuta al solito fatto ben noto, di valere cioè la riforma in materia non in via generale, ma solo in un certo ambito, lasciando immune la restante parte del cielo.

Quanto alla malattia (sulla gravidanza, svolgeremo questo discorso *ratione materiae* al successivo n. 15), l'art. 51, 1° c., l. 23 dicembre 1999, n. 488 (finanz. 2000) ha stabilito un indennità giornaliera, sulla base di certi requisiti ed entro certi limiti, nell'ipotesi che la malattia del collaboratore coordinato e continuativo comporti il ricovero ospedaliero. Come viene ribadito e precisato più in dettaglio nel relativo decreto ministeriale[445], tale indennità viene erogata, a seguito di presentazione di domanda all'INPS entro 180 giorni dalla dimissione ospedaliera e spetta, per ogni giorno di degenza presso le strutture riconosciute, fino ad un massimo di 180 giorni nell'anno solare. Dal beneficio sono esclusi coloro che siano iscritti ad altre forme di previdenza obbligatoria o già pensionati.

Condizioni per ottenere la provvidenza in esame è che, nei dodici mesi precedenti la data di inizio dell'evento, risultino versate almeno tre mensilità di contribuzione alla gestione separata dell'INPS e che il reddito del collaboratore non superi nell'anno solare precedente, al massimale contributivo di cui all'art. 2, comma 18 della l. 8 agosto 1995, n. 335[446], diminuito del 30 per cento. Per calcolare la misura della indennità giornaliera, si deve dividere per 365 giorni il massimale contributivo valido per l'anno di insorgenza dell'evento e applicare, sulla somma risultante, le percentuali fissate in scala crescente: dell'8 per cento, se il soggetto ha versato fino a 4 mensilità di contributi nei dodici mesi precedenti il ricovero; del 12 per cento, se ha versato da 5 a 8 mensilità; del 16 per cento, infine, se ha versato da 9 a 12 mensilità.

Il caso della malattia è quindi attualmente assistito dalla descritta tutela previdenziale di tipo economico solo nel caso di degenza ospedaliera. Venendo al caso dell'infortunio del collaboratore a progetto, l'art. 5 del d. lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, ha stabilito che "sono soggetti all'obbligo assicurativo" in materia "i lavoratori parasubordinati individuati dall'art. 49, comma 2, lett. a)" del TUIR, "qualora svolgano le attività previste dall'art. 1 del testo unico" (in materia di infortuni sul

---

[445] Cfr. D. M. Lav. 12 gennaio 2001, in G.U. 26 marzo 2001, n. 71. Per la successione di atti e leggi sul punto e sui punti correlati v. nt.

[446] Tale "massimale annuo della base contributiva e pensionabile", fissato inizialmente in lire 132 milioni, è in seguito cresciuto perché la somma viene "annualmente rivalutata sulla base dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati".

lavoro e malattie professionali)[447], "o, per l'esercizio delle proprie mansioni, si avvalgano, non in via occasionale, di veicoli a motore da essi personalmente condotti".

Rendendo con le parole proprie il rinvio "muto" alla lett a) dell'art. 49, ciò significa che (a partire dal 15 marzo 2000), nei limiti detti possono godere del beneficio previdenziale anche i titolari di "rapporti di collaborazione coordinata e continuativa … aventi per oggetto la prestazione di attività, non rientranti nell'oggetto dell'arte o professione esercitata" abitualmente, "svolte senza vincolo di subordinazione … nel quadro di un rapporto unitario e continuativo senza impiego di mezzi organizzati e con retribuzione periodica prestabilita" (oltre che gli "amministratori, sindaci o revisori di società o altri enti", i collaboratori "a giornali, riviste, enciclopedie e simili", partecipanti a "collegi e commissioni"). La provvidenza, per quanto selettivamente disposta, è molto efficace perché come noto erogato con applicazione totale del principio di automaticità della prestazione.

L'art. 5 del d. lgs. n. 38/2000 aggiunge nel 2° comma che, "ai fini dell'assicurazione INAIL il committente ha tutti gli adempimenti del datore di lavoro previsti nel testo unico". Anche alla luce di tale disposto, la disciplina della assicurazione in esame deve considerarsi applicabile ai detti collaboratori coordinati e continuativi in tutti i punti più salienti: della tempestiva comunicazione dell'infortunio al committente, alla immediata denuncia di questo all'INAIL, alla procedura di accertamento da questo attivata, per finire alla cosiddetta inchiesta giudiziaria.

Nel rinviare alla letteratura previdenziale, al luogo relativo, per maggiori dettagli in punto ad assicurazione contro gli infortuni, ci si può chiedere se possa essere profilata l'estensione ai lavoratori parasubordinati, a stregua della stessa definizione dell'art. 49, 2° comma lett. a), pure della disciplina che consente di acquisire il trattamento della invalidità e inabilità, anche in assenza dei requisiti minimi di anzianità assicurativa (cinque anni) e di contribuzione (tre anni negli ultimi cinque), in caso di "causa di servizio" (assegno privilegiato di invalidità e pensione privilegiata di inabilità). Si sono contrapposte sul punto ragioni testuali, che consentirebbero l'estensione (anche per il valore di base e generalmente residuale svolto da tale tutela sussidiaria), a ragioni storiche e logiche, che invece vi si oppongono, in quanto i detti trattamenti privilegiati appaiono collegati a, o comunque supporre, fattispecie di responsabilità per danni del datore di lavoro nei confronti del dipendente[448].

Piuttosto, e concludendo, si deve puntualizzare un aspetto relativo al campo d'applicazione. Le discipline previdenziali in punto a malattia con degenza ospedaliera e ad infortunio sul lavoro ora sunteggiate, erano configurato per tutte le collaborazioni coordinate e continuative *ex* art. 49, 2° comma , lett a) TUIR, mentre la riforma, come ben sappiamo, è stata congegnata sul punto dei collaboratori (quelli *ex* art. 409, n. 3 riconducibili a progetto, o quelli titolari di un nuovo contratto

---

[447] Si tratta delle attività di persone "addette a macchine mosse non direttamente dalla persona che ne usa, ad apparecchi a pressione, ad apparecchi o impianti elettrici o termici" o comunque "occupate in opifici, laboratori o in ambienti organizzati per lavori, opere o servizi, i quali comportino l'impiego di tali macchine, apparecchi e impianti", che siano "adoperati anche in via transitoria o non servano direttamente ad operazioni attinenti all'esercizio dell'industria" relativa. Sono considerati come addetti a quanto sopra, pure "coloro che compiono funzioni in dipendenza e per effetto delle quali sono esposti al pericolo di infortunio", anche se occupati "in lavori complementari e sussidiari" o anche "in locali diversi o separati da quello in cui si svolge la lavorazione principale". Si tratta, infine, delle lavorazioni analiticamente elencate e differenziate nei numeri da 1 a 28 (a partire dalle "costruzioni edili"), dal 3°comma dell'art. 1 del DPR 30 giugno 1965, n. 1124, ora sintetizzato.

[448] Per la questione v. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, 4° ediz. Torino, 2003, p. 437 e s.

tipico), in modo che il cielo sia discrimare in due parti. Tale discriminazione, tuttavia, non ha nessun rilievo sulle vecchie discipline e sulla loro estensione: le tutele previdenziali, sussistendone i presupposti, saranno godute dai collaboratori a progetto inclusi nella riforma; ma continueranno ad essere godute, in futuro come nel recente passato, anche dai collaboratori "semplici".

Per questo secondo gruppo - l'altra metà del cielo - si pone dunque solo la questione se la malattia, l'infortunio e la gravidanza sospendano il rapporto di lavoro, come dichiara ora il 1° comma dell'art. 66 per il collaboratore a progetto, oppure siano esclusi da tale regola: il che varrebbe a dire che, nel relativo ambito, i tre casi anzidetti di impossibilità sopravvenuta determinerebbero l'estinzione del rapporto o comunque andrebbero riguardati a stregua della perdurante regola di diritto comune di cui all'art. 1256 c. c. Questa soluzione non pare sostenibile già per le ragioni, accennate all'inizio, del rilievo costituzionale del diritto alla salute. E comunque, se un trattamento dei tre casi nel senso di escludere la sospensione del rapporto, venisse circoscritto alle collaborazioni eccettuate dalla riforma, dal punto di vista della legittimità costituzionale si aprirebbe un *vulnus* vistoso, stante la irragionevolezza della conseguente disparità di trattamento.

13. Possiamo ora iniziare la nostra analisi sull'impatto diverso delle regole su sospensione e proroga a seconda, non solo dei diversi casi di impossibilità sopravvenuta, ma pure delle diverse configurazioni della durata. Nel 2° comma dell'art. 66 viene infatti precisato, per il caso di malattia e infortunio, che la sospensione non comporta una "proroga della durata del contratto"; per cui, commenta l'attuatore, esso "si estingue alla scadenza". Deve subito rimarcarsi che, nel caso della gravidanza, la sospensione ha un tutt'altro e anzi opposto effetto, in quanto quell'impossibilità comporta invece che il contratto venga prorogato di 180 giorni (3° comma, art. 66).

La regola per cui il rapporto si estingue alla scadenza, nonostante la sospensione del relativo rapporto per malattia o infortunio, appare dettata per l'ipotesi che sia stabilita una "durata del contratto" (il che deve intendersi, per quanto in precedenza distinto, che al contratto sia stato apposto un termine *certus quando*), e quindi si attaglia unicamente alla fattispecie tipica del contratto di lavoro a progetto ovvero ai casi di collaborazione ricondotta progetto in cui il termine sia fissato. Se la durata fosse invece solo "determinabile", nel senso "serio" che abbiamo esemplificato, per cui il rapporto si sviluppa in corrispondenza del tempo occorrente per compiere un progetto o programma o fase, e quindi se ne può evincere la durata soltanto *per relationem*, il discorso sulla sospensione del rapporto non è così semplice e implica non poche precisazioni. La questione della proroga o meno del rapporto non può infatti essere affrontata se la durata è determinata *ex post*, e quindi non è seriamente determinabile; e naturalmente la questione neppure esiste se la durata è indeterminata.

È troppo evidente che, se il progetto implicasse strutturalmente la durata determinata, la sospensione del rapporto per le ragioni espresse che ora la legittimano dovrebbe di per sé sempre comportare la proroga per un periodo corrispondente. Solo in tal modo viene ristabilita la possibilità di svolgere tutto il lavoro necessario allo scopo di realizzare o compiere il progetto, programma o fase: solo se il tempo perduto viene recuperato il periodo predeterminato di una attività occorrente può essere fino in fondo consumato.

Emerge sul punto che neppure l'attuatore della delega prende per oro colato le entità della triade: tanto che a volte proroga (gravidanza), altre volte non proroga (malattia e infortunio) il rapporto sospeso, pur dovendosi ritenere che in tutte tre le ipotesi, progetto, programma e fase presentino

la stessa resistenza in materia e insomma comportino sempre una durata prefissata di realizzazione.

Ma il legislatore non incorre soltanto in questa incoerente deduzione. Si potrebbe ancora obiettare che, quando la realizzazione del progetto sia collocata in un certo tempo del calendario, o sia interconnessa a presupposti, o ad altre attività, pure temporalmente situati, la sospensione del rapporto, quale ne sia la ragione, determina il venir meno della realizzabilità stessa di *quel* progetto. In tali casi, nei quali il progetto è immembrato dal tempo cronologico del suo farsi, invece che divagare sulla proroga o meno, dovrebbe semmai essere consentito il subingresso di un altro collaboratore, in modo che il progetto, o il programma o la fase pattuito, e proprio quello, possa essere compiuto e le utilità riposte in esso possano essere tratte (aspetto che dovrà essere ripreso quando si discuterà di gravidanza: *infra*, n. 15).

Si vuol dire che l'alternativa legislativa proroga a volte sì-proroga a volte no, già per il suo porsi, degrada progetto, programma o fase a riferimento estrinseco, come in effetti tende ad essere nella figura tipica del relativo contratto (art. 62, specie lett. b)). Nel contempo, il porsi di questo dilemma colloca in primo piano il termine, come elemento che deve strutturare la collaborazione, il che pure esige la fattispecie contrattuale nominata (art. 62, lett. a)). Quella alternativa, insomma, assume per punto di partenza che le parole della triade siano poco più di un *flatus voci*, del tutto sopravanzate, e anzi agglutinate, dalla fissazione del termine.

Se ne deve dedurre, in sintesi, che dove il termine non sia fissato (e questo può darsi sempre, fuori dalla fattispecie negoziale tipica del lavoro a progetto), la regola della proroga del rapporto sarebbe consequenziale al valore accluso al progetto come elemento effettivamente caratterizzante di una collaborazione che si vuole sia realizzata e adempiuta; mentre la regola che il rapporto non deve prorogarsi dipenderebbe dal valore che si attribuisce al progetto come segnalatore indiretto di una certa durata che dovrà avere il rapporto, a prescindere dalla realizzazione e dal compimento.

Ammettiamo dunque che una collaborazione coordinata e continuativa sia stata ricondotta a progetto, osservando tutto quanto richiesto nell'art. 61, 1° comma, ma senza stabilire una durata determinata mediante l'apposizione di un termine. Se interviene una malattia, infortunio o gravidanza che sospendono il rapporto, ci si deve chiedere che fine faccia in tale ipotesi il progetto stesso (o il programma, o la fase). A me pare che, in questi casi in cui una reale determinazione o il termine determinato non ci sono, possa venire unicamente in rilievo la seconda parte del 2° comma, che si riferisce alla facoltà del committente di recedere legittimamente dal rapporto per superamento del periodo di comporto in caso di malattia e infortunio[449].

Nella prospettiva precisata non occorre affatto stabilire una proroga del rapporto solo perché è stato sospeso per malattia ed infortunio: basterà stabilire fino a quando può essere tollerato che

---

[449] Insomma, secondo la logica non si esce da questo dilemma. O il progetto (*rectius*: la triade) è una cosa seria: e allora la sospensione del rapporto, anche per le ragioni della malattia e dell'infortunio (non solo della gravidanza), dovrebbe avere per conseguenza una proroga del rapporto, per un periodo di entità corrispondente, in modo da ricostituire il presupposto per l'espletamento di tutta l'attività occorrente per realizzare il progetto (a parte il caso del progetto con rigida collocazione temporale, di cui si è detto nel testo più indietro). Oppure, come sempre più mi persuado, il progetto, il programma o la sua fase, uno o più che siano, sono evocazione estrinseca, che può essere "sbattuta" di qua e di là, e che consente una serie di "giochi" solo per questa sua attitudine di essere bensì voce, ma anche solo fiato.

il rapporto resti sospeso. La disposizione in esame, quindi, esemplifica al massimo grado la tensione che viene ad istituirsi nel significato delle norme, allorquando debbano applicarsi al contratto tipico di lavoro a progetto- nel quale si prevede "l'indicazione della durata determinata o determinabile della prestazione di lavoro" (art. 62, lett. a), o ad ipotesi di collaborazioni ricondotte a progetto con fissazione del termine, ovvero invece alla restante generalità dei casi, in cui le collaborazioni a progetto siano a durata non determinabile seriamente *ex pria*, o addirittura indeterminata.

Nella prima classe di casi, nonostante la sospensione del rapporto per malattia ed infortunio, per l'art. 66, 1° e 2° comma il contratto si estingue alla sua scadenza prefissata. Con la mancata proroga in questi casi, peraltro, viene inferto un colpo mortale alla triade: è come dire che al progetto, al programma o alla fase può non corrispondere l'espletamento di una certa attività per una durata determinata, che è precisamente l'opposto di quanto seriosamente si suppone nello sventolare il carattere demiurgico del progetto. Che non sia stabilita la proroga del rapporto sospeso suona quindi a disillusione: era già nel conto che la realizzazione del progetto potesse essere uno scherzo e andare a carte quarantotto, tanto che non si proroga neppure il rapporto a termine preventivato per realizzarlo.

Proviamo ora ad immaginare la situazione in cui la durata non sia determinata, e neppur determinabile. Se il rapporto viene sospeso a causa di un infortunio e malattia, esso proseguirà dopo la sospensione fino a quando siano esaurite le attività dedotte in obbligazione, ovvero, nel caso di rapporto a tempo indeterminato, fino a quando non intervenga recesso. Ovviamente se il periodo di sospensione raggiunge una certa consistenza, può prospettarsi pure la evenienza considerata nella seconda parte del 2° comma, e cioè il recesso del committente perché è stato superato dal collaboratore il periodo di comporto[450].

Come spesso usa fare, l'attuatore della delega premette alle regole che ho provato a riferire, la riserva "salva diversa previsione del contratto individuale". Al proposito, le parti potrebbero sicuramente concordare che, in caso di malattia e infortunio, sia prevista una proroga dell'eventuale termine, o la ridefinizione del progetto, programma o fase anche sotto il profilo temporale dell'attività occorrente. È altresì auspicabile che queste clausole in specificazione si diffondano: mi pare l'unica maniera per riattribuire una certa serietà o significanza alla triade progetto, programma o fase, ora bistrattata dallo stesso legislatore.

Appare dubbio che si possano invece concordare *inter partes,* in punto a periodo di comporto, regole diverse anche da quelle stabilite nel secondo periodo del 2° comma. La riserva di cui all'articolo è sintatticamente espressa in corrispondenza del solo primo periodo, non anche del secondo periodo, che infatti così suona: "Il committente può *comunque* recedere dal contratto se la sospensione si protrae" oltre un certo tempo o comporto. Sembrerebbe quasi, restando alla lettera, che la facoltà di recedere nei termini definiti dalla legge debba essere garantita "in ogni caso" al committente. Ma non si deve eccedere in precisione, con i tempi che corrono, per un "comunque". Credo sia più ragionevole ammettere che pure sul periodo di comporto si possa

---

[450] Così è, mi pare, per la questione circa cosa succeda se la durata dell'invalidità derivante da infortunio e malattia "sfori" il termine inizialmente apposto al contratto (è accennata da DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro subordinato al lavoro "a progetto",* p. 23). Bisognerà comunque che, nel massimo, questo periodo di invalidità non superi un sesto della durata, ovvero un mese (in caso di durata solo determinabile).

incidere pattiziamente, stabilendo durate maggiori o comunque diverse di quelle che la norma in esame ha previste, nel modo sorprendente di cui ora darò conto.

14. Per il disposto del secondo periodo del 2° comma dell'art. 66, "il committente può comunque recedere se la sospensione si protrae per un periodo superiore a un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contratti di durata determinabile". Il tema ora introdotto, del comporto da malattia e infortunio e della recedibilità conseguente al suo superamento, è di esemplare significatività nel chiarire, sia la caratteristica bivalenza normativa di cui ho più volte discorso, sia le confuse pulsioni che hanno mosso l'attuatore della delega. Alla semplice lettura è intuitivo desumere che il legislatore anche qui pensi solo alle ipotesi di durata prefissata del rapporto e voglia differenziare in esse l'entità del comporto tollerato, a seconda che tale durata sia determinata ovvero determinabile. E infatti, il periodo di comporto è stabilito nella frazione di un sesto in caso di "durata determinata" (il termine *certus quando* tipologicamente imposto nel contratto tipico, ma apponibile anche nelle collaborazioni ricondotte a progetto); nella misura fissa di 30 giorni in caso di "durata determinabile" (assunta come occorrente per realizzare uno o più progetti, o programmi, o fasi).

È questo l'unico punto del decreto in cui, dalla distinzione fra carattere determinato o determinabile della durata, sono fatte discendere in via espressa conseguenze diverse. La questione è dunque promettente, perché il suo approfondimento potrebbe offrire lumi sulla differenza detta, che sappiamo essere assai disagevole da fissare, e forse anche essere inconsistente, anche se il legislatore suppone che sia chiara e palpabile (v. pure n. segg.).

Applichiamo ora nel concreto la regola del 2° comma, immaginando in parallelo tre coppie di rapporti di collaborazione con la stessa entità della durata, una però determinata (termine), l'altra determinabile (in corrispondenza di un progetto, ecc.). Nella prima coppia, i rapporti durano tre mesi: secondo la norma in commento, quello a durata determinata ha un periodo di comporto massimo di 15 giorni, quello a durata determinabile ha un periodo doppio, di 30 giorni. Poniamo ora due rapporti che durano sei mesi. Nel primo come nel secondo caso, abbiamo lo stesso periodo (30 giorni) di comporto. Poniamo infine due rapporti che abbiano una durata di due anni: per quello a durata determinata il comporto è di 4 mesi, per quello a durata determinabile è di 30 giorni.

La regola differenziale sul comporto non funziona univocamente, non ha coerenza: a seconda della dimensione delle durate, come mostra l'esemplificazione concreta, ha impatti di segno scambievolmente antitetico per la durata determinata e per quella determinabile[451]. Ciò disorienta anche con riguardo al giudizio su quale sia il trattamento più favorevole. Al di sopra e al di

[451] Vi può essere stato, nel congegnare questa previsione, un qualche disegno, una linea protesa ad agevolare qualche effetto? Forse si voleva fissare in sei mesi, secondo propensioni dirigistiche più volte colte, la durata, determinata o determinabile, di ogni lavoro a progetto (visto che sei mesi di durata hanno sempre lo stesso comporto). Forse - provo a interpretare alchimie strane conoscendo certi retropensieri - l'intendimento era quello di favorire la fissazione di durate determinate (le apposizioni di un termine *certus quando*), svantaggiando le durate solo determinabili: ma la regola differenziale funziona in modo incoerente pure a questo proposito. La cervellotica differenziazione nel periodo di comporto a seconda del carattere determinato o determinabile della durata, pere quindi esposta all'obiezione della arbitrarietà, irragionevolezza e contradditorietà del trattamento dispari in situazioni omogenee.

sotto della durata di sei mesi, il presumibile favore del committente, a scapito di quello del collaboratore, appare crescere, e decrescere, in proporzioni inverse e speculari[452].

Del resto, oltre che inutile, la ricerca del *cui prodest* è nella specie anche fuorviante. Stiamo infatti parlando di un rapporto di lavoro autonomo, dove le parti sono poste, certo relativamente, su un piede di parità. Per cui non è facile discernere, in punto a periodo di comporto, e atteso che durante la sospensione del rapporto non vi è obbligo di compenso, ciò che sarebbe più favorevole al collaboratore a progetto, o viceversa al committente, in modo ad esempio di poter chiamare in ausilio l'art. 61, 4° comma: una disposizione che si conferma del tutto impraticabile nella nostra materia, nonostante l'ovvietà del suo contenuto.

Si deve conclusivamente ritenere che, anche rispetto alla enigmatica regola sulla durata del comporto ora esposta, possano svolgere una funzione correttiva, integratrice e anche chiarificatrice, le clausole suppletive che le parti prevederanno nel contratto individuale, sia in quello tipico di lavoro a progetto, sia in quello sottostante la collaborazione coordinata e continuativa.

Va da sé che la recedibilità a seguito di consumazione del periodo di comporto, può essere pattiziamente regolata non solo- come già si è detto - prevedendo una maggiore o diversa durata del comporto stesso, ma anche incidendo sulle modalità che configurano la durata del rapporto e sulla determinazione anche indiretta della durata stessa (arg.pure da art. 67, 2° comma). Quando le disposizioni di legge sono incongrue e oscure, come lo sono quelle in commento, a maggior ragione deve essere invocata la possibilità di autoregolamentare i propri interessi, stabilendo una confacente e chiara discriminazione delle ipotesi e dei conseguenti trattamenti.

15. Dopo le non poche inframmettenze e discontinuità emerse dalle regole sulla sospensione senza proroga (art. 66, 1° coma) e sul recesso per superamento del comporto in caso di malattia e infortunio (art. 66, 2° comma), appare a prima vista più rassicurante la regola per cui, "in caso di gravidanza, la durata del rapporto è prorogata per un periodo di centottanta giorni, salva più favorevole disposizione del contratto individuale" (art. 66, 3° comma).

Il disposto va collegato ovviamente a quello del 1° comma, per il quale il rapporto del collaboratore coordinato e continuativo resta sospeso in caso di gravidanza (oltre che in caso di malattia e infortunio). Ma il raccordo suscita non poche perplessità. Dal combinato disposto si evince che il rapporto della collaboratrice godrà di una proroga prefissata di 180 giorni, a prescindere da quanto a lungo il rapporto stesso sia rimasto sospeso in ragione della gravidanza. Ma nulla si dice su questa sospensione, che non viene imposta né dichiarata, né tanto meno se ne definisce la protrazione nel tempo. Siamo in apparenza di fronte ad una proroga *ex lege* incondizionata e priva di correlazioni con la sospensione che suppone.

---

[452] Abbiamo mostrato *per tabulas* che la regola di cui alla seconda parte del 2° comma dell'art. 66 assicura al lavoratore un trattamento più favorevole, se la durata determinata o a termine è fissata per rapporti al di sopra di una certa entità (e cioè da più di sei mesi). In effetti, sopra i sei mesi, se la durata è determinata mediante la fissazione di un termine, il periodo di comporto attribuito è più lungo. Nello spirito dell'art. 61, 4° comma, si potrebbe assumere che un comporto più lungo sia "più favorevole al collaboratore a progetto". Senonchè, al di sotto della durata di sei mesi, il collaboratore sarebbe maggiormente favorito (ammettendo, nel senso precisato, che sia per lui più favorevole un periodo più lungo di comporto), se il rapporto avesse una durata solo determinabile, e quindi non avesse apposto un termine. Questa duplicità di proiezione disorienta; ed è naturalmente raddoppiata, e all'inverso, se si guarda la cosa dal punto di vista del committente. Con rapporti di durata superiore ai sei mesi, questi avrebbe più vantaggio se tale durata fosse solo determinabile, giacchè in tal caso dovrebbe sopportare un periodo più breve di comporto (il che pare più vantaggioso anche se, nel periodo di sospensione, ai sensi del 1° comma dell'art. 66, il committente non deve erogare il corrispettivo). Invece con rapporti al di sotto dei sei mesi, meglio sarebbe per il committente che la durata fosse determinata dal termine.

Senza ripercorrerne la storia, l'approdo della tutela della maternità nel lavoro dipendente è da tempo nel senso di ritenere che durante la gravidanza vi sia una incapacità assoluta di lavoro: onde il "divieto di adibire al lavoro le donne" quanto meno "durante i due mesi antecedenti la data presunta del parto" e "durante i tre mesi dopo il parto" (v. ora art. 16, T.U. 26 marzo 2001, n. 151).

Ad evitare che la gestante, e poi puerpera, sia indotta a lucrare sul "premio" differenziale di una proroga del rapporto di 180 giorni, lavorando nel periodo di interdizione si deve giustificare un intervento fortemente additivo sulla lacunosa norma dell'art. 66, 3° comma. In buona sostanza, al nostro caso deve essere fatta applicazione dell'art. 16, T.U. n. 151/2001, di cui ho riferito il contenuto essenziale, non solo in forza dell'analogia, quanto in forza del presupposto della incapacità assoluta di lavoro nel periodo di assoluta astensione. Si tratta di affermare che quest'ultima connotazione, implicante l'interdizione a lavorare, non è consentanea al solo lavoro subordinato, ma coestesa ad altre forme di lavoro personale, come le collaborazioni coordinate e continuative ed a progetto.

La ragionevolezza di questa assimilazione è mostrata pure dalla circostanza che nei tre mesi antecedenti e nei due successivi è riconosciuta un'indennità di maternità alla collaboratrice coordinata e continuativa (cfr. art. 1, D.M. Lav. 4 aprile 2002, su cui subito appresso). Se dunque si ammette che la collaboratrice a progetto è incapace di lavorare nei periodi in cui sarebbe tale se fosse dipendente, ne consegue una vistosa eppur opportuna integrazione della norma del 3° comma dell'art. 66. In proposito si deve ritenere, anzitutto, che la durata di 180 giorni attenga alla misura massima della possibile proroga. In secondo luogo, saldando la proroga alla sospensione, la concreta durata della proroga entro la detta misura massima, dovrà essere determinata in corrispondenza dell'assenza effettiva per gravidanza e puerperio, *alias* della sospensione dal lavoro da osservare quanto meno nel ben noto periodo.

In tal modo il discorso si chiude sia sul piano della coerenza logica, che su quello dell'articolazione normativa necessaria alla concreta applicazione. Invero, se si ammette il presupposto dell'incapacità di lavoro, anche alla collaboratrice sarà preclusa l'attività almeno per i 150 giorni canonici (due mesi prima, tre dopo), dovendosi calcolare in aggiunta, occorrendo, le eccedenze che derivano da scarti di previsione circa la data del parto. In misura corrispondente al detto periodo di sospensione, e comunque in una misura massima di 180 giorni, il rapporto di collaborazione sarà prorogato. Gli obblighi di certificazione, e la tempestività delle relative comunicazioni, indispensabili in materia e per evitare aggiramenti anche autolesionistici, sarebbero rinsaldati se il periodo di proroga potesse essere ridotto in corrispondenza, anche al di sotto, occorrendo dei 150 giorni circa di sospensione necessaria. Ovviamente, quest'ultima richiesta si pone ben oltre la vistosa integrazione delle norme in precedenza svolta.

Tanto osservato, anche il principio (opposto a quello adottato in caso di infortunio e malattia), per cui la sospensione del rapporto determina la proroga in una certa misura dello stesso, suppone in effetti una apposizione di termine *certus quando* o una durata del rapporto seriamente determinabile. Per essere operativo con la necessaria nettezza di contorni, il principio esige quindi che si tratti, o di contratto tipico di lavoro a progetto, o di una collaborazione a progetto a termine, o a durata determinabile. Il terreno sottostante all'applicazione della regola è infatti comune a quello visto per le situazione della malattia e dell'infortunio; anche se poi il trattamento di queste diverge proprio in punto a proroga, per cui si riaprono differenze che vanno segnalate.

Anzitutto non può essere obiettato *a priori,* con riferimento alla disciplina in caso di gravidanza, che il progetto o la triade non sia una cosa seria: invero il rapporto di collaborazione viene prorogato, fino a un massimo di 180 giorni, in una misura corrispondente o vicino a quella del tempo sottratto alla attività di collaborazione a causa della gravidanza e puerperio. La proroga potrebbe quindi consentire la realizzazione del progetto, programma o fase, proprio perché reintegra il tempo perduto a tal fine.

Ci si deve però chiedere che fine faccia la famosa triade sotto un diverso e più sottile punto di vista, già accennato *retro*, n.13. A volte, anzi molto spesso, il progetto, il programma o la fase dedotti nella collaborazione, sono da realizzare a data del calendario certa, ad esempio in concomitanza con altre attività pure temporalmente situate, o in interdipendenza con altri progetti, programmi o fasi, che debbono essere realizzati nello stesso periodo o immediatamente prima o dopo. In tali casi, la sospensione del rapporto, surrogata dalla proroga di 180 giorni, consentirà forse alla collaboratrice di realizzare un qualche progetto *diverso* da quello di partenza; ma i coordinamenti e le interdipendenze temporali con cui il progetto era stato concepito e che concorrevano ad individuarlo se nel frattempo non è intervenuta una sostituzione, non saranno state rispettate[453].

Si aggiunga poi che la regola della proroga fino a 180 giorni non ha realtà su cui incidere se non vi è durata determinata, o perché solo largamente determinabile ovvero perché a tempo indeterminato, come può capitare o è ammesso nelle collaborazioni coordinate e continuative ricondotte a progetto. Abbiamo più volte escluso, infatti, e lo mostrerà ancora una volta pure l'analisi dell'art. 67, che l'individuazione di un progetto possa di per sé equivalere alla fissazione di una durata determinata o all'apposizione di un termine, se questi profili esteriori non vengono espressamente stabiliti.

Tanto precisato sul carattere bivalente delle disposizione in punto a sospensione e proroga in caso di gravidanza, abbiamo già detto (*retro* Capo 1°, n. 3), che alla collaboratrice coordinata e continuativa (non iscritta ad altre forme di previdenza obbligatoria, né pensionata), spetta a partire dal 1° gennaio 1998 una indennità di maternità[454]. Tale previdenza, "comprensiva di ogni altra

---

[453] Per realizzare il progetto nel contesto di concomitanze precisato, occorrerebbe insomma una sostituzione della gestante nell'attività volta al compimento del progetto che l'intervenuta gravidanza consente di sospendere. Il progetto, una volta che sia (seriamente) individuato anche a stregua delle correlazioni temporali "esterne" che deve rispettare, non può più essere considerato "disponibile". La constatazione è sicuramente ristretta ad una parte specifica dei possibili progetti; ma ha una portata concettuale più ampia, che mi induce a concludere, non solo per amor di battuta, che il progetto continuerà sempre ad essere una merce buona per tutte le stagioni, che può essere retrocesso, o promosso, a programma o a fase, ovvero ad una molteplicità di progetti, programmi o fasi.

[454] Per dare ordine all'ingarbugliato rincorrersi di disposizioni, si precisa che il contributo da versare per la gestione separata INPS delle collaborazioni coordinate e continuative (*ex* art. 2, 26° comma e ss., l. n. 335/1995), è stato a fine 1997 aumentato di uno 0,50% per consentire l'estensione agli iscritti della tutela relativa alla maternità, ora esaminata, e all'assegno per il nucleo famigliare (v. art. 59, comma 16°, l. 27 dicembre 1997, n. 449: finanz. 1998; e, per l'attuazione, D.M. 17 maggio 1998), nonché, successivamente, anche l'estensione della tutela contro il rischio di malattia in caso di degenza ospedaliera (art. 51, comma 1°, l. 23 dicembre 1999, n. 488: finanz. 2000), di cui in precedenza si è riferito. Infine l'art. 80, 12° comma, l. 23 dicembre 2000, n. 388: finanz. 2001), ha fornito l'interpretazione autentica dell'art. 59, 16° comma, sopra cit. della finanz. 1998, precisando che la tutela ivi prevista della maternità e dell'assegno per il nucleo famigliare, "avviene nelle forme e con le modalità previste per il lavoro dipendente". Proprio per l'attuazione di tale disposto è stato emanato il D.M. 4 aprile 2002 (in G.U. 16 giugno 2002, n. 136), al quale faccio riferimento in materia di disciplina della maternità. Si rammenta infine che una sintesi, accorciata sulla sola maternità, di questa evoluzione è riprodotta ora pure nell' art. 64 del d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (T.U. in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità).

indennità spettante per malattia", come ribadiscono le disposizioni regolamentari, viene "corrisposta nei due mesi antecedenti la data del parto ed i tre mesi successivi alla data stessa" (art.1, 3° e 1° comma, D.M. Lav. 4 aprile 2002). È richiesto anche un minimo di anzianità contributiva, e cioè che nei dodici mesi precedenti i due mesi anteriori alla data del parto siano state versate almeno tre mensilità del contributo aggiuntivo dello 0,50%[455].

La misura dell'indennità, per ogni giorno, è pari all'80% di 1/365 del reddito, derivante da attività di collaborazione coordinata e continuativa, sottoposto a contribuzione nei dodici mesi antecedenti l'inizio del periodo indennizzabile (o di una frazione ridotta in misura proporzionalmente corrispondente, se l'anzianità assicurativa è inferiore).

Senza voler esaurire l'esposizione della disciplina, va aggiunto almeno il dettaglio che l'indennità spetta anche in caso di adozione o affidamento, per i tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino (purchè abbia meno di sei anni) nella famiglia della lavoratrice. In tali casi l'indennità può essere fruita dal padre, avendone i requisiti, in alternativa alla madre lavoratrice che non ne faccia richiesta. Il padre può godere dell'indennità anche in caso di morte o grave infermità della madre, oltre che di affidamento esclusivo del bambino, sempre laddove possegga i requisiti di contribuzione richiesti.

Naturalmente, la disciplina della maternità ora sunteggiata è generale, vale per tutte le collaborazioni coordinate e continuative che sono assoggettate all'iscrizione a fini di previdenza alla gestione separata INPS . La regola, da cui siamo partiti, per la quale in caso di gravidanza il rapporto di collaborazione viene prorogato di 180 giorni, va invece riferita alle sole collaborazioni sottoposte alla riforma; e anche per esse con una serie di distinguo, essenzialmente legati come abbiamo più volte detto, alla fissazione o meno di un termine del rapporto.

Che pure la regola suddetta, di rango giuslavoristica, debba tuttavia considerarsi di generale applicazione, a prescindere dalla rimarcata bivalenza normativa, non merita neppure chiedersi: lo impongono i valori i racchiusi nella filiazione e nella genitorialità, lo impone la ragionevolezza, che non tollererebbe disparità di trattamento in una simile materia. Come intuito già qualche altra volta, il sistema si vendica dei campi d'applicazione moltiplicati senza alcuna ponderazione ed evita per silenzioso autoaggiustamento gli effetti di disparità che comporterebbero.

16. Nel 4° e ultimo comma dell'art. 66 viene fatto un incompleto riferimento alle discipline applicabili alle collaborazioni coordinate e continuative, partendo da quella storica del rito processuale del lavoro. Oltre alle disposizioni della l. 11 agosto 1973, n. 533, e all'art. 64, d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151, relativa alla or ora riferita disciplina previdenziale sulla maternità, vengono menzionate le "norme sulla sicurezza e igiene del lavoro" (d. lgs n. 626 del 1994: così testualmente citato), quelle di "tutela contro gli infortuni e le malattie professionali" (senza indicazione: ma l'attuatore si riferirà all'art. 5 d. lgs. 23 febbraio 2000, n. 38), quelle di cui all'art. 51, comma 1° della l. 23 dicembre 1999, n. 488 (è la norma della finanziaria del 2000 che stabilisce la indennità di malattia in caso di degenza ospedaliera, di cui abbiamo sopra riferito: al proposito l'attuatore indica, con

improvvisa meticolosità, pure il decreto ministeriale attuativo di tale previsione, e persino la G.U. in cui è pubblicato).

Come è stato subito notato[456], non sono invece menzionate numerose altre discipline. Non si fa cenno all'assegno per il nucleo familiare, né all'obbligo di comunicazione ai Centri per l'impiego dell'instaurazione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (di recente stabilito dall'art. 6, 2° comma, d. lgs. 19 dicembre 2002, n. 297). Neppure si è pensato di ribadire la vigenza di principi elementari e fondamentali, come è solito avvenire (si veda ad es. l'art. 2 della l. 3 aprile 2002, n.142), in modo che un nucleo duro (costituito dai diritti costituzionali e dalle tutele essenziali coestese ad ogni lavoro personale) appaia formalmente fissato anche per i nostri rapporti di collaborazione, secondo auspici pluridecennali e la stessa idea di "Statuto dei lavori".

Persino la norma che prevede per gli iscritti alla gestione separata INPS, a carico dell'interessato, "la facoltà di riscattare (nel massimo cinque) annualità di lavoro prestato attraverso rapporti di collaborazione coordinata e continuativa", allo scopo di adeguare la consistenza della propria posizione contributiva[457], viene menzionata: eppure il problema di fondo del tipo di collaborazione in commento è dato dalla totale inadeguatezza della prospettiva pensionistica; alla quale è sperabile si sopperisca in futuro, prevedendo più che onerosi riscatti o limitate ricongiunzioni, anche più ampie possibilità di totalizzazione dei periodi tutti, o almeno sufficientemente strutturati, di contribuzione.

La riforma poteva essere una buona occasione per fare il punto su molte di tali questioni e per offrire una visuale più integrata. La circostanza che vengano menzionate solo alcune discipline, ma non altre, comporta comunque una serie di difficoltà[458]. Poiché non si tratta di un catalogo di diritti, viene impedita sul nascere ogni "speculazione" in senso buono, intesa a dedurre o argomentare alcunchè in ragione del fatto che un istituto sia o non sia previsto o un disposto sia o non sia tralasciato. L'unica vera questione è di sostanza, in quanto si tratta di una serie di disposti indicati senza completezza e alla rinfusa.

Faccio un solo esempio. Per taluni, le posizioni elencate nella rassegna del 4° comma dell'art. 66, sarebbero assolutamente indisponibili, nel senso che non si potrebbe farne rinuncia o transazione[459], come con linguaggio improprio consente l'art. 68, volendo indicare che in sede di certificazione, al momento della stipula, le parti possono derogare ai diritti disponendone ancora prima che siano sorti, senza alcuna conseguenza di nullità (cfr. *sub* art. 68). Che possano essere *a*

---

[456] Cfr. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, cit. p. 823 e s.

[457] Cfr. art. 51, 2° comma, l. 23 dicembre 1999, n. 448 (la già citata finanz. 2000), a seguito del quale è poi stato emanato il D. M. Lav. 2 ottobre 2001 (in G.U. 22 dicembre 2001, n. 297).

[458] Pare in proposito del tutto ultroneo chiedersi se sia stato intenzionale l'aver proceduto ad un ribadimento incompleto delle normative, cercando, in caso affermativo, il significato delle scelte. La domanda è retorica, perché pare evidente che la circostanza è solo il frutto di incuria e improvvisazione: in tal modo si aggiunge però materia al postulato del legislatore disattento.

[459] V. sempre MISCIONE, *op. cit.*, p. 822, per il quale "ovviamente non possono essere oggetto di rinunzie e transazioni gli altri diritti confermati espressamente" dal 4°comma dell'art. 66.

*priori* sottoposti a volontà abdicativa diritti non ancora maturati, quasi fosse possibile una rinuncia preventiva ad essi anche se non fanno ancora parte del patrimonio del collaboratore[460], ovvero si sia di diverso avviso ammettendo che ad opera della volontà assistita si possano derogare i diritti, resta che il discorso è debole *in re ipsa*: le rispettive selezioni sono comunque indebolite dal carattere sbrindellato delle previsioni fatte nel 4° comma dell'art. 66. Sarebbe come trarre radicali differenze di trattamento sulla base di inclusioni o esclusioni casuali e incomplete, moltiplicando tra l'altro il numero delle proiezioni difettose a causa della ambito bipartito della riforma.

17. In parallelo all'attuazione della delega sono intervenute "disposizioni urgenti" per decreto legge poi convertito[461], sulle quali ci siamo già soffermati perché introducono con norma generale una fattispecie "quantitativa" allo scopo di assoggettare a contribuzione il lavoro occasionale e degli incaricati alle vendite a domicilio che produca un reddito superiore a 5 mila euro (v. *retro, sub* art. 61, n. 11). Rovistando fra le disposizioni di tale legislazione d'urgenza, è possibile ricostruire pure lo stato e la dimensione attuale dell'obbligo contributivo a cui sono sottoposti collaboratori coordinati e continuativi, semplici o integrati, titolari di contratto tipico di lavoro a progetto e pure, da ultimo, lavoratori occasionali e gli incaricati alle vendite a domicilio con reddito superiore a 5 mila Euro.

Per l'art. 45 della legge (di conversione) 23 novembre 2003, n. 326, anzitutto, "con effetto dal 1° gennaio 2004 l'aliquota contributiva pensionistica per gli iscritti alla gestione separata" INPS, "che non risultino assicurati presso altre forme obbligatorie è stabilita in misura identica a quella prevista per la gestione pensionistica dei commercianti". Con oculato riscontro dei richiami, possiamo riassumere la nuova situazione, fornendo un aggiornamento di quanto riassunto per il passato (*retro* Titolo VII, Capo 1°, n. 4).

Col 2004, per i già iscritti ad altre forme obbligatorie, resta ferma l'aliquota del 10% sul reddito ricavato dalla collaborazione. Per coloro che sono già pensionati, l'aliquota aumenta di 2,5 punti percentuali, raggiungendo così il 15%. Per gli altri iscritti, con l'equiparazione al trattamento dei commercianti, l'aliquota in vigore del 13.50% cresce al 17,39%. Ma bisogna precisare, per questa più corposa classe di casi, che deve altresì essere imputata l'aliquota aggiuntiva dello 0,50%, stabilita come sappiamo a finanziamento di prestazioni previdenziali e assistenziali[462]. Per gli anni successivi al 2004, infine, l'ancoramento alla disciplina in vigore per i commercianti comporterà un aumento dell'aliquota nella misura dello 0,20% annui, fino a raggiungere l'aliquota del 19%[463]

Per completezza ed attrazione, deve infine darsi breve conto delle novità intervenute in materia di associazione in partecipazione (integrando quanto osservato in precedenza su questo istituto: retro sub art. 61, n. 18). Abbiamo già detto che per le collaborazioni instaurate attraverso il con-

---

460 In questa linea mi sembrano le osservazioni di DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato*, p. 23.

461 Cfr. d.l. 30 settembre 2003, n. 269 ("Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici"), ora convertito nella l. 24 novembre 2003, n. 326, già richiamato a proposito del lavoro occasionale sottoposto a contribuzione (art. 44, 2° comma: v. *retro, sub* art. 61, n. 11).

462 V. quanto previsto a favore dei collaboratori iscritti al fondo separato dall'art. 59, comma 16°, l. 27 dicembre 1997, n. 449 (finanz. 1998) a finanziamento della tutela della maternità e dell'assegno per il nucleo famigliare e, poi (art. 51, comma 1°, l. 23 dicembre 1999, n. 488: finanz. 2000), contro il rischio di malattia in caso di degenza ospedaliera: cfr. amplius *retro* nt. 39.

463 Possono in via ulteriore sollevarsi una serie di dubbi (sono grato a Giuseppe Innocenti che me li ha suggeriti). Ai commercianti oltre il primo scaglione di reddito (Euro 36.959), si applica l'addizionale dell'1%. Inoltre per i commercianti valgono altre specificità (ad es.: massimale di reddito, agevolazione per chi abbia meno di 21 anni di età): debbono valere, e se sì, come, pure per i collaboratori?

tratto in esame l'obbligo contributivo doveva dedursi già in passato, in base alla comune valutazione che l'attività dell'associato rientri nelle prestazioni rilevanti *ex* art. 409, n. 3; per cui non di nuove regole sarebbe da parlare, ma di sanatoria impropria per chi finora ha eluso le regole che già esistevano. Come che sia, d'ora in avanti è espressamente scritto che, in relazione all'associato che conferisce esclusivamente attività lavorativa, deve essere costituita la posizione previdenziale: che taluni siano stati meritoriamente osservanti in proposito già nel passato, apparterrà quindi all'andata in cavalleria *more italico*.

A differenza di quanto ventilato nei disegni di legge delega in materia pensionistica (nei quali si propone senz'altro l'inquadramento pensionistico nella gestione separata di cui all'art. 2, 26° comma e ss. L. 335/1995), gli associati in partecipazione sono tenuti, col 1° gennaio 2004, ad iscriversi ad una gestione appositamente costituita per loro. Più precisamente, l'art. 43 della già citata l. n. 326/2003, stabilisce un tale obbligo per gli associati non iscritti ad albi professionali, i cui compensi siano qualificati come redditi da lavoro autonomo ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. c) del TUIR[464].

La misura del contributo è pari a quello previsto per i rapporti di collaborazione di cui alla gestione separata INPS, gravando per il 55% sull'associante e per il 45% sull'associato. Vengono altresì sollecitati dalla legge in questione gli adempimenti informativi, da effettuare entro il 31 marzo 2004, che consentano l'avvio della nuova gestione, che sarà comunque ricalcata sulle regole vigenti per i collaboratori coordinati e continuativi.

### V. Estinzione del contratto e preavviso (Art. 67)

18.

19.

20.

21. *[omissis]*

### VI. Questioni di costituzionalità

22. Ho esposto gli argomenti che autorizzano la ricostruzione bipolare che ho preannunciato, avvalendomi spesso delle basi testuali su cui si appoggia. Nonostante l'attuatore della delega voglia rinserrare nel solo contratto tipico di lavoro autonomo a termine denominato "a progetto", ogni collaborazione coordinata e continuativa ricadente in una parte del cielo, tale intento resta solo ottativamente conclamato. Le norme risultano poi redatte in un modo - che già appariva configurato nella legge di delega (lett. a) e lett. c) dell'art. 4) - per cui sono ora previste due diverse figure e regolamentazioni, quella delle collaborazioni coordinate e continuative ricondotte a progetto,

---

[464] Da ciò si evince pure la rigorosa circoscrizione della disposizione ai soli associati che conferiscano esclusivamente attività di lavoro. Invero se il conferimento fosse dato, anche solo in parte, da apporti di altro genere e comunque anche di capitale, per l'art. 41, comma 1°, lett. f) del TUIR il reddito conseguente sarebbe qualificato reddito da capitale. Non occorre essere profeti per affermare che su questo punto preciso del conferimento di solo lavoro o anche in parte di capitale si giocheranno le elusioni future dell'obbligo or ora sancito. Con la possibilità di scoprire che anche ai fini della previdenza sarebbe meglio avvalersi semplicemente della definizione giuslavoristica, che rinvia ad una qualificazione più filtrata ed efficiente.

che possono essere pure a tempo indeterminato, e quella del contratto di lavoro a progetto summenzionato, che invece esige la predeterminazione della durata del rapporto conseguente (in concreto per lo più mediante la fissazione del termine).

E infatti, nel Capo 1° del Titolo VII, si fa espresso riferimento, da un lato ai rapporti di collaborazione *ex* art. 409, n. 3, per definirne la riconducibilità a progetto (art. 61, 1° comma), ovvero per ammetterne l'instaurabilità anche successiva alla riforma (art. 69); dall'altro ad un contratto tipico di nuovo conio e di singolare assetto, in quanto coniuga indissolubilmente la durata determinata, e anzi la fissazione di un termine, ad una prestazione di lavoro autonomo (art. 62). Di fronte a tali fattispecie parallele, ma qualitativamente assai divergenti, le discipline risultano variamente atteggiate. Quelle che regolamentano la sospensione del rapporto e il recesso (artt. 66, 1°, 2° e 3° comma, e 67), paiono essere dettate in contemplazione di un termine di estinzione del rapporto, con le portate contradditorie, e in sostanza destrutturatrici di una idea seria di progetto, su cui abbiamo richiamato l'attenzione (v. *retro,* nn. 13 e 15). Nel mezzo, una serie di norme è apparsa consona sia all'una che all'altra delle due fattispecie, a volte in presentando significati normativi in sovrapposizione, oppure con variazioni d'accenti e di impatti, ovvero pure attraverso la intregrazione transtipica della disciplina, mutuandone frammenti da altri contratti (artt. 63, 64, 65, 66, 4° comma, 86, 1° comma).

Si deve riconoscere che a differenziare la prospettiva concorre una scriminante di fondo, a seconda che il tema o elemento "progetto" trovi una considerazione sostanzialistica e di contenuto, ovvero solo formalistica ed estrinseca: una duplicità di vedute che per ripercussione si trascina appresso una ridda di fraintendimenti e contraddizioni pure con riguardo al termine e alla determinatezza e determinabilità, o meno, della durata. Si badi che mentre l'alternativa sostanziale/formale a proposito del progetto, collima tipologicamente con le due fattispecie discrete, essendo un corno sovrapposto all'art. 61, 1° comma e l'altro all'art. 62, l'alternativa fra termine (o durata realmente determinata-abile) e durata non seriamente determinabile o indeterminata, attiene ad un profilo più frastagliato, che attraversa empiricamente l'una e l'altra delle due fattispecie.

Né possiamo trascurare, pur ripetendoci, la circostanza che, oltre alla bivalenza per così dire verticale, esiste una doppiezza orizzontale, di cui abbiamo già detto (v. già *sub* art. 61, parte II, nonché *retro,* n. 1) che complica in modo moltiplicatorio le questioni e le difficoltà; giacchè ogni discorso sul lavoro a progetto non può evitare, alla fin fine, di misurarsi pure sulle collaborazioni coordinate e continuative *d'antan*, che continuano ad essere lecitamente instaurate nell'altra parte del cielo.

Nonostante il diverso respiro con cui, nell'idea del doppio binario, può essere ricostruito il tessuto normativo, in molti punti si è dovuto accennare a questioni di illeggitimità costituzionale che potrebbero essere sollevate. In proposito, e riepilogando, si devono anzitutto menzionare le situazioni in cui è possibile profilare l'eccesso di delega, a partire da quella principale, che attiene alla stessa struttura della riforma, per cui, come più volte detto, nel decreto attuativo si è ritenuto di circoscrivere la disciplina sul lavoro a progetto ad una parte soltanto delle collaborazioni coordi-

nate e continuative, lasciandone immuni le restanti per incoerenti ragioni e nel silenzio della delega[465]. Questa discrepanza può avere corroborazione aggiuntiva, sul piano dell'incompatibilità costituzionale, sotto l'aspetto della irragionevole disparità di trattamento che così si consuma[466].

In un quadro simile può essere collocata un'altra questione di fondo, e cioè l'esclusione dalla riforma dei rapporti di collaborazione con le pubbliche amministrazioni. In proposito si rinvia a quanto detto nel commento *sub* art. 1.

Si è accennato altresì all'*aberratio* negli scopi della legge, che conseguirebbe se si insistesse nel richiedere che il progetto sia "determinato dal committente: un dato siffatto non può costituire elemento immancabile della riconducibilità a progetto, e se lo costituisse sarebbe un assunto irragionevole (v. *retro sub* art. 61, n. 5). E seguitando, ci si è soffermati sulla insostenibilità della presunzione assoluta di subordinazione di cui all'art. 69, 1° comma (v. *sub* art. 61, parte III), che viene dal legislatore appoggiata sul solo dato, fortemente anodino e formalistico, della mancanza di "individuazione del progetto". Sempre con riguardo all'art. 69, questa volta rispetto ai suoi 2° e 3° comma, si è obiettato che le prerogative del giudice in materia di qualificazione del contratto, non possono essere ridotte nei termini asfittici (accertamento della sola esistenza del progetto) previsti in tale norma.

Senza completare la rassegna, basti l'osservazione che la significatività di tutti questi e di altri aspetti di dubbio sul piano costituzionale appare raddolcita, se non superata, proprio con l'adozione della visuale del doppio binario. In base ad essa, pervero, è possibile ampliare i dati di precomprensione con cui interrogare le norme, fino a che queste rispondono con maggior aderenza al quesito regolativo, ricomprendendo più ipotesi e alleggerendo la drasticità delle soluzioni.

In proposito chi assuma come punto di partenza l'idea del monobinario senza mai sottoporla da ispezione, finisce per trovarsi di continuo a malpartito nell'interpretazione della norma. Non avvertendo la sua bivalenza normativa, è costretto programmaticamente a conciliare l'inconciliabile; per cui ritrae un profitto probabilmente minore dalle strizzature di cervello a cui dobbiamo sottoporci professionalmente e anche in misura maggiore nella presente occasione.

Per menzionare solo alcune delle innumerevoli antinomie e contraddizioni che alla lettura del testo si presentano evidenti, alcune più generali altre più circoscritte, basti pensare come nella legislazione di riforma si trovino contrapposti: passato dei co.co.co. - presente del contratto tipico; n. 3 - n. 1 della lett. c) dell'art. 4 legge di delega; assenza di forma – forma scritta; carattere sostanzialistico della riconduzione a progetto (art. 61, 1° comma) - valore estrinseco della "indicazione del progetto" (art. 62, lett. c); progetto caratterizzante l'effettivo svolgimento del rapporto (sempre art. 61, 1° comma) - richiesta di sussistenza esteriore del progetto nel solo momento genetico; progetto-termine; assenza di ogni indicazione in punto a durata - richiesta che l'indicazione della durata assuma forma scritta (art. 61, lett. a); pluralità di committenti - divieto di concorrenza; sospensione del rapporto senza proroga – individualizzazione del progetto mediante termine o durata determinata; proroga della durata dopo la sospensione del rapporto –

---

[465] Dentro tale discorso, si può collocare pure la disparità "specializzata" che si consuma dentro il mondo sportivo, eccettuando l'art. 61, 3° comma, solo alcune delle collaborazioni possibili (v. *retro, sub* art. 61, n. 14, g)).

[466] Corrisponde ad una pura petizione di principio (contraddetta dai dati di fatto che abbiamo mostrato *sub* art. 61, n. 15), l'affermazione della recente circolare ministeriale secondo cui "al di fuori del campo di applicazione dell'art. 61 si collocano, con tutta evidenza (?), fattispecie che non presentano significativi rischi di elusione della normativa inderogabile del diritto del lavoro". Cfr. circ. cit. n. 1/2004, n. I.

collocazione nel tempo di calendario individualizzante il progetto; estinzione del rapporto al momento della realizzazione del progetto - termine che ne sancirebbe la durata; ecc.

Se la situazione regolanda fosse solo una - quella esemplarmente evocata dalla configurazione del contratto tipico- tutte queste coppie darrebbero vita (dentro l'area della riforma: non allargo il discorso!) ad antinomie irrisolvibili: irretiti dall'ipotesi concentrazionaria del monobinario, non potendosi diversificare le situazioni su cui incide la regolamentazione si è costretti a maggiori arrampicature sugli specchi. Ma se si accede ad una visuale meno costrittiva, in cui trova più adeguato svolgimento la libertà contrattuale, ne viene la naturale "spalmatura" delle interpretazioni possibili e e/o l'integrazione delle stesse nelle diverse direzioni richiamate dalle due fattispecie di base, con una conseguente sdrammatizzazione delle opposizioni e possibilità di formulare risposte più adeguate.

22. Senza insistere in altri dettagli sui singoli punti sunteggiati, è però giunto il momento di argomentare con più completezza quello che abbiamo a volte anticipato, e cioè che la nostra ricostruzione si impone anche per sottrarre la riforma delle collaborazioni coordinate e continuative ad un difficoltoso scrutinio di ordine generale circa la sua compatibilità costituzionale. Che, in un variegato mondo di circa un milione e mezzo di collaboratori *lato sensu* autonomi e in parte genuinamente tali, debba essere ritagliato un recinto – il contratto tipico di lavoro a progetto - nel quale convogliarli tutti con vistose addizioni di lavoro occasionale, pena la trasmutazione dei riottosi in dipendenti presunti; ma nel contempo a circa mezzo milione di collaboratori sia opportunisticamente risparmiato un tale destino ineluttabile: ebbene una simile pretesa appare discutibile non solo sotto specifici punti di vista, già rimarcati, ma anche nel complesso, per una futile eccedenza di scopo, per una palpabile disarmonia. Proprio codesta impressione introduce il quesito della compatibilità costituzionale dell'operazione nel suo insieme.

Il merito della prospettiva di riforma - che è indubbiamente segnata dall'artificioso convogliamento nell'unica fattispecie negoziale sopraddetta dell'assetto di interessi che cerca realizzazione nel lavoro autonomo - deve quindi essere saggiato anche alla luce dei principi costituzionali, pur nella consapevolezza che in essi riceve una tutela solo relativa ed indiretta il principio dell'autonomia contrattuale. Nella visuale del monobinario, in effetti, il valore della libertà contrattuale appare compresso come mai si era constatato in precedenza.

Dall'inizio degli anni 70, quando mi era sembrato di cogliere una certa tendenza dell'ordinamento alla "relativa disponibilità del tipo lavoro subordinato"[467], se ne sono viste di tutti i colori in punto a quella che potrebbe definirsi "coercizione tipologica". Nell'orbita del lavoro subordinato, un certo dirigismo legislativo si era spinto ad esempio a determinare, rispetto a rapporti di lavoro in

---

[467] V. PEDRAZZOLI, voce *Opera,* n. La succitata tendenza, a mio avviso, avrebbe dovuto essere confortata sul piano dell'autonomia collettiva più che della legislazione. Mi permetto di rinviare agli svolgimenti fatti in *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *LD* 1990, 355 ss., 549 ss.
Ammette la possibilità di una disposizione della disciplina del tipo ad opera del legislatore. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro subordinato*, in *LD* 1986, 56 s. Sulla questione, più ampiamente. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistemo di diritto del lavoro*, in *GiornDLRI* 1991, 489 ss.; D'ANTONA*, Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, 86 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato,* in *RIDL,* 2001, I, 95 ss.; L. NOGLER *Ancora su <<tipo>> e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa,* in *ADL*, 2002, 109 ss

atto, una qualificazione di lavoro autonomo anche in contrasto con dati che emergevano a conferma secondo il procedimento di qualificazione consueta che si trattava di lavoro subordinato: e a questa operazione si è sonoramente opposta la Corte Costituzionale[468]. Almeno una volta il legislatore ha stabilito, per rapporti invece di nuova istituzione che dovessero essere considerati di lavoro autonomo, nonostante gli elementi distintivi previsti che militavano nel senso di contraddistinguere tali rapporti come di lavoro subordinato[469]. Altre volte ha negato la qualificazione, non solo di lavoro subordinato, ma di rapporto di lavoro quale che fosse, a situazioni di contingenza ben note che, consolidandosi in una qualificazione, potevano troppo facilmente tracimare in una dimensione assistenziale della fattispecie[470].

Non si era invece mai verificato che nella costellazione del lavoro autonomo fosse stabilito che, d'ora in poi, le collaborazioni personali dotate di una certa durata e/o continuità, dovessero essere qualificate in un solo modo, e cioè quali contratti resi tipici dalla indicazione di un progetto e caratterizzati dall'apposizione del termine con forma scritta *ad probationem*. Proprio questo invece l'attuatore della delega conclama, seguito da una interpretazione totalitariamente avallatrice di tale intento, e con particolare veemenza.

Converrà in proposito ribadire che, solo nel lavoro subordinato, per il rilievo costituzionale del fatto che nelle condizioni di debolezza immanente a tale condizione, la libertà del lavoratore sia esposta a pericolo, è ammesso un intervento del legislatore che stabilisca per presunzioni anche assolute, ovvero agevoli l'accertamento dei presupposti in base ai quali intervenga, tassativamente, la disciplina protettiva in contemplazione degli interessi pubblici e sovraindividuali che sono interiorizzati nell'inderogabilità della norma.

Ma nell'ambito del lavoro autonomo, una costellazione per cui solo negli ultimi decenni si è posta l'esigenza protettiva se e in quanto l'attività personalmente espletata fosse continuativa e prevalentemente personale, non si era mai vista una coercizione al tipo negoziale tanto smaccata, da far pensare che alle parti sia sostanzialmente interdetto l'uso della libertà contrattuale.

Di fronte ad una simile pretesa, devono essere chiaramente formulate obiezioni, che attengono ai valori fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. È opinione largamente condivisa che l'autonomia contrattuale non riceva direttamente protezione costituzionale, ma trovi sostegno solo indirettamente, per il tramite del raccordo istituito con l'art. 2 Cost. e 41 Cost.[471] È in ispecie è consueta l'affermazione che nell'esercizio della libertà di iniziativa economica sia inclusa la scelta dei mezzi con cui realizzarla; fra i quali riveste valore fondamentale il potere, riconosciuto dall'ordinamento, di regolamentare i propri interessi attraverso il contratto, o nelle espressioni

---

[468] V. le sentt. C. Costituzionale 29 marzo 1995, n. 121 (in *FI,* 1993, I, 2432 ss.). e. 31 marzo 1994, n. 115 (in *FI* 1994, I, 2656 ss.). In relazione ad esse, ma anche ad altro, cfr. il saggio di M. D'ANTONA*, Limiti costituzionali cit.*, 86 ss.; PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *GiornDLRI,* 1998, 509 ss, specie nn. 7 e 9.

[469] V. la singolare disposizione per i medici di guardia nelle UUSSLL, di cui agli artt. 13, 14 e 18 ult. comma del D.P.R. 7 maggio 1982 n. 281 (che ha reso esecutivo l'Acc. Coll. Naz. 4 febbraio 1982 per la disciplina dei rapporti libero professionali con i medici addetti alla guardia medica

[470] V. LASSANDARI, *Tecniche di tutela e soggetti deboli nel mercato del lavoro*, in *RGL*. 1997, I, 359 ss.

[471] V. su ciò MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred*. 1997, 1 ss. V. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano 1971. Di recente, ma tergiversante e ben poco comprensibile M. ESPOSITO, *Profilo costituzionale dell'autonomia privata*, Padova 2003.

tipiche che sono state ricevute nell'ordinamento, ovvero in modo atipico, la cuo autorizzazione generale è sottoposta al solo limite (art. 1322 cod. civ.) della meritevolezza di tutela.

Orbene l'imposizione coercitiva del tipo contratto di lavoro a progetto interferisce con il diritto di iniziativa economica[472] sotto il preminente profilo che nell'armamentario normativo a disposizione della correlativa libertà, verrebbe improvvisamente a mancare la possibilità di avvalersi di un contratto bimillenario, la *locatio operis* nella previsione che di esso si determina nel combinato disposto degli artt. 2222 cod. civ. e 409, n. 3 c.p.c.: e ciò perché, per una parte delle possibili collaborazioni, sarebbe più opportuno "lavorare a progetto" e in virtù di tale auspicio sarebbero interdette tutte le altre legittime manifestazioni dell'autonomia privata.

Per di più l'art. 35, 1° comma, Cost. rammostra una opzione neutra ed agnostica verso le forme di lavoro. Tranne per quanto previsto dagli artt. 36 e 37 Cost. in relazione al pericolo già accennato che, nei casi di subordinazione, la libertà individuale possa essere più conculcata, il costituente mostra di non avere optato a favore di nessuna forma o applicazione del lavoro, garantendole e tutelandole tutte. Il quadro allora si chiude: con la pretesa di imporre un solo tipo a copertura coercitiva di ogni forma di lavoro autonomo possa manifestarsi in una parte del cielo, l'attuatore della delega si pone fuori dalla Costituzione.

Né è fuori, altresì, anche se spostiamo l'attenzione, più particolarmente, sugli interessi che la Costituzione appresta sul versante del lavoratore. A tal fine potrà invocarsi, non il diritto di iniziativa economica, ma sicuramente il diritto allo sviluppo della personalità: il quale, senza giungere alla plurivalente clausola di apertura della costituzione tedesca della *freie Entfaltung der Persönlichkeit*, include pur sempre il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo "sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".

Proprio al proposito viene in rilievo il secondo profilo di riconoscimento costituzionale dell'autonomia contrattuale. È del tutto evidente che essa non si incorpora in un diritto inviolabile, inteso giusnaturalisticamente come preesistente ad ogni ordinamento positivo. E purtuttavia, dall'"adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" si sviluppa un dovere "di svolgere", secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorre al progresso materiale o spirituale della società".

Se riagganciamo la dinamica di sviluppo della personalità, garantita ad ogni individuo, alla tutela costituzione del lavoro in ogni sua forma e applicazione, il cerchio si chiude anche sul versante degli interessi del lavoratore: non è ammissibile un intervento del legislatore che impedisca, a chi intende svolgere un'attività lavorativa, di autoregolamentare i propri interessi meritevoli di tutela (art. 1322, 2° comma cod. civ.), costringendolo invece ad adottare un unico schema coattivamente imposto, quello del contratto di lavoro a progetto.

Le obiezioni che possono essere mosse alla coercizione al tipo lavoro a progetto, acquistano una pregnanza accrescitiva se, al di là di quanto ho in precedenza prospettato, sono enunciate considerando l'elemento di complicazione ulteriore, spesso accennato, che il legislatore non stabilisce le regole in commento per tutta l'area delle collaborazioni coordinate e continuativa, ma solo per una parte lasciandone immuni svariate centinaia di migliaia. Orbene, per potersi sostenere che il

---

[472] Con impostazione simile sul punto, cfr. anche VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, 2a ediz. Torino 2003, 186.

contratto di lavoro a progetto riflette una necessità normativa, tale da doversi imporre totalitariamente con la veemenza pretesa, dovrebbe essere spiegato perché tali ragioni vengono meno per una parte del cielo: una parte che, per il constatato opportunismo delle selezioni, appare dare corpo ad una immunità del tutto casuale, giacchè non mostra sul piano tipologico alcuna coerente indicazione che renda plausibile l'esclusione dalla riforma, considerando i punti di vista della stessa.

Lo scoglio illustrato attiene dunque alla proporzione e all'equità. E si badi, l'obiezione ha una portata bidirezionale, nel senso che essa serve bensì a profilare il pari trattamento a favore delle collaborazioni incluse nella riforma, essendo solo quelle escluse dalla stessa avvantaggiate, per così dire, sul piano di un godimento più pieno della libertà contrattuale. Ma l'obiezione viene mossa pure all'inverso, allo scopo di evitare che certi trattamenti o frammenti di disciplina ora riconosciuti dalla riforma, non valgano per le collaborazioni escluse da essa, con irrazionale disparità anche sotto questo simmetrico punto di vista.

Articolo 68 Rinunzie e transazioni

(Commento NOGLER)

Articolo 69 Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto

(il commento è *retro, su*b art. 61, III parte)

## Capo II – Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti.

Art. 70 - Definizione e campo di applicazione

Art. 71 – Prestatori di lavoro accessorio

Art. 72 – Disciplina del lavoro accessorio

Art. 73 – Coordinamento informativo a fini previdenziali

*[omissis]*

# La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*

Armando Tursi

1. La riforma del 2002: l'approccio complessivo, i punti qualificanti, i problemi aperti 200

2. Le innovazioni in materia di disciplina dei flussi migratori 205

3. Il principio della priorità dell'occupazione nazionale e comunitaria 207

4. Dall'ingresso "sponsorizzato" per ricerca del lavoro, alla formazione in loco 209

5. Il "contratto di soggiorno per lavoro" 211

6. Le restrizioni al consolidamento della permanenza lavorativa: il rinnovo del permesso di soggiorno … 213

7. … "L'iscrizione al collocamento" e la condizione dell'immigrato disoccupato … 214

8. Il problema aperto dell'accesso degli stranieri alle selezioni nelle basse qualifiche dell'impiego pubblico 215

9. Le innovazioni in materia di ricongiungimento familiare 216

10. La sorte dei diritti previdenziali in caso di rimpatrio 219

11. La regolarizzazione del 2003 220

12. Rilievi finali: la riforma tra politica e tecnica legislativa … 224

13. … e sullo sfondo della "comunitarizzazione" delle politiche dell'immigrazione 225

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 14/2004

## 1. La riforma del 2002: l'approccio complessivo, i punti qualificanti, i problemi aperti

"Con … l'entrata a regime della legge Bossi-Fini è ragionevole prevedere che l'immigrazione subisca ulteriori battute d'arresto": così il Ministro dell'interno del Governo che ha varato la legge n. 189/2002, recante "modifiche alla normativa in materia di immigrazione e di asilo", ha recentemente evocato quello che parrebbe essere se non l'obiettivo strategico, uno degli obiettivi politicamente essenziali della riforma [473].

L'affermazione - che, per la sua estemporaneità, non legittima estrapolazioni di principio [474] - , si presta tuttavia a motivare una delle domande centrali, forse quella fondamentale, che gli analisti e gl'interpreti dovrebbero porsi in sede di esame delle politiche e delle normative, non solo italiane, ma europee e comunitarie, in materia di immigrazione: obiettivo di queste politiche è integrare nella società e nel mercato del lavoro nazionali gli stranieri che siano portatori di un progetto lavorativo - provvisorio o anche stabile - compatibile con la situazione del mercato del lavoro domestico, secondo una prospettiva di tipo "assimilazionista" o "neo-istituzionalista" ? O piuttosto quello di ridurre il flusso migratorio, in quanto ritenuto incompatibile, in atto e/o in prospettiva, con la preservazione della sicurezza e dell'ordine, nonché dell'identità socio-culturale delle comunità di arrivo (nonché di quelle stesse di emigrazione) [475] - secondo un approccio di tipo "culturalista" [476] -?

Beninteso, non è seriamente contestabile l'esigenza di porre un limite, qualitativo e anche quantitativo, al numero degli stranieri occupati, o in cerca di occupazione, e dei loro familiari, presenti

---

[473] Dichiarazione riportata sul Corriere della Sera del 12 agosto 2003, pag. 16.

[474] Basti osservare che essa si colloca nel contesto dell'illustrazione dei dati diffusi dal Ministero dell'Interno relativi agli sbarchi di immigrati clandestini nel periodo compreso tra gennaio e agosto del 2003.

[475] Quando non addirittura idoneo, e anzi coscientemente utilizzato al fine di "rompere l'ordine sociale e … mettere le mani sul bottino elettorale … costituito da un nuovo *lumpenproletariat*". Sono parole tratte dalla relazione di accompagnamento alla proposta di legge di iniziativa popolare recante "disposizioni in materia di immigrazione", presentata alla Camera dei Deputati il 19.7.2000, A.C. n. 7234/2000 (cd. proposta Berlusconi-Bossi), che costituisce l'immediato antecedente del progetto di legge del novembre 2001 da cui sortirà la legge n. 189/2002. Vale la pena riportare per intero il brano, esemplarmente significativo, prima ancora che della prospettiva "culturalista" adottata, del sovradosaggio ideologico sottostante alla politica dell'immigrazione dell'attuale Governo: "All'alba del terzo millennio, si confrontano, in Europa, due opposti modelli di società: a) il modello neo-giacobino della società universale multirazziale, standardizzata dal mercato, attore politico dominante che utilizza gli Stati come cinghie di trasmissione; a) il modello cristiano di una società equilibrata tra presente, futuro e passato, tra locale e globale, tra *in* e *out*, tra forze nuove che premono dall'esterno e valori storici radicati nella tradizione … L'immigrazione è conseguentemente utilizzata come un grimaldello per rompere l'ordine sociale (aumentando conseguentemente il potere di arbitraggio tra le forze sociali destrutturate) e così per mettere le mani sul bottino elettorale (costituito da un nuovo *lumpenproletariat* fatto da una massa di immigrati che speculativamente si ipotizza disposta a votare per la sinistra)". Il meno che si possa osservare, da un punto di vista cristiano, oltre alla scontata citazione del passo della *Genesi* (12,1) in cui il Signore intima ad Abramo "vattene dal tuo paese, dalla tua patria e dalla casa di tuo padre", è che c'è poca fede e poca forza in una società che, pur essendo politicamente ed economicamente dominante, anziché porsi l'obiettivo di integrare nei valori cristiani gl'immigrati (non cristiani), teme di esserne "destrutturata". Né mancano prese di posizione esplicite e specifiche sul tema, nel magistero della Chiesa: "L'esperienza mostra che quando una nazione ha il coraggio di aprirsi alle migrazioni viene premiata da un accresciuto benessere, da un solido rinnovamento sociale e da una vigorosa spinta verso inediti traguardi economici e umani" (S.S. GIOVANNI PAOLO II, *Messaggio per la giornata mondiale delle migrazioni*, in CARITAS, *XI Rapporto sull'immigrazione*, Roma, 2001).

[476] Su questo dibattito, e sul suo superamento alla luce delle più recenti ricerche sociologiche, che, su base empirica, rilevano il ruolo possibilmente decisivo di politiche pubbliche che siano in grado di superare la prospettiva culturalista - secondo cui l'integrazione dipende da fattori che precedono l'interazione - , puntando sulla creazione di contesti adatti allo sviluppo di una concreta struttura di relazioni: v., tra gli altri, i saggi contenuti in COLOMBO – SCIORTINO (a cura di), *Assimilati ed esclusi*, Bologna, 2002; COLOMBO – SCIORTINO, *Italy's Many Immigrations*, *Journal of Italian Modern Studies*, 2003; ZINCONE (a cura di), *Primo rapporto sulle politiche di integrazione degli immigrati in Italia*, Bologna, 2000; *ID.*, *Secondo rapporto sulle politiche di integrazione degli immigrati in Italia*, Bologna, 2001.

sul territorio nazionale: se non altro perché si tratta di un'esigenza e di una preoccupazione avvertita acutamente da larghissimi, non di rado maggioritari strati della popolazione europea [477] (semmai, è proprio nel nostro Paese che, dopo il rapido impennarsi della parabola quasi-xenofoba materializzatasi nella seconda metà del trascorso decennio [478], incominciano a registrarsi atteggiamenti meno emotivi da parte dell'opinione pubblica, con un sostanziale allineamento ai pur allarmati standard europei [479]).

Il punto è che sarebbe necessario distinguere, sul piano degli obiettivi prima ancora che degli strumenti, la dimensione d'ordine pubblico attinente al contenimento dell'immigrazione entro i limiti giudicati ottimali in base agli orientamenti politico-culturali democraticamente assunti come vincolanti, dalla dimensione strettamente lavoristica, attinente al governo efficace e razionale del rapporto tra gl'immigrati e il mercato del lavoro domestico: ma va pure detto, fin d'ora, che questa chiarezza non sempre si riscontra nemmeno a livello europeo e comunitario [480].

Eppure si tratta di una distinzione necessaria, perché l'indistinzione - e dunque il mancato coordinamento - tra le politiche restrittive dell'immigrazione, e le politiche del lavoro degli stranieri (in particolare, quelle dell'accesso al mercato del lavoro), rende le prime inefficaci e le seconde inadeguate.

Inefficaci sono, infatti, le politiche restrittive dei flussi migratori, ove non tengano conto della necessità di realizzare sistemi funzionanti di incontro tra domanda e offerta di lavoro immigrato, con la conseguente alimentazione del fenomeno dell'immigrazione clandestina e del lavoro straniero illegale; e inadeguate sono le politiche del lavoro degli stranieri, ove vengano asservite esclusivamente o prevalentemente a obiettivi di ordine pubblico, anziché a obiettivi di corretto funzionamento del mercato del lavoro.

---

[477] Più di un cittadino su quattro, in Europa, vede nell'immigrazione una minaccia alla cultura e all'identità nazionale, e circa il 36% come una minaccia sia all'occupazione che all'ordine pubblico: DIAMANTI - BORDIGNON (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza in Europa*, *Quad. Fond. Nord-Est - Collana "Osservatorio"*, n. 5/2002. Ciò spiega perché il tema dell'immigrazione extracomunitaria sia da tempo al centro dell'agenda politica di pressoché tutti i Paesi europei, la quasi totalità dei quali ha varato, nel corso dell'ultimo decennio, riforme restrittive in materia: v. COMMISSIONE EUROPEA - DG GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI, *Admission of Third-Country Nationals for paid Employment or self-employed Activity*, Rapporto a cura di *Ecotec Research and Consulting Limited*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2001.

[478] I riflessi di questa pressione sociale nella campagna elettorale 2000-2001 sono riassunti, in chiave apertamente critica, in COLOMBO-SCIORTINO, *La legge Bossi-Fini: estremismi gridati, moderazioni implicite e frutti avvelenati*, in BLONDEL – SEGATTI, *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni*, Bologna, 2003, 195 ss., parag. 3. Ivi è riportata la seguente dichiarazione di un autorevole esponente politico della maggioranza governativa, che peraltro riassume efficacemente la sostanza politico-sociale del problema: "... ai Parioli la questione legata all'immigrazione è se la colf è brava o no; in borgata la questione è poter camminare o no per strada ..." (on. Fini, vicepresidente del Consiglio, La Stampa del 16.9.2000, p. 6).

[479] Mentre in Germania, Francia e soprattutto Spagna, le tendenze xenofobe si sono manifestate con maggiore intensità, "al contrario, l'Italia è l'unico paese che ha fatto osservare un ridimensionamento delle paure. In tutte le direzioni. Non è più la "penisola delle paure". Anche se, ovviamente, le inquietudini permangono": così, DIAMANTI - BORDIGNON (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza*, cit., che tuttavia puntualizzano come ciò denoti, non tanto, una maggiore apertura dell'opinione pubblica italiana all'immigrazione extracomunitaria, ma semmai un allineamento alla media europea.

[480] V. TURSI, *Le politiche dell'immigrazione in Italia e nell'Unione Europea*, relazione al seminario organizzato dal Centro Studi di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali - Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, su "Rapporti di lavoro e dimensione internazionale ", Milano, 12 maggio 2003; PASTORE, *Why did the communitarization of immigration and asylum Policies almost fail and how we should revive it* ?, relazione al seminario organizzato dalla *Fondazione Cicero* su "*European Migration and Refugee Policies: New Developments*", Roma, 15.11.2002, in www.cespi.it".

Quel che è certo, è che il lavoro degli stranieri è diventato, da tempo, una componente strutturale significativa e di rilievo crescente (anche) del mercato del lavoro italiano. Il peso degli immigrati sulla popolazione residente, sugli occupati e sulle forze di lavoro, è già oggi di assoluto rilievo [481], e ormai quasi allineato alla media europea [482].

Ma quel che più rileva è la tendenza futura: ormai da qualche anno il peso degli immigrati nelle assunzioni ha raggiunto il 10% in assoluto, il 20% sulle nuove assunzioni (al netto, cioè, del *turn-over*), e circa un quarto, forse un terzo addirittura, sulle previsioni di nuove assunzioni da parte delle imprese private non agricole [483].

E si tratta di esigenze che, oltre a non essere soddisfatte dalle magre quote annue di ingressi autorizzati per motivi di lavoro, nemmeno potranno esserlo a seguito delle imponenti regolarizzazioni avviate dalla stessa legge n. 189/2002 e dal D.L. n. 195/2002: soprattutto perché l'offerta di lavoro che ne deriverà sarà, in prevalenza, non disponibile per la domanda aggiuntiva delle imprese, essendosi già, per definizione, incontrata nel mercato con una domanda pre-esistente, ma sommersa.

La legge n. 189/2002 ha l'ambizione di dotare il nostro Paese di una politica organica dell'immigrazione, che si proclama antitetica rispetto a quella seguita dalla legge n. 40/1998 (cd. "legge Turco-Napolitano").

Questa, è stato detto, si ispirava a un criterio di "integrazione ragionevole", basato sulla consapevolezza della necessità di attuare "onorevoli compromessi" … "tra le pretese di entrata e il dovere di accoglienza"[484]; in letture pure culturalmente non ostili a essa, questa istanza moderatamente integrazionista è giudicata sostanzialmente ambigua, in ragione dell'irrisolto, duplice "dilemma fra libertà di movimento e selezione degli ingressi basata sulle necessità del mercato del lavoro interno", nonché "tra temporaneità del soggiorno …e incentivo alla permanenza duratura"[485].

La riforma del 2002 ambisce a sciogliere quel dilemma, con una chiara ed esplicita opzione a favore della piena e integrale funzionalizzazione degli ingressi di lavoratori stranieri alle esigenze del mercato del lavoro interno e alla capacità di accoglienza delle comunità di arrivo.

In questa logica - limitandoci alle innovazioni più significative - vogliono collocarsi, innanzi tutto, lo stringente condizionamento dell'ingresso alla titolarità attuale di un rapporto di lavoro, realizzato attraverso l'istituto del "contratto di soggiorno" [486], e la reintroduzione della regola della

---

[481] I dati, relativi all'inizio del 2003, dell'osservatorio INPS sui lavoratori extracomunitari (basati sull'archivio anagrafico dei lavoratori extracomunitari istituito ai sensi del novellato art. 22, comma 9 del T.U.I.), dell'ISTAT e del "dossier immigrazione 2003" della Caritas, concordano sostanzialmente sulle seguenti dimensioni del fenomeno: circa 2.500.000 lavoratori stranieri regolari (inclusi i 700.000 regolarizzandi), pari al 10% ca. degli occupati, al 6% ca. delle forze di lavoro, oltre il 4% della popolazione residente.

[482] CARITAS – FONDAZIONE MIGRANTES, *Dossier immigrazione 2003*, cit.

[483] V. i dati della ricerca Unioncamere, riportati in REYNERI, *Gli immigrati in un mercato del lavoro segmentato e spesso sommerso*, IMIS, 2004; ZANFRINI, *Programmare per competere. I fabbisogni professionali delle imprese italiane e la politica di programmazione dei flussi*, Milano, 2000; BONIFAZI - CHIRI, *Il lavoro degli immigrati in Italia*, *La questione agraria*, n. 1/2001

[484] V., anche per i riferimenti bibliografici, GOTTARDI, *Lavoratori stranieri*, *EGT*, 2003, parag. 3.

[485] DONDI, *La politica verso l'immigrazione: dalla legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini*, in DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Milano, 2003, 5.

[486] Nuovo art. 5-bis del T.U.I.

priorità dei lavoratori nazionali o comunitari su quelli stranieri[487]; mentre non trovano più posto istituti giudicati incoerenti con la scelta di predeterminazione dei flussi[488], come quello del cd. "*sponsor*" - ossia del garante dell'ingresso di quote di stranieri "a fini di inserimento nel mercato del lavoro" -, sostituito da un meccanismo di formazione e reclutamento *in loco*[489]. Nella medesima logica di filtro alla stabilizzazione lavorativa e familiare sul territorio nazionale, si pongono altresì misure quali l'accorciamento della durata del permesso di soggiorno rinnovato, l'anticipazione del termine necessario per chiederne il rinnovo, l'allungamento della durata del soggiorno utile per ottenere il rilascio della carta di soggiorno[490]; la riduzione da 1 anno a 6 mesi della durata minima dell'iscrizione al collocamento in caso di perdita del posto di lavoro[491]; le restrizioni alla riunificazione familiare[492].

L'intenzione di favorire la temporaneità degl'insediamenti lavorativi, ispirandosi al modello tedesco del "lavoratore ospite" [493], emerge chiaramente pure dalla privilegiata disciplina dell'accesso al lavoro stagionale [494], nonché, per passare al campo del *welfare*, dalla soppressione del diritto del lavoratore straniero alla liquidazione dei contributi previdenziali in caso di rimpatrio prima della maturazione del diritto alla prestazione previdenziale[495], e dall'esclusione dello straniero disoccupato dalle misure di edilizia residenziale pubblica e di promozione del diritto all'abitazione[496].

Queste misure, unitamente all'inasprimento delle misure amministrative e penali di contrasto all'immigrazione illegale[497], riassumono il senso politico della riforma, e il messaggio che questa intende indirizzare all'opinione pubblica[498].

---

[487] Regola già contemplata dagli art. 5, comma 1, e 8, comma 3, della legge n. 943/1986, poi abrogati dalla legge n. 40/1998; e reintrodotta, con disciplina analitica, dall'art. 22, comma 4 e - con riferimento ai lavoratori stagionali da assumere numericamente - dall'art. 24, c. 1 del T.U.I., come novellati dalla legge n. 189/2002.

[488] Così, DONDI, *La politica verso l'immigrazione*, cit., 4.

[489] Compara il vecchio con il nuovo testo dell'art. 23 T.U.I. V. avanti, e, specificamente, SANTINI, *Le procedure ordinarie*, cit.

[490] V., rispettivamente, i novellati artt. 5, comma 3-bis e 4; e 9, comma 1, del T.U.I.

[491] V. il novellato art. 22, c. 11

[492] V. il novellato art. 29 T.U.I.

[493] Sui due programmi di reclutamento di *gastarbeitern* nella Germania Federale - quella degli anni '60, durata fino al 1973, diretta principalmente verso il Sud-Europa e la Turchia, e quella degli anni '90, aperta all'Europa centro-orientale -, v. JOPPKE, *The Domestic Legal Sources of Immigrant Rights: The United States, Germany, and the European Union*, European University Institute, Florence - Department of Political and Social Sciences, EUI Working Paper SPS No. 99/3, 19 ss.

[494] V. il novellato art. 24 del T.U.I. I frutti di questa politica non si sono fatti attendere: i decreti di programmazione (transitoria) dei flussi, varati nel 2002 e nel 2003, segnano una netta inversione di tendenza: se il D.P.C.M. 9.4.2001 fissava per il 2001 una quota di 30.000 lavoratori stagionali a fronte di 50.000 lavoratori subordinato a tempo indeterminato e autonomi, la programmazione provvisoria per il 2002 ha elevato a 60.000 - a totale pressoché invariato - la quota di stagionali, e quella per il 2003 - sempre a totale invariato - l'ha ulteriormente elevata a quasi 70.000, riducendo ad appena 10.000 gli ingressi per lavoro subordinato a tempo indeterminato.

[495] Compara il vecchio testo dell'art. 22, c. 11 (che ha il suo antecedente nell'art. 3, comma 13 della legge n. 335/1995), col nuovo testo del comma 13 del medesimo articolo.

[496] V. il novellato art. 40, c. 6, del T.U.I.

[497] Sulla nuova disciplina dei controlli di frontiera, dei reati connessi alle immigrazioni clandestine, delle espulsioni, v. gli artt. da 10 a 16 della legge n. 189/2002, modificativi di vari commi degli artt. da 11 a 17 del T.U.I.

[498] Quello della centralità del messaggio mediatico veicolato dalla legge n. 189/2002, al di là, non di rado, degli stessi contenuti normativi, è un dato di comune osservazione nei commenti sulla riforma: v. il corrosivo saggio di COLOMBO-SCIORTINO, *La legge Bossi-Fini: estremismi gridati*, cit.

La stessa imponente regolarizzazione contestualmente varata, lungi dal contraddire il nuovo corso restrittivo, lo asseconda e ne costituisce il più robusto presupposto[499]: è proprio grazie all'ultima "maxisanatoria" - equivalente a un decennio di ingressi "legali" al ritmo di questi ultimi anni - che diventa possibile inserire la nuova disciplina dell'immigrazione in un contesto che vede ormai l'Italia quasi allineata alla media europea nella presenza di lavoratori stranieri, e con la prospettiva ormai imminente della "comunitarizzazione" di quasi 80 milioni di cittadini dell'Europa orientale, e di altri 30 – Turchia esclusa – entro il 2007.

In realtà, anche questa volta, come in occasione delle precedenti, la sanatoria costituisce il reale fulcro delle politiche migratorie italiane: il "filo rosso" che attraversa la politica italiana dell'immigrazione.

Da questo filo rosso la legge n. 189/2002 non si è discostata. Ne ha fatto, però, uno dei motivi di un più generale disegno, implicitamente (e apparentemente) fondato sulla duplice premessa che il processo migratorio in corso verso i Paesi europei, e mediterranei in particolare, sia dettato dalle condizioni demografiche, economiche e politiche dei paesi di esodo, più che dalla domanda di lavoro dei paesi di arrivo[500]; e che esso produca effetti di spiazzamento del mercato del lavoro domestico, con conseguente caduta dell'occupazione degli autoctoni e forme di flessione verso il basso dei salari e/o di incremento delle forme di occupazione irregolare[501].

Il disegno che scaturisce da queste (implicite) basi teoriche, si articola poi nei seguenti passaggi: a) il governo attivo dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro straniero comporta (anche, se non soprattutto) un'azione di contrasto delle dinamiche spontanee sottostanti al fenomeno migratorio; b) è, conseguentemente, necessario perseguire esplicitamente un obiettivo di riduzione degli accessi che comportino prospettive di stabilizzazione sul territorio nazionale; c) vanno rafforzati i meccanismi di controllo e repressione dell'immigrazione illegale, anche attraverso un maggiore coordinamento a livello comunitario e una maggiore cooperazione coi Paesi di origine del flusso migratorio[502]; d) va fatta, in via preliminare, *tabula rasa* della presente situazione di diffusissima illegalità, anche al fine di avvicinarsi al livello di saturazione della domanda di lavoro immigrato di carattere non stagionale o temporaneo.

Se questo è il quadro degli obiettivi essenziali della riforma, quel che va messo a tema in sede scientifica è un duplice ordine di congruenze: quella tra la portata effettiva delle misure innovative varate e quegli obiettivi; quella tra i medesimi obiettivi e i reali problemi sollevati dal fenomeno migratorio in Italia, e dunque la capacità delle misure sopra ricordate, di fronteggiarli.

---

[499] Sicché le polemiche registratesi in merito in seno alla maggioranza nel corso dell'iter legislativo, si spiegano soprattutto in chiave mediatica e di risposta ai settori più allarmati dell'opinione pubblica. Nella stessa chiave si spiega peraltro, nel passaggio dalla mediazione interna alla coalizione al testo di legge definitivo, l'invarianza sostanziale delle misure in tema di contratto di soggiorno, riforma della disciplina delle espulsioni, obbligo di sottoporsi a rilievi fotodattiloscopici (art. 5, comma 2-bis e 4-bis, T.U.I. novellato). V. COLOMBO - SCIORTINO, *La legge Bossi-Fini*, cit.

[500] V. REYNERI, *Gli immigrati in un mercato*, cit.

[501] V., in generale, GREENWOOD - MCDOWELL, *The Factor Market Consequences of U.S. Immigration*, *Journal of Economic Literature*, dec. 1986; DELL'ARINGA - NERI, *Illegal Immigrants and the Informal Economy*, *Labour*, n. 1/1986.

[502] V. la relazione di accompagnamento al disegno di legge A.S. n. 795/2001, dove si assume come "problema di fondo" da "affrontare", quello "concernente l'immigrazione clandestina".

Evidentemente, il secondo dei profili evocati, benché pregiudiziale, è situato al di là del confine dell'analisi giuridica, giacché chiama in gioco la correttezza scientifica delle premesse socio-economiche sopra evocate[503].

Il secondo profilo va, comunque, al di là dell'approccio strettamente esegetico: l'esegesi delle norme è infatti strumentale alla successiva verifica della loro presa sulla realtà, e dunque della loro efficacia.

Avanziamo subito l'ipotesi euristica che fa da sfondo a questo approccio, e da filo conduttore di queste note introduttive e dello stesso commentario: l'ipotesi è che il tentativo di varare una politica dell'immigrazione programmaticamente molto sensibile nei confronti della vena fobica antimigratoria diffusa nell'opinione pubblica e alimentata da alcune forze politiche[504], abbia prodotto, accanto a miglioramenti apprezzabili soprattutto sotto il profilo organizzativo e burocratico, un singolare e diffuso effetto di rigetto, consistente nell'eccedenza del messaggio politico sulla sostanza normativa, talvolta al di là delle stesse intenzioni del legislatore[505]; senza, nel contempo, superare i principali limiti sia della disciplina previgente, sia di taluni orientamenti comunitari che si profilano[506]. Se così fosse, anche le critiche che sono piovute da più parti contro questa riforma, andrebbero, il più delle volte, ridimensionate, o meglio, trasferite dal piano dei contenuti a quello metodologico.

Le considerazioni che seguono, mirano a illustrare in forma riassuntiva e sintetica la rispondenza di questa ipotesi ai risultati dell'analisi esegetica condotta sulle innovazioni legislative introdotte dalla legge n. 189/2002[507], con riferimento alla riforma della programmazione dei flussi, dell'ingresso e soggiorno per motivi di lavoro e per le riunificazioni familiari, delle procedure di incontro tra domanda e offerta di lavoro e di assunzione, degli istituti di *welfare* per i lavoratori stranieri, nonché alla disciplina della nuova sanatoria.

## 2. Le innovazioni in materia di disciplina dei flussi migratori

In tema di disciplina dei flussi, il principio cardine della programmazione annuale, introdotto dalla legge n. 40/1998, viene confermato e solo reso più flessibile, prevedendosi, da un lato, la possi-

---

503 Rinviamo al saggio di REYNERI, cit. Quanto alla fondatezza dell'ipotesi sotto il profilo economico, basti rinviare alle analisi che hanno da tempo evidenziato come i fenomeni di "spiazzamento" e di indebolimento del mercato del lavoro domestico sono verosimili in condizioni di domanda di lavoro immutata: ma l'assunto che la domanda di lavoro rimanga immutata al cambiare dell'ammontare complessivo della popolazione presente è del tutto privo di fondamento, poiché gli immigrati sono essi stessi portatori di domanda aggiuntiva di beni e di servizi. V.GREENWOOD - MCDOWELL, *The Factor Market*, cit., DELL'ARINGA - NERI, *Illegal Immigrants*, cit.; ANCONA, *Migrazioni mediterranee e mercato del lavoro*, Bari, 1990.

504 Per un'analisi di questa tendenza condotta al livello planetario, v. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, 1996, trad. it. "*Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*", Milano, 2000, 292 ss.

505 Non si tratta semplicemente di una strategia politica di tipo elettoralistico, ma di un vizio ideologico, genetico di equivoci sul terreno della politica del diritto e, sul piano strettamente normativo, di una sorta di disfunzione del processo regolativo, consistente nello scarto eccessivo tra la *ratio* normativa e le sue concrete possibilità di innovare nell'ordine sociale.

506 Dei quali si dà sinteticamente conto nel saggio di TOZZOLI, La cornice internazionale, cit., § 2.5.4., e occasionalmente, quando utile, in questo saggio introduttivo.

507 Laddove si riscontrino, com'è inevitabile in un'opera a più mani, divergenze valutative su specifici punti, ciò verrà puntualmente segnalato.

bilità di emanare con periodicità anche infratriennale il documento programmatico che ne costituisce il presupposto[508], e dall'altro, attribuendosi al Presidente del Consiglio dei Ministri, in caso di mancata pubblicazione dell'ordinario decreto annuale di programmazione, il potere di emanare, in via transitoria, un decreto *motu proprio* e senza le previste consultazioni, col solo vincolo del rispetto delle quote stabilite per l'anno precedente, nonché - come si dirà tra breve - dei criteri generali stabiliti dal documento programmatico.

L'innovazione si presta a differenziate considerazioni quanto alla maggiore flessibilità della disciplina e alla maggiore discrezionalità attribuita all'esecutivo.

Dalla prima angolazione, si può forse registrare un oggettivo avvicinamento - rispetto al precedente assetto basato su una sorta di automatismo[509] - all'indicazione comunitaria di "offrire un quadro normativo flessibile, che consenta a tutte le parti interessate … di reagire in modo rapido ai cambiamenti nella situazione economica e demografica"[510].

Semmai, è allo stesso sistema delle quote annuali che potrebbe rivolgersi la critica di rigidità, posto che è ancora dalla sede comunitaria che proviene l'invito a preferire "un sistema idoneo di obiettivi indicativi, strettamente correlato alle domande del mercato del lavoro, ma anche in grado di tener conto degli accordi in vigore con i paesi di origine e di una serie di altri fattori (ad esempio, accettazione pubblica di ulteriori lavoratori migranti nel paese interessato, risorse disponibili per l'accoglienza e l'integrazione, possibilità di adattamento sociale e culturale, ecc…)[511]; benché debba osservarsi come, da un lato, ciò implichi una maggiore discrezionalità amministrativa nella concessione dei permessi di lavoro e di soggiorno, suscitando così le riserve già a suo tempo sollevate nella vigenza del più lasco, ma totalmente ineffettivo sistema previsto dalla legge n. 39/1990[512]; e dall'altro, che l'Italia è in buona compagnia nell'adottare il sistema delle quote[513].

Meno drastrica si mostra, d'altro canto, anche la proposta di direttiva n. 2001/386, che pur legittimando l'introduzione di "tetti massimi nazionali" o la "sospensione temporanea del rilascio di permessi" (cdd. "misure orizzontali"), circonda tali misure di non indifferenti cautele sostanziali e procedurali [514], sostanzialmente configurandole in termini di eccezionalità.

---

[508] V. il novellato comma 1 dell'art. 3 del T.U.I.

[509] Ma v., sul punto, le contrastanti valutazioni di DONDI, La politica verso l'immigrazione, cit., 13; e di GOTTARDI, Politiche migratorie e programmazione dei flussi, cit.

[510] Punto 3.6. della relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva del Consiglio "relativa alle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo" dell'11.7.2001 (COM/2001/386 def.).

[511] Così, la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione", del 22.11.2000 COM(2000) 757 def., punto 3.4.1.

[512] V. LUDOVICO, *Politiche migratorie e flussi d'ingresso per motivi di lavoro*, in DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, cit., 95.

[513] Sistema adottato da Austria, Spagna, Grecia, e - limitatamente ai *gastarbeitern* e altre categorie di lavoratori temporanei - Germania: v. COMMISSIONE EUROPEA, *Admission of third-Country Nationals*, cit., n. 1.2.5., pp. 17-18.

[514] Quali, rispettivamente, la necessità di "indicare dettagliatamente i criteri in base ai quali sarà formulata la graduatoria delle domande di permesso presentate … nell'ipotesi in cui il numero delle domande ecceda il massimale" (art. 26, ult. per., della proposta di direttiva), e quella di notificare le misure restrittive alla Commissione, *ex* art. 211 TCE, con conseguente potere di quest'ultima di formulare raccomandazioni o di rendere pareri; nonché la loro sottoposizione a esame nell'ambito del metodo aperto di coordinamento della politica comunitaria dell'immigrazione" (così la relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva 2001/386, "commento" *sub* art. 26). Si allude al "metodo aperto di coordinamento della politica comunitaria in materia di immigrazione", oggetto

Controverse, poi, sono le considerazioni che ispira la larga discrezionalità cui è improntata la disciplina del decreto in parola: all'opinione di chi giudica tale "discrezionalità eccessiva, riguardando il 'se' e il 'quanto'" [515], altri oppone la considerazione che il suddetto potere governativo costituisce ulteriore allineamento alla divisata direttiva di flessibilità proveniente dalla Commissione Europea [516].

Per parte nostra, ci limitiamo a osservare che la discrezionalità in parola è pur sempre limitata dalla sotto-ordinazione rispetto al documento di programmazione pluriennale da approvarsi con decreto del Presidente della Repubblica [517]; e che il punto più debole del sistema delle quote va probabilmente individuato nella sua irragionevole sommatoria con l'altra barriera all'accesso in funzione di protezione del mercato del lavoro domestico, costituita dalla condizione della indisponibilità di lavoratori nazionali e comunitari per il posto di lavoro offerto al lavoratore straniero.

## 3. Il principio della priorità dell'occupazione nazionale e comunitaria

In proposito, deve rimarcarsi che proprio quest'ultimo principio - e non quello delle "quote" - costituisce uno dei capisaldi della politica comunitaria dell'immigrazione per lavoro: ribattezzato solennemente come "prova della necessità economica", esso integra una delle condizioni che devono essere soddisfatte per l'accoglimento di una "domanda di permesso di soggiorno-lavoratore", secondo quanto previsto, oltre che dalla proposta di direttiva n. 2001/386[518], anche dall'art. 16 del regolamento n. 68/1612/CE.

È proprio in relazione a questo snodo centrale della politica italiana e comunitaria dell'immigrazione, peraltro, che si registra un primo segnale - e tra i più significativi - del rilevato scarto tra il messaggio politico e la sostanza normativa della riforma: in questo caso, precisamente, si tratta di neutralizzare in sede interpretativo-applicativa una norma che all'atto pratico si rivela, oltre che squilibrata rispetto alle dinamiche reali del mercato del lavoro, illiberale, poiché comprime inammissibilmente la libertà negoziale dei datori di lavoro.

Alla neutralizzazione ha infatti immediatamente provveduto - senza che la cosa suscitasse particolare scalpore -, una circolare ministeriale con la quale il disposto dell'art. 22, comma 5 del T.U. è stato interpretato nel senso che l'eventuale adesione di un lavoratore nazionale o comunitario

---

della Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo dell'11.7.2001 [COM(2001) 387 def.], su cui v. avanti, e specificamente, TURSI, *Le politiche dell'immigrazione*, cit.; TOZZOLI, *La cornice internazionale*, cit., § 2.5..

[515] V. GOTTARDI, Politiche migratorie, cit.; PALLADINI, *Il lavoro degli stranieri: normativa e problemi giurisprudenziali*, relazione per l'incontro organizzato dal C.S.M. sul tema *La tutela antidiscriminatoria dei lavoratori*, Roma, dicembre 2002 (p. 15, dattiloscritto); LUDOVICO, *Politiche migratorie*, cit., 99.

[516] DONDI, La politica verso l'immigrazione, cit., 13.

[517] E comunque tenuto a rispettare i vincoli da questo posti in materia, tra l'altro, di "criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato", secondo quanto stabilito dall'art. 3, comma 3 del T.U.I.

[518] V. l'art. 5, parag. 2, lett. d) e l'art. 6 della proposta di direttiva n. 2001/386, e il relativo commento nella relazione di accompagnamento. Significativamente, nella relazione citata si trova anche una sorta di implicita confessione della valenza politica della regola di priorità dell'occupazione comunitaria, laddove si riconosce trattarsi di un "principio … attualmente applicato da tutti gli Stati membri", e che la presente proposta non è intesa a pregiudicare l'applicazione di ale principio". In dottrina, v. TURSI, Le politiche dell'immigrazione, cit.; TOZZOLI, La cornice internazionale, cit., § 2.5.4.

alla proposta di assunzione formulata dal datore di lavoro ai sensi dei comma 2 e 3, non impedisce a quest'ultimo di "insistere nella richiesta di nulla osta relativo al lavoratore extracomunitario"[519].

Questa interpretazione, che è stata poi fatta propria dallo schema di regolamento di attuazione della L. n. 189/2002, approvato dal Consiglio dei Ministri il 27 giugno 2003[520], appare certamente ispirata al buon senso[521], ma, oltre a non essere inattaccabile alla luce del disposto legislativo[522], appare in contrasto con la proposta di direttiva comunitaria, ove la "prova della necessità economica" è chiaramente configurata come una "condizione" per l'assunzione del cittadino extracomunitario, da presumersi soddisfatta solo "qualora un'offerta di lavoro", oltre a essere "stata resa pubblica attraverso i servizi di collocamento … per un periodo di almeno quattro settimane", sia effettivamente risultata inevasa, non essendo "pervenuta alcuna candidatura valida" da parte di cittadini comunitari o di altre categorie assimilate[523].

Che il principio in questione sia preso molto sul serio al livello comunitario risulta del resto confermato dalla coerenza con cui il riformatore comunitario mostra di volerne disciplinare l'ambito di applicazione e la portata effettiva.

La Commissione osserva infatti che il principio per cui "l'ammissione iniziale di lavoratori di paesi terzi si basa su una prova volta a verificare le carenze del mercato del lavoro dell'UE … verrebbe vanificato se i lavoratori dei paesi terzi, ammessi a riempire delle carenze occupazionali in settori specifici del mercato del lavoro potessero - appena ammessi - cambiare lavoro immediatamente e cominciare a lavorare in un settore (o una regione) dove non c'è carenza occupazionale": pertanto la proposta di direttiva prevede che il "permesso di soggiorno-lavoratore" sia limitato, per il primo triennio, "allo svolgimento di lavori specifici o campi specifici di attività", e che possa "anche essere limitato allo svolgimento di attività di lavoro subordinato in una regione specifica "[524].

Quanto all'ambito di applicazione, il principio in parola si estende perfino al lavoro autonomo[525], e la deroga a esso, da parte degli Stati membri, è ammessa solo nei casi, con le modalità e secondo i criteri tassativamente indicati dalla proposta di direttiva[526].

---

[519] Circ. M.L.P.S. - D.G.I., n. 59 del 6.12.2002, § 5, ove si precisa pure che, "altrimenti" (ossia, se il datore di lavoro non insiste nella richiesta di un lavoratore straniero) "la Direzione Provinciale archivia senz'altro la pratica, rendendo, così, disponibile la quota impegnata".

[520] V. gli artt. 30-*sexies* e 31, comma 1 e 4, del D.P.R. n. 394/1999, rispettivamente aggiunto e modificati dagli artt. 24, comma 2, e 25, comma 1 del regolamento in via di emanazione.

[521] Ben si comprende il realismo dell'interpretazione governativa, ove si consideri il combinato disposto del novellato art. 22, comma 4 del T.U.I. - che prescrive ai centri per l'impiego di attivare "gli eventuali interventi previsti dall'art. 2 del d. lgs. n. 181/2000" -, e dell'art. 4, c. 1, lett. c) del d. lgs. n. 181/2000 (come novellato dal d. lgs. n. 297/2002) – che prevede, per il disoccupato che rifiuti ingiustificatamente la proposta occupativi, la perdita dello stato di disoccupazione.

[522] Per l'approfondimento della questione, v. SANTINI, Le procedure ordinarie, cit., parag. 3.4.1.; TURSI, Le politiche dell'immigrazione, cit.

[523] Art. 6, § 2 della proposta di direttiva n. 2001/386.

[524] V. l'art. 8 della proposta di direttiva n. 2001/386 e il relativo commento nella relazione di accompagnamento.

[525] V. l'art. 19 della proposta di direttiva, dove il principio è riformulato in termini di "dimostrazione che l'attività economica autonoma … avrà un effetto positivo sull'occupazione nello Stato membro interessato o sul suo sviluppo economico". Compara, invece, con l'art. 26, comma da 1 a 4, del T.U.I.

[526] V. i §§ 3, 4 e 5 del citato art. 6.

Di quest'ultima facoltà derogatoria si avvale *ante litteram*, ma solo parzialmente, il legislatore italiano: nonostante la laconicità e l'equivocità, sul punto, della L. n. 189/2002 [527], lo schema di regolamento attuativo in via di emanazione esclude, infatti, l'operatività della procedura di verifica della disponibilità di lavoratori nazionali o comunitari (o stranieri disoccupati legalmente soggiornanti[528]), sia per i "casi particolari" di cui al novellato art. 27 del T.U.I., che per i lavoratori con "titolo di prelazione", di cui al novellato art. 23 (v. avanti); mentre nulla prevede per i casi, contemplati invece dalla proposta di direttiva, di un reddito da lavoro superiore a una certa soglia, e di versamento di un determinato importo monetario da parte del datore di lavoro.

Quanto alla "prova degli effetti benefici " sull'economia nazionale dell'attività di lavoro autonomo dello straniero, richiesta dalla proposta comunitaria, questa si stempera, nell'immutato art. 26 T.U.I., nell'insussistenza di "motivi ostativi".

Mette conto, infine, osservare che la disciplina italiana non prevede - salvi i particolari rapporti di cui all'art. 27 del T.U.I. e, forse, quelli stagionali - alcuna limitazione della libertà di mutare l'attività lavorativa (subordinata o autonoma) intrapresa: sicché appare incongruo l'indifferenziato e astratto rigore perseguito dalla legge nazionale nel sanzionare la mancata comunicazione da parte datoriale, allo sportello unico per l'immigrazione, di "qualunque variazione del rapporto di lavoro", se confrontato con l'articolata disciplina progettata dalla Commissione, che distingue i mutamenti oggetto di comunicazione, da quelli oggetto di autorizzazione[529].

L'impressione finale, è, ancora una volta, che nella legge nazionale prevalga la preoccupazione di apparire inflessibile, a costo di realizzare qualche discrasia tra l'enunciazione di principi apparentemente rigidi e assoluti, e la loro applicazione pratica, sempre aperta a temperamenti (peraltro, quasi sempre opportuni o necessari) sul piano interpretativo[530], quando non, in certi casi, sostanzialmente demolitivi del dettato legale.

## 4. Dall'ingresso "sponsorizzato" per ricerca del lavoro, alla formazione in loco

A considerazioni analoghe si presta anche l'abolizione dell'istituto della "prestazione di garanzia" (cd. *sponsor*).

In questo caso, però, la discrasia che si registra rispetto alle indicazioni comunitarie, da un lato, è nel segno della maggiore rigidità del legislatore nazionale; dall'altro, essa si registra solo con riferimento a una Comunicazione della Commissione del novembre 2000 - ove, prendendosi realisticamente atto che "molti potenziali lavoratori immigranti cercheranno una occupazione dopo essere già stati ammessi in uno Stato membro per altri motivi", si suggerisce "l'istituzione di un visto per chi cerca lavoro", il quale "potrebbe contribuire a regolamentare e controllare questa

---

[527] Il novellato art. 27 del T.U.I. nulla dispone per i "casi particolari" di cui all'art. 27; mentre il (pure) novellato art. 23, comma 3, pur rimettendo al regolamento le modalità attuative, rinvia espressamente al comma 4 dell'art. 22, ove si fà riferimento alla procedura in parola.

[528] V. l'opportuna precisazione contenuta nell'art. 30-*quinquies*, comma 2 del D.P.R. n. 394/1999, introdotto dell'art. 24 dello schema di regolamento approvato il 27.6.2003.

[529] Compara l'art. 22, comma 2, lett. d) e comma 7, del T.U.I., con l'art. 9 della proposta di direttiva comunitaria.

[530] L'evidente connessione tra il principio in parola e il sistema delle quote, per esempio, apre l'opzione interpretativa che ne esclude l'applicabilità nei casi di cui al novellato art. 27 del T.U.I.

prassi"[531] - ; ma non con riferimento alla successiva proposta di direttiva del luglio 2001, dove di questo istituto non c'è traccia.

E tuttavia la questione resta aperta al livello comunitario e controversa sul piano nazionale, come dimostrano, rispettivamente, il parere reso nel maggio del 2002 dal Comitato Economico e Sociale, sulla citata Comunicazione del 2000 ( e tuttavia significativo perché successivo alla proposta di direttiva del 2001); e quello reso nel gennaio del 2002 dal CNEL, sul disegno di legge n. 795: fortemente favorevoli, il primo, all'introduzione di un "visto speciale per chi cerca lavoro"; il secondo alla previsione di "procedure di entrata più idonee alle esigenze di un rapporto diretto tra domanda e offerta, proprie di specifiche aree del mercato del lavoro"[532].

La criticabilità della scelta operata dal legislatore italiano non diminuisce nemmeno se si considera che il meccanismo dello *sponsor* non è stato soppresso *tout court*, bensì rimpiazzato da una disposizione che privilegia gli stranieri che hanno svolto un percorso formativo nei loro paesi di origine, sulla base di programmi di formazione professionale approvati da enti e amministrazioni italiane.

La previsione, sicuramente apprezzabile sul piano sistematico, sia per la sua coerenza con il metodo del "partenariato con i paesi di origine", proveniente dalla sede comunitaria[533], sia per la valorizzazione del ruolo della autonomie regionali e provinciali pur in una materia riservata alla competenza legislativa dello Stato [534], appare tuttavia inficiata da un eccesso polemico nei confronti di un istituto - quello dell'ingresso per la ricerca di lavoro - che si sarebbe prestato, previo adeguato *restyling*, a un'integrazione complementare, e non a un'alternativa secca, con quello di nuova introduzione.

In tal modo, il nuovo strumento attivo di governo del mercato del lavoro extracomunitario viene sovraccaricato di aspettative eccessive, e perciò, con ogni probabilità, destinate a essere largamente frustrate: esso si configura infatti, allo stato, come l'unica modalità idonea a conferire un minimo di concretezza a quell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, reso sostanzialmente "cieco" dalla assolutizzazione del principio per cui si entra in Italia solo se si è già titolari di una proposta lavorativa effettiva.

---

[531] Così la *Comunicazione* della COMMISSIONE EUROPEA n. 2000/757, cit., § 3.4.2., p. 16-17.

[532] CNEL, *Osservazioni e proposte su "Ddl n. 795/S*, 24.1.2002, 3a proposta sub B2.

[533] Si tratta di una delle principali indicazioni emerse dal Consiglio Europeo di Tampere dell'ottobre 1999, e recepite sia nella *Comunicazione* della COMMISSIONE EUROPEA del 22.11.2000 "*su una politica comunitaria in materia di immigrazione*", sia nella *Comunicazione* della medesima COMMISSIONE dell'11.7.2001 "*relativa ad un metodo aperto di coordinamento della politica comunitaria in materia di immigrazione*". In particolare, nella Comunicazione del luglio 2001 si trova enunciata, tra le proposte di "orientamenti" da adottare da parte del Consiglio nell'ambito di una "strategia europea per l'immigrazione", quella di "integrare le questioni relative all'immigrazione nelle relazioni con i paesi terzi e soprattutto con i paesi di origine" ("orientamento n. 5).

[534] V. art. 117, comma 2, lett. b), Cost., e le considerazioni di GRAGNOLI, *Area soggettiva di applicazione e regime delle fonti*, in DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, cit., 60 ss. Nella relazione governativa al Ddl n. 795 si mette in rilievo come questo sia uno dei punti in cui le richieste di maggior partecipazione da parte delle Regioni e delle Province autonome nella definizione e gestione delle politiche dell'immigrazione siano state recepite.

## 5. Il "contratto di soggiorno per lavoro"

A questo principio, poi, offre un contributo molto meno importante di quello attribuitogli nel dibattito politico[535] e mediatico, il nuovo istituto del "contratto di soggiorno per lavoro subordinato".

Questo istituto ben poco aggiunge alla disciplina previgente, che già prevedeva, quale condizione per il rilascio del visto d'ingresso, la previa autorizzazione al lavoro, alla cui richiesta il datore di lavoro doveva allegare, oltre alla "copia del contratto di lavoro", anche la documentazione circa le "modalità di sistemazione alloggiativa"[536]; mentre, d'altro canto, l'"impegno al pagamento … delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel Paese di provenienza", oltre a non costituire neanch'esso una novità assoluta[537], si riduce, nella disciplina regolamentare in via di definizione, a un impegno assunto esclusivamente "nei confronti dello Stato"[538], e dunque estraneo al sinallagma del contratto di lavoro.

Ma non è tutto: le emanande disposizioni regolamentari[539] potrebbero suscitare il dubbio che anche la "garanzia della disponibilità di un alloggio" di cui al nuovo art. 5-*bis*, lett. a), del T.U.I. debba configurarsi come un obbligo assunto nei confronti dello Stato e non del lavoratore: se così fosse, non solo la novità, ma la stessa inerenza del contratto di soggiorno al sinallagma del contratto di lavoro verrebbe in discussione. Lungi dal potersi concepire alla stregua di un contratto (di lavoro) speciale, anche la sua ricostruzione come clausola legalmente imposta del contratto di lavoro stipulato con uno straniero, o come contratto collegato a quest'ultimo, andrebbe, infatti, quanto meno corretta precisandosi che si tratterebbe di clausola o di contratto stipulato con (o comunque di obblighi assunti nei confronti della) pubblica amministrazione, e non con il prestatore d'opere.

In realtà, le rilevate difficoltà interpretative e sistematiche vanno ancora una volta ricondotte al già segnalato scarto tra l'enunciazione di principio e la sua traduzione normativa, che non di rado si risolve in un quasi fatale "ripiego" verso gli assetti normativi preesistenti: in questo caso, è probabile che i redattori del regolamento attuativo abbiano ritenuto inopportuno far discendere, dal principio solennemente proclamato dell'essenzialità del legame tra immigrazione e lavoro, la conseguenza di un arricchimento della sfera giuridica del lavoratore straniero nei confronti del

---

[535] Nella relazione di accompagnamento al Ddl n. 795/S, "la nuova figura del contratto di soggiorno per lavoro" è presentata come uno degli "elementi qualificanti della iniziativa del Governo".

[536] V. art. 22, comma 2, 6 e 8, vecchio testo, T.U.I.; e l'originario art. 30, comma 3, lett. b), DPR 394/1999, che richiedeva addirittura la "copia del contratto di lavoro stipulato con lo straniero residente all'estero, sottoposta alla sola condizione dell'effettivo rilascio del permesso di soggiorno". Considerato che la nuova disciplina si accontenta - come pure la proposta di direttiva comunitaria (v. art. 5, § 1.b) - della "proposta di contratto di soggiorno" (v. il novellato art. 22, comma 2, lett. c, T.U.I., si è così reso necessario un "ammorbidimento" della disposizione regolamentare: il nuovo art. 30-*bis*, comma 3, lett. c), introdotto dall'art. 24, comma 2 del nuovo regolamento in via di definizione, esige solo che alla domanda di nulla osta vada allegata una "proposta di stipula di un contratto di soggiorno …".

[537] In quanto già previsto da circolari ministeriali, prima che fosse istituito il "fondo nazionale per il rimpatrio", di cui all'art. 13 della legge n. 943/1986.

[538] V. l'art. 8-*bis* del D.P.R. n. 394/1999, aggiunto dall'art. 8, comma 1 dello schema di regolamento approvato il 27.6.2003.

[539] Ove è laconicamente previsto che il datore di lavoro debba "indicare con un'apposita dichiarazione, inserita" (anche) "nella proposta di contratto di soggiorno … un alloggio che rientri nei parametri" dell'edilizia residenziale pubblica: ancora l'art. 8 dello schema di regolamento del 27.6.2003.

suo datore di lavoro, e abbiano perciò scelto di minimizzare i possibili sconfinamenti dal piano dei rapporti (sostanzialmente) pubblicistici a quello dell'autonomia privata.

Anzi: quello che si profila è il paradosso di una "contrattualizzazione" in *malam partem* dei predetti obblighi, a spese del lavoratore: infatti, quale che sia la loro ricostruzione dogmatica, si pone il concreto problema della ripartizione dei conseguenti oneri economici tra le parti del rapporto di lavoro[540].

Queste osservazioni finiscono per condensare la portata effettiva e pratica del nuovo istituto, nella complicazione burocratica delle procedure attinenti all'ingresso, all'assunzione e al soggiorno degli stranieri; così vanificando in parte una delle misure più apprezzabili contenute nella legge n. 189/2002, costituita dall'istituzione dello "sportello unico per l'immigrazione", quale organo unico "responsabile dell'intero procedimento relativo all'assunzione di lavoratori subordinati stranieri …".

Uno dei più rilevanti problemi pratici sollevati dall'istituto del contratto di soggiorno è quello attinente alla necessità della sua stipulazione anche per i rapporti di lavoro successivi al primo, ovvero ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno scaduto.

La questione ha subito diviso la prassi amministrativa e la dottrina, essenzialmente in ragione del profilarsi di una discriminazione in danno dello straniero legalmente soggiornante, in violazione degli artt. 10 e 14 della Convenzione OIL n. 143/1975[541]. Ma a questi argomenti mostra di non dar peso lo schema di regolamento approvato dal Consiglio dei Ministri il 27.6.2003, ove, avallandosi la tesi ministeriale, si esige la "sussistenza di un contratto di soggiorno", e la sottoscrizione di "un nuovo contratto di soggiorno", ai fini, rispettivamente, del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, e dell'instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro[542].

Ci limitiamo, in questa sede, a ricordare che l'operatività del principio di non discriminazione tra cittadini e stranieri non si arresta del tutto nemmeno dinanzi alla sovrana - e non a caso esclusiva - competenza statuale nella regolazione dei flussi migratori: anche in quest'ambito, infatti, la prerogativa statuale di limitare le possibilità di ingresso agli stranieri non deve essere esercitata in modo discrezionale e arbitrario[543]. Se è vero, allora, che anche al livello comparato e comunitario la piena equiparazione tra cittadini e stranieri nelle condizioni di accesso all'occupazione (e dunque di soggiorno sul territorio nazionale a tale fine) si realizza, in generale, solo dopo un determinato periodo di tempo, durante il quale la condizione dello straniero non è distinguibile, se non

---

[540] V., infatti, l'art. 30-*bis*, comma 4, del D.P.R. n. 394/1999, aggiunto dall'art. 24, comma 2 dell'emanando regolamento attuativo.

[541] V., tra gli altri, PAGGI, *Prime note sulla disciplina dei flussi migratori*, *Dir. imm. citt.*, 2002, 31; LUDOVICO, *Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro*, in DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, cit., 118.

[542] V. le nuove disposizioni di cui al comma 2-*bis* dell'art. 13, e al comma 1 dell'art. 36-*bis* del D.P.R. n. 394/1999, di imminente introduzione a opera degli artt. 12 e 32 dell'emanando regolamento di attuazione.

[543] V. LUDOVICO, *Politiche migratorie*, cit., 92-93, e dottrina ivi citata.

in misura limitata[544], da quella relativa al primo ingresso[545]; è anche vero che la necessità di rinnovare il contratto di soggiorno a ogni nuovo contratto di lavoro e a ogni rinnovo del permesso di soggiorno potrebbe apparire misura arbitraria e discriminatoria in quanto sproporzionata rispetto allo scopo perseguito. Per convincersene, basti considerare che la necessità del contratto di soggiorno è certamente da escludersi almeno in un altro caso: quello, disciplinato dall'art. 22, comma 11 del T.U.I., della perdita del posto di lavoro, con conseguente diritto alla permanenza per un periodo di tempo limitato al fine di reperire una nuova occupazione (v. avanti).

Suscita, infine, gravi perplessità la previsione, nello schema di regolamento del 27.6.2003, di un limite orario/reddituale non previsto dalla legge[546], ma mutuato da una analogamente criticabile interpretazione ministeriale riferita alla disciplina della regolarizzazione: in proposito, rinviamo alle considerazioni che svolgeremo con riferimento a tale disciplina.

## 6. Le restrizioni al consolidamento della permanenza lavorativa: il rinnovo del permesso di soggiorno …

Appare solo in parte rispettosa della disciplina comunitaria in cantiere[547], anche in considerazione della mancata previsione di clausole di *stand still*, la più restrittiva regolamentazione del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro e della carta di soggiorno.

Se l'allungamento (da 5) a 6 anni del periodo di soggiorno necessario per ottenere la carta di soggiorno si pone in contrasto con la progettata previsione comunitaria di un termine massimo di 5 anni per ottenere lo *status* di "residente di lungo periodo", e anche con le più restrittive legislazioni nazionali[548]; la riduzione della durata massima del permesso rinnovato (oggi equiparata a quello scaduto) e l'incremento del termine per richiedere anticipatamente il rinnovo (90

---

[544] Per esempio, la proposta di direttiva esclude gli stranieri che abbiano già esercitato legalmente attività di lavoro subordinato per oltre tre anni nell'ultimo quinquennio, o che siano da oltre tre anni titolari del permesso di soggiorno-lavoratore subordinato" dall'onere di provare l'indisponibilità di lavoratori comunitari, al fine di ottenere, rispettivamente, un nuovo permesso a seguito di reingresso, o il rinnovo del permesso medesimo; ma non li solleva da tutti gli altri oneri e condizioni stabiliti dall'art. 5, tra cui si annovera, in particolare, quella della disponibilità di "risorse sufficienti … al fine di non diventare un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro …" : v. art. 5, § 4, e art. 7, § 2 della proposta di direttiva n. 2001/386).

[545] Si tratta del noto principio dei "diritti differenziati secondo la durata del soggiorno", pienamente recepito dalla politica comunitaria sull'immigrazione, oltre che nella quasi totalità degli Stati membri. V. la Relazione di accompagnamento della proposta di direttiva n. 2001/386, punti 1 e 2; nonché la "proposta di direttiva del Consiglio relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano residenti di lungo periodo" [COM(2001) 127 def.] del 13.3.2001. In dottrina, v., in generale, FIX - LAGLAGARON, *Social Rights and Citizenship. An International Comparison*, in ALEINIKOFF - KLUSMEYER (eds.), *Citizenship for an Age of Migration*, The Carnegie Endowment for International Peace, Washington, D.C., 2002; JOPPKE, *The Domestic Legal Sourses*, cit.

[546] L'art. 30-*bis*, comma 3, lett. c) del D.P.R. n. 394/2003, introdotto dall'art. 24, comma 2 del citato schema di regolamento, prevede infatti che nella proposta di stipula del contratto di soggiorno debba essere indicato (in caso di *part time*) un orario di lavoro "non inferiore a 20 ore settimanali e, nel caso di lavoro domestico, una retribuzione mensile non inferiore al minimo previsto per l'assegno sociale…".

[547] Secondo l'art. 7 della proposta di direttiva, il permesso di soggiorno-lavoratore subordinato" può essere rinnovato per una durata non superiore a tre anni, corrispondente a quella massima iniziale; e la relativa richiesta dev'essere presentata almeno tre mesi prima della scadenza.

[548] V. la proposta di direttiva relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano residenti di lungo periodo [COM(2001) 127 def. del 13.3.2001. Per il quadro comparato, v. COMMISSIONE EUROPEA, *Admission of third-Country Nationals*, cit. V. pure i rilievi e le proposte del CNEL, *Osservazioni e proposte*, cit., 1a proposta *sub* B)1).

giorni, 60 per i lavori stagionali) costituiscono misure[549] allineate alla *ratio* legislativa di aggravare le condizioni per l'ingresso o la stabilizzazione degli immigrati nel mercato del lavoro e nel territorio nazionali, e non contrastanti coi limiti ipotizzati nella più volte citata proposta di direttiva comunitaria[550].

## 7. … "L'iscrizione al collocamento" e la condizione dell'immigrato disoccupato …

La portata delle suddette limitazioni va valutata anche in combinazione con gli effetti dell'abbreviazione, da 12 a 6 mesi, del periodo minimo di iscrizione "nelle liste di collocamento" utile al fine di reperire una nuova occupazione, a seguito della cessazione di un precedente rapporto di lavoro, e così evitare di cadere in situazione di irregolarità con conseguente rischio di espulsione ai sensi del novellato art. 13, comma 5 del T.U.I.[551].

La coerenza con la filosofia della necessaria e inderogabile corrispondenza tra soggiorno e lavoro avrebbe forse richiesto l'eliminazione totale di questa garanzia: ma ciò sarebbe stato contrario all'art. 8 della convenzione OIL n. 143/1975, il quale esclude che la perdita del posto di lavoro possa, di per sé, causare il ritiro del permesso di soggiorno o, se del caso, del permesso di lavoro[552].

Ciò non toglie che la condizione dell'immigrato extracomunitario che abbia perso il posto di lavoro e rischi di cadere nell'irregolarità, anziché essere considerata sotto il profilo delle possibili misure di sostegno al reimpiego[553], viene resa più precaria, riducendo a pochi mesi il periodo in cui gli è garantita la permanenza regolare: una carenza, questa, stigmatizzata dal CNEL, che aveva suggerito, inascoltato, di prorogare a 12 mesi il periodo di mantenimento della presenza legale "nei casi di perdita del posto di lavoro per trovarne un altro, qualora il lavoratore straniero sia coinvolto in politiche attive da parte dei servizi per l'impiego"[554]. Inciso importante, quest'ultimo, giacché la "debolezza" dei lavoratori stranieri è un dato da considerare con molta attenzione e sostanzialmente da relativizzare, se è vero che il livello effettivo di disoccupazione tra gli stranieri è inferiore a quello degli italiani[555].

---

[549] Anche quando si introducono previsioni allineate all'indicazione comunitaria di graduare le situazioni soggettive vantaggiose del lavoratore straniero - pure se temporaneo - alla durata della sua permanenza, si riscontra una parallela accentuazione degli elementi di discrezionalità e di precarietà potenzialmente idonei a vanificare la misura. Il nuovo art. 5, comma 3-*ter* del T.U.I., per esempio, prevede la possibilità di rilasciare un "permesso pluriennale" al lavoratore straniero stagionale che, con "impieghi ripetitivi", abbia prestato l'attività lavorativa per almeno due anni consecutivi; ma assoggetta questo permesso alla clausola, generica e vessatoria, della revocabilità immediata "nel caso in cui lo straniero violi le disposizioni del presente testo unico".

[550] Il cui art. 7 contempla, rispettivamente, un termine di durata non superiore a tre anni, e un anticipo di almeno tre mesi prima della scadenza.

[551] V. il novellato art. 22, comma 1 del T.U.I.

[552] V. pure l'art. 10, § 3 della proposta di direttiva n. 2001/386, dove si garantisce allo straniero disoccupato un periodo di 3 o di 6 mesi (a seconda della durata dell'occupazione pregressa) per la ricerca di una nuova occupazione.

[553] Anche nell'art. 37 del D.P.R. n. 394/1999, come modificato dall'art. 33 dello schema di regolamento 27.6.2003, l'accento è posto sugli aspetti prescrittivo-sanzionatori e formali, più che su quelli promozionali e sostanziali, della nuova disciplina dei servizi per l'impiego.

[554] CNEL, *Osservazioni e proposte*, cit., 1a proposta sub B2.

[555] V. REYNERI, *Gli immigrati in un mercato del lavoro*, cit., parag. 2.

Chiaramente, questo dato chiama in gioco il ruolo dell'economia sommersa e del lavoro "nero" degli stranieri, e va affrontata a partire dalla consapevolezza che trattasi di un problema distinto da quello del lavoro prestato da soggetti privi di permesso di soggiorno.

Gli immigrati, infatti, mostrano una propensione maggiore degli italiani a inserirsi "in quei settori ove la dinamica della produttività è bassa, se non nulla, e il costo del lavoro cresce al punto di intaccarne la convenienza economica", e in cui, conseguentemente, si renda necessario "abbattere i costi del lavoro "informalizzando" l'occupazione"[556].

Orbene, se per un verso la condizione di irregolarità del soggiorno o di clandestinità non consente alternative a questa modalità di inserimento, per l'altro, la propensione degli stessi immigrati regolari (o, molto più spesso, regolarizzati) a "cadere" nell'economia informale e sommersa è tanto maggiore, quanto maggiori sono le difficoltà che l'ordinamento frappone all'accesso al mercato del lavoro e soprattutto alla stabilizzazione della propria condizione professionale, in una situazione che vede, invece, una forte ed estesa economia sommersa e una conseguente domanda di lavoro illegale: questo spiega perché, nonostante la politica delle regolarizzazioni, "non si riduce, anzi continua a crescere in termini assoluti, l'area di coloro che lavorano in nero pur avendo un permesso di soggiorno"[557].

Questo nesso profondo tra le caratteristiche strutturali di larga parte dell'economia e del mercato del lavoro nazionali e la domanda di lavoro immigrato, è ignorato o messo tra parentesi da una politica del doppio binario, che per un verso restringe, direttamente e indirettamente, gli accessi e gl'insediamenti dei lavoratori stranieri (soprattutto di quelli *presumably permanent*), e per l'altro assume la lotta all'immigrazione clandestina quale baricentro della propria iniziativa politica, anche sul piano comunitario[558].

## 8. Il problema aperto dell'accesso degli stranieri alle selezioni nelle basse qualifiche dell'impiego pubblico

Un altro aspetto delicato del raccordo tra politiche dell'immigrazione e politiche del lavoro è costituito dal grado di apertura agli stranieri degli impieghi pubblici.

Si tratta di un punto non toccato dalla riforma del 2003 - se non limitatamente al personale infermieristico degli ospedali[559] -, ma che sarebbe stato opportuno toccare, in ragione dell'incertezza

---

[556] ID., *ibidem*.

[557] ID., ivi, parag. 3.

[558] Dove, peraltro, trova una sponda del tutto sintonica: se da un lato, gli "orientamenti" per una "strategia europea per l'immigrazione" (S.E.I.), elaborati nell'ambito della procedura di coordinamento aperto varata con la Comunicazione dell'11.7.2001 secondo le indicazione del Consiglio di Tampere (ottobre 1999) non sono stati approvati nei successivi Consigli di Laecken (dicembre 2001) e di Siviglia (giugno 2002), e sono stati esplicitamente accantonati nel Consiglio di Copenaghen (dicembre 2002); dall'altro, in questi stessi Consigli europei l'accento della politica europea dell'immigrazione è caduto sulla lotta all'immigrazione clandestina e sul collegamento con la politica estera, più che con quella per l'occupazione. V. pure la *Comunicazione* della COMMISSIONE al Consiglio e al Parlamento Europeo "*su una politica comune in materia di immigrazione illegale*" del 15.11.2001 [COM82001) 672 def. Questa tendenza è destinata a rafforzarsi con la Presidenza italiana del Consiglio, nel 2° semestre del 2003. Sulla S.E.I., v. MONTANARI, *La normativa comunitaria sull'immigrazione: ritardi (politici) e debolezze (strategiche)*, in DONDI (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, cit., 40 ss.

[559] La nuova lettera r-*bis* del comma 2 dell'art. 22 del T.U.I. fa infatti riferimento agli "infermieri professionali assunti presso strutture sanitarie pubbliche e private".

del quadro normativo vigente.

Il problema nasce dal fatto che non è certo se l'art. 46 del T.U.I. del 1998, abrogando l'art. 9, comma 3 della legge n. 39/1990 - il quale ammetteva espressamente gli stranieri alle selezioni per le assunzioni "tramite collocamento" nelle basse qualifiche presso le pubbliche amministrazioni, *ex* art. 16 della legge n. 56/1987 -, abbia prodotto l'effetto di generalizzare[560] quella che era una possibilità prevista fino a quel momento in deroga al requisito generale della cittadinanza per l'accesso agli impieghi pubblici; o se, al contrario, abbia eliminato anche quella eccezionale possibilità, riespandendo anche alle assunzioni *ex* art. 16 della legge n. 56/1987 il requisito della cittadinanza[561].

La chiusura totale del mercato del lavoro pubblico, anche per l'accesso alle basse qualifiche prive di contenuto autoritativo, che conseguirebbe al prevalere di questo secondo indirizzo interpretativo, segnerebbe un ulteriore forte elemento di irrazionalità della politica dell'immigrazione italiana, in contrasto con le tendenze riscontrabili non solo nei paesi di tradizione più liberale in materia, come gli U.S.A.[562], ma anche con gli altri Paesi comunitari, tra i quali si riscontra generalmente un atteggiamento di maggiore apertura, rispetto alla prassi italiana[563].

Invero, andrebbe riconosciuta valenza preponderante ad argomenti come l'opportunità di promuovere una migliore comunicazione tra le comunità immigrate e le istituzioni (specialmente le forze dell'ordine e la scuola), e più in generale, il processo d'identificazione con lo Stato e la nazione ospitanti, rispetto ad altri adducibili in favore delle restrizioni, quali la necessità di incentivare le naturalizzazioni, o semplicemente di riservare ai cittadini un apprezzabile bene pubblico[564].

## 9. Le innovazioni in materia di ricongiungimento familiare

La disciplina giuridica delle condizioni di permanenza e consolidamento della posizione professionale non è certo l'unico fattore determinante del grado di integrazione socio-economica del lavoratore straniero: non è meno importante la possibilità di costituire, o ricostituire, nel Paese di immigrazione, un nucleo familiare capace di supplire alla mancanza di sostegni pubblici e di reti di solidarietà.

---

[560] Coerentemente con il principio di parità stabilito dall'art. 2, comma 3 dello stesso T.U.I., in conformità con l'art. 14, lett. c) della convenzione O.I.L. n. 143/1975.

[561] La dottrina è prevalentemente favorevole alla prima soluzione, soprattutto in considerazione del principio paritario di cui alla convenzione OIL citata: v., anche per i riferimenti, DONDI, *Immigrazione e lavoro*, Padova, 2001, 131, nota 1. La prassi amministrativa sembra invece orientata, almeno di recente, in senso contrario: v., da ult., la nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n 1635 del 7.6.2002, in risposta a una richiesta di chiarimenti dell'Ufficio territoriale del Governo di Rimini (ma v., in precedenza, la nota della Direzione regionale del lavoro della Lombardia, n. 4058 del 16.2.1999).

[562] Il *leading case* è *Sugarman vs Dougall* (1973), che, pur essendo nota come una sentenza che limita i diritti degli immigrati, riserva ai cittadini solo gli impieghi statali che siano strettamente collegati all'esercizio di pubblici poteri (*formulation, execution, or review of broad public policy*). V. JOPPKE, *The Domestic Legal Sources*, cit., 10.

[563] In Francia, tuttavia, sono riservati ai cittadini CE perfino gl'impieghi nelle ferrovie, nelle poste e negli ospedali.

[564] COMMISSIONE EUROPEA, *Admission of Third Country-Nationals*, cit; FIX-LAGLAGARON, *Social Rights and Citizenship*, cit.

È ben noto, peraltro, come nell'indisponibilità di quel fondamentale ammortizzatore sociale costituito dalla famiglia, e in particolare dalla famiglia "allargata", risieda una delle cause della maggiore recettività degli immigrati rispetto alla domanda di lavoro irregolare, o comunque temporaneo e precario[565].

È questo uno degli aspetti della disciplina della condizione degli immigrati, che lasciano trapelare con maggiore facilità la latente dialettica tra la logica del mercato del lavoro e quella dell'ordine pubblico, e più in generale, tra le istanze di tipo "integrazionista" e quelle di tipo "culturalista".

L'ingresso per ricongiungimento familiare è, in effetti, uno dei canali principali, e, nei Paesi che hanno adottato politiche restrittive dell'immigrazione, il principale o addirittura l'unico canale di insediamento e di accesso al lavoro: è ben noto, del resto, che quello migratorio è un "processo a catena", che, "una volta iniziato, si autoalimenta", grazie soprattutto alle reti familiari e amicali[566].

Non a caso, le legislazioni nazionali più rigide in materia di immigrazione, sovente concentrano la loro severità sulla disciplina dei ricongiungimenti familiari, più ancora che su quella degli ingressi e del soggiorno per lavoro; e nella stessa sede comunitaria si riscontra una propensione a una minore "generosità" in materia di ricongiungimenti familiari.

Per rendersene conto, è sufficiente confrontare la nozione di "familiare" adottata dalle proposte di direttiva sul diritto al ricongiungimento familiare degli extracomunitari[567], con quella adottata dall'art. 10 del regolamento n. 1968/1612/CE, con riferimento all'analogo diritto dei cittadini comunitari: gli stranieri coi quali il cittadino comunitario che abbia circolato nello spazio comunitario ha diritto a ricongiungersi sono, oltre al coniuge[568] e al *convivente more uxorio* (se la legislazione dello Stato membro riconosce tale *status* ai propri cittadini), i figli minori di 21 anni o anche maggiorenni, ma a carico, e tutti gli ascendenti sia del lavoratore che del coniuge[569]. La proposta di direttiva sul ricongiungimento familiare degli immigrati extracomunitari, invece, pone per tutti gli ascendenti (inclusi, dunque, i genitori), la condizione che siano privi di qualunque "sostegno familiare nel paese d'origine", e per i figli maggiorenni, in luogo della semplice vivenza a carico,

---

[565] REYNERI, *Gli immigrati in un mercato*, cit.

[566] "Gli emigrati consentono ad amici e parenti del paese di origine di emigrare a loro volta, offrendo loro informazioni, risorse per agevolare il trasferimento e assistenza nella ricerca di una casa e di un lavoro", con il possibile risultato finale di "una crisi migratoria globale": WEINER, *Global Migration Crisis*, New York, Harper Collins, 21-28.

[567] Ci si riferisce alla prima e alla seconda proposta di direttiva del Consiglio relativa al diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Paesi terzi legalmente residenti sul territorio di uno Stato membro: rispettivamente, [COM(2000) 624] e [COM(2002) 225].

[568] Peraltro, la disciplina comunitaria, come interpretata dalla CGCE nel caso Diatta nel 1985, è stata criticata in quanto ricollega automaticamente al divorzio il venir meno dei diritti di ricongiunzione familiare: un'interpretazione dell'art. 10 del reg. n. 1612/68/CE che permetta al lavoratore comunitario di esercitare un potere di coercizione sul proprio coniuge attraverso la minaccia di divorzio, rappresenterebbe in pratica - si è osservato - una violazione dei diritti umani fondamentali, che è dovere della Corte proteggere. Così, WEILER, *Thou shalt not oppress a stranger: on the judicial protection of the human rights of Non-EC Nationals - a critique*, *Eur. Journ. Ind. Rel.*, 1992, 65; AIMO, *Lavoro e immigrazione nell'Unione Europea*, *Lav. Dir.*, 1994, 602.

[569] Secondo le direttive relative al soggiorno delle persone economicamente non attive (90/365: pensionati; 93/96: studenti; 90/364: altri cittadini CE che non beneficiano del diritto di soggiorno), poi, non è posto alcun limite di età per i figli e sono inclusi i discendenti del coniuge.

pone la duplice e molto più restrittiva condizione "che non siano coniugati e non possano oggettivamente provvedere al proprio sostentamento a causa del loro stato di salute"[570].

Dal canto suo, il novellato art. 29 del nostrano T.U.I., nell'adeguare anticipatamente la disciplina interna alla più severa disciplina comunitaria *in itinere*, interpreta quest'ultima nella maniera più restrittiva, o la aggrava ulteriormente, escludendo i figli maggiorenni che non siano totalmente invalidi, i genitori a carico ultrasessantacinquenni ma con figli in buona salute nei Paesi di origine, e tutti gli ascendenti diversi dai genitori.

Anche in questo caso, però, va osservato che non si tratta certo della più restrittiva tra le discipline dei Paesi membri: nella maggior parte dei paesi comunitari il diritto alla riunificazione familiare è infatti limitato alla "famiglia nucleare", formata dal coniuge e dai figli minori a carico; in Germania, Austria, Francia, Spagna, Grecia e Danimarca, ai familiari ricongiunti è (o può essere) precluso per un certo periodo l'accesso al mercato del lavoro; in alcuni Paesi la maggiore età a tal fine è stabilita a meno di 18 anni (16 in Germania[571], 14 addirittura, in certi casi, in Austria), e il diritto alla riunificazione familiare è contingentato (ancora Austria)[572]. La legge italiana invece, pur dopo la riforma del 2003, è, sia pur cautissimamente e forse solo formalmente, aperta oltre la famiglia nucleare e priva di restrizioni all'accesso al lavoro[573]: ché anzi, sono gli ingressi per ricongiungimento familiare a condizionare, attraverso il sistema delle quote, quelli per lavoro[574].

Se alla recente riforma qualcosa va dunque rimproverato, sul punto, questo attiene all'eccessivo appiattimento sulle posizioni in via di elaborazione in sede comunitaria, e al tendenziale allineamento a quelle prevalenti tra i Paesi membri; ma si potrebbe rovesciare il giudizio, e riconoscere al legislatore italiano di aver ceduto, su questo terreno, meno di quanto ci si potesse aspettare.

È pur vero, però, che la portata effettiva della disciplina del ricongiungimento familiare va valutata alla luce della complessiva politica dell'immigrazione perseguita: in questa prospettiva, se si considera, da un lato, la scelta di convogliare gli ingressi per motivi di lavoro verso il lavoro stagionale, e dall'altro, che il diritto in parola è riconosciuto solo agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno[575], si ottiene una più esatta percezione degli effetti restrittivi che la nuova disciplina dovrebbe sortire.

---

[570] Infine, si tenga conto della diversa nozione di maggiore età: nel regolamento 68/1612/CE il limite è quello dei 21 anni; nella proposta di direttiva 2000/624, l'età "a cui si diventa maggiorenni nello Stato membro interessato".

[571] Se il figlio ha più di 16 anni, l'ufficio stranieri (*Auslanderbehorde*) gode di ampia discrezionalità nella decisione; discrezionalità che peraltro caratterizza in generale l'istituto, a meno che il richiedente abbia soggiornato in Germania per un periodo tale (5 o 8 anni) da maturare il diritto di residenza illimitata (*Aufenthaltsberechtigung*), o il diritto al permesso di soggiorno non legato a uno scopo specifico (*Aufenthaltserlaubnis*). Fonte: COMMISSIONE EUROPEA, *Admission of Third-Country Nationals, cit. - Rapporto sulla Germania* a cura di SCHONEBERG.

[572] V. COMMISSIONE EUROPEA, *Admission of Third-Country Nationals*, cit.; FIX - LAGLAGARON, *Social Rights and Citizenship*, cit.; GROENENDIJK - GUILD - BARZILAY, *The Legal Status of Third-country nationals who are Long-Term Residents in a Member State of the European Union*, Centre for Migration Law - University of Nijmegen, Nijmegen, 2000.

[573] V. l'art. 30, comma 2, del T.U.I.

[574] Le quote massime di stranieri da ammettere sul territorio dello Stato per lavoro subordinato … e per lavoro autonomo" devono tener conto "dei ricongiungimenti familiari …": art. 3, comma 4, T.U.I.

[575] V. pure il novellato art. 40, comma 6 del T.U.I., che riserva le agevolazioni sociali ed economiche in materia di abitazione ai soli titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno almeno biennale.

## 10. La sorte dei diritti previdenziali in caso di rimpatrio

A valutazioni discordanti si presta la nuova disciplina dei diritti previdenziali dello straniero che decida di (o sia costretto a) rimpatriare.

La novità più rilevante in materia è senz'altro costituita dalla soppressione del diritto alla liquidazione (rivalutata al 5% annuo) dei contributi previdenziali obbligatori che risultino versati in favore dello straniero, introdotto originariamente dall'art. 3, comma 13 della legge n. 335/1995 e riconfermato nell'art. 22, comma 11 del T.U.I. del 1998; il novellato art. 22, comma 13, del T.U.I., riconosce, invece, allo straniero rimpatriato, il solo beneficio della maturazione agevolata dei diritti pensionistici, essendo all'uopo sufficiente il requisito anagrafico del compimento del 65° anno d'età, prescindendosi dal requisito contributivo minimo previsto dall'art. 1, comma 20 della legge n. 335/1995, mentre gli nega il diritto al riscatto dei contributi.

A questa novella è stato mosso un duplice ordine di critiche: sul piano sostanziale, essa scoraggia il rientro degli immigrati al maturare di più favorevoli condizioni economico - occupazionali nei paesi di origine, disincentivando, nel contempo, l'offerta di lavoro regolare; sul piano della conformità al diritto comunitario, si pone poi in contrasto frontale con la previsione di cui all'art. 11, comma 3 della proposta di direttiva n. 2001/386, che riconosce agli stranieri rimpatriati e già titolari di "permesso lavoratore subordinato" il diritto alla "restituzione dei contributi versati da loro e dal loro datore di lavoro al sistema previdenziale pubblico durante il periodo di validità del permesso", qualora essi non abbiano maturato il diritto pensionistico o non abbiano diritto a trasferire tale diritto nel paese di origine[576].

In senso favorevole alla misura, tuttavia, non mancano buoni argomenti di ordine sistematico ed equitativo, basati sulla considerazione che la pregressa previsione della riscattabilità anticipata esprimesse una visione corrispettivo-assicurativa del rapporto previdenziale pubblico e obbligatorio, priva di riscontri nel sistema, e sostanzialmente configurante una discriminazione alla rovescia nei confronti dei cittadini nazionali e comunitari[577].

Questo argomento non ci pare affatto trascurabile, giacché in ambito previdenziale le questioni di principio sono sempre, anche, questioni di equità e di coerenza del sistema: non è affatto casuale, per esempio, che nella previdenza sociale privata e volontaria - complementare e individuale -[578], e non in quella pubblica e obbligatoria, si preveda la riscattabilità della posizione individuale in caso di cessazione del rapporto di lavoro prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica[579].

Suscita, semmai, perplessità la contraddittorietà di questa innovazione legislativa rispetto all'impostazione complessiva della riforma, orientata a un irrigidimento delle condizioni di stabilizzazione lavorativa e familiare degli stranieri, e ad un maggior favore proprio nei confronti degli ingressi lavorativi stagionali e temporanei, funzionali a un rimpatrio definitivo o periodico.

---

[576] V. CNEL, *Osservazioni e proposte*, cit.

[577] V. DONDI, *La politica verso l'immigrazione*, cit., 21-22; VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2001, 412.

[578] Per questa terminologia e sistematica, v. TURSI, *La previdenza pensionistica privata: forme complementari e forme individuali*, *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, 111 ss.

[579] V. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, Milano, 2001, 417 ss.

Di certo, sulla coerenza legislativa ha prevalso, in questo caso, la necessità di sgravare l'INPS di un onere eccessivo, in considerazione del meccanismo di finanziamento a ripartizione delle prestazioni erogate[580].

Ma c'è da credere che abbia pesato non poco, ancora una volta, il sostanziale allineamento di questa misura col *sentiment* anti-immigrazione che pervade - per così dire, dal basso e dal profondo - l'intera riforma: a esso sfugge la percezione che la misura abrogata fosse funzionale rispetto all' "intento di dare temporaneità alla presenza dell'immigrato, quale ospite a termine, stimolandone il ritorno al Paese di provenienza"[581]; al contrario, l'eliminazione di quello che si configura come un ingiusto privilegio a favore degli immigrati, si rivela una misura di ben maggiore ed efficace impatto mediatico.

## 11. La regolarizzazione del 2003

S'è già detto del nesso strutturale che lega le regolarizzazioni varate contestualmente alla riforma della disciplina dell'immigrazione per lavoro: in sintesi, anche nel 2003, lungi dal configurarsi come un provvedimento-tampone emanato *una tantum*, esse costituiscono parte integrante e qualificante della politica migratoria italiana.

Con appena una punta di estremismo polemico - tuttavia utile a chiarire i concetti -, si potrebbe affermare che l'obiettivo di ridurre i nuovi ingressi per lavoro viene perseguito non solo ponendo condizioni più restrittive, ma altresì legalizzando una massa di irregolari tale da raggiungere, sommandoli ai regolari residenti, una quota di stranieri tale da eliminare il differenziale rispetto alla media europea.

Rinviando allo specifico contributo per l'analisi esegetica della disciplina, non possiamo esimerci dal riproporre, anche con riferimento alla "sanatoria" varata nel 2002, le considerazioni circa il rapporto tra politica legislativa, dettato normativo e messaggio mediatico, che fanno da filo conduttore di queste note.

Si pone, preliminarmente, un problema apparentemente terminologico, che ne sottende uno molto sostanziale, attinente alla presunta diversità di quest'ultima "regolarizzazione" rispetto alle precedenti "sanatorie": il Governo, infatti, ha sempre sostenuto che quella da ultimo varata sarebbe una "regolarizzazione" e non una "sanatoria", individuando la differenza nel fatto che il provvedimento non riguarderebbe i clandestini.

D'altro canto, i critici della riforma hanno per lo più ignorato completamente questa posizione, etichettando senza tanti complimenti il provvedimento come l'ennesima "sanatoria".

In verità, la questione non ci sembra tanto pacifica da poter ignorare completamente la tesi del Governo.

---

[580] V. ANGIOLINI, *Immigrazione e lavoro*, *Riv. Giur. Lav.*, 2002, 140.

[581] DONDI, *La politica verso l'immigrazione*, cit., 4.

In effetti, dalla "regolarizzazione" erano espressamente esclusi, in origine, gli extracomunitari destinatari di provvedimento di espulsione per motivi diversi dalla scadenza del permesso di soggiorno; un emendamento introdotto dal D.L. n. 195/2002 ha poi allentato questa limitazione soggettiva del campo di applicazione del provvedimento, ammettendo la possibilità di regolarizzare anche i clandestini destinatari di provvedimento espulsivo, in presenza di "circostanze obiettive riguardanti l'inserimento sociale", che giustifichino la "revoca" dell'espulsione[582].

Pur dopo questa modifica, però, l'affermazione che il provvedimento riguarderebbe, in via di principio, solo i lavoratori stranieri entrati e soggiornanti legalmente, non sembra contraddetta, almeno sul piano formale: infatti il provvedimento di revoca dell'espulsione, oltre a configurare un potere largamente discrezionale dell'amministrazione, non è ammissibile nei confronti dei clandestini *stricto sensu*[583].

Il dubbio più rilevante, però, riguarda la possibilità di regolarizzare il clandestino nei cui confronti non sia stato adottato un provvedimento di espulsione: dubbio che parrebbe da sciogliersi positivamente, sia perché la lettera della norma - che fà riferimento ai soli espulsi - non lo esclude, sia perché durante la procedura di regolarizzazione non sono adottabili provvedimenti di "allontanamento dal territorio nazionale"[584]. Se così fosse, anche la presunta diversità di quest'ultima "regolarizzazione" rispetto alle precedenti "sanatorie" svanirebbe come nebbia al sole.

Sul piano della concreta disciplina, tra i non pochi problemi interpretativi e applicativi meritano segnalazione in questa sede soprattutto quelli collegati alle disposizioni più manifestamente allineate alla maggiore "severità" proclamata - anche se non sempre perseguita - dalla riforma.

Talune previsioni normative suscitano senz'altro gravi perplessità nel merito: è il caso, per esempio, della assunzione della "regolarità della posizione contributiva previdenziale e assistenziale del lavoratore extracomunitario interessato", a condizione per il rinnovo del permesso di soggiorno ottenuto a seguito della regolarizzazione[585]. Ciò è sistematicamente aberrante, prima che discriminatorio, poiché, in base al principio di autonomia del rapporto previdenziale, tale rapporto nasce automaticamente a seguito del rapporto di lavoro[586]: pertanto, è ultroneo e arbitrario richiedere l'effettivo adempimento delle obbligazioni contributive da parte del datore di lavoro, quale condizione per ottenere il rinnovo del permesso di soggiorno di un lavoratore che è titolare di un rapporto di lavoro ormai regolare. Né, evidentemente, può giustificare tale aberrazione l'intento legislativo di strumentalizzare l'occasione della regolarizzazione al fine di indurre l'adempimento degli obblighi contributivi, rafforzando l'interesse del lavoratore a "vigilare" su tale regolare adempimento.

---

[582] Confronta il testo originario dell'art. 33, comma 7, lett. a) della legge n. 189/2002 con quello modificato dall'art. 2, comma 9-*quinquies* del D.L. n. 195/2002, convertito dalla legge n. 222/2002.

[583] V. art. 33, comma 7, lett. a, L. n. 189/2002; art. 1, comma 8, lett. a, 2° per., D.L. n. 195/2002. Per la nozione di clandestino, v. Cass. n. 9079/2000 e Cons. Stato n. 283/2002, sez. IV.

[584] Art. 2, 1° comma, D.L. 195/2002 e art. 33, 4° comma, L. n. 189/2002.

[585] Ma v. pure l'art. 40, comma 23 del D.P.R. n. 394/1999, come modificato alla stregua dell'art. 37 dello schema di regolamento 27.6.2003, ove, inspiegabilmente e discriminatoriamente, si pone la suddetta condizione anche per il rinnovo del permesso di soggiorno e del nulla osta al lavoro dei particolari lavoratori di cui all'art. 27 T.U.I.

[586] V., per tutti, MASTRANGELI – NICOLINI, *La contribuzione previdenziale*, Torino, 1997, 197 ss.

Suscita pure perplessità - come si è anticipato[587] -, anche sotto il profilo della violazione del principio di non discriminazione nell'accesso al lavoro, l'interpretazione ministeriale che, attraverso la previsione di un reddito minimo del lavoratore regolarizzando, pone in realtà un limite minimo alla durata della prestazione lavorativa, sostanzialmente vietando il lavoro a tempo parziale al di sotto di una soglia oraria peraltro particolarmente elevata.

Vero è che anche in questo caso, come in quello della iscrizione al collocamento a seguito di perdita del posto di lavoro, sarebbe stato opportuno un raccordo efficace con la nuova disciplina dei servizi per l'impiego: se, infatti, la *ratio* più accettabile delle limitazioni in parola può essere individuata nella necessità che il lavoratore da regolarizzare possa considerarsi effettivamente e non solo formalmente "occupato", allora sarebbe stato più calzante un riferimento alla nuova, e più "flessibile" nozione di disoccupazione introdotta con l'art. 4, c. 1, lett. a), del d.lgs. n. 181/2000, come modificato dal d.lgs. 297/2002; sarebbe stato, insomma, opportuno escludere la regolarizzabilità - e la stessa assumibilità - dello straniero da considerarsi disoccupato ai sensi delle citate disposizioni, in quanto, ad esempio, impegnato in "attività lavorativa tale da assicurare un reddito annuale non superiore a quello minimo personale escluso da imposizione".

Altre volte, la disciplina legale tradisce la già più volte segnalata prevalenza dello scopo perseguito rispetto allo strumento adottato: è il caso della previsione secondo cui la denuncia di emersione deve indicare la "retribuzione convenuta in misura non inferiore a quella prevista dal contratto collettivo nazionale di lavoro di riferimento". Si deve registrare, in questo caso, una certa superficialità insita nel non aver previsto alcun criterio selettivo per l'individuazione del contratto collettivo "di riferimento", nell'ipotesi che nessun contratto nazionale sia applicabile *iure communi*, e ne esista più d'uno astrattamente riferibile al rapporto.

Probabilmente la differenza, che qui si riscontra, con l'ipotesi corrispondente riferita alla stipulazione del contratto di soggiorno con un lavoratore regolare, non è casuale: se in questo secondo caso ci si accontenta del "contratto collettivo concretamente applicabile alla fattispecie" [588], mentre ai fini della regolarizzazione si prescinde dalla "applicabilità" e ci si accontenta della sola astratta "riferibilità" al rapporto in questione, ciò probabilmente si spiega con la maggiore severità riservata alla disciplina della regolarizzazione, che ha indotto il legislatore a configurare il rispetto delle tariffe sindacali in termini di onere per l'accesso a un beneficio[589]. Proprio per questo, però, sarebbe stato necessario indicare un criterio per l'individuazione del contratto collettivo non applicabile *iure communi*, eppure "riferibile" al rapporto.

Ma il rilievo di carattere più generale che la nuova regolarizzazione solleva va individuato, a nostro avviso, nella implicita assimilazione della procedura di "emersione di lavoro irregolare" a un condono contributivo[590], con la conseguente configurazione dell'istanza di emersione in termini di "denuncia" del datore di lavoro, negandosi qualsiasi spazio a una pretesa giuridica azionabile da parte del lavoratore.

---

[587] V. sopra, § 5.

[588] V. pure l'art. 30-*bis*, comma 2, lett. c) del D.P.R. n. 394/1999, quale risultante alla stregua dell'art. 24, comma 1 dello schema di regolamento attuativo approvato il 27.6.2003.

[589] V., in termini generali, TURSI, *L'autonomia collettiva tra promozione e regolazione*, *Lav. Dir.*, 1997, 589 ss.

[590] V. CINELLI – NICOLINI, *Osservatorio previdenziale*, *Riv. it. dir. lav.*, 2002, III, 211.

È proprio attorno a questo nodo fondamentale, infatti, che si aggrovigliano i più delicati problemi interpretativi e applicativi, attinenti alla sorte del lavoratore irregolare che abbia svolto attività lavorativa alle dipendenze di un datore di lavoro che non intenda procedere alla regolarizzazione, o che abbia licenziato il lavoratore prima o durante la procedura, o che, infine, abbia deciso di abbandonarla pur avendola inizialmente adita.

Le soluzioni talvolta escogitate dalla prassi ministeriale[591], ancora una volta, appaiono affannosamente appigliate a criteri di equità e buon senso che tuttavia si scontrano col dettato normativo[592]; di questi ostacoli è consapevole, dal canto suo, la dottrina, che, a costo di prospettare censure di costituzionalità, si mostra più scettica circa la possibilità di interpretazioni correttive[593].

Per parte nostra, esprimiamo l'avviso che non sempre tali ostacoli siano insormontabili: non lo sono, probabilmente, quando all'interpretazione equa e ragionevole non si opponga la lettera della legge, ma una sua malintesa *ratio*.

Infatti, se è vero che l'ispirazione politica della legge n. 189/2002 è ben individuabile, è altrettanto vero che le motivazioni politiche non fanno una *ratio legis*, o meglio, la fanno solo se e quando il legislatore riesca a tradurre, in maniera anche tecnicamente adeguata, quelle motivazioni in disposizioni capaci di innovare l'ordinamento nel senso e nella direzione volute: *ratio legis* è, infatti, la struttura finalistica sottesa alle singole disposizioni di legge, capace di coordinarle con le altre secondo un criterio organico e razionale.

Se ci si interroga, per esempio, sulla ammissibilità del "ritiro" della denuncia di emersione da parte del datore di lavoro, ci pare rigoroso non già sostenere che essa sarebbe coerente con la complessiva impostazione repressiva e paternalistica della legge n. 189/2002, ma, piuttosto, che tale impostazione non può far gioco sulle previsioni normative secondo cui la denuncia contiene l' "l'impegno a stipulare con il prestatore d'opera … il contratto di soggiorno", e che "la mancata presentazione delle parti" (di entrambe le parti, dunque) comporta l'archiviazione dell'intero procedimento"[594].

C'è, anzi, da dubitare che la denuncia in questione sia un atto determinativo del contenuto del rapporto: se non può dubitarsi della sua natura costitutiva - ché il pregresso rapporto è da considerarsi nullo per carenza del requisito legale della regolarità dell'ingresso e del soggiorno, tuttavia non può ignorarsi la circostanza che la regolarizzazione si riferisce a un fatto oggettivo preterito, con connotati contenutistici e temporali forse di difficile, ma non di impossibile prova. A ciò, del resto, pare alludere lo stesso legislatore, quando afferma che il datore di lavoro "denuncia la sussistenza del rapporto".

---

591 V., in particolare, la nota Min. Int. – Dip. Pubbl. Sic., del 31.10.2002, con riferimento alle prime due ipotesi evocate nel testo.

592 V. le condivisibili critiche di DONDI, *La politica verso l'immigrazione*, cit., 25-26, cui aggiungiamo quella che a noi pare decisiva: la non equiparabilità tra la fattispecie della perdita del posto di lavoro da parte dello straniero regolare, visualizzata dall'art. 22, comma 11 del T.U.I, a quella della perdita del posto da parte dello straniero irregolare.

593 V. DONDI, *La politica verso l'immigrazione*, cit.

594 V., rispettivamente, art. 33, comma 3, lettera b), L. n. 189/2002 e art. 1, comma 3, lett. a), D.L. n. 195/2002; art. 33, comma 5, L. n. 189/2002 e art. 1, comma 5, D.L. n. 195/2002.

In questa prospettiva, l'istanza di regolarizzazione si configurerebbe, nel rapporto col lavoratore, come una proposta contrattuale unilaterale, il cui contenuto sarebbe individuabile *per relationem* al rapporto di fatto intercorso: e quindi, una volta presentata da parte datoriale l'istanza di regolarizzazione, si potrebbe pervenire alla costituzione del rapporto in maniera analoga a quanto accade nel collocamento obbligatorio[595], o a seguito di un preliminare di assunzione.

## 12. Rilievi finali: la riforma tra politica e tecnica legislativa …

Con questo esempio torniamo all'assunto – più metodologico che contenutistico – che costituisce il filo conduttore di queste riflessioni: la riforma della disciplina dell'immigrazione varata in Italia nel 2002 è caratterizzata da una sorta di eccedenza dell' "*intentio* polemica" nei confronti degli assetti normativi e istituzionali preesistenti, che finisce per trascendere, talvolta, la reale natura e dimensione dei problemi affrontati, e più spesso il dato tecnico-normativo.

Il risultato che ne discende è apprezzabile sotto due profili distinti ma connessi: quello propriamente normativo, e quello proprio della normale dialettica democratica che accompagna qualunque riforma legislativa in materia sociale.

Se sul piano normativo - come si è più volte osservato - si registra un frequente scollamento tra la motivazione politica, la *ratio* normativa e la portata precettiva effettiva delle misure varate; sul piano della dialettica democratica si assiste alla radicalizzazione del dibattito, non solo politico, ma anche scientifico-accademico, per la quasi naturale - ma non per questo giustificabile - tendenza di questo a focalizzare i principi più che il "diritto vivente"[596].

Capita così, per un verso, di assistere a una sorta di fatale trasfigurazione concettuale di istituti asseritamente rivoluzionari; una trasfigurazione che, lungi dallo smentire la *ratio* e tanto meno la lettera della legge, smentisce solo una *intentio* politico-legislativa che non è riuscita a tradursi in legge: è il caso del "contratto di soggiorno per lavoro", che, presentato come il contratto di lavoro degli stranieri *par excellence*, si riduce poi, alla stregua dello stesso dettato legislativo, in una mera complicazione burocratica per l'ingresso e l'accesso al lavoro.

Si riscontra anzi, a ben vedere, una certa consequenzialità tra l'esuberanza dell'*intentio* politica e il ridimensionamento delle innovazioni normative sul piano dell'effettività, come accade quando l'amministratore pubblico chiamato ad applicare la legge si preoccupa di temperarne taluni aspetti poco funzionali al messaggio di maggiore severità nei confronti dei lavoratori stranieri: esemplare ci sembra, in proposito, la tendenza, riscontrabile in sede regolamentare, a spostare dal piano del rapporto di lavoro a quello pubblicistico gli obblighi caratterizzanti il contratto di soggiorno (in particolare, l'obbligo di garantire il rientro dello straniero nel Paese di provenienza).

Capita pure, d'altro canto, di assistere a manipolazioni in sede interpretativo-applicativa, necessitate dall'inapplicabilità in concreto, o dalla palese irragionevolezza, delle norme varate: è il caso, soprattutto, del principio di priorità dell'occupazione nazionale e comunitaria rispetto all'occupazione straniera, ove peraltro si registra un acritico appiattimento di principio sulle posizioni co-

---

[595] V. TURSI, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, *Riv. Giur. Lav.*, 1999, I, 768.

[596] V., per una diagnosi simile, applicata alla legge delega per la riforma del mercato del lavoro, in TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro*, *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 451 ss.

munitarie in via di definizione; ma è anche il caso dell'equiparazione della situazione del lavoratore irregolare licenziato nelle more o nella speranza della regolarizzazione, a quella del lavoratore regolare che perde il posto di lavoro, ai fini dell'iscrizione in via provvisoria nell'anagrafe dei disoccupati.

A questi episodi di quasi involontaria de-mistificazione dei nuovi istituti da parte dei suoi stessi "creatori-gestori", fà riscontro, con paradosso apparente, la tendenza di parte della dottrina a prenderli invece troppo "sul serio", facendone l'archetipo di un arretramento epocale in termini di rispetto dei diritti umani e della dignità del lavoro.

Certo, in qualche occasione - ma meno spesso di quanto si creda - si deve pure constatare l'oggettiva lesione di principi costituzionali o lo stravolgimento di fondamentali canoni sistematici: abbiamo creduto di individuare ipotesi siffatte nella imposizione del contratto di soggiorno anche per i rapporti successivi al primo ingresso e per il rinnovo del permesso di soggiorno; come pure nell'assunzione dell'effettivo versamento dei contributi previdenziali da parte del datore di lavoro, a condizione per il rinnovo del permesso di soggiorno dei lavoratori regolarizzati e di quelli "fuori quota" di cui all'art. 27 T.U.I..

Spesso, peraltro, queste deviazioni sono frutto di interpretazioni ministeriali o di disposizioni regolamentari (allo stato, peraltro, in via di definizione): come accade, oltre che in alcuni dei casi appena menzionati, anche nel caso della preclusione per gli stranieri dell'accesso a occupazioni con orari di lavoro inferiori a determinate soglie, che tuttavia siano superiori rispetto a quelle che, alla stregua della disciplina dei servizi all'impiego, comportino la caduta nello stato di disoccupazione.

In conclusione, questa riforma merita critiche più nel metodo e nello stile di produzione normativa che le fanno da sfondo, che non nei contenuti; anche perché, quanto ai contenuti, essa non appare affatto, nel complesso, "eversiva" se confrontata agli *standards* europei, e semmai segna un tendenziale riallineamento sulle posizioni attualmente prevalenti nel panorama comparato.

## 13. … e sullo sfondo della "comunitarizzazione" delle politiche dell'immigrazione

Né tanto meno si registra - se non marginalmente - una distonia di fondo con gli orientamenti che stanno maturando in sede comunitaria, sull'onda delle nuove competenze attribuite al Consiglio dal titolo IV del TCE.

Semmai, e al di là delle specifiche congruenze contenutistiche con le proposte di direttiva comunitarie (in particolare, quella del luglio 2001 sull'ingresso e il soggiorno per motivi di lavoro), va rilevata una coerenza di fondo, di carattere metodologico, individuabile nella implicita distinzione tra la regolazione giuridica delle condizioni di ingresso e soggiorno degli stranieri per motivi di lavoro, e le politiche dell'immigrazione.

È questa, una distinzione che si profila con nitidezza al livello comunitario, dove la difficoltà di legiferare in una materia a competenza "condivisa" con gli Stati membri, qual è quella dell'immigrazione, ha reso necessario - in coerenza col principio di sussidiarietà[597] -, affiancare al metodo

[597] Non a caso, posto a base della *Comunicazione* della COMMISSIONE EUROPEA dell'11.7.2001 "*relativa a un metodo aperto di coordinamento della politica comunitaria in materia di immigrazione*".

legislativo (per direttive) quello del "coordinamento aperto", cui è affidato il compito di "cercare di pervenire a un consenso sugli obiettivi politici da seguire"[598].

In sostanza, il metodo di coordinamento aperto si configura così come la via necessitata per produrre, in via sperimentale e con approccio pragmatico-induttivo, valori e obiettivi di fondo condivisi, nel rispetto del principio di sussidiarietà[599].

Assumendo la prospettiva degli Stati membri, può dirsi, con i politologi, che il processo di *policy-making* viene, in tal modo, trasferito all'esterno[600], risultandone una sostanziale e graduale deresponsabilizzazione degli attori nazionali. Non a caso, uno dei *leit-motif* della comunitarizzazione delle politiche dell'immigrazione è proprio quello della necessità di gestire i flussi migratori e la lotta all'immigrazione clandestina al livello europeo.

Nella riforma italiana c'è, in fondo, consapevolezza del fatto che tanto le regole quanto le politiche dell'immigrazione saranno sempre più definite al livello europeo, sia pure in modo diverso: le prime, per via legislativa, tramite direttiva; le seconde, attraverso quella sorta di concertazione europea che è il metodo di coordinamento aperto.

In questa luce, l'intero disegno riformatore può essere ricondotto a unità e si spiegano, dal punto di vista politologico, le pur numerose incongruenze fin qui segnalate: si spiega la pregnanza della preoccupazione politico-mediatica immediata, a fronte della consapevolezza che nel medio e lungo periodo la questione sarà di competenza europea; ma si spiega pure la scarsa preoccupazione di tradurre i principi in regole effettive, a fronte della consapevolezza che, più che le "regole" per l'ingresso e l'insediamento lavorativo (contratto di soggiorno e relative condizioni, permesso di soggiorno, indisponibilità di lavoratori comunitari, ecc…), saranno decisive le "politiche" dell'immigrazione (numero, qualità, provenienza dei lavoratori stranieri da ammettere).

E sul piano delle politiche, il punto centrale e quindi la vera sostanza della riforma va individuato nella convinzione e nella consapevolezza che l'obiettivo di drastico contenimento del flusso migratorio si persegue, essenzialmente, attraverso la gestione restrittiva dei decreti sui flussi migratori, più che con l'inasprimento delle condizioni individuali d'ingresso e permanenza: nell'attesa che di ciò, come pure, e più ancora, di monitoraggio e coordinamento dei controlli delle frontiere e di lotta all'immigrazione clandestina - più che di ingressi legali e di integrazione - , incominci a occuparsi concretamente, nel prossimo futuro, la "concertazione europea"[601].

---

[598] V. *Comunicazione* della COMMISSIONE EUROPEA 22.11.2000 "*su una politica comunitaria in materia di immigrazione*", sommario, p. 3.

[599] V. EMILIOU, *Subsidiarity: Panacea or Fig Leaf*?, in O'KEEFFE – TWOMEY (*eds*), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London, 1994, 82.

[600] V. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, 153 ss.

[601] Sono questi, infatti, i temi all'ordine del giorno, in materia di migrazione, negli ultimi Consigli europei: v. MIGRACTION EUROPA, *boll. trim. luglio 2002*; RODIER, *Comunitarizzazione delle politiche di immigrazione e di asilo nell'Unione europea: a 5 anni dal Trattato di Amsterdam, quale bilancio ?*, entrambi in "*http://stranieriinitalia.com/briguglio/immigrazione-e-asilo/2002/luglio*".

# I contratti a contenuto formativo tra "formazione e lavoro" e "inserimento professionale"*

Lorenzo Zoppoli- Paola Saracini

1. Premessa. 228

2. Le prime "forme" di contratto di formazione e lavoro (dalla l. 285/77 alla l. 407/90). 229

3. I contratti di formazione lavoro "pesante" e "leggero" nella legge 451/94. 232

4. La scarsa chiarezza del quadro giuridico e le necessità riformatrici emerse alla fine degli anni '90. 237

5. Continuità e discontinuità nella l. 30/2003 e nel d.lgs. 276/2003. 238

6. I nuovi profili problematici nella disciplina dei contratti formativi: il rapporto con l'ordinamento comunitario. 242

6.1 Le competenze regionali tra vincoli e furbizie 243

6.2. La contrattazione collettiva e le *soft law* all'italiana. 245

6.3. La normativa transitoria. 248

7. La disciplina del contratto di inserimento: durata, forma, soggetti e incentivi 249

7.1. L'applicabilità della normativa generale sul contratto a termine 251

8. I tratti di specialità della disciplina: il progetto formativo e la struttura del contratto di lavoro. 253

8.1. L'apparato sanzionatorio. 256

8.2. Il trattamento economico. Problemi di costituzionalità 258

9. I contratti di formazione e lavoro nel pubblico impiego. 260

10. Alcune valutazioni conclusive sui più recenti equilibri normativi. 261

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 15/2004

## 1. Premessa.

La famiglia dei contratti di lavoro a contenuto formativo non sembra risentire del calante *trend* demografico nazionale. L'ultimo arrivato è "il contratto di inserimento professionale" (artt. 55 – 59 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276), che arricchisce ed articola una tipologia contrattuale ormai davvero varia ed eterogenea.

È a tutti noto che il nucleo originario di tale famiglia si compone del contratto di apprendistato e di quello di formazione e lavoro; figure contrattuali per le quali, nel corso degli anni, a causa di un quadro normativo poco chiaro e definito[602], si è generata una sovrapposizione delle funzioni. Il legislatore è, quindi, intervenuto varie volte sulla materia, tentando di razionalizzare la normativa al fine di meglio differenziare e, al contempo, realizzare le finalità dei diversi contratti.

Ultimo tentativo in tal senso è stato operato dalla legge delega 14 febbraio 2003 n. 30, seguita dal d.lgs. 276/03. Tale decreto ha sensibilmente modificato il contratto di apprendistato, attraverso l'introduzione di tre varianti contrattuali[603] e, in parziale sostituzione dei contratti di formazione e lavoro, ha previsto un nuovo tipo contrattuale, denominato, appunto, contratto d'inserimento. Quest'ultimo ha sostituito *parzialmente* il contratto di formazione e lavoro in quanto, anche se il decreto legislativo mira alla abrogazione di tutta la previgente disciplina (art. 85, c. 1, lett i), bisogna tenere presente che: a) i contratti di formazione e lavoro continuano a poter essere utilizzati nell'intero universo delle pubbliche amministrazioni (artt. 1, c. 2 e 86, c. 9; sul punto v. *infra* par. 9); b) il legislatore ha predisposto una disciplina transitoria che, nel modo in cui è stata tempestivamente regolata dalle parti sociali, consente per alcuni anni l'utilizzo dei contratti di formazione e lavoro anche nel lavoro privato (v. *infra* par. 6.3).

Proprio quest'ultimo intreccio tra discipline – il complesso quadro normativo originario, la nuova disciplina legale del 2003 e i primi interventi della contrattazione collettiva – richiede un'analisi approfondita dei diversi contratti a contenuto formativo e dei tratti che li differenziano o li avvicinano. Il contratto di apprendistato è però oggetto di una specifica analisi in questo volume; pertanto ad esso si farà riferimento solo nei limiti in cui lo richiede la trattazione della "famiglia" contrattuale.

Punto di partenza dell'analisi è il disegno complessivo delle regole in materia sia di contratti di formazione e lavoro sia di contratti di inserimento. A tal fine verranno rivisitate, seppure sinteticamente, origine ed evoluzione della disciplina dei contratti di formazione e lavoro e sarà analizzata la funzione che in essi ha svolto e continua a svolgere l'elemento formativo. Ciò consentirà di avere un quadro completo delle regole che continueranno a trovare applicazione in alcuni "lavori", nonché di meglio comprendere la funzione e il ruolo della formazione nel nuovo contratto di inserimento che, in fondo, sorge, per differenziarsene, "dalle ceneri" del contratto di formazione e lavoro. Delineato lo scenario di fondo, risulterà più agevole analizzare alcune questioni che, nella recentissima riforma della materia, appaiono cruciali: a) quali siano le conseguenze nel caso in cui il lavoratore assunto con un contratto di inserimento non riceva una formazione che

---

602 Vedilo in VARESI, *I contratti di lavoro con finalità formative*, Milano 2001; FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2004, p. 101 ss.

603 Il d.lgs. 276/03 individua i seguenti contratti di apprendistato: a) apprendistato per l'espletamento del diritto – dovere di istruzione e formazione (art. 48); b) apprendistato professionalizzante per il conseguimento di una qualificazione attraverso una formazione sul lavoro e un apprendimento tecnico –professionale (art. 49); c) apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione (art. 50).

gli consenta di inserirsi in un dato contesto professionale; b) come sia possibile conciliare la norma che prevede la possibilità di "sottoinquadrare" questi lavoratori con l'articolo 36 della Costituzione, dalla quale si deduce il principio secondo cui le retribuzioni possono essere differenziate in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato.

## 2. Le prime "forme" di contratto di formazione e lavoro (dalla l. 285/77 alla l. 407/90).

È il caso, innanzitutto, di rivisitare origine ed evoluzione della disciplina dei contratti di formazione e lavoro[604].

Il nucleo originario della disciplina di questi contratti si ritrova già nella legge del 1.6.1977, n. 285, che, in una logica dichiaratamente "sperimentale" e a termine (la legge aveva una "durata" triennale), introduceva una figura negoziale utilizzabile da imprese o enti pubblici economici per l'assunzione di giovani compresi nella fascia di età tra i 15 e i 29 anni iscritti in una lista speciale istituita presso gli uffici di collocamento. La legge prevedeva incentivi finanziari e molte rigidità, tra le quali le più rilevanti erano la chiamata numerica e la formazione necessariamente extraziendale. Tali rigidità furono la causa principale della scarsissima utilizzazione di questa prima forma di contratti di formazione e lavoro. Anche un tempestivo intervento (l. 4.8.1987, n. 479) volto ad attenuarle (con l'introduzione della chiamata nominativa per le imprese con meno di dieci dipendenti) e a consentire il ricorso a contratti del genere alle amministrazioni pubbliche, non servì a far decollare nella pratica il contratto di formazione e lavoro. Esso rimase una *rara avis* nel mondo della produzione e fu invece ampiamente utilizzato nelle amministrazioni pubbliche, che vi videro una riedizione delle tante forme di precariato e lo utilizzarono per sovraccaricare soprattutto le amministrazioni locali di personale[605].

---

[604] In generale sul contratto di formazione e lavoro v. AA.VV., *Il contratto di formazione lavoro fra legislazione e contrattazione*, Atti del convegno di Catania (24/25 – 12- 1989), Milano, 1991; BALANDI, *La legge sull'occupazione giovanile*, Milano, 1978; ID., *Il nuovo contratto di formazione e lavoro*, in *Riv. it. dir. lav*., 1986, I, p. 38; BETTINI, *Ruolo e sviluppo della formazione professionale nella realtà italiana e nella politica comunitaria*, in *Dir. lav*., 1995, I, p. 238; BIANCHI D'URSO, *Il contratto di formazione e lavoro tra accordo interconfederale e riforma legislativa*, in *Mass. giur. lav*., 1990, p., 329; CARABELLI, *Il contratto di formazione e lavoro: disciplina legale e contrattuale*, in Bari Economica, 1994, p. 65; CENTOFANTI, *Il contratto di formazione e lavoro nella legge 19 dicembre 1984, n. 863*, in *Riv. it. dir. lav*, 1985, I, p. 317; CURZIO; *Contratto di formazione lavoro*, in *Mass. giur. lav*., 1988, p. 762; CIUCCIOVINO, *Il contratto di inserimento professionale*, in *Arg. dir. lav*., 1995, n. 1, p. 113; DELFINO, *I contratti di formazione e lavoro*, in RUSCIANO – ZOPPOLI L. (a cura di), *Diritto del mercato del lavoro*, 1999, Napoli, p. 137 ss.; DEL PUNTA, *I contratti di formazione e lavoro*, in *Riv. it. dir. lav*., 1995, I, p. 219; GAROFALO D., *Formazione e lavoro tra diritto e contratto*, 2001, Bari; GHERA, *Potere amministrativo e autonomia collettiva nella disciplina dei contratti di formazione e lavoro: l'accordo interconfederale 8 maggio 1986*, in *Riv. it. dir. lav*., 1988, I, p. 22; LAGALA, *I contratti di formazione e lavoro: un'occasione perduta*, in GAROFALO (a cura di), *Crisi occupazione, legge*, Bari, 1985, p. 93; LOY, *Formazione e rapporto di lavoro*, Milano, 1988; ID, *Il contratto di formazione e lavoro*, in ARRIGO – ICHINO – LOY – ROCCELLA, *Il diritto del lavoro dopo l' "emergenza"*, Milano, 1988, p. 85; MARESCA, *Il contratto a termine per la formazione dei giovani*, in *Riv. it. dir. lav*., 1984, I, p. 487; MELE, *Il contratto di formazione e lavoro*, Milano, 1984; MORGERA, *Contratto di formazione e lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, 1996, IX; NAPOLI, *Il contratto di formazione e lavoro*, in NAPOLI (a cura di), *Commentario al d.l. 30 ottobre n. 726, convertito con legge 19 dicembre 1984, n. 863*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1985, p. 832; ID., *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *Sistema formativo, impresa e occupazione,* Atti del convegno di Benevento, ottobre 1996, Napoli, p. 45; OLIVELLI, *Il lavoro dei giovani*, Milano, 1981; PESSI, *Il contratto di formazione e lavoro*, in D'ANTONA - DE LUCA TAMAJO – FERRARO – VENTURA, *Il diritto del lavoro degli anni '80*, Napoli, 1988, II, p. 77. SANTORO PASSARELLI G., *I contratti di formazione e lavoro*, in INPDAI, *Strumenti e limiti della flessibilità dell'organizzazione aziendale*, Milano, 1986, p. 153; VARESI, *Il contratto di lavoro con finalità formative*, Milano, 2001; ZOPPOLI L., *Il contratto di reinserimento nella legge 23 luglio 1991, n. 223*, in *Riv. giur. lav*., 1993; I, p. 69; ZOPPOLI L., *I contratti di formazione e lavoro da strumento pseudo-formativo a tecnica "debole" di governo della precarietà*, in *Sudi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffré, 1998, p. 823.

[605] Su tutta questa fase v. BALANDI, *La legge sull'occupazione giovanile*, op. cit., 1978; TREU (a cura di), *Provvedimenti per l'occupazione giovanile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 507 e ss. e 1979, p. 89 ss.; OLIVELLI, *Il lavoro dei giovani*, cit., GAROFALO-MAZZAMUTO, *La legge sull'occupazione giovanile*, in *Riv. giur. lav*., 1977, I, p. 488.

Il "fallimento" del contratto di formazione e lavoro, regolato dalla l. 285/1977, non deriva però tanto dalla disciplina del tipo contrattuale. Probabilmente è invece frutto di una doppia illusione: che le imprese avrebbero assunto più giovani, se per questi si fossero disegnati dei canali di accesso privilegiati; e che le medesime imprese avrebbero preso parte all'adeguamento della qualità dell'offerta di lavoro. Ma le imprese non avevano alcuna intenzione di accollarsi oneri di nessun tipo, specie in un'epoca in cui consideravano il rapporto di lavoro come un "concentrato" di insostenibile rigidità. Così il triennio di sperimentazione si chiuse con un bilancio globalmente negativo, attenuato soltanto dal fatto che la dottrina aveva individuato nel contratto di formazione e lavoro una possibile nuova ipotesi di contratto a termine.

In questa logica – dopo un ulteriore spiraglio "flessibilizzante" aperto dalla legislazione sul collocamento nelle regioni colpite dal terremoto del 1980 (v. art. 3 ter l. 16.4.1981, n. 140) – il contratto di formazione e lavoro ricompare nei primi provvedimenti di attuazione dell'accordo del 22 gennaio 1983, sotto le spoglie di un fin troppo demistificato "contratto a termine avente finalità formative" stipulabile con i giovani di età compresa tra i 15 e i 29 anni in base a chiamata nominativa (art. 8 del dl. 29.1.1983, n. 17 conv. con l. 25.3.1983, n. 79)[606]. Tale contratto ha un notevole successo[607]. Anch'esso però viene introdotto come misura congiunturale e straordinaria, destinata a durare un anno.

Intanto però sono mature le condizioni per prevedere una figura stabile di contratto formazione e lavoro, la cui disciplina viene inserita in quattro dei cinque decreti legge (27. 4.1984, n. 94; 29.6.1984, n. 273; 29.8.1984, n. 519; 30.10.1984 n. 726) che poi sfoceranno nella l. 19.12.1984, n. 863. Anche in tal caso non siamo in presenza di una disciplina lineare e indiscussa: essa, infatti, subisce in pochi anni innumerevoli integrazioni e adattamenti.

In effetti l'art. 3 della l. 863/1984 è imperniato intorno a pochi punti fermi che determinano il successo della nuova formula. Il contratto di formazione e lavoro è un contratto a termine, stipulabile, per un massimo di 24 mesi e non rinnovabile, con lavoratori anche rientranti tra le categorie previste dalla l. 2.4.1968, n. 482 (v. art. 3, ultimo comma, l. 863/1984), di età compresa tra i 15 e i 29 anni (elevati a 32 dalla l. 169/1991 per il mezzogiorno e le aree svantaggiate) da parte di enti pubblici economici ed imprese che non presentino situazioni di eccedenza di personale, nonché da parte di datori di lavoro iscritti in albi professionali quando il progetto di formazione venga predisposto dagli ordini e collegi professionali (art. 3, co 15, l. 863/84)[608]. Le assunzioni possono essere nominative; i tempi e le modalità di svolgimento dell'attività di formazione e lavoro sono stabiliti mediante progetti predisposti dagli enti pubblici economici o dalle imprese ed approvati dalla commissione regionale per l'impiego o conformi alle pattuizioni collettive, secondo procedure di verifica variamente regolate dalla legge (art. 3, c. 3, l. 863/84, modificato dalla l. 169/91) e integrate sensibilmente dagli accordi interconfederali sin dal 1986 (e poi nel 1988, nel 1990, nel 1993 e nel 1995). La contribuzione previdenziale a carico del datore di lavoro è ridotta; la com-

---

606 Su tale contratto v. MARESCA, *Il contratto a termine per la formazione dei giovani*, cit. p. 478; SAETTA, *Il contratto con finalità formative tra apprendistato e contratto di formazione e lavoro*, in *Lav. prev. Ogg,* 1983, p. 1267.

607 V. LOY, *Il contratto di formazione e lavoro*, in ARRIGO – ICHINO – LOY – ROCCELLA, op. cit., p. 87; SANTORO PASSARELLI G., *Il contratto di formazione e lavoro tra legge di riforma e accordo interconfederale*, in *Dir. lav*., 1990, I, p. 237.

608 Il 15° comma dell'articolo 3 della l. 863/84 prevede inoltre la possibilità di predisporre progetti formativi relativi ad attività collegate alla ricerca scientifica e tecnologica. Tali progetti, approvati dal Ministero competente, possono anche prevedere una durata del contratto di formazione e lavoro superiore a ventiquattro mesi.

missione regionale per l'impiego può effettuare controlli tramite gli ispettori del lavoro sullo svolgimento dell'attività formativa. Al rapporto si applica la disciplina lavoristica in quanto non esplicitamente derogata e al lavoratore assunto a tempo indeterminato va riconosciuta nell'anzianità di servizio il periodo del contratto di formazione e lavoro. I contratti di formazione e lavoro sono esclusi dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti. Questa regola subisce però una rilevantissima eccezione ad opera della l. 108/90, che considera computabili i contratti di formazione e lavoro ai fini dell'applicazione della legislazione limitatrice dei licenziamenti. In caso di inosservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi del contratto di formazione e lavoro, il contratto si considera a tempo indeterminato fin dalla data di instaurazione del relativo rapporto. Al termine del rapporto il datore deve attestare i risultati formativi conseguiti dal lavoratore. Viene in vario modo incentivata l'assunzione a tempo indeterminato dei lavoratori assunti con contratto di formazione.

Su questa regolamentazione legislativa, sommariamente descritta, si innesta la disciplina degli accordi interconfederali[609] che è di sicuro rilievo, soprattutto riguardo ai seguenti punti: a) divieto di utilizzare il contratto di formazione e lavoro per qualifiche elementari; b) riduzione dei livelli retributivi; c) diverso trattamento di malattia; d) divieto di assumere per chi non stabilizza almeno il 50% dei lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro. Si prevedono poi indennità per i lavoratori non assunti a tempo indeterminato al termine del contratto di formazione e lavoro.

Di questa disciplina viene utilizzata principalmente la parte "flessibilizzante". I dati rivelano che i contratti di formazione e lavoro vengono stipulati nella misura in cui consentono di ridurre il costo del lavoro e di sostituire la forza lavoro più costosa. Le imprese continuano a dimostrarsi assai poco sensibili all'esigenza di modificare la qualità dell'offerta di lavoro; i controlli sul rispetto dei programmi formativi sono rarissimi e, in fin dei conti, di difficile attuazione: per di più "il gioco combinato di legittime convenienze e di lassismi applicativi è stato oggettivamente incoraggiato da alcuni indirizzi giurisprudenziali"[610], almeno in un primo momento. Non stupisce quindi che i contratti in questione cominciano ad essere tristemente noti come "contratti con molto lavoro e poca formazione".

Ad arginare, almeno in parte, questi fenomeni è diretta la disciplina correttiva della l. 29.12.1990, n. 407[611], che esplicitamente limita il proprio intervento "fino alla data di entrata in vigore della legge di riforma dei contratti di formazione e lavoro". Con la l. 407/1990 diminuiscono gli incentivi monetari, soprattutto per le imprese che assumono al nord; si prevede esplicitamente l'obbligo della forma scritta, già peraltro affermata da alcune pronunce giurisprudenziali; si tenta, maldestramente, di inasprire le sanzioni per il caso di inadempimento degli obblighi previsti dal contratto di formazione e lavoro; si recepiscono alcune regole introdotte dagli accordi inteconfederali come il divieto di stipulare contratto di formazione e lavoro per l'acquisizione di professionalità elementari[612] e per il caso di mancata conferma di almeno il 50% degli assunti con contratto

---

609 Sulla quale, in generale, v. CARABELLI, *Il contratto di formazione e lavoro…,* cit., p. 75 ss.

610 DEL PUNTA, *I contratti di formazione…,* cit. p. 223.

611 Su cui v. FONTANA, *Il contratto di formazione e lavoro fra disdetta (e rinnovo?) dell'accordo interconfederale e sviluppi legislativi*, in *Riv. giur. lav*. 1993, I, p. 518 ss.

612 Per qualche precisazione giurisprudenziale della nozione v. Trib. Firenze, 18.1. 1994, in *Toscana Lav. giur*., 1994, p. 188, con nota di DI NUBILIA; Cass. 4.2.1994, n. 1141, in *Mass. giur. lav.* 1994, p. 40; P. Milano, 6.2.1996, in *Lav. giur.*, 1996, n. 6, p. 495; Cass. 12.11.98, n. 11463, in *Riv. it dir. lav*., 1999, II, p. 707.

di formazione e lavoro. Nel complesso si tratta di interpolazioni e modifiche interstiziali.

Dopo vari tentativi e una proroga *in extremis* degli accordi inteconfederali, in attuazione dell'accordo del 3/23.7.1993 vede finalmente la luce la riforma del contratto di formazione e lavoro, con vari decreti legge (il primo del novembre 1993, n. 462, i successivi del 14.1.1994, n. 32 del 17.3.1994, n. 178, del 16.5.1994, n. 299) convertiti infine con la l. 19.7.1994, n. 451.

## 3. I contratti di formazione lavoro "pesante" e "leggero" nella legge 451/94.

Tale riforma si innesta sulla precedente disciplina, modificandola in alcuni importanti aspetti. Le prime modifiche riguardano i destinatari: da un lato, i giovani tra i 16 e i 32 anni (elevabili nelle regioni meridionali, ad opera delle CRI: art. 9, c. 9, d.l. 1.2.1996 n. 39, più volte reiterato ed infine divenuto l'art. 9, c. 9 della l. 28.11.1996, n. 608 che convertiva il d.l. 1.10.1996, n. 510) e, dall'altro lato, gruppi di imprese, associazioni professionali, socio culturali sportive e fondazioni, nonché datori di lavoro iscritti agli albi professionali (quando il progetto di formazione venga predisposto dagli organi e collegi professionali).

La seconda importante modifica realizzata con la l. n. 451/94 riguarda lo sdoppiamento del contratto distinto in: a) contratto di formazione e lavoro per così dire "pesante", diretto ad agevolare l'acquisizione di professionalità intermedie o elevate, della durata massima di 24 mesi; b) contratto di formazione e lavoro per così dire "leggero" diretto ad agevolare l'inserimento professionale mediante un'esperienza lavorativa accompagnata da un minimo di formazione, della durata massima di 12 mesi[613]. Sulla falsariga di quanto previsto dal protocollo del luglio '93, viene poi inserita la previsione legale di una durata minima della formazione, determinata in 80 ore (professionalità intermedie) o 130 ore (professionalità elevate) per il contratto del primo tipo; in 20 ore per quello del secondo tipo. Un'altra rilevate modifica è la previsione legislativa della possibilità di "sottoinquadramento" del lavoratore assunto con contratto di formazione e lavoro, sottoinquadramento in precedenza previsto dagli accordi interconfederali e, comunque, subordinato ad un'esplicita previsione della contrattazione collettiva[614]. A quest'ultima viene invece affidata la possibilità di escludere la retribuzione per l'eventuale formazione aggiuntiva rispetto a quella prevista dalla legge[615].

---

[613] A tal riguardo permane il dubbio della persistente vigenza dell'articolo 8, c. 5, della l. 407/1990 che vieta il ricorso al contratto di formazione e lavoro per l'acquisizione di professionalità elementari, connotate da compiti generici e ripetitivi; dubbio che deve però essere sciolto in senso generalmente positivo. Gli antesignani del contratto di formazione e lavoro leggero possono esser individuati nei contratti a termine di inserimento previsti sia dalla contrattazione interconfederale, sin dal 1986 sulla base dell'articolo 23 della l. 56/87, sia fugacemente dal d.l. 5.1.93 n. 1 sul quale v. D'ANTONA, *Il contratto di inserimento*, in Cnel, *Politiche del lavoro*, Roma, 1994, p. 250.

[614] Qui la legge non è chiara sull'estensione di questo sottoinquadramento. Qualcuno sostiene che possa essere di un solo livello (v. MASSI, *I nuovi contratti di formazione e lavoro*, in *Dir. prat. lav*., 1993, p. 3061); ma la particella "un" utilizzata dal legislatore potrebbe "intendersi come semplice articolo indeterminativo" (DEL PUNTA, *Il contratto, cit*., p. 235). Anche a tal proposito appare chiarificatrice, anche se non determinante, l'indicazione degli accordi interconfederali successivamente intervenuti, che hanno consentito il sottoinquadramento di un unico livello. Sulla vicenda v. anche LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, p. 547 ss.

[615] Altri aspetti modificati dalla l. 451/1994 attengono in fondo a dettagli. È consentito eseguire il contratto mediante comando presso una pluralità di imprese qualora ciò sia necessario per il raggiungimento degli obiettivi formativi, fermo restando che la titolarità del rapporto è delle singole imprese; viene elevata dal 50 al 60% la percentuale di lavoratori da assumere a tempo indeterminato, prevista dalla l. n. 407/1990 come condizione per la stipulazione di nuovi contratti di formazione e lavoro da parte dell'impresa. Inoltre si

A tale insieme di norme, già abbastanza complesso ed intricato va aggiunta la disciplina contenuta nell'accordo inteconfederale tra Confindustria e CGIL, CISL e UIL del 31.1.1995[616], che in parte modifica, aggiornandolo, l'accordo interconfederale base in materia di contratto di formazione e lavoro (cioè quello del 18.12.1988, prorogato dagli accordi del febbraio e settembre 1991 e del 20 gennaio 1993). L'accordo del 1995 è importante soprattutto perché precisa cosa si debba intendere per professionalità elevate o intermedie[617].

Da questo complesso di norme, che si sono susseguite nel tempo, si evince come per il contratto di formazione e lavoro non vi sia stato un disegno chiaro a priori e come lo stesso sia divenuto un concentrato di esigenze sensibilmente diverse tra loro. Da un lato, emerge l'esigenza delle imprese di avvalersi di forme contrattuali flessibili nonché in grado di determinare una sensibile riduzione dei costi della manodopera; dall'altro lato, l'esigenza dei lavoratori di ricevere una formazione professionale in grado di favorirne la collocazione stabile sul mercato. Ed in fondo lo sdoppiamento tipologico del contratto di formazione e lavoro può essere letto proprio come un tentativo di dare una risposta a questi diversi bisogni.

In realtà, già nel dibattito dottrinale e in quello giurisprudenziale sorto intorno alla specialità di questo tipo contrattuale si erano riversate preoccupazioni ed opzioni antitetiche.

La dottrina ha affrontato questo tema dividendosi tra sostenitori e critici della specialità del contratto di formazione e lavoro, nel presupposto comune, ma, come si vedrà, generico che sostenere la specialità voglia dire condizionare la possibilità di applicare le norme generali sui rapporti di lavoro ai contratti di formazione e lavoro. E la specialità viene generalmente dedotta dall'inerenza della formazione alla causa del contratto, sulla quale esistono le opinioni più svariate[618]. Però in questo dibattito, pure per certi versi interessante, non solo nessuna opinione

---

prevedono in capo al datore di lavoro obblighi di certificazione, per i contratti di formazione e lavoro veri e propri, o attestazione, per i contratti di formazione e lavoro leggeri dei risultati formativi. Successive normative sembrano escludere i contratti di formazione e lavoro del primo tipo, cioè i veri contratto di formazione e lavoro dal computo dei lavoratori occupati ai fini dell'art. 25 della l. 223/91; tali norme non sono state però convertite in legge. Su questo punto c'è comunque da registrare una costante evoluzione delle varie regole, anche di origine contrattuale: ad esempio l'accordo interconfederale del 6.11.1996 sull'attuazione della direttiva comunitaria 94/45 del 22.9.1994 sui comitati aziendali europei e le procedure di informazione e consultazione nelle imprese trasnazionali, per il computo della soglia di dipendenti oltre il quale scattano gli obblighi previsti dalla direttiva, considera ogni assunto con contratto di formazione e lavoro pari al 0,5% occupato.

[616] Sulla medesima falsariga v. gli accordi Confapi del 31.3.1995 e Artigiani del 4.5.1995. Tale disciplina viene ripresa con marginali modifiche da molti contratti collettivi di categoria: v. ad esempio il Ccnl del settore tessile e abbigliamento del 27.7.1995.

[617] Sono considerate elevate tutte le professionalità corrispondenti alle qualificazioni inquadrate dal quartultimo livello previsto dal sistema classificatorio stabilito dal contratto collettivo nazionale di lavoro, purchè agli inquadrati del quartultimo livello si riconosciuta "autonomia operativa e/o funzioni di responsabilità, coordinamento e controllo"; mentre professionalità intermedie sono quelle corrispondenti alle qualificazioni inquadrate in un livello non inferiore al penultimo, semprechè gli inquadrati nel penultimo siano assimilabili, sotto determinati profili, agli operai qualificati. Importante è anche la precisazione che i contratti di formazione e lavoro leggeri possono essere stipulati sia per le "qualificazioni corrispondenti alle professionalità intermedie ed elevate che per le altre qualificazioni" con l'unica eccezione delle "qualifiche inquadrate nel più basso livello del sistema classificatorio previsto dai contratti collettivi nazionali di lavoro", con le quali vengono identificate le professionalità indicate dall'art. 8, c. 5 della l. 407/1990.

[618] Per le quali v. Loy, *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, 1989, p. 63 ss; ID, voce "*Contratto di formazione e lavoro*", in *Digesto comm*., Torino, 1989, IV, p. 83 ss; MARESCA, *Il contratto a termine, cit.*, p. 488; CURZIO, *Contratto di formazione, cit.* p. 765 ss.; DELL'OLIO, *I contratti di lavoro e formazione*, in *Dir lav*., 1986, II, p. 375; NAPOLI, *Il contratto di formazione,* cit., p. 833; PESSI, *Il contratto di formazione*, cit, p. 103 ss.. In generale, sulla causa del contratto v. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur*., VI, Roma, 1988; FERRI GB., *Il negozio giuridico tra libertà e norme*, Rimini, 1995; ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; GIORGIANNI, voce "*Causa*" (dir. prov.), in *Enc. Giur*., IV, Milano, 1960, p. 547 ss.

riesce ad essere pienamente convincente, ma non v'è unanimità nemmeno sulla direzione selettiva della disciplina da applicare ai contratti di formazione e lavoro che sarebbe consentita dal criterio della specialità.

In realtà il dibattito cela (o si alimenta di) un dissenso radicale tra chi ritiene che debba essere potenziata la funzione formativa dei contratti in esame e chi invece li valorizza come rapporti di inserimento flessibile che si svolgono a termine. Indubbiamente i due profili, nei fatti, si sono rivelati contrapposti perché gli obblighi di formazione, o comunque da essi derivanti, rappresentano un "rischio" continuo che può fortemente scoraggiare il datore di lavoro dalla stipulazione dei contratti di formazione e lavoro. Ma la diversità di prospettiva può spiegare le divergenti posizioni dottrinali sul significato di specialità. Da un lato, infatti, si afferma che la specialità valorizza la causa formativa in quanto consente di adattare il quadro normativo generale alla particolare causa del contratto[619]; dall'altra, invece, si sostiene che "la considerazione in termini di specialità, proprio perché evita un giudizio di compatibilità della normativa comune, è inutile se non dannosa"[620]. L'unica spiegazione di questa valutazione diametralmente opposta della specialità è che essa viene considerata idonea a svolgere due operazioni diverse: per il primo orientamento adatta la normativa generale alla causa; per il secondo impedisce invece di adeguare la normativa generale alle caratteristiche di flessibilità che il rapporto dovrebbe avere.

Dal dibattito sulla specialità del contratto di formazione lavoro, è possibile venir fuori prestando maggiore attenzione ai dati di diritto positivo ed alle questioni affrontate dalla giurisprudenza. In questa prospettiva va allora innanzitutto considerato che la legge 863/84 prevede che la normativa generale non debba essere applicata solo quando vi sia una chiara deroga legislativa (art. 3, c. 5). Ragionando su questa formula legislativa, si può dire che il riferimento alla causa del contratto per adeguare la disciplina di diritto positivo è ultroneo e per di più rende fortemente arbitraria la selezione delle norme generali applicabili, dilatando a dismisura lo spazio affidato all'interprete. Più utile può essere allora partire dalla particolarità della disciplina del contratto di formazione e lavoro e considerarne attentamente i profili di specialità, rispetto ai quali vanno peraltro costantemente rinvenute e verificate motivazioni e fondatezza dei trattamenti differenziati, siano essi contenuti nella legge o nella contrattazione collettiva[621].

La questione della specialità appare inoltre complicata proprio dallo sdoppiamento tipologico, cui, come si è visto, è stato sottoposto il contratto di formazione e lavoro a partire dal 1994. È infatti abbastanza evidente che il contratto di formazione e lavoro "leggero" non è di facile assimilazione, quanto a struttura delle obbligazioni, al contratto di formazione e lavoro "pesante". E difatti quasi immediatamente dopo la sua comparsa, si è rilevato che la riforma del '94, mentre rafforza la causa mista del contratto di formazione e lavoro "pesante", introduce un contratto nel quale "la semplice prestazione lavorativa è idonea e sufficiente ad esaurire i contenuti sinallagmatici …. e la formazione .. non può certamente integrarne lo schema causale"[622]. Ciò attraverso una lettura che circoscrive gli obblighi formativi all'interno dell'esperienza lavorativa e degli obblighi di mera informazione previsti già dall'art. 16, c. 2 della l. 451/94; e che sottolinea come

---

[619] Vedi CARABELLI, *Il contratto*, cit., pp. 65 – 66; ma anche CURZIO, *Contratto*, cit., pp. 762 – 763; Loy, *Il contratto*, cit., p. 98.

[620] NAPOLI, *Contratto e rapporto*, cit., p. 1084.

[621] Per un'analoga impostazione v. ZOPPOLI L., *Il contratto di reinserimento*, cit. p. 84 ss.

[622] CIUCCIOVINO, *Il contratto*, cit., p. 120.

anche i benefici contributivi siano connessi non allo svolgimento della formazione, ma alla realizzazione della condizione sospensiva della trasformazione del rapporto di lavoro in uno a tempo indeterminato.

Indubbiamente la ricostruzione appena richiamata poggia su elementi di sano realismo, in parte confermati (ma in parte anche smentiti) dalla successiva contrattazione collettiva. Essa però aggrava i problemi posti dall'uso della categoria della specialità in questa materia, almeno in un duplice senso: sotto il profilo del metodo seguito per ricostruire la specialità della "causa"; e sotto il profilo delle conseguenze di tale specialità.

Sotto il profilo del metodo, occorre tenere distinti gli aspetti dello scambio concreto di utilità da quelli della funzione economico-sociale assegnata dall'ordinamento al contratto; i secondi, pur essendo interessi concreti, sono "tipizzati" dal legislatore e perciò andrebbero ricostruiti a partire dalla disciplina legale del tipo contrattuale. Se si inverte il procedimento e si procede valutando qual è la convenienza su un piano fattuale delle parti del contratto e da questa si ricostruisce la causa e, quindi, la normativa applicabile, si compie un'operazione discutibile ed alquanto arbitraria, se condotta in chiave di applicazione del diritto vigente e non di riflessione valutativa o propositiva.

Sul piano delle conseguenze la ricostruzione dottrinale ricordata giunge ad escludere praticamente il contratto di formazione e lavoro "leggero" dal novero dei contratti a contenuto formativo, proprio partendo dall'assenza dell'elemento formativo nella causa del contratto e ritenendo inapplicabile gran parte della disciplina dettata per i contratti di formazione e lavoro in generale. In tal modo però si trascura che il contratto di formazione e lavoro "leggero" è sì in sostanza un contratto a termine, ma circondato da varie cautele perché veicolo di sottotutela, e finalizzato dal legislatore (e dalle parti sociali) non alla mera flessibilità ma ad una flessibilità funzionale all'incremento dell'occupazione stabile.

A parte l'elaborazione dottrinale, di grande interesse per valutare la specialità non del contratto astrattamente inteso, ma della disciplina in concreto applicabile al contratto di formazione e lavoro può essere la giurisprudenza, che si registra copiosa in materia, anche se, ovviamente, solo per il contratto di formazione e lavoro "pesante".

Tale giurisprudenza ha sicuramente svolto un'importante funzione di integrazione della scarna disciplina rinvenibile nella l. 863/84, all'uopo utilizzando il già ricordato art. 3. In questa integrazione molte scelte interpretative sono state correlate alla configurazione del profilo causale (anche se al riguardo si instaura talvolta una sin troppo stretta connessione tra la causa e il termine del contratto). Non è però da sottovalutare che proprio sull'esatta individuazione delle specificità causali la giurisprudenza ha avuto notevoli tentennamenti, almeno nella fase iniziale. Essi possono rinvenirsi già in due importanti sentenze della Corte Costituzionale. Nella prima sentenza[623] la Corte sembrava dare prevalenza alla funzione di incentivare comunque i livelli occupazionali, sostenendo che "il tipo di contratto ... è strumentale alla finalità socio-politica di favorire la costituzione di rapporti di lavoro subordinato per i giovani e che tale finalità è nettamente prevalente a quella meramente formativa"; nella seconda[624] si afferma invece con nettezza che "nel contratto

[623] 25.5.1987, n. 190, in *Mass. giur. lav.*, 1987, p. 313.

[624] 8-4-1993 n. 149, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 148 con nota di GRAGNOLI.

di formazione e lavoro … lo schema causale ... assume una connotazione del tutto peculiare", in quanto i contenuti sinallagmatici del contratto "si completano attraverso l'acquisizione di un bagaglio tecnico che postula un necessario periodo di apprendimento".

La soluzione contenuta nella seconda sentenza della Corte costituzionale è stata poi in varie occasioni riaffermata dalla Corte di Cassazione, che però non l'ha approfondita, bensì utilizzata per operazioni che sono essenzialmente di integrazione delle regole esplicitamente dettate dalla l. 863/84[625].

Indubbiamente molti aspetti affrontati dalla giurisprudenza sono di rilevante spessore teorico, costringendo ad interrogarsi sia sulla natura dell'obbligazione formativa (se di mezzi o di risultato), sia sui criteri di valutazione dell'inadempimento (rilevanza o meno della colpa), sia, infine, sulla stessa struttura giuridica dell'obbligazione scaturente dal contratto di formazione e lavoro, potendosi configurare l'obbligazione formativa come obbligazione a facoltà alternativa, avente "ad oggetto esclusivamente la formazione quale potrebbe alternativamente conseguire o dal rispetto del progetto o dal raggiungimento del risultato"[626]. È assai dubbio, però, che ad essere implicati siano i profili della causa del contratto, giacché più spesso il vero problema affrontato dalla giurisprudenza è quello di una carenza della specifica disciplina che tenga conto delle particolarità dell'obbligazione formativa, anche rispetto all'economia complessiva del contratto. La verità è che non è partendo dalla causa e dai profili di specialità che si può ricostruire una disciplina adeguata ed equilibrata dell'obbligazione formativa: semmai il contrario.

---

[625] In considerazione dei particolari profili causali, la giurisprudenza ha escluso, ad esempio, che il contratto di formazione e lavoro sia stipulabile durante un rapporto a tempo indeterminato (Cass. 24.6.93, in *Mass. giur. lav*., p. 440; Trib. Milano, 9.11.96, in *Dir. lav.* 1997, p. 301) anche se ha riconosciuto che la passata esperienza acquista dal lavoratore nel medesimo settore merceologico non impedisce la conclusione di un contratto di formazione e lavoro "ove il progetto formativo sia volto a fare acquisire al bagaglio professionale del lavoratore un *quid pluris* che giustifichi l'adozione di tale forma contrattuale con la causa tipica" (P. Venezia 20.3.1995, in *Inform, prev*. 1995, p. 1638; v. anche Cass. 23.6. 2001, n. 8623, in *Mass. giur. lav*., 2001, p. 1017 con nota di PAPALEONI).
Come pure ha mostrato un certo rigore in ordine all'assolvimento dei compiti formativi, colpendo comportamenti come quello di adibire il lavoratore, sin dalla instaurazione del rapporto, a mansioni ripetitive e analoghe a quelle dei lavoratori occupati con contratto a tempo indeterminato (P. Avezzano, 24.5.1991, in *Giur civ*. 1992, I, p. 2261, con nota di LUPI); ed affermando che non adempie all'obbligo formativo il datore di lavoro che impartisce istruzioni e nozioni utili per l'espletamento del lavoro esclusivamente durante l'orario di lavoro e non consistente in un insegnamento basato su dimostrazioni, esercitazioni, verifiche e correzione di eventuali errori (P. Roma 16.3.93, in *Giur. Lav. Lazio*, 1993, p. 107). Sempre inerente al discorso degli obblighi formativi si nota come l'orientamento prevalente della giurisprudenza sia stato quello di considerare l'elemento formativo quale parte integrante dello schema causale del contratto, in applicazione di quanto sancito dal comma 9 dell'art. 3 della l. 863/84. Numerose pronunce sanciscono la trasformazione del contratto di formazione e lavoro in contratto a tempo indeterminato, qualora non siano stati rispettati gli obblighi formativi (da ultimo v. Cass. 13.4.2002, n. 5363, in *Not. giur. lav*., 2003, p. 456; Cass. 7.6.2003, n. 9158, in *Rep. Foro It*., 2003, Lavoro (rapporto), n. 293). Purtuttavia, nel tentativo di rendere più appetibile il contratto di formazione e lavoro, la giurisprudenza ha interpretato in modo alquanto restrittivo quest'ultima norma, stabilendo che l'inadempimento rispetto agli obblighi formativi deve essere particolarmente grave (Cass. 30.8.1995, n. 9182, in *Mass. Giur. Lav*., 1995, p. 707; Cass. 1.7.1998, n. 6432, in *Dir lav*, 1999, II, p. 371, con nota di DELLA ROCCA; Cass. 13.4.2002, n. 5363, cit.). Riemerge, inoltre, anche un orientamento giurisprudenziale che privilegia nella causa del contratto il profilo occupazionale (Cass. 5.11.1998, n. 11144, in *Guida lav*., 1999, 6, p. 36; Cass. 9.2.2001, n. 1907, in *Or. giur. lav*., 2001, p. 109; Cass. 17.5.2003, n. 7737, in *Or. giur. lav*., 2003, p. 360, in quest'ultima, in particolare, si stabilisce che una divergenza anche di non lieve entità fra gli obblighi previsti dal contratto di formazione e lavoro e concreto svolgimento del rapporto non realizza inadempimento del datore di lavoro sanzionabile con la conversione dello stesso in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ove detto svolgimento avvenga con modalità tali da non compromettere le funzioni del suindicato contratto, che tende non già alla mera acquisizione della professionalità, ma all'attuazione di una sorta di ingresso guidato del giovane nel mondo del lavoro).

[626] CAMMALLERI, *L'obbligazione di formazione affidata ai corsi regionali; obbligazione eventuale, con facoltà alternativa del terzo*, in *Mass. giur. lav*., 1996, p. 540.

## 4. La scarsa chiarezza del quadro giuridico e le necessità riformatrici emerse alla fine degli anni '90.

La presunta specialità è, a ben vedere, essenzialmente un modo per tenere aperta una porta sulla necessità di un continuo adattamento della disciplina ad opera dei diversi "attori" che si confrontano in un clima di persistente scarsa chiarezza e certezza del diritto. Anche così si spiega che nel 1997, nell'ambito di una riforma più complessiva del mercato del lavoro, vengono proposte nuove modifiche al contratto di formazione e lavoro tese specificamente a promuovere la creazione di posti di lavoro duraturi attraverso una ulteriore riduzione dei costi per i datori di lavoro che stipulano contratti di formazione e lavoro[627].

Da questo momento il quadro giuridico si complica ancora in quanto la regolamentazione nazionale dei contratti di formazione e lavoro è sottoposta ad un serrato confronto con il diritto comunitario. Nello specifico, come previsto dall'art. 8, n. 3, tratt. Cee, sulla legge 196/97 e, per quanto qui interessa, sull'articolo 15, è chiamata a pronunciarsi la Commissione europea, con l'avvio del procedimento ex art. 88, n. 2, Tratt. CE riguardante gli aiuti per l'assunzione tramite contratti di formazione e lavoro concessi dopo il novembre 1995, e cioè successivamente all'approvazione, da parte della Commissione, degli Orientamenti in materia di aiuti all'occupazione[628].

La prima importante tappa di questo procedimento è rappresentata dalla decisione della Commissione dell'11 maggio 1999[629], con la quale il nostro Paese è stato condannato a recuperare dalle imprese che avessero utilizzato questo particolare tipo di contratti i benefici illegittimamente goduti[630]. Tale decisione è stata, poi, confermata dalla Corte di giustizia con una sentenza del 7 marzo 2002[631].

Nonostante la condanna dell'Italia, la "questione comunitaria" è, per certi versi, provvidenziale: segnala cioè un'esigenza di maggiore chiarezza, facendo esplodere una irrisolta contraddizione

---

[627] L'articolo 15 della l. 196/97 incentiva la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti di formazione e lavoro "pesante" stipulati nelle Regioni del Sud, mediante il mantenimento per ulteriori 12 mesi dei benefici contributivi e retributivi già concessi per il contratto di formazione e lavoro.

[628] 95/C in GUCE n. C 334 del 12.12.1995, pp. 4-9.

[629] *Decisione della Commissione relativa al regime di aiuti concessi dall'Italia per interventi a favore dell'occupazione*, 2000/128/CE in GUCE n. L 042 del 15.2.2000, pp. 1-18.

[630] In particolare, la "condanna" del 1999 ha stabilito che i contratti di formazione e lavoro possono essere considerati legittimi sotto il profilo della disciplina comunitaria in tema di "aiuti di Stato" solo a determinate condizioni. Ad essere colpiti dalla decisione comunitaria sono esclusivamente gli incentivi che possono essere definiti, appunto, come "aiuti di Stato", vale a dire le riduzioni selettive che operano a livello individuale, territoriale o settoriale: questi benefici, infatti, falsano la libera concorrenza ed incidono sugli scambi fra gli Stati membri. Per converso, sono escluse dal vaglio comunitario le misure generali, e cioè quelle "…destinate a migliorare il quadro generale della legislazione del lavoro o ad adeguare il sistema di insegnamento". Nel caso specifico, quindi, sono considerati "misure generali" gli incentivi, previsti dalle leggi nazionali, applicabili indistintamente a tutte le imprese che procedono ad assunzione tramite contratti di formazione e lavoro e consistenti in una riduzione del 25% degli oneri sociali e previdenziali.

[631] Causa C-310/99, Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee, da ultimo, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 141 ss. Fra i vari commenti alla sentenza, v. DELFINO, *Gli interventi comunitari in materia di contratti di formazione e lavoro fra diritto della concorrenza e politiche sociali*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 141 ss; MORRONE, *Contratti di formazione e lavoro: i giudici comunitari sanciscono l'incompatibilità alle agevolazioni contributive con il mercato comune. Il commento*, in *Lav. giur.* 2002, p. 424 ss.; PAGANUZZI, *In tema di contratto di formazione e lavoro e aiuti alle imprese*, in *Riv. crit. dir lav.*, 2002, p. 289 ss.; PAPALEONI, *Aiuti per contratti di formazione e lavoro incompatibili con il mercato comune*, in *Guida lav.*, 2002, 11, p. 21 ss.; ID., *Contratto di formazione e lavoro e divieti comunitari: le concrete implicazioni della decisione*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, I, p. 453 ss.; TIRABOSCHI, *Contratti di formazione e lavoro e diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, p. ss.; VALLEBONA, *Contratto di formazione e lavoro: riduzione dell'obbligo contributivo e divieto comunitario di aiuti di Stato*, in *Guida lav.*, 2002, 7, p. 461 ss.

insita nei contratti di formazione e lavoro, sintetizzabile nel seguente quesito: il contratto di formazione e lavoro è strumento di promozione dell'occupazione che agisce sulla domanda (riducendo i costi) o sull'offerta (migliorando la formazione del lavoratore)?

La Corte di Giustizia non affronta in maniera diretta tale questione ma, sottoponendo a specifica valutazione i contratti di formazione lavoro, indica, comunque, un percorso quasi obbligato per dare una risposta al quesito appena formulato.

Difatti, nonostante i rilievi presentati dal Governo italiano sulla necessità di valutare lo strumento dei contratti di formazione e lavoro non solo dal punto di vista strettamente economico, bensì anche sul piano della politica dell'occupazione, quale strumento, cioè, che consente di agire simultaneamente sui versanti della formazione e dell'incentivazione dell'occupazione, la Corte di Giustizia, con la sentenza del 2002, ribadisce la prevalenza della libera concorrenza sulla promozione dell'occupazione. In particolare, la Corte ribadisce che la concessione di un aiuto solo ad alcune imprese di uno Stato membro (quelle operanti, cioè, in una parte del suo territorio) produce effetti distorsivi sugli scambi intracomunitari. Secondo la Corte di Giustizia, insomma, il contratto di formazione e lavoro è troppo sbilanciato sui costi, costituendo un illecito sostegno economico alle imprese italiane e di conseguenza la Corte, com'è in fondo "prevedibile" se si considerano i principi posti a base del Trattato, pretende che tale strumento non diventi un mezzo per alterare la concorrenza.

Alla luce di queste affermazioni il compito del legislatore italiano è quello di rendere compatibile un contratto che è comunque "agevolato", con le regole che l'Unione europea detta in materia di aiuti di stato[632]; e lo fa ponendosi come obiettivo una riforma complessiva della famiglia dei contratti a contenuto formativo.

## 5. Continuità e discontinuità nella l. 30/2003 e nel d.lgs. 276/2003.

Per giungere a questo risultato il percorso è stato lungo ed articolato. Le prime linee riformatrici devono rinvenirsi nella legge 144/99, che, anche al fine di *realizzare* una semplificazione normativa e di pervenire ad una disciplina organica della materia, ha dettato una serie di principi e criteri direttivi per la riforma dei contratti formativi[633].

---

[632] Gli aiuti di Stato sono compatibili con il mercato comune solo quando rispettano una delle seguenti condizioni: 1) sono volti alla creazione di nuovi posti di lavoro nell'impresa beneficiaria a favore di lavoratori inoccupati o disoccupati, così come definiti dagli orientamenti in materia di aiuti all'occupazione; 2) riguardano l'assunzione di lavoratori che incontrano difficoltà ad inserirsi o a reinserirsi nel mercato del lavoro, indipendentemente dal fatto di apportare un aumento effettivo dell'occupazione. Questi lavoratori sono stati individuati dal recente Regolamento del 12.12.2002 n. 2204/2002; 3) danno luogo alla creazione netta di posti di lavoro, come definita negli orientamenti del 1995. Sugli aiuti di Stato, v. TIRABOSCHI, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2002.

[633] Tra i più significativi, si ricordano quelli diretti alla:

- razionalizzazione delle tipologie delle diverse misure degli interventi, eliminando duplicazioni e sovrapposizioni, tenendo conto delle esperienze e dei risultati delle varie misure ai fini dell'inserimento lavorativo con rapporto di lavoro dipendente in funzione degli specifici obiettivi occupazionali da perseguire, con particolare riguardo: 1) alle diverse caratteristiche dei destinatari delle misure: giovani, disoccupati e inoccupati di lungo periodo, lavoratori fruitori del trattamento straordinario di integrazione salariale da consistente lasso di tempo, lavoratori di difficile inserimento o reinserimento; 2) alla revisione dei criteri per l'accertamento dei requisiti individuali di appartenenza dei soggetti alle diverse categorie, allo scopo di renderli più adeguati alla valutazione ed al controllo della effettiva situazione di disagio; 3) al grado dello svantaggio occupazionale nelle diverse aree territoriali del paese, determinato sulla base di quanto previsto all'articolo 1, comma 9; 4) al grado dello svantaggio occupazionale femminile nelle diverse aree del Paese; 5)

Successivamente i principi indicati dalla l. 144/99 vengono ripresi dalla l. 30/2003, ma in modo piuttosto generico e confuso e senza tenere conto dei mutamenti del quadro costituzionale.

Emblematica è la lett. g) dell'art. 2 della l. 30/2003 (peraltro ripresa quasi letteralmente dall'art. 45, c. 1, lett. o della l. 144/99), diretta a rafforzare i meccanismi e gli strumenti di monitoraggio e di valutazione dei risultati conseguiti (cioè sostanzialmente il sistema dei controlli di cui all'art. 16, c. 5 della l. 196/97) "per effetto della ridefinizione degli interventi" sui contratti a contenuto formativo e di tirocinio. Questo aspetto è di fondamentale importanza, in quanto uno dei punti decisivi per disporre di efficaci strumenti di formazione è verificarne il reale impatto sul mercato del lavoro e sui percorsi professionali dei lavoratori o dei disoccupati interessati. Ora, mentre la l. 144/99 si muoveva in un'ottica di decentramento amministrativo e di contestualità della riforma dei profili lavoristici con quelli di riorganizzazione amministrativa, la l. 30/03 non può al riguardo non tener conto del fatto che in materia di monitoraggio e valutazione un ruolo fondamentale va riconosciuto prima di tutto alla potestà legislativa regionale, dal momento che la materia rientra per più versi nella competenza residuale esclusiva delle Regioni in base all'art. 117 Cost. commi 3 e 4[634] . A tal fine però la l. 30 si limita a prevedere che il legislatore delegato, entro sei mesi (cioè settembre 2003), debba tener conto dei "criteri che saranno determinati dai provvedimenti attuativi, in materia di mercato del lavoro, della legge costituzionale 18.10.2001 n. 3".

Pur senza considerare la singolarità di una definizione dei principi di delega con rinvio ad altra legislazione ancora inesistente (già di per sé idonea a configurare una violazione dell'art. 76 Cost.), si deve rilevare che: a) non è affatto chiaro se i suddetti criteri siano quelli indicati dalla stessa l. 30 all'art. 1 – dove però non si rinvengono "provvedimenti attuativi, in materia di mercato del lavoro, della l. costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3", ma solo continui inviti a rispettarla – o se arriveranno soltanto tra parecchi mesi, dal momento che essi dovrebbero essere contenuti nella decretazione attuativa della l. 5 giugno 2003 n. 131, per la quale è previsto il termine di un anno (quindi giugno 2004); b) nel frattempo varie Regioni hanno già tempestivamente impugnato la legge delega, in base al nuovo art. 127 Cost., proprio per gli aspetti attinenti al mercato del lavoro:

---

alla finalità di favorire la stabilizzazione dei posti di lavoro; 6) alla maggiore intensità della misura degli incentivi per le piccole e medie imprese, qualora le stesse abbiano rispettato le prescrizioni sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori previste dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni, nonchè per le imprese che applicano nuove tecnologie per il risparmio energetico e l'efficienza energetica e che prevedono il ciclo integrato delle acque e dei rifiuti a valle degli impianti (art. 45, c. 1 lett. a);
- revisione e razionalizzazione dei rapporti di lavoro con contenuto formativo in conformità con le direttive dell'Unione europea e anche in relazione a quanto previsto dall'articolo 16, comma 5, della legge 24 giugno 1997, n. 196, e in funzione degli obiettivi di cui alla lettera a) (art. 45, c. 1 lett b);
- previsione di misure per favorire forme di apprendistato di impresa e il subentro del tirocinante nell'attività' di impresa nonchè estensione, per un triennio, delle disposizioni del decreto legislativo 28 marzo 1996, n. 207, con conseguenti misure in materia di finanziamento (art, 45, c. 1 lett c);
- previsione che gli strumenti definiti ai sensi dei principi e dei criteri direttivi di cui alle lettere b), c) e d) del presente comma debbano tendere a valorizzare l'inserimento o il reinserimento al lavoro delle donne, al fine di superare il differenziale occupazionale tra uomini e donne (art. 45, c. 1, lett. e);
- previsione di meccanismi e strumenti di monitoraggio e di valutazione dei risultati conseguiti, anche in relazione all'impatto sui livelli di occupazione femminile, per effetto della ridefinizione degli interventi ti cui al presente articolo da parte delle amministrazioni competenti e tenuto conto dei criteri che saranno determinati dai provvedimenti attuativi dell'articolo 17 della legge 15 marzo 1997, n. 59 (art. 45, c. 1, lett. o).

634 V., da ultimi, ZOPPOLI L., *Il lavoro di Aracne: formazione e politiche attive dell'impiego nelle recenti dinamiche istituzionali*, in *Dir. merc. lav,* 2003, p. 85, ss.; CARINCI MT., *La legge delega n. 30/2003 e il sistema delle fonti*, in CARINCI MT. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003, p. 3.

c'è dunque da attendersi una giurisprudenza costituzionale che non potrà arrivare prima di sei mesi/un anno; c) il Governo ha approvato una "controriforma" del Titolo V, Cost. che inciderà sugli aspetti del mercato del lavoro[635] e che, considerato il complesso *iter* che l'attende, lascerà l'intera materia nell'incertezza almeno per un paio d'anni.

Logica conclusione di tutto ciò è che la delega, per quanto attiene alla lett. g) dell'art. 2, non potrà essere compiutamente esercitata, perché nei tempi previsti mancheranno i criteri cui si è vincolato il legislatore delegato. Non meraviglia, allora che nel decreto legislativo n. 276 del 10 settembre del 2003 si rinvengano soltanto una generica norma sul monitoraggio statistico connesso alla Borsa continua nazionale del lavoro (art. 17, c. 4), e non si rinviene nulla di specifico per rafforzare meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei risultati conseguiti con i tre nuovi contratti di apprendistato e con il contratto di inserimento, che, come abbiamo visto, sono le novità "figliate" dall'art. 2 della l. 30[636].

Rispetto ad altri orientamenti riformatori del recente passato, la l. 30 marca poi decisamente le distanze. I più rilevanti appaiono: a) la *reductio ad unum* delle tipologie contrattuali[637], che viene abbandonata, non si sa con quale speranza di successo per l'esatta finalizzazione dei vari contratti cui si affida la riforma; b) la prevalente finalizzazione dei contratti formativi alle esigenze delle imprese, evidente là dove si dice che la riforma è rivolta al "fine di riordinare gli speciali rapporti di lavoro con contenuti formativi, così da *valorizzare l'attività formativa svolta in azienda*" (art. 2 c. 1 lett. b); c) la valorizzazione di una formazione "specifica" nei succedanei dei contratto di formazione e lavoro invece di quella "generale", formazione "specifica" che, secondo valutazioni economiche diffuse[638], è, tanto per l'impresa quanto per il lavoratore, strumento non di flessibilità ma di rigidità (intesa come resistenza a passare da un'azienda all'altra).

Al riguardo qualche volenteroso primo commentatore delle legge delega ha posto in luce come l'interpretazione delle norme di delega in coerenza con i valori costituzionali e con le precedenti linee di riforma dovrebbe portare a leggere i criteri e i principi della l. 30 come diretti in ogni caso a valorizzare la formazione esterna all'azienda, che è l'unica effettivamente in grado di guidare un processo di riforma efficace sotto il profilo del miglioramento non effimero delle *chance* di

---

635 Su cui v. TROJSI, *Riforme costituzionali e competenze legislative sui servizi per l'impiego*, in DE LUCA TAMAJO – RUSCIANO – ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 419 ss.

636 Non si può considerare tale la verifica dell'effettiva formazione cui è condizionata l'erogazione dei benefici economici previsti per l'apprendistato (art. 54, c. 3), dal momento che: a) è una previsione ancora generica; b) è di là da venire, in quanto chiaramente condizionata dall'approvazione della nuova regolamentazione dell'apprendistato risultante dalla regolazione regionale e dai contratti collettivi; c) è in concreto demandata ad un decreto ministeriale vincolato ad un'intesa con la Conferenza Stato-Regione, decreto del quale occorrerà valutare non solo i contenuti, ma anche le interferenze con le competenze demandate alle Regioni dall'art. 117 Cost.

637 V. GAROFALO D. *Il riordino degli incentivi all'occupazione e dei contratti formativi*, in CARINCI F. – MISCIONE (a cura di), *Il Diritto del lavoro dal libro bianco al disegno di legge delega 2002*, Milano, p. 47; MENGHINI, *I contratti a contenuto formativo*, in CARINCI MT. (a cura di), op. cit, p.142.

638 V. al riguardo BECKER, *Investment in human capital: a theoretical analysis*, in *Journal of Political Economy*, 1962, p. 70 ss. (trad. it. In BECKER, *L'approccio economico al comportamento umano*, Bologna, 1998), di recente ripreso da D'ACUNTO, *Efficienza microeconomia* versus *efficienza sistemica? Note in margine al libro bianco del Ministero del lavoro*, in *St. merc.*, 2003, p. 287, nonché, su un altro piano, TRONTI, *Capitale umano e nuova economia. Riorganizzazione dei sistemi formativi e sviluppo dei mercati delle conoscenze*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 53, ss.

occupazione, raccordabile anche alla riforma più generale del sistema scolastico, da ultimo concretizzatasi nella l. 53/2003[639]. Questa lettura – anche se suggestiva e diretta ad enfatizzare alcune contraddizioni interne alla delega, con il conseguente invito al legislatore delegato a dar seguito ad una riforma che non potrebbe non essere ispirata alla valorizzazione della formazione esterna - non pare suffragata da sufficienti dati normativi. Al contrario sia l'ispirazione del Libro bianco del Ministero del lavoro[640] (cui non può non ricollegarsi la legge delega) sia le norme della l. 30 sembrano, piuttosto univocamente, dirette a riformare in concreto la strumentazione in esame nel senso di accrescerne l'inerenza alle specifiche esigenze dell'azienda in cui il lavoratore si trova ad erogare la propria prestazione.

In tal senso pare nettamente prevalere la discontinuità con la linea di precedenti riforme, anche se si tratta di discontinuità contraddittoria con riguardo a preminenti valori costituzionali italiani (la formazione come strumento di tutela ed elevazione dei lavoratori: v. art. 35 Cost.) e comunitari ("ogni individuo ha diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua": art. 14 della Carta di Nizza) e ad altre riforme realizzate dallo stesso governo di centro-destra, come la riforma della scuola, che comporterebbe una forte integrazione tra momenti formativi generali ed esperienze lavorative.

La discontinuità però non è senza spiegazioni, almeno in chiave di scelta di politica sociale e legislativa di breve periodo.

Se ne possono ipotizzare almeno due: la precedente linea di riforma richiedeva consistenti investimenti in risorse organizzative e finanziarie pubbliche, investimenti assenti nel passato e non previsti dall'attuale governo (la l. 30 è "a costo zero"); se poi si guarda ai risultati a breve, ciò che conta è rimettere in moto la strumentazione diretta ad ottenere immediata occupazione: a questo secondo fine va bene anche il *mix* di lavoro e formazione "specifica".

Con le ipotizzate spiegazioni non si vuol mettere in dubbio che gli autori della riforma si siano prefigurati un attento dosaggio delle risorse attualmente disponibili, per cui gli incentivi in precedenza destinati ai contratti di formazione e lavoro vengono indirizzati ad una "platea minore di quella attuale"[641], cioè "ai lavoratori svantaggiati" (v. art. 59, c. 3 e art. 54, c. 1 del d.lgs. 276/03), con risparmi che possono essere utilizzati per i nuovi contratti di apprendistato. Questi ultimi però appaiono rinviati (per le ragioni di cui dirò tra poco) e di sicuro non incrementati; mentre le agevolazioni economiche a sostegno dei nuovi contratti di formazione e lavoro sono certamente di misura inferiore e sostanzialmente "ambiscono a recuperare ampi segmenti di lavoro nero e grigio con vantaggi non solo per i lavoratori interessati (in termini di maggiori tutele) ma anche per le casse dello Stato (in termini di maggiore entrate complessive)"[642].

---

[639] MENGHINI, I *contratti a contenuto formativo,* cit, p. 152.

[640] Si tratta di un documento programmatico presentato nell'ottobre del 2001 dal Ministro Maroni. Il Libro bianco è diviso in due parti: la prima contiene un'analisi del mercato del lavoro in cui vengono individuate "inefficienze" e "iniquità"; la seconda parte suggerisce, poi, una serie di regole e strumenti diretti a promuovere una "società attiva", cioè con più posti e più occasioni di lavoro, ma anche a favorire un lavoro "di qualità". Sul punto cfr. RUSCIANO, *A proposito del "Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia"*, in www.unicz.it/lavoro, nonché sullo stesso sito, più in generale, il Dossier, curato da ALESSI, su: *Il Libro Bianco e la delega al Governo in materia di mercato del lavoro*.

[641] TIRABOSCHI, *Il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento (ex contratto di formazione e lavoro)*, in *Guida lav.* Supplemento al numero 4, 2003, p. 106.

[642] TIRABOSCHI, *Il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento (ex contratto di formazione e lavoro), cit*, sempre pag. 106.

Fermo restando che, dopo le recenti esperienze, far conto sulla "riemersione" potrebbe riservare delusioni, anche dalle migliori intenzioni degli autori della riforma risulta così confermato che si hanno soprattutto di vista obiettivi di breve periodo. E ciò vuol dire che con la nuova disciplina i contratti con finalità formative passano dalla cornice, più strutturale, dell'*adattabilità* a quella, più quantitativo-contingente, dell'*occupabilità*.

Occorre ora essenzialmente capire se i nuovi equilibri normativi siano in grado di dar vita ad un sistema più coerente e stabile di quello precedente e soprattutto in grado di non porsi in contrasto con le regole dettate dall'Unione europea.

## 6. I nuovi profili problematici nella disciplina dei contratti formativi: il rapporto con l'ordinamento comunitario.

Prima di analizzare specificamente la disciplina del contratto di inserimento contenuta nel decreto 276/03 è necessario esaminare due aspetti più di fondo. Il primo aspetto - senz'altro di rilevanza sistematica – attiene al modo in cui la riforma dei contratti con finalità formative incide sul generale sistema delle fonti e, indirettamente, sul sistema di relazioni sindacali. Il secondo – più di dettaglio, ma egualmente importante per la concreta collocazione della recente riforma - riguarda la gestione della fase transitoria nel "lavoro privato" del passaggio dai contratti di formazione e lavoro ai contratti di inserimento.

Sulla prima questione, ossia su come questa riforma incida sul generale sistema delle fonti, tre sono i punti che devono essere analizzati: il raccordo con l'ordinamento comunitario; il modo in cui si affronta l'intrico delle competenze Stato/Regioni; il ruolo della contrattazione collettiva.

Quanto al primo punto, la l. 30 presta una specifica attenzione alla coerenza con gli orientamenti comunitari, differenziando però sotto il profilo giuridico i vincoli derivanti dagli orientamenti attinenti all'occupazione da quelli attinenti agli aiuti di Stato ed alla loro incidenza sui mercati concorrenziali. In relazione ai secondi, come si è già detto, vi è stata la sentenza della CGE del marzo 2002: ed è questa una delle ragioni che rendevano necessario un nuovo ed urgente intervento del legislatore in materia di contratto di formazione e lavoro. Però non si può non rilevare che nella legge delega – che avrebbe potuto anche essere più generica, essendo tanto indubitabile quanto problematica[643] la necessità di dare esecuzione alla sentenza della CGE – si fa una precisa differenza tra gli obiettivi in materia di occupazione e gli orientamenti in tema di aiuti di Stato. Solo i secondi divengono precisi criteri di delega da rispettare, con tutte le conseguenze di carattere interno[644]; i primi restano invece quel che sono nell'ordinamento comunitario: obiettivi sanzionati nel sistema di *soft law*. C'è dunque la conferma di una precisa opzione sul piano dei valori comunitari[645], condivisibile solo se, a tutela delle politiche del lavoro italiane, portasse ad un'applicazione elastica di orientamenti per l'occupazione da adattare ai vari contesti (com'è finora concepita la politica occupazione dell'UE). Ma non è così, nel momento in cui si assumono come intangibili solo gli orientamenti sugli aiuti di Stato, i quali, peraltro, nel frattempo non sono più in alcun modo riconducibili alle *soft law* (come erano quelli del 1995), essendo stati sostituiti da un

---

643 V. VALLEBONA, *Contratto di formazione e lavoro: riduzione dell'obbligo contributivo e divieto comunitario di aiuti di stato*, in *Giur. it*, 2002, p. 548.

644 *Contra* MENGHINI, I *contratti a contenuto formativo, cit,*

645 DELFINO, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e* soft law, in *Dir. merc. lav.*, 2003, p. 653 ss.

Regolamento (n. 2204/2002) approvato il 12 dicembre 2002, concepito in modo piuttosto rigido. Quindi abbiamo una delega che, sul piano delle fonti comunitarie, sconta in maniera passiva evoluzioni del diritto comunitario poco utili a sostenere le politiche sociali nazionali, che vengono senz'altro subordinate al rispetto delle regole sulla concorrenza.

Su questo versante il decreto legislativo imbocca una via assai agevole: infatti sostituisce i contratti di formazione e lavoro con i contratti di inserimento, stipulabili anche per disoccupati con più di 29 anni, ma, come s'è detto, limita gli incentivi di carattere economico ai "lavoratori svantaggiati", individuati secondo la nozione contenuta nel Regolamento UE 2204/2002. Nell'insieme il raccordo tra i requisiti previsti per stipulare il contratto di inserimento dall'art. 54 del decreto legislativo e quelli previsti per rientrare nella categoria dei "lavoratori svantaggiati" secondo l'ordinamento comunitario pare restringere notevolmente l'ambito entro cui il contratto di inserimento sarà reso più vantaggioso per le agevolazioni economiche ad esso collegate. Per promuoverlo restano quindi solo gli altri "sconti", tutti a carico dei trattamenti economici e dei diritti dei lavoratori (v. art. 59, c. 1 e 2). Ma saranno sufficienti a rendere tali contratti concorrenziali con i trattamenti erogati in Italia ai lavoratori in nero o grigio? O sarà necessario andare oltre, magari in via di adeguamento territoriale delle tariffe salariali? Queste domande rendono evidente come il rigoroso rispetto delle regole sulla concorrenza ci esponga ad un grave rischio: trascinare le condizioni di lavoro verso i trattamenti marginali dell'occupazione irregolare. E allora si deve formulare un'altra domanda: dove va a finire così l'occupazione di qualità che la stessa Unione promette ai suoi cittadini?

### 6.1 Le competenze regionali tra vincoli e furbizie

L'altro punto delicato in ordine al sistema delle fonti riguarda l'intreccio delle competenze statali e regionali per quanto attiene sia alla potestà legislativa sia a quella amministrativa. Come già si è anticipato, qui il problema principale, dopo l'entrata in vigore del nuovo titolo V della Cost., è di dar vita ad un assetto non solo conforme agli artt. 117 e 118 Cost., ma anche funzionale a promuovere rapidamente una regolamentazione ed una gestione in massimo grado efficienti ed efficaci dei contratti con finalità formative. Indubbiamente, come altri hanno rilevato[646], la l. 30 non contiene indicazioni soddisfacenti. E non si può dar torto a quanti, anche operativamente, hanno sollevato la questione di costituzionalità già in ordine alla legge delega, in particolare con riguardo all'invasione del legislatore nazionale nell'ambito del diritto amministrativo del lavoro, che, anche e soprattutto per quanto riguarda l'organizzazione giuridica dei mercati del lavoro locali, è materia di competenza esclusiva regionale.

Più problematico potrebbe essere il discorso per i profili qualificatori delle fattispecie negoziali, ad esempio in ordine alla distinzione tra contratti di lavoro, rientranti nella materia dell' "ordinamento civile" (art. 117, c. 2, lett. l, Cost.), ed altre tipologie di rapporto, con finalità esclusivamente formative, che rientrerebbero nella competenza esclusiva regionale (art. 117, c. 3 e 4

---

[646] V., soprattutto ORLANDINI, *Contratti formativi e competenze normative delle regioni*, in DE LUCA TAMAJO – RUSCIANO - ZOPPOLI L. (a cura di), op. cit., p. 515 ss.; e TROJSI, *Riforme costituzionali*, cit.

Cost.). Propenderei per ricondurre tale competenza legislativa qualificatoria alla potestà esclusiva dello Stato, in quanto competente per il quadro ordinamentale del diritto dei contratti[647].

Alla luce del decreto legislativo, va poi rilevato il delinearsi di una scelta alquanto netta, che presenta vantaggi e svantaggi. La scelta è così sintetizzabile: dopo aver fornito gli elementi qualificatori dei contratti con finalità formative ed aver dettato alcune regole che non riguardano la struttura del contratto (requisiti soggettivi, durata, incentivi economici e normativi, alcuni limiti quantitativi), la restante, considerevole, disciplina dei tre nuovi contratti di apprendistato (v. artt. 47-53 del decreto delegato) viene rimessa in parte ad una non meglio precisata "disciplina", per la quale si indicano alcuni "principi" (v. artt. 48, c,. 3, e 49, c. 4) e per la parte restante alla regolamentazione regionale, con indicazione di "criteri e principi direttivi" e con rilevanti condizionamenti procedimentali (v. artt. 48, c. 3 e 49, c. 4); il legislatore statale detta invece una disciplina completa ed analitica del succedaneo del contratto di formazione e lavoro, cioè il contratto di inserimento, anche per quanto attiene ai residui profili formativi (art. 55 e, specialmente, 56 del decreto).

I vantaggi di questa scelta sono ben chiari. Si introduce una netta demarcazione, che taglia alla radice ogni complessa distinzione trasversale tra disciplina del rapporto di lavoro – di competenza statale, per dottrina prevalente – e disciplina dei profili formativi – di competenza regionale, per chiara indicazione normativa. E questa netta demarcazione può servire ad alleviare i problemi di copertura finanziaria della legge statale che, potenzialmente, amplia il ricorso all'apprendistato, figura contrattuale cui si collegano non solo incentivi economici (che restano fermi: v. art. 53, c. 3), ma anche notevoli investimenti per lo svolgimento delle attività formative esterne (peraltro non più garantite al massimo per tutti i tipi di apprendistato). I problemi di copertura finanziaria della nuova regolamentazione dell'apprendistato vengono così "scaricati" sulle Regioni. Qui finiscono i vantaggi.

Gli svantaggi della scelta fatta dai decreti sono forse meno evidenti, ma mi paiono maggiori, soprattutto in termini di solidità e chiarezza del quadro normativo. Innanzitutto la scelta di una netta demarcazione si espone, per entrambi i versi, a rilievi di contrasto con la ripartizione delle materie in base all'art. 117 Cost, che sembra, purtroppo, piuttosto lontano dal consentire cesure così nette. In secondo luogo, se la demarcazione è basata sul fatto che i contratti di apprendistato vanno ricondotti alla materia "formazione professionale", tale materia è di competenza esclusiva regionale e, quindi, non può essere regolata né con l'indicazione di "criteri e principi direttivi"[648] - quali quelli indicati dagli artt. 48 e 49 del decreto delegato - né vincolando le Regioni a seguire procedure di consultazione interistituzionali e sociali - quali quelle indicate dalle medesime norme (ed anche dall'art. 50 per il contratto di apprendistato del terzo tipo). Minori potrebbero essere i vincoli costituzionali per quanto attiene ai soli aspetti del contratto di lavoro, potendo questi rientrare tra le materie di competenza concorrente (la "tutela e sicurezza del lavoro" si rinviene all'art. 117, c. 3, Cost.), per le quali è però possibile dettare soltanto principi fondamentali. Comunque

---

[647] V. già ZOPPOLI L., *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i pezzi di un difficile puzzle*, in *Lav. pubb. amm*, 2002, suppl. fasc. 1, p. 149; con argomenti diversi, anche PASCUCCI, *La revisione dei tirocini formativi e/o di orientamento. Ancora una riforma solo annunciata*, in DE LUCA TAMAJO- RUSCIANO – ZOPPOLI L (a cura di), op. cit. Sembra pronunciarsi in tal senso anche la recentissima sentenza della Corte Costituzionale 19.12.2003, n.359, in www.cortecostituzionale.it.

[648] Che sono cosa diversa dai "principi fondamentali", richiamati da TIRABOSCHI, *Il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento* (ex cfl), in *Guida lav*., suppl. n. 4, 2003, p. 100 ss.

tali principi mai potrebbero riguardare la formazione professionale, per la quale al massimo il legislatore statale potrebbe occuparsi della "determinazione dei livelli essenziali", previsti dall'art. 117, c. 2, lett. m), Cost.

C'è poi da considerare che - ammesso che la determinazione dei livelli essenziali o, ancor più, i principi fondamentali di cui all'art. 117 possano essere oggetto di delega legislativa - il tenore dell'art. 2 della l. 30/03 non consente affatto di leggervi un simile percorso regolativo. La delega al Governo riguarda "la revisione e la razionalizzazione dei rapporti di lavoro con contenuto formativo" "nel rispetto delle competenze affidate alle regioni in materia di tutela e sicurezza del lavoro dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3": è questo l' "oggetto definito" di cui all'art. 76 Cost. Per di più tale delega è da esercitare "entro il termine di sei mesi dall'entrata in vigore della legge delega", cioè, come s'è detto, entro settembre 2003: un termine entro il quale è impensabile che intervengano compiute revisioni e regolamentazione se ci si affida alla disciplina regionale, alla quale non si pone alcun limite temporale, né diretto né indiretto.

Inoltre, essendo impensabile che il legislatore statale intenda delegare quote di potestà legislativa esclusiva (in quanto questa tecnica, ammessa dal previgente art. 117, adesso non è più contemplata dalle norme costituzionali e, ovviamente, nemmeno dalla legge delega), si potrebbe, con qualche sforzo, immaginare che la devoluzione di potestà normativa in materia di apprendistato riguardi un livello non legislativo, ma regolamentare. In tal caso però la scelta sarebbe legittima solo per quanto non attiene alla formazione professionale, che è materia rientrante in tutto e per tutto nella potestà normativa, legislativa e regolamentare, delle Regioni (v. art. 117 c. 6); e, alla fin dei conti, violerebbe egualmente i già rammentati vincoli oggettivi e cronologici imposti dalla legge delega e impegnerebbe solo politicamente lo stesso legislatore statale (nessuno potrebbe cioè escludere in futuro un'impugnativa di leggi o regolamenti regionali invasive di materie in cui non v'è competenza regionale ex art. 117 Cost.).

Quanto al contratto di inserimento, la marginalizzazione degli aspetti formativi può, *forse*, servire ad escludere ogni intreccio con le competenze costituzionalmente garantite alle Regioni, ma certo rende più problematica la legittimità costituzionale della previsione, in linea astratta e generale, di differenziazioni nei trattamenti retributivi, quali quelli previsti per tali contratti dall' art. 59 c. 1 (sui quali v. *infra* par. 8.1).

### 6.2. La contrattazione collettiva e le *soft law* all'italiana.

Un ulteriore aspetto della l. 30 che deve essere brevemente analizzato in materia di fonti attiene al ruolo dei sindacati, della contrattazione collettiva, degli enti bilaterali. Come si sa, questo è un punto cruciale della riforma, sul quale si appuntano, almeno in egual misura, speranze e critiche. E non è affatto semplice "scommettere" su un'evoluzione del sistema che accentui l'uno o l'altro dei ruoli che in materia di formazione possono essere affidati alle parti sociali, non potendo esse vantare un passato "senza macchie" proprio per quanto attiene all'impegno ed alla sensibilità dimostrate nella cogestione amministrativa delle figure di contratti con finalità formative. Comunque vada, non c'è alcun dubbio che le parti sociali sono, nel disegno del legislatore statale, destinate a svolgere ruoli di tutto rilievo nella disciplina e nell'amministrazione dei nuovi contratti di apprendistato e di inserimento. L'impressione è però che, nonostante qualche ultimo innesto (v. art. 86, c. 13), si abbia un indebolimento della contrattazione collettiva rispetto ad altre fonti e ad altre espressioni della presenza sindacale.

Particolarmente delicata è, al riguardo, la concorrenza tra fonti di *soft law* e contratti collettivi nella definizione dei contenuti formativi, così com'è delineata dalle lettere h) ed i) dell'art. 2 della l. 30. Dal tenore di tali norme sembrerebbe che i contratti collettivi possano intervenire solo sulle "modalità di attuazione dell'attività formativa in azienda" (lett. i), mentre in generale la determinazione dei "contenuti dell'attività formativa" vengono affidati alla sperimentazione di "orientamenti, linee-guida e codici di comportamento…concordati da associazioni dei datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e territoriale, anche all'interno di enti bilaterali, ovvero in difetto di accordo, determinati con atti delle Regioni, d'intesa con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali" (lett. h). Pur nell'estrema nebulosità di tali principi e criteri direttivi, par di capire che le fonti cui si fa riferimento alla lett. h) siano qualcosa di diverso dai contratti collettivi, anche se possono tradursi in non meglio precisati "accordi". Sostanzialmente esse sono "orientamenti, linee-guida e codici di comportamento", cioè i tipici strumenti attraverso cui si esprimono le fonti di *soft law*[649]. Ora c'è innanzitutto da rilevare che tali strumenti hanno, nella legge delega, un ambito più ampio di quello assegnato ai contratti collettivi e possono persino prevalere sui contratti collettivi, in quanto confluiscano in fonti di natura pubblicistica (gli "atti" delle Regioni potrebbero essere anche leggi o regolamenti, seppure dal singolare *iter* procedimentale). Una tale scelta, se dovesse tradursi in una riduzione *ex lege* delle materie regolabili mediante contrattazione collettiva e in una sottomissione gerarchica dei contratti collettivi ad altre fonti unilaterali, deve essere attentamente sottoposta al vaglio di costituzionalità alla luce dell'art. 39 Cost.

C'è poi da rilevare che "orientamenti, linee guida e codici di comportamento" sui contenuti della formazione professionale potrebbero essere "determinati con atti delle regioni…" solo "in difetto di accordo". Questa sequenza pare dia luogo ad un vero e proprio cortocircuito normativo, prima emarginando la competenza regionale in materia di formazione e poi rimettendola in gioco, con una potenziale prevalenza sull'autonomia collettiva. Pare davvero complesso far passare indenne al vaglio degli artt. 39 e 117 Cost. questo intrico eterogeneo di fonti, fatto di fonti consuete ancorché *extra ordinem* (come la contrattazione collettiva), fonti nuove di zecca (come la legislazione regionale esclusiva e la connessa potestà regolamentare) e fonti di recente ed approssimativa importazione dal diritto comunitario (come le *soft law*).

Può ben comprendersi allora perché nel decreto delegato 276/03 tali aspetti della delega risultano assai attenuati, fino al punto da scomparire[650].

Le *soft law* all'italiana vengono ambiguamente utilizzate solo nell'art. 55 a proposito del contratto di inserimento, specificamente per il "progetto individuale di inserimento". A parte il fatto che non pare così facile ricondurre tale progetto di inserimento ai "contenuti dell'attività formativa" di cui all'art. 2 lett. h) della l. 30, nell'art. 55, c. 2, le eventuali *soft law* risultano assorbite all'interno dei contratti collettivi. In mancanza di contratti collettivi, tutto poi viene rimesso "in via provvisoriamente sostitutiva" ad un decreto del Ministro del lavoro "da emanarsi d'intesa con la

---

[649] V. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione*, in *Lav. dir*, 2003, p. 49; DELFINO, *Il* soft law *nel diritto del lavoro italiano, cit*; PASTORE, Soft law, *gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. dir,* 2003, p. 5.

[650] Non ce n'è traccia, in effetti, per l'apprendistato, per il quale si rinviene però un rafforzamento della contrattazione collettiva (conforme alla delega?) limitatamente al contratto di apprendistato del secondo tipo, per il quale la contrattazione può riguardare anche la formazione esterna (art. 49, c. 5, lett. b).

conferenza Stato-Regioni". Con ciò il già confuso ordine delle fonti indicato dall'art. 2 della l. 30 risulta ancor più indecifrabile.

Se le cose restano così, c'è solo da sperare che la contrattazione collettiva eviti le complicazioni che il legislatore è riuscito a mettere in campo. Ma, date le premesse, per alimentare tali speranze ci vuole una buona dose di ottimismo.

Un'ultima riflessione riguarda la tecnica di selezione dei soggetti coinvolti nella gestione dei contratti di inserimento. Il legislatore investe di tale compito i "sindacati comparativamente più rappresentativi" (artt. 55, c. 2 e 58, c. 1). Tale scelta è sicuramente apprezzabile rispetto a quella contenuta nel ddl originario (ddl 848, art. 5), in cui ci si riferiva semplicemente ai sindacati "comparativamente rappresentativi". Quest'ultima opzione era stata ritenuta alquanto rischiosa da una parte della dottrina, che aveva evidenziato come tale scelta avrebbe potuto aprire la porta a interlocutori sindacali non particolarmente rappresentativi, con la conseguenza che "questioni rilevantissime per la condizione dei lavoratori avrebbero potuto essere decise da sindacati di nessun peso, magari contro la volontà dei sindacati che rappresentano la maggioranza assoluta dei lavoratori"[651].

Qualche perplessità solleva, invece, il riferimento agli accordi siglati "*da* associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative", presente nelle lettere h) ed i) della legge delega e alla lettera g) dell'art. 55, c. 2 e all'art. 58, c. 1 del decreto legislativo, e non "*dalle*" associazioni. Questo rinvio sembra, infatti, avvalorare la diffusione degli accordi cd. separati: accordi stipulati, cioè, senza la presenza di tutti i maggiori sindacati. Se, a parere di alcuni, si tratta di una soluzione che risponde ad una concezione pluralistica e differenziata dell'approccio sindacale ai problemi del mercato del lavoro[652], qualche problema potrebbe, invece, emergere guardando la coesione del sistema sindacale e le forme in cui la rappresentanza collettiva degli interessi professionali si esprime. Inoltre, avvalorando la tecnica dei tavoli separati o meglio di una disgregazione dei tavoli, si rischia di delegare pezzi significativi di regolamentazione dei contratti di inserimento solo ad alcuni sindacati, magari anche quelli meno rappresentativi, data l'assenza di criteri certi per la verifica della rappresentatività. Non si possono, poi, trascurare gli ulteriori rischi di questa scelta rispetto alla tenuta del sistema di relazioni sindacali, quali quello di assistere se non al "dissolvimento della funzione normativa del contratto collettivo" - che, anzi, continua a conservare un proprio spazio negoziale - al pericolo di "un suo dilagare, magari con forme e contenuti sinora ignoti"[653]; o, ancora, all'esasperazione del conflitto endo-sindacale.

---

[651] MENGHINI, *I contratti con finalità formativa*, in CARINCI F. – MISCIONE, *Il diritto del lavoro, dal libro bianco al disegno delega 2002*, Milano, 2002, p. 63; le medesime perplessità sono espresse da BROLLO, *La flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri tra autonomia collettiva e autonomia individuale*, in Atti AIDLASS su: *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Milano, 2003, p. 233.

[652] TIRABOSCHI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Guida lav. Contratti e Contrattazione collettiva*, 2003, n. 3, p. 70 ss., secondo il quale là dove "nessun soggetto sindacale è obbligato ad avvalorare nuove tecniche di tutela del lavoro e della occupazione, neppure risulta possibile paralizzare con una sorta di diritto di veto il processo di modernizzazione del mercato del lavoro".

[653] ZOPPOLI L, *Il contratto collettivo come "fonte: teoria ed applicazioni*, in SANTUCCI – ZOPPOLI L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2004, p. 5.

### 6.3. La normativa transitoria.

Sul secondo aspetto di fondo (cioè il superamento in concreto dei contratti di formazione e lavoro) va detto che l'art. 86, c. 13, del d.lgs 276/03 affida alle parti sociali (associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) la definizione di uno o più accordi interconfederali che "gestiscano" la fase transitoria.

Adempiendo tempestivamente a questo delicato compito, le parti sociali hanno stipulato il 13 novembre 2003 un accordo nel quale si disciplina, appunto, la fase di passaggio dai contratti di formazione e lavoro a quelli di inserimento[654].

La scelta operata dalle parti sociali è quella di mantenere in vita per un periodo di tempo abbastanza lungo i contratti di formazione e lavoro. Ciò è desumibile dal fatto che i contratti di formazione, stipulati anche successivamente al 23 ottobre 2003, sulla base di progetti approvati entro tale data (ultimo giorno utile prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo), esplicano integralmente i loro effetti fino alla scadenza di ciascuno di essi. Inoltre è possibile stipulare contratti di formazione e lavoro sulla base di progetti formativi che non abbiano ancora terminato l'iter valutativo, ma siano stati semplicemente depositati entro il 23 ottobre[655].

Nell'accordo viene, poi, precisato che lo stesso sarà "immediatamente notificato al Ministero del lavoro e delle Politiche sociali a tutti i conseguenti effetti ivi compresi i necessari interventi di copertura finanziaria derivanti dalla salvaguardia dell'occupazione giovanile assicurata dal regime transitorio adottato per l'istituto dei contratti di formazione e lavoro" (art. 3).

Nonostante l'accordo sia stato siglato da numerose sigle sindacali, anche sulla scorta di alcune sollecitazioni provenienti da talune associazioni[656], il Ministro delle politiche sociali e del welfare sembra intenzionato a voler regolare in maniera differente il regime transitorio dei contratti di formazione e lavoro[657]. In particolare si ipotizza la possibilità di seguire la medesima strada percorsa per i contratti di apprendistato (art. 47, c. 3)[658], ossia quella di mantenere ancora in vigore la legislazione in materia di contratti di formazione e lavoro sino a quando la normativa sui contratti di inserimento non sarà pienamente efficace.

Discostandosi da questa possibile soluzione, che qualora fosse stata adottata avrebbe dimostrato una scarsa sensibilità rispetto alle indicazioni provenienti dall'Unione europea la quale, come si è visto, ha già condannato l'uso dei contratti di formazione e lavoro come regolati dalla precedente

---

654 L'accordo è stato stipulato tra Confindustria, Confcommercio, Confapi, Confesercenti, Abi, Ania, *Confservizi, Confetra, Legacooperative, Confcoperative, Unci, Agci, Coldiretti, Cia, Confagricoltura, Confartigianato, Cna, Casartigiani, Claai, Confinterim, Confedertecnica, Apla e Cgil, Cisl e Uil. Il testo dell'accordo è reperibile su Guida Lav., 2003, n. 46, p. 14.*

655 La dilatazione dell'arco temporale entro cui è possibile stipulare i contratti di formazione lavoro comporta significativi oneri sul bilancio pubblico e pertanto non si escludono possibili conflitti tra il Ministero del lavoro e le organizzazioni sindacali. Sul punto v. FERRARO, *I lavori flessibili nella riforma del mercato del lavoro*, relazione alle Giornate di studio, su *Sviluppo e occupazione nel mercato globale,* Napoli, 4 – 5 dicembre 2003, p. 7 - 8 dattiloscritto.

656 V., in particolare, le osservazioni del delegato Confapi per le politiche del Mezzogiorno (Dario Scalella), su www.gdmland.it, secondo il quale il d.lgs. 276/03 avrebbe creato un vero e proprio vuoto legislativo per i contratti formativi di assunzione, con gravi ricadute sull'occupazione, soprattutto nel Mezzogiorno.

657 Vedi, a tal proposito, le dichiarazioni del Ministro Maroni, pubblicate sul *Corriere del Mezzogiorno* del 30.01.04.

658 Sulla disciplina transitoria dei contratti di apprendistato, v. GAROFALO D., *Commento agli artt. 47 – 53 del d.lgs. 276/03: Apprendistato*, in www.unicz.it/lavoro.

normativa, le parti sociali, l'11 febbraio 2004, hanno siglato un ulteriore accordo interconfederale con il quale si è consentito di dare immediata applicazione alla disciplina dei contratti di inserimento[659]. Con questo accordo, infatti, anche se in via transitoria e in attesa di un successivo intervento della contrattazione collettiva, sono stati definiti tutti gli elementi ritenuti essenziali per consentire ai datori di lavoro di stipulare contratti di inserimento e reinserimento come previsto dal d.gs 276/03[660].

## 7. La disciplina del contratto di inserimento: durata, forma, soggetti e incentivi

Veniamo adesso ad esaminare la disciplina del contratto di inserimento, così come regolata dagli artt. 54 –59 del d.gs. 276/03.

Il contratto di inserimento è "diretto a realizzare, mediante un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali dei lavoratori di un determinato contesto lavorativo, l'inserimento ovvero il reinserimento nel mercato del lavoro" (art. 54, c. 1). La durata di questo tipo contrattuale non può essere inferiore a 9 mesi, né superiore a 18, termine massimo da rispettare anche in caso di eventuali proroghe (art. 57, c. 1 e 3)[661].

Il contratto è stipulato in forma scritta e in esso deve essere specificamente indicato il progetto individuale di inserimento (art 56, c. 1). In mancanza di forma scritta il contratto è nullo e il lavoratore si intende assunto a tempo indeterminato (art. 56, c. 2).

Così come accade per i contratti di formazione e lavoro, i soggetti autorizzati a stipulare questi contratti sono molteplici e, anzi, può affermarsi che vi sia una vera e propria coincidenza rispetto al novero dei soggetti precedentemente individuati dalla legislazione in materia di contratti di formazione e lavoro. Infatti, possono stipulare contratti di inserimento: gli enti pubblici economici; le imprese e i loro consorzi; i gruppi di imprese; le associazioni professionali, socio-culturali, sportive; le fondazioni; gli enti di ricerca; le organizzazioni e associazioni di categoria (art. 54, c. 2)[662].

Per quanto concerne, invece, i lavoratori destinatari di tale normativa, per evitare di incorrere in sanzioni comunitarie, il legislatore, come si è già accennato, ha utilizzato una nozione di lavoratori svantaggiati che riprende in parte quanto stabilito dal Regolamento della Commissione europea n. 2204/2002. La platea dei destinatari dei contratti di inserimento comprende: soggetti di età

---

659 L'accordo è stato siglato tra Confindustria, Confcommercio, Confesercenti, Abi, Confservizi, Coldiretti, Cia. Confagricoltura, Confartigianato, Cna, Casartigiani, Cllai, Confinterime, Confederetecnica, Apla e Cgil, Cisl e Uil. Il testo dell'accordo è reperibile sul sito: www.unicz.it/lavoro.

660 In particolare nell'accordo sono stati individuati i contenuti minimi del progetto individuale di inserimento (su cui v. infra par. 8.2).

661 Per le persone riconosciute affette da un grave handicap fisico, mentale o psichico, la durata del rapporto di lavoro può essere estesa sino ad un massimo di trentasei mesi (art. 58, c. 1).
Nel computo del limite massimo di durata non si tiene conto degli eventuali periodi dedicati allo svolgimento del servizio militare o di quello civile, nonché dei periodi di astensione per maternità (art. 58, c. 2).

662 Rispetto alla previgente disciplina restano esclusi i professionisti che non svolgono attività in forma associata, a meno che non li si voglia fare rientrare nella nozione di impresa, in tal senso v. D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto d'inserimento*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, p. 271 ss.

compresa tra i diciotto e i ventinove anni[663]; disoccupati di lunga durata da ventinove fino a trentadue anni[664]; lavoratori con più di cinquanta anni di età che siano privi di un posto di lavoro; lavoratori che desiderino riprendere una attività lavorativa e che non abbiano lavorato per almeno due anni; le persone riconosciute affette, ai sensi della normativa vigente, da un grave handicap fisico, mentale o psichico; le donne di qualsiasi età purché residenti in una area geografica in cui il tasso di occupazione femminile[665]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[666]. Proprio sull'ultima categoria di soggetti svantaggiati emerge qualche dubbio di legittimità rispetto alla normativa comunitaria. Il regolamento comunitario, nell'individuare le categorie svantaggiate, si riferisce, infatti, alle donne "di un'area geografica al livello NUTS II 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 civili precedenti". Rispetto a questa indicazione, il legislatore nazionale sembra ampliare sensibilmente i margini per fare rientrare le donne tra le categorie svantaggiate, "rischiando (inoltre) di relegare le donne in un mercato di serie B"[667] ed entrando in conflitto, non solo con le indicazioni fornite a livello europeo sugli aiuti di Stato, ma anche con gli orientamenti più generali diretti a garantire la parità di trattamento tra uomini e donne.

I lavoratori assunti con contratto di inserimento sono esclusi dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e da contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti (art. 59, c. 2); in attesa della riforma del sistema degli incentivi all'occupazione, gli incentivi economici previsti in materia di contratti di formazione e lavoro trovano applicazione con esclusivo riferimento ai lavoratori assunti con contratto di inserimento (art. 59, c. 3); durante il rapporto di inserimento il lavoratore può essere sottoinquadrato (art. 59, c. 1)[668].

---

663 Fascia di lavoratori per i quali è esplicitamente esclusa l'applicazione degli incentivi economici (art. 59, c. 3).

664 Sono considerati disoccupati di lunga durata coloro i quali, dopo aver perso un posto di lavoro o avere cessato un'attività di lavoro autonomo, sono alla ricerca di una nuova occupazione da più di dodici mesi ovvero da più di sei mesi se giovani (ossia di un'età compresa tra i 18 e i 25 anni ovvero 29 se in possesso di un diploma universitario) (art. 2, d. lgs. 297/2002).

665 Quest'ultimo è determinato con apposito decreto del 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.

666 Critico sulla lunghezza eccessiva di questo elenco è GAROFALO MG., *Finalità formative e inserimento di categorie svantaggiate*, Schema della Comunicazione al Convegno su *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Napoli, 4-5 dicembre 2003. L'autore, pur consapevole della lunghezza ancora maggiore dell'elenco contenuto nell'art. 2 lett. f) del Regolamento 2204/2002, sottolinea come quest'ultima possa essere giustificata dalla funzione perseguita dal regolamento, ossia quella di autorizzare gli Stati a perseguire proprie politiche; mentre la funzione dell'elenco di cui al d.lgs. 276/03 sarebbe quella di praticare una propria scelta politica.

667 In tal senso v. RUSCIANO, *Contratti di lavoro a contenuto formativo: "apprendistato" e "inserimento"*, relazione al Convegno sulla Riforma del mercato del lavoro, organizzato dall'Unione Industriali, a Napoli, 1° dicembre 2003, dattiloscritto, p.10.

668 *Il contratto d'inserimento mira a promuovere l'occupazione di particolari categorie di soggetti svantaggiati agendo sulla domanda, se si considera che tra gli incentivi economici e normativi per questo contratto, il legislatore dispone che: "fatte 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" (art. 59, c. 2), a differenza di quanto avviene per i contratti di formazione lavoro, i lavoratori assunti con un contratto di inserimento sono esclusi anche dal computo dei limiti numerici previsti dalla l. 108/90 per l'applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti. Il terzo comma dell'art. 59 dispone, inoltre, che "in attesa della riforma del sistema degli incentivi alla occupazione, gli incentivi economici previsti dalla disciplina vigente in materia di contratto di formazione lavoro trovano applicazione con esclusivo riferimento ai lavoratori di cui all'art. 54, c. 1, lett. b), c), d), e) f)" (restano cioè esclusi i soggetti di età compresi tra i diciotto e i ventinove anni (art. 54, c. 1, lett. a). Tali incentivi consistono in una sensibile riduzione*

### 7.1. L'applicabilità della normativa generale sul contratto a termine

A ben vedere, il contratto d'inserimento si rivela essere un'ulteriore ipotesi di contratto a termine, per la cui stipulazione, a differenza di quanto stabilito dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, non viene richiesta alcuna causale tecnica, organizzativa, produttiva o sostitutiva, - quindi causali "oggettive" - ma è, invece, necessario che i lavoratori appartengano a specifiche categorie e che per essi venga predisposto un progetto individuale di adattamento delle proprie competenze professionali.

La riconduzione alla tipologia dei contratti a termine con causale soggettiva sembra anzitutto rinvenibile nella lettera della legge. Quest'ultima, infatti, espressamente stabilisce la necessità di apporre un termine al contratto di inserimento (art. 57), nonché l'applicazione, per quanto compatibile e salvo diversa indicazione da parte dei contratti collettivi, della disciplina dei contratti di lavoro a termine (art. 58, c. 1). Il legislatore, insomma, si discosta da quanto invece aveva previsto per i contratti di formazione e lavoro che, ai sensi dell'art. 10 del d.lgs 368/01, erano esclusi dall'applicazione della normativa dettata per i contratti a termine, fornendoci un preciso segnale della diversità funzionale esistente tra contratti di formazione e lavoro e contratti di inserimento.

L'art. 58, c. 1, non appare in alcun modo in contrasto con la specifica disciplina di questo nuovo contratto, dal momento che in essa l'aspetto formativo risulta ancora più ridimensionato rispetto al suo più diretto antesignano che era il contratto di formazione e lavoro "leggero". Senza nulla togliere alla cruciale questione della rilevanza del progetto formativo (su cui v. *infra* par. 8), sembra dunque avvalorata quella ricostruzione della famiglia dei contratti formativi che ne enfatizza gli elementi di affinità con il contratto a termine, considerando l'aspetto formativo come elemento che non incide sul profilo causale e che tutt'al più giustifica alcuni tratti, marginali, di specialità della disciplina.

Sulla base della regolazione legislativa dei contratti di inserimento e dei contratti a termine possiamo allora tentare di ricostruire più compiutamente il quadro normativo della nuova figura contrattuale[669].

Se, come si è visto, è sicuramente originale la causale per la quale può essere apposto un termine ai contratti di inserimento, per converso si possono ritenere applicabili anche a questi ultimi i limiti previsti per la stipulazione dei contratti a termine dall'art. 3 del d.lgs 368/01. Da tale norma discende il divieto di stipulare contratti di inserimento presso unità produttive nelle quali si sia proceduto a licenziamenti collettivi nei 12 mesi precedenti, o in cui siano in atto sospensioni dal lavoro con ricorso alla cassa integrazione guadagni straordinaria. Se, infatti, la *ratio* di questa limitazione alla stipula di contratti a termine è quella di evitare "frodi" alla legge, cioè l'espulsione

---

*della contribuzione previdenziale. In particolare, per le imprese artigiane e per quelle operanti nelle aree ad alta disoccupazione, la quota dei contributi previdenziali e assistenziali è dovuta in misura fissa e corrisponde a quella prevista per gli apprendisti (art. 8, c. 2, l. 407/90); in favore degli altri datori di lavoro, invece, si applica, sulle correnti aliquote retributive, una riduzione del 25% (art. 8, c. 1, l. 407/90), elevata al 40% per le imprese del settore commerciale e turistico con meno di quindici dipendenti (art. 8, c. 3, l. 407/90).*

669 Per una prima ricostruzione, cfr. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici nel decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, ottobre, 2003, in www.cgil.it, che lo considera tra i più "pericolosi" interventi posti in essere nella riforma del mercato del lavoro, ritenendolo uno strumento diretto alle "fasce più deboli del mercato del lavoro, attuato con il fine di ulteriormente marginalizzarle" (p. 29); MENGHINI - SPOLVERATO, *Commento sub. artt. 47 – 53 e 54 – 60*, in BROLLO, MATTAROLO, MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Milano, 2004, p185 ss.

di lavoratori già occupati, al mero fine di sostituirli con altri soggetti assunti con un tipo di contratto molto favorevole per il datore di lavoro rispetto ad un rapporto a tempo indeterminato[670], la medesima *ratio* ben può essere riferita ai contratti di inserimento in quanto contratti a termine. Per di più i contratti d'inserimento sono ancora più vantaggiosi per i datori di lavoro rispetto a quelli a tempo determinato, in quanto, oltre alla possibilità di predefinire la durata del rapporto, vengono riconosciuti incentivi normativi ed economici.

Analogamente a quanto avviene per i contratti a tempo determinato non sarà possibile stipulare contratti di inserimento per quelle aziende che non hanno effettuato la valutazione dei rischi di cui all'art. 4 del d.lgs 626/94. Il duplice obiettivo perseguito dal d.lgs 368/01 di incentivare indirettamente l'adempimento dell'obbligo di valutazione del rischio e garantire l'inserimento, anche se temporaneo, del lavoratore in realtà aziendali che offrano requisiti minimi di sicurezza, ben si adatta, infatti, anche ai contratti di inserimento[671].

Una volta stipulato il contratto, così come avviene per i lavoratori assunti a termine, sarà possibile apporvi un periodo di prova, ipotesi, tra l'altro, esplicitamente prevista dall'art. 54, c. 3, del d.lgs 276/03.

Anche per i contratti d'inserimento non sembra trovare ostacolo l'applicazione del principio di non discriminazione *ex* art. 6 del d.lgs 368/01 e la relativa sanzione in caso di inosservanza degli obblighi da essa derivati[672].

Così come sembra trovare applicazione la norma relativa ai diritti di informazione circa i posti vacanti che si rendessero disponibili nell'impresa, in modo da potere garantire ai lavoratori assunti con un contratto di inserimento la possibilità di ottenere posti duraturi (art. 9, c. 1, d.lgs. 368/01). Per la medesima finalità appare utilizzabile anche quella norma che affida ai contratti collettivi la possibilità di individuare un vero e proprio diritto di precedenza nella assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica, a favore di quei lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratti di inserimento (v. art 10, c. 9, d.lgs 368/01).

Ed ancora, così come avviene per il contratto a termine, il contratto d'inserimento potrà risolversi prima della sua naturale scadenza solo qualora sussista una giusta causa.

Se, poi, giunto a scadenza il contratto, il lavoratore continua a prestare la propria attività lavorativa si applicherà quanto stabilito dall'art. 5 del d.lgs 368/01. Pertanto, il datore di lavoro sarà

---

670 Sul punto cfr. MAUTONE, *Commento all'articolo 3 del decreto legislativo 368/01*, in BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, 2002, p. 119 ss.

671 Ultima ipotesi di divieto nelle assunzioni dei lavoratori a termine è quella legata alla possibile sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero (art. 3, lett. a). Se in linea di principio è immaginabile che la volontà di colpire il crumiraggio esterno, già emersa tra l'altro nella regolamentazione anche del lavoro interinale (art. 1, c. 4, lett. b, l. 196/97), possa estendersi alle diverse forme di lavoro flessibile e, quindi, anche al contratto di inserimento, nella prassi sarà difficile che un datore di lavoro ricorra ai contratti di inserimento per sostituire un lavoratore che sta esercitando il diritto di sciopero. Basta, infatti, ricordare che la durata minima di un contratto di inserimento è pari ad almeno 9 mesi.

672 L'articolo 12 del d.lgs 368/01 prevede che qualora il datore di lavoro non rispetti gli obblighi previsti dall'art. 6 del medesimo decreto è punito con una sanzione amministrativa che varia da un minimo di 25,82 euro ad un massimo di 1.032,91euro.

tenuto a versare una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto di lavoro[673], e solo trascorso il termine prefissato dallo stesso legislatore il contratto di inserimento potrà convertirsi in un contratto a tempo indeterminato[674].

Mantiene, invece, una sua specificità rispetto alle regole dettate per i contratti a termine, la disciplina della proroga. Mentre, infatti, per questi ultimi essa è ammessa, anche se solo per una volta, per ragioni oggettive che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato originariamente stipulato e solo qualora la durata del contratto sia inferiore e tre anni, nei contratti di inserimento la proroga è un evento eccezionale e, comunque, il rapporto di lavoro non potrà mai superare la durata massima stabilita dal legislatore (art. 57, c. 3).

## 8. I tratti di specialità della disciplina: il progetto formativo e la struttura del contratto di lavoro.

Pur essendo un contratto a termine, il contratto di inserimento presenta alcune caratteristiche che lo differenziano sensibilmente da quest'ultimo. In particolare, assume una rilevanza non da poco il progetto individuale di inserimento che, come si è detto, è "finalizzato a garantire l'adeguamento delle competenze professionali del lavoratore al contesto lavorativo" (art. 55, c. 1). Proprio quest'ultima espressione utilizzata dal legislatore riporta alla mente quanto è stabilito in materia di contratti di formazione e lavoro "leggeri" mirati ad "agevolare l'inserimento professionale mediante un'esperienza lavorativa che consenta un adeguamento delle capacità professionali al contesto produttivo e organizzativo" (art. 16, c. 2, lett. b), l. 451/94). Nei contratti d'inserimento sembra, quindi, che così come è accaduto per i contratti di formazione e lavoro "leggeri", l'elemento formativo si atteggi come un elemento caratterizzante, ma non al punto da incidere sulla funzione del contratto.

Da un'interpretazione letterale della norma sembrerebbe addirittura che il piano d'inserimento rientri tra gli elementi accidentali del contratto. Il legislatore, infatti, qualifica la "definizione del progetto individuale" come una "condizione" per l'assunzione con un contratto di inserimento (art. 55, c. 1). Se l'espressione utilizzata dalla legge andasse intesa nel suo preciso significato tecnico – giuridico, il progetto andrebbe ricondotto ad un evento futuro ed incerto al verificarsi del quale è subordinata l'iniziale efficacia del contratto.

Al di là del dato letterale è necessario, però, valutare se il piano di inserimento individuale, così come viene regolato dal d.lgs. 276/03, possa essere realmente ricondotto allo schema della condizione.

La condizionalità, nella sua configurazione giuridico-positiva, si articola in due momenti: la clausola condizionale e l'evento condizionante. L'una fa parte della dichiarazione nel suo contenuto di volontà; l'altra si colloca fuori dalla dichiarazione, in uno spazio e in un tempo diversi. Tra i due

---

[673] La maggiorazione della retribuzione è pari al 20% per i primi dieci giorni successivi alla scadenza del termine e del 40% per ciascun giorno ulteriore (art. 5, c. 1, d.lgs 368/01).

[674] L'art. 5, c. 2 del d.lgs 368/01 sancisce che se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il trentesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini. Per i contratti di inserimento, essendo la durata minima del contratto pari a 9 mesi, la sanzione della conversione scatterà solo dopo che il lavoratore continui a svolgere la sua prestazione per altri 30 giorni.

momenti esiste uno specifico collegamento perché l'evento condizionante reagisce sull'attuazione del programma predisposto dal dichiarante. In questo specifico collegamento, i due momenti integrano un caratteristico meccanismo giuridico che la legge mette a disposizione delle parti e del quale questi fanno uso inserendo nel contesto della dichiarazione di volontà la apposita clausola condizionale[675]. Tale meccanismo sembra potersi applicare anche al piano di inserimento individuale in cui la clausola condizionale, ossia la dichiarazione di volontà, potrebbe essere rappresentata dalla specificazione del progetto individuale d'inserimento che le parti sono tenute ad effettuare nel momento in cui stipulano il contratto (art. 56, c. 1); l'evento condizionante, invece, sarebbe rappresentato dal fatto che il medesimo progetto deve essere successivamente definito (art. 55, c. 1)[676].

Affinché un evento possa ascriversi alla condizione è necessario, però, che lo stesso, al momento della conclusione del contratto non si sia ancora verificato, né vi deve essere certezza in merito alla sua venuta ad esistenza. In altri termini, si deve trattare di un evento futuro ed incerto. Di conseguenza, se le parti si riferiscono ad un evento futuro (la successiva determinazione del piano di inserimento), ed incerto (in quanto la stessa potrebbe anche non realizzarsi), il progetto di inserimento potrebbe integrare una tipica condizione sospensiva potestativa[677].

Queste caratteristiche dell'eventualità e dell'incertezza non sempre, però, possono caratterizzare il piano d'inserimento. Dall'insieme della nuova normativa, infatti, non si ricava alcun dato che escluda la possibilità per le parti di definire anche il piano d'inserimento professionale nel momento in cui stipulano il contratto. Ed anzi si può immaginare che sarà questa l'ipotesi più frequente. Al di là del dato letterale, sembra, allora, più ragionevole ritenere che il piano d'inserimento non sia un elemento accidentale del contratto, bensì un elemento essenziale. In particolare sembrerebbe che esso entri a far parte del contenuto del contratto di lavoro, integrandone l'oggetto[678]. E, difatti, il rapporto di lavoro può assumere i contenuti più diversi, avuto riguardo altresì alla evoluzione della realtà economico – sociale e organizzativa in cui si cala. L'oggetto del rapporto di lavoro, insomma, è suscettibile di una estensione tale da farvi ricomprendere tutte le

---

675 Così, FALZEA, *La condizione*, in *Enc. giur. Treccani*, 2001, p. 1.

676 Come per qualsiasi condizione apposta ad un contratto, la funzione del progetto individuale sarebbe quella di adeguare lo schema contrattuale a particolari interessi delle parti, collegando gli effetti del contratto ad avvenimenti estranei che incidono sull'interesse delle parti a vincolarsi.

677 È come se le parti avessero preso in considerazione la eventuale difformità fra la realtà dei fatti e le aspettative dei contraenti, facendole entrare a fare parte del contenuto dell'accordo come una condizione. Qualora, nonostante la dichiarazione di volontà, il progetto non venga definito e, quindi, non si realizza l'evento condizionante, il contratto non potrà produrre i suoi effetti e, ove mai dovesse essere comunque eseguita la prestazione, la relazione giuridica andrebbe qualificata alla stregua dei comportamenti attuativi tenuti dalle parti, fatti salvi gli effetti della certificazione prevista dagli artt. 75 ss. del d.lgs. 276/2003. Sulla certificazione – che comunque non può riguardare i contratti con finalità formative -, v. Ghera, La certificazione dei rapporti di lavoro, in De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli L (cura di), op. cit. Nello stesso volume v. anche i contributi di: Avondola, Certificazione e legittimità costituzionale (p. 305 ss.); De Angelis, Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso? (p. 295 ss.); Gargiulo, Natura ed effetti del negozio certificato (p. 321); Ricci G., La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti (p. 329); Rusciano, La certificazione nel sistema del diritto del lavoro (p. 343 ss.); Russo, La certificazione dal "Libro Bianco" al decreto delegato (p. 337 ss.).

678 Il piano d'inserimento viene definito oggetto del contratto anche dall'accordo interconfederale dell'11 febbraio 2004. All'art 4, lett a), si legge, infatti, che nel progetto individuale di inserimento dovrà essere indicata anche "la qualificazione al conseguimento della quale è preordinato il progetto di inserimento/reinserimento oggetto del contratto".

attività che possono essere dedotte in un vincolo contrattuale[679], l'importante è, ovviamente, che esso presenti tutti i requisiti individuati dall'art. 1346 del cod. civ.

L'oggetto nel contratto di inserimento è quindi complesso, essendo costituito sia dall'attività lavorativa in senso stretto sia dall'attività "formativa" prevista nel piano d'inserimento. In particolare quest'ultima viene definita dal legislatore in maniera flessibile sia nella quantità sia nella qualità; di conseguenza il contenuto del progetto individuale d'inserimento potrà oscillare tra un minimo ed un massimo di formazione che le parti andranno a determinare, a seconda del soggetto da inserire o reinserire nel mercato del lavoro e dell'attività che lo stesso dovrà svolgere[680]. Una prima indicazione dei contenuti del piano d'inserimento viene fornita dall'accordo interconfederale dell'11 febbraio 2004, nel quale si stabilisce la necessità di prevedere "una formazione teorica non inferiore a 16 ore, ripartita fra l'apprendimento di nozioni di prevenzione antinfortunistica e di disciplina del rapporto di lavoro ed organizzazione aziendale … accompagnata da congrue fasi di addestramento specifico, impartite anche con modalità di *e-learning,* in funzione dell'adeguamento delle capacità professionali del lavoratore" (art. 6). Un percorso formativo per il lavoratore assunto con questo contratto deve, quindi, comunque essere sempre presente, né deve trarre in inganno quanto stabilito dall'art. 55, c. 3 del d.lgs. 276/03, in cui si stabilisce che "la formazione eventualmente effettuata durante l'esecuzione del rapporto di lavoro dovrà poi essere registrata nel libretto formativo". Con questa espressione, probabilmente, il legislatore, pur se con un linguaggio criptico, si riferisce alla formazione svolta all'esterno dei luoghi di lavoro. In altri termini è possibile immaginare che il piano d'inserimento potrà essere, di volta in volta, costruito con i contenuti più svariati in ordine al tipo di formazione (interna, esterna, affiancamento, *on the job*, ecc), nonché alla sua "quantità", fermo restando i requisiti minimi attualmente stabiliti dalle parti sociali.

---

[679] Evidenziano questa estensione dell'oggetto, anche se limitatamente all'attività lavorativa, SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli, 2000, p. 101 ss. V. anche MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetto del contratto di lavoro*, Napoli, 1974.

[680] Qualora le parti dovessero stipulare un contratto in cui il piano d'inserimento, regolarmente indicato, non venga adeguatamente definito, il legislatore individua i percorsi per una sua possibile determinazione. Un oggetto è, infatti, determinabile quando esistono dei "criteri" che ne consentono la determinazione. Questi criteri sono rinvenibili indirettamente nella norma che attribuisce alla contrattazione collettiva e, in via residuale e provvisoria, al Ministro del lavoro, il compito di individuare le modalità di definizione dei piani di inserimento con particolare riferimento alla realizzazione del progetto. Più specificamente l'art. 55 del d.lgs. 276/03 prevede che: 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 determinano, anche all'interno degli enti bilaterali, le modalità di definizione dei piani individuali di inserimento con particolare riferimento alla realizzazione del progetto, anche attraverso il ricorso ai fondi interprofessionali per la formazione continua, 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 di cui al comma 1 (art. 55, c. 2).
Qualora, entro cinque mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, non sia intervenuta, ai sensi del comma 2, la determinazione da parte del contratto collettivo nazionale di lavoro delle modalità di definizione dei piani individuali di inserimento, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali convoca le organizzazioni sindacali interessate dei datori di lavoro e dei lavoratori e le assiste al fine di promuovere l'accordo. In caso di mancata stipulazione dell'accordo entro i quattro mesi successivi, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali individua in via provvisoria e con proprio decreto, tenuto conto delle indicazioni contenute nell'eventuale accordo interconfederale di cui all'articolo 86, co. 13, e delle prevalenti posizioni espresse da ciascuna delle due parti interessate, le modalità di definizione dei piani individuali di inserimento di cui al comma 2 (art. 55, c. 3).
Il rinvio ad un'altra fonte di questi profili determina la non immediata applicazione di questo istituto e, forse, fornisce un'ulteriore chiave di lettura dell'accordo interconfederale che nel regolamentare il regime transitorio prevede, come visto, un considerevole prolungamento nell'uso dei contratti di formazione e lavoro.

### 8.1. L'apparato sanzionatorio.

Se spostiamo il piano dell'indagine dalla conclusione, dalla qualificazione e dall'efficacia del contratto a quello della sua "esecuzione", bisogna valutare cosa accade qualora al progetto di inserimento, regolarmente specificato nel contratto e altresì definito, non venga data attuazione. In prima battuta va rilevato come sia lo stesso legislatore a predisporre una sanzione di tipo amministrativo. Infatti, secondo l'art. 55, c. 5 del d.lgs 276/03, in caso di "gravi inadempienze nella realizzazione del progetto individuale di inserimento, il datore di lavoro è tenuto a versare la quota dei contributi agevolati maggiorati del 100 per cento".

Qualora, in altri termini, all'oggetto del contratto non venga data completa attuazione, il legislatore, in considerazione delle modalità con le quali dovrà essere realizzata la formazione e nell'ottica più complessiva della riforma dei contratti a contenuto formativo – tesi a valorizzare soprattutto l'apprendistato come negozio in cui la formazione assume un rilievo preponderante[681] -, ritiene che la sola prestazione di lavoro sia sufficiente ad esaurire i contenuti sinallagmatici del contratto di inserimento e la mancata esecuzione di una parte dell'oggetto del rapporto - rappresentato appunto dal piano d'inserimento - non possa dar luogo ad altro che ad una sanzione di tipo amministrativo[682].

D'altro canto, la tecnica legislativa prescelta ben si sposa con l'attuale funzione di questo nuovo contratto: promuovere l'occupazione attraverso una sensibile riduzione dei costi. Il legislatore, insomma, ritiene che una sanzione di questo tipo, diretta a incidere sui costi della prestazione

---

[681] Sul punto cfr. LASSANDARI, *Il tirocinio*, in questo volume; LOFFREDO, *I contratti con finalità formative: tra un passato incerto ed un futuro impossibile*, in DE LUCA TAMAJO – RUSCIANO – ZOPPOLI L. (a cura di), op. cit.

[682] Di parere contrario è ALLEVA, per il quale il progetto di inserimento, nonostante venga definito come "condizione" per l'assunzione con contratto di inserimento dall'art. 55 del d.lgs 276/03, non deve essere considerato come un evento futuro ed incerto cui è subordinata l'efficacia del contratto, bensì di "presupposto" per la nascita di questo specifico rapporto lavorativo. "Ciò, peraltro significa, che se il contratto d'inserimento deve di necessità contenere un accordo riguardante l'attività formativa o di riqualificazione di cui il lavoratore dovrà fruire, la mancanza in concreto di tale attività non potrà " a posteriori" che riqualificare nel senso della sussistenza di un normale rapporto di lavoro, lo stesso contratto iniziale", ALLEVA, *Ricerca e analisi*, cit.p. 300- 31; in senso conforme cfr. GAROFALO M.G., *Finalità formative e inserimento*, cit, e D'ONGHIA, op. cit.

Questa interpretazione del disposto normativo sembra fondata sulla nozione civilistica di "presupposizione". Quest'ultima ricorre quando una determinata situazione di fatto o di diritto, di carattere obiettivo possa, pure in mancanza di uno specifico riferimento delle clausole contrattuali, ritenersi tenuta presente dai contraenti stessi nella formazione del loro consenso come *presupposto comune* avente valore determinante ai fini del permanere del vincolo contrattuale. La presupposizione assume rilevanza quando la detta situazione passata o presente, ben nota ai contraenti, ovvero futura ma ritenuta di certa realizzazione, venga meno o non si realizzi nel corso del rapporto.

Per molto tempo si era negato ogni valore giuridico alla presupposizione, adducendo che i motivi del contratto sono in linea di principio irrilevanti per il diritto e che, per acquistare rilievo, debbono tradursi in una volontà contrattuale condizionata, ossia in una condizione sospensiva o risolutiva espressamente apposta al contratto (sulla nozione di presupposizione, cfr. Galgano, Diritto privato, Padova, 2001, p. 362 – 363; Pietrobon, Presupposizione (dir. civ,), in Enc. giur. Treccani, 1991, p. 1, ss.). La opposta soluzione, oggi accolta con sempre maggiore frequenza, soprattutto dalla giurisprudenza, tende a basarsi sull'applicazione delle clausole generali di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto; in altri termini, si tende a dare rilievo prevalente al sopraggiunto venire meno della funzione del contratto, al fatto che l'evento sopraggiunto ha prodotto una alterazione funzionale della causa rendendo non più giustificato lo scambio fra le prestazioni contrattuali. Tuttavia, affinché si possa parlare di presupposizione, è necessario che il venire meno della situazione di fatto e di diritto sia del tutto indipendente dalla volontà dei contraenti e non costituisca l'oggetto di una loro specifica obbligazione (in tal senso v. Trib. Arezzo, 8.5.1998, in Toscana giur., 1999, p. 10; Cass., 24.3.1998, n. 3083, in Giust. civ., 1998, I, c. 3161, con nota di Calderoni; Cass. 21.11.2001, in. 14629, in Rep. Foro It., 2003, Contratto in genere, n. 21). A ben vedere, invece, non solo il piano d'inserimento entra nel contenuto del contratto, in quanto le parti nel momento in cui stipulano il contratto d'inserimento devono specificare il piano, ma il fatto che ad esso non venga data realizzazione rileva, nel discorso svolto, unicamente in quanto riconducibile alla responsabilità di una delle parti.

lavorativa, sia quella più adatta a garantire una completa esecuzione dell'oggetto del contratto, visto che, in caso contrario, non solo il datore di lavoro perderà i benefici che lo hanno spinto a stipulare il contatto di lavoro, ma quest'ultimo assumerà un costo ancora maggiore.

Affinché queste sanzioni possano trovare applicazione è necessario, però, che l'inadempimento del datore di lavoro sia "particolarmente grave" (art. 55, c. 5). L'utilizzo di questa espressione riecheggia quella elaborata dalla giurisprudenza in materia di contratti di formazione e lavoro, e, di conseguenza, la gravità dell'inadempimento dovrebbe riguardare non solo l'aspetto per così dire "quantitativo", ossia il rispetto del numero di ore che il piano dedica alle diverse attività in esso previste, ma anche "qualitativo". Si dovrebbe cioè valutare in che modo il piano è stato attuato e soprattutto se esso è stato realizzato nei tempi realmente utili a favorire l'inserimento o il reinserimento del lavoratore in un dato contesto lavorativo. In quest'ottica la contrattazione collettiva assume un'importanza cruciale in quanto, nel determinare le modalità con le quali dovranno essere determinati i piani di inserimento, dovrebbe fornire anche precise indicazioni in merito alle tecniche e ai tempi entro i quali le stesse devono essere realizzate[683].

Il fatto di avere posto l'accento sulla natura amministrativa delle sanzioni correlate all'inadempimento relativo al piano di inserimento individuale non esclude la possibilità che a queste se ne possano aggiungere delle altre.

In primo luogo, se effettivamente il piano d'inserimento rientra tra gli oggetti del contratto di lavoro, la mancata esecuzione del piano formativo potrà incidere anche sulla rilevanza dell'adempimento dell'obbligazione, di conseguenza, oltre ai rimedi esplicitamente previsti dal legislatore nel d.lgs. 276, troveranno spazio anche quelli che il nostro ordinamento predispone in caso di mancata esecuzione dei contratti a prestazioni sinallagmatiche[684].

In secondo luogo, avendo ricondotto il contratto di inserimento alla disciplina dei contratti a termine, è possibile immaginare l'applicazione anche di un'ulteriore sanzione. Si è visto, infatti, come la possibilità di apporre un termine al contratto di inserimento in assenza di causali tecniche organizzative o sostitutive è collegato al fatto che il contratto venga stipulato con alcune categorie di lavoratori e che per esse sia previsto un piano d'inserimento professionale specifico. Qualora queste prescrizioni non vengono rispettate - se cioè il contratto viene stipulato con soggetti diversi da quelli predeterminati dal legislatore o il piano d'inserimento non viene specificato entro un lasso di tempo ragionevole o ad esso non viene data attuazione - cade l'elemento che giustifica l'apposizione del termine al contratto di lavoro. Di conseguenza il termine si avrà come non apposto e il contratto di inserimento (contratto a termine) si convertirà in un contratto di lavoro a

---

683 Nell'accordo interconfederale dell'11 febbraio 2004 viene, ad esempio, esplicitamente richiesto che la formazione antinfortunistica dovrà necessariamente essere impartita nella fase iniziale del rapporto di lavoro. Più in generale, sul ruolo della contrattazione collettiva nella gestione della formazione professionale, v. SANTUCCI, *Azione sindacale e regolazione dell'offerta formativa*, in REALFONZO – ZOPPOLI L. (a cura di), op. cit, p. 73 ss.

684 Trattandosi di un inadempimento parziale dell'obbligazione, il lavoratore, ad esempio, avrà il diritto di richiedere il risarcimento del danno ex art. 1218 cod. civ.

tempo indeterminato[685].

### 8.2. Il trattamento economico. Problemi di costituzionalità

Altra questione spinosa e centrale della nuova disciplina attiene alla possibilità di sottoinquadrare il lavoratore assunto con un contratto di inserimento. L'art. 59, c. 1, stabilisce infatti che: "la categoria di inquadramento del lavoratore può essere inferiore sino a due livelli rispetto alla categoria spettante ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedano qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali è preordinato il progetto di inserimento oggetto del contratto".

Si tratta di un incentivo di tipo economico, già previsto per i contratti di formazione e lavoro di tipo "pesante" (anche se il sottoinquadramento, in questo caso, è possibile per un solo livello contrattuale). Sull'argomento sono ben note le diverse pronunce giurisprudenziali tese a valutare le possibili questioni di costituzionalità rispetto all'art. 36 dei trattamenti economici differenziati adottati nei confronti dei lavoratori assunti con un contratto di formazione lavoro, nelle quali è stato posto l'accento sul profilo dello schema causale complesso del contratto di formazione e lavoro[686].

Ciò detto è abbastanza evidente che, pur nella rilevanza del piano di inserimento, la funzione di quest'ultimo si discosta sensibilmente da quella del progetto formativo presente nei contratti di formazione e lavoro di tipo "pesante".

In realtà, la questione può essere meglio inquadrata facendo ricorso a costruzioni sistematiche generali che riguardano l'obbligazione retributiva.

Mentre infatti può apparire difficile da giustificare un trattamento retributivo che vada ad intaccare la fascia della "retribuzione obbligazione sociale", ben diverse sono le valutazioni in ordine

---

[685] Questa ricostruzione poggia sulla convinzione che, nonostante, la recente riforma operata dal d.lgs. 368/2001 sui contratti a termine caratterizzata dall'introduzione di una "clausola generale" che legittima la stipulazione di questo tipo di contratti, la loro utilizzazione rimane pur sempre autorizzata dalla esistenza di quelle causali. Di conseguenza l'assenza di una di queste ragioni determina la conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato, anche in mancanza di una norma che esplicitamente preveda questa sanzione. Proprio questa mancanza di una sanzione espressa per l'ipotesi in cui il contratto a termine venga stipulato senza alcuna causale di tipo tecnico organizzativo – produttivo e sostitutivo, ha spinto una parte della dottrina a sostenere che l'illegittima apposizione del termine, anziché tradursi nella conversione del contratto a tempo indeterminato, rinvierebbe all'applicazione delle norme del codice civile in materia di nullità parziale. In particolare, il datore di lavoro potrebbe dimostrare la volontà ipotetica di non concludere il contratto senza il termine nullo con la conseguente nullità dell'intero contratto di lavoro (art. 1419, c. 2, cc) VALLEBONA, *Commento all'art. 1 del d.lgs. 368/01*, in MENGHINI (a cura di) *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, 2002, p. 65. Secondo un diverso indirizzo interpretativo, però, l'interpretazione appena proposta non applicherebbe in maniera corretta i principi in tema di invalidità parziale come stabilito nell'art. 1419, 2 c. cc. La norma, infatti, prevede che le singole clausole nulle non incidono sulla sopravvivenza del contratto quando esse sono sostituite di diritto da norma imperative. Peraltro la sostituzione della clausola nulla con la disposizione legale richiede soltanto l'esistenza di una norma imperativa violata, senza che vi sia la necessità che essa preveda espressamente la sanzione della nullità e l'effetto sostitutivo con la disposizione inderogabile. Sicchè la violazione delle norme legali relativamente ad una parte accidentale del contratto di lavoro non potrebbe che comportare la trasformazione del contratto in quello a tempo indeterminato; sul punto cfr. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Dir. lav. rel. ind*.,2001, p. 361 ss.

[686] V. Cass. 28.7.1995, n. 8270, in *Riv. it. dir. lav*, 1996, II, p.741, con nota di CARLUCCIO; Cass. 3.10. 1995, n. 10371, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3475. Cass. 29.1.1998, n. 887, in *Rep. Foro it*., 1999, voce Lavoro n. 441.Sul punto v. per il dibattito sul cd. "salario d'ingresso" D'AVOSSA, *Contratti di formazione e lavoro e retribuzione*, in *Dir. prat. lav*., 1990, p. 1898; MINERVINI, *Retribuzione e formazione*, in *Dir. lav.*, 1992, I, p. 440; ZOPPOLI L., *L'art. 36 e l'obbligazione retributiva* e ZOLI, *Parità di trattamento e retribuzione*, in CARUSO – ZOLI – ZOPPOLI L., *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Napoli, 1994, risp. pp. 137 ss. e 172 ss.; ZILIO GRANDI, *La retribuzione*, Napoli, 1996, p. 354 – 355; BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002.

alla "retribuzione corrispettivo"[687]. Varie possono essere le ragioni per giustificare una riduzione di quella parte dei trattamenti economici che stanno al di sopra del minimo vitale: dall'effettivo, oggettivamente riscontrabile, minore rendimento del lavoratore, apprezzabile anche sul piano del contratto individuale in considerazione della qualifica e della modalità di svolgimento del programma formativo, sino al diverso valore, anche retributivo, che per un lavoratore appartenente alle cd. categorie svantaggiate può avere un'esperienza lavorativa in determinati contesti socio-economici e in certe stagioni produttive, benché questa esperienza sia limitata nel tempo e con poche prospettive di stabilizzazione. Infatti, l'inserimento stabile sembrerebbe essere valorizzato dalla norma che subordina l'ulteriore ricorso ai contratti di inserimento al mantenimento in servizio di almeno il sessanta per cento dei lavoratori il cui contratto di lavoro dello stesso tipo sia scaduto nei diciotto mesi precedenti[688]. Questa norma, tuttavia, perde molto della sua efficacia se si vanno a leggere le numerose eccezioni poste dallo stesso legislatore per il computo numerico[689]. Insomma la disposizione sembra rendere possibili vari *escamotage* diretti, quanto meno, a ridurre il più possibile il numero di contratti che devono avere seguito oltre la scadenza.

In presenza di un minore rendimento del lavoratore, desumibile dalla necessità di affiancargli un progetto di inserimento individuale, e del diverso valore, anche retributivo, che per un lavoratore appartenente alle cd. categorie svantaggiate può avere un'esperienza lavorativa, la quantificazione della retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato non può comunque prescindere dalla valutazione concreta del lavoro, secondo parametri di mercato in vista di un sostanziale contemperamento tra art. 36 e art. 4 della Costituzione. Ciò porta, allora, a ritenere che, qualora la Corte Costituzionale venga chiamata in causa per valutare la legittimità di una tale norma, ben potrebbe valorizzare l'espressione "possono" utilizzata dalle norme per l'inquadramento dei lavoratori ad un livello inferiore rispetto alla qualifica che verrà acquisita. In altri termini una lettura dell'art. 59 del d.lgs 276/03 conforme a Costituzione potrebbe essere nel senso di considerare questa espressione come attributiva di una "facoltà" esercitabile anche dal singolo datore di lavoro, sempreché ricorrano i presupposti sopra individuati, non escludendo che, in mancanza dei medesimi presupposti, al lavoratore spetterà la retribuzione corrispondente alla qualifica per la quale è stato assunto.

In sostanza la precarietà economica si può giustificare per ragioni di difficoltà del mercato del lavoro, preferibilmente convalidate da una valutazione collettiva, che potrebbe e dovrebbe recuperare uno spazio significativo nella diffusione dei contratti di inserimento, attraverso l'individuazione "oggettiva" dei presupposti che possono giustificare un sottoinquadramento dei lavoratori. Fuori da queste cautele, la generalizzazione del sottosalario non sembra consentita neanche al legislatore – che, anzi, incontra i limiti dell'art. 3, oltre quelli dell'art. 36 - e non può giustificarsi con generiche esigenze di "manutenzione del capitale umano".

---

687 Per queste nozioni v. ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, spec. p.189 ss.

688 Questa tecnica normativa è particolarmente interessante, in quanto potrebbe prefigurare un buon punto di equilibrio tra una flessibilizzazione incentivante di qualsiasi occupazione di lavoro, anche precaria, non disgiunta dal favore per un'occupazione con maggiori garanzie di stabilità.

689 Non rientrano nel computo dei lavoratori quelli: che si sono dimessi, che sono stati licenziati per giusta causa, che al termine del rapporto di lavoro hanno rifiutato la proposta di rimanere in servizio con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, i cui contratti si sono risolti nel corso o al termine del periodo di prova, nonché un numero di contratti di inserimento non trasformati fino a quattro (art. 54, c. 2). Sul punto v. le critiche mosse sia da Alleva, *Ricerca e analisi,* cit., p. 29 sia da Garofalo, cit.

## 9. I contratti di formazione e lavoro nel pubblico impiego.

Anche il contratto di inserimento, come quasi tutti i "nuovi lavori" introdotti dal d.lgs 276/03, non trova applicazione nel pubblico impiego (art. 1, c. 2). Unica eccezione nell'universo delle pubbliche amministrazioni è la possibilità di stipulare contratti di inserimento da parte degli enti di ricerca: l'art. 54, c. 2, lett. e), tra i datori di lavori legittimati ad avvalersi del contratto di inserimento, inserisce, infatti, anche questi ultimi. Questa previsione trova, forse, una giustificazione per le supposte maggiori propensioni formative di tali enti e offre a questi ultimi un doppio binario per l'acquisizione di personale a termine con contratti a contenuto formativo. Infatti, gli enti pubblici di ricerca potranno optare per il contratto di inserimento – del quale sono state però già messe in evidenza le scarse finalità formative –, oppure procedere, come tutte le altre amministrazioni, nella stipulazione di contratti di formazione e lavoro, la cui sopravvivenza è prevista solo per il pubblico impiego[690]. Ed infatti l'art. 86, c. 9, del decreto dispone che «la vigente disciplina in materia di contratti di formazione e lavoro trova applicazione esclusivamente nei confronti della pubblica amministrazione».

Se ampio ed articolato è il discorso da farsi sul perché il legislatore ha escluso dalla generale riforma del mercato del lavoro le pubbliche amministrazioni[691], la questione si riduce sensibilmente quando si affronta il tema dei contratti a contenuto formativo.

In primo luogo vi è da rilevare come, a differenza di altri istituti, la disciplina dei contratti di formazione e lavoro non viene "abrogata", ma al contrario, viene esplicitamente mantenuta in vita dallo stesso legislatore (art. 86, c. 9)[692].

In secondo luogo, perché, nonostante nel corso degli anni si sia assistito ad una parificazione nell'uso di questo contratto nel pubblico e nel privato, l'esperienza ci dice che, se in passato è servito per sanare situazioni difficili[693], oggi esso viene utilizzato in misura piuttosto limitata, tanto

---

690 V. MAINARDI – SALOMONE, *L'esclusione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Le competenze delle Regioni a Statuto speciale e Province autonome*, in CARINCI F. (diretto da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, vol. I, Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, a cura di M. MISCIONE E M. RICCI, Milano, 2004. Si dimostra particolarmente critico su questa duplice opportunità riconosciuta agli enti pubblici di ricerca, RUSSO, Quale flessibilità per i lavori del settore pubblico: il problematico impatto del d.lgs. 276/2003, in Dir. Lav. Merc., 2004, n. 1 (in corso di pubblicazione).*

691 Sul punto cfr. ZOPPOLI L., *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni,* intervento al Convegno "*Sviluppo e occupazione nel mercato globale*" Napoli, 4. 5 dicembre 2003, i cui Atti, curati da FERRARO, sono in corso di pubblicazione. Lo scritto è, inoltre, destinato agli *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*.

692 Sul significato da attribuire al termine "abrogazione" utilizzato nel d.lgs 276/03 v. il commento di ZOPPOLI L., *Nuovi lavori*, cit, che lo legge come volontà di rendere sostanzialmente inapplicabili alcune norme e non eliminarle del tutto. Sul punto v. anche GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in CARINCI MT., op. cit.

693 Una prima esperienza di contratti di formazione e lavoro nelle pubbliche amministrazioni si ebbe, come anticipato, con la l. 285/77 che prevedeva la possibilità di utilizzare contratti formativi per la creazione e lo sviluppo di servizi socialmente utili. Questa normativa aveva una durata limitata ed era destinata esclusivamente ai soggetti di età compresa tra i quindici e i ventinove anni. Nonostante il contenzioso causato da quella esperienza di "emergenza", nel 1984 la l. 863 intervenne nuovamente sulla materia per consentire di stipulare contratti di formazione e lavoro agli enti pubblici economici. Ancora, si ricorda l'art. 18 della legge 88/1989 con il quale si attribuisce tale facoltà anche all'Inail e all'Inps. Il legislatore, insomma, si avvale di una tecnica che consente l'utilizzo del contratto di formazione e lavoro alle pubbliche amministrazioni solo con interventi specifici. È dal 1993, con la "privatizzazione" del pubblico impiego, che si abbandona questa tecnica e si consente a tutte le pubbliche amministrazioni di avvalersi dei contratti di formazione lavoro: il tutto viene però subordinato all'emanazione di un regolamento che non ha visto mai la luce. Pertanto, nonostante questa apertura formale, si continuava a poter ricorrere al contratto di formazione lavoro solo nei casi previste da alcune norme specifiche. Oltre a quelle sopra richiamate si aggiunge quanto previsto dall'art. 15 della l. 196/97, che estende tale possibilità anche agli enti

da poter parlare di una sua insignificante presenza nel lavoro pubblico[694].

Infine, non bisogna trascurare che la disciplina mantenuta in vigore, essendo ormai di applicabilità "limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche", potrebbe essere equiparata alla micro-legislazione cedevole che nel peculiare sistema delle fonti del lavoro pubblico può, in linea generale, essere derogata dai contratti collettivi in base all'art. 2, c. 2 del d.lgs 165/01[695]. In tal modo, qualora si ritenesse utile avvalersi delle regole previste per i contratti di inserimento, potranno essere proprio le parti sociali ad accostare, tramite i contratti collettivi, contratti di formazione e lavoro e contratti di inserimento[696].

## 10. Alcune valutazioni conclusive sui più recenti equilibri normativi.

Alla luce dell'analisi svolta risulta chiaro come la famiglia dei contratti formativi è, ad oggi, ancor più numerosa. In particolare sembra tuttora in via di assestamento la decisione di sostituire integralmente il contratto di formazione e lavoro con quello di inserimento: ciò sia per la disciplina transitoria, prontamente allestita dalle parti sociali, sia per la scelta, netta, di mantenere a tempo illimitato il contratto di formazione e lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

D'altronde le numerose approssimazioni ed incertezze nella regolamentazione del nuovo contratto d'inserimento non sembrano delineare un futuro radioso per la nuova stagione dei contratti formativi.

Quello che sembra emergere con una certa chiarezza è il fatto che il contratto di inserimento recupera soltanto una parte dell'esperienza dei contratti di formazione e lavoro, ossia quella dei cd. contratti di tipo "leggero", giacché la sua regolazione è essenzialmente finalizzata a realizzare l'esigenza di incoraggiare la domanda di lavoro attraverso una sensibile riduzione dei costi.

La finalità sembra in buona parte raggiunta se si pensa che, pur non prevalendo l'aspetto formativo, vengono attribuiti al datore di lavoro tutti gli incentivi economici previsti per il contratto di

---

pubblici di ricerca, e dal d.lgs. 368/99. Quest'ultimo, agli artt. 37 ss., disciplina un particolare contratto di formazione-lavoro tra le scuole universitarie di specializzazione in medicina e chirurgia ed il medico che ad esse si iscrive. Il contratto in questione pur prevedendo un'attività lavorativa, con relativa retribuzione fissa e variabile (art. 39), è chiaramente orientato a dare prevalenza al momento formativo rispetto a quello dell'utilizzazione della prestazione da parte del datore di lavoro. Infatti esso cessa alla data di scadenza del corso legale di studi oppure può essere anticipatamente risolto in caso di rinuncia al corso di studi, di prolungate assenze ingiustificate ai programmi di formazione, di mancato superamento delle prove stabilite per il corso di studi di ciascuna scuola di specializzazione (art. 37 c. 5) (Per un'analisi più dettagliata di quest'ultima normativa, v. ZOPPOLI L., *Università e riforma del mercato del lavoro*, Intervento al convegno organizzato dall'Università degli Studi di Padova il 2 febbraio 2004 e pubblicato su: www.unicz.it/lavoro). Finalmente, con il decreto 80/1998, viene sancita l'immediata applicazione per tutti i comparti della pubblica amministrazione della disciplina privatistica dei contratti di formazione e lavoro. Fermo restando, come per tutti i lavori flessibili, l'impossibilità della trasformazione in un contratto a tempo indeterminato. Sui contratti di formazione e lavoro nelle pubbliche amministrazioni v. DELFINO, Commento sub. Art. 36, in CORPACI – RUSCIANO – ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (d.lgs 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni ed integrazioni)*, in *Nuove leggi civ. comm*, 1999, p 1284; DI LASCIO, *I contratti di formazione e lavoro nella pubblica amministrazione*, in *Lav. pubb. amm.*, 2001, p. 693 ss.; IACONO, *La tipologia dei rapporti di lavoro*, in RUSCIANO - ZOPPOLI L. (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, p. 158 ss.

694 Da una ricerca svolta dall'Aran, il contratto di formazione e lavoro, considerando pure le punte massime registrabili negli enti di ricerca e negli enti pubblici non economici arriva allo 0,19% (in termini assoluti 37 contratti). Vedila nell'inserto su Gli istituti di lavoro flessibile nella pubblica amministrazione e nelle autonomie locali, a cura di Di Cocco – Matrogiuseppe – Tomasini, pubblicato sul numero 5 di Aran Newsletter, 2003.

695 Su tale norma v. RUSCIANO – ZOPPOLI L., *Commento all'art. 2*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L (a cura di), op. cit., p. 1071 ss; SPEZIALE – RICCARDI, *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in CARINCI F. – ZOPPOLI L. (diretto da), *Il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, Commentario,* Torino, 2004.

696 Così, ZOPPOLI L., *Nuovi lavori*, cit.

formazione e lavoro, indipendentemente dal fatto che questi contratti riescano a promuovere un inserimento stabile del lavoratore. Si ricorda che i medesimi incentivi erano sempre riconosciuti nel caso in cui il datore di lavoro si avvalesse del contratto di formazione e lavoro "pesante", in cui come si è visto, l'elemento formativo assume tratti di indubbia rilevanza; per i contratti di formazione "leggeri" gli incentivi erano invece condizionati alla trasformazione in contratti a tempo indeterminato.

D'altro canto la promozione di un inserimento stabile dei lavoratori assunti con un contratto d'inserimento riposa soltanto sulla pressione indiretta esercitata sul datore di lavoro dalla norma che legittima l'assunzione di ulteriori lavoratori con contratto di inserimento solo qualora il datore di lavoro abbia mantenuto in servizio almeno il 60% dei lavoratori precedentemente assunti con questo tipo di contratto. Peraltro si tratta di una norma che, come si è visto, prevede troppe eccezioni perché possa ritenersi pienamente soddisfacente.

Sicché, nel valutare i più recenti equilibri normativi della materia, la tecnica utilizzata al fine di promuovere l'occupazione di alcune categorie di lavoratori pare essere perseguita in maniera più incerta e meno efficace di quanto non lo fosse in precedenza con il contratto di formazione e lavoro "pesante". A questo si aggiungano i problemi di legittimità costituzionale connessi alla possibilità di sottoinquadrare il lavoratore, problemi risolvibili solo se tale possibilità non si considera automatica. Né vanno trascurati i "rischi" connessi alla scelta di ricondurre il contratto di inserimento nell'ambito della disciplina applicabile ai contratti a termine che, come si è visto, potrebbe determinare, in assenza degli elementi che legittimano l'apposizione del termine al contratto di lavoro, la conversione dello stesso in un contratto a tempo indeterminato.

Comunque, per valutare se le misure previste siano realmente in grado di promuovere la diffusione dei contratti di inserimento, sarà necessario attendere la riforma "annunciata" sul sistema degli incentivi, in piena coerenza con la funzione del contratto di inserimento, che è quella di incrementare l'occupazione - non necessariamente stabile - attraverso una riduzione dei costi del lavoro.

# Il lavoro a tempo parziale*

Stefania Scarponi

1. Dalla prima alla seconda riforma del lavoro a tempo parziale. 265

2. Il contenuto dell'art. 46 d. lgs. n. 276 del 2003: le modifiche introdotte al testo del d. lgs. n. 61 del 2000. 266

3. Profili di contrasto della riforma con la direttiva 97/81 Ce alla luce della giurisprudenza costituzionale 268

4. La nuova nozione dell'orario di lavoro 271

4.1. Il lavoro a part - time orizzontale 271

4. 2. segue: *e verticale* 272

4.3. Il campo di applicazione e la fattispecie del lavoro intermittente 272

5. La disciplina del lavoro supplementare e straordinario 273

5.1. Il lavoro supplementare e l'irrilevanza del consenso individuale "in presenza" della disciplina negoziale: profili di illegittimità. 274

5.2. Lavoro supplementare e autonomia individuale 274

5.3. Il lavoro straordinario 275

6. Elasticità e flessibilità della prestazione 276

6.1. Effetti dell'abrogazione della clausola di ripensamento e strumenti alternativi di tutela. 276

6.2. Le nozioni di "flessibilità" ed "elasticità". 277

6.3. Coordinamento tra autonomia collettiva e autonomia individuale 278

6.4. Persistenti limiti all'autonomia individuale come interpretazione costituzionalmente vincolata dell'art. 3, comma settimo 279

7. Le modifiche dell'apparato sanzionatorio e risarcitorio 280

8. Il criterio di computo dei lavoratori ai fini dell'applicazione del Titolo III dello Statuto dei lavoratori 281

9. Il rinvio ai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, ovvero alla contrattazione aziendale 282

10. La tutela delle patologie oncologiche 285

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 18/2004

11. Riferimenti bibliografici 286

## 1. Dalla prima alla seconda riforma del lavoro a tempo parziale.

Il contenuto della riforma dedicata alla disciplina del lavoro a tempo parziale (Alleva, 2003; Caruso 2003 a e 2003b; Voza 2004, 237) è fortemente influenzato dal dibattito originato dal primo decreto attuativo della direttiva 97/81 costituito dal d. lgs n. 61 del 2000. L'attuale riscrittura di molte sue disposizioni è basata sul presupposto della non conformità agli obiettivi di politica sociale posti dal diritto comunitario, ed indicati nei *considerando* della direttiva 97/81 Ce quale in particolare quello di *"facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da tener conto dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori",* a causa del ritenuto sbilanciamento del primo atto di trasposizione a favore di questi ultimi (Tiraboschi - Russo 2003; Vallebona 2000, 353). Conviene, pertanto, in primo luogo soffermarsi su tale critica, in relazione al corretto adempimento degli obblighi comunitari. Al riguardo, va ricordato che il d. lgs. n. 61 del 2000 si era conformato anche ad altri obiettivi sociali emergenti dai "considerando" dell'Accordo europeo, costituiti dalla eliminazione delle discriminazioni dei lavoratori a tempo parziale ed alla promozione delle pari opportunità uomo – donna nel mercato del lavoro, nonché alla conciliazione tra vita familiare e vita professionale (Scarponi 1999, 399; Bavaro 2001; Roccella - Treu 2002, 168), predisponendo una gamma di soluzioni ora in larga misura oggetto di revisione o di abrogazione.

Anzitutto, veniva incentivata la diffusione del lavoro a tempo indeterminato, ispirata alla promozione di occupazione stabile, sia mediante sgravi contributivi sia attraverso restrizioni all'applicazione degli istituti della flessibilità dell'orario nei confronti del lavoro a termine. Questi ultimi, inoltre, erano filtrati mediante lo strumento della *doppia chiave,* ovvero attraverso la combinazione del rinvio all'autonomia collettiva con il riconoscimento della rilevanza giuridica del consenso individuale del lavoratore, a tutela delle istanze personali di flessibilità, coordinamento realizzato con modalità differenziate, a seconda che la modifica riguardasse la collocazione temporale oppure il lavoro supplementare (Bolego 2000, 430). Al riguardo, non possono essere trascurate neppure le critiche di segno opposto a quelle sopra ricordate, espresse nei confronti delle modalità con le quali i contratti collettivi hanno disciplinato la materia secondo il rinvio legislativo contenuto nel vecchio testo del d. lgs. n. 61, rendendo il lavoro a tempo parziale dotato di flessibilità in misura molto elevata, tale da sollevare fondati dubbi circa la sua compatibilità con la salvaguardia delle esigenze proprie dei lavoratori, ed ancor più delle lavoratrici, che costituiscono il maggior numero di coloro che sono disponibili ad essere assunte con tale tipo di contratto (Brollo 2002a, 723). Critiche che avrebbero dovuto indurre ad ulteriori restrizioni, semmai, nei confronti della contrattazione collettiva, onde rispettare il principio che, in omaggio alla *flexicurity,* tende ad evitare le conseguenze negative in termini di maggiore dequalificazione e precarizzazione nel mercato del lavoro ed a promuovere al contrario la "qualità" del lavoro a tempo parziale come strumento di effettiva inclusione sociale.

Il contemperamento con le esigenze di flessibilità organizzativa delle imprese era realizzato, oltre che nella determinazione dell'orario di lavoro affidata all'autonomia individuale, mediante la disciplina non particolarmente restrittiva del lavoro supplementare e straordinario prestato in deroga alle previsioni dei contratti collettivi, consentendo in tal modo una "via di fuga" dal contratto collettivo riservata all'autonomia individuale (Brollo 2002a, 723).

La disciplina descritta aveva combinato le diverse esigenze connesse al termine "flessibilità" (Perulli 2003c, 385) - secondo le teorie economiche che attribuiscono al rapporto a tempo parziale l'attitudine a realizzare con reciproco vantaggio interessi non coincidenti (Edwards - Robinson

1998) - mediante un modello inedito tendente a riconoscere l'adattamento organizzativo delle imprese, insieme alla funzione devoluta ai sindacati, dotati di una particolare rappresentatività, di controllo delle ripercussioni negative sull'occupazione derivanti da forme di eccessiva flessibilizzazione dell'orario del lavoro a tempo parziale, ed infine le istanze individuali connesse al tempo "di non lavoro" in modo da attenuare la subordinazione del lavoratore. Tenuto conto dell'equilibrio cosi realizzato, e dell'opera di razionalizzazione che ha investito altri profili - quali quelli inerenti al meccanismo sanzionatorio in caso di violazione del requisito della forma scritta, non più previsto *ad substantiam,* nonché l'applicazione del principio *"pro rata temporis"* al trattamento da riservare al lavoratore a tempo parziale, gli aspetti previdenziali, ed infine l'abrogazione della facoltà di introdurre "contingenti" limitativi del ricorso a rapporti di lavoro a tempo parziale (Miscione 2000, 3065) - il d. lgs. n. 61, secondo il testo previgente, non può certo essere complessivamente considerato inadempiente all'obiettivo di eliminare gli ostacoli giuridici alla diffusione del lavoro a tempo parziale richiesto dalla direttiva 97/81. Ne è conferma la valutazione positiva operata in sede europea, secondo il recente rapporto presentato nell'agosto 2003 dalla European Foundation for the improvement of living and working condition di Dublino, dal titolo *Working time preferences and working – life balance in the EU: some policy considerations for enhancing the quality of life(*www.eurofound.eu.int).

## 2. Il contenuto dell'art. 46 d. lgs. n. 276 del 2003: le modifiche introdotte al testo del d. lgs. n. 61 del 2000.

Dell'assetto descritto restano invariate le disposizioni relative alla modalità di conclusione del contratto di lavoro, salvo il venir meno dell'obbligo relativo alla comunicazione alla Direzione provinciale del lavoro (art. 85, ult. comma del d. lgs. n. 276). Restano altresì invariate le norme relative al divieto di discriminazione ed applicazione del principio *pro rata temporis,* nonché gli artt. 9, riguardante il trattamento previdenziale, che ha subito soltanto alcuni aggiustamenti (Renga 2004), l'art. 10, riguardante il rapporto con le pubbliche amministrazioni, che resta escluso dal campo di applicazione della riforma, e l'art. 12 sulla verifica concertata È stato introdotto altresì l'art. 12 - *bis,* che riguarda la tutela delle patologie oncologiche.

Le modifiche introdotte dal d. lgs. n. 276, all'art. 46, consistono in aggiornamenti, abrogazioni, sostituzioni del contenuto di alcune norme del d. lgs. n. 61. L'aggiornamento, reso necessario dalle intervenute modifiche del quadro normativo, riguarda la nozione di lavoro a tempo pieno, contemplata nella definizione del lavoro a tempo parziale, che viene ora riferita all'orario normale di lavoro di cui all'art. 3, comma primo, del d. lgs. n. 66 del 2003, e non più alla norma di cui all'art. 13 della legge n. 196 del 1997; nonché le assunzioni a termine, ora prive di limiti che non siano quelli previsti dal d. lgs. n. 68 del 2001.

Le modifiche del d. lgs. n. 61 del 2000 riguardano profili strutturali della disciplina in materia.

A) Si registra anzitutto il ridimensionamento del ruolo dei sindacati nazionali e del contratto collettivo "qualificato", dal momento che è stata eliminata l'assistenza da parte dei sindacati nazionali nei confronti dei soggetti sindacali a livello decentrato, ovvero le r. s. a. oppure le r. s. u. nella procedura di negoziazione (art. 1 del d. lgs. n. 61), ed abrogato il rinvio ai contratti collettivi nella determinazione delle modalità applicative del rapporto di lavoro a tempo parziale nel settore agricolo, che viene così "liberalizzato", pur non potendosi naturalmente escludere, in base al principio di libertà sindacale, la diffusione della contrattazione collettiva su base puramente volontaria.

Inoltre, la funzione dei contratti collettivi nel controllo della "flessibilità", sia dell'orario sia delle forme del rapporto di lavoro a tempo parziale, è fortemente attenuata dal riconoscimento all'autonomia individuale della facoltà di regolare la materia in assenza della disciplina contrattuale collettiva.

B) Ciò non significa che sia privilegiata la concezione che assegna valore primario al consenso individuale. In senso contrastante alla tutela della "personalizzazione" del tempo di lavoro si prevede un nuovo regime del lavoro supplementare, che - oltre ad abrogare l'obbligo legale di corrispondere la maggiorazione retributiva, in caso di superamento dei limiti massimi posti dai contratti collettivi – non prevede come requisito necessario il requisito del consenso individuale, che secondo il regime previgente era comunque indispensabile, ma soltanto se la materia non sia oggetto di regolamentazione da parte dei contratti collettivi. Inoltre, pur essendo ribadito il principio, di fonte comunitaria, secondo il quale l'eventuale rifiuto non costituisce in nessun caso giustificato motivo di licenziamento, è stata abrogata la parte della disposizione che ne escludeva altresì il rilievo disciplinare. Viene meno, infine, il diritto al *"consolidamento"* del maggior orario relativo al lavoro supplementare svolto in via non meramente occasionale, che corrispondeva all'interesse del lavoratore all'aumento della durata, e della retribuzione.

C) La stessa critica va rivolta alla nuova disciplina in materia di clausole di elasticità e flessibilità, che è stata intensamente rivisitata.

Neppure in questo ambito è più riconosciuta la funzione autorizzatoria dei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi: sono le parti del contratto di lavoro, a mente del comma settimo dell'art. 3, che possono concordare clausole flessibili relative alla variazione della collocazione temporale della prestazione stessa. Dunque, se da un lato viene riconfermato il rinvio ai contratti collettivi per la determinazione delle condizioni e modalità in relazione alle quali il datore di lavoro può effettuare la variazione, dall'altro, in assenza di tale disciplina, le parti sono libere di pattuire al riguardo. Una seconda innovazione riguarda il fatto che sia prevista non soltanto la diversa collocazione temporale, ma anche la facoltà di aumentare la durata dell'orario, nella fattispecie riguardante il rapporto a tempo parziale verticale o misto, anche in questo caso sulla base del consenso individuale. Quanto ai presupposti procedurali per l'esercizio del potere di variare la collocazione oppure la durata dell'orario di lavoro, il periodo di preavviso viene ridotto da 10 a 2 giorni lavorativi, fatte salve intese fra le parti, mentre è ribadito il diritto a specifiche compensazioni, nella misura e nelle forme stabilite dai contratti collettivi.

Resta ferma, a tutela del principio di volontarietà, la previsione che condiziona la legittimità delle clausole in oggetto alla sottoscrizione di apposito patto scritto, il cui rifiuto non integra il giustificato motivo di licenziamento. Il patto potrà essere stipulato al momento dell'assunzione, con l'assistenza di un componente della rappresentanza sindacale aziendale, ma solo su richiesta del lavoratore.

È stato abrogato il diritto al "ripensamento", che era previsto in favore del lavoratore il cui orario fosse stato modificato, in presenza di determinate circostanze giustificative[697] (Papaleoni 2000,

[697] Quest'ultima, a mente dell'art. 3, comma decimo, ora sostituito, consiste nel diritto in capo al lavoratore, decorsi cinque mesi dal mutamento di orario, di denunciare, in forma scritta, il patto di elasticità, in presenza di determinate condizioni, quali esigenze di

357; Bolego 2000, 437; Scarponi 2001, 23; Alessi 2001, 70), abrogazione che solleva numerose questioni, sia circa la tecnica di delega, sia di conformità ai principi costituzionali e alla "clausola di non regresso" (v. *infra* par. 3 e par. 6).

D) In materia di lavoro a tempo determinato, le restrizioni e gli incentivi verso la promozione dell'occupazione stabile non sono più previste. Infatti le clausole elastiche o flessibili, nel senso anzidetto, sono applicabili anche al rapporto di lavoro a termine, secondo l'art. 3, comma decimo, e gli incentivi economici, ricondotti nell'ambito della materia degli aiuti di Stato e della riforma sugli incentivi all'occupazione, sono previsti anche in caso di assunzioni a termine.

E) Relativamente all'apparato rimediale e sanzionatorio, l'art. 8 del d. lgs. n. 61 contiene due nuovi commi – 8, comma secondo - *bis* e 8, comma secondo - *ter.* Il primo attiene allo svolgimento del rapporto secondo modalità flessibili senza il rispetto delle previsioni ricordate. In tal caso si prevede il diritto, oltre alla retribuzione dovuta, ad un ulteriore emolumento a titolo di risarcimento del danno. Il secondo ribadisce per le parti la possibilità di concordare direttamente le clausole elastiche o flessibili in caso di carenza dei contratti collettivi.

F) In materia di strumenti di incentivazione del lavoro a tempo parziale, di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 61, il diritto di trasformazione del rapporto del *part - timer* in caso di nuove assunzioni a tempo pieno è ora condizionato ad apposita previsione nel contratto individuale di lavoro; inoltre, in caso di richiesta di trasformazione del rapporto, nell'ipotesi di nuove assunzioni di lavoratori a tempo parziale, non è più prevista la motivazione dell'eventuale rifiuto da parte del datore di lavoro.

È stato rivisto il criterio di computo dei dipendenti impiegati a tempo parziale, ai fini della determinazione delle soglie occupazionali riferite all'applicazione del Titolo III dello Statuto dei lavoratori, che si conforma a quello già previsto negli altri casi, ovvero in modo direttamente proporzionale all'orario svolto.

*G)* Viene infine disciplinato *ex novo* il diritto alla riduzione dell'orario mediante trasformazione del rapporto in uno a tempo parziale, previsto nel solo caso del lavoratore affetto da patologie oncologiche, per il quale residui una ridotta capacità lavorativa, con modalità orizzontali oppure verticalei, nonché la reversibilità su semplice richiesta, ai sensi del nuovo art. 12 – *bis.*

## 3. Profili di contrasto della riforma con la direttiva 97/81 Ce alla luce della giurisprudenza costituzionale

Per valutare la portata della recente riforma, che in materia ribadisce la natura di provvedimento di trasposizione della direttiva – come si evince dall'art. 3 della legge – delega n. 30 del 2003 - occorre ricordare l'ulteriore vincolo posto dalla Corte costituzionale[698] nella pronuncia di rigetto della richiesta di referendum abrogativo dell'art. 5 della legge n. 863 del 1984, che costituiva la prima fonte normativa del rapporto a tempo parziale: in particolare la necessità di non abrogare

---

carattere familiare, di tutela della salute, se certificate dal servizio sanitario pubblico, esigenze di svolgimento di un'altra attività, subordinata oppure autonoma, esigenze di studio o formazione, oppure altre che fossero individuate dai contratti collettivi, fornendo idonea documentazione. Tale denuncia non può avere effetto prima di un mese, salvo il consenso del datore di lavoro ad abbreviarne i termini.

[2] Corte costituzionale n. 45 del 2000, in *RGL,* 2000, II, 171.

tale disciplina valutata conforme alla direttiva, senza la contemporanea sostituzione con altre disposizioni conformi, onde non violare il principio di non regresso, del pari contenuto nell'atto comunitario (Alleva 2000, 3; Scarponi 2001, 23; Brollo 2001, 17). Alcune soluzioni contenute nel testo del d. lgs. n. 61, particolarmente in materia di flessibilità della prestazione e clausole elastiche, trovano qui la loro giustificazione. La revisione della materia verso margini più ampi di flessibilità rispetto a quelli previsti dall'art. 5 della legge n. 863, come interpretato dalla Corte costituzionale, secondo la sentenza n. 290 del 1992 (Bavaro – M. L. De Cristofaro 2000, 481), ha infatti dovuto approntare strumenti alternativi ed equivalenti di tutela del lavoratore, fra cui la c. d. "clausola di reversibilità". La sua abrogazione pone pertanto delicati problemi di violazione sia del principio costituzionale, sia del diritto comunitario, oltre a sollevare altre perplessità di cui si dirà nel prosieguo del paragrafo.

Una puntualizzazione è richiesta dalla formulazione della clausola 6.2 nell'Accordo – quadro, che – pur confermando il principio generale secondo il quale la trasposizione della Direttiva non costituisce giustificazione valida per ridurre il livello generale di protezione dei lavoratori nell'ambito coperto dall'atto normativo - ammette *il diritto degli Stati membri di sviluppare, tenuto conto dell'evoluzione della situazione, disposizioni legislative, normative o contrattuali differenti.* L'esercizio di tale prerogativa, che lascia un margine di valutazione al legislatore nella procedura di trasposizione, è tuttavia vincolato anzitutto al mutare della "situazione", formula che, sia pur vaga, implica l'esigenza di motivare la ragione che induce a modificare la disciplina interna, e circoscrive la discrezionalità sul punto, che altrimenti vanificherebbe il principio in questione. Opzioni differenti in materia di lavoro a tempo parziale potrebbero essere motivate, per es. dalla scarsa efficacia del quadro preesistente rispetto all'obiettivo della diffusione di tale rapporto, che dovrebbero peraltro essere comprovate da analisi appropriate, in senso sociologico e statistico, pur nella consapevolezza della difficoltà di ricavare dati certi ed utili alla complessa operazione di valutazione dell'impatto occupazionale di determinati provvedimenti legislativi. Al contrario, se si guarda ai dati Istat, risulta un incremento del ricorso al rapporto a tempo parziale nel 2002, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 61, pur rimanendo inferiore alla media europea

Neppure risulta rispettato l'ulteriore vincolo posto dalla direttiva 97/81, che impone di valorizzare l'autonomia collettiva nell'individuazione degli ostacoli di tipo giuridico o amministrativo che impediscono la diffusione del lavoro a tempo parziale. In tal senso, la clausola n. 5 dell'Accordo europeo, alla lett. a) impone agli Stati membri obblighi di consultazione nei confronti delle parti sociali al momento della trasposizione; alla lett. b), affida alle parti sociali il compito di individuare gli ostacoli di ordine giuridico ed amministrativo che possono essere rimossi. La prima si riallaccia alle regole in materia di trasposizione delle direttive comunitarie secondo il Patto di Natale del 1998, che ha previsto lo strumento della "concertazione sociale", come presupposto dell'emanazione degli atti normativi di trasposizione, che in questo caso è mancato rispetto alla legge – delega n. 30 del 2003.

La seconda previsione è stata solo formalmente rispettata dall'art. 3, lett. e) della legge – delega, che, oltre ad individuare alcune soluzioni tecniche ritenute conformi allo scopo della maggior

diffusione del lavoro a tempo parziale[699] ha stabilito quale norma di chiusura *"l'abrogazione di ogni disposizione in contrasto con l'obiettivo dell'incentivazione del* part - time, *fermo restando il rispetto dei principi e delle regole contenute nella direttiva 97/81CE del Consiglio del 15 dicembre 1997"* senza contemplare in alcun modo la previsione di procedure bilaterali, che avrebbe ridotto l'ampiezza della delega sul punto, a sua volta motivo di illegittimità (Caruso 2003a).

L'art. 46 del d. lgs. n. 276 del 2003, è doppiamente carente, pertanto, sotto il profilo dell'adempimento degli obblighi discendenti dal diritto comunitario, che pure avrebbero dovuto essere rispettati anche in virtù della riforma costituzionale, secondo il disposto di cui all'art. 117, comma primo, Cost.

Un ragionamento particolare richiede l'abrogazione del c. d. *"diritto di ripensamento",* avvenuta in carenza di delega specifica sul punto, ed in contrasto, altresì, con la disciplina negoziale posta dai contratti collettivi dell'ultima tornata, che ne ha recepito in molti casi una versione analoga a quella prevista dal d. lgs. n. 61 del 2000, mostrando con ciò di non considerare tale istituto come un ostacolo ma anzi una soluzione opportuna per ampliare il grado di accettazione delle modalità elastiche e flessibili della prestazione lavorativa in capo ai lavoratori e delle lavoratrici (Stenico 2003). L'esistenza di tale disciplina negoziale non pone solo problemi di coordinamento con il nuovo quadro normativo in relazione al rapporto tra fonte legale e autonomia collettiva (v. *infra § 6*), ma riveste anche una valenza sistematica dall'angolo visuale del rispetto del diritto comunitario. Oltre ai dubbi sopra evidenziati di ordine procedurale, per violazione del metodo consensuale imposto dalla direttiva e per violazione della legge - delega che nulla prevede al riguardo, rileva la lacuna prodottasi sul piano normativo in relazione alla mancata previsione di adeguati strumenti a tutela di esigenze fondamentali del dipendente a tempo parziale, e corrispondenti ad obiettivi tipizzati dalla direttiva europea, quali la tutela della possibilità di intraprendere altra occupazione, di cura familiare e di accrescimento professionale, con la conseguenza di indurre ad una minor propensione degli stessi lavoratori, e soprattutto lavoratrici, alla costituzione di questo tipo di rapporto *(infra* par. 6.1).

Altri dubbi di legittimità vengono suscitati, dalle modifiche che infrangono la regola del "non regresso" come quelle appena segnalate che riducono la portata dell'incentivazione del lavoro a tempo parziale, in caso di nuove assunzioni, (supra *§ 2, F) ,* e non si giustificano in alcun modo, essendo del tutto conformi al contenuto della D. 97/81 per la promozione del lavoro a tempo parziale.

Sotto altro angolo visuale, per quanto riguarda il perseguimento degli obiettivi di politica sociale, un fattore di contraddizione vistosa rispetto all' espansione del contratto di lavoro a tempo parziale è costituito dalla contestuale scelta del legislatore di favorire l'occupazione di categorie di soggetti, già considerati come destinatari del rapporto a tempo parziale, mediante altri contratti

---

[699] Essi consistono: a): nell'agevolazione del lavoro supplementare, nelle ipotesi di part-time orizzontale, secondo modalità o ipotesi individuate dai contratti collettivi, o in mancanza, sulla base del consenso del lavoratore interessato; b)nell'agevolazione delle forme c. d. *flessibili ed elastiche del lavoro* a *tempo parziale verticale e misto,* anche sulla base del consenso; c) nell'estensione per via legislativa di tali forme di flessibilità anche al contratto a tempo determinato e a *part - time;* d) nella revisione delle norme sulla tutela previdenziale che agevolino l'utilizzo del lavoro a tempo parziale da parte di lavoratori anziani, al fine di contribuire alla crescita del lavoro giovanile; e) nell'estensione del criterio applicativo *pro rata temporis* in proporzione all'orario svolto a tutte le norme legislative e contrattuali collegate alla dimensione dell'organico aziendale.

di lavoro subordinato che possono presentare fattori di maggior convenienza per il datore di lavoro, quali il contratto di inserimento oppure il contratto di lavoro intermittente, realizzando una competitività fra fattispecie negoziali a statuto giuridico differenziato che provoca il rischio di "destrutturazione del diritto del lavoro" (Mariucci 2002, 3; F. Carinci 2002, 3), oltre a sollevare dubbi di legittimità più stringenti, come nel caso della sottrazione della fattispecie del lavoro intermittente dall'ambito di applicazione del regime previsto per il lavoro a tempo parziale (v. *infra* par. 4. 3).

Infine, l'abbandono del necessario filtro dell'autonomia collettiva, alla cui carenza sopperisce l'autonomia individuale, lascia il dubbio che le forme di flessibilità accentuata consentite dalla riforma abbiano la funzione di volano per la diffusione del lavoro a tempo parziale rispondente soprattutto alle esigenze di aggiustamento organizzativo delle aziende, ovvero alla "adattabilità", senza perseguire con altrettanto vigore l'obiettivo delle "pari opportunità" che pure costituisce parimenti uno dei pilastri delle politiche occupazionali europee.

## 4. La nuova nozione dell'orario di lavoro

Tra le novità indotte dall'esigenza di aggiornamento rispetto alle recenti modifiche intervenute nel tessuto normativo, si segnala quella relativa alla definizione dell'orario nel rapporto a tempo pieno, parametro di riferimento necessario per la nozione del lavoro a tempo parziale orizzontale. Si è infatti proceduto, nel nuovo testo dell'art. 1, comma secondo, all'abrogazione del rinvio all'art. 13 della legge n. 196 del 1997 per sostituirlo con la nozione introdotta dall'art. 3, comma primo, del d. lgs. n. 66 del 2003 (Del Punta 2003d; Ricci 2003; Tiraboschi 2003g; Papaleoni 2003; Leccese 2004), il quale a sua volta ribadisce, senza variazioni sul punto rispetto al previgente art. 13, della legge n. 196 del 1997, la durata di 40 ore settimanali quale orario normale di lavoro, salva la possibilità di introdurre una durata media, mediante previsioni dei contratti collettivi, in un periodo non superiore all'anno. Resta invariato all'art. 1, comma secondo, il riferimento all'orario che risulta dalla minore durata indicata dai contratti collettivi, che, dunque, essendo rilevante per definire la fattispecie del rapporto a tempo parziale, dispiega effetti sul versante legale e non solo su quello contrattuale, come invece avviene per il rapporto a tempo pieno (Leccese 2004, 201). Tale riferimento è utile anche per superare il profilo problematico che si delinea nel coordinamento tra il nuovo quadro di riferimento inerente la materia del tempo di lavoro rispetto alla definizione del lavoro a tempo parziale "orizzontale" e "verticale".

### 4.1. Il lavoro a part- time orizzontale

Occorre puntualizzare che l'art. 1, lett. c), del d. lgs. n. 61 del 2003 è rimasto invariato, basando la definizione di lavoro a tempo parziale orizzontale sulla riduzione di orario rispetto all'orario normale "giornaliero" di lavoro. Al contrario del sistema previgente, quest'ultimo resta ora privo del riferimento alla nozione ricavabile dall'art. 1 del d. lgs. n. 692 del 1923, ovvero alla durata normale di otto ore (a cui potevano essere sommate due ore di lavoro straordinario), se si aderisce alla tesi dell'intervenuta l'abrogazione di tale disposizione, secondo il contenuto dell'art. 19, comma secondo, del d. lgs. n. 66 del 2003 (Del Punta 2003d; Ricci 2003; Allamprese 2003; Tartaglione 2003, 419; Papaleoni 2003, 443; D. Garofalo 2003, 997; *contra* dubitativamente Ricci 2004, 197). La durata dell'orario normale giornaliero potrà essere comunque ricavata dalla disciplina posta dai contratti collettivi, sia nazionali sia aziendali, secondo il più ampio rinvio disposto dalla riforma. Nelle ipotesi in cui anche tale definizione negoziale sia assente, si dovrà optare per l'applicazione del criterio del lavoratore comparabile a tempo pieno, di cui all'art. 4 del d. lgs. n. 61

del 2003, che riveste carattere di norma basilare per l'impianto dell'intera legge, così come della direttiva 81/97 Ce e nella citata Convenzione OIL (Scarponi 1999), affermandosi poi in altri ambiti (Chieco 2002,767).

La riforma non incide sulla soluzione data alla possibilità di introdurre l'orario multiperiodale, nel caso in cui sia tale l'orario giornaliero normale, praticato da chi lavora a tempo pieno "variabile", ovvero come durata media entro coordinate massime di durata settimanale (Bavaro 2001, 35), nel rispetto, tuttavia, dell'art.2, comma secondo, del d. lgs. n. 61 del 2000, invariato, a mente del quale nel contratto individuale è data "puntuale indicazione della durata e della collocazione temporale della prestazione lavorativa con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno". I margini di flessibilità, anche sulla base di pattuizioni individuali, per il lavoro a tempo parziale orizzontale riguardano esclusivamente la collocazione e non la durata (v. *infra* par. 6).

### 4. 2. segue: *e verticale*

Per quanto attiene il lavoro a tempo parziale verticale, il riferimento all'orario di lavoro giornaliero, come è noto, è il parametro diretto per la determinazione dell'orario della prestazione lavorativa. L'assenza della nozione legale di orario normale induce a considerare rilevante per la determinazione dell'orario indicato nel contratto di lavoro quello risultante dalla disciplina posta dal contratto collettivo, nazionale oppure aziendale, ove applicato, o dall'orario praticato dal lavoratore "comparabile". La nuova regolazione dell'orario di lavoro introdotta dal d.lgs. n. 66 del 2003 solleva altresì la questione interpretativa circa la sopravvivenza o meno dei limiti di durata massima dell'orario giornaliero, a seguito delle abrogazioni conseguenti alla riforma in materia, rispetto alla quale si è profilata la tesi della ritenuta coincidenza con i limiti derivanti per differenza dalla durata del riposo giornaliero, a cui si oppone tuttavia la diversità di funzione tra i due istituti nonché l'incertezza sugli effetti abrogativi (Leccese 2004, 197).

Un secondo motivo di riflessione riguarda l'applicazione dell'orario modulare, secondo oscillazioni variabili da settimana a settimana, e conseguente utilizzazione della "durata media" della prestazione lavorativa per i lavoratori a tempo pieno, In materia l'art. 4 del d. lgs. n. 66 del 2003 prevede che non possa essere superata la durata massima delle 48 ore ogni 7 giorni, comprese le ore straordinarie, e che tale durata media sia riferita ad un periodo di 4 mesi, elevabile fino a 6, ovvero fino a 12 mesi, a fronte di ragioni obiettive. La sua applicazione anche al lavoratore a tempo parziale verticale è più problematica, dal momento che la durata del rapporto di lavoro potrebbe non essere estesa all'ambito temporale mensile o annuale rispetto al quale si calcola la "durata media". Il superamento dell'orario normalmente praticato in determinati periodi, se non è compensato in altri, si rifletterà pertanto sulla qualificazione della prestazione in eccedenza, vuoi come ore di lavoro straordinario, vuoi come "elasticità" della prestazione, ovvero variazione in aumento nella durata della prestazione, secondo le innovazioni contenute nell'art.3, c.7 d.lgs. n. 61, che potrà essere riferita anche alle oscillazioni della durata giornaliera dell'orario normale (v. *infra par.6*).

### 4.3. Il campo di applicazione e la fattispecie del lavoro intermittente

Senza soffermarsi in questa sede sulla disciplina del lavoro intermittente, non possono tuttavia essere tralasciate alcune osservazioni, che prendono spunto dalla nozione di lavoro a tempo parziale. Data l'assenza di una soglia di durata minima di orario come requisito costitutivo della fattispecie, che corrisponde all'indicazione sul punto propria della direttiva 81/97 Ce, è dubbia la

legittimità dell'art. 33 del d. lgs. n. 276 del 2003, riguardante la fattispecie del lavoro intermittente, introdotta nel nostro ordinamento sulla base delle indicazioni del Libro Bianco e successivamente della legge – delega di riforma del mercato del lavoro.

In merito occorre rilevare come la scelta di politica sociale emersa nel diritto comunitario, e nell'Accordo europeo sul rapporto a tempo parziale, sia quella di evitare che, ponendo requisiti di soglia minima – che pure potrebbero svolgere funzione di garanzia di un minimo salariale – si escludano dal campo di applicazione della relativa disciplina quei rapporti la cui durata è talmente limitata da ritenersi occasionale, con una scelta di politica sociale che sarebbe gravata da forti dubbi di opportunità per il rischio di indurre fenomeni di precarizzazione (Romei 1996, 424). Benché la diretiva 81/97/Ce ammetta che gli Stati membri possano escludere dal suo campo di applicazione le prestazioni su base occasionale, in modo parziale o totale, si tratta di una eventualità che richiede il rispetto di tre condizioni: la preventiva consultazione con le parti sociali, secondo le norme o le prassi di relazioni sindacali in atto; l'esistenza di ragioni oggettive; e l'obbligo di rivedere periodicamente tale soluzione "esclusiva" per accertare se le ragioni obiettive che l'hanno determinata rimangano valide. Ciò indica la volontà del legislatore europeo di predisporre un processo di graduale riconduzione delle fattispecie diverse dallo *standard* tipico del lavoro a tempo parziale ad una fase a regime, in cui gli scostamenti da tale standard siano estremamente ridotti (Scarponi 1999, 406 ss.). Va ricordato, altresì, che anche altri ordinamenti presenti nel panorama europeo circondano tale istituto di molte cautele, per le stesse ragioni inerenti i possibili effetti di iper - precarizzazione che ne sono la conseguenza (Perulli 2003c, 335).

Al riguardo, come si è sopra ricordato, la distinzione strutturale della fattispecie del lavoro intermittente non è certo esente dal dubbio di aggiramento dei limiti alla configurabilità del rapporto di *part - time* a chiamata, risultante dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale, dovuto al fatto che si tratta di un rapporto di lavoro configurabile come rapporto di lavoro a tempo parziale verticale, il cui tempo di lavoro, concordato tra le parti, è di zero ore, salva la facoltà di "chiamata" da parte del datore di lavoro (Roccella 2003).

## 5. La disciplina del lavoro supplementare e straordinario

Una delle innovazioni più discusse, ancora in fase di elaborazione del decreto in esame, riguarda la modifica della disciplina in materia di lavoro supplementare e straordinario. Nella disciplina previgente, l'*assenza di un obbligo giuridico* di eseguire la prestazione eccedente l'orario normale, rafforzando la capacità di resistenza individuale, rendeva strutturalmente meno fragile l'autonomia del singolo lavoratore e più sfumata la sua subordinazione, e la valorizzazione del consenso ad ogni richiesta di eseguire lavoro supplementare, secondo l'approdo interpretativo in merito (Alessi 2001, 87) permetteva di correggere lo svolgimento in senso permissivo della disciplina di fonte collettiva, come è avvenuto in molti settori. Infine, il riconoscimento della volontà adesiva del lavoratore consentiva di integrare l'autonomia collettiva con quella individuale, rispettando i diversi ambiti e funzioni: alla prima di esprimere l'interesse collettivo sotteso alla valutazione delle ripercussioni sull'occupazione del ricorso al lavoro supplementare, o straordinario, attraverso la determinazione dei tetti massimi e la tipizzazione delle ragioni organizzative, alla seconda di personalizzare, a seconda delle esigenze individuali in senso adesivo o contrario alla richiesta, il proprio tempo di lavoro e di non lavoro.

### 5.1. Il lavoro supplementare e l'irrilevanza del consenso individuale "in presenza" della disciplina negoziale: profili di illegittimità.

L'assetto attuale, nel prevedere il consenso individuale solo in carenza dei contratti collettivi, fa presumere che la disciplina posta da questi ultimi conferisca al datore di lavoro un potere unilaterale di variazione dell'orario di lavoro, rendendo irrilevante la "volontarietà" di tale svolgimento del rapporto nei confronti del lavoratore. Si tratta di una soluzione da respingere, tuttavia, per diverse considerazioni. Ma prima di approfondire tale profilo, va chiarito che in ogni caso lo svolgimento del lavoro supplementare incontra il limite applicativo connesso alla salvaguardia dei beni di rango costituzionale che sovente costituiscono la ragione della scelta del lavoratore verso il lavoro a tempo parziale – quali la conciliazione tra il lavoro professionale e l'essenziale funzione familiare, l'istruzione o la formazione professionale oppure ancora il diritto a raggiungere tramite altra occupazione il livello di retribuzione sufficiente. Il ricorrere di tali circostanze costituisce motivo di legittimo rifiuto da parte del lavoratore di svolgere la prestazione di lavoro supplementare, pena il venir meno, in caso contrario, della tutela di tali beni fondamentali, come era stato sostenuto anche in rapporto all'art. 5 della legge n. 863 del 1984, fondato sul divieto derogabile ad opera dei contratti collettivi (M. L. De Cristofaro 1992; Alessi 1995, 111). Si tratta di un'interpretazione che trova conferma anche nell'assetto fatto proprio dalla disciplina dei contratti collettivi dell'ultima tornata (Stenico 2003) e coerente con la direttiva europea, che impone, come si è più volte ricordato, di utilizzare modalità di regolazione del rapporto di lavoro a tempo parziale in modo da soddisfare contemporaneamente sia le esigenze del datore di lavoro sia quelle dei lavoratori e delle lavoratrici, nonché la promozione delle pari opportunità e della conciliazione con la cura familiare.

Anche così circoscritta la portata della nuova disposizione, emergono varie ragioni che inducono a prospettarne l'illegittimità. In primo luogo, rispetto al diritto comunitario, il difetto della "volontarietà" che dovrebbe caratterizzare lo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo parziale, in maniera peculiare rispetto al rapporto a tempo pieno, secondo il principio previsto con carattere di prescrizione minima inderogabile dalla direttiva 97/81 Ce, rende la disciplina sul punto in contrasto con la direttiva europea. In secondo luogo, la mancanza del consenso personale allo svolgimento del lavoro supplementare non è coerente con la struttura del contratto a tempo parziale che, data la prestazione lavorativa ad orario ridotto come oggetto del contratto, fa ritenere che non si configuri in merito alcun esercizio del potere direttivo del datore di lavoro (Pinto 2003, 9; Voza 2004, 243), come è confermato dalla previsione relativa alla necessità del consenso del lavoratore in assenza del contratto collettivo. L'ipotesi, infatti, non è assimilabile a quella del lavoratore ad orario pieno a cui sia richiesto di prestare il lavoro straordinario, come già rilevato criticamente in dottrina in merito alla circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 3 aprile 2001 (Brollo 2002a, 743).

### 5.2. Lavoro supplementare e autonomia individuale

L'ipotesi di "carenza" di disciplina a carattere collettivo si è tradotta nella modifica dell'art.3, comma 3 *(ove la prestazione del lavoro supplementare non (è) prevista e regolamentata dal contratto collettivo)* che prevede l'ammissibilità del ricorso al lavoro supplementare, senza tuttavia infrangere il principio volontaristico basato sul consenso individuale. Una conseguenza rilevante riguarda possibili effetti sistemici sul versante sindacale in ordine alla minor propensione dei datori di lavoro alla contrattazione collettiva, e suscita anche in questo caso il dubbio della violazione del principio di non regresso in relazione alla diversa ed originaria disciplina sul punto, basata sulla

tecnica del divieto del lavoro supplementare individualmente inderogabile, secondo il disposto dell'art. 5 della legge n. 863 del 1984.

È ben vero che si potrebbe sostenere, in senso contrario, la tesi secondo la quale il consenso del lavoratore al ricorso al lavoro supplementare costituisce una soluzione in grado di tutelare efficacemente le esigenze personali di quest'ultimo, coerentemente al principio volontaristico ribadito dalla direttiva europea. Essa non appare convincente, tuttavia, considerando anzitutto che l'assenza della disciplina di fonte collettiva impedisce di definire i tetti massimi e le circostanze legittimanti il ricorso al lavoro supplementare, con la conseguenza che i soli limiti posti all'autonomia individuale consistono nel raggiungimento dell'orario normale proprio del tempo pieno, senza neppure l'obbligo di corrispondere alcuna maggiorazione retributiva. Se tale soluzione può al limite apparire conveniente nei confronti del lavoratore che abbia accettato il rapporto di lavoro a tempo parziale in mancanza di occasioni di lavoro a tempo pieno, ovvero nel c. d. *part - time* involontario, non lo è nelle ipotesi in cui la scelta sia dipesa da ragioni che impediscono di accettare un'occupazione a *full – time.* In quest'ultimo caso non è certo trascurabile l'obiezione tradizionale che pone in luce l'effetto deterrente del *metus* che caratterizza la situazione di subordinazione. a cui non pone adeguato presidio la previsione secondo la quale l'eventuale rifiuto non integra il giustificato motivo di licenziamento, essendo ben nota la possibilità in capo al datore di lavoro di esercitare pressioni in altre forme sul proprio dipendente, e se si considera poi che è stata abrogata l'esimente relativa alla responsabilità disciplinare.

Infine non va sottovalutata la conseguenza che potrebbe dispiegarsi sul più generale assetto dell'orario nel tempo parziale, ben potendosi stipulare contratti ad orario estremamente ridotto salvo richiesta di lavoro supplementare, senza diritto a compensi retributivi aggiuntivi, che aggirerebbero sostanzialmente sia l'obbligo di indicare nel contratto individuale, in modo puntuale, oltre alla collocazione, anche la durata della prestazione, sia la disciplina in materia di flessibilità ed elasticità della prestazione (v. *infra* par. 6).

### 5.3. Il lavoro straordinario

La riforma ha introdotto una modifica all'art. 3, comma quinto, d. lgs. n. 61, nel senso che è stata abrogata la parte della norma che consentiva il lavoro straordinario *"in relazione alle giornate di attività lavorativa",* e che aveva anche portata definitoria nel senso che erano da considerare prestazioni straordinarie quelle che coincidevano con il superamento dell'orario normale giornaliero corrispondente al tempo pieno (Bavaro 2001, 42; Alessi 2001, 95; Papaleoni 2000, 220). L'attuale abrogazione di questa parte della disposizione è da porre in relazione al nuovo referente normativo al riguardo, costituito dall'art. 1, lett. c), del d.lgs. n. 66 del 2003, che definisce lavoro straordinario *"la prestazione aggiuntiva rispetto all'orario normale, stabilita dall'art. 3",* ovvero quella contenuta nel limite delle 40 ore settimanali, o nel minor limite stabilito dai contratti collettivi, e fermo restando l'ammissibilità di "durata media" sulla base di disciplina di fonte collettiva. Se si applicasse al lavoratore a tempo parziale integralmente ed esclusivamente tale disciplina si arriverebbe al paradosso che le ore straordinarie sarebbero tali solo in caso di superamento del limite settimanale. È tuttora controverso, peraltro, che nel nuovo quadro normativo sia venuto meno definitivamente il limite normale di durata giornaliera (v. *supra* par. 5). Inoltre, la durata giornaliera rileva in via negoziale, dato l'obbligo di specificarla nel contratto individuale di lavoro, insieme agli altri referenti temporali, costituiti dalla settimana, mese, ed anno, ai sensi dell'art. 2, comma primo, del d. lgs. n. 61, rimasto invariato, che costituisce pertanto il parametro

per individuare altresì il lavoro straordinario giornaliero, fermo restando poi il quesito circa la durata massima giornaliera, di cui si à detto (v. *supra* par. 4.2).

Un'ulteriore novità si segnala circa la controversa questione relativa alla prestazione effettuata in altre giornate della settimana, o del mese o dell'anno, ulteriore rispetto a quella concordata, ma inferiore al limite settimanale di 48 ore. Essa va definita non come lavoro supplementare (Bavaro 2001, 34), che secondo la definizione legislativa di cui all'art. 3, comma primo, riguarda il solo rapporto a tempo parziale orizzontale, ma come "elasticità" della prestazione, consistendo nella variazione della durata, secondo il nuovo disposto dell'art. 3, comma settimo (v. *infra,* par. 6).

Un interrogativo è posto dal venir meno della regola del regime previgente, secondo la quale i limiti di durata dello straordinario, a carattere trimestrale e annuale, venivano riproporzionati in relazione alla ridotta durata della prestazione lavorativa (Allamprese 2000, 139; Alessi 2001, 91) secondo l'ultima parte dell'art. 3, comma quinto, ora abrogato. Anche in questo caso, l'abrogazione non dovrebbe tuttavia produrre conseguenze giuridiche apprezzabili, in quanto la regola in questione discende direttamente dall'applicazione di uno dei principi cardine della direttiva 97/81 Ce, ovvero il principio di *pro rata temporis,* secondo il quale le condizioni di lavoro ed il trattamento applicabile al lavoratore a tempo parziale si conformano al criterio del riproporzionamento dei diversi istituti alla minor durata della prestazione lavorativa.

## 6. Elasticità e flessibilità della prestazione

Come si è ricordato, la riforma ha modificato in parte il regime previsto per l'elasticità della prestazione lavorativa, pur mantenendo fermo il principio per cui l'introduzione di clausole che consentono al datore di lavoro di modificare la collocazione lavorativa, e ora anche la durata nell'ipotesi del lavoro a tempo parziale verticale o misto, è condizionata alla preventiva stipulazione di un apposito patto scritto, il cui rifiuto non può integrare in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento.

Le modifiche attengono a numerosi aspetti tra cui – oltre l'assenza di vincoli all'introduzione delle clausole elastiche nel contratto a tempo determinato, ed alla riduzione del periodo di preavviso da 10 a 2 giorni, salvo diverse intese fra le parti - spicca l'abrogazione della "clausola di ripensamento" mediante la quale si è notevolmente affievolito il margine di tutela delle istanze personali del lavoratore (v. *supra* par. 2), per cui nuovo quadro resta così privo di uno strumento indispensabile a garantire l'equilibrio tra le istanze contrapposte. Residua infatti ora esclusivamente la parte della disposizione che assevera l'elasticità soltanto in funzione delle esigenze del datore di lavoro, affidando alla contrattazione collettiva "la determinazione delle modalità e delle condizioni in relazione alle quali *il datore di lavoro* può modificare la collocazione della prestazione lavorativa oppure aumentarne la durata".

### 6.1. Effetti dell'abrogazione della clausola di ripensamento e strumenti alternativi di tutela.

Rinviando a quanto già osservato in merito alla illegittimità di tale tecnica di attuazione della legge – delega, occorre precisare che il disvalore attribuito alla clausola di "reversibilità", ritenuta ostacolo alla diffusione del rapporto di lavoro a tempo parziale, non pregiudica comunque la validità ed efficacia della disciplina di fonte negoziale volta alla predisposizione di analoghi strumenti di tutela delle istanze del dipendente, che anzi corrispondono agli obiettivi di politica sociale più volte ricordati e riconosciuti in ambito sovranazionale. D'altra parte, le finalità indicate dall'art. 3, comma settimo, del d. lgs. n. 61 per lo svolgimento della contrattazione collettiva non possono

precostituire limiti alla attività negoziale secondo il principio di libertà sindacale: i contratti collettivi, nazionali oppure aziendali, oltre a stabilire i requisiti oggettivi che legittimano la variazione dell'orario di lavoro possono comunque prevedere particolari modalità che risultino idonee a salvaguardare anche le esigenze del prestatore di lavoro, come si è verificato nella recente tornata contrattuale, quali un preavviso più lungo oppure la richiesta presentata in forma scritta (Alessi 2001, 77). Né l'abrogazione del "diritto di ripensamento" dispiega alcun effetto immediato sulla disciplina dei contratti collettivi sviluppatasi in materia - come nel settore tessile, metalmeccanico - che oltre a stabilire i presupposti per la variabilità dell'orario ha introdotto peculiari soluzioni che riconoscono il diritto individuale di reversibilità oppure il diritto di rifiutare la modifica dell'orario di lavoro, a fronte di particolari circostanze (Stenico 2003), pur sollevando dubbi circa il mantenimento di tali discipline nel futuro. Anche in assenza di specifiche disposizioni al riguardo, non è priva di rilievo la posizione giuridica del lavoratore che abbia sottoscritto il patto di elasticità sulla base della cornice normativa precedente, di cui il diritto alla reversibilità costituiva un elemento portante, secondo il principio *tempus regit actum.*

Non va comunque trascurato il rilievo dispiegato dal rango costituzionale di taluni interessi protetti: dall'art. 4, comma primo, relativamente allo svolgimento di altra occupazione, all'art. 37, comma primo, circa l'essenzialità della cura familiare, all'art. 32 Cost, in materia di tutela della salute; o di interessi preminenti ai fini della realizzazione delle scelte di politica occupazionale europea quale la formazione professionale rispetto alla "occupabilità" del lavoratore. Esso determina, sul versante degli obblighi contrattuali legati al rapporto di lavoro, la configurazione di un giustificato motivo di rifiuto della variazione della collocazione della prestazione lavorativa, ove ricorrano circostanze legate alla protezione di tali interessi, invocabile anche in deroga al patto di flessibilità sottoscritto, posto che in caso contrario il lavoratore potrebbe essere costretto a rinunciare al posto di lavoro, in contrasto con gli obiettivi dichiarati sia dalla direttiva 97/81 sia dalla legge - delega. Tale conclusione è avvalorata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, sia in materia di clausole elastiche, sia in tema di criteri di trasposizione della direttiva europea sul lavoro a tempo parziale, sopra richiamate. Ne deriva l'illegittimità della sanzione disciplinare comminata in caso di rifiuto della variazione di orario connesso a situazioni di particolare importanza: si pensi alla mancata frequenza ad un corso di formazione che impedisca di ottenere un particolare titolo di studio, oppure la mancata assistenza ad un figlio o ad un familiare gravemente ammalato, oppure alla impossibilità di effettuare particolari terapie, uniche in grado di curare determinate patologie, che non rientrino nella fattispecie prevista dall'art. 12 – *bis* (v. *infra* par. 10).

### 6.2. Le nozioni di "flessibilità" ed "elasticità".

Altra novità della riforma, come è già stato segnalato, attiene alla facoltà di variare non soltanto la collocazione temporale – definita come *flessibilità* - ma altresì la durata della prestazione – definita come *elasticità* - nella sola fattispecie del contratto a tempo parziale verticale o misto. Quest'ultima innovazione è fondata sull'opinione che considerava legittima la variazione della durata in aumento della prestazione sulla scorta della ritenuta compatibilità con i principi sanciti dalla Corte costituzionale (Alaimo 1987, 466; Ichino 1988, 125; De Luca Tamajo 1987, 19; *contra,* Morgera 1990, 10; Alesse 1988, 236), e dunque non in contrasto con il principio del non regresso rispetto alla legislazione del 1984, benché nel più recente provvedimento legislativo non fosse contemplata neppure come variazione ad opera della contrattazione collettiva. L'attuale disciplina non è dunque del tutto esente da dubbi di conformità rispetto al quadro definito dalla Corte costituzionale e dal diritto comunitario.

### 6.3. Coordinamento tra autonomia collettiva e autonomia individuale

La legge mantiene il rinvio ai contratti collettivi, pur eliminandone la natura autorizzatoria, in quanto la mancanza della disciplina negoziale non impedisce alle parti di disciplinare l'istituto in questione. Il rapporto tra autonomia collettiva ed individuale si definisce in una pluralità di scenari.

A) Il primo attiene all'art. 3, comma settimo, seconda parte, che riproduce la formula *"i contratti collettivi (qualificati) stabiliscono le modalità e le condizioni"* in base alle quali il datore di lavoro può variare la collocazione o la durata della prestazione, e determinano i limiti massimi dell'aumento della durata della prestazione lavorativa, secondo la nuova fattispecie di clausole elastiche; mentre non esiste ora analogo obbligo per quanto riguarda le clausole di flessibilità nella collocazione temporale, che invece era previsto dal primo testo dell'art. 3, del d. lgs. n. 61, diversità di regime privo di giustificazione apprezzabile che rimanda alle questioni già ampiamente rilevate di abrogazione di vincoli ritenuti eccessivi nei confronti del datore di lavoro, ma in contrasto con il principio di non regresso.

Nell'ipotesi in cui i contratti collettivi abbiano disciplinato la materia non viene alterato il principio di inderogabilità tra autonomia collettiva ed autonomia individuale, neppure da parte dell'art. 3, comma settimo, che riconosce alle parti la facoltà di pattuire le clausole in questione. La sottoscrizione del patto individuale vale quale rinvio ed accettazione della disciplina posta dai contratti collettivi da parte dei soggetti individuali del rapporto di lavoro.

La stessa disposizione ha ribadito la funzione dell'autonomia collettiva di stabilire la maggiorazione retributiva spettante per la disponibilità richiesta al lavoratore, che tuttavia ora è priva di una sicura base di calcolo – in precedenza ancorata alla retribuzione globale di fatto – ed è rimessa alla libertà contrattuale.

B) Il secondo scenario concerne la diversa ipotesi in cui non vi sia una disciplina in materia posta dai contratti collettivi applicati o applicabili nell'unità produttiva, circostanza che dà luogo alla facoltà riconosciuta alle parti di disciplinare autonomamente le clausole di elasticità o di flessibilità, secondo la nuova previsione contemplata dall'art. 8, comma secondo – *ter,* che, tra l'altro, ha una collocazione incongrua nell'apparato sanzionatorio e rimediale. Essa richiede un approfondimento particolare in relazione ai numerosi dubbi di legittimità sollevati con riferimento alla elaborazione della giurisprudenza costituzionale.

In primo luogo emerge il contrasto fra il riconoscimento della libertà negoziale delle parti individuali, senza alcun vincolo "in carenza" della disciplina collettiva, con il principio scaturente dalla affermazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 210 del 1992, in base al quale si esclude la legittimità non soltanto di decisioni unilaterali del datore di lavoro, ma anche di pattuizioni bilaterali che attribuiscano un tal potere al datore di lavoro, poiché: *"la collocazione temporale della prestazione lavorativa non può essere rimessa allo jus variandi del datore di lavoro, al fine di escludere l'assoggettamento dal lavoratore ad un potere di chiamata esercitabile non già entro coordinate contrattualmente o oggettivamente predeterminate, ma* ad libitum, *con soppressione di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita compreso quello non impegnato nell'attività lavorativa".* Affermazione che vale a maggior ragione se si considera che il preavviso attualmente stabilito è di sole 48 ore, ed aggrava ulteriormente la posizione del soggetto che svolge lavoro a tempo parziale, rispetto sia alla variazione nella collocazione sia nella durata prevista per l'ipotesi del lavoro a tempo parziale verticale. Proprio su questa base, infatti,

era stata ritenuta legittima la precedente soluzione, in quanto aveva attribuito in via esclusiva ai contratti collettivi l'introduzione delle clausole di flessibilità (Biagi, Russo, Tiraboschi 2001,87).

A prima vista, pertanto, la disposizione in esame appare viziata da illegittimità, per contrasto diretto con i principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale. Il decreto non pone infatti vincoli espliciti all'autonomia individuale, senza alcun riferimento neppure alle ragioni di natura tecnica oppure organizzativa, che pur erano state indicate come contenuto da inserire nella disciplina in oggetto nel corso dell'elaborazione del provvedimento, in modo analogo alla fattispecie del contratto a termine.

In merito, la concezione secondo la quale la soggettività individuale deve prevalere nella definizione della dimensione temporale della prestazione, ben potendo le parti raggiungere un assetto equilibrato dei propri divergenti interessi. collide con i principi consolidati in materia, che non hanno ragione di essere rimessi in discussione, tenuto conto degli strumenti con i quali si vorrebbe garantire l'autenticità della volontà individuale nel momento in cui viene stipulato il patto. Le soluzioni apprestate dal legislatore al riguardo non sono appaganti. La previsione che <<il rifiuto di sottoscrivere il patto non integra in nessun caso gli estremi del giustificato motivo di licenziamento>>, secondo il testo rimasto in vigore, non eleimina la possibilità di altre forme di pressione collegate ad altre manifestazioni del potere del datore di lavoro. Inoltre, è tuttora controverso se in presenza di circostanze oggettive, legate anche al rifiuto, come accade qualora vi sia l'impossibilità assoluta di utilizzazione del lavoratore nel turno prestabilito, non ricorra egualmente il giustificato motivo oggettivo di licenziamento (Ghera 2000, 637; *contra,* Vallebona 2003, 425). Se poi si considera la posizione del lavoratore rispetto alla richiesta di sottoscrivere il patto di elasticità al momento della costituzione del rapporto di lavoro, il decreto non realizza in pieno il modello della volontà privata assistita, dal momento che consente, ma solo su apposita richiesta, l'assistenza di un delegato sindacale, ed il lavoratore potrebbe essere indotto per compiacenza verso il datore di lavoro a rifiutarla. Infine nulla si prevede nel caso in cui nell'unità produttiva manchino le rappresentanze dei lavoratori, tenuto conto che il campo di applicazione del Titolo III dello Statuto dei lavoratori si restringe a seguito della modifica dell'art. 6 (v. *infra* par. 7).

### 6.4. Persistenti limiti all'autonomia individuale come interpretazione costituzionalmente vincolata dell'art. 3, comma settimo

Occorre al riguardo considerare i principi individuati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, nella sentenza n. 210 del 1992[700], quali fonte di limiti nell'ipotesi di variazione della collocazione della prestazione, da ritenere tuttora operanti, anche in virtù del complesso coordinamento tra il principio di non regresso enunciato dalla direttiva 97/81 ed il principio stabilito dalla sentenza Corte costituzionale n. 45 del 2000, come si è ricordato (v. *supra* par. 2) nel senso che la pre - conformazione della disciplina risultante dall'art. 5, della legge n. 863 del 1984 alla direttiva comunitaria implica, a mente della sentenza, che *"il nucleo minimo essenziale di tutela non possa essere rimosso, se non attraverso la contemporanea sostituzione con disposizioni a loro volta conformi".* Non vi è dubbio che il nucleo minimo si riferisca anche alla materia della variabilità della prestazione, ed al principio posto dalla sentenza Corte costituzionale n. 210 del 1992, in relazione al quale l'interpretazione costituzionalmente vincolata consiste nel ritenere legittime unicamente

[700] Corte costituzionale. n. 210 del 1992, in *FI,* 1992, I, 3232, con nota di Alaimo; in *MGL* 1992, con nota di Rondo; in *RIDL,* 1992, II, 731, con nota di Ichino.

*le clausole che introducano margini di flessibilità ancorate a causali obiettive o comunque predeterminate, o di cui comunque siano preventivamente individuabili i nuovi parametri temporali* (per es. dalla mattina al pomeriggio secondo gli orari di apertura dei negozi, oppure da cinque ore continuative a tre più due, oppure da determinati giorni della settimana ad altri), *ed indipendenti dalla volontà del datore di lavoro.* Tali sono pertanto i margini entro i quali si può esercitare legittimamente l'autonomia individuale di variare la distribuzione dell'orario, in modo da evitare di conferire al datore di lavoro un potere di condizionamento nei confronti del lavoratore, virtualmente in collisione con i suoi interessi (Ichino 1992, 731; Brollo 1993, 277; Alaimo 1992, 323; Bavaro 2000, 481) e che per analogia si estendono alla variazione della durata, pena, in caso contrario, l'illegittimità costituzionale della disposizione esaminata.

In secondo luogo, per quanto riguarda la flessibilità sia nella distribuzione sia nella durata lavorativa, va tenuto conto dell'ulteriore condizione richiesta per considerare legittime le clausole di variabilità, *ovvero il riconoscimento di un adeguato compenso* della disponibilità richiesta, secondo gli orientamenti relativi all'applicazione dell'art. 36, comma primo, Cost. (Venturoli 1987, 96 ss.; Ichino 1987, 125; Brollo 1991) e condivisi dalla Cassazione[701]. Il combinato disposto dell'art. 3, comma settimo, e 8, comma secondo - *ter,* anche se tutt'altro che chiaro al riguardo, porta a ritenere che il legislatore abbia riconosciuto il diritto in questione, come si evince dalla formulazione della disposizione di cui all'art. 3, comma settimo, riferita alla contrattazione collettiva, cui spetta di stabilire "la maggiorazione retributiva" relativa alla compensazione, e dunque il *quantum* e non *l'an* del diritto, la cui titolarità individuale risulta così indirettamente confermata pur in assenza di previsioni nel comma secondo -*ter* dell'art. 8. La maggiorazione, in assenza di previsioni tra le parti, potrà essere stabilita secondo criteri di equità da parte del giudice.

## 7. Le modifiche dell'apparato sanzionatorio e risarcitorio

Il contenuto dell'art. 8 del d. lgs. n. 61 è rimasto sostanzialmente invariato, salvo l'introduzione di due ulteriori commi – secondo - *bis* e secondo -*ter* – che riguardano le clausole di elasticità e di flessibilità. Si è appena detto del comma secondo - *ter,* che riconosce alle parti individuali la facoltà di pattuire le clausole in questione. Il comma secondo – *bis* stabilisce l'obbligo risarcitorio nell'ipotesi della violazione dei requisiti posti dall'art. 3, commi settimo, ottavo e nono in materia di variabilità della prestazione – ovvero il mancato rispetto della disciplina dei contratti collettivi, dell'obbligo di preavviso nonché di apposita compensazione, ed infine della sottoscrizione dello specifico patto da parte del lavoratore che attesta la sua disponibilità al riguardo. Va aggiunto che si tratta di ipotesi che autorizzano, anzitutto, il legittimo motivo di rifiuto della prestazione richiesta illegittimamente, secondo i principi di autotutela del lavoratore, e dunque implicano l'illegittimità del licenziamento o di altre sanzioni disciplinari[702].

Il diritto al risarcimento completa il quadro sanzionatorio, sul presupposto, ormai acclarato, dell'impossibilità di configurare gli inadempimenti ricordati come causa di conversione del rapporto a tempo parziale in uno a tempo pieno. Tale soluzione si uniforma all'orientamento che ha indotto ad escludere parimenti tale conversione in caso di mancata indicazione delle modalità

---

[701] Per tutte Cass. 26 marzo 1997, n. 2691 e Cass. 17 marzo 1997, n. 2340, in *RIDL,* 1997, II, 750, con nota di Bollani, e in *MGL* 1987, con nota di Morgera.

[702] Il diritto al rifiuto in caso di mancanza del consenso individuale, come riflesso del diritto al rispetto dell'orario concordato e della sua distribuzione è stato ribadito da Cass. n. 3998 del 2003, in *RGL,* 2003, II, 583.

temporali della prestazione, secondo l'art. 8, comma secondo, che rinvia al giudice la determinazione delle modalità temporali di distribuzione della prestazione lavorativa, fermo restando il diritto al risarcimento per il periodo pregresso e la facoltà per le parti di concordare per il futuro l'introduzione di clausole flessibili.

Vero è che l'obbligazione risarcitoria non è completamente appagante dal punto di vista della efficacia deterrente, che avrebbe probabilmente richiesto altre soluzioni più incisive, come già rilevato per la violazione dell'obbligo di indicare la collocazione temporale (Morgera 1997, 190) Per coerenza con la funzione sanzionatoria occorre pertanto che la misura del risarcimento sia idonea anche a dispiegare effetti di questo tipo. In proposito va menzionata la giurisprudenza formatasi in ordine alla violazione del divieto di variazione unilaterale della collocazione della prestazione lavorativa, che ha tenuto conto sia delle conseguenze prodotte sulla sfera personale, sia delle circostanze che complessivamente hanno caratterizzato la fattispecie concreta.

Quanto ai parametri, secondo la tesi dell'eccessiva onerosità della prestazione "elastica", come ritiene la maggior parte della giurisprudenza[703] la misura del risarcimento va calcolata in base alla retribuzione corrisposta, utilizzando i criteri previsti per le maggiorazioni di fonte contrattuale relative al lavoro straordinario o supplementare[704]. Quanto all'onere della prova, in mancanza del consenso del lavoratore per non essere stato sottoscritto l'apposito patto, non vi è necessità di provare il danno subito, che è intrinseco alla stessa incertezza *a priori* sul tempo effettivamente libero da impegni lavorativi e alla impossibilità di programmare altri impegni[705] , dato anche il limitatissimo arco di tempo del preavviso ora previsto dalla norma, che è di soli 2 giorni, e riduce pertanto sensibilmente la possibilità di adeguate contromisure per ovviare alle difficoltà della variazione dell'orario. Il diritto al risarcimento è configurabile anche nell' ipotesi sopra esaminata, in cui le parti individuali si accordino per la variabilità della prestazione, in assenza di disciplina da parte dei contratti collettivi, ma senza il rispetto dei vincoli posti in luce come limiti connessi all'interpretazione costituzionalmente legittima della disposizione.

## 8. Il criterio di computo dei lavoratori ai fini dell'applicazione del Titolo III dello Statuto dei lavoratori

Le innovazioni introdotte nel metodo di calcolo dei dipendenti hanno abrogato la disposizione contenuta nell'art. 6, comma secondo, del d. lgs. n. 61, che prevedeva la deroga al criterio del *pro rata temporis* ai soli fini della definizione del campo di applicazione dei diritti sindacali, secondo il Titolo III dello Statuto dei lavoratori sul presupposto della peculiare natura di questi ultimi insuscettibili di essere "riproporzionati" (Brollo 2002b, 85) mentre restano invariate le parti della disposizione richiamata relative all'arrotondamento ad unità della frazione di orario superiore alla metà dell'orario pieno.

---

[703] In tal senso, nel periodo di vigenza della legge n. 863 del 1984, Pret. Firenze 7 gennaio 1993, in *RGL,* 1994, II, 156; Trib. Firenze 22 marzo 1994, in *RIDL,* 1993, II, 345; Cass. 26 marzo 1997, n. 2691, in *DL,* 1988, II, 15; Cass. 22 aprile 1997, n. 3451, in *MGC,* 1997, 622; secondo le quali la retribuzione dovrà essere riproporzionata *ex* art. 36 Cost. prendendo spunto dalla maggiorazione prevista per il lavoro straordinario; id. Trib. Milano 16 luglio 2002, in *D&L,* 2003, 115, che applica tali principi anche al periodo di vigenza del d. lgs. n. 61, ove manchi il consenso del lavoratore, e, peraltro, ritiene configurabile la responsabilità extracontrattuale, anche ai fini della prescrizione quinquennale *(contra,* Schettini 2003).

[704] Secondo Trib. Milano 13 ottobre 2001, in *GMil,* 2002, 330; Trib. Milano 16 luglio 2002, *cit.;* Trib. Milano 11 gennaio 2003, inedita, la percentuale oscilla fra il 25% e il 30% della retribuzione, secondo un criterio superiore a quello previsto per la maggiorazione retributiva della flessibilità oppure della elasticità, ed effettivamente compensativo.

[705] In tal senso cfr. Trib. Milano 16 luglio 2002, *cit.* nt. 23.

La nuova disciplina corrisponde al dettato della legge – delega, ispirato all'idea che in tal modo il ricorso al lavoro a tempo parziale sia reso più appetibile per le imprese, allineandosi al criterio che tende a prevalere ormai in modo pressoché generalizzato, benché in tal modo si creino le premesse per la riduzione del campo di applicazione della tutela nei confronti di tutti i lavoratori dipendenti dell'unità produttiva, e non soltanto di quelli a tempo parziale. In tal senso la modifica della disposizione è da considerare modificativa *in pejus* del regime giuridico previgente, ed in contrasto pertanto con il principio del "non regresso", tenuto conto degli ulteriori riflessi derivanti dalla portata generale del criterio in questione, in base al quale andrà rivisto anche il metodo di calcolo dei dipendenti ai fini dell'applicazione della CIG straordinaria, che secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, poteva avvenire *pro capite* e non *pro quota*[706] - posto che la disciplina di cui all'art. 1 della legge n. 223 del 1991, che fa riferimento al numero dei "lavoratori", non può essere interpretato in senso contrastante con il criterio definito dalla disposizione in esame, nell'unico comma rimasto dopo l'abrogazione, dato il chiaro tenore del suo contenuto.

Una questione già postasi nei confronti della precedente disciplina, che non conteneva alcuna regola al riguardo, attiene alla computabilità delle frazioni relative al lavoro supplementare e / o straordinario nella valutazione dell'orario da prendere in considerazione. Tale questione sicuramente potrebbe acquisire ulteriore spessore, secondo la nuova disciplina, tenuto conto delle minori restrizioni previste per il lavoro supplementare e straordinario ed altresì dei margini di elasticità nella durata della prestazione. La soluzione in senso positivo appare coerente sia con l'interpretazione letterale - in relazione al testo dell'art. 6, comma primo, secondo il quale il calcolo va effettuato in relazione all'orario svolto, dizione che presuppone l'obbligo di tener conto dell'entità effettiva delle ore lavorate, e non soltanto dell'orario contrattuale – sia con il principio proporzionalistico, secondo il criterio del *pro rata temporis.*

## 9. Il rinvio ai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, ovvero alla contrattazione aziendale

La disciplina attuale, abbandonando l'opzione iniziale risultante dal *"Libro bianco"* che prevedeva come criterio per l'individuazione dei firmatari dei contratti collettivi esclusivamente la rappresentatività "comparata", ha riproposto con una leggera variante il criterio dei sindacati "comparativamente più rappresentativi a livello nazionale"(d'ora in poi c.p.r) come già aveva fatto il legislatore del 2000 (Bavaro 2001, 45), nel senso che anziché la formula "dai sindacati c.p.r" utilizza la formula "da associazioni sindacali c.p.r". Si tratta di stabilire la portata di tale variazione semantica.

Come è noto, l'impiego della formula dei sindacati c.p.r è stato considerato il referente indispensabile per il rinvio all'autonomia collettiva con funzione integrativa o derogatoria o sussidiaria rispetto alla disciplina di fonte legale, quale è confermata dalla legge in esame, che attribuisce ai contratti collettivi la regolamentazione delle modalità di svolgimento del rapporto, dei presupposti e limiti per il ricorso al lavoro supplementare e straordinario, nonché per la flessibilità ed elasticità temporale, ed inoltre la funzione di parametro di riferimento per il giudice nella determinazione della collocazione dell'orario di lavoro, ai sensi dell'art. 8, c. 2.

---

[706] Da ultimo in tal senso Cass. 10 maggio 2003, n. 7170, in *MGL,* 2003, 752, con nota critica di Perina.

Il modello della "flessibilità controllata", peraltro, non è stato interamente riproposto dalla riforma, in quanto, come si è posto in luce, il rinvio ai contratti collettivi avviene secondo forme di coordinamento tra autonomia collettiva ed individuale profondamente diverse da quelle privilegiate dal primo contenuto del d.lgs. n. 61/2000. Nel modello attuale, la riduzione delle materie oggetto di rinvio alla disciplina dei contratti collettivi e l'eliminazione della funzione "autorizzatoria" limitano fortemente il controllo da parte dei sindacati nei confronti delle modalità con cui avverrà la diffusione del lavoro a tempo parziale, secondo una concezione che si pone in contrasto non soltanto con il modello affermatosi nella legislazione degli anni novanta sulla flessibilità del mercato del lavoro, ma anche con le sollecitazioni provenienti dal diritto comunitario (*supra par.2 e 3).* La concorrenzialità con la legittimazione riconosciuta all'autonomia individuale può aprire vie di fuga dalla contrattazione collettiva che contrastano apertamente con la funzione di determinazione dei presupposti per l'esercizio del potere del datore di lavoro, in caso di flessibilità o elasticità, le cui conseguenze possono essere determinanti anche per l'assetto dell'interesse collettivo, ed in senso lato "generale", della promozione dell'occupazione (Liso 1997, 45), nonché per il perseguimento degli obiettivi in senso conforme a quello auspicato da parte dell'Accordo quadro europeo, assumendo latamente funzione "comunitaria". Per tali ragioni, nonostante alcune perplessità circa la pertinenza del criterio selettivo dei sindacati c.p.r. alla materia del lavoro a tempo parziale (Brollo 2002 a), 745), si giustifica il suo mantenimento, ma il diverso assetto delle fonti, che riconosce anche all'autonomia individuale la libertà di regolamentare la materia, ove manchi la disciplina dei contratti collettivi, costituisce un fattore di alterazione del modello sin qui consolidato.

Il ricorso alla formula della rappresentatività comparativamente maggiore, peraltro, a causa delle perplessità da tempo manifestate per la sua scarsa chiarezza e per l'assenza di "soglie minime", avrebbe richiesto un diverso tipo di regolamentazione in materia di legittimazione a negoziare e di stipulazione del contratto collettivo, che al contrario costituisce il "grande assente" della riforma. Sarà l'attività interpretativa, pertanto, a dover risolvere gli interrogativi che potranno sorgere in via applicativa, ed è opportuno quindi ripercorrere brevemente le principali questioni al riguardo.

In primo luogo, i dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con il principio di libertà sindacale - dovuti al fatto che il criterio non è concepito come rinvio a "coalizioni contrattuali a confronto", secondo l'ipotesi interpretativa avanzata per altre fattispecie (a D'Antona, 1999, 676 – 677), ma è concepito come selezione *ex ante* all'inizio della trattativa ed *ex post* al momento della stipulazione( Campanella 2001, 164) – possono essere superati, tenendo conto che la *ratio* di tale istituto è quella di evitare che i contratti collettivi siano sottoscritti da sindacati con scarso seguito nel settore e nel territorio di riferimento applicativo del contratto. Per evitare l'effetto "esclusivo" le associazioni c.p.r sono da considerare soggetti negoziali necessari, ma non esclusivi della trattativa. Anche altre organizzazioni, pertanto, possono partecipare alla negoziazione sulla base del principio del reciproco riconoscimento, realizzando in tal modo un contemperamento tra il principio pluralista e l'utilizzo della formula connessa alla rappresentatività comparativamente maggiore.

Vero è che il quadro delineato incontra altresì, gli ostacoli dovuti all'assenza di parametri certi di comparazione, che inficia non poco l'individuazione delle organizzazioni sindacali in questione. Anche per tale ragione sembra poco plausibile la tesi che la sostituzione del termine "dai" (sindacati c.p.r.) con "da" (associazioni c.p.r.) avvalli l'interpretazione secondo la quale è sufficiente la

sottoscrizione del contratto collettivo anche da parte di un solo sindacato a condizione di essere "comparativamente più rappresentativo" (Pinto 2003, 9-10; Voza 2003, 244). Di per sé, il riferimento letterale è labile in quanto mantiene pur sempre la declinazione al plurale; sotto il profilo sistematico, inoltre non è possibile individuare con certezza il possesso di tale requisito, in capo ad una singola associazione, senza la preventiva definizione di soglie minime e di criteri di misurazione. Per quanto riguarda il criterio di stipulazione del contratto collettivo, del resto, anche il rinvio ai sindacati comparativamente più rappresentativi non ha offerto soluzioni definitive. Il problema posto dalla situazione di dissenso tra sigle diverse, ciascuna delle quali tale da poter essere considerata dotata di un notevole grado di rappresentatività nell'ambito considerato richiama pertanto le diverse ipotesi interpretative connesse alle concezioni più generali in materia. Pertanto, si dovrà tuttora ritenere non appagante invocare il principio di libertà sindacale, assumendo che il contratto sia valido anche se sottoscritto da uno solo dei sindacati che possano essere considerati c.p.r. (Tosi 1998, 1294). È tuttora valida l'obiezione che la sottoscrizione con "chi ci sta" non sia coerente con il rinvio legislativo che fa presumere la selezione di soggetti capaci di operare ampie sintesi fra interessi diversi e contrapposti e di realizzare assetti stabili di interessi collettivi (D'Antona 1999, 687). Restano tuttavia irrisolte le controversie fra la tesi della necessaria unanimità della stipulazione del contratto con tutte le associazioni che risultano c.p.r., secondo la logica del rinvio al sistema sindacale di fatto (Lassandari, 2001, 447, Scarpelli 2000, 123, Roccella 2000, 336), oppure invece del riferimento al principio maggioritario (Pera 1997, 381, Del Punta 1998, 217, Lunardon 1999, 317, De Marinis 2002, 83), a sua volta ulteriormente declinabile, onde evitare "poteri di veto", nel senso della corrispondenza alla volontà della maggioranza dei lavoratori coinvolti, secondo le prassi di democrazia sindacale invalse anche nell'esperienza e nelle regole endo ed intersindacali, che dovrebbero pertanto essere considerate dirimenti nel caso di accordi separati, pur in assenza di previsioni di diritto positivo al riguardo, per ragioni di razionalità del sistema contrattuale.

Neppure il rinvio agli accordi aziendali si presenta del tutto privo di problemi applicativi. Il venir meno dell'assistenza dei sindacati firmatari del contratto nazionale agli organismi di rappresentanza nei luoghi di lavoro – RSA e RSU - porta a ritenere che tali organismi abbiano la libertà di contrattare nelle materie indicate, anche in assenza di apposite disposizioni di rinvio da parte dei contratti collettivi nazionali. Ciò non incide molto sulla struttura della contrattazione: in materia di articolazione dell'orario di lavoro l'autonomia del secondo livello di contrattazione è sempre stata notevole, data l'attinenza della materia alle peculiarità organizzative aziendali. L'eventuale previsione di discipline a carattere derogatorio rispetto a quelle poste dal contratto nazionale si uniformerà, peraltro, ai principi generali che reggono il rapporto fra contratti collettivi di diverso livello ed alle regole intersindacali.

La sottoscrizione del contratto collettivo da parte delle RSU non pone in linea di massima forti questioni rispetto all'efficacia soggettiva, in relazione alla natura del soggetto stipulante che risponde all'insieme dei lavoratori che lo hanno eletto (Ghezzi Romagnoli, 2001, 156). Tuttavia, l'eventualità che sorgano dissensi nell'ambito dei soggetti legittimati a stipulare a livello aziendale non è risolvibile in modo certo data l'assenza di regole formalizzate, come dimostra la stipulazione di accordi "separati", quale si è verificato nel noto caso Electrolux – Zanussi del 2001 (Biagi, Russo, Tiraboschi, 2001, 90). In proposito è ancora controversa l'applicazione del principio di maggioranza conseguente al fatto che si tratta di un organismo unitario (Monaco 2003, 122ss, Gragnoli

2003, I, 818-819), ben potendosi sostenere la valorizzazione delle regole endosindacali di democrazia diretta (Mariucci 1994, 66) soprattutto ove il contratto collettivo aziendale abbia contenuto derogatorio in senso peggiorativo rispetto a quello nazionale. Più problematica è la contrattazione da parte delle Rsa. a cui è stata riconosciuta la legittimazione a negoziare senza l'assistenza dei sindacati firmatari nazionali, tenuto conto che l'attuale regime, definito dall'art.19 St.Lav. rende possibile la costituzione di tali organismi anche da parte di associazioni ad ambito esclusivamente aziendale e sulla base del principio di effettività. Assumono pertanto ben maggiore rilevanza le questioni della legittimazione nei confronti dei lavoratori, nonché dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo se si prevedano deroghe peggiorative alla disciplina posta dai contratti collettivi nazionale: profili problematici non facilmente risolvibili, se non richiamandosi all'elaborazione in materia di contratti collettivi di diverso livello, che postula quanto meno l'identità organizzativa dei soggetti sindacali stipulanti, nonchè alle ricostruzioni in materia di democrazia sindacale, particolarmente se il soggetto firmatario non rappresenta la maggioranza dei lavoratori.

## 10. La tutela delle patologie oncologiche

La norma affronta per la prima volta la formalizzazione del diritto del lavoratore ad ottenere la trasformazione del rapporto a tempo pieno in uno ad orario ridotto, stabilendo altresì il diritto alla reversibilità, che riguarda un caso molto specifico, di tutela del dipendente che sia affetto da patologia oncologica per il quale residui una ridotta capacità lavorativa, anche a causa degli effetti invalidanti di terapie salvavita. Si tratta pertanto di situazione per così dire estrema, che ignora altre esigenze che potrebbero costituire altrettanti casi di diritto alla trasformazione del rapporto in uno a tempo parziale, già disciplinati in parte dalla contrattazione collettiva – come dal ccnl per il settore tessile, commercio, credito, nonché dalla contrattazione collettiva aziendale (Stenico 2003), relativi alla tutela della salute, ma anche alla cura familiare e all'accudimento dei figli, oppure alla promozione della formazione professionale, e secondo soluzioni proprie altresì di altri ordinamenti europei (Sciarra 2000).

Nell'ipotesi presa in considerazione dal legislatore, che comunque fa salve disposizioni di fonte negoziale più favorevoli nei confronti del prestatore di lavoro, il presupposto per l'esercizio del diritto alla riduzione dell'orario è costituito dall'accertamento della residua capacità lavorativa da parte di una Commissione medica istituita presso la Asl territorialmente competente. Il datore di lavoro è vincolato pertanto all'esito di tale accertamento, che lascia alla Commissione un margine di discrezionalità, poiché non vengono fissate soglie di nessun tipo circa la percentuale di tale residua capacità lavorativa. Resta poi affidato all'accordo delle parti la determinazione dell'orario ridotto, in conformità al principio di volontarietà che regge sia la costituzione sia lo svolgimento del rapporto, nonché al scelta fra modalità orizzontali oppure verticali. Va peraltro considerato che tale libertà riconosciuta alle parti non può prescindere dalla finalità a cui corrisponde l'istituto, che esige siano prescelte soluzioni tali da bilanciare lo svolgimento della prestazione con altre esigenze del lavoratore connesse al suo stato di malattia, come quelle di poter effettuare le terapie necessarie.

Il diritto ha carattere soggettivo, e dato il rango primario dell'interesse alla tutela della salute che vi è sotteso, oltre che di tutela della professionalità perseguibile mediante il continuato svolgimento del rapporto di lavoro, non può essere negato sulla base di contrastanti esigenze aziendali. Il diritto alla reversibilità presenta caratteristiche analoghe, trattandosi di un diritto potestativo, rimesso alla richiesta del prestatore di lavoro.

Infine, va sottolineato come la salvaguardia di disposizioni più favorevoli prefiguri la funzione integrativa da parte dell'autonomia collettiva o dell'autonomia individuale, che potrà ulteriormente regolamentare la materia.

## 11. Riferimenti bibliografici

Alaimo A. 1992, *La nullità della distribuzione dell'orario nel part-time: la Corte costituzionale volta pagina,* FI. I, 323.

Alessi C. 2001, *La flessibilità della prestazione, in Il lavoro a tempo parziale,* a cura di Brollo, cit. 83

Alessi C. 1995, *Part-time e job sharing,* QDLRI, 111.

Allamprese A. 2003, *Osservazioni sul decreto n.66/2003 di attuazione della direttiva sull'orario di lavoro,* in www.unicz.it/lavoro

Alleva P.G. 2000, Referendum sociali e rapporto di lavoro, RGL.2000, 3 ss.

Alleva P.G.2003, I punti critici della nuova disciplina sul mercato del lavoro, RGL, I, 997

Arrigo G., *Il diritto del lavoro nell'unione europea,* II, Milano 2001

Bavaro V., De Cristofaro M.L. 2000, *Lavoro part-time. Aggiornamento* Dig.disc.priv. Sez. comm., I, 471, Torino: Utet

Bavaro V. 2000, *La riforma del part-time,* in *L'orario di lavoro nella legge e nella contrattazione collettiva,* a cura di Carinci F., Milano: IPSOA Bavaro V. 2001, *Il rapporto di lavoro a tempo parziale,* in Il lavoro a tempo parziale, a cura di Brollo M., Milano: Ipsoa

Biagi M.2000 (a cura di) *Il lavoro a tempo parziale,* Edizioni Il sole24ore, Milano

Bolego G., 2000*La gestione individualizzata dell'orario di lavoro nel "nuovo" part-time,* in RIDL, n.4, I;

Bolego G.2004, *Il lavoro straordinario,* Padova: Cedam

Bolego G. 2003, *Commento* sub art.5, DLgs.n. 66/2003, in Carabelli U. Leccese V. (a cura di ), *Orario di lavoro,* Milano: Ipsoa

Brollo M., 1993, *Part-time: la Corte costituzionale detta le istruzioni per l'uso e le sanzioni per l'abuso,* Giur.it. I, I, 277

Brollo M. 2001 (a cura di) *Il lavoro a tempo parziale,* Milano Ipsoa, Brollo M.2002 *Le flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuale,* ADL, 723 ss.

Brollo M. 2002, *Il lavoro a tempo parziale, flessibile, individualizzato,* in *Dal libro Bianco* al *disegno di legge – delega* a cura di Carinci F. Miscione M.

Campanella P. 2001, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti* Milano: Giuffré

Carinci F. 2002, *Introduzione, in* Carinci F. – Miscione M., *Dal Libro bianco al disegno di legge – delega,* Milano: Ipsoa

Caruso B. 2003 a), *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali,* N.17/; WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona

Caruso B., 2003 b), *Diritto invasivo e flessibilità a senso unico: la riregolazione del part-time nel d. lgs. 267/2003,* WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.

Curzio P. 2004 (a cura di) L*avoro e diritti,* Bari: Cacucci

De Cristofaro M.L. 1992, *Lavoro a part-time,* Digesto disc. priv. Sez. comm., vol. VIII; Torino: Utet

Del Punta R. 2003, *La riforma dell'orario di lavoro,* in DPL, inserto

Del Punta R. 1998, *La fornitura di lavoro temporaneo nella legge 196 del 1997,* RIDL, I, 217.

De Marinis A. 2003, *I modelli della rappresentanza sindacale tra lavoro privato e lavoro pubblico,* Torino: Giappichelli

Edwards, Robinson G., 1998 *Flessibilità del mercato del lavoro e vantaggio competitivo,* DRI, 357

Garofalo D. 2003, *Il D.lgs. n.66/2003 sull'orario e la disciplina previgente: un raccordo problematico,* in LG, n.11, 997

Ghezzi G., Romagnoli U. 2001, *Il diritto sindacale,* Bologna: Zanichelli

Gragnoli A. 2003, *Le rappresentanze sindacali unitarie e i contratti aziendali,* RGL, I, 818 –819

Ichino P. 1992, *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte costituzionale,* RIDL, II, 731

Lassandari A. 2001, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato,* Milano: Giuffré

Leccese V. 2004, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro,* in *Lavoro e diritti,* Bari: cacucci

Liso F. 1998, A*utonomia collettiva e occupazione,* in Atti Aidlass Congresso Milano 23-24 maggio 1997, Milano: Giuffré 45 ss.

Lunardon F. 1999, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo,* Torino: Giappichelli

Mariucci L.2002, *La forza di un pensiero "debole". Una critica del "libro bianco del lavoro"* LD, 3.

Miscione M. 2000, *Nessun limite per il lavoro a tempo parziale,* DPL 3065.

Monaco M.P. 2003, *Modelli di rappresentanza e contratto collettivo,* Milano, 122 ss.

Papaleoni M., *Interrogativi applicativi sulla riforma dell'orario di lavoro e dei riposi,* in AdL 2003, I, 443 ss.

Papaleoni M., 2000, *La riforma del part-time,* in RIDL., I, p.357 Pera G. 1997, *Note sui contratti collettivi pirata,* RIDL 1997, I, 381

Perulli A. 2002, *Relazione alle giornate di studio AIDLASS, Pesaro–Urbino 2002, Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile,* DLRI, 335

Pinto V. 2002, *Lavoro a part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo,* DLRI, 275

Pinto V. 2003, *Impresa e rapporti di lavoro nello schema del decreto attuativo della legge 30/2003,* in Università e progetto, n.5, 7

Renga S., 2004, *La tutela sociale dei lavoratori atipici,* in corso di pubblicazione

Ricci G. 2003, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina italiana sull'orario di lavoro,* in www.unicz.it/lavoro

Romei R., 2000, *Prime riflessioni sulla nuova legge sul lavoro a tempo parziale,* in ADL, I, 269

Romei R., 1996, *Rapporti di lavoro atipici,* in *Dizionario del diritto del lavoro comunitario,* a cura di Baylos –Grau, Caruso B., D'Antona M., Sciarra S., Bologna: Cà Monduzzi, 424 ss.

Roccella M. 2000, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro,* LD, 336

Roccella M., *Manuale di diritto del lavoro,* Torino 2003

Roccella M., Treu T., *Diritto del lavoro della Comunità europea,* Padova, 2002, 168 ss.

Russo, La riforma del lavoro a tempo parziale, in Tiraboschi (a cura di ) Sameck M. - Semenza R., 2003., Ricerca sull'appplicazione del lavoro a tempo parziale

Scarpelli F. 2000, *Il Patto di Milano – lavoro, le ragioni del dissenso,* DRI, n.2, 123

Scarponi S. 2001, Q*uestioni in tema di trasposizione dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale,* DRI, 23

Scarponi S. 1999, *Luci e ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale,* RGL, I, 399

Scarponi S. 2003, *Lavoro flessibili, autonomia collettiva tra diritto comunitario e interno,* LD 2003, 362

Sciarra S. 2000, a cura di, *La rergolamentazione del part-time in Europa,* DLRI, 369

Stenico E. 2003, *Relazione presentata al convegno "Flessibilità del tempo di lavoro e pari opportunità. Il lavoro a tempo parziale nella provincia di Trento",* Commissione per le pari opportunità e Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento, Trento 18 dicembre 2003

Tiraboschi M., 2003 *Verso una nuova disciplina del lavoro a tempo parziale,* in Guida lav.10, 47 ss;

Tiraboschi M. 2003, *La riforma "Biagi". Commentario allo schema del decreto attuativo della legge – delega sul mercato del lavoro n. 30/2003,* Guida dir supp. 4

Traversa, 2003, *La protezione dei lavoratori a tempo parziale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee,* DRI, 329 ss.

Tartaglione, *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro,* in MGL, 2003, 419 ss;

Tiraboschi M., *La riforma dell'orario di lavoro, quale ruolo per la contrattazione collettiva?* in *Contratti & contrattazione collettiva,* 2003, 5, 71 ss.

Tiraboschi M. – Russo A., *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n.93/104 Ce,* in Guida lav. 2003, 17, 10

Tremolada M. (a cura di ) *Il D.lgs. n.66/2003 - Prime interpretazion*i, Giuffré 2003

Vallebona A., *Manuale di diritto del lavoro,* 2003, 424

Vallebona A., 2000, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale,* in MGL, 353

Venturoli C., *Intervento* in Atti Giornate di studio Aidlass *Il tempo di lavoro,* Milano 1987, 96 – 101

Voza R.2004, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito,* in *Lavoro e diritti,* a cura di Curzio P., Bari: Cacucci

# La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*

Alessandro Bellavista

1. Premessa. 291
2. "Derogabilità assistita" e d.lgs. n. 276. 292
3. La "derogabilità assistita" come modello generale. 294
4. La "derogabilità assistita" nel lavoro a progetto. 297

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 16/2004

## 1. Premessa.

Tra i primi commentatori del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 è sorto il dubbio se il legislatore delegato abbia introdotto, nel sistema giuslavoristico italiano, il modello della cosiddetta "derogabilità assistita" o della "volontà assistita", o dell'autonomia individuale assistita: cioè della possibilità, per le parti di un rapporto di lavoro in fase di stipulazione, di derogare alla disciplina protettiva legale (e di conseguenza anche derivante dal contratto collettivo), introducendo una regolamentazione frutto del libero esercizio dell'autonomia individuale, purché sia "assistita" secondo adeguate modalità[707]. In questa prospettiva, v'è chi sostiene che l'unica condizione affinché possa essere operata la deroga *ab origine* della disciplina legale (e del contratto collettivo), sarebbe costituita dal fatto che ciò debba avvenire mediante la procedura di certificazione, regolata dallo stesso decreto, in modo tale che la suddetta procedura assicuri adeguata assistenza alla parte più debole e possa essere garantita la genuinità dell'espressione della volontà di questa[708]. Qualora si condividesse tale risultato ermeneutico, il sistema giuslavoristico italiano avrebbe subito una profonda modifica.

Com'è noto, infatti, la normativa protettiva lavoristica è tendenzialmente inderogabile, da parte dell'autonomia privata individuale (se non in senso più favorevole per il lavoratore)[709], con conseguente nullità *ex* art. 1418 c.c. di ogni pattuizione destinata a modificare la disciplina imperativa ovvero ad abdicare a diritti futuri; mentre, in base all'art. 2113 cc., solo i diritti già maturati o acquisiti, e quindi già entrati nel patrimonio, possono essere oggetto di atti di disposizione del lavoratore[710]. Ma a questo proposito opera un regime giuridico speciale: gli atti dispositivi dei diritti già acquisiti sono, alla stregua del comma 1 dell'art. 2113 c.c., invalidi e precisamente annullabili, nei termini previsti dal comma 2 del medesimo enunciato. Tuttavia, essi possono essere validi, e perciò non impugnabili, se posti in essere nelle sedi previste dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. La spiegazione della sottrazione al regime generale dell'invalidità, di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 2113 c.c., degli atti dispositivi compiuti nelle particolari sedi individuate dall'ultimo comma dell'enunciato, sta nel fatto che qui la presenza e l'assistenza di un terzo soggetto sarebbe in grado di eliminare lo stato di soggezione del lavoratore e costui potrebbe liberamente manifestare la propria volontà dispositiva[711].

---

[707] È indicativa al riguardo la chiara presa di posizione in senso negativo rispetto alla presenza nel d.lgs. n. 276/2003 del modello della "derogabilità assistita" di A. VALLEBONA, *Introduzione alla riforma dei lavori*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 907 s., che, com'è noto, è stato un fautore dell'opportunità di estendere il suddetto modello dalla sfera della disposizione dei diritti "alla fase della regolazione del rapporto": cfr. ID., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, 1992, I, p. 480. Sul tema cfr. R. VOZA, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 603 ss.

[708] In termini ampi l'opinione riportata nel testo è sostenuta da E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO – M. RUSCIANO – L. ZOPPOLI, Napoli, 2004, p. 277 ss.

[709] Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 48; G. GHEZZI – U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, 3° ed., Bologna, 1995, p. 374; G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1990, p. 19 ss.; G. FERRARO, *Il rapporto di lavoro*, Torino, 2004, p. 271.

[710] Cfr. G. PERA, *Le rinunce e le transazioni*, cit., p. 34; M. MAGNANI, voce *Disposizione dei diritti*, in *Digesto IV*, *Disc. priv. Sez. comm.*, vol. V, 1990, p. 60 ss.

[711] Per tutti cfr. F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, 5° ed. Torino, 2003, p. 426 ss.; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2004, p. 413 ss.; G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 30 ss.; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, p. 435 ss.

## 2. "Derogabilità assistita" e d.lgs. n. 276.

Il sistema consolidato, fondato sul paradigma della norma inderogabile[712] *in peius*, sembra che sia stato scosso dalle disposizioni del d.lgs. n. 276/2003 "che hanno attribuito alla certificazione una funzione di convalida delle scelte derogatorie *in peius* della volontà individuale (cosiddetta derogabilità assistita)"[713]. Secondo questa opinione, la certificazione quale strumento di "derogabilità assistita" troverebbe applicazione per tutte le tipologie o modelli di contratto di lavoro, cosiddetti atipici, regolati dal decreto: lavoro intermittente o a chiamata, lavoro ripartito, lavoro a tempo parziale, lavoro a progetto, associazione in partecipazione[714].

Alla base di questa tesi è collocato l'art. 81 del decreto. La disposizione stabilisce che "le sedi di certificazione di cui all'articolo 75 svolgono anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali, 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". Mettendo l'accento sulle ultime parole contenute nell'enunciato, si desume che "il ricorso al meccanismo dell'autonomia individuale assistita – sul paradigma dell'art. 2113 c.c. – è qui evidente". E si aggiunge che "è altrettanto evidente come l'assistenza sia qui prevista non già – come in quel modello – per la formazione di negozi dispositivi dei diritti acquisiti (come sono tipicamente le rinunzie e le transazioni) *ma per la formazione e la modificazione del regolamento contrattuale nel suo divenire*". Ancora, si osserva che "in verità la norma sembra combinare l'assistenza alla qualificazione del rapporto con l'assistenza alla disposizione dei diritti del lavoratore derivanti dal contratto certificato (del resto l'art. 82 ha espressamente previsto la possibilità della conferma in sede di certificazione delle rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c. equiparando gli organi di certificazione a quelli preposti alla conciliazione stragiudiziale)". Sicché, "vi è dunque la possibilità che in forza del combinato disposto degli artt. 81 e 82 nella sede di certificazione le parti sottoscrivano un contratto non solo con clausole dismissive dei diritti acquisiti (ad esempio in una precedente fase dello stesso rapporto o in un precedente rapporto) ma altresì con clausole derogatrici della disciplina legale e quindi impeditivo dell'acquisizione dei diritti". E si afferma che "l'assistenza alle parti diviene quindi strumento per la disposizione delle tutele (o, come si suol dire, dei diritti futuri) secondo il meccanismo dell'autonomia privata assistita"[715].

A sostegno di tale tesi si richiama anche il comma 4 dell'art. 78 del d.lgs. n. 276/2003. La disposizione sancisce che "entro sei mesi dalla entrata in vigore del presente decreto legislativo, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali adotta con proprio decreto codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi". Il secondo periodo dell'enunciato aggiunge che "tali codici recepiscono, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale". E si osserva che "dal comma 4 si ricava che l'adozione a

---

[712] Da ultimo cfr. M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 509 ss.

[713] E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 278.

[714] E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 278.

[715] Tutte le citazioni sono di E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 285 s.

livello ministeriale dei codici di buone pratiche... è finalizzata ad individuare, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi, le clausole indisponibili in sede di certificazione". Sicché, la disposizione permette di attribuire alla procedura di certificazione una peculiare funzione oltre a quella indiscussa di accertamento e controllo della qualificazione del contratto, su cui in questa sede non è il caso di soffermarsi. In particolare, la suddetta peculiare funzione sarebbe di tipo "promozionale dell'intervento della contrattazione collettiva in favore del lavoratore e, nello stesso tempo, di disposizione o selezione delle tutele nell'area dei cosiddetti rapporti atipici". Così, lo "scopo dei codici di buone pratiche... è la individuazione dei trattamenti economici e normativi indisponibili in sede di certificazione". Quindi, "ai codici compete cioè la selezione dei diritti indisponibili e la individuazione delle norme inderogabili cui i primi sono geneticamente collegati"[716].

In sostanza, si conclude che "sotto l'impulso degli accordi interconfederali e per il tramite dei codici, i rapporti atipici vengono collocati nell'area della tutela inderogabile anche se in regime di *piena flessibilità* (si può dire inderogabilità flessibile o derogabilità assistita)"[717]. Quest'opinione, di cui s'è ritenuto opportuno riportare gli argomenti principali, esprime indubbiamente una finalità razionale. Infatti, essa ritiene che, per i rapporti di lavoro subordinato legificati dal decreto (e cioè a chiamata, ripartito, a tempo parziale) "i codici potranno avere una funzione, oltre che di accertamento della qualificazione, di attenuazione delle tutele tipiche sia generali del lavoro subordinato sia specifiche del rapporto". E "inversamente i codici avranno una funzione protettiva al rialzo, per il lavoro autonomo a progetto e ancor più per l'associazione in partecipazione mediante prestazione di lavoro": sicché, "per questi contratti, nei quali la tutela tipica è ridotta o addirittura inesistente, le clausole indisponibili inserite in sede di certificazione avranno lo scopo di assicurare – il più delle volte – mediante l'estensione o quanto meno adattamento dei trattamenti tipici del lavoro subordinato, una tutela minima altrimenti non prevista"[718].

Tuttavia, per quanto autorevole e finemente argomentata, la suddetta tesi non può essere condivisa. Ci si potrebbe sbarazzare della questione in termini rapidi osservando che né nella legge delega n. 30/2003 né nel decreto attuativo n. 276/2003 si trova alcuna chiara traccia della volontà del legislatore delegante e delegato di introdurre la tecnica della cosiddetta "derogabilità assistita". L'opinione assolutamente prevalente s'è infatti espressa nel senso di ritenere che nella legge delega n. 30/2003 non vi sia alcuna disposizione in grado di legittimare il legislatore delegato ad introdurre forme di "derogabilità assistita" e che la certificazione sia stata consentita solo in ordine al momento qualificatorio del contratto. A questo proposito, è possibile quindi rinviare agli argomenti, già da altri chiaramente esposti, che supportano tale conclusione e che sembrano incontrovertibili[719].

Comunque, mettendo da parte il profilo di conformità alla legge delega, è opportuno prendere in considerazione direttamente il d.lgs. n. 276/2003. Anche perché, ovviamente, chi prende posi-

---

[716] Anche qui le citazioni sono di E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 286 s.

[717] E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 288.

[718] E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 288.

[719] Cfr. M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 376 ss.; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, *ivi*, p. 275 ss.; M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 114.

zione a favore della presenza nel decreto del modello della "derogabilità assistita", deve logicamente presupporre che tale innovazione sia stata consentita dalla legge delega. Sicché, sulla base delle già citate disposizioni del d.lgs. n. 276/2003, è stato appunto sostenuto (dall'opinione poc'anzi esposta) che il decreto utilizzerebbe, tramite la procedura di certificazione, il modello della "derogabilità assistita", quale tecnica regolativa delle tipologie di contratto da esso disciplinate. E, in questa visione, la "derogabilità assistita" riguarderebbe appunto tutte le tipologie contrattuali toccate dal decreto. A questo riguardo va detto che tale tesi appare, al momento, del tutto isolata in dottrina. Va segnalato che trova maggiore (ma sempre circoscritto) consenso un altro orientamento secondo cui sarebbe stata inserita nel decreto "una forma di volontà derogatoria assistita in sede di certificazione", ma "relativamente al solo, benché assai rilevante, ambito del lavoro a progetto"[720]. Gli argomenti apportati a sostegno di entrambe le tesi sono alquanto differenti. Pertanto, è opportuno affrontare la prima, di cui si sono già messi in luce i passaggi fondamentali, per poi occuparsi della seconda.

## 3. La "derogabilità assistita" come modello generale.

La tesi più ampia, per la quale la certificazione avrebbe anche la funzione di permettere l'inserimento nel contratto di clausole derogatrici della disciplina protettiva legale (e del contratto collettivo) e quindi di impedire *ab origine* l'acquisizione dei diritti, si fonda soprattutto sull'art. 81. Tuttavia, non pare che da esso risulti "evidente" che l'assistenza svolta dalle sedi di certificazione si possa risolvere in forme di "derogabilità assistita". La disposizione invece sembra affermare che le "funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali" delle sedi di certificazione possono concernere o il momento qualificatorio oppure anche la convalida delle rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 che altrimenti sarebbero invalide alla stregua delle regole di quest'ultima disposizione. Infatti, l'art. 81 parla sì di "disponibilità dei diritti". Ma, secondo l'opinione consolidata, il diritto è disponibile una volta che sia entrato nel patrimonio del lavoratore; mentre è radicalmente nulla qualsiasi stipulazione che interviene nel momento genetico del diritto derivante da norma inderogabile, impedendone il nascere[721]. Insomma, proprio per distinguere i due momenti il linguaggio giuridico lavoristico s'è assestato nel tenere ferma la distinzione tra negozio in deroga e negozio dispositivo. Il primo interviene "in un momento anteriore alla maturazione del diritto" e riguarda il caso in cui le parti operino una deroga alla norma imperativa, comportando una "modifica per il futuro del regolamento del rapporto". Mentre il secondo, proprio in quanto atto di disposizione del diritto, presuppone l'esistenza attuale del medesimo nel patrimonio di chi lo pone in essere. In altri termini, "vi è una chiara distinzione, sul concettuale, tra la deroga alla norma imperativa (tendente ad impedire la realizzazione dell'assetto di interessi voluto dalla norma attraverso l'attribuzione del diritto) e la disposizione del diritto una volta che questo sia sorto"[722].

---

[720] L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 23/2003, p. 9.

[721] Cfr. Cass. 13 luglio 1998, n. 6857, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 439; Cass. 13 marzo 1992, n. 3093, in *Mass. giur. lav.*, 1992, p. 179; Cass. 8 luglio 1988, n. 4529, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1036.

[722] M. MAGNANI, voce *Disposizione dei diritti*, cit., p. 60, e *ivi* le altre citazioni poc'anzi riportate. Così, G. PERA, *Le rinunce e le transazioni*, cit., p. 34; M. NOVELLA, *Considerazioni*, cit., p. 521.

Altra autorevole dottrina ha espressamente negato la possibilità di fondare sull'art. 81 del d.lgs. n. 276/2003 il riconoscimento della "derogabilità assistita". Infatti, si osserva che "è congruo, dunque, interpretare quel riferimento" – cioè quello che l'art. 81 fa alla "disponibilità dei diritti" – "come obbligo di indicare alle parti, tra l'altro, quali dei diritti nascenti dal contratto siano disponibili e quali no nonché l'invalidità di una clausola del contratto proposto per la certificazione se con essa si dispone di un diritto derivante da norma inderogabile di legge o di contratto collettivo". Sicché, "sarebbe, invece, del tutto incongruo ricavare da questo esile riferimento che la certificazione renderebbe disponibili diritti che altrimenti non lo sarebbero"[723]. Però, va precisato che, secondo questa dottrina, l'espressione "diritti disponibili" sembra che vada letta come sinonimo di "norme derogabili": cioè, essa pare attribuire alle commissioni di certificazione il solo compito di contribuire a segnalare alle parti le clausole legali e contrattuali che - in quanto di per sé derogabili, a seguito della qualificazione operata dalle fonti che le prevedono - possono appunto essere modificate per adattare il programma negoziale alle specifiche esigenze dei contraenti.

Ad ogni modo, se il legislatore avesse voluto prevedere una forma di vera e propria "derogabilità assistita", avrebbe dovuto usare una formula diversa, come: per esempio, deroga alla disciplina legale e contrattuale, modifiche della regolamentazione normativa e così via. Invece, il riferimento alla "disponibilità dei diritti", contenuto nell'art. 81 si spiega con il fatto che l'enunciato è immediatamente seguito dall'art. 82: il quale appunto equipara le specifiche sedi di certificazione ivi indicate agli organi in grado, alla stregua dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., di disinnescare il regime di invalidità delle rinunzie e transazioni riguardanti i diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili. Così, l'art. 81 del decreto sarebbe una disposizione che, più che attribuire specifiche funzioni alle sedi di certificazione, si limita a precisare i vari compiti di esse nell'ambito delle competenze già delineate dalle altre disposizione del capo I del titolo VIII del medesimo decreto. Ed esaminando i singoli enunciati, tra le competenze delle sedi di certificazione non pare proprio emergere quella di consentire percorsi di "derogabilità assistita".

In altri termini, e in via conclusiva, secondo la tesi dominante, nel sistema lavoristico italiano, il diritto derivante da norma inderogabile è disponibile quando sia già acquisito. La regolazione delle modalità di disposizione di tale diritto è contenuta nell'art. 2113 c.c. Posto che siffatto diritto è disponibile nei termini e alle condizioni dell'art. 2113 c.c., ciò significa che l'indisponibilità del diritto originato da norma inderogabile non è assoluta, bensì solo relativa, o limitata ovvero condizionata, come risulta dall'art. 2113 c.c.[724]. Pertanto, l'art. 81 del decreto, che appunto precede l'art. 82 il quale riguarda le rinunzie e le transazioni di cui all'art. 2113 c.c., nel momento in cui parla di "disponibilità dei diritti" si collega inevitabilmente alla fattispecie prevista dall'art. 82: la

---

[723] M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro e diritti (dopo il d.lgs. n. 276/2003)*, a cura di P. CURZIO, Bari, 2004, p. 425.

[724] Per tutti cfr. G. PERA, *Le rinunce e le transazioni*, cit., p. 43; M. MAGNANI, voce *Disposizione dei diritti,* cit., p. 60 s.; M. NOVELLA, *Considerazioni*, cit., p. 533; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, 3° ed., Torino, 2002, p. 599 s.; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 437; G. FERRARO, voce *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, 1991, p. 2 ss.; ID., *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 279 ss. Cfr. anche C. CESTER, voce *Rinunzie e transazioni*, in *Enc. dir*., vol. XL, 1989, p. 990 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit.

quale, proprio grazie al richiamo dell'art. 2113 c.c., disegna le forme attraverso le quali il lavoratore può disporre di un diritto, già acquisito, attribuito dalla norma inderogabile.

Se si accoglie questa lettura, è agevole l'esegesi del comma 4 dell'art. 78 del d.lgs. n. 276/2003. Si è affermato che, in base all'enunciato, "attraverso il meccanismo delle clausole indisponibili, i codici autorizzano, limitatamente al contratto certificato e combinandosi con l'assistenza erogata a livello individuale dalle commissioni di certificazione, la derogabilità assistita dei trattamenti economici e normativi previsti dalla legge o dai contratti collettivi applicabili al di fuori della certificazione e, in assenza dei codici di buone pratiche, anche ai rapporti atipici"[725]. Anzitutto, va detto che appare un po' troppo forzato attribuire ai codici un compito così rilevante come quello prefigurato dalla tesi in esame. Anche perché va sottolineato che la predisposizione dei codici da parte della contrattazione collettiva non è affatto imposta dal decreto. Infatti, la disposizione stabilisce che il codice è elaborato dall'autorità amministrativa la quale dovrebbe recepire le indicazioni della contrattazione collettiva solo "ove esistano". Stante la volontarietà dell'attivazione del meccanismo contrattuale, sul piano pratico è improbabile che le organizzazioni datoriali accettino di partecipare ad una contrattazione creativa di diritti per i soggetti finora carenti di tutele (come i lavoratori a progetto o gli associati in partecipazione), senza una valida contropartita. È illusorio pensare che, rispetto a quest'ultimi soggetti, i codici possano svolgere una "funzione protettiva al rialzo". Il rischio concreto è che le organizzazioni dei lavoratori si trovino costretti a partecipare a trattative in cui si discute solo di come attenuare ed elidere i diritti dei lavoratori. Se il legislatore avesse veramente voluto attribuire alla contrattazione collettiva un potere normativo in materia, avrebbe dovuto fare dipendere l'attivazione dei nuovi moduli contrattuali dalla preesistenza dei suddetti codici: così, le organizzazioni datoriali avrebbero avuto un incentivo a partecipare alle trattative per l'elaborazione delle indicazioni da riversare nei codici, e le associazioni dei lavoratori avrebbero avuto la possibilità di chiedere ed ottenere l'inserzione di tutele altrimenti non previste, in cambio del loro consenso alla stipulazione dell'accordo.

Poi, appare dubbio che il legislatore abbia aperto la porta alla "derogabilità assistita", con una modalità così tortuosa. In effetti, se fosse così, la disposizione porrebbe il problema se sia consentito, nell'attuale sistema, al legislatore (invece di prendere esplicita posizione sul punto) affidare ad un organo diverso dall'autorità giudiziaria (e quindi all'autorità amministrativa) il compito di individuare "le clausole indisponibili" in sede di certificazione del rapporto. Considerato che la partecipazione della contrattazione collettiva alla predisposizione dei codici è solo eventuale, ma che in realtà il potere di adottarli spetta al solo Ministero del lavoro, accadrebbe che, di fatto, un soggetto terzo, non formalmente dotato di potestà legislativa, avrebbe il potere di incidere sulla disciplina legale e contrattuale relativa ai rapporti certificabili. A tal punto che con un atto regolamentare si potrebbero modificare le leggi e i contratti collettivi. Un tale spostamento di potere legislativo dalle sedi costituzionalmente competenti avrebbe perciò richiesto un intervento esplicito che non è rinvenibile né nel decreto delegato né nella legge delega n. 30/2003. Ma se fosse così sorgerebbero indiscutibili profili di illegittimità costituzionale. Questo perché, da un lato, si darebbe all'autorità amministrativa il potere di mutare, con un tocco di bacchetta magica, la na-

[725] E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 288.

tura delle norme legislative lavoristiche da inderogabili a derogabili, con violazione delle disposizioni della Carta fondamentale in tema di attribuzione del potere legislativo; dall'altro, si permetterebbe al potere esecutivo di incidere, in modo arbitrario, sullo spazio di azione della libertà sindacale e di contrattazione collettiva[726].

Peraltro, sembra sostenibile che il comma 4 dell'art. 78 si riferisca solo alle previsioni dei contratti collettivi. Depone a favore di questa soluzione, l'uso da parte del legislatore dell'espressione "clausole indisponibili... con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi". Invero, la combinazione delle parole "clausole" e "trattamenti economici e normativi", induce a concludere che il legislatore abbia preso in considerazione le sole disposizioni dei contratti collettivi.

Comunque, al di là di questa restrizione del campo di applicazione dell'enunciato, esso va letto in modo coerente con le funzioni attribuite alla certificazione dal legislatore del decreto. In questa prospettiva, esclusa l'introduzione del modello della "derogabilità assistita", sembra logico ritenere che i codici avrebbero una funzione meramente ricognitiva. Infatti, a ben vedere, l'unica interpretazione della disposizione, che la rende compatibile con l'attuale sistema, è quella che ne riduce la portata al livello della creazione di un meccanismo procedurale tale da contribuire alla diffusione della trasparenza del regolamento contrattuale e quindi ad effettuare una ricognizione delle clausole, o più correttamente delle norme (legali e contrattuali), del tutto inderogabili *ex ante* e di quelle che - invece, proprio perché ritenute modificabili dalla fonte che le prevede, e perciò di per sé derogabili - possono costituire oggetto di variazione consensuale nel momento in cui le parti contraenti chiedono la certificazione del contratto e quindi utilizzano tale meccanismo nella sua indiscussa funzione deflattiva e cioè di chiarificazione delle rispettive volontà negoziali. Oppure, a volere essere ancora più rigorosi, l'espressione "clausole indisponibili" di cui al comma 4 dell'art. 78 del decreto, può essere letta nel senso di ritenere che il codice di buone pratiche abbia la facoltà di individuare quelle clausole legali e contrattuali che attribuiscono diritti indisponibili al lavoratore, in quanto aventi la natura di norme inderogabili. Con ciò presupponendo che la indisponibilità dei suddetti diritti non è assoluta, bensì solo relativa alla stregua dell'art. 2113 c.c.

## 4. La "derogabilità assistita" nel lavoro a progetto.

Beninteso, l'inesistenza nel d.lgs. n. 276/2003 del modello della "derogabilità assistita" trova conferma nell'esame dell'altra tesi cui s'è fatto poc'anzi riferimento. Questa segue un percorso argomentativo del tutto differente rispetto alla prima e fa leva soprattutto su una lettura di una disposizione del decreto (non condivisa dalla prima) che, in apparenza, sembrerebbe propendere a favore della soluzione qui contestata in modo più deciso della prima tesi: la quale, come s'è visto, si fonda su argomenti alquanto controvertibili.

L'enunciato che viene in rilievo a questo proposito è l'art. 68: il quale prevede che "i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo", e cioè i diritti del collaboratore a progetto, "possono essere oggetto di rinunzie o transazioni in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo V del presente decreto legislativo". Il richiamo al meccanismo di certificazione avviene con riferimento al "Titolo V del presente decreto legislativo", incorrendo in un mero errore

[726] Così, cfr. M. G. GAROFALO, *La certificazione*, cit., p. 425.

materiale, in quanto la disciplina delle procedure di certificazione è contenuta nel Titolo VIII del suddetto decreto; errore che potrà essere sanato con il varo dei decreti correttivi previsti dall'art. 7 della legge n. 30/2003.

La non cristallina formulazione della disposizione ha fatto sorgere il dubbio se essa consenta la derogabilità *a priori* dei diritti del collaboratore a progetto, con l'assistenza degli organi certificativi, al momento della certificazione iniziale della natura del contratto stipulato tra le parti.

Comunque, sembra preferibile aderire all'opinione prevalente che ritiene che le rinunzie e transazioni previste dalla disposizione possono riguardare solo i diritti già maturati (e quindi entrati nel patrimonio) e non i diritti non ancora sorti, vale a dire la disciplina iniziale del rapporto. Si tratterebbe cioè di un'ipotesi di disponibilità dei diritti e non di vera e propria derogabilità *ex ante* delle disposizioni legali al momento della costituzione del rapporto[727]. Pertanto, in questa prospettiva, la disposizione produce il limitato effetto normativo di aggiungere altre sedi, rispetto a quelle indicate dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., laddove il lavoratore a progetto possa validamente manifestare la sua volontà transattiva e abdicativa rispetto ai diritti gia acquisiti. In altre parole, l'enunciato introduce un'ulteriore forma di assistenza (oltre quelle di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.) della volontà dispositiva del collaboratore a progetto in grado di sottrarre al generale regime d'invalidità le relative rinunzie e transazioni riguardanti i diritti derivanti da norme inderogabili. Sicché, l'art. 68 contribuisce ad attribuire alle disposizioni di tutela del lavoratore a progetto (salvo le eccezioni espressamente stabilite) natura di norme inderogabili *in peius*, prevedendo l'applicabilità delle regole dell'art. 2113 c.c., con la conseguente indisponibilità relativa dei diritti del collaboratore a progetto[728].

In effetti, altra parte della dottrina si limita a ventilare, con molta prudenza (oppure con preoccupazione), la possibilità che la disposizione abbia una portata realmente innovativa e realizzi una forma di derogabilità preventiva (seppure "assistita") della disciplina legale del rapporto[729]; ed è isolato chi, pur nel quadro di una suggestiva argomentazione, sostiene decisamente che, in questo caso, la certificazione possa permettere di derogare in via preventiva all'applicabilità delle discipline legali di tutela del lavoratore a progetto[730]. Secondo quest'ultima tesi, il legislatore avrebbe costruito la disciplina di tutela del collaboratore a progetto non mediante la tecnica tradizionale dell'inderogabilità *in peius* (ovvero unilaterale[731]), bensì con la diversa tecnica della "derogabilità assistita" (oppure dell'inderogabilità solo relativa), e quindi consentendo la deroga della normativa di tutela da parte dell'autonomia individuale, se manifestata in forma debitamente

---

[727] Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto",* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 25/2003, p. 23; P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.,* 2003, I, p. 919; M.G. GAROFALO, *La certificazione*, cit., p. 425 ss.; V. PINTO, *Le "collaborazioni coordinate e continuative" e il lavoro a progetto*, in *Lavoro e diritti*, cit., p. 334; M. MAGNANI – S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 27/2004, p. 12; A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in www.dirittodellavoro.it., 2004, p. 12.

[728] Cfr. A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 12.

[729] Cfr. A. MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in *Speciale* di *Guida al lavoro*, 2004, p. 12; M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, 2003, n. 9, p. 823; L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in www.unicz.it, 2004, p. 8 ss.

[730] L. NOGLER, *La certificazione*, cit., p. 414.

[731] Cfr. M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 414.

assistita: e cioè, davanti a soggetti terzi, come le commissioni di certificazione, garanti della libera e genuina espressione del consenso del collaboratore a progetto.

Tuttavia, a favore della tesi qui condivisa (secondo cui in sede di certificazione si possa rinunciare o transigere solo con riferimento ai diritti già maturati) sono utilizzabili pregnanti argomenti. In primo luogo, la lettera della disposizione parla di "rinunzie o transazioni": e tali parole, a meno che non vi siano evidenti elementi in senso contrario, andrebbero utilizzate secondo il significato tradizionalmente acquisito. Poi, se il legislatore avesse voluto introdurre il modello della "derogabilità assistita", o della volontà individuale assistita, per fissare la disciplina iniziale del rapporto, si sarebbe espresso in termini più chiari. Ciò in ragione del fatto che una così radicale innovazione implicherebbe un pronunciamento esplicito[732].

Invero, la disposizione sembra proprio, da un lato, dipanare ogni dubbio sulla riferibilità del regime di cui all'art. 2113 c.c. al lavoro a progetto[733]; dall'altro, limitarsi ad affermare che le tradizionali rinunzie e transazioni di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. (enunciato che appunto riguarda pure i collaboratori a progetto) possono avvenire anche mediante la procedura di certificazione e presso le sedi di certificazione previste dal presente decreto. Mentre la disposizione generale di cui all'art. 82 del decreto prevede che le rinunzie e transazioni di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. si possono effettuare, tramite la procedura di certificazione, solo presso gli enti bilaterali. Sicché, l'art. 68 avrebbe la caratteristica sia di creare nuovi organi abilitati a garantire la genuinità del consenso del lavoratore, manifestato in sede transattiva, sulla base dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.[734], sia di fissare un momento di collegamento con la disposizione generale di cui all'art. 82 dello stesso decreto, e perciò ribadirebbe la competenza delle sedi autorizzate a certificare, dallo stesso art. 82 del decreto, le tradizionali rinunce e transazioni di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. Pertanto, l'art. 68 avrebbe un suo autonomo significato nei confronti all'art. 82; senza bisogno di ingegnarsi per trovare quello qui non condiviso, sulla base del debole argomento che altrimenti non si spiegherebbe la presenza del medesimo art. 68 e si realizzerebbe una sovrapposizione tra le due disposizioni[735].

A sostegno della lettura qui sostenuta, s'è anche cercato di identificare la peculiarità dell'art. 68 nell'operare con riferimento "a rapporti di lavoro già in essere, di cui si prospetta la riconduzione al progetto ovvero ad uno degli schemi del lavoro dipendente" e quindi la norma consente di "sanare, in sede di certificazione del contratto, eventuali situazioni grigie o di palese irregolarità che, in mancanza di questa possibilità, potrebbero altrimenti degradare nel lavoro nero vero e proprio per la diffidenza del committente a regolarizzare (con un atto percepito soggettivamente alla stregua di una sorta di autodenuncia) rapporti di lavoro dipendente mascherati dietro l'etichetta della collaborazione coordinata e continuativa"[736]. In questa prospettiva, la disposizione avrebbe una funzione sanante di irregolarità pregresse e pertanto si riferirebbe, secondo la consolidata tradizione, alle rinunzie e transazioni in ordine a diritti già maturati. Tuttavia, quanto a questa tesi, va svolta qualche osservazione. Infatti, l'art. 68 si riferisce ai diritti del collaboratore a progetto. E quindi sembra che la disposizione riguardi soprattutto l'ipotesi in cui, a seguito dello

---

[732] Così, M.G. GAROFALO, *La certificazione*, cit., p. 426.

[733] Cfr. A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 12.

[734] Cfr. V. PINTO, *Le "collaborazioni coordinate e continuative"*, cit., p. 334.

[735] Cfr. M. MAGNANI – S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 12; L. NOGLER, *La certificazione*, cit., p. 54.

[736] M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili ricostruttivi*, in *Speciale* di *Guida al lavoro*, 2004, p. 26.

svolgimento di un rapporto di lavoro a progetto, debba sorgere una controversia da risolvere con il relativo meccanismo transattivo. Mentre il caso considerato dalla tesi appena riportata pare concernere rapporti di lavoro non a progetto e quindi rientrante, più correttamente, nell'ambito dell'art. 82 del decreto. Al limite, la necessità di un'apposita previsione in tema di rinunzie e transazioni in sede di certificazione, accanto a quella generale di cui all'art. 82 del decreto, si può spiegare con la circostanza che il legislatore ha sentito il bisogno di chiarire che le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c., svolte mediante la procedura di certificazione, possono riguardare anche la fase transitoria in cui le collaborazioni coordinate e continuative andranno ricondotte entro il nuovo schema del lavoro a progetto: e quindi è stato previsto, sebbene non ve ne fosse del tutto bisogno, un particolare meccanismo di accompagnamento che governa le rinunzie e transazioni riguardanti rapporti che passano dall'area della collaborazione coordinata e continuativa pura e semplice al vero e proprio lavoro a progetto.

È possibile anche una soluzione più semplice: in un capo dedicato in particolare alla nuova figura del lavoro a progetto, il legislatore, per esigenze sistematiche, ha cercato di dare l'impressione di fornire una disciplina il più completa possibile. Da qui un'apposita disposizione sulle rinunzie e transazioni in sede di certificazione che va letta in modo coordinato con la regola generale di cui all'art. 82 del decreto. In dottrina, per giustificare la mancanza di sovrapposizione tra l'art. 68 e l'art. 82 del decreto, s'è sostenuto che la prima norma consentirebbe di effettuare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c. presso tutte le sedi di certificazione, mentre l'art. 82 si limiterebbe ad attribuire la relativa competenza ai soli enti bilaterali[737]. Tuttavia, tale soluzione appare in contrasto con l'art. 5, comma 1, lettera g), della legge delega n. 30/20003 che incardina tale competenza solo presso gli enti bilaterali[738]. Sicché, è più logico ritenere che l'art. 68 si arresta a prevedere la possibilità delle rinunzie e transazioni nelle sedi di certificazione, mentre l'art. 82 individua esattamente l'organo di certificazione al riguardo competente[739].

Inoltre, se la disciplina legale potesse essere inizialmente derogata, non avrebbe alcun senso la qualificazione dei diritti riconosciuti al collaboratore come "tutele fondamentali", da parte sia dell'art. 4, comma 1, lettera c), n. 4, della legge delega n. 30/2003 sia della relazione di accompagnamento al decreto[740]: se, infatti, la "tutela" è ritenuta "fondamentale", essa dovrebbe assumere, secondo l'opinione consolidata, il carattere dell'inderogabilità e se ne dovrebbe ammettere solo la parziale disponibilità *ex post*. Certo, l'idea di "tutele fondamentali" non implica "necessariamente la via dell'inderogabilità assoluta, ma semmai quella dell'effettività delle tutele stesse"[741]. Ma è pure vero che proprio il carattere dell'inderogabilità *in peius* della norma protettiva permette di assicurare l'effettività della tutela della parte più debole del rapporto[742]. E perciò, in mancanza della esplicita previsione di altri validi strumenti atti a garantire un adeguato livello di effettività delle tutele, bisogna riconoscere che il legislatore abbia percorso la strada più tradizionale: ammettendo, nell'art. 68, la sola disponibilità dei diritti già acquisiti.

---

737 Cfr. A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 12.

738 Cfr. L. DE ANGELIS, *La morte apparente*, cit., p. 8.

739 Così, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 26.

740 Cfr. M.G. GAROFALO, *La certificazione*, cit., p. 427.

741 L. NOGLER, *La certificazione*, cit., p. 55.

742 Cfr., per tutti, F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 426 ss.; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 413 ss.

D'altra parte, il capo I del Titolo VII del d.lgs. n. 276/2003 dedicato al lavoro a progetto contiene diverse disposizioni che affermano la derogabilità della rispettiva disciplina solo in modo più favorevole al lavoratore a progetto, e perciò indirettamente ne affermano l'inderogabilità *in peius* (art. 61, comma 4; art. 66, comma 2; art. 66, comma 3). Peraltro, il legislatore si è espressamente pronunciato quando ha voluto prevedere la derogabilità della disposizione legale in modo meno favorevole per il collaboratore (art. 64, comma 1; art. 67, comma 2). Sicché, tutto questo apparato normativo – che realizza un determinato equilibrio tra i diversi interessi delle parti del rapporto - non avrebbe alcun senso se si accettasse l'idea che esso possa essere *ab origine* posto nel nulla in sede di certificazione iniziale del rapporto[743]. Insomma, sarebbe un legislatore assai confuso quello che prima sembra ricorrere alla tecnica dell'inderogabilità *in peius* e poi improvvisamente apre spazi al differente modello della "derogabilità assistita" o della volontà assistita. Laddove, infatti, il legislatore ha scelto di adottare la soluzione di permettere alle parti contrattuali di derogare alla disciplina legale nella fase di costituzione del rapporto, l'ha fatto con estrema chiarezza. Si pensi alla legge 9 dicembre 1998, n. 431, in materia di disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo: qui, infatti, la possibilità di deroga alla disciplina di base è formulata con l'uso dell'espressione inequivocabile "in alternativa". E infine, non va trascurato che proprio l'interpretazione dell'art. 68 nel senso qui sostenuto è stata accolta anche da chi, in tempi non sospetti, ha fortemente caldeggiato l'opportunità di introdurre, anche nell'ambito del diritto del lavoro, il modello della "derogabilità assistita", o della volontà assistita, e quindi la possibilità di predisporre meccanismi tali da consentire pattuizioni individuali (effettuate dal lato del lavoratore con il sostegno di un soggetto terzo) in deroga alla disciplina legale del rapporto di lavoro[744]. Di conseguenza, è vero che "ciò che rileva è il significato operativo della disposizione e cioè le *regolae iuris* ricavate dall'interprete"[745]. Ma appunto, nei confronti di un enunciato normativo che non brilla per lucidità espositiva, all'interprete è sempre richiesta una ragionevole dose di prudenza, tenendo conto della necessità di integrare nel sistema dogmatico la regola di decisione suggerita[746].

Beninteso, concludendo uno dei suoi ultimi scritti, Salvatore Hernandez osservava che "in sostanza, sia l'inderogabilità delle norme, sia il contenuto precettivo delle stesse, essendo entrambi strumenti per realizzare la tutela compensativa, che costituisce il principio cardine della materia, possono essere variamente disponibili dal legislatore, senza che una flessione quantitativa – o anche qualitativa – delle norme inderogabili, o l'abrogazione di norme contenutistiche creatrici di diritti dei lavoratori, possa essere in sé considerata come una minaccia al diritto del lavoro e al suo futuro". Ma al tempo stesso avvertiva che "la variazione delle tecniche di intervento non può, d'altra parte, sovvertire i delicati equilibri ad oggi raggiunti tra promozione dell'impresa e sostegno compensativo del lavoratore se non per trovarne altri sostanzialmente equivalenti"[747]. Ciò

---

[743] Cfr. M.G. GAROFALO, *La certificazione*, cit., p. 426; A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 11.

[744] A. VALLEBONA, *Introduzione alla riforma dei lavori*, cit., p. 907.

[745] L. NOGLER, *La certificazione*, cit., p. 54.

[746] Cfr. L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 51 ss. e 94 ss.

[747] S. HERNANDEZ, *Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro*, in *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, in *Dir. lav.*, Quaderno n. 8, 2003, p. 26.

significa che la tecnica della "derogabilità assistita" non può essere considerata "aprioristicamente regressiva"[748]. Ma lo diventa quando non sia accompagnata da presidi e garanzie in grado di evitare che essa si risolva in una mera attenuazione delle tutele esistenti per i lavoratori senza adeguate contropartite. Paradossalmente, se si ammettesse la presenza del modello della "derogabilità assistita" nel d.lgs. n. 276/2003 si consentirebbe una destrutturazione del diritto del lavoro più intensa[749] di quella, a parere di molti, progettata dal noto *Libro Bianco*, che pur cercava di creare un sistema di contrappesi[750], seppure ampiamente criticabili[751]. Se si concorda con quanto s'è qui cercato di argomentare si dovrebbe concludere che nel d.lgs. n. 276/2003 non vi sia alcuna traccia della "derogabilità assistita". E tale soluzione non esprime una visione contraria alla necessità di una modernizzazione del diritto del lavoro, ma anzi ne ribadisce l'importanza, limitandosi a ricordare che, in questo campo, ogni intervento normativo incide sull'effettività dei principi costituzionali di tutela delle persone che lavorano[752].

---

[748] M. NOVELLA*, Considerazioni*, cit., p. 545.

[749] Cfr. M.G. GAROFALO, *La certificazione*, cit., p. 425.

[750] Cfr. M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione*, cit., p. 114.

[751] Cfr. L. DE ANGELIS, *La morte apparente*, cit., p. 9; V. SPEZIALE, *La certificazione*, cit., p. 276 ss.; F. CARINCI, *Dal Libro Bianco alla legge delega*, in *Dir. prat. lav.,* 2002, p. 727 ss.; V. PINTO – B. VOZA, *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega,* in *Riv. giur. lav*., 2002, I, p. 483.

[752] Cfr. F. CARINCI, *Dal Libro Bianco*, cit., p. 731.

# La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*

Franca Borgogelli

1. Introduzione: il quadro normativo 304
2. La scelta di politica del diritto: le ragioni e il significato di una disciplina diversificata 306
2.1. Profili generali 306
2.2. Le differenze nel ruolo della contrattazione collettiva 311
2.3. Osservazioni 312
3. Le questioni esegetiche 314
3.1. La fonte delle "eccezioni" 314
3.2. Le inclusioni 317
3.3. Le esclusioni 326
4. Riferimenti Bibliografici 329

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 17/2004

## 1. Introduzione: il quadro normativo

L'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione della nuova disciplina del mercato del lavoro, affermata con una formula ambigua[753] dall'art.6 della legge delega, trova riscontro nel secondo comma dell'art. 1 del decreto legislativo n.276 in termini (apparentemente) chiari e drastici, anche se viene poi parzialmente ridimensionata in altre disposizioni.

Si tratta di un aspetto della riforma criticato, seppur con accenti diversi, da tutti i commentatori, con riguardo sia all'opzione di politica del diritto sia al metodo e alla tecnica legislativa. Per il primo profilo, si giudica negativamente la netta inversione di rotta rispetto al processo di unificazione del lavoro pubblico e privato sotto <<l'egida del diritto comune del lavoro>>[754] avviato nel 1992 e approdato nel d.lgs.n.165 del 2001; per il secondo profilo, si nota come le ambiguità e i dubbi di costituzionalità rilevati con riguardo alla legge delega non vengano risolti, ma se mai aggravati dal decreto delegato, risultando nell'insieme un intreccio di disposizioni non facilmente riconducibili ad un ordine sistematico. Una pessima qualità tecnica[755] che mette in seria difficoltà sia la dottrina che pure voglia accogliere l'invito a lasciar da parte pregiudiziali ideologiche e a prestare attenzione all'opera di ricostruzione esegetica e sistematica[756], sia coloro che le disposizioni debbono in concreto applicare.

Prima di entrare nel merito della riflessione, è opportuno fornire al lettore un quadro delle disposizioni normative che l'interprete è chiamato a spiegare e a coordinare dopo averne individuato il filo conduttore e la ratio: un compito che appare più come la soluzione di un rompicapo che un'operazione esegetica.

Il punto di partenza è l'art.6 della legge delega (n.30/2003) ove si afferma che le <<disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate>>. Una proposizione, assai infelice sul piano sintattico, a cui è difficile attribuire un significato univoco innanzitutto per quanto riguarda la fonte autorizzata a introdurre deroghe inclusive[757]. Infatti, all'interpretazione letterale più immediata e piana, che riferisce il richiamo alla stessa legge n. 30, si contrappone l'assenza negli articoli da 1 a 5 di riferimenti in positivo ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: le uniche due menzioni sono volte ad escluderli espressamente dal campo di applicazione della disciplina oggetto della delega al Governo in materia di riforma del lavoro a tempo parziale e di certificazione dei

---

[753] Per un primo commento all'art.6 L.n.30/2003 in cui si rileva l'ambiguità della disposizione (e si indicano le due possibili letture) v. Gragnoli 2003.

[754] Scrive Caruso (2001, p.991), commentando quello che era ancora l'art.11 del disegno di legge delega: <<se il progetto dovesse andare in porto, le lancette della storia sarebbero rimesse al loro posto. Il pubblico impiego, lungi dall'essere unificato sotto l'egida del diritto comune del lavoro (pubblico e privato) che è il filo conduttore della grande riforma progettata e voluta da Massimo D'Antona, verrebbe bruscamente riportato alla sua originaria natura di diritto speciale o quanto meno differenziato; se non di ripubblicizzazione secca si tratta, rimanendo invariato il sistema del d.lgs.n.165/2001, si pongono le condizioni di una rinnovata differenziazione di status e di regimi tra dipendenti pubblici e privati che potrebbe sfociare anche nella reintroduzione di regole, (perché no a questo punto?), di ri/pubblicizzazione del rapporto>>.

[755] Seppur con toni più o meno duri, la critica alla "approssimata" redazione tecnica della legge è comune a tutti i commentatori.

[756] È l'invito più volte rivolto da Tiraboschi ai critici della riforma: da ultimo v.: Tiraboschi 2004.

[757] V. in particolare M.T. Carinci 2003 e Gragnoli 2003.

rapporti di lavoro (rispettivamente agli artt.3 e 5)[758]. La disposizione apparirebbe dunque priva di significato e pleonastica[759].

Per contro, l'ipotesi di riferire il richiamo al legislatore delegato, cui spetterebbe il compito di decidere se e come ricomprendere le pubbliche amministrazioni nel campo di applicazione del "nuovo diritto", fatti salvi gli espressi divieti di cui agli artt. 3 e 5, solleva dubbi di costituzionalità ai sensi dell'art.76 Cost. per l'assenza di indicazioni circa l'oggetto della delega e di principi e criteri direttivi per il suo esercizio[760].

L'ambiguità lessicale dell'art.6 L.n.30 sembra risolta dal d.lgs. n.276 nel momento in cui nell'art.1, c.2, afferma che <<il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e il loro personale>>. L'esclusione appare infatti netta e ampia, estesa all'intera nuova disciplina, nonché a ogni tipologia di rapporto di lavoro instaurato dalle pubbliche amministrazioni[761].

In realtà i problemi non sono affatto superati. Infatti, il carattere generale dell'esclusione, affermato nell'art.1, c.2 del decreto, viene poi temperato, con disposizioni collocate in prevalenza nell'ambito delle <<Norme transitorie e finali>>: da un lato rinviando ad una concertazione tra il Ministro per la funzione pubblica e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, convocate entro 6 mesi[762], l'esame dei <<profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del … decreto legislativo … *anche* (corsivo mio) ai fini della eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia>> (art.86, c.8); dall'altro lato disponendo direttamente l'estensione, a tutte le pubbliche amministrazioni della disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato e delle sanzioni amministrative di cui all'art.19 (art.86, c.9), ai soli enti di ricerca di quella dei contratti di inserimento (art.54). Altri riferimenti espressi alle pubbliche amministrazioni contenuti nel decreto (art.86, c.9) provvedono invece a ribadire e precisare le differenze: la non applicazione della "sanzione", disposta dall'art.27 c.1, della costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ha utilizzato la prestazione, in caso di somministrazione irregolare; l'applicazione <<esclusivamente nei confronti della pubblica amministrazione>> della disciplina vigente in materia di contratti di formazione e lavoro.

Il legislatore delegato sembra dunque accogliere la lettura dell'art.6 l.n.30 che gli attribuisce la potestà di decidere in merito al possibile coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni; oltre ai dubbi di costituzionalità che una tale interpretazione prospetta, è certo che le modalità, assai

---

[758] D'altra parte le disposizioni contenute negli articoli successivi (da 7 a 10) non potrebbero essere riferiti alle P.A., trattando di norme procedurali concernenti l'esercizio della delega, di delega per la razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, nonché di modifiche alla disciplina del lavoro nelle cooperative e dei benefici alle imprese artigiane, commerciali e del turismo.

[759] È un rilievo comune in dottrina (Gragnoli 2003, L. Zoppoli 2003, Mainardi 2004, Zoli 2004), anche da parte degli autori che comunque ritengono questa l'interpretazione preferibile, in quanto l'unica costituzionalmente corretta; in questo senso**:** Bellavista 2003, L. Zoppoli 2003**,** Scarpelli 2003**.**

[760] Comuni alla dottrina (v. gli autori cit. alla nota precedente) sono anche i dubbi di costituzionalità con riguardo all'art.76 Cost.; propendono comunque per questa tesi Mainardi 2004 (che li ritiene superabili: v. infra § 3. 1), Zoli 2004 (perché è l'unica che dà un qualche significato al rinvio).

[761] Ma v. *infra,* § 3.1, per la lettura di Scarpelli 2003.

[762] Ci si può chiedere perché sia escluso il Ministro del lavoro; Mainardi 2004 rileva come non sia indicato il *dies a quo.*

discutibili quanto alla tecnica regolativa, con cui si articola l'alternarsi e l'intrecciarsi delle inclusioni ed esclusioni, nonché il regime delle <<abrogazioni >> (art.85), che in realtà in molti casi si configurano come disapplicazioni[763], rende veramente difficile ricostruire una disciplina chiara dei singoli istituti, considerato anche il rilievo che in ambito pubblico assume la normativa contrattuale, per la quale le indicazioni della disciplina transitoria non paiono sufficienti (v. art.86, c.3 per quanto riguarda la somministrazione a termine). Si determinano anche alcune situazioni paradossali: la convivenza di due regolazioni – l'una "vecchia", ancora valida per il lavoro pubblico, l'altra "nuova", valida per il solo lavoro privato - riferite allo stesso provvedimento normativo, come nei casi del d.lgs. n.61/2000 in materia di *part time* e dell'art. 2112 del codice civile.

## 2. La scelta di politica del diritto: le ragioni e il significato di una disciplina diversificata

### 2.1. Profili generali

Il dissenso della dottrina nei confronti della scelta del legislatore di escludere le pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione della nuova regolazione del mercato del lavoro è stato unanime; anche i più convinti sostenitori della riforma ascrivono questa <<opzione>>, giudicata <<fortemente criticabile>>, tra le <<lacune e i profili di criticità>>[764].

I toni variano dalla sorpresa[765] per una inattesa inversione di rotta nel percorso di unificazione tra lavoro pubblico e privato - contrastante anche con l'orientamento espresso nel Libro Bianco[766] - di cui non si comprende la ragionevolezza[767], prospettandosi per ciò una violazione dell'art. 3 Cost.[768], alla preoccupazione per una scelta di differenziazione delle discipline che, accompagnandosi ad altri segnali negativi provenienti sia dal legislatore[769] sia dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione[770], nonché alle incognite circa le conseguenze della riforma del Titolo V, potrebbe preludere ad un ritorno alla pubblicizzazione del rapporto di lavoro

---

[763] Gragnoli 2003, p. 254; L. Zoppoli 2003.

[764] Così Tiraboschi, 2003a, p.7 e 2004, p.22.

[765] Ad esempio L. Zoppoli 2003 parla di un <<inatteso divorzio>> (anche se poi attenua il suo giudizio critico sulle conseguenze); Curzio 2004, p.20, manifesta sorpresa e perplessità.

[766] Benché nel "Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia: proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità" dell'ottobre 2001, curato da M. Sacconi e M. Biagi per il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il tema del lavoro pubblico venga sostanzialmente trascurato, è significativo che l'unico accenno, collocato nel Titolo III. 1. dedicato al "Sistema contrattuale", consista nell'affermazione che è <<intenzione del Governo proseguire con determinazione verso una maggiore omogeneità non solo delle norme ma anche delle relazioni sindacali e dei comportamenti effettivi dei due settori, pubblico e privato>>. Per una valutazione dei motivi di una tale <<rumorosa assenza>> si rinvia a Caruso 2001, p. 990 ss.

[767] Mainardi (e Salomone) 2004 lo qualifica come <<un significativo quanto irrazionale episodio di distonia normativa>>.

[768] M.T. Carinci, 2003, pp.16-17, rilevata l'assenza di una <<plausibile ragione giustificatrice>> prevede che, ove investita della questione, la Corte Costituzionale non potrà che dichiarare incostituzionale la legge delega (e il decreto legislativo delegato) per violazione dell'art.3 Cost.

[769] Significativi i contenuti della legge 15 luglio 2002 n.145 che riforma la normativa dettata in materia di dirigenza statale dal d.lgs. n.165/01. Per un commento critico v. le analisi contenute nei fascicoli monografici di LPA: *Dirigenza statale e dirigenze nella pubblica amministrazione*, 2002, n.6; *La dirigenza nel pubblico impiego,* 2003, n.2.

[770] Ci si riferisce alle sentenze della Corte Costituzionale (che pure con importanti decisioni aveva in precedenza dato avallo alla riforma in senso privatistico del lavoro pubblico) che hanno compreso anche le progressioni di carriera nelle procedure concorsuali caratterizzate da regolamentazione pubblicistica e giurisdizione amministrativa: nn. 1/1999, 2/2001, 194/2001, 273/2002); nonché alla recente Cass. S.U. n.15403/2003 che si è adeguata a tale linea interpretativa, modificando l'orientamento in precedenza espresso, anche dalle stesse sezioni unite.

dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni[771]. Si evidenziano altresì i problemi esegetici in ordine all'individuazione della normativa applicabile al lavoro pubblico e alla ricostruzione di una coerenza sistematica complessiva dell'ordinamento del lavoro[772].

Il nodo centrale è rappresentato dal rilievo che la scelta operata dal legislatore sarebbe <<contraddittoria rispetto al processo di omogenizzazione tra lavoro pubblico e privato in atto da un decennio>> e potrebbe <<privare di significato l'intera privatizzazione>>[773]. Si tratta dunque di capire se questo *vulnus*[774] ci sia stato effettivamente e se sia inevitabilmente pregiudicato il processo di unificazione o se, al contrario, nella sostanza la valenza negativa della scelta della legge n.30 e del d.lgs. n.276 sia meno grave di quel che appaia[775], e comunque il rischio paventato possa essere evitato.

A ben vedere in discussione non è la differenziazione di talune discipline, poiché è fuor di dubbio che qualche diversità sia ineliminabile, considerato che l'assimilazione del datore di lavoro pubblico con il *manager* privato deve rapportarsi al peculiare contesto di riferimento, ai principi costituzionali che impongono certezza, trasparenza e uniformità, alla natura degli interessi perseguiti; sono perciò inevitabili limiti al processo di unificazione, che del resto il d.lgs. n.165/01 pone. La valutazione negativa riguarda il carattere "generale" dell'esclusione, non collegata a specifiche e motivate ragioni, che può assumere una valenza "ideologica" e "programmatica" contrastante con i principi sottesi alla riforma del lavoro pubblico. In altri termini, il capovolgimento del modello delineato dall'art.2, c.2, del d.lgs. n. 165/2001 - questo configura la disciplina comune come regola e le deroghe come eccezioni, la legge n.30 configura la differenziazione come regola e l'uniformità come eccezione – può essere letto come espressione della volontà di negare la logica unificante e di cancellare il percorso compiuto nel processo di privatizzazione e contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

Dunque è opportuno che l'attenzione dell'interprete, ora che la riforma lungamente elaborata è divenuta legge, sia volta soprattutto a verificare se effettivamente alla opzione legislativa vada attribuita una tale valenza generale e pervasiva o se invece essa possa essere ridimensionata, prospettandone una lettura che, senza ledere i principi del <<diritto comune del lavoro>>, la colleghi alle differenze che l'ordinamento del lavoro pubblico conserva: sia quelle delineate dal d.lgs. n.165 sia quelle sedimentate nella prassi applicativa della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. In tal modo si potrebbe non solo ridurre l'impatto negativo sul piano della politica del diritto, ma anche individuare un filo conduttore per interpretare le specifiche disposizioni e soprattutto per delineare i contorni di quelle che dovranno essere introdotte

---

[771] V. già Caruso 2001 e Miscione 2002 con riferimento al disegno di legge delega; nonché Zoli 2004. F. Carinci 2004 puntualizza invece la differenza della legge n.30/03 rispetto all'orientamento manifestato dalla l.n.145/02 e dalla giurisprudenza citata alla nota precedente: la prima va nel senso di una "diversificazione", non di una ripubblicizzazione come il secondo.

[772] Rilievo comune a tutti i commentatori.

[773] Così Zoli 2004; per Chieco (2004, p.108) si tratta <<di una legislazione che dichiaratamente e ingiustificatamente tradisce il processo di avvicinamento tra pubblico e privato>>; v. altresì Caruso 2001, cit. alla nota n. 2.

[774] Termine che ricorre con frequenza nei commenti.

[775] Sicuramente è meno pericolosa per il processo di unificazione degli interventi legislativi e giurisprudenziali citati sopra alle note nn.17 e 18.

sia in base alla procedura indicata dall'art.86, c.8, d.lgs.276 sia per via contrattuale (accordi quadro e di comparto), tenendo conto delle opportunità offerte dall'art.2, c.2, seconda parte, del d.lgs. n. 165/01[776].

È opportuno precisare che con ciò non si intendono ignorare i motivi "contingenti" - le pressioni politico-sindacali, gli interessi delle burocrazie, i contrasti di orientamento tra Ministeri – che hanno condizionato la scelta del legislatore e determinato le gravi incongruenze e discrasie nella regolazione, e neppure trascurare il significato politico compromissorio che può essere attribuito alla previsione dell'intervento correttivo nel contesto dell'armonizzazione promessa dall'art.86 c.8[777]. Ma ciò non toglie valenza positiva (seppure in un ottica connotata dall'ottimismo) ad una lettura che riconduca l'esclusione delle pubbliche amministrazioni alla sfera delle inevitabili differenziazioni tra lavoro pubblico e privato, configurandola non come un *vulnus* al processo di unificazione, ma come una opportunità che consente di costruire – nel processo di armonizzazione e con l'intervento della contrattazione collettiva - una disciplina migliore di quella si sarebbe avuta con l'estensione diretta e completa delle disposizioni del d.lgs.n.276[778].

La prima questione da porsi è dunque se la esclusione delle pubbliche amministrazioni dall'applicazione generalizzata e automatica delle norme del d.lgs. n.276 rappresenti una negazione della regola dell'ordinamento comune per il lavoro pubblico e privato affermata dall'art.2, comma 2, del d.lgs.165/01 o se invece trovi la sua ragion d'essere nella sostanziale estraneità di quelle norme rispetto alla disciplina comune; e perciò possa essere in qualche modo considerata come una eccezione nello "spirito" del medesimo art.2, comma.2, d.lgs.n.165.

Sembrano numerosi gli argomenti che si possono addurre a sostegno della seconda ipotesi.

Il primo, di immediata evidenza, si riferisce alla motivazione del provvedimento legislativo, che il d.lgs. n.276 indica nel primo comma dell'art.1 e che assume la funzione di "guida" per coloro che sono chiamati a interpretare e applicare la legge: essa fa perno sull'obiettivo di <<aumentare i tassi di occupazione>>[779], obiettivo estraneo alle pubbliche amministrazioni, chiamate piuttosto, per razionalizzare il costo del lavoro, a contenere la spesa complessiva per il personale (art.1, c.1, lett.b, d.lgs.n.165/01) e a tal fine anche a ridurlo, come dimostrano le più recenti leggi finanziarie.

---

[776] L'art.2, c.2, seconda parte del d.lgs. n.165/01 recita: <<Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti e accordi collettivi e per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario>>. Per il commento cfr.: Rusciano e L. Zoppoli, 1999, p.1071 ss.; Speziale 2000, p.257 ss.

[777] Al riguardo v. in particolare Mainardi 2004, F. Carinci 2004.

[778] Non si tratta dunque di assumere l'atteggiamento dell'interprete che <<si affanna a ridurre i danni o a proporre interpretazioni minimizzanti, soprattutto dell'ambiguo dettato dell'art.6 della legge delega (…). Fatica sprecata dinanzi a un legislatore che esprime con chiarezza la sua volontà (…). *In claris non fit interpretatio.*>>, come osserva causticamente Zoppoli 2003; bensì di essere consapevoli che <<alla lunga fase di dibattito di politica del diritto è ora necessario sostituire l'analisi e la riflessione, i giudizi più meditati e la ricerca di spazi interpretativi diretti a contrastare, ove possibile, gli aspetti più regressivi delle nuove discipline>> (Scarpelli 2003). Peraltro anche Zoppoli poi invita le P.A., utilizzando gli spazi aperti dal d.lgs. n.276/03 per la contrattazione collettiva e per la legislazione regionale, a <<non limitarsi ad un approccio difensivo e, preferendo la speranza al catastrofismo (*ex malo bonum,* talora succede), di cimentarsi con le idee ed i problemi maturati nella travagliata genesi dei "nuovi lavori", raccogliendo strumenti e indirizzi utili a rilanciare la vera sfida della modernizzazione della disciplina e della gestione dei rapporti di lavoro, cioè raggiungere un migliore equilibrio tra efficienza organizzativa e tutele dei lavoratori>>.

[779] Per questo rilievo v. Bellavista 2003, pp.706-707.

Comunque si valuti la effettiva perseguibilità, in relazione agli strumenti all'uopo predisposti dal d.lgs.n.276, dell'obiettivo di accrescere l'occupazione e di favorire la regolarizzazione di posizioni nascoste sotto forme contrattuali elusive o frodatorie, è chiaro il diverso orientamento rispetto alle finalità indicate dall'art.1,c.1, del d.lgs.n.165, ove l'obiettivo di <<realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane (…) applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato>> (lett. c) si accosta a quelli dell'accrescimento dell'efficienza delle amministrazioni e della razionalizzazione del costo del lavoro (lett. a) e b). Ed è altresì lecito dubitare, considerando le nuove flessibilità e i nuovi lavori introdotti dal d.lgs.n.276, che la dichiarata finalità di <<promuovere la qualità e la stabilità del lavoro>> possa assumere lo stesso significato attribuibile alla finalità di una <<migliore utilizzazione delle risorse umane>> - di cui l'applicazione di condizioni uniformi a quelle del lavoro privato è uno strumento affiancato alla cura della formazione e dello sviluppo professionale e alla garanzia delle pari opportunità - indicata nell'art.1, c.1, lett.c, del d.lgs.n.165[780].

Nel merito dei contenuti dell'intervento legislativo – ora definiti con l'approvazione del decreto delegato - si può osservare come essi in prevalenza non interagiscano con la disciplina degli istituti che costituiscono il "cuore" del diritto comune del lavoro pubblico e privato[781], ma coinvolgano nel processo innovativo e modificativo istituti e discipline che per intervento della legge e/o della contrattazione collettiva hanno assunto nelle pubbliche amministrazioni una specifica fisionomia, o sono ad esse del tutto estranei. Benché anche la riforma del lavoro pubblico persegua obiettivi di efficienza e di flessibilità[782], e a tal fine si preoccupi più di dare poteri al datore di lavoro che di tutelare il lavoratore[783], l'attenzione è volta soprattutto al piano del rapporto individuale di lavoro, piuttosto che agli aspetti su cui si incentra invece l'intervento del legislatore del 2003.

In altri termini, considerando il sistema delle fonti delineato dal d.lgs.n.165/01 e la linea di demarcazione tracciata all'interno della sfera organizzativa delle pubbliche amministrazioni[784], si osserva come la riforma del mercato del lavoro in realtà coinvolga in misura significativa, più che l'area delle determinazioni operative e gestionali rimesse al regime giuridico privatistico e all'esercizio di capacità e poteri comuni al datore di lavoro privato (art.5, c.2), soprattutto la sfera della definizione del modello organizzativo e della determinazione delle dotazioni organiche complessive, lasciate agli atti unilaterali e al regime di diritto pubblico (art.2, c.1). O, quanto meno, finisca con l'interferire con le scelte e le competenze attribuite agli organi di governo, rendendo necessarie alcune diversificazioni rispetto alla disciplina privatistica degli istituti coinvolti.

Questa valutazione è solo apparentemente contraddetta dal fatto che il d.lgs. n. 165 ha voluto estendere al lavoro pubblico anche i modelli contrattuali di lavoro flessibile utilizzati nel privato,

---

780 Sulle finalità indicate nell'art.1 del d.lgs. n.29/1993 (ora n.165/2001) v. Corpaci, 1999, p.1051 ss.

781 Cfr. Vallebona (2003), p.906, per il rilievo di come la riforma del mercato del lavoro lasci <intatta>> la <<disciplina di tutti gli istituti fondamentali del vigente diritto sindacale e del lavoro>>; anzi, a suo parere, considerato lo <<sbandierato travaglio>> del procedimento per l'emanazione delle nuove norme, finisce con accrescerne il significato.

782 Come sottolinea Zoli 2004, criticando la mancata inclusione delle P.A. nel campo di applicazione degli strumenti di flessibilità introdotti dal d.lgs.276. Ma non è affatto sicuro che alle P.A. per recuperare efficienza e flessibilità servano quel tipo di strumenti: sono infatti pienamente condivisibili le osservazioni di Zoppoli 2003, ove rileva tra l'altro come le P.A. non abbiano bisogno di "nuovi lavori", ma <<di flessibilità diverse, magari anche in entrata, ma riguardanti più la disponibilità di risorse economico-finanziarie e la rapidità/duttilità delle procedure che la tipologia contrattuale>>; e di come nel lavoro pubblico si sia <<ben lontani dall'aver raggiunto una regolazione ed una cultura gestionale adeguate per la flessibilità in uscita>>.

783 V. in particolare Liso 2000.

784 V. in particolare Orsi Battaglini e Corpaci, 1999, pp. 1064 ss. e 1096 ss.

disponendo all'art.36, c.1, che le pubbliche amministrazioni <<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 nell'impresa>>. Infatti questa disposizione – richiamata nei commenti alla legge n.30 e al d.lgs. n.276 per sottolineare l'incoerenza dell'esclusione del lavoro pubblico – sebbene abbia dato piena legittimazione all'accesso nelle pubbliche amministrazioni dei c.d. contratti atipici, in realtà non ha comportato una piena e completa assimilazione tra i tipi contrattuali di acquisizione delle prestazioni di lavoro utilizzati nell'impiego pubblico e privato.

Per quanto concerne le peculiarità del lavoro pubblico che emergono confrontando i modelli regolativi di fonte legislativa, assume un rilievo significativo – accanto al richiamo al rispetto delle disposizioni sul reclutamento, garante dei principi di imparzialità e buon andamento - l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dalla "sanzione" della costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato quale conseguenza della violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori con forme contrattuali flessibili (art.36, c.2, d.lgs.n.165/01: fatti salvi le responsabilità dei dirigenti e il diritto al risarcimento del danno per il lavoratore). Il permanere di questa differenza con l'impiego privato, avallata anche dalla Corte Costituzionale[785], acquista una valenza importante nel momento in cui si collega non solo alla necessità di rispettare la regola costituzionale dell'accesso ai pubblici uffici per concorso[786], ma anche (*rectius* soprattutto) all'incidenza nell'area riservata all'adozione degli atti ordinamentali per la definizione e la variazione della dotazione organica, atti che appartengono agli organi di governo e restano nella sfera pubblicistica (art. 6, d.lgs. n.165/01)[787]. In altri termini, la ragione della diversità del sistema sanzionatorio rispetto al privato risiede nella intangibilità del regolamento contrattuale delineato nella sfera estranea all'area della privatizzazione, intangibilità che a sua volta ha ragion d'essere nell'esigenza di controllare e contenere la spesa pubblica.

Dunque la non applicazione della sanzione privatistica ha una coerenza sistematica ed è il segnale del permanere di una differenza di fondo tra pubblico e privato, che assume peculiare rilievo in relazione al d.lgs. n.276 e alle finalità da questo dichiarate. Nel settore pubblico la necessità di garantire l'efficacia dell'azione amministrativa con riguardo all'organizzazione del lavoro e al controllo dei suoi costi (art.1, c.1, d.lgs. n.165) implica il "sacrificio" dell'interesse del lavoratore alla conservazione e alla stabilità del rapporto di lavoro; nel settore privato l'interesse all'aumento dell'occupazione e all'emersione del lavoro "sommerso" implica di sanzionare con la conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato le deviazioni dai modelli contrattuali legislativamente delineati.

---

[785] V. già Corte Cost. 3 luglio 1986 n. 40, FI, 1986, I, c.1769 e ora, con riferimento al nuovo regime giuridico del rapporto di lavoro pubblico, Corte Cost. 27 marzo 2003 n.89, in LPA 2003, (2), p.355, con nota di M.G. Greco. La sentenza è significativa anche perché, a differenza di decisioni precedenti, al vaglio della Corte era la legittimità non della comunanza, ma della diversità delle regole tra pubblico e privato; per questo rilievo v. Chieco 2003, p.490.

[786] Così Corte Cost. n.89/03, cit.

[787] Cfr. i condivisibili rilievi di Chieco 2003, spec. p.498 ss. ove, commentando la sentenza n.89/03, dopo aver messo in rilievo i profili critici della motivazione della Corte, propone una diversa spiegazione del necessario permanere della inapplicabilità al lavoro pubblico della sanzione della conversione del rapporto**;** v. in particolare ove sottolinea come <<il dirigente, quale rappresentante *ex lege* del datore di lavoro, ha il mandato legale di operare entro i limiti dettati dalla tipologia, dall'oggetto e dalla durata del contratto di lavoro "voluto" dal datore di lavoro a mezzo dei provvedimenti (amministrativi) di dimensionamento e di tipizzazione della dotazione organica>> (p.502).

## 2.2. Le differenze nel ruolo della contrattazione collettiva

Un altro aspetto che nel lavoro pubblico connota in modo peculiare (anche) la disciplina dei contratti flessibili, e si proietta sulla nuova normativa dettata dalla legge n. 30 e dal decreto attuativo in termini di significativa differenziazione, risiede nel ruolo assegnato alla fonte contratto collettivo - e dalla autonomia collettiva effettivamente svolto nel processo di implementazione della riforma del lavoro pubblico - nel delineare i modelli regolativi conformandoli alle specificità del contesto.

Il rilievo attribuito all'intervento della contrattazione collettiva appare evidente nel testo dell'art.36, c.1, del d.lgs. n.165 nel momento in cui il legislatore, dopo aver affermato che le pubbliche amministrazioni <<si avvalgono>> delle forme contrattuali flessibili <<previste>> dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, si preoccupa di precisare che <<i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato…>>. Una formulazione che, se non implica un intervento necessario della contrattazione[788], sicuramente assegna ad essa un ruolo centrale nella conformazione e adattamento degli istituti privatistici alle peculiari esigenze delle singole, e diverse, pubbliche amministrazioni (e dei lavoratori pubblici). Un ruolo che la contrattazione collettiva ha effettivamente svolto, in conformità alle sollecitazioni provenienti dall' Organismo di coordinamento dei comitati di settore[789], dando luogo – con accordi quadro e di comparto - ad una disciplina che, combinandosi con il permanere di alcune differenze di fonte legislativa, ha fatto assumere ai contratti di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni una propria peculiare fisionomia: il *part time* ne costituisce un esempio particolarmente significativo.

Pertanto una estensione generalizzata e diretta delle incisive innovazioni introdotte dal legislatore sia nella regolazione e nelle tipologie dei lavori flessibili sia nella linea di politica del diritto per quanto concerne il rapporto legge-contrattocollettivo-contratto individuale, avrebbe potuto mettere in discussione sia gli equilibri raggiunti nel merito della disciplina, in relazione allo specifico contesto, sia soprattutto il rilievo "conquistato" dalla autonomia negoziale collettiva, considerando la riduzione degli spazi assegnati all'intervento della contrattazione collettiva, sottoposta alla <<spada di Damocle>>[790] dell'intervento suppletivo dell'autonomia individuale e della decretazione ministeriale, che caratterizza il d.lgs.n.276.

Questo rilievo può essere trasferito al piano più generale, mettendo a confronto il modello delineato dal d.lgs. n.276 con la situazione determinatasi nel lavoro pubblico: quello si caratterizza, nonostante l'apparenza dei numerosi rinvii[791], per una sostanziale marginalizzazione dell'autonomia collettiva a favore della autonomia individuale e dell'intervento governativo[792]; qui la riduzione al minimo del ruolo dell'autonomia contrattuale individuale e il privilegio accordato alla

---

[788] V. per il dibattito Delfino e Luciani 1999, Santucci 2003 e *ivi* ulteriori riferimenti.

[789] V. Mainardi (e Salomone), 2004; sui contenuti dell'Atto di indirizzo dell'Organismo di coordinamento dei comitati di settore per i rinnovi contrattuali 2002-2005 v. Santucci 2003, pp.114-115.

[790] L'espressione è utilizzata da Del Punta 2004b.

[791] Sottolineano la frequenza e l'importanza dei rinvii alla contrattazione collettiva, Tiraboschi (2003 e 2004) e Serra 2003.

[792] Per una ampia analisi critica con riferimento alle diverse tipologie di rinvii alla contrattazione collettiva (ed anche ai momenti in cui sono stati inseriti, nella lunga elaborazione della riforma) si rinvia a F. Carinci, 2004.

fonte collettiva, che già connota la disciplina legislativa, si è accentuato nella implementazione, facendo divenire la norma collettiva di comparto <<la fonte strategica di regolazione dei rapporti di lavoro e della stessa organizzazione del lavoro e in buona misura degli uffici>>[793].

È indubbio che la situazione determinatasi nel lavoro pubblico rappresenta per taluni aspetti una deviazione patologica dal modello regolativo che voleva una distinzione razionale e certa dei ruoli: si configura una <<ingordigia contrattuale>>[794] che, limitando il potere autonomo di intervento della dirigenza e deresponsabilizzandola, rischia di ricondurre ad una restaurazione del passato e di <<costituire un limite di autonomia della progettualità riformatrice per eccesso di mediazione politico sindacale>>[795]. Ma questa <<contaminazione della prassi>>, se rende "comprensibile" l'opposizione sindacale all'estensione della nuova normativa al lavoro pubblico, non implica di conseguenza una valutazione negativa dell'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal suo campo di applicazione, perché non è affatto detto che le nuove regole avrebbero potuto svolgere un ruolo "salutare", riportando la riforma del pubblico impiego all'<<illuminismo del progetto>>[796]: considerando le finalità del legislatore della riforma del mercato del lavoro e la disciplina concretamente disposta, seppure attenuata rispetto ai propositi illustrati nel Libro Bianco, il rischio di buttar via il bambino con l'acqua sporca era fondato.

Pur senza entrare nel merito della questione, è evidente la distanza tra i due modelli: da un lato un sistema in cui il ruolo del contratto collettivo ha assunto una centralità massima, che dà ampio (forse troppo[797]) spazio alla contrattazione decentrata e soprattutto è correlato a criteri di rappresentatività sindacale legislativamente disciplinati e misurati su indici quantitativi/qualitativi precisi ed elevati[798]; dall'altro lato un sistema[799] che in realtà "declassa" la contrattazione collettiva, comunque fortemente centralizzata, e che legittima gli agenti negoziali facendo riferimento <<alle>>, e sovente <<a>> (e non è certo irrilevante l'uso della particella determinativa o indeterminativa), associazioni comparativamente più rappresentative, rifiutando programmaticamente l'estensione delle regole introdotte per il lavoro pubblico[800]. Una mera assimilazione avrebbe potuto favorire, anziché contrastare, il ritorno al passato, con un ulteriore accrescimento degli spazi per il condizionamento politico, seguendo la strada aperta dalla riforma della dirigenza attuata con la legge n.145/02.

### 2.3. Osservazioni

Anche dopo l'ingresso nel lavoro pubblico dei contratti c.d. atipici restano dunque alcuni importanti profili di differenziazione per quanto concerne sia il modello regolativo801 sia il ruolo della

---

[793] Caruso 2001, p. 979.

[794] L'espressione, richiamata da Caruso 2001, p.980, è di F. Carinci 2001, p.50.

[795] Caruso 2001, p.980.

[796] Le due espressioni citate tra virgolette sono tratte dal titolo del saggio di Caruso 2001.

[797] V. i risultati della ricerca promossa dall'ARAN sull'esperienza di contrattazione integrativa nel quadriennio 1998-2001 in Bordogna 2002, nonché in Ricciardi 2002 e L. Zoppoli 2002.

[798] Secondo la disciplina introdotta dal d.lgs. 396/1997 sul quale v. D'Antona, Matteini, Talamo, 2001.

[799] Per l'analisi del ruolo attribuito alla contrattazione collettiva, della tipologia dei livelli privilegiati e dei criteri di selezione dei soggetti sindacali nel d.lgs.276 si rinvia a F. Carinci 2004; con specifico riferimento alla disciplina del part time v. del Punta 2004b.

[800] V. al riguardo le affermazioni contenute nel Libro Bianco.

[801] V. quanto emerge dall'analisi condotta in Poti (a cura di), 2002; v. altresì Santucci 2003, Ferraro 2004.

contrattazione collettiva, e non si può ritenere completamente realizzata una disciplina comune della flessibilità nel pubblico e nel privato. Peraltro non è detto che una totale assimilazione sia auspicabile802; e soprattutto non possono ritenersi "automaticamente" adeguati per le pubbliche amministrazioni tutti i nuovi modelli di lavoro flessibile disegnati dalla legge n.30 e dal d.lgs. n.276.

In particolare, è opinabile che le esigenze di efficienza, funzionalità, ampia flessibilità, indicate alle pubbliche amministrazioni nel d.lgs. n.165/01 come obiettivi a cui devono ispirare la loro azione, possano essere soddisfatte tramite <<la moltiplicazione dei tipi e sottotipi contrattuali con tutte le connesse incertezze qualificatorie>>[803]; e che la "liberalizzazione" delle discipline possa rappresentare un incentivo capace di promuovere la diffusione delle forme di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni, considerato lo scarso interesse sin qui manifestato in concreto, come dimostrano ricerche recenti[804]. O ancora, è dubbio che l'erosione strisciante del potere negoziale collettivo[805] a favore dell'intervento suppletivo da un lato dell'autonomia individuale dall'altro della decretazione ministeriale, che connota il d.lgs. n.276, possa essere conforme al ruolo regolativo attribuito dal d.lgs. n. 165/01 alla contrattazione collettiva nella disciplina dei lavori flessibili (e non solo), e soprattutto a quello da essa effettivamente assunto nella ormai decennale implementazione.

Pertanto l'esclusione delle pubbliche amministrazioni può apparire giustificata e coerente - sotto il profilo della *ratio*, non della formulazione tecnica - nel momento in cui dà spazio e opportunità alla contrattazione collettiva, con l'ausilio di un (probabilmente) necessario intervento legislativo, di valutare le innovazioni e di introdurle se e nella misura in cui siano da ritenere conformi alle esigenze specifiche della promozione della flessibilità nell'impiego pubblico.

Per operare a tal fine, può essere utilizzato anche lo "strumento" offerto dal d.lgs.n.165/02 ove all'art.2, c.2, prevede che le disposizioni di legge <<che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario>>. Considerato che alcune norme dell'ordinamento del lavoro innovate solo con riferimento al lavoro privato possono rientrare nell'oggetto della disposizione, e che né la legge n.30 né il d.lgs. n.276 escludono espressamente l'intervento della contrattazione (anzi quest'ultimo sembra prefigurarlo, a fianco all'intervento correttivo del legislatore, nell'art.86 c.8), sembra questa una

---

802 Osserva Mariucci, 2003, pp.162-163, come una totale assimilazione <<non solo è impossibile nella realtà, ma è strutturalmente contraddittoria rispetto alle migliori acquisizioni della teoria democratica>>; rileva altresì come la <<la formula "privatizzazione dei rapporti di lavoro" è in realtà inesatta. Essa racchiude un limite di semplicismo culturale: sembra infatti alludere al fatto che per redimere il lavoro pubblico sia sufficiente trasferirlo nella irené del mondo privato, come se il lavoro privato fosse esso stesso un archetipo, una sorta di ideal-tipo positivo. I giuslavoristi sanno che non è così. Quindi non di trasposizione del lavoro pubblico nel lavoro privato si deve parlare, quanto piuttosto di unificazione delle regole basilari, di costruzione di un diritto comune del lavoro>>.

803 L'espressione è di Vallebona 2003, p.906. Per una valutazione negativa dell'utilità per le P.A. della "flessibilità tipologica" introdotta dalla l.n.30 e dal d.lgs.276 v. Zoppoli 2003, il quale osserva come da <<una flessibilità connessa essenzialmente alla tipologia dei contratti di lavoro (…) in un contesto che comunque rimane altamente formalizzato non necessariamente discende automaticamente una maggiore flessibilità nell'utilizzazione delle risorse umane>> (nota n.13).

804 V. i risultati di una ricerca promossa dall'ARAN, *Gli istituti di lavoro flessibile nella pubblica amministrazione e nelle autonomie locali,* a cura di Di Cocco, Mastrogiuseppe, Tomasini, in *Arannewsletter* 2003, n.5: ne emerge un utilizzo assai limitato delle forme di lavoro flessibile, di gran lunga inferiore alla diffusione nel lavoro privato; dunque essi svolgono un ruolo marginale, nonostante l'abolizione dei preesistenti vincoli legali.

805 V. Del Punta 2004b.

strada da percorrere che potrebbe consentire di superare le discrasie senza negare la specificità (ed anche di rimediare all'imperizia tecnica del nuovo legislatore).

Si può dunque interpretare l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione della nuova disciplina del mercato del lavoro non come un *vulnus* ai principi fondanti l'unificazione tra lavoro pubblico e privato, ma come una conseguenza del fatto che <<È proprio l'emancipazione dal diritto speciale del soggetto pubblico (…) e la riduzione della pubblica amministrazione alla posizione formalmente paritaria di parte datoriale, a sollecitare la produzione di regole *ad hoc*, il cui scopo è garantire che gli istituti fondamentali del diritto del lavoro comune operino senza distorsioni nelle condizioni specifiche delle pubbliche amministrazioni, che agiscono come datori di lavoro attraverso il diritto privato, ma in assenza di mercato, senza fini di lucro e senza il vincolo della missione pubblica in funzione della quale sono state istituite>> (D'Antona 1999, ora 2000, p.284).

## 3. Le questioni esegetiche

### 3.1. La fonte delle "eccezioni"

Come si è più volte rilevato, la formulazione tecnica delle disposizioni relative all'esclusione/inclusione delle pubbliche amministrazioni solleva numerose questioni esegetiche, di difficile soluzione.

La prima che si è posta all'attenzione degli interpreti[806]– e che coinvolge la verifica di costituzionalità dell'intera costruzione normativa per quanto concerne il profilo in esame – riguarda il significato da attribuire alla legge delega quando afferma (art.6) che le <<disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni *ove non siano espressamente richiamate* (corsivo mio)>>: a quale fonte si riferisce?

All'accoglimento dell'interpretazione più corretta sul piano del rispetto dei principi costituzionali – che individua la fonte delle possibili eccezioni nella stessa legge delega - osta la presenza negli articoli da 1 a 5 solo di due espressi dinieghi all'applicazione alle pubbliche amministrazioni delle nuove regole in materia di *part time* e dell'istituto della certificazione (artt. 3 e 5): la disposizione diviene per ciò contraddittoria e priva di significato. Per contro, all'accoglimento della tesi che riferisce il rinvio ai decreti delegati di futura emanazione, fatte salve le espresse esclusioni di cui agli artt.3 e 5, osta l'art.76 della Costituzione, a causa della mancata specificazione dell'oggetto e dell'assenza di principi e criteri direttivi per l'esercizio della delega[807].

Benché la Corte Costituzionale abbia sovente[808] implicitamente avallato la recente prassi in materia di delegazione legislativa caratterizzata da genericità dell'oggetto e indeterminatezza dei

---

[806] V. in particolare, con riferimento all'art. 6, l.n. 30, Gragnoli 2003, p.45 ss.

[807] Per la prospettazione delle due tesi, e dei loro limiti, v. Gragnoli 2003, 45 ss., che ritiene più plausibile la prima a causa dei dubbi di incostituzionalità che solleva la seconda. Per la prima ipotesi anche Bellavista 2003, Zoppoli 2003, Scarpelli 2004; per la seconda, pur nella consapevolezza dei dubbi di costituzionalità, Zoli 2004, negando invece tale problema Mainardi (e Salomone) 2004, per la cui ricostruzione v. infra.

[808] Anche se non mancano eccezioni: significativa, proprio con riferimento al d.lgs.80/1998 nella parte attributiva alla competenza del giudice amministrativo di importanti settori di controversie, Corte Cost. n.292/2000**.** Sul problema dell'eccesso di delega con riguardo al d.lgs. n.276 v. Speziale 2004, p.148 ss.

principi e criteri direttivi[809], per questo caso si è sottolineato come <<in tema di lavoro pubblico il legislatore delegato non avrebbe alcun vincolo derivante da principi o criteri direttivi e potrebbe identificare l'oggetto stesso della delega a suo arbitrio, salve le espresse esclusioni dell'art.3 e dell'art.5>>[810]. Si consideri altresì che la Corte costituzionale ha più volte segnalato come sia i principi sia i criteri direttivi debbano fungere, oltre che da fondamento della normativa delegata, anche da suo parametro interpretativo[811].

Il d.lgs. n.276 non risolve ma complica il problema nel momento in cui, dopo aver ribadito, al secondo comma dell'art.1, la generale esclusione delle pubbliche amministrazioni, le ricomprende, con costruzioni tortuose[812], nella disciplina delle sanzioni amministrative, della somministrazione a termine e (solo per gli enti di ricerca) dei contratti di inserimento; così, considerando congiuntamente legge delega e decreto delegato, all'interprete viene meno anche la possibilità di utilizzare il canone per cui deve essere preferita l'interpretazione che ponga al riparo le leggi da sospetti di incostituzionalità. Infatti, l'accoglimento della prima tesi può condurre a configurare le inclusioni effettuate dal d.lgs. n. 276 come <<*eccesso di potere legislativo delegato*, cioè come dissonanza del decreto legislativo rispetto ai parametri fissati dalla delega>>; l'accoglimento della seconda lascia aperti i dubbi di costituzionalità per <<*eccesso di potere delegante*, fondato sull'indeterminatezza, insufficienza o mancanza dei parametri della legge di delegazione>>[813].

Non evita il dubbio di incostituzionalità neppure l'interessante ipotesi intepretativa che, accolta la prima lettura dell'art.6 dianzi prospettata, facendo perno sul riferimento della legge delega e del decreto legislativo al *personale* delle pubbliche amministrazioni per indicare l'ambito soggettivo di imputazione della disposizione, circoscrive il campo di applicazione della norma all'area dei rapporti di lavoro <<direttamente dipendente (non importa se di ruolo, a tempo indeterminato, o con altri contratti flessibili)>>[814], e ritiene per ciò estese le discipline della somministrazione di lavoro (a termine) e del lavoro autonomo a progetto anche al lavoro pubblico. Infatti, seguendo tale tesi il decreto delegato configurerebbe un *eccesso di potere legislativo delegato* sia quando esclude le pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione della disciplina della somministrazione a tempo indeterminato sia quando estende i contratti di inserimento agli enti pubblici di ricerca. Si aggiunga che il decreto delegato amplia la formulazione dell'art.6 L.n. 30 nell'indicazione del campo di applicazione soggettiva, sostituendo il riferimento <<al personale delle pubbliche amministrazioni>> con la più ampia locuzione <<per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale>>, con la quale sembra voler coinvolgere ogni tipo di rapporto instaurato

---

[809] Per una valutazione critica della giurisprudenza costituzionale "tollerante" nei confronti della prassi <<seguita dal legislatore in materia di delega legislativa, che ha peccato di vaghezza e fumosità eccessive nella determinazione dei principi e criteri direttivi>>, v. da ultimo Famiglietti 2003, p.185 ss., cit. p.188; per una ampia ricostruzione storica e analisi critica, con riguardo anche al rapporto con l'art.76 Cost., della <<grande espansione della delegazione legislativa nel più recente periodo>>, con numerosi riferimenti alla legislazione lavoristica sino alla legge n.30/2003, v. Tarli Barbieri 2003, p.47 ss.

[810] Gragnoli 2003, p.247.

[811] Da ultimo v.: Corte Cost. n.15/1999 e n.125/2003 nonché, con riguardo al dubbio di costituzionalità intorno alla norma che rende obbligatorio il tentativo di conciliazione per ogni controversia di lavoro, Corte cost. n.276/2000.

[812] *Retro* n.1; *infra* n.3.2.

[813] Famiglietti 2003, p.189.

[814] Così Scarpelli 2003.

dalle pubbliche amministrazioni[815]; accogliendo la tesi da ultimo richiamata[816], anche per questo profilo si potrebbe configurare un *eccesso di potere legislativo delegato*.

Una ipotesi interpretativa che consentirebbe di evitare il dubbio di costituzionalità, dando comunque un senso al disposto dell'art.6 L.n.30, può essere prospettata facendo riferimento alla regola, non nuova nella giurisprudenza costituzionale per quanto controversa in dottrina, secondo la quale <<la determinazione dei principi e dei criteri direttivi di cui all'art.76 Cost. ben può avvenire *per relationem*, con riferimento ad altri atti normativi, purché sufficientemente specifici>>, per cui <<un dato ordinamentale preesistente, quando non sia espressamente escluso dal legislatore delegante, non può non funzionare come limite o criterio guida delle scelte discrezionali del Governo>>[817]. Si potrebbe pertanto leggere nell'art.6 un rinvio al legislatore delegato, evitando la censura di incostituzionalità per eccesso di potere delegante nel momento in cui si individuino le norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi per l'esercizio della delega nell'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (ora d.lgs. n.165/01)[818]. Una ipotesi che si lega alla lettura – qui proposta (*retro* n.2) - dell'esclusione delle pubbliche amministrazioni nei termini di una deroga al principio di unificazione tra lavoro pubblico e privato che trova le sue ragioni giustificatrici nel sistema delineato dal d.lgs. n.165/01 ed è coerente con la sua *ratio*; e ha un riscontro nella constatazione che il processo di privatizzazione del rapporto di pubblico impiego è <<assurto ormai quasi al rango di principio generale dell'ordinamento>>, come è scritto nel messaggio con cui nel 2000 il Presidente della Repubblica Ciampi ha esercitato il potere attribuitogli dall'art.74 Cost. rinviando alle Camere una legge contenente <<norme sull'organizzazione e sul personale del settore sanitario>> per contrasto (tra l'altro) con tale processo[819].

---

[815] Opportunamente Mainardi (e Salomone) 2004, p.36, precisa che sotto il profilo soggettivo il riferimento non può essere ascrivibile <<alle pubbliche amministrazioni nel loro ruolo per così dire "istituzionale", in quanto è lo stesso d.lgs. n.276/2003 ad individuare nelle p.a. soggetti attivi di talune discipline assai significative (ad es. direzioni provinciali del lavoro e università che fanno certificazioni ex art.76 c.1 d.lgs.276/2003; università, comuni, camere di commercio, istituti di scuola secondaria, regioni e province autonome che svolgono attività di intermediazione autorizzata ex art.6 d.lgs. n.276/2003>>.

[816] Ovvero la tesi prospettata da Scarpelli 2003. Zoppoli 2003, nota n.1, ritiene invece che mentre la nozione di "pubbliche amministrazioni" rinvia all'art.1, c.2, del d.lgs. n.165/01 (nello stesso senso Zoli 2004), la nozione di "personale" sia meno tecnica, utilizzata abbastanza genericamente nel d.lgs.165; aggiungendo che: <<In ogni caso l'art.1 comma 2 fuga ogni dubbio su un'interpretazione restrittiva di tale termine, là dove precisa che, innanzitutto, il decreto medesimo non trova applicazione "per le pubbliche amministrazioni>.

[817] Famiglietti 2003, p.191 ss. (cit.p.192); Tarli Barbieri 2003, p.115 e *passim.*

[818] Sembra prospettare una tesi analoga Mainardi 2004, p.36, ove nega che la lettura dell'art.6 come rinvio al legislatore delegato possa porre problemi di costituzionalità poiché questo <<è nella possibilità di richiamare disposizioni applicabili al lavoro nelle p.a. mediante il generale (e precedente) criterio sistematico dell'art.2 del d.lgs. 30 marzo 2001 n.165 (c.d.Tupi), il quale assoggetta già i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche alle disposizioni del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa>>. Non sembra però trarne le medesime conseguenze qui prospettate nel momento in cui precisa: <<Il criterio di delega dell'art.6, insomma, riguarda l'esclusione del lavoro pubblico dalla nuova disciplina; non invece la previsione di discipline *inclusive*, rispetto alle quali il legislatore è "fisiologicamente" e "sistematicamente" abilitato ad intervenire in ragione del citato articolo 2 del decreto legislativo n.165/2001: anzi, a ben vedere, ogni estensione espressa della disciplina lavoristica agli impiegati pubblici è in realtà superflua, operando questa automaticamente proprio attraverso il citato art.2 del Tupi. Semmai esiste il problema inverso: cioè quello di una carenza o difetto di delega circa i criteri delle esclusioni, salvo a volerli implicitamente ricavare da quelli – peraltro così generici da apparire dei "non criteri" -, resi in materia di *part time* e certificazione>>.

[819] Le obiezioni sollevate nel messaggio di rinvio di Ciampi del 2 dicembre 2000 (A.C., XIII legisl., doc.I, n.4), il primo del suo mandato, riguardavano la disposizione che stabiliva che <<gli accordi collettivi nazionali riguardanti il personale del Servizio sanitario nazionale ed il personale sanitario a rapporto convenzionale sono resi esecutivi con decreto del Presidente della Repubblica entro il termine di

Naturalmente molte obiezioni possono essere sollevate nei confronti di tale lettura, soprattutto dal punto di vista del diritto costituzionale. Essa peraltro rappresenta il tentativo di dare al problema una risposta nella logica del <<parametro ermeneutico della "interpretazione conforme a Costituzione", per cui se una norma è suscettibile di più interpretazioni ed una sola di queste è in grado di attribuirle una portata non incostituzionale, dovere dell'interprete è preferire l'interpretazione conforme a Costituzione>>[820]; come ha più volte ricordato la Corte costituzionale nella sua giurisprudenza ove ha tra l'altro affermato che <<le leggi non si dichiarano incostituzionali perché è possibile darne una interpretazione incostituzionale, ma perché non è possibile darne una interpretazione costituzionale>>[821].

Infatti, in tale ottica il sistema normativo delineato dalla l.n.30 e dal d.lgs. n.276 acquisterebbe legittimazione non solo nei confronti dell'art.76 Cost., ma anche dell'art.3 Cost., di cui si è prospettata la violazione per mancanza di ragionevolezza della scelta di divaricazione delle discipline tra lavoro pubblico e privato[822].

Sarebbe necessario peraltro sottoporre al vaglio di ragionevolezza anche le singole esclusioni/inclusioni, per verificare se esse abbiano una plausibile ragione giustificatrice in base ai criteri e ai principi indicati dal d.lgs. n. 165/2001 e/o quali ulteriori interventi siano opportuni nell'ambito dei previsti decreti integrativi e modificativi[823].

### 3.2. Le inclusioni

L'analisi delle singole scelte compiute dal legislatore delegato con riguardo al coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni può iniziare dalla riflessione sull'estensione al lavoro pubblico della disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato: è una vicenda emblematica – anche per la formulazione della norma e la sua collocazione tra le <<disposizioni transitorie e finali>>[824] - del modo abborracciato con cui il legislatore ha affrontato l'aspetto in esame; ma è altresì un'occasione per verificare la valenza ai fini esegetici dell'ipotesi interpretativa dianzi prospettata.

Dalla ricostruzione dell'*iter* di elaborazione del decreto delegato emerge come non si sarebbe trattato di una scelta normativa meditata, bensì di un "rimedio" all'abrogazione, affermata nell'art.85, c.1, lett. f), degli articoli da 1 a 11 della legge n.196/1997 relativi alla disciplina il lavoro temporaneo, la cui applicazione anche alle pubbliche amministrazioni è espressamente prevista

---

trenta giorni dalla sottoscrizione, previo espletamento delle procedure di cui all'art.51 del d,lgs.3 febbraio 1993, n.29, e successive modificazioni>>; la disposizione è stata soppressa e il testo del provvedimento è stato riapprovato divenendo l. 29 dicembre 200 n.401. Per la ricostruzione della vicenda e la riflessione sui suoi significati v. Lupo 2001, p.362 ss.

820 Famiglietti 2003, p. 192 che richiama Elia 2000, p.3246.

821 V., tra le molte, sentenza n.356/1996, ordinanza n.147/1998, sentenze n. 65/1999, n. 174/1999, n.200/1999, n. 319/2000.

822 M.T. Carinci 2003, pp.16-17.

823 Art.7, c. 4, l.n.30/2003; sui decreti legislativi correttivi e integrativi, anche in ambiti lavoristici, e sulla giurisprudenza costituzionale in materia v. Famiglietti 2003, p.193 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti.

824 L'estensione alle P.A. della disciplina della somministrazione a termine la si apprende infatti dal primo periodo del comma 9 dell'art.86 - rubricato "Norme transitorie e finali" – ove si legge: <<La previsione della trasformazione del rapporto di lavoro di cui all'art.27, comma 1, non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni cui la disciplina della somministrazione trova applicazione solo per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato>>.

dall'art.36, c.1, d.lgs. n.165/2001[825]: senza il "recupero" effettuato dall'art.86, c. 9, queste non avrebbero più potuto utilizzare tale forma di acquisizione delle prestazioni lavorative[826]. Si tratta di una spiegazione che suscita perplessità, perché la generale esclusione delle pubbliche amministrazioni dall'applicazione del "nuovo diritto" disposta dall'art.1, c. 2, d.lgs. n.276 dovrebbe coinvolgere anche le norme relative alle abrogazioni, che pertanto sarebbero da intendere più correttamente come disapplicazioni[827] con riferimento soltanto al lavoro privato. Del resto, è in sostanza questa la via percorsa dal legislatore delegato per la normativa relativa ai contratti di formazione e lavoro: ai sensi dell' art.86, c.9, tale disciplina <<trova applicazione esclusivamente nei confronti della pubblica amministrazione>>, la quale, *rectius* le quali, sono da ritenere escluse, sempre in virtù dell'art.1, c.2, dal campo di applicazione delle nuove regole dell'apprendistato e del contratto di inserimento (per questo, fatti salvi gli enti pubblici di ricerca: art.54, c.2, lett. e): v. *infra*).

Peraltro la scelta del legislatore delegato ha una sua ragionevolezza, per così dire, sul piano pratico: se le differenze tra i contratti di formazione e lavoro e il contratto di inserimento, pur presentato come l'erede dei primi[828], possono rendere plausibile la coesistenza delle due fattispecie, 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 accreditamenti, controlli e sanzioni[829].

Dunque il legislatore ha ritenuto più "semplice" estendere le nuove regole del contratto di somministrazione anche alle pubbliche amministrazioni; ma per non contraddire la scelta di fondo di "tener fuori" il lavoro pubblico dalla nuova disciplina del mercato del lavoro, rinviando al futuro intervento legislativo e contrattuale il difficile compito dell'armonizzazione, ha precisato che l'estensione riguarda solo la somministrazione a tempo determinato e non coinvolge la sanzione

---

[825] Si ricorda che l'attuale art.36, c.1, d.lgs. n.165/01 (la disposizione che toglie ogni dubbio circa la possibilità per le P.A. di utilizzare i c.d. contratti flessibili) riproduce il comma 7 dell'art.36 del d.lgs.29/93 come modificato dall'art.22 del d.lgs.80/98.

[826] Scrive Tiraboschi (2003, pp.66-67; 2004, p.206): <<L'abrogazione della legge 23 ottobre 1960, n.1369, peraltro di incerta applicazione nell'ambito del settore pubblico, avrebbe in effetti comportato una situazione di completa deregolazione del regime della somministrazione di lavoro precludendo, in ragione della concorrente abrogazione degli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n.196, il ricorso anche alla fornitura professionale di prestazioni di lavoro temporaneo. In attesa di un intervento di armonizzazione della disciplina del lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione alle disposizioni contenute nella legge Biagi, preannunciato dall'articolo 86, comma 8 (…) è stato dunque fatto salvo il regime *quo ante*>>.

[827] V. Gragnoli 2003, pp.254-255 con riguardo alla l.n.30; con riferimento al d.lgs.276 v. Vallari 2004, p.267.

[828] V. l'art.2, lett. b) della l.n.30/2003; v. altresì la <<Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della riforma Biagi>>, ove si qualifica il contratto di inserimento come <<il nuovo contratto di formazione e lavoro>>.

[829] Cfr. Ferraro 2004, p.154, ove tra l'altro rileva come siano numerose le previsioni normative dedicate dal d.lgs.276 al nuovo istituto contrattuale dal momento che, accanto a quelle specificamente dedicate alla somministrazione (Titolo III, spec.artt.20-28), la concreta regolamentazione si completa con altre disposizioni contenute nella parte relativa alla riorganizzazione del lavoro (artt.3-19), nel gruppo di norme riferite all'istituto della certificazione (Titolo VIII) ed in quelle di cui alla parte finale del decreto (titolo IX, spec.art.86). Sul punto v. altresì M.T. Carinci 2004, p.23.

della costituzione del rapporto alle dipendenze del soggetto utilizzatore in caso di somministrazione irregolare[830]. Peraltro, la sostituzione del lavoro temporaneo con la somministrazione a tempo determinato, nonostante le affinità[831] tra le due fattispecie, pone in riferimento alle pubbliche amministrazioni numerosi problemi esegetici[832].

Un nodo cruciale riguarda i presupposti di legittimità, ovvero la sostituzione delle "vecchie" causali con una clausola generale, secondo il modello della nuova disciplina del contratto a tempo determinato: la somministrazione a tempo determinato <<è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore>> (art.20, c.4). Senza entrare nel merito delle questioni interpretative poste dalla disposizione – da quelle di carattere generale relative al rispetto delle indicazioni contenute nell'art.1, c.2, lett.m) della legge delega a quelle più specifiche sulla configurazione o meno del carattere della temporaneità come requisito necessario[833] - è indubbio che la somministrazione viene sottratta alla ricorrenza di situazioni di occasionalità e straordinarietà, per essere invece affidata ad ipotesi di carattere più generale. Da notare altresì che vengono ridotti alcuni dei divieti posti all'utilizzo del lavoro temporaneo (art.20, c.5).

Il passaggio da una tipologia definita per fattispecie specifiche indicate dalla legge e integrate dai contratti collettivi, ad un generico richiamo a esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, non è senza conseguenze per le pubbliche amministrazioni. Infatti, tornano d'attualità le riflessioni e le perplessità sull'utilizzo di tale forma contrattuale di acquisizione della prestazione lavorativa in relazione alle persistenti peculiarità dell'organizzazione del lavoro pubblico, anche per i rischi di distorsione funzionale[834]; e si collegano al rilievo attribuito dall'art.36. c.1, d.lgs.165/01 alle normative contrattuali, le quali si configurano come strumenti di elaborazione di una disciplina appropriata ad adattare l'istituto a tali specificità organizzative[835]. Compito che le parti negoziali hanno assolto, elaborando puntuali regolamentazioni tramite un accordo quadro e clausole dei contratti di comparto che provvedono alle necessarie integrazioni, anche *ad escludendum,* che tengono conto della diversificazione sempre più netta tra le varie amministrazioni pubbliche. Non c'è spazio per un

---

[830] V. l'*incipit* del comma 9 dell'art.86 del d.lgs. n.276/03, che conferma quanto già affermato dall'art.11, c.2, l.n.196/1997 e più in generale dall'art.36, c.2, del d.lgs. n.165/01; la legittimità di quest'ultima norma è stata affermata da Corte Cost. n.89/03, cit., che ha respinto l'eccezione di incostituzionalità in relazione agli artt.3 e 97 Cost. negando l'assunto che il rapporto di lavoro pubblico sia assimilato, per ogni aspetto, al lavoro privato e sottolineando il rilievo, sotto il profilo genetico del rapporto, del principio dell'accesso mediante concorso quale strumento di selezione del personale in linea di principio più idoneo a garantire l'imparzialità e l'efficienza della pubblica amministrazione ai sensi dell'art.97 Cost.

[831] Per la riflessione critica su uniformità e differenze tra il lavoro temporaneo di cui alla legge n.196/1997 e la somministrazione di lavoro a tempo determinato di cui al d.lgs. n. 276/2003 si rinvia, tra i molti, a Del Punta 2004a, Ferraro 2004, Chieco 2004, M.T. Carinci 2004, nonché al commento di ????? in questo volume e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

[832] Dunque non sembra si possa configurare un mero ritorno allo *status quo ante* come afferma Tiraboschi (*retro,* nota n.74), se non nel senso prospettato *infra*, nel testo.

[833] V. gli autori citati *retro,* nota n. 79.

[834] Per questi aspetti v. soprattutto i rilievi di Rusciano 1999, pp.101-102.

[835] V. ancora Rusciano 1999, p.102, ove tra l'altro sottolinea come la disposizione dell'art.36, c. 7 (ora c. 1) che demanda alla contrattazione collettiva la disciplina (tra l'altro) della materia della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo <<suonerebbe letteralmente pleonastica se, appunto, non tendesse a porre in luce l'esigenza di un adattamento specifico>>.

esame puntuale[836], ma si rileva l'attenzione a fare del contratto collettivo uno strumento utile al raggiungimento della flessibilità organizzativa e funzionale, <<valorizzando un ruolo della contrattazione collettiva di indirizzo e di stimolo virtuoso ad una efficiente modernizzazione dell'amministrazione>>[837] ed evitando il rischio di usi distorti[838].

Pertanto gli interrogativi sulla possibilità per la contrattazione collettiva di continuare a svolgere il ruolo di norma regolativa per l'adeguamento dell'istituto al contesto pubblico e alle sue peculiarità assumono una valenza più generale rispetto ai dubbi circa la possibilità di riferire anche ai contratti collettivi del settore pubblico il disposto del comma 3 dell'art.86[839], garantendo così una temporanea sopravvivenza delle vigenti clausole contrattuali in materia[840]. Infatti non sembra che la disposizione da ultimo citata possa modificare il fatto che ai sensi della nuova disciplina disposta dall'art.20, comma 4, <<nessun ruolo viene oggi riconosciuto al contratto collettivo nella determinazione delle esigenze atte ad ammettere la conclusione di un contratto di somministrazione a termine le quali, viceversa, sono prestabilite direttamente dal legislatore, con una clausola generale capace di includere tutte le possibili motivazioni dell'utilizzatore>>[841]. Né è ipotizzabile in tal caso un intervento contrattuale ai sensi dell'art. 2, c.2, seconda parte del d.lgs.165/01, perché non sì è in presenza di disposizioni di legge <<che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità è limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche>>.

Qualche problema si pone altresì per i limiti all'utilizzo di prestatori di lavoro temporaneo, in rapporto percentuale rispetto all'organico complessivo, introdotti anche dai contratti collettivi del settore pubblico ai sensi dell'art.1, c.8, l.n.196/1997842 (non espressamente salvaguardati in via

---

836 Per l'analisi e la riflessione critica sui contenuti del <<contratto collettivo nazionale quadro per la disciplina del rapporto di lavoro del personale assunto con contratto di fornitura di lavoro temporaneo>> siglato il 9 agosto 2000 e della successiva contrattazione di comparto e sulla loro valenza cfr.: Matteini 2000, p. 2 ss. e 2003, p.4 ss; Santucci 2003, p.94 ss; Esposito 2003, p.61 ss. V. altresì l'ampia e interessante documentazione sull'esperienza applicativa emersa dalla ricerca effettuata dall'ARAN sul lavoro interinale nelle P.A. pubblicata in *Aranagenzia,* 2003, n.1; per un quadro delle regolamentazioni contenute nei contratti di comparto v. in particolare pp.16-17.

837 Così Matteini 2000, p.3.

838 Nell'art.1 dell'accordo quadro al primo comma si legge che le P.A. possono stipulare contratti di fornitura di lavoro temporaneo <<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 di reclutamento ordinario previste dallo stesso d.lgs.n.29/1993>>; al secondo comma che <<il ricorso al lavoro temporaneo deve essere improntato all'esigenza di contemperare l'efficienza operativa e l'economicità di gestione. In nessun caso il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo potrà essere utilizzato per sopperire stabilmente e continuativamente a carenze organiche>>.

839 Al comma 3 dell'art.86 del d.lgs.276 si legge: <<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'art.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>>.

840 In senso affermativo Mainardi 2004 e Zoli 2004; peraltro l'art.86, c.3, fa salve le clausole fino alla scadenza dei contratti collettivi: e quelli del settore pubblico che contengono le clausole in materia di lavoro temporaneo sono tutti scaduti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n.276 e solo alcuni sono stati rinnovati. Per un commento al comma 3 dell'art.86 v. Vallari, 2004, p.264 ss.

841 Chieco 2004, p.160.

842 L'art.3 dell'accordo quadro dispone che i lavoratori con contratto di fornitura di lavoro temporaneo contemporaneamente impiegati presso ogni amministrazione non possono superare il tetto del 7%, calcolato su base mensile, dei lavoratori a tempo indeterminato in servizio presso la stessa amministrazione, arrotondato, in caso di infrazioni, all'unità superiore. Di norma i tetti indicati dai contratti del settore privato sono più elevati.

transitoria dall'art.86, c.3, d.lgs. n. 276). Infatti, è vero che l'art.20 del d.lgs.276, nella seconda parte del comma 4, affida ai contratti collettivi nazionali[843] la <<individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato>>, ma richiedendo la <<conformità alla disciplina di cui all'art.10 del decreto legislativo 6 settembre 2001 n.368>>, il quale esclude da limitazioni quantitative alcune tipologie di contratti a termine (v. commi 7 e 8). Ci si chiede pertanto se le pubbliche amministrazioni possano continuare a far riferimento alla precedente disciplina contrattuale, che non prevedeva esenzioni, o debbano necessariamente adeguarsi.

Si può discutere sulla qualità delle normative di fonte negoziale, soprattutto in relazione alla scarsa diffusione nella prassi di tale figura contrattuale[844], ma è difficile negare che l'utilizzo del contratto di somministrazione a tempo determinato da parte delle pubbliche amministrazioni necessiti di alcune cautele e di alcuni adattamenti in considerazione delle peculiarità che riguardano sia il quadro normativo generale sia le tecniche organizzative.

Sotto il primo profilo, vanno di nuovo richiamati i vincoli che derivano sia dal principio costituzionale dell'accesso mediante concorso, quale garanzia di imparzialità ed efficienza, sia dal legame con il momento della definizione in sede politico-amministrativa del modello organizzativo con riferimento alla struttura degli uffici e degli organici[845], da cui discende (anche) l'impossibilità oggettiva di una assunzione diretta del lavoratore utilizzato con il contratto di somministrazione[846]. Acquista altresì rilievo il maggior costo di questa modalità di acquisizione della prestazione lavorativa, soprattutto per il compenso corrisposto, ma anche per la procedura di selezione dei soggetti fornitori[847], considerato che l'art.6, c.1, d.lgs. n. 165/01 lega le scelte in materia di dotazioni organiche al rispetto delle finalità indicate nell'art.1, c.1, tra cui si menzionano (lett.b) la razionalizzazione e la riduzione del costo del lavoro.

Sotto il profilo della gestione delle strutture e delle risorse viene in gioco il rischio <<di una eccessiva attenzione delle amministrazioni pubbliche sull'utilizzo dei rapporti flessibili di lavoro per aggirare le difficoltà (anche culturali) relative all'introduzione di variabilità nelle strutture e nell'utilizzo del personale. Per fare un esempio, può essere più semplice richiedere personale interinale per svolgere alcuni compiti che sarebbe invece possibile compiere con una organizzazione del lavoro degli uffici più dinamica, più funzionale, più reattiva alle modificazioni dell'attività dell'am-

---

[843] <<…stipulati *da* sindacati comparativamente più rappresentativi>> (corsivo mio).

[844] V. i risultati della ricerca Aran sul lavoro temporaneo, cit., e per una loro analisi critica, Esposito 2003; per un quadro generale dell'applicazione degli istituti di lavoro flessibile nelle P.A. v. altresì i risultati della ricerca Aran pubblicati in *Arannewsletter*, 2003, n.5, inserto.

[845] E dunque della programmazione dei flussi di personale in relazione alla determinazione della consistenza e variazione delle dotazioni organiche, basata sulla verifica degli effettivi fabbisogni: art. 6 d.lgs. 165/01.

[846] Il che fa sì che nel settore pubblico l'utilizzo di questo contratto non svolga neppure, come avviene di fatto nel settore privato, soprattutto nelle piccole e medie imprese, la funzione di selezione del personale e di sostituto del periodo di prova.

[847] Di norma tramite una gara d'appalto; è ben vero che questa forma di acquisizione del personale consente di evitare il concorso pubblico, ma <<i costi maggiori del ricorso alla fornitura (circa un 15-20% in più rispetto al costo del lavoro di un singolo dipendente, ma sono possibili anche ricarichi superiori) non sono compensati dai costi relativi alle procedure concorsuali per le altre forme di reclutamento>>. (Matteini, 2003, p.6).

ministrazione, possibilità (…) facilitata dai contratti collettivi di comparto in materia di ordinamento professionale e di mansioni esigibili>>[848]. È dunque presente il rischio (paradossale) che l'uso di tale contratto diventi strumento di conservatorismo e rigidità anziché di modernizzazione e flessibilità.

Pertanto, a prescindere dal giudizio sulle singole scelte effettuate dai contratti collettivi che si sono fatti carico delle specificità organizzative, è difficile negare l'importanza del loro ruolo e la necessità di conservare lo spazio per un adattamento dell'istituto a tali specificità. Diviene per ciò rilevante verificare quale significato vada attribuito alla estensione alle pubbliche amministrazioni della disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato: se debba essere letta come una totale sostituzione rispetto alla pregressa disciplina del lavoro temporaneo o se possano restare spazi di differenziazione <<ricostruendo la disciplina dell'istituto attraverso un *puzzle* di norme della l.196/97 e del d.lgs.276/03: dimodoché le pubbliche amministrazioni possano continuare ad utilizzare un quadro legale sufficientemente solido, qualunque sia il *nomen iuris* del contratto>>[849].

Prescindendo dalle tesi più radicali, con conseguenze opposte – l'una che prospetta l'incostituzionalità dell'estensione alle pubbliche amministrazioni della disciplina della somministrazione a termine per eccesso di delega[850], l'altra che esclude tale contratto dalla sfera di operatività del disposto dell'art.1, c.2, d.lgs.276, riferibile al solo personale direttamente <<dipendente>> dalle pubbliche amministrazioni[851] – si può proporre una chiave di lettura, che offrirebbe anche una soluzione ai problemi esegetici dianzi evidenziati, riconducendo la nuova disciplina nell'alveo del disposto dell'art.36, 1°comma, d.lgs.n.165/01, il quale attribuisce un ruolo centrale alla fonte negoziale. Infatti questo, dopo aver affermato che le pubbliche amministrazioni si <<avvalgono>> delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, precisa che i <<*contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia* (…) della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto (…) dalla legge 24 giugno 1997 n.196, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina>> (corsivo mio). Considerando che nel sistema delle fonti delineato dal d.lgs.n.165/01 la contrattazione collettiva <<si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali>> (art.40, c.1), ma nel contempo non sono configurabili obblighi a trattare e a contrarre, se non per il trattamento economico fondamentale e accessorio (art.45, c.1), il richiamo specifico, con toni perentori, appare non pleonastico e coerente con il sistema solo qualora lo si interpreti come il riconoscimento del ruolo di adattamento

---

[848] Così Matteini, 2003, p.5.

[849] Zoppoli 2003.

[850] Così Zoppoli 2003, <<stante il disposto dell'art.6 della l. 30/03, che, per quanto ambiguo, vale a precisare i confini della delega e quindi non legittima altro riferimento "al personale delle pubbliche amministrazioni" oltre quelli eventualmente rinvenibili negli stessi artt. 1-5 della stessa legge 30/03>>. Peraltro poi l'Autore, sottolineato come questa <<interpretazione si rifrange soprattutto sulla disciplina della somministrazione/lavoro interinale, rendendola oltremodo incerta>> prospetta, <<in via eminentemente pratica>> la soluzione citata nel testo di cui alla nota precedente.

[851] Scarpelli, 2003; peraltro in quest'ottica si dovrebbe estendere al lavoro pubblico anche la somministrazione a tempo indeterminato. Per la prospettazione e l'analisi critica delle varie soluzioni esegetiche in ordine alla costituzionalità della scelta del legislatore delegato in tema di estensione al lavoro pubblico della somministrazione a termine si rinvia a M.T. Carinci 2004, p. 20 ss.

della disciplina alle peculiarità organizzative delle amministrazioni pubbliche svolto dal contratto collettivo[852].

Dunque l'art.36, c.1, del d.lgs. n. 165 fa comunque salva la regolamentazione contrattuale: un principio che dovrebbe valere anche per la nuova disciplina, se ha un fondamento la tesi illustrata nei paragrafi precedenti che inquadra - e legittima rispetto al principio di ragionevolezza e al disposto dell'art. 76 Cost. - le deroghe introdotte dal d.lgs. n.276 nel sistema ordinamentale del lavoro pubblico delineato nel d.lgs.165/01, e richiede che in quest'ultimo vadano individuati i principi e i criteri direttivi che debbono fungere, oltre che da fondamento della normativa delegata, anche da suo parametro interpretativo. Ne consegue che la disciplina della somministrazione a tempo determinato per le pubbliche amministrazioni andrebbe "ricostruita" seguendo il criterio ermeneutico per cui la sostituzione delle vecchie regole con le nuove può avvenire solo nei limiti dei principi dell'ordinamento del lavoro pubblico: il legislatore delegato lo riconosce esplicitamente nel momento in cui esclude l'assunzione disposta dall'art.27, c.1, in caso di somministrazione irregolare, in applicazione dell'art.36, 2° comma, d.lgs.165/01; l'interprete deve aggiungere la salvaguardia delle discipline negoziali, in applicazione dell'art.36, 1° comma, d.lgs.165/01[853].

Il medesimo criterio logico sistematico potrà guidare l'interprete nella ricostruzione del regime sanzionatorio, fatta salva appunto la costituzione del rapporto, espressamente esclusa, al fine di individuare le sanzioni, civili, penali e amministrative, applicabili in relazione alle diverse tipologie di illeciti, i soggetti responsabili, le tutele che comunque possono essere assicurate al lavoratore[854].

Si tratta di una complessa operazione esegetica, che deve "leggere" le disposizioni del d.lgs. n.276 tenendo conto del fatto che le pubbliche amministrazioni restano escluse dalla più generale riforma delle regole e degli istituti di governo del decentramento produttivo - somministrazione a tempo indeterminato, appalti, distacco, trasferimento d'azienda – che ridisegna la mappa del sistema e dunque anche i confini tra il lecito e l'illecito[855]. Una esclusione che, "fingendo" di ignorare come ad alcune di queste regole e istituti le pubbliche amministrazioni non siano estranee, non fornisce indicazioni utili a risolvere le molteplici questioni interpretative che derivano da questa coesistenza tra vecchio e nuovo. Per alcune fattispecie si tratta di leggere le nuove disposizioni – la dichiarata abrogazione della legge n.1369/1960 (art.85, c.1, lett.c), le innovazioni in materia

---

852 V. il rilievo di Rusciano, cit. *retro*, nota n.83; v. peraltro Delfino e Luciani 1999, pp.172-173, ove osservano come l'indicazione che la disciplina della materia spetta alla contrattazione collettiva non possa significare che in mancanza di questa le forme flessibili non possono trovare applicazione: si può notare che se alla fonte negoziale non è assegnata una funzione necessaria, non sembrano neppure posti limiti al suo intervento (ora da intendersi nel senso di possibilità di restringere anziché ampliare, rispetto al precetto legale, le possibilità di utilizzo del contratto).

853 Anche Mainardi 2004, p.43, ritiene <<che la contrattazione collettiva del settore pubblico possa implementare la nuova disciplina di legge applicabile alle p.a. per la somministrazione a tempo determinato>>, ma sembra in un'ottica non coincidente con quella qui prospettata nel momento in cui indica come indispensabile un intervento, in sede di rinnovo, di adattamento alle nuove e più estese causali giustificatrici.

854 Per questo aspetto si rinvia all'ampia e approfondita analisi di Zoli 2004.

855 V. Del Punta 2004a.

di appalto – anche alla luce di incertezze interpretative pregresse[856]; per altre – l'introduzione per il solo settore privato della regolazione di un istituto, il distacco, da tempo oggetto di norme di fonte legale e contrattuale nel settore pubblico[857] - si tratta di attribuire un significato ragionevole alla coesistenza delle due diverse discipline. Nel caso della modifica dell'art.2112 cod.civ., che non si estende alle pubbliche amministrazioni - le quali peraltro le norme contenute in tale articolo devono applicare, per disposizione dell'art.31 del d.lgs.165/01, nel caso di trasferimento o conferimento di attività ad altri soggetti, pubblici o privati, al proprio personale che passa alle dipendenze di tali soggetti – si tratta di trovare una soluzione giuridicamente sostenibile e praticamente utilizzabile[858] ad un paradosso: la compresenza di due regolamentazioni con diversi ambiti di applicazione all'interno di un unico articolo del codice civile. Per alcuni di questi aspetti è da ritenere che un intervento correttivo del legislatore sarebbe opportuno.

Le capacità esegetiche degli interpreti vengono messe alla prova anche dall'ultimo periodo del comma 9 dell'art.86: affermando che <<Le sanzioni amministrative di cui all'art.19 si applicano anche nei confronti della pubblica amministrazione>> chiama l'interprete ad una complessa operazione ricostruttiva[859], al fine di individuare nella lista di disposizioni che concernono varie tipologie di obblighi in materia di collocamento, quali coinvolgano effettivamente, e in quale veste, le pubbliche amministrazioni. Peraltro è da condividere l'opinione secondo cui l'estensione delle sanzioni operanti per le imprese private è coerente con la normativa previgente in materia di organizzazione del mercato del lavoro, che non viene sostanzialmente modificata dalla nuova disciplina, e perciò è costituzionalmente legittima per questo aspetto l'eccezione al divieto di applicazione alle pubbliche amministrazioni delle norme del decreto[860].

Come si può notare, l'analisi delle disposizioni contenute nel comma 9 dell'art.86 si configura come un percorso tortuoso tra inclusioni ed esclusioni; ciò vale anche per l'ultima norma che resta da commentare, quella che lascia in vita per le sole pubbliche amministrazioni la vigente disciplina in materia di contratti di formazione e lavoro. Questo, sia perché viene <<fatto salvo quanto previsto dall'art.59, comma 3>>, sia perché ad essa bisogna affiancare la disposizione di cui all'art.54, comma 2, lett.e), che comprende gli enti di ricerca pubblici, insieme a quelli privati, tra i soggetti che possono stipulare i contratti di inserimento, una nuova tipologia contrattuale da cui tutte le altre pubbliche amministrazioni vengono escluse.

Il richiamo al disposto dell'art.59, c.3, è spiegabile alla luce degli interventi censori della Corte di Giustizia e della Commissione europee nei confronti degli incentivi economici previsti dalla disciplina vigente in materia di contratti di formazione e lavoro[861]: in attesa della complessiva riforma

---

856 Sulle problematiche pregresse relative all'applicazione alle P.A. della normativa in materia di utilizzazione della prestazione lavorativa a favore di terzi v: M.T. Carinci 2000, p.104 ss. e *passim*; Bonardi 2001, p.59 ss. e *passim.* Con riferimento alle nuove regole introdotte dal d.lgs.276 v. Zoppoli 2003, nonché le analisi di Zoli 2004 e Mainardi 2004, a cui si rinvia. Sull'abrogazione della l.n.1369/1960 disposta dall'art.85, c.1, lett.c) v. Vallauri 2004, p.250 ss.

857 Per la ricostruzione critica dell'*iter* normativo v. M.T. Carinci 2000, p. 195 ss.; Mainardi 2004, p.49 ss.; Monaco 2004, p. 204 ss.; Zoli 2004.

858 Per possibili soluzioni interpretative v. ampiamente Mainardi 2004, p.51 ss. e Zoli 2004.

859 Per la quale si rinvia a Mainardi 2004, p.43 ss.

860 V. al riguardo Zoli 2004.

861 Per questo aspetto v., tra gli altri, Ferraro 2004, pp.106-107.

del sistema degli incentivi all'occupazione, essi vengono riservati alle categorie di lavoratori indicate nell'art.54, c.1, lettere da b) ad f)[862] e dunque le pubbliche amministrazioni potranno goderne solo in quei limiti.

L'estensione della possibilità di stipulare contratti di inserimento unicamente agli enti di ricerca pubblici, a fronte di una generale esclusione delle pubbliche amministrazioni sia dai nuovi "veri" contratti a finalità formativa, ovvero le tre tipologie dell'apprendistato riformato, sia dai contratti che mirano a facilitare l'ingresso o il reingresso nel mercato di lavoratori appartenenti a categorie "deboli"[863], non è immediatamente comprensibile. Si sono indicate <<evidenti ragioni di parità di trattamento con gli enti privati della stessa natura>>[864], si può pensare ad un nesso con il disposto dell'art. 15, l.n.196/1997 che, modificando la legge n.451/994, ha incluso gli enti pubblici di ricerca tra i soggetti autorizzati a stipulare contratti di formazione e lavoro, anticipando estensione a tutti i comparti del lavoro pubblico sancita dal d.lgs. n. 80/1998[865]; ma non paiono motivi sufficienti a giustificare una tale anomalia[866].

Per quanto concerne invece la scelta di escludere le pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione del nuovo apprendistato e dei contratti di inserimento, lasciando "sopravvivere" per loro i vecchi contratti di formazione e lavoro, essa può apparire comprensibile e ragionevole se configurata nei termini non di una assoluta incompatibilità, ma come una esigenza transitoria, nella prospettiva di un successivo intervento di adeguamento, con i necessari adattamenti in particolare per quanto concerne le condizioni di accesso e gli incentivi economici e normativi. Bisogna infatti considerare che i nuovi istituti sono ancora allo stato di "rustico"[867], in attesa che l'intervento per gli uni delle Regioni (artt.48-52)[868], per gli altri della contrattazione collettiva, o in subordine del Ministro del lavoro (art.55)[869], dia loro una configurazione compiuta: solo dopo che la normazione regolativa sarà completata si potrà intervenire, operando di cesello nel contesto della prevista armonizzazione (art.86, c.8), per renderli applicabili anche alle pubbliche amministrazioni. Va peraltro rilevato come queste abbiano sin qui manifestato in concreto scarsissimo

---

862 Si tratta (con esclusione dei soggetti di età compresa tra i 18 e i 29 anni, indicati alla lettera a) dei soggetti con cui può essere stipulato un contratto di inserimento: b) disoccupati di lunga durata da 29 sino a 32 anni; c) lavoratori con più di 50 anni di età; d) lavoratori che desiderino riprendere una attività lavorativa e che non abbiano lavorato per almeno due anni; e) donne di qualsiasi età residenti in aree geografiche con tasso di occupazione femminile inferiore almeno del 20% a quello maschile o con un tasso di disoccupazione superiore del 10% di quello maschile; f) persone affette da grave handicap fisico, mentale o psichico. Naturalmente solo alcune di queste categorie di lavoratori possono essere parte di contratti di formazione e lavoro.

863 Per i quali la formazione assume la veste di un adeguamento delle competenze professionali del lavoratore al contesto lavorativo.

864 Così Zoli 2004.

865 Prima che l'art.22 del d.lgs. n.80/1998 modificasse il d.lgs. n.29/93 introducendo quello che è ora l'art.36, c.1, d.lgs.165/01, il contratto di formazione e lavoro era di fatto utilizzato solo in alcuni enti pubblici non economici (*ex* art.18, l.n.88/1989) e, appunto, negli enti pubblici di ricerca ove è stato introdotto dall'art.15 l.n.196/97 (v. al riguardo Delfino e Luciani 1999, p.176).

866 Gli enti pubblici di ricerca dovrebbero essere gli unici soggetti a poter utilizzare sia i contratti di formazione e lavoro sia il contratto di inserimento: il che non appare razionale considerato, tra l'altro, che il secondo viene presentato come l'erede del primo (anche se su questo aspetto andrebbe svolta una puntuale analisi).

867 La metafora che paragona il d.lgs. n.276/03 al <<rustico di una casa in attesa delle opere di rifinitura>> è utilizzata da Romagnoli 2004, spec. p.7.

868 Senza peraltro dimenticare gli interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova normativa in materia di apprendistato per violazione delle competenze riconosciute alle Regioni dall'art.117 Cost.

869 È solo un primo passo quello compiuto, seguendo le linee tracciate dall'art.86, c.13, con l'accordo interconfederale per la disciplina transitoria per i contratti di inserimento siglato l'11 febbraio 2004 da CGIL, CISL, UIL e da 22 associazioni datoriali.

interesse per i contratti di formazione e lavoro[870]; tra le cause che hanno condotto a deludere le aspettative di <<ampio successo, come utile strumento di valutazione prolungata delle reali capacità e attitudini dei lavoratori, in vista del possibile inserimento a tempo indeterminato>>, viene indicata la difficoltà del percorso attuativo: approvazione del progetto, reperimento del finanziamento, attivazione di una ordinaria procedura di selezione pubblica[871].

### 3.3. Le esclusioni

Nel paragrafo precedente si sono già richiamati alcuni degli istituti oggetto del processo riformatore e/o innovatore unicamente con riguardo al lavoro privato, valutando la ragionevolezza o meno dell'esclusione del lavoro pubblico, anche alla luce dei preannunciati interventi di "armonizzazione". Per altri, in particolare le nuove tipologie di lavoro flessibile quali il lavoro intermittente (artt.33-40), il lavoro ripartito (artt.41-45), il lavoro accessorio (artt.70-74), si rinvia alle osservazioni svolte *retro* (nei paragrafi 2.1, 2.2 e 2.3), in base alle quali si può ritenere ragionevole l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dalla possibilità di utilizzare tali contratti: non sembra infatti che la loro introduzione possa essere ricondotta alla finalità di <<realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane (…) curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti>> indicata dall'art.1, c.1, lett.c) del d.lgs.n.165/2001[872].

Appare "ragionevole" anche l'esclusione dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dall'applicazione dell'istituto della certificazione, rispetto al quale peraltro il legislatore delegato non aveva alcuna possibilità di scelta, essendo espressamente "prescritta" dalla legge delega (art.5, l.n.30/03).

La complessità del tema e della disciplina impedisce qualsiasi considerazione sintetica[873], ma anche in questo caso non sembrano del tutto condivisibili le critiche rivolte dalla dottrina a siffatta esclusione[874], quanto meno in termini di automaticità. Infatti, nonostante l'affidamento delle controversie di lavoro pubblico alla competenza del giudice del lavoro, le regole per la soluzione giudiziale e stragiudiziale delle controversie introdotte dal d.lgs. n. 80/1998 conservano tutt'ora alcune non irrilevanti peculiarità di cui si dovrebbe comunque tener conto. Occorre altresì tener presente il fatto che nel lavoro pubblico la regolamentazione formale del contratto ha la prevalenza sull'assetto fattuale del rapporto[875]. Si tratta di una differenza importante anche con ri-

---

[870] Nell'anno 2001 i contratti di formazione e lavoro hanno rappresentato lo 0.33% del totale del ricorso alle forme contrattuali flessibili nelle P.A., con "punte" pari allo 0.85% negli enti pubblici di ricerca (compresi ricercatori e tecnologici) e al 9.89% negli enti pubblici non economici (compresi professionisti e medici): v. i dati che emergono dalla più volte citata ricerca promossa dall'ARAN in *Arannewsletter* 2003, n. 5, p.IV dell'inserto e *passim* per altri dati di carattere comparativo.

[871] *Ibidem*, p. VIII e p.XX, nota 8. Si segnalano altresì i limiti alla conversione dei contratti di formazione e lavoro, con proroga dei rapporti posti in essere, stabiliti dalla l.n.289/2002 (art.34, c.18) nonché dall'art.3, c.63, della legge finanziaria per il 2004.

[872] Sembrano infatti soprattutto volti ad incrementare l'occupazione, anche favorendo l'emersione del lavoro nero, con modelli di lavoro precario che non mirano a migliorare la qualità del lavoro. Si tratta inoltre di discipline, in buona parte a carattere sperimentale, assai poco compatibili con la configurazione del lavoro pubblico. In questo senso v. anche Zoppoli 2003.

[873] Si rinvia al commento di ????in questo Commentario e *ivi* i riferimenti bibliografici.

[874] Manifestano perplessità: Mainardi 2004; De Angelis 2003, p.243; Miscione 2002, p.110. Secondo Zoli 2004 la mancata estensione <<appare irragionevole>>.

[875] V. in particolare Chieco 2003.

guardo alla certificazione, poiché gli elementi di certezza che questa vuole introdurre, dando rilievo alla volontà espressa nelle sedi all'uopo deputate, cedono quando il regolamento formale non corrisponde a quello sostanziale: la importante funzione di garanzia che questo principio, che trova sostegno nella giurisprudenza costituzionale, svolge nell'applicazione dell'istituto, non potrebbe operare per il lavoro pubblico.

Più problematica è l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dalle innovazioni introdotte alla disciplina del rapporto a tempo parziale, anch'essa espressamente richiesta dalla legge delega (art.3, l.n.30/03).

Innanzitutto per quanto concerne la tecnica legislativa: poiché la riforma si presenta come una novella al testo del d.lgs. n.61/2000, questo finisce per configurarsi ora come un mostro con una testa e due corpi regolativi, l'uno, il vecchio, valido per il lavoro pubblico, l'altro, il nuovo, valido per il lavoro privato[876]. È una situazione analoga a quella che si determina per l'art.2112 cod.civ., con l'aggravante che la disciplina del lavoro a tempo parziale si interseca anche con la nuova regolazione dell'orario di lavoro, disposta dal d.lgs. n. 66/2003 le cui norme si applicano anche al lavoro pubblico[877].

In secondo luogo, è stato considerato un errore escludere le pubbliche amministrazioni dalle "nuove flessibilità" nella gestione della prestazione lavorativa a tempo parziale che la riforma offre ai datori di lavoro[878]. Questa opinione non è però del tutto condivisibile, o quanto meno richiede una più attenta considerazione delle peculiari caratteristiche che la disciplina del *part time* ha assunto nel lavoro pubblico, non solo a seguito delle normative di fonte contrattuale, ma anche per precisa scelta del legislatore, che ha fatto espressamente salve alcune regole eteronome specificamente volte a disciplinare il *part time* nel settore pubblico (art.10, d.lgs.61/2000). Senza qui entrare nel merito dell'analisi di questa "specificità" e della sua valutazione, è indubbio che nel settore pubblico il *part time* è disciplinato avendo riguardo soprattutto all'interesse dei lavoratori: il datore di lavoro non può negare la conversione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale e non è stato "autorizzato" dalla contrattazione collettiva ad utilizzare le c.d. clausole elastiche (art.2, d.lgs. n. 61/00)[879]. Se nonostante questa normativa di favore il *part time* non ha avuto quella diffusione che veniva auspicata[880] ai fini della riduzione del costo del lavoro, anche sotto il profilo del controllo del fenomeno del doppio lavoro occulto, è assai improbabile che il raggiungimento di un siffatto obiettivo, di interesse generale, possa essere facilitato dall'estensione delle nuove regole, volte a favorire il datore di lavoro.

---

[876] Del Punta 2004b osserva come <<il d.lgs. n.61 del 200 somiglierebbe, d'ora in avanti, ad un orrendo *monstrum* con due testi, uno proveniente dal passato, che sopravviverebbe sia pure in un ambito di applicazione più ristretto (di modo che, piuttosto che di "abrogazione" delle norme toccate, è più corretto parlare di inapplicabilità delle medesime al campo del lavoro privato) ed uno inerente al presente>>. Prospetta pertanto una interessante soluzione interpretativa, prendendo come riferimento la strada percorsa dal legislatore delegato per la fornitura di lavoro temporaneo; non sembra però che si possa superare l'ostacolo rappresentato dall'espresso diniego contenuto nell'art.3 della legge delega (che non c'è per la somministrazione). Per una analisi puntuale dei problemi che sorgono sul piano ermeneutico v. altresì Zoli 2004.

[877] Per i collegamenti tra le due discipline v. Del Punta 2004b; con particolare riferimento al lavoro pubblico v. Brollo 2004, p.168 ss.

[878] V. in particolare Mainardi 2004, che affianca questa critica di politica del diritto a quella sotto il profilo della tecnica legislativa.

[879] V. al riguardo Del Punta 2004b, Zoli 2004, Mainardi 2004 e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

[880] Vedi i dati riportati dalla più volte citata ricerca promossa dall'Aran.

Un altro aspetto significativo di differenza emerge leggendo le finalità della riforma dell'istituto, indicate nell'art.3 della legge delega: il Governo è chiamato a emanare <<norme per promuovere il ricorso a prestazioni di lavoro a tempo parziale, quale tipologia contrattuale idonea a favorire l'incremento del tasso di occupazione e, in particolare, del tasso di partecipazione delle donne, dei giovani e di lavoratori con età superiore ai 55 anni>>. È dubbio che una tale finalità possa essere condivisa dalle pubbliche amministrazioni.

Pertanto, è opportuno concentrare l'attenzione su possibili interventi di riforma, legislativa e contrattuale, anche utilizzando la possibilità offerta dall'art.2, c.2, seconda parte del d.lgs.165/01[881], al fine di superare alcune rigidità e "distorsioni" presenti nella disciplina vigente, e di rendere il *part time* uno strumento che consenta al datore di lavoro pubblico una più efficiente utilizzazione delle risorse umane[882].

Con un approccio sostanzialmente analogo andrebbe considerata anche la questione dell'esclusione delle pubbliche amministrazioni dalla introduzione del lavoro a progetto in sostituzione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (disciplinato nel Titolo VII, Capo I), particolarmente criticata dalla dottrina e oggetto di interpretazioni tendenti a superare l'esclusione[883]. A ben vedere le critiche non sempre tengono in adeguata considerazione la differenza tra la prassi e la regola.

Infatti, è indubbio che nella prassi applicativa assai spesso, soprattutto in alcuni comparti[884], l'utilizzo di forme di lavoro autonomo assimilabili alle c.d. "co.co.co" raggiunge dimensioni significative, anche per aggirare i limiti all'assunzione di personale, e talvolta persegue finalità *lato sensu* clientelari o comunque poco trasparenti. Ma non si tratta di un uso distorto dei medesimi rapporti di collaborazione coordinata e continuativa operanti nel settore privato, per reprimere il quale si ritiene auspicabile l'estensione delle norme sul lavoro a progetto nella misura in cui sono finalizzate sia a reprimere gli abusi sia a fornire di qualche tutela tali lavoratori. Si tratta invece della violazione di una precisa disposizione del d.lgs. n.165/01 che subordina l'utilizzo di collaborazioni di lavoro autonomo a precise condizioni e modalità contrattuali: <<Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza, determinando preventivamente durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione>> (art.7, c.6)[885]. Pertanto una mera estensione della disciplina del lavoro a progetto potrebbe rappresentare un avallo di queste prassi distorte, legittimando l'attivazione di tali rapporti per professionalità di livello non elevato, per lavori di tipo esecutivo, per prestazioni il cui confine con il lavoro subordinato è assai sfumato, per una scelta discrezionale e sovente clientelare dei destinatari del contratto. Per contro anche in questo caso sarebbe opportuno un intervento specifico, volto ad una regolamentazione più attenta ad evitare gli abusi, ma anche ad assicurare a tali lavoratori alcune essenziali tutele e garanzie[886].

---

[881] Operando con riferimento a quella parte del d.lgs. n. 61/00 che è applicabile al solo lavoro pubblico.

[882] In questa ottica anche Zoppoli 2003, per il quale è più saggio, anche al fine di incrementare comunque i *part timers* nelle P.A., conservare la previgente disciplina, lasciando alla contrattazione collettiva la possibilità di derogarvi.

[883] Per quest'ultimo aspetto v. Scarpelli 2003.

[884] Quali in particolare gli Enti locali e l'Università, dove sono nella massima parte concentrati (v. i dati della ricerca Aran).

[885] Sottolineano le peculiarità di questa disciplina propria del lavoro pubblico Zoppoli 2003 e Zoli 2004, a cui si rinvia per una approfondita analisi di tale aspetto.

[886] Trattandosi di lavoro autonomo non si può utilizzare la fonte contrattuale; si noti che alcune Università hanno già provveduto in tal senso con normative di fonte regolamentare.

Dall'analisi sin qui condotta sembra dunque che leggendo, per questo aspetto, il d.lgs. n.276 facendo riferimento alle norme generali dell'ordinamento del lavoro pubblico, si possano trarre indicazioni utili a risolvere alcuni dei nodi interpretativi, anche con riguardo alla legittimità costituzionale, e a individuare le linee degli interventi di modifica e integrazione necessari a rendere più coerente il sistema normativo, garantendo il rispetto dei principi fondanti il diritto comune del lavoro pubblico e privato.

## 4. Riferimenti Bibliografici


BELLAVISTA A. (2003), *Alcune osservazioni sulla legge n.30/2003,* in LG, p. 705 ss.

BONARDI O. (2001), *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori,* Milano: F. Angeli.

BORDOGNA (2002), *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni,* Milano: F. Angeli.

BROLLO M. (2004), *Lavoro a tempo parziale,* in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. III, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi,* a cura di M. Brollo, M.G. Mattarolo e L. Meneghini, Milano: Ipsoa, p.121 ss.

CARINCI F. (2001), *La dirigenza nelle amministrazioni dello stato ex capo 11, titolo II, d.lgs. 29 del 1993 (il modello universale)*, ADL, (1), p. 50 ss.

CARINCI F. (2004), *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, Introduzione, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro,* a cura di M. Miscione e M. Ricci, Milano: Ipsoa, XXIX ss.

CARINCI M.T. (2000), *La fornitura di lavoro altrui,* in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano: Giuffré

CARINCI M.T. (2003), *La legge delega ed il sistema delle fonti*, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro,* a cura di M.T. Carinci, Milano: Ipsoa, p. 3 ss.

CARINCI M.T. (2004), *La somministrazione di lavoro altrui,* in Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n.276, coordinato da F. Carinci, vol.II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda,* a cura di M.T. Carinci e C. Cester, Milano: Ipsoa, p.5 ss.

CARUSO B. (2001), *La storia interna della riforma del P.I.; dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi,* LPA, p.973 ss.

CHIECO P. (2003), *I contratti flessibili" della P.A. e l'inapplicabilità della sanzione "ordinaria" della conversione: note critiche a margine della sentenza n.89/2003 della Corte Costituzionale,* LPA, p. 489 ss.

CHIECO P. (2004), *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari: Cacucci, p.91 ss.

CORPACI A. (1999), *Commento all'art.1, commi 1° e 2°*, in in A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e nel processo nelle amministrazioni pubbliche,* NLCC, (5-6), p.1051 ss.

CURZIO P. (2004), *Introduzione* in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari: Cacucci, p.11 ss.

D'ANTONA M. (1999), *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego (osservazioni sui d.lgs. n.396 del 1997, n.80 del 1998 e n.387 del 1998)*, FI, I, 621, ora in M. D'Antona, *Opere*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano: Giuffré, vol.IV, p.277 ss.

D'ANTONA M., MATTEINI P., TALAMO V. (2001), a cura di, *Riforma del lavoro pubblico e riforma della pubblica amministrazione (1997-1998). I lavori preparatori ai decreti legislativi n.396 del 1997, n.80 del 1998 e n.387 del 1998,* Milano: Giuffré.

DE ANGELIS L. (2003), *La certificazione dei rapporti di lavoro,* in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro,* a cura di M.T. Carinci, Milano: Ipsoa, p.234 ss.

DELFINO M. e LUCIANI V. (1999), *Rapporti "flessibili" di lavoro pubblico e contrattazione collettiva. Sull'immediata applicabilità delle tipologie dell'art.36 d.lgs. n.29/1993,* LPA, p.171 ss.

DEL PUNTA R. (2004a), *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro,* in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro,* Milano: Ipsoa, p.161 ss.

DEL PUNTA R. (2004b), *Il lavoro a tempo parziale in* Commentario al d.lgs.276/2003, a cura di Pedrazzoli, Torino: Utet.

ELIA G. (2000), *L'interpretazione conforme a Costituzione nella delegazione legislativa,* in *Giur.cost.,*V, c.3246.

ESPOSITO M. (2003), *Note critiche sulla fornitura di lavoro temporaneo nelle amministrazioni pubbliche,* in *Arannewsletter*, (1), p.61 ss.

FAMIGLIETTI G. (2003), *Delegazione legislativa e Corte costituzionale,* in *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale,* a cura di P. Caretti e A. Ruggeri, Atti del convegno di Pisa, 11 giugno 2002, Milano: Giuffré, p.185 ss.

FERRARO G. (2004), *Tipologie di lavoro flessibile,* Torino: Giappichelli.

GRAGNOLI E. (2003), *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni,* in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro,* a cura di M.T. Carinci, Milano: Ipsoa, p.245 ss.

LISO F. (2000), *La privatizzazione dei rapporti di lavoro,* in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario* diretto da F. Carinci e M. D'Antona, 2° ed., tomo I, p.177 ss.

LUPO N. (2001), *Verso una motivazione delle leggi? A proposito del primo rinvio di Ciampi,* Qcost., (2), p.362 ss.

MAINARDI S. e SALOMONE R. (2004), *L'esclusione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Le competenze di regioni a statuto speciale e province autonome,* in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro,* a cura di M. Miscione e M. Ricci, Milano: Ipsoa, p.34 ss.

MARIUCCI L. (2003), *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo,* Torino: Giappichelli.

MATTEINI P. (2000), *Interinale: uno dei tanti aspetti della flessibilità,* in *Arannewsletter*, (3), p.2 ss.

MATTEINI P. (2003), *I perché di una ricerca sull'interinale,* in *Arannewsletter,* 2003 (1), p.4 ss.

MISCIONE M. (2002), *L'esclusione del pubblico impiego dalla delega,* in *Il diritto del lavoro da "Libro Bianco" al Disegno di legge delega,* a cura di F. Carinci e Miscione, Milano: Ipsoa, p.110.

MONACO M.P. (2004), *Il distacco del lavoratore,* in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda,* a cura di M.T. Carinci e C. Cester, Milano: Ipsoa, p. 204 ss.

ORSI BATTAGLINI A. e CORPACI A. (1999), *Commento all'art.2, comma 1°, e all'art.4, commi 1° e 4°* in A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e nel processo nelle amministrazioni pubbliche,* NLCC, (5-6), pp.1064 ss. e 1096 ss.

POTI U. 2002 (a cura di), *Lavoro pubblico e flessibilità,* Soneria Mannelli: Rubbettino.

ROMAGNOLI U. (2004), *Radiografia di una riforma,* Bologna: Libreria Bonomo ed.

RUSCIANO M. (1999), *Profili ricostruttivi dell'affitto d manodopera,* DML, p.81 ss.

RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (1999), *Commento all'art.2, commi 2° e 3°,* in A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e nel processo nelle amministrazioni pubbliche,* NLCC, (5-6), p.1071 ss.

SANTUCCI R. (2003), *Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni,* DRI, p.93 ss.

SCARPELLI F. (2003), *Il decreto di attuazione della legge n.30/2003: un approccio critico,* in *Note Informative,* n.27/28.

SERRA C. (2003), *Il ruolo della autonomia collettiva,* in *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro,* a cura di M. Tiraboschi*, Guida al lavoro*, n. 4, p.16 ss.

SPEZIALE V. (2000), *La deroga della legge, del regolamento e dello statuto da parte del contratto collettivo,* in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario* diretto da F. Carinci e M. D'Antona, 2° ed., tomo I, p.257 ss.

SPEZIALE V. (2004), *Commento al Titolo VIII,* in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. IV, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro* a cura diP.Bellocci, F. Lunardon e V. Speziale, Milano: Ipsoa, p.140 ss.

TARLI BARBIERI G. (2003), *La grande espansione della delegazione legislativa nel più recente periodo,* in *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale,* a cura di P. Caretti e A. Ruggeri, Atti del convegno di Pisa, 11 giugno 2002, Mlano: Giuffré, p.47 ss.

TIRABOSCHI M. (2003a), *L'attuazione della legge n.30/2003: considerazioni introduttive,* in *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro,* a cura di M. Tiraboschi*, Guida al lavoro*, n. 4, p.6 ss.

TIRABOSCHI M. (2003b), *Somministrazione, appalto di servizi, distacco,* in *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro,* a cura di M. Tiraboschi*, Guida al lavoro*, n. 4, p.66 ss

TIRABOSCHI M. (2004), *Il Decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276: alcune premesse e un percorso di lettura* in ID. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* Milano: Giuffrè, p. 3 ss.

VALLAURI M.L. (2004), *Abrogazioni* e *Norme transitorie e finali,* in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276*, coordinato da F. Carinci, vol. IV, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro* a cura diP.Bellocci, F. Lunardon e V. Speziale, Milano: Ipsoa, p.248 ss.

VALLEBONA A. (2003), *Introduzione alla riforma dei lavori,* in MGL, n.12, p. 906 ss.

ZOLI C. (2004), Commento all'art.1, in Commentario al d.lgs.276/2003, a cura di Pedrazzoli, Torino: Utet.

ZOPPOLI L. (2002), *La ricerca di un nuovo equilibro tra contrattazione nazionale e contrattazione integrativa,* Relazione al Convegno di Roma, 26 settembre 2002, in *Arannewsletter,* n.3.

ZOPPOLI L. (2003), *Nuovi lavoro e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus Grendel, atto II),* Intervento al Convegno *Sviluppo e occupazione nel mercato globale,* Napoli, 4-5 dicembre 2003.

# Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*

Franco Carinci

1. La "lunga riforma": dalla legge delega del 1992 al TU del 2001 334

2. L'architettura complessiva 337

3. La difficile coesistenza fra "pubblico" e "privato": la tellurica linea di confine 338

4. *(Segue)* La ricaduta a) sulla contrattazione collettiva, b) sulla giurisdizione 340

5. *(Segue)* I due "fattori" di snodo e ammortizzo: a) l'Aran, b) la dirigenza 343

6. La benedizione della Corte Costituzionale 349

7. La legislazione regionale fra continuità ed innovazione 351

8. La carta vincente della rappresentatività sindacale: selezione delle organizzazioni trattanti ed RSU 352

9. La irresistibile ascesa della contrattazione: la tornata 1998-2001 354

10. *(Segue)* La contrattazione nazionale di comparto e di area - a) 355

11. *(Segue)* La contrattazione decentrata 358

12. La tornata *in itinere* 2002-2005 359

13. L'onda lunga della giurisdizione ordinaria 361

14. La riforma costituzionale "permanente": dalla legge costituzionale n. 3/2001 al testo approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica 363

15. La nostalgia per una legislazione "dissociata": la legge delega n. 30/2003 e il d.lgs. n. 276/2003 365

16. Riferimenti bibliografici essenziali 368

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 18/2004

## 1. La "lunga riforma": dalla legge delega del 1992 al TU del 2001

Almeno sulla carta, la riforma che viaggia ormai sotto l'etichetta della "privatizzazione del pubblico impiego" si mostra in tutta la sua ambizione, così estesa in latitudine (impiegati in attività "autoritative", oltre che "erogatorie"), e in longitudine (responsabili di uffici dirigenziali oltre che impiegati ecc.), da coinvolgere circa 3 dei 3,6 milioni di dipendenti pubblici in servizio, senza trovare comparazione alcuna oltralpe, in Paesi a noi simili per cultura amministrativa e tradizione democratica come la Francia e la Germania.

Per oltre un decennio il cantiere è rimasto aperto, con un lavorio continuo e indefesso, dall'ultimo scorcio del secolo scorso al primo di questo; oggi pare concluso e chiuso, tradotto in un fitto e ordinato sistema di istituzioni, procedimenti, principi, criteri, precetti e vincoli. Chi ha seguito "dall'interno" il lento e faticoso crescere del nuovo *corpus,* riesce a distinguere nel quadro definitivo il succedersi degli stati di avanzamento, degli aggiornamenti, degli adattamenti "difensivi"; e potrebbe stendere a ritroso un diario del quotidiano procedere verso un collaudo finale, sempre rinviato a data da destinarsi.

A forza di raccontarlo e raccontarlo il resoconto è divenuto un po' mitico, del "tipo resistenziale", tanto da mantenere un pizzico di fascino solo per chi ne è stato protagonista, di primo o secondo piano; ma, certo, in quel volgere di tempo tra la fine degli anni ottanta e l'inizio di quelli novanta, sarebbe stato difficile immaginare che quel progetto lanciato dalla CGIL nel gennaio del 1990 e poi, di lì a poco, tenuto a battesimo unitariamente dalla triplice, fosse destinato non solo a camminare, ma a far tanta strada. Come sempre, a "rivoluzione" iniziata, se non compiuta, è stato facile rintracciare la classica "talpa" all'opera da più di una stagione, prima e dopo la legge quadro del 1983: quella legge che sembrava aver risolto, con gattopardesca abilità, la questione della convivenza fra la sostanza di una auto-regolamentazione collettiva e la forma di una etero-regolamentazione autoritativa.

La nostra "talpa" scaverà ininterrottamente e indefessamente nel corso di tutto il decennio ottanta: mentre una dottrina minoritaria, ma autorevolissima, preparava il terreno, smontando pezzo a pezzo la collaudata e consolidata lettura "pan-pubblicistica" dell'art. 97, primo comma, Cost.; la triplice confederale sperimentava in *corpore vili* la crisi irreversibile della dissociazione schizofrenica realizzata dalla legge dell'83. Saranno Giannini e Battaglini a valorizzare quel vero e proprio "uovo di Colombo" costituito dalla distinzione fra uffici e personale, in forza e ragione di un *distinguo* pienamente giustificato dal testo letterale di quel primo comma dell'art. 97 Cost., nonché dal necessario contemperamento con l'art. 39, comma 1. E saranno CGIL, CISL e UIL a dover prendere atto del fallimento della legge quadro, emblematicamente testimoniato da una vera e propria "fuga" di parti della pubblica amministrazione dalla sua sfera operativa, in direzione di una composita e variegata "contrattualizzazione" o "privatizzazione" dei relativi rapporti di impiego.

Onore al merito, verrebbe da dire, almeno per chi si è schierato e si schiera dalla parte della riforma: senza quei primi e isolati "profeti" disarmati non si avrebbe avuta l'"ideologia"; senza quei protagonisti di eccellenza, costituiti dalle Confederazioni non ci sarebbe stata la "prassi" attuativa, come ben testimonia l'intrecciarsi fra accordi tripartiti e interventi legislativi, progettati e attuati, tant'è che alla mini-intesa tra Governo e Parti sociali del 10 dicembre 1991 fa da *pendant* il disegno di legge 27 febbraio 1992, ed al Protocollo del luglio 1992, la legge delega 23 ottobre

1992, n. 421. Né, *a contrario*, può obbiettarsi che le nostre Confederazioni avevano il loro interesse a far da levatrici alla riforma, vista e vissuta come ricetta ad una duplice degenerazione in atto: come ebbi già occasione di scrivere, rappresentata, la prima, da una accentuata corporativizzazione, con una crescita del sindacalismo autonomo e dello spontaneismo *vis-à-vis* del sindacalismo confederale, tradottosi in una rappresentanza ampiamente frantumata ed in una rappresentatività largamente fittizia; costituita, la seconda, da una accelerata spinta rivendicativa, guidata proprio da comparti e settori con una forte presenza di professioni tradizionali, consapevolezza ed aspettative di *status*, organizzazioni autonome o spontanee. È senz'altro così, ma l'interesse in parola può ben essere definito "legittimo", perché la duplice malattia debilitava l'intera pubblica amministrazione, con una ricaduta negativa su quel che oggi è di moda definire "il sistema Paese".

È però difficile credere che il protagonismo sindacale sarebbe stato sufficiente, se non avesse incrociato al momento opportuno un bisogno impellente e improcrastinabile del secondo di quei Governi "tecnici" che dovettero farsi carico di arrestare l'ormai cronica frana dei conti pubblici, in vista e ragione della sempre più incombente unione monetaria: non per nulla la prima legge delega, la n. 421/1992, è rubricata «delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e finanza territoriale», con una conseguente normativa all'insegna della lesina, tale da condizionare e curvare a sua misura l'intera materia regolata. E la legge in parola figlierà il *corpus* base costituito dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, destinato a rimanere tale fino a quel simulacro di testo unico dato dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sia pur con tutta una sequenza di ritocchi, dettati, in minor parte, da esigenze endogene – insufficienze e contraddizioni intrinseche – ed, in maggiore, da pressioni esogene – contestazioni e rimesse in discussione giurisprudenziali: cosa, questa, già ben testimoniata dai dd.lgss. 19 luglio 1993 n. 247, 18 novembre 1993 n. 470 e 23 dicembre 1993 n. 546.

Esaurita la decretazione delegata, restava da completarla con il ricorso alla normativa secondaria ed alla contrattazione collettiva, per, poi, farla camminare nella realtà quotidiana, cioè, per dirla con l'espressione d'obbligo, implementarla: l'*hic rhodus, hic salta* di qualsiasi riforma, tanto più della madre di qualsiasi altra quale è e resta quella della pubblica amministrazione. Solo che ad un quinquennio dalla prima legge delega, quando la neonata riforma compiva i suoi primi ed incerti passi, ecco veder la luce la seconda, la legge 15 marzo 1997 n. 59, che veniva a rafforzarne, ma anche a correggerne fisionomia e identità.

Nell'arco di un pugno di anni era cambiata la stagione politica, con l'entrata a regime del sistema maggioritario, fattore e simbolo principale di quel passaggio dalla prima alla seconda Repubblica che il tempo avrebbe dimostrato essere più enfatizzato che praticato in un effettivo cambio di stile e di costume. Dopo il tentativo abortito del primo Governo Berlusconi, posto in sella dal consenso elettorale ottenuto nel 1994, ed il discusso intermezzo Dini, ecco il Governo Prodi, uscito vincitore dal voto del 1996; Governo fornito di un forte afflato e impegno riformista, seppur destinato ad affievolirsi cammin facendo per lo stesso vizio genetico che aveva afflitto il precedente, intrinseco ad un sistema maggioritario incompiuto, costruito non su due partiti o blocchi omogenei, ma su aggregati prevalentemente elettorali. Il centro-destra ne era stato travolto, con un congedo secco e traumatico del *leader* unico, il centro-sinistra ne verrà usurato, con un cambio accelerato del *premier* da Prodi a D'Alema, da D'Alema ad Amato e, *dulcis in fundo,* il "lancio" finale di Rutelli, per il confronto del 2001.

È all'afflato ed impegno iniziale che si deve quel processo riformatore condotto all'insegna di una modernizzazione e decentralizzazione dell'intera struttura di governo, centrale e locale: delegificazione a favore di fonti secondarie o convenzionali, con un rapporto non più solo di gerarchia, ma anche di competenza; riorganizzazione della Presidenza del Consiglio e dei Ministeri; decentramento a cascata verso le Regioni, le Province e i Comuni, in base al principio della sussidiarietà verticale; riscoperta della pluralità delle p.a.; valorizzazione delle autonomie funzionali; costituzione di amministrazioni indipendenti di garanzia e di regolamentazione; rivisitazione del rapporto fra pubblico e privato in forza del criterio della sussidiarietà orizzontale; privatizzazioni deboli e forti; semplificazione, trasparenza, partecipazione e contrattualizzazione dell'azione amministrativa; passaggio a controlli successivi dell'attività condotta in relazione all'efficienza e all'efficacia dimostrata. Ed in questo contesto viene a collocarsi la legge n. 59/1997, con una rubrica ben più ambiziosa di quella della precedente, «delega al Governo per il conferimento di funzioni a Regioni e a Enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa»; una legge affidata ad un *tandem* di eccezione, quale costituito da Bassanini e D'Antona, quest'ultimo referente e coordinatore di un *team* esperto ed affiatato.

Nel *continuum* fra le due fasi, è chiaramente percepibile sia una accelerazione della "privatizzazione", estesa alla micro-organizzazione ed alla dirigenza generale, rafforzata con una procedura di contrattazione collettiva sottratta all'ipoteca della Corte dei Conti e dei TAR/Consiglio di Stato, blindata con una attribuzione di giurisdizione alla magistratura ordinaria fatta per materia; sia una ricezione aperta di una concezione pluralista della pubblica amministrazione - non più ricalcata ed appiattita su quella ministeriale - esemplificata dalla configurazione della disciplina della dirigenza come di "principio", dalla introduzione dei Comitati di settore e dalla relativa autonomia concessa alla contrattazione decentrata.

Costante, anzi in crescendo è la consapevolezza che la scommessa si vince o si perde proprio sulla dirigenza, vera e propria cerniera di snodo fra potere politico e apparato burocratico, momento organizzativo e gestionale, pubblico e privato, tanto da metter capo ad un continuo affinamento del confine fra indirizzo e momento attuativo, nonché del circolo virtuoso fra autonomia e responsabilità. E si può ben dire, a posteriori, che all'indomani della seconda sequenza di decretazione delegata, quale costituita dai dd.lgss. 4 novembre 1997 n. 396, 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998, n. 387, la scrittura della riforma poteva dirsi completa, con una sua intrinseca armonia, che ben occultava, nella razionalità dell'architettura, l'inevitabile genericità ed ambiguità di alcune sue linee di confine, come quelle fra macro e micro-organizzazione e quelle fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria.

Non restava che la consacrazione finale in un testo unico quale previsto dalla legge 24 novembre 2000, n. 340, art. 1, comma ottavo, destinato a razionalizzare e a rafforzare il tutto. Ma il Governo di centro-sinistra viveva ormai la sua vigilia elettorale, con l'ansia di chi vuol mettere termine ad una fibrillazione angosciosa; il *tandem* eccezionale si era traumaticamente sciolto, con Bassanini preoccupato ormai del suo futuro politico e D'Antona consegnato ad un martirologio non chiuso. Bastò il veto del sindacalismo confederale, appiattito sul calcolo miope della CISL, che vedeva in un testo unico di risistemazione e di rilegittimazione del pluririvisitato e corretto d.lgs. n. 29/1993 un eccesso di legificazione tale da togliere area di manovra ad una mai sopita pulsione pan-contrattualistica; bastò quel veto per vanificare il lascito di D'Antona, tradotto in un testo altamente sofisticato, perché il d.lgs. n. 165/2001 risultasse del tutto compilativo, cioè il vecchio d.lgs. 29/1993 rinumerato *ex novo* e riproposto più o meno tale e quale.

Il varo di un vero e proprio testo unico non sarebbe bastato a resistere da solo al cambiamento di vento che si preannunciava, ma avrebbe almeno segnato un punto simbolico di non ritorno. E, quando all'indomani del risultato del voto del 2001 entrò in carica il secondo Governo Berlusconi, ci fu ben più che un accenno di un ritorno al passato, sia con la legge 15 luglio 2002 n. 145, di ripubblicizzazione degli incarichi dirigenziali, sia con la legge 14 febbraio 2003 n. 30 e con il d.lgs.10 settembre 2003 n. 276 di rottura della tendenziale unità disciplinare dell'intero universo del lavoro subordinato, "pubblico" e "privato". Ma si può dire che la riforma aveva prodotto i suoi "anticorpi", tant'è che la ripubblicizzazione si è dimostrata alla prova della giurisprudenza più una illusione coltivata a tavolino che una *novatio* effettiva; e la rottura si è rivelata ambigua e compromissoria, come ben testimonia la stessa lettera legislativa, per il presente, alterna fra affermazioni e smentite, e per il futuro, aperta ad una concertazione finalizzata ad una legislazione adeguatrice.

## 2. L'architettura complessiva

Proprio perché meramente ricettivo del testo finale del d.lgs. n. 29/1993, il d.lgs. n. 165/2001 ci restituisce immodificata l'architettura della riforma, così come impostata dalla prima ondata di decreti delegati e definita dalla seconda. E già a prima vista conferma l'obsolescenza, già anticipata dalla prassi, della prima *querelle* circa la denominazione con cui battezzare la riforma, se, cioè, come "contrattualizzazione" o "privatizzazione" del pubblico impiego. All'inizio, quando fu lanciata dal sindacalismo confederale, risultò privilegiata la prima etichetta; e non per nulla, perché, così, venne fatto cadere l'accento non solo e non tanto sul contratto individuale, quale fonte costitutiva, ma anche e soprattutto sul contratto collettivo, quale fonte regolativa, autonoma nella forma e nella sostanza, con un'esplicita e netta discontinuità rispetto alla legge quadro. Da qui a cadere nella tentazione tipicamente sindacale di fare del contratto collettivo non una, ma la fonte per antonomasia, di per sé dotata di una forza risalente, dalle condizioni di lavoro all'organizzazione del substrato, la strada sembrava prospettarsi come tutta in discesa. E se è vero che la seconda etichetta trovò la sua ragione e la sua fortuna nella sua maggior capacità di rendere in tutta la loro ampiezza l'intenzione e la portata della riforma, consistente in una riconduzione alla comune casa privatistica del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, a partire da una *reductio ad unum* dell'intero sistema delle fonti, codice civile, legislazione giuslavoristica e contrattazione collettiva; se è vero questo, lo è altrettanto che, almeno per una certa dottrina, quella prima ragione fu rafforzata da una seconda, meno teorica e più pratica, cioè quella di poter distinguere fra la più ampia area della privatizzazione e quella più ristretta della contrattualizzazione: non tutto quello che veniva ricondotto al codice civile poteva dirsi automaticamente assoggettato al negoziato sindacale, fatto destinato ad assumere rilievo significativo dopo che anche la micro-organizzazione fu attribuita alla «capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (d.lgs. n. 165/2001, art. 5, comma 2).

C'è una condizione, però, ontologica, che la c.d. privatizzazione del pubblico impiego sconta, in quanto scritta nel suo stesso dna, di riguardare non le pubbliche amministrazioni, ma la loro attività organizzativa in senso lato; e di quest'ultima solo ed esclusivamente quella attinente alla micro-organizzazione e alla gestione del personale. Cosa, questa, esplicitata nei due disposti fondamentali della riforma, costituiti, oggi, dagli artt. 2 e 5 del d.lgs. n. 165/2001, perché qui la vera sua anima, quale costituita dalla rivoluzione nel sistema delle fonti e nell'inquadramento degli atti, trova espressione in una doppia operazione, condotta contemporaneamente e contestualmente: la prima, di "duplicazione", che mette capo a due distinte filiere, "pubblicistica" e "privatistica";

la seconda, di "omogeneizzazione", che ricompone in un *unicum* fonti ed atti relativi al rapporto di lavoro alle dipendenze dei datori di lavoro, siano queste pubbliche amministrazioni od imprese.

Nell'ambito del più generale processo di delegificazione proprio del tempo, la *duplicazione* consiste nel realizzare un regime, distinto e parallelo di fonti, al tempo stesso più ricco e più flessibile rispetto al modello tradizionale: *più ricco*, perché comprensivo di due sequenze, distinte per le materie mantenute "pubbliche" e per quelle rese "private", ma estese, l'una, dalle leggi fino agli «atti organizzativi» e, rispettivamente, l'altra, dalle leggi fino ai «contratti individuali»; *più flessibile,* perché modifica il classico raccordo fra leggi ed altre fonti, (art. 2, commi 1, 2 e 3) sia quantitativamente – dilatando lo spazio riconosciuto alla normazione secondaria ed alla contrattazione collettiva (art. 2, commi 1 e 3 ed art. 40, comma 1) - sia qualitativamente – innovando rispetto al tipico rapporto di subordinazione attribuito alla contrattazione collettiva – (art. 2, commi 2 e 3 ed art. 69, comma 1). A questa corrisponde la duplice configurazione degli "atti di esercizio", cioè le «determinazioni amministrative» prese nelle materie mantenute "pubbliche", qualificate e trattate quali atti o provvedimenti amministrativi e, rispettivamente le «determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro», assunte nelle materie rese private, considerate e regolate quali atti privatistici (art. 5, commi 1 e 2). A sua volta, l'*omogeneizzazione* consta nel far coincidere sequenza delle fonti e configurazione degli atti realizzati per le materie rese privatistiche del fu impiego pubblico con quelli corrispondenti del lavoro subordinato privato, sotto forma di rinvii espliciti, per cui «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa» (art. 2, comma 2), e le determinazioni e misure relative alla gestione dei medesimi e alla micro-organizzazione sono decise con «la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (art. 5, comma 2).

Del tutto simmetrica e sintonica rispetto a questa costruzione si pone la nuova regola di ripartizione della giurisdizione, con la chiamata in causa della magistratura ordinaria: regola posta sin dall'inizio come *conditio sine qua non* di una privatizzazione effettiva, affinata via via per annullare o, almeno, contenere la controspinta della magistratura amministrativa, riformulata alla fine nella nuova logica di una spartizione effettuata in base non all'obsoleto *refrain* della natura delle posizioni soggettive o degli atti, ma all'innovativo criterio dell'elencazione delle materie.

## 3. La difficile coesistenza fra "pubblico" e "privato": la tellurica linea di confine

Come è ovvio, tale architettura complessiva - costituita sulla triade: fonti, atti, giurisdizioni – dà per scontato l'assoluta peculiarità della privatizzazione, riferita non alle amministrazioni datrici di lavoro, destinate a mantenere la denominazione di "pubbliche", bensì ai rapporti alle loro dipendenze, condannati, per così dire, a perdere la loro etichetta di "pubblici". Il che comporta una coesistenza/convivenza fra pubblico e privato, già sperimentata fra gli enti pubblici economici, e risolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza con una progressiva espansione del secondo a scapito del primo. Ma, lì, la questione era enormemente facilitata dalla natura della attività svolta, cioè imprenditoriale o economica che dir si voglia, tale da poter trovare sistemazione nell'art. 41 della Costituzione e nel libro V del codice civile; qui, invece, è e resta tutta diversa, perché la natura dell'attività è in sé (quand'è di autorità) o è ricostruita (quand'è di erogazione) in una relazione più o meno stretta con la finalità pubblica perseguita, tale da dover rinvenire una parziale o totale collocazione nell'art. 97 della Costituzione e nel diritto amministrativo.

Così quella coesistenza/convivenza non ha potuto essere, non dico eliminata, ma neppure ridimensionata oltre certi limiti. E la intelligente e sofisticata soluzione offerta dalla duplicazione e dalla omogeneizzazione si è lasciata alle spalle una corrispondente doppia criticità: costituta, la prima, dalla estrema difficoltà - teorica e pratica – di tener distinte le due aree pubblicistica e privatistica; rappresentata, la seconda, dalla necessità - sistematica e operativa - di adattare la stessa area privatistica.

Le due aree in parola non risultano stabili, ma mobili, in ragione della pressione che esercitano l'una sull'altra, sì da produrre una vera e propria linea di faglia, con inevitabili fratture e sovrapposizioni. Il che dipende già dalla ambigua sequenza delle formule utilizzate per definirle e distinguerle, certo non per carenze tecniche degli estensori, ma per faticose e tormentate esigenze compromissorie. Durante la prima stagione, il confine correva fra organizzazione e gestione del personale, secondo la famosa elencazione di cui all'art. 2, lett. c), l. n. 421/1992, con le materie riservate alla regolazione pubblicistica e alla giurisdizione amministrativa; nel corso della seconda veniva spostato più a monte, tracciandolo fra macro o alta organizzazione e micro o bassa amministrazione, più gestione del personale. Uno spostamento impegnativo per l'addetto ai lavori, perché se picchettare il confine vecchio era complicato, ancor più lo era per il nuovo: anzitutto, per il fatto solo di averlo portato dentro l'organizzazione, poi, per aver dovuto scontare una notevole dose di ambiguità da parte di un legislatore certo esperto, ma a volte condannato a muoversi sul filo del detto/non detto. Ne costituisce un sintomo significativo quello che a suo tempo battezzai il "giallo delle sette materie", cioè che fine avesse fatto la famosa elencazione di cui all'art. 2, lett. c), l. n. 421/1992, con le materie riservate alla regolazione pubblicistica e alla giurisdizione amministrativa, discutendosi sul se fosse stata abrogata dalla l. n. 59/1997; e, se conservata – come ritengo - sul come fosse conciliabile e adattabile con la nuova versione di quelli che oggi sono gli artt. 2 comma 1 e 5 commi 1 e 2 del d.lgs. n. 165/2001. Ma anche a considerare la soluzione di un tale giallo poco rilevante, come alla fin fine mi pare, gli articoli appena citati non sono univoci. Dal testo coordinato dei due articoli, parrebbe doversi dedurre che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, la macro o alta organizzazione è solo quella affidata ad «atti organizzativi» a carattere normativo/generale, quelli che definiscono «le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive», e, rispettivamente, che ai sensi dell'art. 5, comma 2, la micro o bassa organizzazione è quella rimessa a «determinazioni» a carattere gestionale/puntuale, quelle che riguardano «l'organizzazione degli uffici», cioè, evidentemente, data la genericità inclusiva dell'espressione, tutta l'area organizzativa residua, lasciata fuori per esclusione dal precedente art. 2, comma 1.

Tutto bene, non fosse per un inconveniente, costituito, il primo, dall'art. 5, comma 1, per cui «le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'art. 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa», testo di difficile significato, tanto da essere stato letto in più di un modo, a seconda dell'intento di politica del diritto perseguito dall'interprete: azzerandolo (cioè, facendo coincidere «ogni determinazione organizzativa» con gli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1), utilizzandolo in vista di una "funzionalizzazione" delle successive «determinazioni per l'organizzazione degli uffici» di cui all'art. 5, comma 2 (cioè, facendo fare da "cappello" all'art. 5, comma 1 rispetto all'art. 5, comma 2); isolandolo proprio per evitare tale "funzionalizzazione" (cioè, dando per scontato che l'espressione «ogni determinazione organizzativa» possa essere riferita

ad atti diversi e ulteriori rispetto agli «atti organizzativi» di cui all'art. 2, comma 1, a carattere normativo/generale, ma al tempo stesso diversi anche dalle «determinazione per l'organizzazione degli uffici» di cui all'art. 5, comma 2).

Un bel garbuglio ermeneutico, se ce ne fosse bisogno, complicato dal fatto che l'art. 5, comma 2, definisce come *prius* l'individuazione dell'ambito delle «determinazione per l'organizzazione degli uffici» (nonché delle «misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro») e come *posterius* la loro assunzione da parte degli «organi preposti alla gestione con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro». Ma una simile "*consecutio*" era assumibile, ed è stata in effetti assunta, anche alla rovescia, per cui, spulciando nell'intero testo, ieri del d.lgs. n. 29/1993, più di un autorevole studioso è andato ad individuare casi di atti chiaramente o presuntivamente pubblicistici, riconducendoli *ipso facto* nell'ambito della macro o alta organizzazione: emblematica in tal senso la lunga "telenovela" relativa ai conferimenti di incarico, addirittura esplicitamente qualificati dall'ultimo legislatore come «provvedimenti» (art. 19, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, come novellato dalla l. 145/2002, art. 3), ma recuperati da parte della dottrina e dell'ultima giurisprudenza della Cassazione come privati, proprio ai sensi dell'art. 5, comma 2, interpretato insieme all'art. 63 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001.

## 4. *(Segue)* La ricaduta a) sulla contrattazione collettiva, b) sulla giurisdizione

È una linea di faglia, questa, che si rivela pienamente con riguardo alla contrattazione collettiva e alla giurisdizione.

a) l'attuale art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 recita «la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali»; espressione, questa, che al termine di una lunga vicenda modificativa, risulta "impoverita" dall'esplicita eccezione delle sette materie ed "arricchita" dalla aggiunta delle «relazioni sindacali». Sembrerebbe, comunque, che trattandosi pur sempre di materie relative al rapporto di lavoro, non dovrebbero ricomprendere quelle rientranti nell'organizzazione, non solo quella macro, rimasta pubblica, ma neppure quella micro, resa privata; se non fosse che la menzione *ex novo* delle relazioni sindacali è stata correlata con la lettera modificata dell'art. 9, per la quale, «i contratti collettivi nazionali disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflesso sul rapporto di lavoro».

Ne è nata una *querelle* interpretativa, tuttora ben aperta, che, dietro la sottigliezza dell'argomentazione giuridica, cela una precisa scelta di politica del diritto: semplificando, a *pro* di una dirigenza, la cui restituita autonomia dovrebbe essere blindata *ex lege*, in sostituzione dell'assenza di qualsiasi vincolo di mercato, a fronte di espropriazioni e spogliazioni *ex contractu;* o, viceversa, a *pro* di una presenza sindacale a livello di unità amministrativa, la cui legittimata rappresentanza/rappresentatività dovrebbe essere premiata da una espansione della sua capacità concertativa/negoziale, dalle condizioni di lavoro alle dimensioni organizzative. Sicché, estremizzando, da una parte, si tende ad escludere che la partecipazione sindacale possa estendersi anche alla macro-organizzazione, eccezion fatta per le ipotesi esplicitamente previste; e che la partecipazione relativa alla micro possa sfociare in una vera e propria contrattazione. Dall'altra, invece, si tende ad ammettere sia una partecipazione a trecentosessanta gradi per la macro e per la micro-organizzazione; nonché, per quest'ultima, una fattispecie atipica di contrattazione esplicitamente qualificata come *extra ordinem*.

Certo è, che la riforma è stata fin dall'origine sbilanciata a favore della contrattazione collettiva, come testimonia la stessa dizione originaria "contrattualizzazione", poi sostituita da quella più fortunata di "privatizzazione". Ma a prescindere dal nome di battesimo, rimane un dato innegabile, quale costituito dall'aver il legislatore fin dall'inizio mostrato di preoccuparsi assai più di un eventuale *trespass* della legge a danno della contrattazione collettiva che della contrattazione a scapito della legge.

Se il secondo versante è completamente sguarnito, il primo è invece presidiato dal cordone difensivo, costituto, oggi dall'art. 2, secondo comma, primo capoverso e terzo comma, secondo capoverso, del d.lgs. n. 165/2001: prevede, l'uno, che «eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche o a categorie di essi, possano essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario»; prescrive, l'altro, che «le disposizioni di legge, regolamento o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti dai contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale».

Apparato strumentale, questo, certo discutibile e discusso sia in termini di correttezza tecnica che di efficacia pratica, ma tale da esprimere qualcosa di più di uno stato d'animo, cioè un preciso intento di politica del diritto, comprensibile e giustificabile alla luce della ben collaudata esperienza delle "leggine", ma pur sempre tale da produrre un certo rimbalzo pan-contrattualista praticato soprattutto a livello decentrato. Un indirizzo, però, tanto radicato che in apertura della stessa terza tornata contrattuale, 2002-2005, sia il protocollo di intesa Governo-sindacati del 6 febbraio 2002, sia la successiva direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 1 marzo 2002, nel ritornare sul riparto di ambiti fra fonti pubblicistiche e privatistiche si preoccupano soprattutto, se non esclusivamente, di ribadire la salvaguardia delle seconde rispetto alle prime.

b) Si dice che ogni strada conduca a Roma; e qui ogni strada conduce alla giurisdizione. Di questo ne era una precisa testimonianza la stessa legge delega n. 421/1992, vera e propria levatrice della riforma, che nel suo già citato art. 2, comma 2, lett. c) riservava, *prima,* alla giurisdizione amministrativa, e solo *poi*, alla regolamentazione «sulla base della legge o nell'ambito dei principi da essa posti, con atti normativi e amministrativi» le famose sette materie, dando la precisa impressione di una coincidenza fra area a giurisdizione amministrativa e a riserva di disciplina pubblicistica, e, rispettivamente, fra area a giurisdizione ordinaria e a riserva di disciplina privatistica. Ora, tale iniziale impostazione ha finito per far ricadere sul riparto di giurisdizione ogni incertezza relativa alla individuazione dell'area pubblicistica e privatistica, tant'è che, alla fine di una lunga e tormentata vicenda, condotta in più puntate dal legislatore per contenere la giurisdizione amministrativa a tutto *pro* della ordinaria, i decreti legislativi del 1998 n. 80 e 387 se ne sganciano con una scelta innovativa: cioè quella per cui il criterio utilizzato non sia più quello "classico" della natura della posizione soggettiva tutelata (diritto o interesse legittimo) o della qualificazione dell'atto rilevante (negozio o provvedimento amministrativo), ma quello "moderno" della materia.

Il d.lgs. n. 80/1998 attua un chiaro "compromesso" all'insegna del criterio per materie: la giurisdizione è attribuita alla magistratura ordinaria per «tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro» dell'*ex* pubblico impiego, ivi comprese quelle specificamente elencate, con l'esplicita previsione della possibilità di adottare «nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provve-

dimenti di accertamento, costituivi o di condanna richiesti dalla natura dei diritti tutelati»; è devoluta, invece, alla magistratura amministrativa per le controversie «in materia di pubblici servizi» e «in materia urbanistica», ivi compreso «il risarcimento del danno ingiusto» (artt. 29 e rispettivamente 33, 34 e 35 – poi esteso dall'art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205 - d.lgs. n. 80/1998). Ed in linea con tale decreto si pone il successivo d.lgs. n. 387/1998 che include fra le materie puntualmente attribuite alla giurisdizione della magistratura ordinaria «il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale» (art. 18).

Se così è, come credo che sia, ai sensi e per gli effetti di quello che è oggi l'art. 63 d.lgs. 165/2001, credo che sia perfettamente possibile continuare a qualificare come provvedimenti amministrativi almeno quei conferimenti di cui al precedente art. 19, commi 3 e 4, senza dover escludere la giurisdizione piena del giudice ordinario, cioè estesa fino al potere di annullamento; e ciò senza lasciarsi fuorviare da obiezioni non fondate sul diritto positivo, bensì sul feticcio continuamente smentito di un *deficit* ontologico di potere del giudice ordinario tale per cui non possa togliere di mezzo un provvedimento amministrativo.

La stessa Corte costituzionale sembra legittimare una tale lettura in quella sua pur problematica dichiarazione di non fondatezza della questione di costituzionalità sollevata circa l'attribuzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie concernenti «il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali». Sembra, perché postula la chiara promessa per cui rappresenta una «scelta discrezionale del legislatore» attribuire «ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo» il «potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione», giustificandola in forza della «tendenza a rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale» (con esplicito richiamo dell'art. 113, comma 3, Cost.). E, poi, dà l'impressione di dedurne la conseguente irrilevanza della «configurazione del rapporto di lavoro… in particolare… dei dirigenti (per i quali può riscontrarsi un elemento concorrente di preposizione ad un ufficio pubblico)», ai fini della riconduzione delle «posizioni soggettive… alla tutela giudiziaria, nell'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 del codice civile», ai fini di una «tutela… piena» estesa a «tutti i vizi di legittimità» dell'atto lesivo, qui evidentemente configurato come provvedimento amministrativo (Corte cost., 23 luglio 2001, n. 275). Il che resta significativo, anche se chi scrive è pienamente consapevole che la sentenza in questione risulta problematica ed ambigua, dando l'impressione di battere, oltre alla vista via, anche l'altra della privatizzazione completa della dirigenza, senza però sottacere l'irriducibilità dei conferimenti ad atipici atti di gestione dei rapporti di lavoro privatistici, comportando pur sempre la preposizione ad uffici pubblici; nonché di sovrapporre i casi in cui atti configurabili come provvedimenti amministrativi rilevino come immediatamente diretti e immediatamente lesivi oppure solo come presupposti. Tanto più che, in seguito, nel riprendere tale decisione, con i suoi chiaroscuri, la Corte ha affermato *apertis verbis* che «in ogni caso, qualsiasi problema sulla natura dell'atto di conferimento o di revoca degli incarichi dirigenziali non incide sulla attribuzione della giurisdizione effettuata dal legislatore» (Corte cost., ord. 9 dicembre 2002, n. 525).

È strano per non dire altro, che il Consiglio di Stato si sia dimostrato più aperto della stessa Corte di Cassazione, perché - avendo ben capito che la sua sopravvivenza, con la stessa autorità da sempre goduta, dipende dal lasciar cadere la vecchia distinzione in forza della natura della posizione tutelata e/o della qualificazione dell'atto rilevante - si appropria del criterio di riparto per materia. Mentre la Corte, assai più timida, si autocondanna ad una forzatura interpretativa poco o nulla condivisibile, per cui a proposito degli incarichi dirigenziali, qualificati dalla novella come

provvedimenti, fa valere la disposizione generale di cui all'art. 5, comma 2, sì da considerarli sempre e comunque atti privatistici (in tal senso, da ultimo, Cass., sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *LPA*, 2004); forzatura, perché riesce difficile considerare tali quelli che risultano essere provvedimenti per forma e sostanza come quelli di cui all'art. 19, commi 3 e 4, d.lgs. n. 165/2001.

## 5. *(Segue)* I due "fattori" di snodo e ammortizzo: a) l'Aran, b) la dirigenza

I due "fattori" dislocati su questa tellurica linea di confine, in funzione di snodo e ammortizzo, erano e restano l'Aran e la dirigenza.

a) Un discorso parallelo vale per quel protagonista *double face* costituito dall'Aran, vero e proprio fattore di trasformazione dell'*input* pubblicistico in o*utput* privatistico. Qui è stato rispettato il faticoso compromesso raggiunto e consacrato nel testo unico, fra un'unica agenzia di rappresentanza legale e pluralità delle pubbliche amministrazioni; e, soprattutto, fra procedura pubblicistica di formazione e forma privatistica di espressione della volontà negoziale, sì da proteggere tale espressione da incursioni della Corte dei Conti e della magistratura amministrativa; ma è rimasto un duplice tratto affatto peculiare, destinato a far del *bargaining* del settore pubblico un "ricalco alla lontana" della contrattazione del settore privato.

a.1) Il primo tratto è costituito dalla predeterminazione autoritativa delle risorse disponibili per i comparti statali, destinati a fornire le *guide-lines* finanziarie; sicché il negoziato tende a farsi informale, fra Governo e organizzazioni sindacali con un inevitabile *by-pass* della stessa Aran. Questo può continuare anche all'indomani dell'approvazione della legge finanziaria; e, almeno in un'ipotesi, trovar sbocco formale, così com'è successo per quella del 2002, con il "protocollo d'intesa" 4 febbraio 2002, che prevede un incremento delle risorse già predefinite, con destinazione esclusiva all'incentivazione della produttività.

Ai sensi dell'art. 48, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001, la predeterminazione delle disponibilità finanziarie, per le amministrazioni dello Stato è «posta a carico del bilancio dello Stato… in apposito fondo dello Stato di previsione del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, in ragione dell'ammontare complessivo»; mentre, per le altre amministrazioni, «è disposta nelle stesse forme con cui vengono approvati i bilanci, con distinta indicazione dei mezzi di copertura». Al riguardo la Corte dei Conti non ha mancato di rilevare, da ultimo nella sua Relazione sul Rendiconto Generale dello Stato 2002, come tale regime di per sé valorizzi sì «l'autonomia e la responsabilità finanziaria delle Regioni e degli Enti locali, rimettendo ai controlli interni (e al sistema di controllo sulla attuazione del patto di stabilità interno) il compito di segnalare deviazioni o scostamenti rispetto ai parametri di evoluzione compatibili con i complessivi equilibri di bilancio»; ma, poi, l'«insieme di controlli non è stato in grado di impedire… l'applicazione di contratti non conformi alle regole e ai vincoli derivanti dalle compatibilità di bilancio dei singoli enti». Del che si è reso consapevole lo stesso legislatore che, nella legge finanziaria 2002 (legge n. 448/2001) ha ritenuto di intervenire per i comparti non statali, accrescendo la responsabilità dei Comitati di settore sia nella deliberazione degli atti di indirizzo, da formularsi in piena coerenza con i criteri e i parametri quantitativi stabiliti per il settore statale; sia nella quantificazione delle risorse necessarie a sostenere gli oneri finanziari dei rinnovi contrattuali ( art. 16, comma 7). Non solo, perché è anche stabilito che la verifica delle ipotesi di accordo per i comparti non statali venga condotta non solo dai relativi Comitati di settore, ma dallo stesso Presidente del Consiglio – per via del Ministro della Funzione pubblica - previa deliberazione del Consiglio dei Ministri; e se i Comitati di settore intendono procedere, anche in caso di una diversa e maggiore valutazione

degli oneri contrattuali da parte del Governo, resta esclusa ogni partecipazione dello Stato nella copertura degli oneri esorbitanti (art. 17, comma secondo).

Di fatto questo costituisce solo il capo del serpente, perché come la Corte dei Conti - da arcigno carabiniere dei conti pubblici - ha ripetuto e ripete a iosa, non solo la stima e quindi la certificazione dell'ipotesi di accordo è condannata a restare approssimativa, ma all'indomani della stipulazione dei contratti nazionali, rimane da fare i conti sia con la "fisiologia" della contrattazione integrativa, sia con la "patologia" di una dilatazione della spesa prevista, per difetto di stima o per sfondamento applicativo. Da qui un faticoso processo di contenimento del tutto sconosciuto al settore privato, che ha tenuto impegnato il legislatore senza peraltro alcun definitivo successo, proprio perché trattasi di un fronte destinato a rimanere perennemente aperto, a seguito della ricorrente smentita dei fatti. Senza aprire un lungo discorso basti ricordare, da un lato, l'art. 40, comma terzo, d.lgs. 165/2001 che ha "blindato" in "termini reali" il raccordo fra contrattazione nazionale e decentrata, con la nullità e la conseguente inapplicabilità delle clausole dei contratti collettivi integrativi «in contrasto con i vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali o che comportino oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale o pluriennale di ciascuna amministrazione»; e, poi - constatato il suo effetto scarso o nullo - l'art. 17, comma secondo, della già vista legge finanziaria per il 2002, che lo ha "ri-blindato", sempre con gli stessi effetti "reali", ma aggiungendovi un indispensabile meccanismo di controllo, quale costituito, per tutti i comparti di contrattazione ("statali" e "non statali"), da verifiche congiunte dei Comitati di settore e del Governo sulle dimensioni finanziarie della contrattazione integrativa, quali risultanti anche in forza di rilevazioni effettuate dagli organismi di controllo interno. E menzionare, dall'altro, l'art. 48, comma terzo, d.lgs. 165/2001, che ha previsto l'inserimento "vincolato" nei contratti collettivi di «apposite clausole» contemplanti «la possibilità di prorogare l'efficacia temporale del contratto, ovvero di sospenderne l'esecuzione parziale o totale in caso di accertata esorbitanza dei limiti di spesa», ma questo è rimasto senza alcun seguito, tanto da non trovare riscontro nel contenuto dei contratti successivi, di certo anche per il suo ambiguo e dubbio inquadramento giuridico.

Tutto questo in presenza di quel imperativo categorico dettatoci dal patto di stabilita U.E., di contenimento del *deficit*, attuabile in *primis* sul costo del lavoro pubblico; sicché, nel periodo a cavallo del passaggio del secolo, è tutto un *continuum* di leggi finanziarie che puntano a diminuire gli organici complessivi delle pubbliche amministrazioni, sia permettendo di coprire solo parzialmente il *turn over* sia obbligando a far ricorso al *part-time* e ad altri rapporti flessibili (art. 39, l. n. 449/1997; art. 22, l. n. 448/1998; art. 20, l. n. 488/1999; art. 51, l. n. 388/2000; art. 19, l. n. 448/2001; art. 34, l. n. 289/2002; art. 3, l. n. 350/2003). Comprensibile finché si vuole come *extrema ratio*, tale intervento generalizzato finisce per comportare una duplice ricaduta negativa, tanto più grave quanto più prolungata: da un lato, ignora le situazioni ed esigenze delle singole amministrazioni; dall'altro, compensa la crescita dei trattamenti degli *insiders* con la esclusione degli *outsiders*, solo marginalmente e precariamente recuperabili attraverso un incremento dei rapporti atipici.

Peraltro, in base ai dati elaborati dal Dipartimento della Funzione pubblica, l'Italia non risulta fuori linea rispetto ad altri Paesi europei per quel che riguarda il numero dei pubblici dipendenti, tant'è che ne ha 54 per ogni 1000 abitanti, la Germania anch'essa 54, la Spagna 53 e nettamente in testa la Francia con 79; non solo, perché presenta un costante, seppur ciclico, decremento, per l'intero

decennio '90, comune a vari paesi europei ed *extra*-europei (Australia, Canada, Finlandia, Germania; in controtendenza la Spagna). Solo che, il nostro Paese mostra un andamento del costo del lavoro pubblico, non solo più ciclico, con picchi accentuati (nel decennio in parola nel 1996 e nel 2000), ma anche più sostenuto, se confrontato alla media di alcuni paesi Ocse (Austria, Finlandia, Francia, Portogallo, Spagna).

a.2) Si può, ora, passare dal primo al secondo tratto peculiare della contrattazione del settore pubblico, cioè dalla natura pubblica delle risorse, all'efficacia generalizzata della disciplina collettiva. Fin dal concepimento della riforma, non si dava alcuna libertà circa una tale efficacia generalizzata; ci doveva essere e basta, perché tutto congiurava in tal senso, a cominciare dalla tradizione e a finire con la prescrizione costituzionale dell'imparzialità. Solo che non era facile trovare una modalità tecnica che sfuggisse alla barriera costituita dall'art. 39, comma 2 e ss. ed al tempo stesso garantisse la finalità perseguita; cosicché, per non sapere né leggere né scrivere, il legislatore se l'è cavata con un sovraccarico di strumentazione, dalla precostituzione di una rappresentanza legale a capo dell'Aran (art. 50, comma 1), alla fissazione di obblighi diretti ed immediati a capo delle pubbliche amministrazioni di osservare «gli obblighi assunti con i contratti collettivi» (art. 45, comma 9) e di garantire «comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai… contratti collettivi» (art. 49, comma 2).

Chiudendo non uno, ma entrambi gli occhi, la Corte costituzionale grazia la riforma; e lo fa in base alla tesi di un contratto collettivo di natura privata, cui la legge concederebbe *ab externo* efficacia generalizzata tramite la costituzione di obblighi diretti e immediati ad osservarlo (Corte cost. n. 309/1997). E si lascia dietro alle spalle un quesito, del perché non abbia fatto leva sulla più ovvia e argomentabile rappresentanza legale dell'Aran; ed un dubbio ermeneutico, del come possa considerarsi vincolato non il lavoratore ancora da assumere, ma quello già assunto, non iscritto alle organizzazioni sindacali stipulanti, o dissenziente.

Sarà però, proprio la seconda stagione della privatizzazione a far riparlare di una conversione del contratto in vera e propria "fonte normativa", cumulando con l'efficacia generalizzata tutta una gamma di innovazioni legislative introdotte dal d.lgs. n. 80/1998: la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale (art. 30), la ricorribilità in Cassazione per violazione o falsa applicazione degli stessi contratti o accordi collettivi nazionali (art. 29), la soppressione del consenso delle parti interessate in sede di interpretazione autentica (art. 43). A mio giudizio, si può ancora parlare di un *genus* comune costituito dall'autonomia privata collettiva cui ricondurre sia il contratto collettivo dell'impiego pubblico privatizzato, ma con queste due *species* notevolmente differenziate rispetto alla copertura costituzionale, alla tipicizzazione della disciplina, alla regolamentazione degli effetti; ma sono perfettamente consapevole trattarsi di un problema non chiuso in dottrina e in giurisprudenza, con una conseguente ricaduta sul codice ermeneutico da adottare.

b) Non c'è dubbio che proprio la dirigenza sia stata individuata fin dall'inizio come il punto critico della riforma, perché vista e vissuta come garanzia di una tenuta della linea di confine, non tanto nella sua rilevanza formale, ma sostanziale; cioè di una salvaguardia dell'area privatizzata, in vista di una gestione, modellata sulle *best practices* del *public management*. Solo che c'era una "proprietà" che, in ragione della sua legittimazione politico-istituzionale, da una parte, non poteva essere tagliata fuori, dall'altra, non poteva essere accreditata di una particolare attenzione ad una gestione efficace ed efficiente. Da qui la necessità di conciliare le opposte esigenze, realizzata tramite la formula suggestiva e collaudata di una distinzione fra potere di indirizzo, riservato al vertice politico-istituzionale, e di amministrazione, attribuito alla dirigenza, che non per nulla è

stata raffigurata come un Giano bifronte: una faccia rivolta verso il vertice e l'altra verso l'apparato.

Una duplice faccia, però, difficile da far convivere in base ad una mera formula giuridica, tale da garantire, da un lato, la capacità "costituzionale" del vertice politico istituzionale di rispettare il mandato di cui è stato investito, specie se ed in quanto lo sia stato da un corpo elettorale; dall'altro, la capacità "manageriale" del corpo dirigenziale di operare secondo il circuito virtuoso autonomia/responsabilità. Certo è, però, che fin dall'inizio il punto di equilibrio è stato cercato partendo da un presupposto di fatto, ritenuto tanto ovvio da essere dato per scontato, cioè di un quotidiano travalicamento del vertice sulla dirigenza, della politica sulla amministrazione; sicché ogni impegno e sforzo successivo è stato indirizzato al contenimento dell'uno rispetto all'altra. Basta ripercorrere rapidamente il lungo e tormentato processo gestionale di quelli che sono nel d.lgs. n. 165/2001, gli artt. 4 e 14, dedicati entrambi all'indirizzo politico-amministrativo, per accorgersi come sia stato caratterizzato da un continuo crescendo garantista teso a blindare lo spazio gestionale della dirigenza. Oggi come oggi l'art. 4 al primo comma comprende una premessa che attribuisce agli organi di Governo la definizione delle «funzioni di indirizzo politico-amministrativo», nonché la verifica della «rispondenza dei risultati della attività amministrativa e della gestione degli indirizzi impartiti», cui fa seguito una elencazione non tassativa delle funzioni ivi incluse; ed al secondo ed al terzo prevede una sorta di clausola generale che riconosce ai dirigenti al tempo stesso autonomia e responsabilità per «l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnico-amministrativa, mediante autonomi poteri di spesa e di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo», competenze tutte derogabili «soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative». A sua volta, l'art. 14, al comma primo, definisce rigidamente il percorso attraverso cui il Ministro può esercitare le funzioni attribuitegli, «periodicamente, e, comunque, ogni anno entro dieci giorni dalla pubblicazione della legge di bilancio, anche sulla base delle proposte dei dirigenti» di uffici dirigenziali generali, cioè tramite l'emanazione di «direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione» e l'assegnazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie; e al comma terzo, sancisce che «il Ministro non può revocare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti», restandogli disponibile solo un particolare procedimento sostitutivo in caso di perdurante inerzia o di grave inosservanza delle direttive generali, tale da risultare pregiudizievole per l'interesse pubblico, nonché il potere di annullamento per motivi di legittimità.

Un bel fuoco di sbarramento, non c'è che dire, di per sé ben significativo del rilievo accordato alla *summa divisio* fra indirizzo politico-amministrativo e amministrazione; fatto, questo, confermato *in toto* da quell'art. 27 del d.lgs. 165/2001 che elenca fra i criteri di adeguamento per le pubbliche amministrazioni non statali, in materia di dirigenza, «i principi» dell'art. 4 capo I, e dell'intero capo II. Non è tutto, però, perché poi, gli artt. 16 e 17 dello stesso decreto, anch'essi figli di più aggiustamenti, menzionano puntualmente e dettagliamene le funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali generali e, rispettivamente, dei dirigenti; e lo fanno in termini estremamente ampi e ricchi che, però, sono destinati a fare i conti con altri disposti dello stesso decreto e con gli effetti di trascinamento del precedente regime. Tant'è che, a fronte dell'art. 16, comma 1, lett. c), in forza del quale i dirigenti degli uffici dirigenziali generali «adottano gli atti relativi alla organizzazione degli uffici di livello dirigenziale non generale» sta la chiara lettera dell'art. 6, comma 4, ult. periodo, la quale espropria e avoca verso l'alto tale funzione; e a fronte dell'art. 17, comma 1, lett. e) in

ragione della quale i dirigenti «provvedono alla gestione del personale e alle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici» sta la piena sopravvivenza delle direzioni generali del personale;

Alla luce dell'esperienza, le problematiche principali stanno altrove, costituite come sono dalla crescente criticità della disciplina del conferimento di incarichi; nonché dalla mancata attivazione del circuito virtuoso autonomia/responsabilità. Entrambe meritano una sia pur sommaria ricognizione, destinate, come sono, a condizionare per lungo tempo a venire l'emergere di quella dirigenza cui era e resta affidata la scommessa della privatizzazione.

b.1) C'era qualcosa che stava a monte, e questo qualcosa era la disciplina della selezione e stabilità dei dirigenti, di per sé tale da condizionare la loro concreta autonomia, a prescindere da qualsiasi dettagliata e blindata attribuzione astratta di un'area di manovra esclusiva. Non è che il primo legislatore non ne fosse consapevole, ma riteneva di aver affrontato, se non risolto, la questione innovando rispetto al modello contrattuale del diritto comune: non un solo contratto comprensivo di un suo oggetto determinato e determinabile; ma uno doppio, il primo - successivo al superamento del concorso – che faceva nascere un rapporto dirigenziale a tempo indeterminato, peraltro privo di un incarico preciso e puntuale: il secondo – ripetibile e ripetuto più volte nel corso dello stesso rapporto dirigenziale – che dava vita ad un rapporto di incarico a tempo determinato, con il *plus* di un atto unilaterale di conferimento, di dubbia natura (provvedimentale o negoziale) e collocazione (prima o dopo il contratto di incarico).

Un magnifico lavoro a tavolino, tale da coniugare la stabilità del posto, quindi soddisfare la domanda di sicurezza della dirigenza, con la variabilità del compito svolto, quindi rispondere alla richiesta di flessibilità del vertice. A tavolino, però, perché una volta tradotto nei fatti, saltò fuori che la dirigenza non si riteneva per niente soddisfatta della stabilità del posto, forse anche perché la dava come affatto scontata, mentre attribuiva grande importanza alla continuità dell'incarico, dipendendo da quest'ultima la propria identità, posizione di *status*, gratificazione, retribuzione economica. Ma proprio qui si è avuta non quella evoluzione vista sopra a proposito della blindatura dell'area gestionale riservata alla dirigenza; bensì, tutto al contrario, una involuzione verso una variante italiana dello *spoils system*, cioè debole e pasticciata. Apre la partita un centro-sinistra prossimo a perdere maggioranza e Governo, che, con la scusa di realizzare il ruolo unico, finisce per far ripartire da zero la provvista degli incarichi; e, di lì a poco, rilancia con la l. 145/2002 un centro-destra uscito vittorioso dalla consultazione elettorale, che - ironia della sorte - mentre elimina il ruolo unico, viene ad accentuare la sincronizzazione fra durata del vertice e, rispettivamente degli incarichi, sia in via transitoria sia a regime, nonché ad ampliare la discrezionalità di scelta e di sostituzione. Non per nulla, a conferma che la forma è spesso sostanza, questa operazione viene condotta all'insegna di una de-privatizzazione e de-contrattualizzazione: da un lato, il conferimento viene *apertis verbis* definito e qualificato come provvedimento, che tutto contribuisce a far ritenere amministrativo, come puntigliosamente precisato nella relazione di accompagnamento; anche se poi la Cassazione l'ha pensata diversamente; dall'altro, lo stesso conferimento assorbe dentro di sé quasi tutto quello prima contenuto nel contratto di incarico, cioè «l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire… la durata dell'incarico», lasciando a quest'ultimo solo il «corrispondente trattamento economico» (art. 19, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

b.2) A venire in gioco nel circuito virtuoso autonomia/responsabilità è proprio l'incarico. L'art. 19, comma primo afferma che «per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle

capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti, con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro». E, a sua volta, l'art. 21, al comma primo, ricollega al mancato raggiungimento degli obiettivi, o all'inosservanza delle direttive - secondo un crescendo di gravità - il mancato rinnovo dello stesso incarico, la revoca dell'incarico con conseguente collocamento a disposizione, il recesso dal rapporto di lavoro; non senza, però, che il successivo art. 22 accompagni il sistema sanzionatorio con un apparato garantista "forte" per cui «i provvedimenti di cui all'art. 21, comma 1, sono adottati previo conforme parere del Comitato dei Garanti».

Da questi articoli appare ben chiaro il meccanismo del circuito virtuoso autonomia/responsabilità, sia per la selezione degli incarichi, sia per la sanzione dell'inosservanza delle direttive e della mancata realizzazione degli obiettivi. Solo che, per funzionare, tale meccanismo aveva bisogno di tutta una ulteriore legislazione servente, quale poi effettivamente passata, cioè, da un lato, la riforma dei bilanci pubblici (d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 per gli enti locali; l. 3 aprile 1997, n. 94 e d.lgs. 7 agosto 1997, n. 279 per le amministrazioni statali; d.lgs. 28 marzo 2000, n. 76 per le regioni); dall'altro, la rivisitazione dei controlli interni (d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286).

Fosse o meno tale legislazione conforme e congrua rispetto alla finalità della privatizzazione, non ha, però, trovato troppa fortuna nella prassi applicativa, almeno a quanto risulta per l'anno 2000 dall'ultima relazione della Corte dei Conti su «il costo del lavoro pubblico», edita nel dicembre del 2001. La riforma dei bilanci pubblici avrebbe dovuto attivare una sequenza idonea a tradurre in concreto il *distinguo* indirizzo/gestione, nonché il circuito virtuoso autonomia/responsabilità: quella, cioè, costituita dalla predisposizione da parte dei vertici politici – *prima*, dell'approvazione del bilancio - di apposite "note preliminari" allegate al relativo progetto; - *dopo,* ottenuto semaforo verde dalle assemblee elettive, con le necessarie provviste finanziarie – di annuali "direttive generali per l'azione amministrativa". Solo che - osserva la Corte dei Conti - «nella realtà, le amministrazioni non elaborano con la necessaria accuratezza – salvo rare eccezioni - le note preliminari, onde le direttive continuano ad essere connotate da una diffusa genericità, che confligge con l'esigenza di misurabilità e valutazione degli obiettivi e dei risultati della gestione (si va da direttive che enunciano *sic et simpliciter*, i compiti che le leggi assegnano all'amministrazione, a direttive che assegnano risorse finanziarie ai dirigenti senza aver definito obiettivi e programmi, a direttive che demandano ai dirigenti anche il compito di predisporre i programmi relativi alle attività di loro competenza)». E continua, dicendo che «per parte loro, le assemblee elettive non impongono ai governi il rispetto integrale delle nuove regole e, in sede di approvazione del bilancio, sostanzialmente accettano la imperfetta o insufficiente elaborazione dei documenti che dovrebbero spiegare gli itinerari di attuazione delle politiche, gli strumenti necessari a conseguire precisi obiettivi e risultati, i tempi di realizzazione degli interventi».

La conclusione, piuttosto amara, è che «la mancanza o l'insufficienza di programmi e direttive favorisce, poi, la già rilevata distorsione per cui il personale politico continua ad occuparsi della ordinaria gestione amministrativa, mentre i dirigenti sono portati a rimettere, di fatto, ai vertici politici le decisioni più impegnative; donde, fra l'altro, l'impossibilità di individuare le responsabilità di una gestione e dei suoi risultati, mentre perde ogni significato il potere-dovere del vertice politico di valutare i dirigenti in rapporto agli obiettivi che essi sono formalmente chiamati a realizzare».

A sua volta, la rivisitazione dei controlli interni avrebbe dovuto accompagnare l'attività dirigenziale, al fine di un monitoraggio continuo e regolare: "controlli di gestione" o "direzionali", di

competenza dei dirigenti di più alto livello, indirizzati a migliorare la gestione in funzione degli obiettivi; "controlli strategici" e di "valutazione dei dirigenti", di spettanza dei ministri, finalizzati a conoscere lo stato di avanzamento del programma, nonché a verificare l'apporto dei dirigenti. Ma anche qui l'analisi della Corte dei Conti risulta impietosa: «al riguardo, un recente rapporto del "Comitato tecnico-scientifico per il coordinamento in materia di valutazione e controllo strategico nelle amministrazioni dello Stato" ha rilevato una situazione di diffuse carenze, insufficienze e inadempienze nell'istituzione e nell'avvio a funzionamento dei controlli strategici, dei controlli direzionali (o di gestione), dei controlli amministrativo-contabili e della valutazione dei dirigenti. Quanto ai controlli strategici, il Comitato tecnico-scientifico ha avuto modo di rilevare che i vertici politici hanno mostrato scarsissimo interesse alla loro attivazione, sottovalutando "il valore aggiunto" che il sistema dei controlli può portare all'efficacia dell'indirizzo politico». I controlli direzionali (o, propriamente detti, "di gestione") soffrono di indeterminatezza per mancanza di cultura aziendalistica fra i dirigenti dei centri di responsabilità amministrativa (Cra), per insufficiente lavoro di elaborazione circa gli indicatori di efficienza ed economicità e, soprattutto, per assenza di coordinamento fra l'assegnazione delle risorse ai Cra e la definizione degli obiettivi. Ben lontani dal disegno del d.lgs. n. 286/1999 sono anche i controlli di regolarità amministrativa e contabile, che nessun ministero ha costruito, "sia pure con gli adattamenti resi necessari dal contesto applicativo di natura pubblicistica", secondo gli schemi aziendalistici dell'*internal auditing* richiamati dall'art. 2, comma, d.lgs. n. 286».

Parole e valutazioni pesanti, che denunciano quanto sia largo il tratto di mare tra il precetto legislativo e il suo concreto operare. C'è solo da consolarsi pensando che sono frasi scritte per un 2000, separato da noi da ormai un quadriennio; ma se è vero che un motto latino solenne recita "*spes ultma dea",* un detto meno aulico, anzi decisamente popolaresco, suona "chi vive sperando, muore disperato", tant'è che le più recenti Relazioni sul Rendiconto Generale dello Stato 2001 e 2002 riprendono sinteticamente gli stessi rilievi critici con riguardo alle amministrazioni centrali.

## 6. La benedizione della Corte Costituzionale

Una riforma, dunque, costretta a confrontarsi continuamente con la sua stessa ragione d'essere, di far coesistere e convivere amministrazioni pubbliche e dipendenti privatizzati; costretta a farlo sia nella sua lunga gestazione, sia nella sua faticosa attuazione. Ma la sua storia sarebbe risultata assai più breve e, comunque, diversa se non fosse stata accompagnata dalla paterna benedizione della Corte Costituzionale. A scorrere la lunga serie delle sentenze, con un occhio attento ancor prima alle motivazioni che ai dispositivi, vien facile accorgersi come, al di là dell'usuale *self restraint* rispetto ad una grande riforma caratterizzante una maggioranza, emerga qui una vera e propria empatia rispetto alla finalità perseguita: privatizzare per razionalizzare una macchina burocratica attardata e attardante, tale da occultare sotto l'alibi di una legalità formalista una improduttività ed anti-economicità di base.

La Corte mostra di far proprio non solo il truismo di una riforma della pubblica amministrazione come madre di tutte le riforme, *conditio sine qua non* per un decollo del sistema-paese, ma anche l'assai più discusso cammino prescelto, cioè quello di una riconduzione allo *jus commune* della disciplina dell' "impiego pubblico". Il che è evidente nello iato fra una certa discontinuità e a volte contraddittorietà delle motivazioni, da un lato, e una netta costanza e coerenza *pro* riforma dei dispositivi, tutti tesi a mantenere intatto, a correggere col minimo costo, a ricucire al meglio il testo varato dal legislatore. Basta richiamare la giurisprudenza relativa alla prima fase – l. n.

421/1992 e successiva decretazione delegata -: si apre con una sequenza "minore", dedicata alla "struttura", quale data da Corte cost. 30 luglio 1993, n. 359, che riconosce la lesione dell'autonomia regionale garantita dagli artt. 117 e ss. Cost., ma lo fa in forma costruttiva, col proporre una modifica dell'Agenzia negoziale – poi fatta propria dal d.lgs. n. 470/1993 – idonea a salvaguardare l'unicità e la centralità della contrattazione; Corte cost. 7 novembre 1994, n. 383, che rinviene un eccesso di delega nella sottoposizione delle Regioni a statuto ordinario e speciale a «l'identico obbligo di adeguare i propri ordinamenti ai principi desumibili dal capo II del titolo II del d.lgs. n. 29», ma senza provocare altro che un rapido adeguamento del legislatore con il d.lgs. n. 80/1998; Corte cost. 4 dicembre 1995, n. 492, che salva il criterio di maggiore rappresentatività, messo in forse dai vittoriosi *referendum* abrogativi dell'aprile 1995, con riguardo diretto all'art. 19 dello Statuto, ma estende la stessa conclusione al dopo-art. 47 del d.lgs. n. 29/1993, così evitando il vuoto considerato poco prima paralizzante del parere del Consiglio di Stato del 27 settembre 1995, n. 2684; e prosegue con sequenza "maggiore", incentrata sulla "funzione", quale costituita da Corte cost. 25 marzo 1996, n. 88, che giustifica l'art. 48 d.lgs. n. 29 del 1993 (nuove forme di partecipazione all'organizzazione del lavoro), perché la norma sarebbe preordinata a realizzare «l'impianto generale della riforma, cioè orientata, in particolare, ad accentuare la divisione tra le competenze degli organi e la posizione del personale, così da favorire il superamento delle diverse forme di cogestione praticata in passato nei vari settori dell'amministrazione pubblica»; Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313 che legittima la disciplina legge/contrattazione stabilita per i dirigenti non generali, ma, soprattutto, introduce, in maniera pur non chiarissima, un'interpretazione dell'art. 97, comma 1, Cost. per cui ferma restando la distinzione di massima fra legge, per l'organizzazione e contrattazione, per la gestione del rapporto, rimane affidato alla discrezionalità del Parlamento un «equilibrato dosaggio di fonti regolatrici, in vista e funzione di un corretto bilanciamento tra i due termini dell'art. 97 Cost., imparzialità e buon andamento»; Corte cost. 16 ottobre 1997, n. 309, che riconferma la validità della privatizzazione e salva l'efficacia generalizzata della contrattazione collettiva nel pubblico impiego, ma ridisegna la linea appena tracciata, fino a lasciarsi scappare che la stessa «organizzazione debba essere considerata pubblica limitatamente al suo nucleo essenziale», sì da legittimare in anticipo la svolta della seconda fase, quale data dalla privatizzazione della stessa micro-organizzazione.

La musica non cambia nella assai più rarefatta giurisprudenza della seconda fase - l. 59/1997 e susseguente decretazione delegata - destinata a conoscere le sue note più alte nelle già citate decisioni in tema di riparto di giurisdizione e in Corte cost., ord. 30 gennaio 2002, n. 11: quest'ultima, nel legittimare la privatizzazione della dirigenza generale, entra in contraddizione con la motivazione di Corte cost. 313/1996, tutta tesa a giustificare quella privatizzazione della *sola* dirigenza non generale, in base e in forza della sua diversa natura e rilevanza rispetto a quella generale.

L'unico autentico *vulnus*, seppur giustificato dal carattere compromissorio ed equivoco del testo legislativo, è quello già visto di un trattamento unico ed omogeneo dell'accesso e del *cursus* professionale, tutto compresso nel contenitore "concorso". Dopo una costante giurisprudenza costituzionale, a dire il vero costruita a misura di una realtà positiva ormai obsoleta e dettata dalla comprensibile preoccupazione di una risalita di massa lungo la scala professionale, a scapito della selezione meritocratica e della finanza pubblica (Corte cost., 20 luglio 1994, n. 313, Corte cost. 4 gennaio 1999, n. 1, Corte cost., 16 maggio 2002, n. 194), la Suprema Corte ha finito da ultimo per adeguarsi (Cass., S.U., 15 ottobre 2003, n. 15403).

## 7. La legislazione regionale fra continuità ed innovazione

Il discorso passa ora a due fonti poste a valle della disciplina legislativa della riforma ma destinate a giocarvi una parte: importante, quella degli statuti e delle leggi regionali e fondamentale, quella dei contratti collettivi.

Il quadro delle fonti regionali, statuti e leggi, attuative della riforma, risulta a tutt'oggi non aggiornato alla rivisitazione del Titolo V, tributario come è dei vecchi art. 116 e 117 Cost., che prevedevano, per le Regioni e le Province a statuto speciale, «forme e condizioni particolari di autonomia» (art. 116), contemplate dagli statuti speciali adottati con leggi costituzionali; e, rispettivamente, per le Regioni a statuto ordinario, una competenza legislativa concorrente - «nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, sempreché le norme stesse non siano in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni» - nelle materie ivi puntualmente elencate (art. 117, comma primo), nonché una competenza attuativa delegata (art. 117, comma secondo).

E si colloca nell'ambito delle coordinate offerte dalla riforma medesima come risultanti oggi dal d.lgs. n. 165/2001: secondo l'art. 1 («Finalità ed ambito di applicazione»), subito dopo l'elenco puntuale delle amministrazioni pubbliche che ne sono destinatarie *in toto* (secondo comma), c'è la *exceptio* per le Regioni, prevedendosi, al suo comma 3, con riguardo a quelle a statuto ordinario, che «le disposizioni del presente decreto» costituiscono «principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 della Costituzione» e devono essere osservate «tenendo conto della peculiarità dei rispettivi ordinamenti» (v. Corte cost.: 359/1993; 292/1995; 528/1995; 633/1998; 185/1999; 171/1999); e, con rispetto a quelle a statuto speciale, che «i principi desumibili dall'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421…e dall'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59» costituiscono altresì «norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica» (Corte cost. 383/1994; 477/2000). Stando, poi, all'art. 27 («Criteri di adeguamento per le pubbliche amministrazioni non statali») c'è una *exceptio* dell'*exceptio,* per cui le norme del Titolo II, capo II, sulla dirigenza, scritte per le «amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo» (art. 13, comma 1), valgono solo come "referente" per le Regioni a statuto ordinario e per le altre pubbliche amministrazioni, tenute ad adeguare «ai principi dell'art. 4 e del presente capo, i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità» (comma 1).

La Corte costituzionale ha avuto più di una occasione di pronunciarsi sull'ambito di applicazione della riforma alle Regioni, a partire da Corte Cost. n. 359/1993 che, come visto, ha rimesso in discussione la parte assegnata alle Regioni a statuto ordinario nella procedura di contrattazione originariamente contemplata, sì da spingere ad una conforme modifica legislativa. Ma già in quella sentenza è fatta propria la tesi interpretativa per cui le «disposizioni formulate nel decreto legislativo 29 vincolano … le Regioni a statuto ordinario, non tanto in relazione alla mera qualifica formale di "principi fondamentali" riconosciuta dalla legge, quanto in relazione alla natura oggettiva di normazione di principio che le disposizioni stesse, in conformità alla loro qualifica formale vengono a manifestare»; la stessa è stata poi confermata da tutta una giurisprudenza successiva (cfr. Corte Cost nn. 354/1994, 355/1994, 482/1995, 598/1995, 171/1999).

Ora, per quanto sia avvertibile, nella stagione tutt'ora aperta di revisione degli statuti regionali, la tendenza a ribadire una competenza regionale in materia di ordinamento degli uffici e di di stato giuridico ed economico del personale, secondo una lettura estensiva della voce elencata nell'art. 117, comma 1, Cost. («Ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione») confortata da una certa giurisprudenza costituzionale precedente la riforma

stessa (Corte cost.: 10/1980; 277/1983; 278/1983; 219/1984; 290/1984; 99/1986; 217/1987; 10/1988), tuttavia, la stessa legislazione non ha sostanzialmente tracimato rispetto a quanto dettato dal legislatore nazionale, casomai usando per difetto e non per eccesso quel potere di adattamento dei principi deducibili dal d.lgs. n. 165/2001, «tenendo conto delle peculiarità dei rispettivi ordinamenti» (art. 1, comma terzo), nonché di adeguamento, scontando le relative peculiarità, dei principi desumibili nel titolo II dello stesso decreto (art. 27, comma primo).

Se è proprio con riguardo alla dirigenza che si manifesta l'attenzione di gran lunga prevalente per una sua contiguità spinta sino all'interdipendenza con quella dell'organizzazione, fino a ieri di competenza concorrente delle Regioni a statuto speciale, tuttavia il modello della dirigenza statale delineato dal Titolo II, capo II del d.lgs. n. 165/2001 è ripreso, seguito, ricalcato. Il che non dipende solo dall'aver fatto proprio un indirizzo interpretativo restrittivo del potere di adeguamento, ma anche e soprattutto dal carattere egemonico di un tale modello costruito a misura della pubblica amministrazione *par excellence*, quale quella ministeriale, facilmente imitabile da un *corpus* politico e burocratico decentrato, cresciuto all'ombra del potere centrale, e del diritto amministrativo elaborato dal Consiglio di Stato e ben difficilmente sostituibile. Dipende anche da un altro fatto non meno significativo, che cioè lo spezzone legislativo regionale è condannato a correlarsi con contratti di area e di comparto a carattere nazionale, come tali portatori di un regime collettivo omogeneo, aventi inevitabilmente sullo sfondo il referente unitario costituito da quel titolo II.

Questo non toglie che, ove ritenuto opportuno, la legislazione regionale percorra una sua strada, come è dato ravvisare specie sul terreno "caldo" costituito dal raccordo fra vertice politico istituzionale e livello dirigenziale di riferimento, dove è del tutto evidente il tentativo di spostare il punto di equilibrio a favore del primo e a scapito del secondo. Fatto, questo, del tutto comprensibile ed anche giustificabile, perchè ben diverso è il rapporto Governo/apparato ministeriale/corpo elettorale nazionale e Giunta/apparato/corpo elettorale regionale; diverso nel senso che nella seconda ipotesi la responsabilità per l'attuazione del programma è assai più diretta e immediata, nonché più visibile e trasparente rispetto all'elettorato, sì da richiedere alla Giunta una maggiore gestibilità della apparato medesimo.

In questa prospettiva si collocano varianti, che, oggi, risultano in parte anticipazioni della legge n. 145/2002, come il conferimento degli incarichi di più alto livello solo a tempo determinato e con novazione dell'eventuale rapporto indeterminato prima intercorrente; il largo ricorso per quegli stessi incarichi a personale esterno; un regime temporale degli incarichi dirigenziali, con la previsione di una ristretta durata massima e talvolta l'eliminazione di una qualsiasi durata minima.

## 8. La carta vincente della rappresentatività sindacale: selezione delle organizzazioni trattanti ed RSU

Di certo, più significativo è il bilancio riguardante la contrattazione collettiva, da un punto di vista sia simbolico, trattandosi della fonte che caratterizza la riforma; sia pratico, risultando l'attività regolativa *par excellence.* È appena il caso di ritornare sul fatto che fra disciplina dei rapporti individuali e, rispettivamente, delle relazioni collettive, è proprio quest'ultima a risentire più pesantemente della qualità pubblica dei datori di lavoro; e ciò per una duplice e concorrente ragione, di una spendita di risorse finanziarie pubbliche e di una generalizzazione dell'efficacia dei contratti nazionali alle aree e ai comparti di riferimento. Se la prima ragione condiziona la procedura di formazione della volontà datoriale, così come espressa dall'Aran, la seconda influenza la selezione delle organizzazioni sindacali legittimate a sedere ai tavoli negoziali, per via del ben noto criterio

di rappresentatività costituito da una percentuale non inferiore al 5% rispetto al comparto o all'area calcolata quale media fra il dato associativo e quello elettorale; criterio emerso dal lungo e travagliato processo partito dall'originario art. 47 d.lgs. n. 29/1993, passato attraverso il *referendum* abrogativo dell' 11 giugno 1995 ed il ritorno provvisorio all'art. 19 Stat. lav, come modificato dallo stesso *referendum,* consolidato dai d.lgs. nn. 396/1997, 80 e 387 del 1998 (vedi ora art 43, d.lgs. 165/2001).

È stata la necessità non solo politico-sindacale, ma altresì tecnico-giuridica di una tale selezione che ha finito per fare la differenza fra settore privato e settore privatizzato, sì da aprire quest'ultimo ad un meccanismo misto, capace di conciliare le due anime del sindacalismo confederale: quella associativa – conseguente ad una libera scelta -, e quella elettiva – derivante dall'appartenenza ad una unità amministrativa -; ma in tal modo, essa ha dovuto far perno sull'incardinamento di una rappresentanza di base, unica ed unitaria, destinata a cogestire, con le istanze periferiche delle organizzazioni sindacali rappresentative firmatarie dei contratti nazionali, la negoziazione integrativa. Non solo, perché una siffatta investitura dal basso si è riflessa anche sul rapporto fra oo.ss. e loro Confederazioni, legittimate ad essere presenti non più per una rappresentatività "propria", ma, per così dire, per una "derivata alla rovescio", cioè in quanto ad esse facciano capo oo.ss. rappresentative.

Dopo l'accordo quadro del 7 agosto 1998 sulla costituzione delle Rsu, si è svolta, con cadenza biennale, l'elezione degli organismi unitari nei comparti. Stando ai dati dell'Aran - nel biennio 2000-2001 - la consultazione ha visto, in cifre tonde, 2 milioni di votanti su circa 2.500.000 aventi diritto, per una percentuale del 78% (con un massimo dell'87% per gli Enti pubblici economici ed un minimo del 71% per l'Università e la Sanità), 24.000 collegi elettorali e 35.000 liste, 23 mila Rsu, con una rappresentanza media di 109 aventi diritto al voto, e 85.000 componenti eletti. Di regola, le Rsu elette risultano "controllate" dalle Federazioni aderenti a Cgil, Cisl, Uil, pur in difetto di quella regola del "terzo riservato" rivelatasi non strettamente necessaria neppure laddove è stata introdotta *ex contractu*, cioè nel privato.

Il dato elettorale deve essere coniugato con il tasso di sindacalizzazione (quale dato dalle deleghe), aggirantesi - sempre per il biennio 2000-2001 -intorno al 44% (con un massimo del 66% per le Aziende autonome dello Stato ed un minimo del 37% per la Scuola). E dall'applicazione del *mix* elettivo/associativo, sono risultate rappresentative un numero di organizzazioni sindacali di comparto, compreso fra un massimo di 7 (Agenzie fiscali e Ministeri) ed un minimo di 4 (Aziende e amministrazioni autonome dello Stato); cifre da duplicarsi, per l'aggiunta a dette oo.ss. delle Confederazioni cui siano affiliate.

Mentre, bloccata la competizione elettorale nelle aree dirigenziali, da un lato, non sono state costituite le Rsu, ma si sono conservate le Rsa; dall'altro, si è proceduto alla selezione sulla base delle sole deleghe, dando qui luogo ad un numero di organizzazioni sindacali legittimate alla trattativa compreso fra un massimo di 10 per l'Area IV ed un minimo di 4 per l'Area I/ Ricerca e l'Area V; cifre qui da raddoppiarsi, per le Aree I, II, V, per la somma a tali oo.ss. delle Confederazioni cui sono affiliate, ma non sempre per le Aree III e IV, data la presenza anche di oo.ss., non affiliate.

Sia pure in misura marginale, questa rarefazione degli agenti contrattuali è anche riconducibile ad una artificiosa aggregazione di sigle "autonome", al fine di raggiungere il *quorum* richiesto, (nei comparti Enti pubblici non economici, Regioni-Autonomie locali, Università, la Cisa; mentre

nelle aree dirigenziali il fenomeno è più diffuso), con una ricaduta non sempre positiva sulla gestione delle trattative. Comunque, la regola è quella di una sottoscrizione con una maggioranza di molto superiore al 51%, dovuta soprattutto, ma non esclusivamente, alla prevalenza complessiva delle tre Confederazioni, tant'è che si dà l'evenienza di una firma all'unanimità. Ed è del tutto eccezionale la "smentita" successiva di un contratto a seguito di una protesta della base, come è avvenuto per il contratto del comparto Scuola, in occasione e a causa del "concorsone"; peraltro recuperata, per così dire, con l'accordo del secondo biennio.

## 9. La irresistibile ascesa della contrattazione: la tornata 1998-2001

Il lascito a tutt'oggi più importante della riforma è dato dal pieno consolidamento della sua fonte privilegiata, quella contrattazione collettiva che, oramai, conosce la sua terza tornata. A giudicare dalle due prime ormai concluse, si può ben dire che l'obiettivo fondamentale perseguito dalle tre grandi Confederazioni fin dal concepimento della stessa privatizzazione, cioè di ricondurre ad una casa comune l'intero universo del lavoro subordinato, in termini sia di disciplina normativa che di dinamica salariale, possa dirsi sostanzialmente raggiunto.

Il "meccanismo di trasformazione" oggi consegnato all'art. 69, comma 2, ha ben funzionato, anche se, secondo un modulo anonimo - quello delle "code contrattuali" - non corrispondente al dettato legislativo. Stando al comma in parola «gli accordi sindacali recepiti in decreti del Presidente della Repubblica in base alla legge 29 marzo 1983, n. 93 e le norme generali e speciali del pubblico impiego, vigenti alla data del 13 gennaio 1994 e non abrogate… cessano in ogni caso di produrre effetti al momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, dei contratti collettivi del quadriennio 1998-2001». *In claris non fit interpretatio*, e qui lettera e r*atio* concordano nel senso che al momento della firma dei contratti del secondo quadriennio dovrebbe venir meno, immediatamente e automaticamente, ogni effetto della residua dote pubblicistica. Invece, i contratti di comparto hanno previsto dei rinvii a tempi successivi, normalmente articolati su negoziati intermedi relativi a singoli istituti e su negoziati finali, di norma secondo la formula per cui la «piena contrattualizzazione del rapporto di lavoro mediante il recupero alla disciplina pattizia degli istituti non regolamentati dal precedente Ccnl ed eventuale revisione delle norme contrattuali da attualizzare» e conservazione in vigore nelle more delle «norme di legge contrattuali che non sono espressamente abrogate» (Ministeri, Aziende, Enti pubblici non economici, Sanità, Scuola). Di fatto le "code" sono state chiuse ben oltre le scadenze previste, anche qui di regola con una formula rubricata «disapplicazioni», secondo cui «dalla data di stipulazione del presente Ccnl… cessano di produrre effetti le norme generali e speciali del pubblico impiego ancora vigenti» sempre limitatamente agli istituti del rapporto di lavoro (Ministeri, Aziende, Enti pubblici non economici, Regioni e autonomie locali). Stanno a sé la Sanità, la Scuola, l'Università e la Ricerca, perché, per la Sanità, cessano di produrre effetti «le norme esplicitamente disapplicate», per la Scuola, sono disapplicate solo «le disposizioni di legge e i regolamenti in contrasto con le norme del presente accordo e del Ccnl 26.5.1999», per l'Università, «continuano ad applicarsi le disposizioni contenute nel Ccnl 21.5.1996 e nel Ccnl 5.9.1996 ove non diversamente regolamentate dal presente contratto», per la Ricerca la cosa è ancora in alto mare: a quanto sembra, con buona pace del legislatore, in questi comparti la partita è rimasta aperta anche dopo la conclusione "prolungata" del quadriennio 1998-2001.

Comunque il processo normativo di "trasformazione" può dirsi sostanzialmente concluso; e ad esso fa da *pendant* il similare processo economico di convergenza delle dinamiche salariali. Nel

periodo 1979/1991 - fatti pari a 100 i valori del 1979 -, a fronte dei prezzi al consumo passati da 100 a 323,1, le retribuzioni *pro-capite* sono cresciute, nell'industria in senso stretto, da 100 a 392, 7 e nelle pubbliche amministrazioni, da 100 a 455,4, con un netto differenziale a favore delle seconde; invece, nel successivo periodo, 1993/2002 – fatti pari a 100 i valori del 1993 - di contro ai prezzi al consumo cresciuti da 100 a 129,9, le retribuzioni pro-capite sono aumentate, nell'industrie in senso stretto da 100 a 133,9 e, nelle pubbliche amministrazioni da 100 a 137, con un evidente calo del differenziale.

Facciamo un passo indietro e ritorniamo al passaggio tra la prima tornata 1994-1997, e la seconda, 1998-2001, per cogliere la significativa ricaduta sul procedimento e sul contenuto della contrattazione, riconducibile alla svolta di cui alla legge delega n. 59/1997 e relativa decretazione. Seguendo il d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396 (ora art. 41 d.lgs. 165/2001), il processo decisionale dell'Aran è stato articolato e reso plurale, sì da farlo più rispondente al volere delle amministrazioni rappresentate; e lo si è fatto, licenziando i Comitati di settore, investiti di poteri di indirizzo e di varo delle ipotesi di accordo. In seguito, però, è divenuto operativo l' "Organismo di coordinamento dei Comitati di settore", investito del compito di emanare una sorta di direttiva madre, con le indicazioni generali da rispettare nel corso dell'intera tornata. Organismo, questo, che non ha impedito il ridimensionamento dell' "effetto fotocopia" proprio di una prima tornata caratterizzata dall'unicità del referente, tant'è che la seconda conosce una variabilità contenuta fra i suoi vari contratti, restando unica la scelta degli istituti da regolare, nonché dei criteri da utilizzare; ma certo lo ha ridimensionato.

La direttiva madre, come l'abbiamo chiamata, per la tornata 1998-2001 indicava come linee guida: un nuovo inquadramento del personale non dirigente, con una adeguata valorizzazione della professionalità e della responsabilità; una politica retributiva capace di valorizzare la produttività, la meritocrazia, la realizzazione degli obiettivi; un nuovo profilo professionale del personale dirigente, con una componente retributiva ancorata al raggiungimento dei risultati; la diffusione di rapporti flessibili di lavoro; la promozione di più ricche relazioni sindacali nell'ambito di ogni singola amministrazione o ente; l'incentivazione della formazione e dell'aggiornamento.

Sarebbe un fuor d'opera compiere, qui, una ricognizione di una tornata 1998-2000 che ha conosciuto la stipula di 103 contratti collettivi, di cui 21 accordi quadro, 44 di comparto (compresi quelli per il personale degli enti "a disciplina singolare"), 38 di interpretazione autentica, integrativi, ecc.; ci basta ritornare su alcuni istituti che, al tempo stesso, risultano strategici e problematici: strategici, perché segnano e caratterizzano la vicenda negoziale; problematici, perché costringono ad una difficile convivenza la disciplina legislativa e quella collettiva.

### 10. *(Segue)* La contrattazione nazionale di comparto e di area- a)

A monte della contrattazione di comparto, c'è l'accordo quadro 2 giugno 1998 che ne individua otto, cioè Ministeri, Enti pubblici non economici, Aziende autonome, Regioni e Autonomie locali, Servizio Sanitario nazionale, Scuola, Sanità, Ricerca (più Enti *ex* art. 70 d.lgs. 165/2001). E, passandola in rassegna, si constata l'influenza del d.lgs. n. 396/1997, laddove amplia l'ambito della contrattazione collettiva anche «alle relazioni sindacali» (ora art. 40, comma primo, d.lgs. 165/2001) e, rispettivamente, del d.lgs. n. 80/1998, laddove rivisita la partecipazione sindacale, col prevedere che siano i contratti collettivi nazionali a disciplinare «i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro» (ora art. 9, d. lgs. n. 165/2001). Sulla scia di tali articoli, tutti i contratti di comparto

hanno previsto un sofisticato *continuum* nell'ambito della partecipazione a livello decentrato, quale costituito da informazione (preventiva e/o successiva), consultazione, concertazione, tutte accompagnate dai relativi elenchi di materie; sofisticato ma problematico, perché tale da render incerta la linea di confine, non solo, fra l'una e l'altra fase interna alla partecipazione, ma anche e soprattutto fra la partecipazione e la stessa contrattazione integrativa. E se è vero che *ratio* e lettera dei contratti sembrano essere nel senso di mantenere la contrattazione integrativa nei limiti previsti in sede di rinvio, ciò nonostante nella stessa logica e struttura del *continuum* è implicito un rischio di *trespass; rischio* puntualmente verificatosi nella pratica.

In questa ampia gamma di linee guida quella che finisce per battezzare l'intera tornata, è la modifica dell'inquadramento professionale, preannunciata e predisposta dalla tornata precedente, con la previsione di apposite commissioni di studio. Senza la pretesa di ritornare *funditus* su una tematica già nota, sembra opportuno ricordare come la tipologia prescelta sia riducibile a due modelli fondamentali. *Il primo*, riscontrabile nei contratti di comparto dei Ministeri e degli Enti pubblici non economici, è costruito su una sequenza area/posizione economica/profilo ricalcante quella consolidatasi nel settore privato, con le Aree (A, B e C) e le relative definizioni a far da denominatore per un trattamento comune e le posizioni economiche e rispettive declaratorie (complessivamente sette, più quattro *super* di mero sviluppo retributivo; nell'Area C sono inoltre inserite un'area dei professionisti dipendenti, nonché, per i Ministeri un'area di posizioni organizzative e per gli Enti non economici un'area dei medici), accompagnate dai profili professionali: sono le posizioni economiche a corrispondere alle "qualifiche" di cui all'art. 52 del d.lgs. 165/2001. *Il secondo* modello, ravvisabile nei contratti di comparto delle Regioni–Autonomie locali, delle Università e della Sanità, è articolato su quattro categorie per i primi tre e, rispettivamente, sei per l'ultimo (quattro più i livelli economici di sviluppo B *super* e D *super,* equiparabili), con le rispettive declaratorie e (eccezion fatta per l'Università) profili professionali: qui, invece, sono le categorie a far la parte delle qualifiche *ex* art. 52, comma primo, d.lgs. 165/2001.

Nella logica sindacale, una modifica dell'inquadramento è sempre interconnessa ad una prospettiva di carriera "orizzontale" (con conservazione della stessa qualifica) e "verticale" (con acquisizione della qualifica superiore). Nei contratti di comparto non sembra darsi eccezione a tale regola: quella orizzontale, è permessa dalla spendita dei fondi per il salario accessorio prima utilizzati per altre voci (produttività individuale e collettiva, straordinari, disagio e rischio etc.); quella verticale è resa praticabile dall'area di manovra aperta con piena consapevolezza a partire dal d.lgs. n. 80/1998 (ora art. 52, comma primo, d.lgs. 165/2001), laddove contempla l'adibizione del prestatore di lavoro alle mansioni «corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive». E, ad onor del vero, il primo e il secondo modello sopra ricordati hanno fatto uso dell'area di manovra loro riconosciuta dal dettato di quell'articolo; e ciò prevedendo promozioni, cioè passaggi da posizione a posizione economica (primo modello) e, rispettivamente, categoria a categoria (secondo modello), sia con il limitare il ricorso all'esterno - per coprire l'organico rimasto scoperto solo quando non sia possibile provvedervi dall'interno -; sia con il riservare il vero e proprio concorso pubblico all'accesso dall'esterno.

Qui, però, il risultato non è stato quello previsto, seppur non per uno sviamento della prassi, ma per un semaforo rosso acceso dalla magistratura. Come visto, auspice il difficile coordinamento fra quelli che costituiscono oggi gli artt. 35 e 52 d.lgs. 165/2001, di per sé espressivo di quel faticoso e tortuoso compromesso cui il legislatore delegato è stato più volte costretto a far procedere

il suo vero intento, è stata la Corte Costituzionale a pronunciare per prima il suo *alt*, con una preoccupazione tutta "politica" circa una incontrollabile e incontrollata fuga verso l'"alto", vestita nella forma dell'art. 97, comma terzo, Cost.; ed è stata poi la Corte di Cassazione, sezione unite n. 15403/2003, a dover fare di necessità virtù col mutare il suo primitivo giudizio adeguandolo a quello costituzionale. Non è chiarissimo quel che la Corte intenda quando dice «si deve ritenere che le procedure che consentono il passaggio da un'area inferiore a quella superiore integrino un vero e proprio concorso tali essendo anche le procedure che vengono denominate "selettive" qualunque sia l'oggetto delle prove che i candidati sono chiamati a sostenere», sì da preludere ai sensi dell'art. 63, comma 4, alla giurisdizione della magistratura amministrativa; ma dà l'impressione di avere in mente proprio il passaggio da una qualifica inferiore ad una superiore.

C'è, poi, un punto su cui la contrattazione collettiva è stata costretta a fare i conti con una legge che, invece di precederla, l'ha seguita. Quasi tutti i contratti di comparto contemplano le c.d. posizioni organizzative, cioè funzioni di direzione di unità organizzative complesse o di esecuzione di attività altamente qualificate o ampiamente autonome, conferibili in via transitoria e revocabile, con la contestuale attribuzione di una indennità di posizione (non simili ma comparabili appaiono le "indennità di responsabilità" previste nel comparto Università). Tale innovazione risponde alla stessa duplice esigenza della istituzione dei quadri, che pur essendo la legge 13 maggio 1990, n. 190 applicabile *urbi et orbi,* non è riuscita a sfondare nel settore pubblico privatizzato: da un lato, assicurare alla dirigenza una area di manovra flessibile per la scelta degli immediati collaboratori, dall'altro, contenere il *pressing* per una dilatazione della stessa dirigenza. Solo che laddove la contrattazione di comparto aveva dato un dito, la l n. 145/2002 all'art. 7 comma 3, ha finito per concedere la classica mano, con una vicedirigenza, di sicura matrice corporativa, di per sé idonea spiazzare le c.d. posizioni organizzative: idonea sulla carta, però, perché affidata a un *mix* di regolazione eteronoma ed autonoma, che in pratica non si è rivelato in grado di farla decollare.

b) Pure qui, a monte della contrattazione di area, c'è l'accordo quadro 25.11.1998, che, facendosi forte dell'innovazione legislativa apportata dall'art. 1 del d.lgs. 396/1997 circa la costituibilità di aree contrattuali autonome relative a uno o più comparti (vedi ora art. 40, comma secondo, d.lgs. 165/2001), ne definisce cinque, poi successivamente ritoccate, sì da risultare oggi: l'Area I (Agenzie fiscali, Aziende, Enti pubblici non economici, Ministeri, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ricerca, Università); l'Area II (Regioni -Autonomie locali); l'Area III (Sanità: dirigenza amministrativa, sanitaria, tecnica, professionale); l'Area IV (Sanità: dirigenza medica-veterinaria) l'Area V (Scuola), più gli Enti *ex* art. 70 d.lgs. 165/2001.

Prima di passare ad una sia pur rapida ricognizione degli istituti disciplinati in questa seconda tornata, c'è da aprire con una notazione relativa all'ambito applicativo del contratto dell'Area I. A conferma di una certa tentazione pan-contrattualista, il contratto in parola si spinge ben oltre il limite previsto da un legislatore che, consapevole dell'essere il dirigente di un ufficio dirigenziale generale l'interlocutore delle organizzazioni sindacali, intendeva sottrarlo al contratto collettivo, affidandolo al contratto individuale. Così, al suo art. 1, comma 2 sancisce che «i rapporti di lavoro dei dirigenti sono disciplinati dai contratti individuali, secondo le disposizioni di legge e sulla base di quanto previsto nel presente contratto», senza fare alcuna distinzione ed eccezione, mentre l'art. 24, comma 2, statuisce «per gli incarichi di uffici dirigenziali di livello generale» sia il contratto individuale a stabilire il trattamento economico fondamentale, semplicemente assumendo

«come parametri di base i valori economici massimi contemplati dai contratti collettivi per le aree dirigenziali», nonché il trattamento economico accessorio.

Com'era facile attendersi, anche a seguito delle modifiche intervenute nel passaggio dalla prima alla seconda privatizzazione, fra gli istituti regolati a far la parte del leone sono quelli relativi alla graduazione delle funzioni e al conferimento degli incarichi. Qui pare sostanzialmente rispettata l'autonomia delle singole amministrazioni dato che i contratti si limitano a fornire solo alcuni criteri di carattere generale da rispettare nella graduazione delle funzioni dirigenziali; nonché a prevedere solo una informazione preventiva per i criteri relativi all'affidamento, al mutamento e alla revoca degli incarichi di direzione.

Di peculiare c'è una certa tendenza ad introdurre una disciplina garantista degli incarichi, contraria allo spirito se non alla lettera della legge, tale da produrre e rendere comprensibile la controreazione in materia della l. n. 145/2002 anche se, come spesso capita, spinta all'eccesso. A recitare il ruolo di trasgressore è sempre il contratto dell'area I che giunge a riconoscere un diritto all'incarico a capo del dirigente, nonché a precostituire un obbligo per l'amministrazione al conferimento di un nuovo incarico almeno equivalente a quello vecchio per il dirigente che non sia stato oggetto di un espresso giudizio negativo, assumendo come equivalente «l'incarico cui corrisponde una retribuzione di posizione complessiva di pari fascia, ovvero una retribuzione di posizione complessiva il cui importo non sia inferiore del 10% rispetto a quello precedentemente percepito». E questo contratto finirà per influenzare anche il successivo di area V, con la previsione pure qui di un diritto all'incarico; e quello relativo al biennio economico 2000/2001 dell'area II, che, recuperando quanto non affermato nel precedente contratto del quadriennio normativo, introdurrà una «clausola di salvaguardia», con rinvio alla contrattazione decentrata circa l'integrazione economica spettante al dirigente nel caso di destinazione a un nuovo incarico con una retribuzione di posizione di importo inferiore, sempre che lo stesso non sia in corso in un giudizio negativo nell'espletamento di un nuovo incarico.

Strettamente connesso a questi istituti è quello della verifica e valutazione dell'attività dirigenziale, che viene rivisitato tenendo conto delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 286/1999, con l'introduzione di garanzie prevalentemente procedurali, tali comunque da non incidere sulle prerogative delle amministrazioni. Anche per quello che attiene all'estinzione del rapporto, almeno i contratti di II III e IV area scontano la novità relativa al Comitato dei Garanti, prevedendone esplicitamente l'introduzione non senza una certa tendenza espansiva: quelli di III e IV area ne estendono il ricorso oltre la responsabilità dirigenziale, prevedendolo anche nel caso di un licenziamento per responsabilità disciplinare.

### 11. *(Segue)* La contrattazione decentrata

Figlia di una seconda fase della riforma più comprensiva ed aperta rispetto all'autonomia delle parti a livello decentrato, la contrattazione nazionale della tornata 1998-2001 ha concesso una significativa area di manovra a quella integrativa, dotata, qui nel "pubblico", di una diffusione del tutto sconosciuta al "privato", in forza e virtù assai prima della forte "promozione" legislativa che della elevata sindacalizzazione. Basti ricordare che nei comparti le Rsu sono presenti e funzionanti per una percentuale vicina al 100%, di contro ad una percentuale ben inferiore per le imprese industriali (circa il 60% di quelle tra i 20 e i 49 dipendenti); ed, a sua volta, la negoziazione è generalizzata, in confronto ad una percentuale nettamente minore per le aziende industriali (intorno al 30% di quelle al di sopra dei 20 dipendenti).

Riprendendo l'indagine più ampia e documentata, svolta proprio sull'esperienza del quadriennio 1998-2001, c'è da sottolineare come il processo negoziale decentrato avviene nei comparti secondo uno schema caratterizzato in prevalenza da un numero di soggetti sindacali trattanti compreso fra i 4 e i 6; da piattaforme e da tavoli unitari, da conflitti contenuti, da sottoscrizioni congiunte da parte delle Rsu e delle organizzazioni sindacali. Da questo punto di vista, il modello appare "co-operativo", se non fosse che l'elevato tasso di negoziabilità (4 accordi per ogni amministrazione nel quadriennio) e il rilevante grado di portata della contrattazione (più di 10 materie), non alimentassero il sospetto di un travalicamento in un modello "cogestionale", col suo tipico aspetto di un iper-regolamento a 360 gradi, continuamente debordante dalla concertazione alla contrattazione.

Come ovvio, le materie privilegiate sono in prima battuta quelle della progressione orizzontale, regolata in base a criteri tradizionali, quali la capacità/prestazione individuale e l'anzianità (cosa giustificabile, con riguardo alla fase di transizione dalla vecchia alla nuova classificazione, come sempre segnata da un'ampia e generosa sanatoria); nonché, in misura minore, della progressione verticale, disciplinata in forza di criteri di professionalità, con ricorso assolutamente prevalente alla selezione interna (caratteristica comprensibile, con rispetto a tutta una consolidata tradizione burocratica, ma, come visto, sindacata dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione). A queste se ne ricollegano altre strettamente interconnesse: le posizioni organizzative, introdotte di preferenza nelle amministrazioni molto piccole (in supplenza dei dirigenti) o molto grandi (in sostituzione dei quadri presenti nel privato); le voci del salario accessorio, trasformato e lasciato al collective bargaining decentrato, come dote spendibile per le progressioni orizzontali, le posizioni organizzative, le indennità di responsabilità; le tipologie flessibili, con una netta preferenza per il lavoro a tempo determinato ed il part-time.

Lo stesso processo sconta per i dirigenti sia la non elezione delle Rsu, sia la non universalità del collective bargaining decentrato, sostituito da quello individuale nelle piccole unità amministrative; ma, comunque, non si discosta significativamente dal modello già visto, se non per un minor tasso di negoziabilità e di portata della contrattazione, nonché per il ruolo del tutto prevalente svolto dalle organizzazioni sindacali nella trattativa e nella sottoscrizione. Come prevedibile, privilegia la problematica relativa alla valutazione e al controllo, inscindibilmente connessa con quella della retribuzione, che risulta essere squilibrata tutta a pro della voce relativa alla posizione, oggettiva e automatica, rispetto all'altra correlata ai risultati.

## 12. La tornata *in itinere* 2002-2005

Con riguardo alla contrattazione di comparto, c'è da segnalare una progressiva crescita di questi ultimi, che, a prender come referente il contratto collettivo quadro del 18 dicembre 2002, valido per il quadriennio 2002-2005, risultano essere: le Agenzie fiscali, le Amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, gli Enti pubblici non economici, Istituzioni di alta formazione e specializzazione artistica e musicale, Istituti ed enti di ricerca e sperimentazione, Ministeri, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Regioni e autonomie locali, Servizio sanitario Nazionale, Scuola, Università, più gli enti ex art. 70 d.lgs. n. 165/2001.

Ad aprire la danza, è sempre quella sopra battezzata come "direttiva madre", anche se la sua vera denominazione in perfetta lingua burocratica suona "Documento sulle linee generali e sulle priorità dei rinnovi contrattuali 2002-2005". Un testo interessante, meritevole di una attenzione particolare per il giudizio consapevole espresso nei confronti del passaggio dalla fase "transitoria"

della prima e della seconda tornata a quella "definitiva" aperta dalla terza, con tutte le luci e le ombre che lo contraddistinguono.

Alla prima e alla seconda tornata va riconosciuto il merito di aver portato a termine il processo di "trasformazione" della previgente disciplina pubblicistica, in forza e in virtù di quella peculiare procedura derogatoria rimasta oggi consegnata all'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, non senza, peraltro, il costo di una attività iper-regolativa. C'è qualcosa che richiama la vecchia e collaudata massima excusatio non petita, accusatio manifesta nel qualificare la produzione ipertrofica della doppia tornata contrattuale alle spalle come «fisiologicamente necessaria», ma, a dire il vero, era già scritta nella pulsione pan-contrattualista della riforma, confermata e rafforzata dalla stessa peculiarità della strumentazione ex art. 69, comma primo, tale da incentivare una trasformazione per sostituzione della vecchia disciplina ex lege con una nuova ex contractu. Il che perpetua la differenza in termini di regolazione fra lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e delle imprese, anche all'indomani della tendenziale reductio ad unum del sistema delle fonti: oggi percepibile ictu oculi dalla stessa ampiezza e incisività delle rispettive discipline collettive.

È suonata l'ora della sistemazione e della razionalizzazione, cosa questa, che nelle parole della direttiva «significa anzitutto ispirare l'intera attività contrattuale ad un'attenta ed intensa opera di *drafting,* coordinando nei testi unici contrattuali… le discipline dei medesimi istituti sedimentatesi nelle tornate 1994-1997 e 1998-2001, intervenendo sulla omogeneità terminologica e sull'uniformazione dei riferimenti normativi interni, evitando la riproduzione testuale, nelle clausole contrattuali, di norme di legge o di regolamento vigente, ma curando, comunque, che l'assetto redazionale non costringa il lettore alla ricerca non contestuale dei testi richiamati».

Parole tranquillizzanti, ma non tali da occultare tutta una serie di problematiche pesanti lasciate in eredità dalle tornate precedenti, che riemergono nel testo della stessa direttiva, sia pure con formule attenuate fino a risultare anodine. Significativo in tal senso è il modo in cui viene affrontato il tema caldo, se non caldissimo, del rapporto tra le fonti, che, sulla linea dei protocolli d'intesa Governo-Sindacati del 4 e 6 febbraio 2002 e della direttiva 1 marzo 2002, richiamati *expressis verbis*, sembrerebbe preoccupare soprattutto con riguardo al possibile esproprio della legge a danno della contrattazione. Tant'è che subito dopo si enfatizza quell'art. 2, commi 2 e 3 di quel d.lgs. n. 165/2001, inteso a precostituire un cordone di sicurezza intorno al perimetro dell'area riservata alla contrattazione collettiva.

Se però si ha la pazienza di continuare a leggere fino al paragrafo dedicato alla contrattazione collettiva integrativa, è possibile riscontrare un forte e puntuale richiamo ai contratti nazionali perché tengano briglie strette sui contratti decentrati, onde evitare surrettizie invasioni di ambiti loro sottratti. Non è difficile cogliere la lezione dei fatti nel vincolo posto agli stessi contratti nazionali di «distinguere la negoziazione dalle altre forme di partecipazione sindacale, che senza dar luogo alla sottoscrizione di contratti collettivi sono dirette a realizzare il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali dei dipendenti», sì da «evitare confusione fra le materie oggetto, distintamente, di informazione, concertazione e consultazione e materie oggetto di contrattazione, chiarendone preliminarmente l'ambito specifico».

C'era, poi, da fare i conti con quel macigno pesantissimo posto da Corte cost. n. 194/2002 sul cammino dei nuovi sistemi di classificazione del personale varati nella seconda tornata. E qui la direttiva se la cava alla bene e meglio, cioè suggerendo di tenere presenti ed adottare i principi

deducibili da quella sentenza, letti e interpretati nei termini meno traumatici e più assorbibili, senza chiedersi quali siano i margini di effettiva conciliabilità; e su questa via indirizza la contrattazione nazionale ad aggiornare la materia delle progressioni professionali secondo la seguente scansione: valorizzare «maggiormente professionalità e merito, evitando che l'anzianità di servizio si risolva nel parametro determinante per le progressioni», puntualizzare i «contenuti della prova scritta di ammissione al corso di riqualificazione, affinché la stessa assuma un particolare carattere di selettività», prevedere «in una percentuale congrua l'accesso dall'esterno, nell'ambito dei posti disponibili a livello di singola posizione messa a concorso», escludere «nelle progressioni la possibilità del doppio salto di livello».

A onor del vero, però, quest'atto di obbedienza nei confronti del giudice delle leggi pare fatto a cuor contento, perché finisce per trovarsi in linea con il *refrain* dominante della direttiva, cioè di un recupero di efficienza ed efficacia. Motivo, questo, percepibile, come si è visto, in una più chiara e rigida distinzione dei ruoli tra amministrazione e sindacati ed in una più selettiva disciplina delle carriere professionali; ma anche in una politica retributiva caratterizzata, fra l'altro, dall'abolizione degli automatismi e dalla incentivazione della produttività ed una ribadita apertura alla diffusione e sviluppo di tipologie flessibili di lavoro - che, peraltro, oggi deve fare i conti con l'esplicita esclusione dalla nuova disciplina introdotta con il d.lgs. n. 276/2003 -, nonché alla mobilità pubblico-privato.

Né manca la consapevolezza che alla base c'è la risorsa umana, tanto da dedicare un'enfasi particolare all'incentivazione della formazione professionale. Cosa apprezzabile quanto altra mai, perché ogni riforma cammina con le gambe della gente. Ed ogni riforma passa ma la gente resta, se non fosse che per scelta comprensibile e giustificabile a venire in primo piano è il *plus* richiesto dal nuovo stile richiesto e dal nuovo tipo di strumentazione disponibile, a cominciare da quella informatica, mentre rimane sullo sfondo la preparazione di base. E qui le note sono veramente dolenti, almeno a giudicare dalla distribuzione dei titoli di studio, come risultante dalla relazione della Corte dei Conti sul costo del lavoro pubblico nell'anno 2000: fatto il totale uguale a cento, nel settore statale, la scuola dell'obbligo vanta una percentuale del 26,1%, la media superiore del 46, 7%, la laurea del 26, 7% e il *post* laurea dello 0,4%; mentre nel settore non statale, rispettivamente del 40%, del 51,5%, dell'8,2%, dello 0,2%. Verrebbe da dire, buona fortuna.

A quanto risulta a tutt'oggi la situazione per i principali contratti di comparto è la seguente: nei Ministeri, negli Enti pubblici non economici, nelle Regioni e autonomie locali, nella Sanità e nella Scuola hanno chiuso il normativo 2002-2005 e l'economico 2002-2003; mentre nelle aree dirigenziali siamo ancora ai blocchi di partenza. Mi riservo di ragionare su questa tornata una volta conclusa, per l'intanto mi sembra di poter anticipare come si sia rivelato estremamente faticoso sia recuperare spazi già conquistati dai sindacati, sia ritornare sui sistemi di classificazione, mentre, poi, una particolare attenzione è statadedicata a una materia lasciata fuori dalla citata direttiva, ma certo bisognosa di rivisitazione anche in ragione della l. n. 97/2000, cioè quella disciplinare.

## 13. L'onda lunga della giurisdizione ordinaria

Con quella tipica attitudine italica a fronte di ogni grande riforma, anche le più alte istituzioni giudiziarie, Consiglio di Stato e Consiglio Superiore della Magistratura vestirono i panni di vere e proprie cassandre alla vigilia della c.d. privatizzazione, accompagnate dal coro di parti significative delle dottrine amministrativistiche e lavoristiche. Al di là della spendita d'obbligo di eccezioni di

costituzionalità ad onor del vero non tutte prive di un qualche fondamento alla luce dei precedenti indirizzi del giudice delle leggi, riserve e critiche toccavano due questioni nevralgiche messe in forse dal cambio di giurisdizione. Di "copertura" delle posizioni soggettive, la prima, affermandosi che la tutela sarebbe riuscita se non dimidiata certo diminuita dalla sparizione degli interessi legittimi e dei poteri di annullamento; di "ingestibilità" delle domande di giustizia scaricate sulla giurisdizione ordinaria, la seconda, sostenendosi che la magistratura del lavoro sarebbe risultata sovraccaricata se non travolta dalla prevedibile alluvione dei ricorsi.

A distanza di più di un decennio, nulla di quanto temuto, non senza almeno un pizzico di interesse di bottega, si è verificato. Come visto, la Corte Costituzionale ha riallineato il suo indirizzo precedente alla privatizzazione, confermando quell'atteggiamento di *self restraint* a fronte di riforme caratterizzanti una legislatura e una maggioranza; e come ci dice a chiare lettere e numeri l'esperienza dei fatti, non v'è stata alcuna deprivazione di copertura né alcuna ingestibilità. Senza escludere la concorrenza di altre cause "esterne", certo la strumentazione apprestata dal legislatore delegato si è rivelata se non vincente su tutta la linea, senza dubbio capace di ammortizzare le sopravvenienze: da un lato, correlando una privatizzazione espansiva (v. in particolare gli artt. 2 e 5 del d. lgs. n. 165/2001) ad una giurisdizione ordinaria dilatata nei suoi poteri (art. 63 del d. lgs. n. 165/2001); dall'altro, introducendo un tentativo obbligatorio di conciliazione *ad hoc* (artt. 65 e 66 del d. lgs. n. 165/2001) ed un nuovo tipo di arbitrato irrituale (art. 412 *ter* c.p.c.), nonché un peculiare accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi (art. 64 del d. lgs. n. 165/2001).

A conti fatti la magistratura ordinaria ha ben presidiato la linea di confine della sua nuova area, senza dubbio facilitata da una magistratura amministrativa sostanzialmente soddisfatta dal "compromesso" consacrato dal d.lgs. n. 80/1998; un compromesso, condotto secondo il moderno criterio di ripartizione per materie, che la compensava dell' "osso" del pubblico impiego privatizzato con la "polpa" di alcune materie strategiche. Ma la stessa magistratura ordinaria ha amministrato altrettanto bene la provincia acquisita, con un uso a tutto campo della vecchia e della nuova strumentazione disponibili, sì da confermare la lezione a suo tempo anticipata dalla dottrina simpatetica alla riforma, circa la non criticità della sparizione degli interessi legittimi.

Rinviando qui all'ormai abbondante messe di decisioni giurisprudenziali e di note, commenti, saggi dottrinali, c'è da prendere atto che non c'è stato alcun diluvio biblico degno d'essere ricordato. Nell'intero periodo 1998/2002 il totale dei ricorsi è ammontato a 843.000, di cui 798.000 relative al lavoro "privato" (94,66%) e 45.000 al lavoro "pubblico" (5,33%); non solo, perché nel quinquennio il sub-totale relativo ad ogni singolo anno è andato regolarmente calando, per l'uno e per l'altro tipo di lavoro. Mentre - dato atteso, ma forse sottostimato – il complesso dei ricorsi di lavoro sopravvenuti presso i Tar è diminuito dai 27.000 del 1998 ai 12.000 del 2002.

Se in questo ridimensionamento ha giocato più di un fattore, certo rilevante è stato il ruolo svolto dalle conciliazioni obbligatorie gestite dalle direzioni provinciali del Ministero del lavoro: nel periodo 1997-2001, sono raddoppiate da circa 40.000 a circa 80.000, con un 10% relativo al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Poco o nulla del deflazionamento del contenzioso è attribuibile all'arbitrato irrituale, regolato dal contratto collettivo nazionale quadro 23 gennaio 2001, sostanzialmente ripreso e reiterato dal successivo del 19 marzo 2003: fatto, questo, che senza dubbio deve scontare il suo ritardato e faticoso varo, ma, pur sempre, viene a confermare un radicato e diffuso atteggiamento di diffidenza verso un istituto proprio di una "cultura del terzo", estranea alla nostra tradizione e alla nostra prassi, collocato com'è a mezzo

fra le "libertà" della conciliazione e le "garanzie" della giurisdizione. Tanto più che qui gioca contro la peculiarità di un datore di lavoro pubblico, portato per mentalità, educazione, disciplina giuridica a saltare direttamente dalla conciliazione obbligatoria alla giurisdizione, senza passare per la tappa intermedia dell'arbitrato, come ben prova la pur rarefatta esperienza di una scarsissima disponibilità delle pubbliche amministrazioni ad accogliere le richieste di attivazione avanzate dai lavoratori.

Sorprende, a prima vista, che il più sofisticato pezzo dell'intera nuova strumentazione resa disponibile alla magistratura ordinaria, cioè il ribattezzato ricorso *per saltum* alla Corte di Cassazione, non abbia trovato il favore atteso. Non più di tanto, però, perché, in attesa di un auspicabile esame dei giudizi di primo grado, capace di approfondire il motivo sul campo, c'era da attendersi una forte ritrosia dei giudici ad attivare un procedimento articolato su un rinvio all'interpretazione autentica ed, eventualmente, su un ricorso alla Corte Suprema; e ciò sia per una nozione alta della loro competenza, sia per una comprensione pragmatica dell'esigenza delle parti ad una conclusione tempestiva.

## 14. La riforma costituzionale "permanente": dalla legge costituzionale n. 3/2001 al testo approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica

Pochi mesi dopo il varo del d.lgs. n. 165/2001, vede la luce la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 destinata a riscrivere il Titolo V della Costituzione. Ispirata alla vecchia logica di una ripartizione della competenza legislativa in base al criterio delle materie, essa la riproduce, solo invertendo la sequenza recepita nel vecchio testo; e questo, facendo propria una versione caricaturale della regola aurea del federalismo, cioè di una sovranità/legittimazione procedente dai Governi periferici verso quello centrale. Senza riprodurre una *querelle* a tutt'oggi in atto, sembra possibile riconoscere che in dottrina prevale la lettura di una distribuzione del diritto del lavoro tale da assicurare alla *competenza esclusiva dello Stato* sia il regime dei contratti e dei rapporti di lavoro, facendo leva, anzitutto, sulla etichetta «ordinamento civile» (art. 117, comma 2, lett. l) e/o su quella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, comma 2, lett. m) sia il sistema della «previdenza sociale» (art. 117, comma 2, lett. o); alla *competenza concorrente Stato-Regioni* sia il regolamento del mercato del lavoro, forzando sull'ambigua e generica denominazione «tutela e sicurezza del lavoro» (art. 117, comma 3), sia il sistema della «previdenza complementare e integrativa» (art. 117, comma 3); *alla competenza residuale delle Regioni*, il trattamento di materie non richiamate negli elenchi precedenti di cui all'art. 117, commi 1 e 2, fra cui, *par excellence,* l'orientamento e la formazione professionale. Tutto questo sembra così facile da risultare elementare, ma il criterio di distribuzione per materie si è confermato, oggi come ieri, non solo tremendamente complicato da tradurre in definizioni/contenitore non contingenti – rimesse al legislatore ordinario - e non sovrapponibili; ma anche e soprattutto di diritto e di fatto incompatibile con il principio di sussidiarietà, assai più e meglio sincronico e sintonico con l'altro criterio di attribuzione per funzioni. Tant'è che nella recente Corte cost., sentenza 25 settembre-1 ottobre 2003, n. 303 – la più elaborata e citata pronuncia in argomento – il Giudice delle leggi rende da rigido a flessibile il criterio di riparto per materie, funzionalizzandolo in ragione di un criterio di solidarietà espunto dall'art. 118, comma 1, Cost. e reso principio cardine, seppur non senza qualche salto logico e qualche rischio di rendere facilmente violabile il confine fra competenza dello Stato e, rispettivamente, delle Regioni, tutto a *pro* del primo e a scapito delle seconde.

Quel che qui interessa è la competenza regionale non tanto sul lavoro in generale, quanto sul lavoro svolto ed espletato alle dipendenze delle Regioni o dei loro Enti. Semplificando al massimo, le risposte date sono sostanzialmente due, a seconda che si mantenga ferma o meno la sequenza sopra vista circa la ripartizione della competenza. Chi lo fa, ritiene non esservi alcuna eccezione per le Regioni, perché il loro personale privatizzato ricade nel contenitore «ordinamento civile», a competenza esclusiva dello Stato: dunque il d.lgs. n. 165/2001 rimane fermo anche per loro, seppur nei limiti previsti per le Regioni a Statuto ordinario e speciale. Chi, viceversa, non lo fa, conclude nel senso di una precisa e puntuale eccezione per le Regioni, perché il loro personale, viene attratto nel contenitore "ordinamento e organizzazione amministrativa della Regione e degli Enti pubblici regionali", a competenza residuale delle regioni, argomentando a contrario dall'esplicita inclusione dell'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali» nell' art. 117, comma 2, lett. g).

Un conto è ragionare a tavolino, un conto completamente diverso è farlo nel quotidiano confronto, sicché pare auspicabile una sorta di compromesso, all'insegna dell'usato e abusato motto *in media stat virtus;* tanto più che, oggi, diversamente da ieri, quanto tenuto fuori dalla competenza esclusiva dello Stato ricade in quella non più concorrente Stato–Regioni, bensì residuale delle Regioni. Un compromesso già consumato da una parte della dottrina, che tende a distinguere fra regime del personale dirigente e non dirigente, prospettando per quest'ultimo un maggior potere di intervento del legislatore regionale, per tutto e solo per quello che risulti intrecciato e interconnesso col profilo organizzativo, questo sì, ormai attribuito *in toto* al livello regionale. Non è detto, però, che ne debba seguire alcun significativo cambiamento, dato che, ai sensi del visto art. 27 d.lgs. 165/2001, l'area di manovra delle Regioni è piuttosto ampia.

Si è detto e scritto che il problema più serio lasciato in eredità dalla riforma del Titolo V sarebbe costituito dalla rappresentanza legale a capo dell'Aran per la contrattazione nazionale, quadro, di comparto e di area. Ma se si condivide l'indirizzo mediano prescelto per le Regioni a statuto ordinario, dovrebbe concludersi che queste non potrebbero *sic et simpliciter* chiamarsi fuori dal regime vigente, pur meritevole d'essere corretto e adeguato, come per esempio dando vita a una distinta rappresentanza all'interno dell'Aran e ad una distinta contrattazione riservata alle sole Regioni.

Diverso è il discorso per le Regioni a statuto speciale, se ed in quanto si ritenga essere venuto meno il limite costituito dal rispetto delle norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica, ripreso dallo stesso art. 1, comma terzo, d.lgs. 165/2001, tanto più che questo limite era stato assunto dalla giurisprudenza costituzionale come fonte dell'obbligo per le stesse Regioni a statuto speciale «di disciplinare determinati oggetti in materia di personale con il ricorso all'accordo sindacale come strumento necessario ed alternativo alla legge (…) ovvero il presupposto dell'accordo con i sindacati in sede regionale» (Corte Cost. 18 ottobre 1996, n. 352). Non esiste a tutt'oggi un punto di vista univoco, né in dottrina, né nella giurisprudenza costituzionale fino ad ora disponibile, come ben testimoniano, da un lato, Corte Cost. n. 274/2003 (contrario alla sopravvivenza) e, dall'altro, Corte Cost. 314/2003 (favorevole).

Deve essere però sottolineato come, nel contesto di una ben prevedibile e prevista tendenza ricentralizzatrice, la Corte sia andata scoprendo e valorizzando principi di riconduzione alla sede nazionale e di uniformizzazione, quali quello già visto della sussidiarietà (art. 118, comma primo)

e della «perequazione delle risorse finanziarie» (art. 117, comma secondo, lett. e), con una ricaduta potenziale o addirittura attuale sulla *subiecta* materia (a quest'ultimo riguardo vedi corte Cost n. 2, 3, 4, 5, 12/2004 sulla legge 28 dicembre 2001, n. 448).

Il bello è che tutto questo pare riguardare un presente di poco respiro, perché mentre il nuovo Titolo V sta emettendo i primi vagiti, già il Senato della Repubblica ha licenziato in prima lettura un ben più sostanzioso e incisivo ritocco del nostro testo costituzionale. A ben guardare, il passaggio dal proporzionale al maggioritario ha reso estremamente tellurico il nostro testo costituzionale, destinato ad essere rivisitato e rivisto ad ogni cambio di maggioranza, sì da perdere il suo significato originario di grande compromesso istituzionale-politico *super partes*, per acquisirne uno congiunturale di abito su misura della coalizione volta a volta premiata dalle urne.

Solo che il cambio è in crescendo: ieri un aggiornamento del solo Titolo V, oggi un rimescolamento dell'intera seconda parte. A prescindere da un giudizio di merito, si può dire che l'aumentato ruolo riconosciuto alle Regioni tramite la costituzione di un Senato federale, è in sé per sé condivisibile; il problema dell'equilibrio fra Stato e Regioni non si risolve solo spostando più potere centrale alla periferia, secondo un primitivo criterio "spartitorio" quale quello delle materie, ma soprattutto, portando alla periferia a condividere più potere centrale, coinvolgendola direttamente e immediatamente nel processo decisionale *par excellence*, cioè quello parlamentare.

Chi vivrà vedrà, come recita un adagio popolare, ricco di una sua cinica saggezza. Per l'intanto vale la pena ritornare sul nostro art. 117, il cui comma 4, destinato alla competenza residuale/esclusiva delle Regioni verrebbe modificato riconducendovi: «a) assistenza e organizzazione sanitaria; b) organizzazione scolastica, gestione degli istituti scolastici e di formazione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche; c) definizione della parte dei programmi scolastici e formativi di interesse specifico della Regione; d) polizia locale; e) ogni altra materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato». Una variante che, come ho avuto occasione di ricordare in altro scritto, risulta assai meno eversiva e drammatica di quanto si voglia far credere, incapsulata com'è all'interno di un articolo rimasto per il resto immodificato; ma rinviando in proposito a quanto già detto; mi limito qui ad osservare come una questione rilevante per il nostro discorso potrebbe essere costituita dalla parola «organizzazione» riferita alla Sanità e alla Scuola, riproponendosi qui la stessa domanda se debba essere intesa in senso ristretto o lato, cioè limitata agli uffici o estesa anche al personale.

## 15. La nostalgia per una legislazione "dissociata": la legge delega n. 30/2003 e il d.lgs. n. 276/2003

Devono passare un paio d'anni dal d.lgs. n. 165/2001 perché veda la luce quella legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, meglio nota come "legge Biagi", che rimette in discussione la regola base della c.d. "privatizzazione del pubblico impiego": se, l'art. 2, comma 2, del primo testo pone la regola per cui la disciplina applicabile è quella privatistica generale, c.d. "comune, salvo esplicita previsione in senso diverso («i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinate dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi di lavoro subordinato dell'impresa fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto»); a sua volta l'art. 6 della seconda introduce una significativa eccezione, per cui la prevista disciplina riesce applicabile al personale delle pubbliche amministrazioni, solo se ed in quanto espressamente richiamata («le disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate»).

Un'eccezione, questa, non prevedibile neppure tenuto conto della particolare natura della tipologia regolata all'insegna della flessibilità, perché l'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, pur dedicando una distinta attenzione alle «forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale», rinviava «nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale» all'individuazione fattane «dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa»; nonché, per «la disciplina dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo» alla contrattazione collettiva nazionale, in applicazione della relativa legislazione così come successivamente modificata o integrata. D'altronde, l'esperienza evidenziata da una prima indagine, condotta dall'Aran, testimonia sì per il 2001 una percentuale ancora ridotta di rapporti flessibili, cioè circa il 15%, con una distribuzione che privilegia il tempo determinato, il *part-time* e i co.co.co. (tutti intorno al 4-5%) rispetto all'interinale e alla formazione e lavoro (entrambi presenti in percentuali irrilevanti); ma con un *trend* ascendente rispetto al 2000 (circa un 20% in più), indicato come l'anno zero, tale da far presumere che sia continuato anche in seguito, con un andamento apprezzabile, anche se significativamente inferiore a quello riscontrabile nel settore privato. Da un punto di vista più analitico e disaggregato, è possibile notare come il tempo determinato e il *part-time* trovino il loro terreno elettivo nei Ministeri; mentre i co.co.co. attecchiscono specialmente nelle Autonomie locali e nelle Università.

Non è facile capire il perché di questa eccezione; ma è presumibile che abbia giocato più di una ragione, a partire da una squisitamente politico-culturale, alimentata dalla vecchia e mai doma resistenza alla privatizzazione. Tant'è che qualche iniziativa in contro-tendenza è venuta ad emergere nello stesso torno di tempo, sia nella legislazione, come ben testimonia la l. n. 145/2002 (peraltro v. Cass., 5659/2004); sia nella giurisprudenza costituzionale o ordinaria, come ben certifica prima le sentenze della Corte cost. nn. 1/1999, 2/2001, 194/2001, 273/2002, e, poi, la Corte di Cass., sez. un., n. 15403/2003.

C'è, però, una differenza essenziale, perché la legislazione e la giurisprudenza sopra ricordate muovono verso la "ripubblicizzazione", tentata o realizzata, mentre la l. n. 30/2003 procede nel senso della "diversificazione" di una disciplina che può ben rimanere privatistica. Se così è, a giocare il ruolo principale deve essere stata qualche altra ragione meno teorica, e più pratica, come quella di essere stata la legge pensata e gestita dal Ministro del Lavoro, con una chiara e puntuale destinazione alla parte imprenditoriale, da incentivare tramite una moltiplicazione dei tipi e dei rapporti negoziali. Sicché non si trattava solo di chiamare in causa anche il Ministro della Funzione pubblica, ma anche di adattare e stemperare la valenza politica di quella destinazione; e questo con la conseguenza di un duplice sovraccarico: costituito, *il primo*, da un indurimento della resistenza sindacale, una volta che la flessibilizzazione fosse stata estesa dal settore privato a quello pubblico, anche "privatizzato", regno di una stabilità fino alla inamovibilità, coltivata in fatto pur se non sempre consacrata in diritto; rappresentato, *il secondo*, da un affinamento tecnico, tale da richiedere ulteriori apporti qualificati e tempi lunghi.

Nel cammino dalla legge delega al d.lgs. n. 276/2003, durato un semestre abbondante, la vicenda si complica e si ingarbuglia, quasi che, nel passare dai principi al dettaglio, il legislatore finisse per dubitare di una scelta iniziale così secca e rigida. Se è vero che, per onor di firma, la preclusione della prima viene ripresa e ribadita nell'art. 1, comma 2, del secondo, con formula ancor più *tranchant* («il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale»), sì da rinforzare l'idea che sia del tutto assoluta e insuperabile; è, altresì, vero che gli

articoli successivi estendono alcuni istituti, come gli artt. 54, comma 2 («i contratti di inserimento possono essere stipulati da… enti di ricerca pubblici») e 86, comma 9 («sia la disciplina della somministrazione… di lavoro a tempo determinato sia le sanzioni di cui all'art. 19» si applicano anche nei confronti della pubblica amministrazione). Non è tutto, perché, poi, lo stesso art. 86, comma 9, salva un istituto "obsoleto" solo per le pubbliche amministrazioni («esclusivamente per loro la vigente disciplina in materia di contratti di formazione e lavoro… trova applicazione»), (vedi, al riguardo anche l'art. 3, comma 63 della l. 24 dicembre 2003, n. 350).

Questo, senza tener conto che vi sono disposti i quali intervenendo a modifica parziale del precedente regime, finiscono per far coesistere fianco a fianco un regolamento di istituti come il trasferimento d'azienda e il *part-time, pro quota* comune e *pro quota* differenziato: per le pubbliche amministrazioni sopravvive *in toto* il vecchio testo; per le imprese vige un *mix* di vecchio e nuovo testo, così dando vita ad un palpabile contrasto di cui è difficile spiegare il perché e neppure è tanto facile calibrare il risultato interpretativo (v. artt. 32 e 46 d.lgs. n. 276/2003). E per finire, viene da menzionare quel che appare un *lapsus* tecnico ancor prima che un piccolo imbroglio interpretativo, cioè quell'art. 85 abrogativo, fra l'altro, della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, per cui alla lettera dovrebbe ritenersi essere l'effetto limitato ai dipendenti delle imprese, non essendone prevista esplicitamente l'estensione anche a quelli delle pubbliche amministrazioni.

Da questo *stop and go* parrebbe doversi dedurre che il legislatore delegato abbia inteso recuperare un *tot* di flessibilità anche per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, se pur con un intendimento confuso e reso in modo approssimativo, tanto da lasciarsi alle spalle un autentica girandola di fuochi d'artificio interpretativi. Ma, attenzione, proprio la regola generale dell'esclusione menzionata dall'art. 6 della l. n. 30/2003 e ripresa dall'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 276/2003, finisce per giocare per il mantenimento di una vecchia flessibilità, messa al bando dalla nuova legislazione: ne sia o meno consapevole il legislatore, quella regola esclude la "sostituzione" dei co.co.co coi lavori a progetto, sì da permetterne la sopravvivenza proprio e solo nell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, dove l'uso ne è stato e ne sarà, di fatto, se non di diritto, tanto "spregiudicato" quanto lo era fino a ieri nel lavoro alle dipendenze delle imprese, senza il rischio di alcun effetto sanzionatorio "reale". Al riguardo vale la pena di richiamare la già citata ricerca dell'Aran sugli istituti di lavoro flessibile, laddove ricorda che, ai sensi del d.lgs. n. 165/2001, art. 7, comma 6, «per esigenze con cui non possono far fronte con personale in servizio le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali ad esperti di provata competenza», sì da delimitare rigorosamente il ricorso ai co.co.co., ma, poi, la prassi applicativa rivela un uso abbastanza disinvolto, in un *continuum* procedente dai veri e propri lavori autonomi ad altri sconfinanti nei lavori subordinati.

Proprio in *articulo mortis* il legislatore delegato pare dar luogo ad un ravvedimento operoso, facendo carico a quel "convitato di Pietra" del Ministro per la funzione pubblica di convocare «le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente decreto legislativo entro sei mesi anche ai fini dell'eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia». Un impegno… a impegnare il Parlamento, se non fosse che il Dipartimento della funzione pubblica ha tentato un *escamotage* predisponendo, alla fine del mese di febbraio, un atto di indirizzo all'Aran finalizzato a by-passare il meccanismo di cui all'art. 86 dandogli un diretto e immediato sbocco contrattuale: un accordo nazionale quadro diretto a stabilire il con-

testo generale di riferimento per i contratti collettivi di comparto destinati a specificare il dettaglio in relazione alle rispettive attività istituzionali e professionalità regolate. Un disinvolto tentativo di rovesciare la gerarchia delle fonti, sì da promettere al massimo di venire al mondo vivo ma non vitale; solo che forse proprio per questo lo stesso processo gestazionale è apparso generico e approssimativo, sì da perdersi cammin facendo.

Se questo è tutto, non c'è che riprendere il titolo di una celeberrima commedia, "Aspettando Godot".

## 16. Riferimenti bibliografici essenziali

Aran, 2002 Atti del seminario *"Il sistema delle relazioni sindacali nel pubblico impiego"*, Roma, 25 giugno 2002.

AA.VV.

1999 *La giurisprudenza sul lavoro pubblico dopo la privatizzazione,* in *LPA,* 771.

2000 *Orientamenti giurisprudenziali in tema di rappresentatività sindacale e definizione dei comparti di contrattazione,* in *Arannewsletter,* 6, 20.

2001 *Il testo unico del pubblico impiego,* in *LPA,* suppl. n. 2.

2002 *Dirigenza statale e dirigenze nella pubblica amministrazione,* in *LPA,* 837.

2003 *Rappresentanza e rappresentatività nel mondo del lavoro*, in *Arannewsletter, inserto,* 3, I.

2004 *L'interpretazione del contratto collettivo*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza. Quaderni di diritto del lavoro*, 1.

Battini S., 2003 *Il personale,* in Cassese S. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo,* Tomo I, Giuffrè, Milano, 373.

Bordogna L.

1998 *Le relazioni sindacali nel settore pubblico,* in Cella G.P. Treu T. (a cura di) *Le nuove relazioni industriali: l'esperienza italiana nella prospettiva europea,* Il Mulino, Bologna, 297.

2002 (a cura di), *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni: un'indagine sull'esperienza del quadriennio 1998-2001,* Franco Angeli, Milano.

Borghesi D., 2003 *Bilanci e prospettive per l'arbitrato e la conciliazione previsti dai contratti collettivi*, in *LPA,* 6, 1057.

Carinci F.

1997 *Una riforma aperta fra contrattazione e legge (dalla tornata contrattuale 1994-1997 alla nuova legge delega),* in Carinci F. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano.

1998a *La dirigenza nella seconda fase della privatizzazione: la legge delega n. 59/1997 e i decreti legislativi nn. 396/1997 ed 80/1998,* in Carinci F. D'Orta C. (diretto da) *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi per le aree dirigenziali. Commentario,* Giuffrè, Milano, XVII.

1998b *"Costituzionalizzazione" e "autocorrezione" di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico*), in *ADL,* 1, 35.

2000 *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni,* in *ADL,* 1, 55.

2004 *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo,* in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* Ipsoa, Milano, XXIX.

Carinci F, D'Antona M., 2000 (diretto da) *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano.

Corte Costituzionale

1999 *La giustizia costituzionale nel 1998, Conferenza Stampa del Presidente Renato Granata,* Palazzo della Consulta, 22 febbraio 1999, in *www.cortecostituzionale.it.*

2000 *La giustizia costituzionale nel 1999, Conferenza Stampa del Presidente Giuliano Vassalli,* Palazzo della Consulta, 20 gennaio 2000, in *www.cortecostituzionale.it.*

2001 *La giustizia costituzionale nel 2000, Conferenza Stampa del Presidente Cesare Ruperto,* Palazzo della Consulta, 23 febbraio 2001, in *www.cortecostituzionale.it.*

2002 *La giustizia costituzionale nel 2001, Conferenza Stampa del Presidente Cesare Ruperto,* Palazzo della Consulta, 11 febbraio 2002, in *www.cortecostituzionale.it.*

2004 *La giustizia costituzionale nel 2003, Conferenza stampa del Presidente Gustavo Zagrebelsky,* 2 aprile 2004, in *www.cortecostituzionale.it.*

Corte dei Conti

2001 *Il costo del lavoro pubblico negli anni 1998 e 1999.* Relazione al parlamento prevista dall'art. 65 del decreto legislativo n. 29 del 3 febbraio 1993, Roma.

2001 *Il costo del lavoro pubblico nell'anno 2000*. Relazione al Parlamento prevista dall'art. 60 del d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001, Roma.

2002 *Relazione sul rendiconto generale dello Stato per il 2001* in *www.corteconti.it.*

2003 *Relazione sul rendiconto generale dello Stato per il 2002* in *www.corteconti.it.*

Di Cocco D., Mastrogiuseppe P., Tomasini S., 2003 (a cura di) Gli istituti di lavoro flessibile nella P.A. e nelle autonomie locali, in *Arannewsletter,* Inserto, 5, I.

Dipartimento della funzione pubblica e Istituto Guglielmo Tagliacarne, 2002 La direzione del personale nelle amministrazioni centrali dello Stato, in *www.ref-online.it/pannelli/documenti/tagliacarne.pdf.*

Forum P.A., 2003 *I numeri del pubblico impiego*, in *wwwforumpa.it.*

Garoia M., 2002 *Le Rappresentanze sindacali unitarie nel pubblico impiego. Dati a confronto anni 1998-2001,* Ufficio Relazioni sindacali ARAN, dattiloscritto.

Istituto di studi e analisi economica

2002 Rapporto annuale sull'attuazione del federalismo.

2003 Rapporto annuale sull'attuazione del federalismo.

Mainardi S., 2003 *D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego,* in *LPA*, 1069.

Matteini P., 2003 *L'accordo quadro in materia di conciliazione e arbitrato nel settore pubblico: i primi risultati,* in *LPA,* 43.

Organismo di coordinamento dei Comitati di Settore Dipartimento della Funzione Pubblica

*Documento sulle linee generali e sulle priorità dei rinnovi contrattuali 1998-2001*.

*Documento sulle linee generali e sulle priorità dei rinnovi contrattuali 2002-2005.*

Peters B. Guy, 1999 *La pubblica amministrazione: un'analisi comparata*, Il Mulino, Bologna.

Ricciardi M., 1999 *I nuovi sistemi di classificazione del personale nei rinnovi contrattuali 1998/2001*, in *LPA,* 263.

Rusciano M. Zoppoli L., 1995 (a cura di) *Lo "spazio negoziale" nella disciplina del lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna.

Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione

2000 *4° Rapporto annuale sulla formazione nella pubblica amministrazione,* in *www.sspa.it.*

2001 *5° Rapporto annuale sulla formazione nella pubblica amministrazione,* in *www.sspa.it.*

2002 *6° Rapporto annuale sulla formazione nella pubblica e sulle attività svolte nel 2002* in *www.sspa.it.*

Senato della Repubblica, 2004 *La riforma della parte II della Costituzione, Il testo approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica,* in *www.parlamento.it.*

Sgarbi L., 2004 *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici,* Cedam, Padova.

# La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva 2002/74/CE*

Massimo Pallini

1. La nuova base giuridica della tutela comunitaria dei lavoratori in caso di insolvenza del datore 372

2. L'ampliamento della nozione di "stato di insolvenza" 373

3. La compressione della discrezionalità degli Stati membri nel determinare la nozione di "lavoratore subordinato" e di "retribuzione" 377

4. Il *dies a quo* del periodo di estensione temporale della garanzia 380

5. L'insolvenza del datore con sede e/o dipendenza in altro Stato membro 382

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 19/2004

## 1. La nuova base giuridica della tutela comunitaria dei lavoratori in caso di insolvenza del datore

Con l'adozione della direttiva 2002/74[887] il legislatore comunitario è tornato, a distanza di oltre 20 anni, a occuparsi della tutela dei diritti dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, dettando modifiche non certo marginali all'originaria direttiva 80/987[888], intervenendo sia sugli ambiti di applicazione della tutela, sia sulla portata di questa, sino a mutarne le finalità ultime. Non è, infatti, per un mero atto di omaggio formale agli obiettivi di protezione sociale importati dal Trattato di Amsterdam[889] in seno al Trattato istitutivo della Comunità che la nuova direttiva modifichi lo stesso titolo della direttiva 80/987 nel senso che l'obiettivo della disciplina comunitaria in materia non sia più "*il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri*" (come appunto recitava il titolo nel suo testo originario), bensì una disciplina comune "*relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro*". Tale modifica testuale è la conseguenza necessitata della variazione della base giuridica adottata: mentre la direttiva del 1980 si fondava sulle previsioni dell'art.94 TCE (ex art.100) che permette al Consiglio CE di adottare all'unanimità direttive volte al ravvicinamento degli ordinamenti nazionali degli Stati membri in materia di regolazione e funzionamento del mercato comune, la nuova direttiva si basa, invece, sull'attuale disposto dell'art. 137 TCE che permette al Consiglio di dettare, mediante direttive approvate a maggioranza qualificata, delle prescrizioni, seppur "minimali", ma direttamente volte alla tutela e protezione delle "condizioni di lavoro". Sottolinea ulteriormente come sia mutato il bene protetto in via prioritaria rispetto alla originaria formulazione degli anni '80 il richiamo operato nel primo "considerando" della nuova direttiva alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, che all'art.7 indica tra gli obiettivi del processo di realizzazione del mercato comune quello del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini comunitari anche attraverso la regolamentazione delle procedure concernenti i licenziamenti collettivi e i fallimenti delle imprese.

È pur vero che anche a seguito della novella del 2002 l'oggetto della tutela minimale che deve essere offerta dagli Stati membri rimane sostanzialmente circoscritto alla garanzia della corresponsione da parte di un organismo nazionale delle retribuzioni maturate negli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro dai lavoratori subordinati che abbiano prestato la loro attività alle dipendenze di un datore di lavoro il cui patrimonio sia risultato incapiente per soddisfarli integralmente

---

[887] Pubblicata in GUCE n. L 270 del 8.10.2002, pag.10 e ss.; l'art.2 della direttiva ha fissato l'8 ottobre 2005 quale termine ultimo entro il quale gli Stati membri debbono conformare gli ordinamenti nazionali.

[888] In generale sulla disciplina dettata dalla direttiva 80/987 cfr. ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea,* Padova,1995, 333 e ss., GONZALEZ BIEDMA, *Insolvenza del datore di lavoro,* in BAYLOS GRAU,CARUSO,D'ANTONA,SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario,* Bologna,1996,327 e ss.; ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea,* Milano,2001,vol.II,122 e ss.; POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro,* Padova,2001,342 e ss.; CINELLI, *Diritto della previdenza sociale,* Torino,1998,293 e ss.

[889] V. sulla portata del Trattato di Amsterdam in materia di protezione sociale nell'ordinamento comunitario: BARBERA, *Dopo Amsterdam, i nuovi confini del diritto sociale comunitario,* Brescia,2000, spec. 101 e ss.; ARRIGO, *La politica sociale nel trattato di Amsterdam: una "riforma minore" destinata a crescere,*in *Dir.Lav.* 1998,I,40; FOGLIA, *La politica sociale dopo Amsterdam, ibidem*, 28; MAGNO, *Diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione Europea dopo Amsterdam, ibidem*,124; BLAINPAIN, *Il Trattato di Amsterdam e le sue conseguenze: fine del modello sociale europeo, ibidem*,13; WEISS, *Il trattato di Amsterdam e la politica sociale*, in *Dir Rel.Ind.*,1998,1,3; BIAGI, *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, *ivi*,4,437.

all'esito di una procedura concorsuale[890]. Il più ambizioso obiettivo della direttiva sotteso alla nuova base giuridica prescelta, però, non solo ha indotto il legislatore comunitario a ridisciplinare molti aspetti controversi della direttiva 80/987 nel senso di una significativa compressione dei margini di discrezionalità degli Stati membri nell'adozione della normativa nazionale di conformazione, ma è destinato ad assumere il ruolo di criterio ermeneutico fondamentale per sciogliere i nodi interpretativi che rimangono irrisolti nel nuovo testo.

La direttiva, inoltre, indica espressamente nei suoi "considerando" di porsi quale obiettivo anche quello di "consolidare" gli orientamenti giurisprudenziali espressi dalla Corte di giustizia in questi anni in merito alla portata della tutela avverso l'insolvenza del datore di lavoro offerta dall'ordinamento comunitario[891].

## 2. L'ampliamento della nozione di "stato di insolvenza"

La novità più rilevante apportata dalla direttiva 2002/74 è senza dubbio la ridefinizione della nozione dello "stato di insolvenza", che disegna l'ambito di applicazione oggettiva delle tutele. La direttiva 80/987 aveva originariamente previsto che lo stato di insolvenza del datore si realizzasse esclusivamente nelle ipotesi in cui fosse stata disposta - secondo la disciplina nazionale degli Stati membri - l'apertura di un procedimento concorsuale volto a soddisfare collettivamente i creditori, ivi compresi i lavoratori, avvalendosi del patrimonio residuo dello stesso datore. Da tale definizione derivavano due importanti conseguenze: in primo luogo, che rientrassero nell'ambito di questa disciplina soltanto quelle procedure c.d. liquidatorie, volte cioè allo spossessamento del patrimonio del datore e alla soddisfazione dei suoi creditori ai fini della chiusura e liquidazione dell'impresa; in secondo luogo, che i lavoratori alle dipendenze di datori non assoggettabili a procedure concorsuali secondo la disciplina nazionale applicabile non fossero ricompresi tra i soggetti protetti dalle tutele avverso l'inadempimento datoriale delle obbligazioni retributive e contributive offerte dalla direttiva[892].

---

[890] Come noto, l'Italia è stata condannata dalla Corte di giustizia in quanto non ha approntato entro il termine di attuazione previsto dalla direttiva 80/987 un sistema di garanzia che assicurasse automaticamente e con certezza queste spettanze minimali: cfr. Corte di giustizia 2.2.1989, C 22787, in *Foro it.*, 1992, IV,22. Il giudice comunitario ha, inoltre, affermato il diritto al risarcimento del danno patito dai cittadini che, pur essendosi trovati nelle condizioni protette dalla direttiva dopo il termine ultimo di attuazione, non abbiano potute fruire delle prestazioni previste a causa della mancata attuazione da parte del legislatore italiano: cfr. Corte di giustizia 19.11.1991, C 6/90 e C 9/90, Francovich, Bonifaci c. Repubblica italiana, in *Foro it.,* 1992,IV,146, con note di BARONE e PARDOLESI, PONZANELLI. V. al riguardo DE LUCA, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori, in caso d'insolvenza del datore di lavoro, nel diritto comunitario,* in *Foro it.,* 1992, IV,23; ZAMBELLI, *Diritto comunitario e tutela conto l'insolvenza dell'imprenditore: l'ennesima inadempienza italiana*, in *Riv.it.dir.lav.,* 1991, II,275; FOGLIA, *Tutela dei lavoratori in caso d'insolvenza dell'imprenditore e disciplina comunitaria*, in *Dir.Lav.*,1989, II,156. Il legislatore italiano ha, infine, disciplinato con il co.7 dell'art.2 del d.lgs. 27.1.1992 n. 80 le modalità di tale risarcimento facendo sostanzialmente ricorso a un'applicazione retroattiva dei criteri di concessione e di quantificazione delle prestazioni previste dallo stesso decreto legislativo e condizionandolo all'esercizio dell'azione – a pena di decadenza - entro un anno dall'entrata in vigore dello stesso.

[891] Cfr. settimo "considerando" della direttiva 2002/74.

[892] Questa esclusione non ha precluso ai legislatori nazionali di prevedere un ambito di applicazione delle tutele più ampio nella normativa statale di recepimento; in particolare il legislatore italiano ha previsto nel d.lgs. n. 80/92 di estendere la tutela dei crediti retributivi dei lavoratori offerta dalla direttiva anche a coloro che non sono alle dipendenze di un datore di lavoro che sia soggetto a procedure concorsuali qualora quest'ultimo risulti privo di garanzie patrimoniali sufficienti a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per il soddisfacimento di tali crediti (cfr, art.1 co.2): v. VALLEBONA, *La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro,* in *Riv.it.dir.lav.*,1993,I,75 e s.. Il legislatore nazionale ha invece limitato il risarcimento del danno per mancata attuazione della direttiva al solo ambito soggettivo previsto dalla direttiva, non ricomprendendovi pertanto i

La dottrina ha immediatamente rilevato e severamente criticato il carattere riduttivo della nozione di "stato di insolvenza" adottato dalla direttiva 80/987. In particolare, per il primo aspetto, questa nozione ha circoscritto la tutela dei lavoratori alla sola garanzia di una quota dei loro crediti patrimoniali pregressi, facendo proprio un approccio tipicamente tatcheriano alla soluzione delle crisi aziendali, privilegiando l'opzione liquidatoria e selettiva e abdicando, invece, a qualsivoglia funzione di sostegno dell'impresa in procedimenti amministrati o concordati volti al risanamento e conseguentemente – sul piano occupazionale – alla protezione del bene più rilevante del (durevole) mantenimento del posto e del reddito di lavoro degli stessi lavoratori ivi impiegati[893]. La direttiva 80/987 non ha escluso la possibilità degli Stati membri di disegnare un ambito di applicazione delle tutele più ampio, ricomprendendo nell'ipotesi dello "stato di insolvenza" anche le imprese assoggettate procedure che non abbiano (o quantomeno non necessariamente) una finalità dismissiva. Ad esempio, il legislatore italiano ha ricompreso tra i destinatari delle garanzie dei crediti non solo i lavoratori dipendenti da aziende assoggettate ai procedimenti concorsuali esecutivi previsti dal nostro ordinamento nazionale (fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa), ma anche l'amministrazione straordinaria di cui alla legge 3.4.1979 n. 95[894]. È indubbio, però, che la circostanza che la direttiva non ricomprendesse nel suo ambito oggettivo questa diversa tipologia di procedimenti volti a fronteggiare lo stato di crisi patrimoniale delle aziende non solo non ha incentivato, ma ha persino motivato qualche resistenza negli Stati membri, che ancora non prevedevano nell'ordinamento interno tutele analoghe, a estenderle oltre i confini tassativi imposti dalla disciplina comunitaria: d'altronde ciò avrebbe significato esporsi al pericolo, laddove la garanzia dei crediti dei lavoratori fosse assicurata da finanziamenti pubblici[895], di incorrere di una violazione del divieto di aiuti di stato a norma degli artt. 87 e 88 TCE o piuttosto, se si vuol dare una lettura ancor più realista, privarsi di un vantaggio competitivo di economicità di sistema nei confronti degli altri Stati.

Orbene, la nuova formulazione della direttiva affronta espressamente il problema e formula una nozione di "stato di insolvenza" significativamente più ampia, la quale ricomprende anche quelle ipotesi in cui "… è stata chiesta l'apertura di una procedura concorsuale fondata sull'insolvenza del datore di lavoro, prevista dalle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative di uno Stato membro, che comporta lo spossessamento parziale o totale del datore di lavoro stesso e la designazione di un curatore o di una persona che esplichi una funzione analoga"[896]. La disciplina

---

crediti insoddisfatti dei lavoratori alle dipendenze dei datori non assoggettati a procedure concorsuali prima dell'entrata in vigore dello stesso decreto legislativo (cfr. art.3 co.1). Tale differenziazione tra ambito d'applicazione della disciplina "a regime" e di quella di indennizzo per il "periodo pregresso" è stata sia ritenuta costituzionalmente legittima in quanto fondata su una ragionevole giustificazione *ratione temporis* (cfr. Corte Cost. 16.12.1998 n. 409, in *Foro.it.* 1999, I, 3144, con nota di RICCI), sia ritenuta rispettosa dell'obbligo di conforme attuazione che grava sugli Stati membri in quanto questi sono vincolati a garantire ai propri cittadini i soli diritti espressamente previsti dalla direttiva (cfr. Corte di giustizia, 3.12.1992, c 140/91, c 141/92, C 287/91 e C 279/91, Suffritti c. INPS, in *Giust. Civ.,* 1993, I,301; Corte di giustizia 9.11.1995, C 479/93, Francovich c. Repubblica Italiana, in *Racc.* 1995, I-3843).

893 V. DE LUCA, op.cit.,27 e s.

894 Prima dell'adozione del d.lgs 80/92 ci si era interrogati circa la riconducibilità o meno dei procedimenti di amministrazione straordinaria e controllata in seno alla nozione di insolvenza adottata dalla disciplina comunitaria. Cfr. VALLEBONA, op.ult.cit.,74 e s.; CIVALE, op.cit.,455.

895 Si pensi alla responsabilità solidale dello Stato italiano nel caso dei crediti assunti durante l'amministrazione straordinaria v. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale,* Torino,1995, 406.

896 Art.2 co. 1 della direttiva 80/987 come ora modificato dalla direttiva 2002/74.

comunitaria amplia in tal modo le proprie finalità rispondendo a obiettivi sia di garanzia della soddisfazione dei crediti patrimoniali dei lavoratori delle imprese in stato di insolvenza, sia di sostegno di queste laddove siano assoggettate a procedure pur sempre autoritative, ma volte al risanamento e alla prosecuzione dell'attività. La nuova direttiva prevede coerentemente - proprio perché ora interessa anche rapporti di lavoro che possono perdurare e sopravvivere allo stato (temporaneo) di insolvenza dell'impresa - che i crediti retributivi non pagati di cui l'organismo di garanzia deve assicurare la soddisfazione siano quelli maturati in un periodo che può essere non solo anteriore (come nella formulazione originaria), ma anche posteriore alla data prescelta dal legislatore come *dies a quo*[897].

Il legislatore italiano per adeguare l'ordinamento interno a questa nuova nozione di stato di insolvenza dovrà, dunque, prevedere l'applicazione della disciplina comunitaria anche ai datori di lavoro sottoposti ad amministrazione controllata, in aggiunta alla procedura di amministrazione straordinaria che – come detto - aveva già meritoriamente incluso nell'ambito di applicazione del d.lgs. 80/92 in occasione della prima (tardiva) attuazione della direttiva 80/987. La procedura di amministrazione controllata di cui all'art. 187 della legge fallimentare, infatti, risponde perfettamente alla nuova definizione di stato di insolvenza dettata dalla direttiva 2002/74: comporta, come è noto, la sospensione dell'esigibilità dei crediti per un periodo massimo di due anni nei confronti di un imprenditore che si trovi in una situazione di *"temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni"*, ma con *"comprovate possibilità di risanare l'impresa",* il quale è sottoposto - a garanzia dei creditori - alla vigilanza di un commissario giudiziale e alla direzione del giudice delegato nella gestione dell'impresa, nonché alla preventiva autorizzazione di quest'ultimo per l'adozione gli atti di straordinaria amministrazione.

Nulla, invece, viene modificato quanto alla garanzia dei crediti dei lavoratori alle dipendenze di datori che, pur in stato di insolvenza oggettiva, in base alla disciplina nazionale applicabile non sono soggetti a procedimenti concorsuali che comportano la spoliazione totale o parziale del datore della disponibilità patrimoniale e dei poteri di gestione dell'impresa. In questo caso la facoltà di una tale estensione rimane rimessa alla discrezionalità dei legislatori nazionali, anche se l'esplicita previsione di una "clausola di non regresso" preclude agli Stati che hanno già introdotto nell'ordinamento nazionale tutele più ampie (come appunto lo Stato italiano, seppur limitatamente ai crediti retributivi[898]) di abrogarle o modificarle in senso peggiorativo per i lavoratori.

Permane l'interrogativo[899] se tale esclusione dei lavoratori dipendenti da imprenditori non soggetti a procedure concorsuali (esecutive e no) possa ritenersi rispettosa del principio di parità di

---

[897] Cfr. nuovo testo dell'art. 3 comma 2.

[898] Il d.lgs. 80/92 ha esteso l'ambito di applicazione della tutela anche ai dipendenti di soggetti imprenditoriali che nel nostro ordinamento non sono soggetti a procedura concorsuale: i datori non imprenditori, i piccoli imprenditori, gli imprenditori agricoli, gli enti pubblici: cfr. art. 1 della legge fallimentare. Tale estensione non è stata operata (almeno espressamente) per le omissioni dei datori del versamento dei contributi della previdenza obbligatoria e complementare cfr. artt. 3 e 5 d.lgs. 80/92.

[899] Cfr. ARRIGO, op.cit., 126, il quale dubita della conformità al principio comunitario di parità trattamento di questa differenziazione delle tutele tra lavoratori dipendenti da datori soggetti alle procedure concorsuali e quelli dipendenti da datori che non lo sono.

trattamento[900], che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia è uno dei principi costituzionali comuni agli Stati membri che costituiscono elementi fondanti dell'ordinamento comunitario[901]. La Corte di giustizia ha risposto in senso affermativo a tale quesito in relazione al testo originario della direttiva, rilevando che questa era stata adottata appunto sulla base giuridica dell'art.100 TCE e, dunque, nell'ambito dell'esercizio dei poteri attribuiti alle istituzioni comunitarie in virtù di questa norma del Trattato "… occorre riconoscere a tali istituzioni un margine di valutazione, in particolare per quanto riguarda la possibilità di procedere ad un'armonizzazione solo per tappe, tenuto conto delle particolarità della materia oggetto del coordinamento e del fatto che l'introduzione di siffatte norme di armonizzazione è generalmente irta di ostacoli, presupponendo infatti l'elaborazione, da parte delle componenti istituzioni comunitarie, sulla base di norme nazionali disparate e complesse, di regole comuni conformi agli obiettivi sanciti dal trattato e capaci di ottenere l'accordo unanime dei membri del Consiglio"[902]. Mi sembra tuttavia che si possano ora legittimamente sollevare seri dubbi circa la validità di tali argomentazioni, una volta che queste tutele hanno trovato in seno all'ordinamento comunitario il proprio esclusivo fondamento giuridico nell'obiettivo di protezione sociale e non già in quello di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri al fine di garantire condizioni di parità di concorrenza e di funzionalità del mercato comune. Se si adotta questa nuova prospettiva di osservazione, riesce veramente arduo ravvisare una giustificazione che possa ragionevolmente dar conto – a fronte della medesima natura del credito garantito e della stessa esigenza di protezione in un equivalente stato di bisogno - della differenziazione delle tutele assicurate ai lavoratori delle imprese soggette a procedure concorsuali rispetto a quelle destinate ai dipendenti di datori nei confronti dei quali - secondo le insindacabili previsioni degli ordinamenti nazionali – tali procedure non trovano applicazione[903]. Insufficiente per sciogliere questo nodo problematico nello stesso senso prospettato in precedenza dalla Corte appare la circostanza che la nuova formulazione dell'art.2 della direttiva preveda espressamente, quasi come una sorta di sollecitazione, che nulla impedisce agli

---

[900] Cfr. Corte di giustizia 12.7.2001, C 189/01, Jippes, *Racc* 2001, I-5689; Corte di giustizia 23.11.1999, C 149/96, Portogallo c. Consiglio, *Racc,* 1999, I-8359; Corte di giustizia sent. 13.12.1994, C 360/93, SMW Winzersekt, *Racc*, 1994, I-5555.

[901] La genesi di questo orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia che ha legittimato l'importazione in seno all'ordinamento comunitario dei principi costituzionali comuni degli Stati membri si fa comunemente risalire alle sentenze Corte di giustizia 12.1.1969, C 29/1969, *Stauder c. Città di Ulm*, in *Racc*.,1969, I-419, e sent. 17.12.1970, C 11/70, *Internazionale Handelsgesellschaft,* in *Racc.*,1970, I-1125. Per quanto attiene alla natura e alla portata che i principi costituzionali comuni degli Stati membri assumono quali fonti del diritto comunitario v. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea,* Milano 1995, 26 e ss.; SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria,* Torino,1996,28 e ss.; MENGOZZI, *Il diritto delle Comunità europee,* in *Trattato di diritto commerciale,* diretto da GALGANO, Padova, vol. XV, 1990,254.

[902] punto 25 Corte di giustizia 9.11.1995, C 479/93, c.d. Francovich II, cit.

[903] Cfr. al riguardo CINELLI, *Diritto della previdenza sociale,* op.cit.,300 e s., il quale ritiene che nel nostro ordinamento costituzionale ragioni sistematiche dovrebbero indurre a ritenere applicabili le tutele previste dagli artt.3 e 5 del d.lgs 80/92, in caso di omissioni di contribuzioni di previdenza rispettivamente obbligatoria e complementare, anche ai datori nei confronti dei quali non si applicano le procedure concorsuali, sebbene il testo della norma faccia riferimento esclusivamente ai datori cui tali procedure trovano applicazione. Ravvisa anche profili di illegittimità costituzionale in tale esclusione VALLEBONA, op. cit., 83 e s. Tale questione di costituzionalità della norma secondo il canone di parità secondo il combinato disposto degli artt. 3 e 38 cost. non è stata mai sollevata dinanzi alla Corte cost. dai giudici nazionali. È stato invece sottoposto al sindacato della Corte cost. la legittimità della differenziazione tra l'esclusione dall'indennizzo per la perdita di crediti retributivi a causa della mancata attuazione nei termini della direttiva 987/80 dei lavoratori di imprese non soggette a procedure concorsuali. Come detto, la Corte ha correttamente ritenuto tale questione infondata considerato che in tal caso si trattava del risarcimento del danno che poteva essere ravvisato in un rapporto di causalità diretta con il mancato recepimento del solo disposto della direttiva e non certo della sua discrezionale attuazione estensiva operata successivamente dal legislatore italiano cfr. Corte cost. 16.12.1998 n. 409, cit.

Stati membri di estendere le tutele ad altre situazioni di insolvenza rispetto a quelle "tipizzate" dalla direttiva.

### 3. La compressione della discrezionalità degli Stati membri nel determinare la nozione di "lavoratore subordinato" e di "retribuzione"

La direttiva 80/987 ha circoscritto il suo ambito di applicazione ai crediti dei lavori subordinati rimettendo, però, agli Stati membri la qualificazione sia della nozione di "lavoratore subordinato" sia quella di "retribuzione". Questo rinvio della direttiva al diritto nazionale è stato aspramente criticato dalla dottrina, la quale ha rilevato il pericolo che in tal modo gli Stati membri potessero sostanzialmente sottrarsi all'applicazione delle previsioni minimali di tutela avvalendosi della possibilità di restringere l'ambito di applicazione della direttiva modellando a loro gradimento le nozioni di subordinazione e di retribuzione vigenti nei rispettivi ordinamenti. Aveva destato preoccupazioni di identico tenore[904] la concessione agli Stati membri della facoltà di escludere dall'ambito di applicazione delle tutele i crediti di alcune categorie di lavoratori subordinati "in funzione della natura particolare del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro"[905] oppure "in funzione dell'esistenza di altre forme di garanzia che assicurano ai lavoratori subordinati una tutela equivalente a quella che risulta dalla presente direttiva"[906].

Tali timori, osservati oggi alla luce della giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia, sebbene abbiano colto alcuni limiti indiscutibili della direttiva, appaiono tuttavia viziati da allarmismo. Il giudice comunitario, infatti, ha elevato una barriera di contenimento non facilmente valicabile, affermando il principio secondo cui le categorie che il legislatore nazionale ha la facoltà di escludere dalle tutele della direttiva – pur in presenza di una delle cause giustificatrici ivi previste – possano esser soltanto quelle previste nell'allegato della direttiva stessa[907]. In tal modo la Corte ha finito per attribuire una valenza tassativa all'enumerazione di eccezioni contenute in detto allegato e, conseguentemente, per impedire che nel diritto nazionale potessero esser sottratte all'applicazione delle tutele quelle categorie di lavoratori non denunciate in sede di approvazione della direttiva, le quali - pur caratterizzate da discipline speciali - siano comunque riconducibili al *genus* del lavoro subordinato così come qualificato nell'ordinamento di ogni Stato membro[908].

Il medesimo orientamento restrittivo è stato adottato dalla Corte con riguardo alla facoltà dei legislatori nazionali di qualificare i crediti da "retribuzione" tutelati dalla direttiva. Ad avviso del

---

[904] Cfr. POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro,* Padova 2001,344; CIVALE, *Insolvenza dell'imprenditore e tutela dei crediti di lavoro,* in *Riv.giur.lav.,* 1993, I,447 e s.

[905] L'Italia non si è avvalsa di questa possibilità, mentre vi hanno fatto ricorso Irlanda, Gran Bretagna, Grecia e Paesi Bassi.

[906] L'Italia ha fatto ricorso a tale categoria di esclusione per i "lavoratori subordinati che beneficiano delle prestazioni previste dalla vigente legislazione in materia di garanzia del reddito in caso di crisi economica dell'impresa" e per "gli equipaggi delle navi marittime"; successivamente in occasione dell'attuazione della direttiva si è parzialmente avvalsa di queste facoltà di esclusione, prevedendo all'art.2 del d.lgs 80/92 che il trattamento straordinario di integrazione salariale percepito nell'arco dei dodici mesi anteriori all'apertura della procedura concorsuale non sia cumulabile con le spettanze dovute in attuazione delle direttiva 80/987.

[907] Cfr. allegato alla direttiva 80/987.

[908] Cfr. Corte di giustizia 16.12.1993, C 334/92, Wagner Miret c. Fondo de Garantìa Salarìal, in *Not.giur.lav.*,1994,56 e ss., in cui la Corte ha ritenuto la legislazione spagnola realizzasse una non conforme attuazione della direttiva 80/987, escludendo dalla garanzia nei confronti del datore insolvente i dirigenti, sebbene questi in base al diritto nazionale fossero qualificati come lavoratori subordinati e non fossero stati indicati tra le categorie escluse nell'allegato della direttiva al momento della sua adozione.

giudice comunitario, è preclusa al legislatore nazionale la possibilità di decurtare la garanzia minimale in misura pari alle somme che – pur corrisposte al lavoratore a causa del rapporto di lavoro – non rispondono a natura propriamente retributiva secondo la nozione adottata negli ordinamenti nazionali[909].

La nuova direttiva 2002/74 lascia inalterata la competenza degli Stati membri di qualificare la nozione di "lavoro subordinato" e di "retribuzione", ma segna comunque un passo in avanti nel percorso di progressiva omogeneizzazione delle discipline nazionali che il legislatore comunitario traccia apertamente nei "considerando" della direttiva, seppur senza voler imporre soluzioni traumatiche, incompatibili nell'immediato con i contesti normativi degli Stati membri. La nuova disciplina prevede, infatti, la soppressione di tutte le ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione delle garanzie dei crediti retributivi adottate nella versione originaria dagli Stati membri "in funzione della natura particolare del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro", rimanendo in vigore due ipotesi di esclusione di rilevanza circoscritta (i lavoratori domestici e i pescatori retribuiti a percentuale) soltanto in quei diritti nazionali che avevano già adottato previsioni in tal senso, nonché le altre eccezioni contenute nell'allegato della direttiva 80/987 giustificate dalla sussistenza nell'ordinamento nazionale di altre garanzie equivalenti a quelle offerte dalla direttiva. In quest'ultima ipotesi la legittimità dell'esclusione nel diritto nazionale è condizionata all'equivalenza delle garanzie alternative offerte, condizione il cui effettivo rispetto da parte dei legislatori nazionali è comunque sindacabile sia dalla Commissione che dalla Corte di giustizia[910].

Per sgombrare il campo da qualsiasi perplessità sull'ambito soggettivo di applicazione nei confronti di tutti i lavoratori subordinati, la direttiva precisa che – sebbene già secondo la giurisprudenza della Corte non si potesse giungere a una difforme conclusione – gli Stati membri non possono escludere dal suo ambito di applicazione né i lavoratori a tempo parziale, né quelli con contratto a tempo determinato, né i lavoratori interinali, né tantomeno condizionare l'accesso alle tutele al possesso di una determinata anzianità di servizio.

Sul piano oggettivo dell'ambito di applicazione, inoltre, la direttiva ne prevede un ampliamento, precisando che tra i crediti del lavoratore da garantire debbano essere "…comprese le indennità dovute ai lavoratori a seguito dello scioglimento del rapporto di lavoro, se previste dal diritto nazionale", anticipando così le conclusioni cui, pochi mesi dopo l'adozione della novella del 2002, sarebbe giunta la Corte di Giustizia[911] sulla base, però, di un'interpretazione funzionale del disposto originario della direttiva del 1980 che trovava applicazione alla controversia decisa.

La nuova direttiva conferma la facoltà degli Stati membri di porre dei massimali alla garanzia assicurata dagli organismi nazionali al fine di evitare abusi e di assicurare la sostenibilità economica

---

[909] Cfr. Corte di giustizia 10.7.1997, C 373/95, Maso c. Inps e Repubblica italiana, in *Foro it.,* 1998, IV, 213 e ss., in cui la Corte ha ritenuto che non fosse conforme alle previsioni della direttiva 80/987 la previsione dell'art.2 co.4 del d.lgs 80/92 secondo cui la garanzia del pagamento delle ultime tre retribuzioni non sarebbe cumulabile a quanto percepito dal lavoratore a titolo di indennità di mobilità a norma degli artt.4 e 16 della legge 223/91.

[910] Cfr. Corte di giustizia 8.11.1990, C 53/88, Commissione c. Repubblica ellenica, in *Racc.*,1990, I-3917.

[911] Cfr. Corte di giustizia 12.12.2002, C 442/00, Caballero c. Fondo de Garantìa Salarial, in *Foro it.,* 2003, IV, 1, la quale prevede che tra i diritti conseguenti al rapporto di lavoro che sono ricompresi nella garanzia della direttiva debbono essere ricompresse anche le retribuzioni riconosciute a titolo di risarcimento del danno per illegittimo licenziamento.

di questo sistema di tutele. La Corte di giustizia ha rilevato come l'entità del massimale debba esser determinata dagli Stati in misura compatibile con l'obiettivo di protezione sociale perseguito dalla direttiva evitando così di vanificarne la portata[912]. Anche in questo caso il legislatore comunitario ha ritenuto di recepire nel nuovo testo tale condivisibile orientamento della Corte, precisando all'art.4 della direttiva che "tali massimali non devono essere inferiori ad una soglia compatibile con l'obiettivo sociale della presente direttiva".

Sotto quest'ultimo profilo la disciplina italiana di determinazione del massimale della garanzia non appare del tutto conforme alle previsioni della direttiva, soprattutto alla luce di tale espressa specificazione introdotta dalla novella. L'art .2 del d.lgs. n. 80/92 prevede – secondo l'interpretazione del giudice di legittimità[913] - che l'ente di garanzia sia tenuto a corrispondere al lavoratore le spettanze dovute entro un tetto pari a tre volte la misura massima del trattamento di integrazione salariale mensile e fino a concorrenza delle retribuzioni percepite nell'arco degli ultimi tre mesi, così che nulla deve esser erogato laddove, ad esempio, il lavoratore abbia percepito dal datore una sola retribuzione mensile, ma questa sia di importo più elevato del tetto massimo stabilito dalla norma. La stessa Corte di Cassazione ha da ultimo, però, iniziato a dubitare della conformità di questo sistema di determinazione del massimale alle previsioni della direttiva e ha ritenuto di dover sottoporre in via pregiudiziale la questione interpretativa alla Corte di giustizia[914]. L'avvocato generale ha depositato recentemente le sue conclusioni[915] richiedendo ai giudici di Lussemburgo di risolvere la questione nel senso della non conformità della normativa italiana alle previsioni della direttiva, argomentando nel senso che la disciplina comunitaria imporrebbe agli Stati membri di determinare in misura "assoluta" la prestazione minima assicurata dall'organismo di garanzia ai lavoratori, la quale, pertanto, dovrebbe esser insuscettibile di qualsiasi decurtazione.

La direttiva 2002/74 ribadisce l'obbligo degli Stati membri di comunicare alla Commissione i criteri in base ai quali sia stato fissato il massimale. Poiché anche nel nuovo testo della direttiva non è stata prevista alcuna sanzione in caso di omissione di questa comunicazione, occorre ritener ancor valido l'orientamento espresso dalla Corte secondo cui tale inadempimento non inficia di per sé la legittimità e l'operatività del massimale applicato dallo Stato inadempiente[916].

---

912 Cfr. Corte di giustizia, 10.7.1997, C 373/95, Maso, cit., punti 55-59; Corte di giustizia, 14.7.1998, C 125/97, Regeling c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, in *Riv.crit.dir.lav.*, 1999,175 e ss., con nota di PAPPALARDO, in cui la Corte ha chiarito che l'obiettivo previdenziale della direttiva impone di imputare i pagamenti effettuati dal datore nel periodo di riferimento della garanzia con precedenza al soddisfacimento degli eventuali crediti pregressi del lavoratore e non possono essere decurtati dalla garanzia minimale offerta dall'ordinamento nazionale in attuazione della direttiva indipendentemente da quale sia la disciplina nazionale del criterio di imputazione dei pagamenti del debitore; in senso contrario (per la soddisfazione *pro quota* di tutti i crediti retributivi del lavoratore) si era in precedenza espressa Cass. 21.2.1997 n. 1586, in *Mass.giur.lav.*,1997,575.

913 Cfr.: Cass. 3.7.2001 n. 9008 in *Foro it., Rep.*,2001, Lavoro (rapporto),1907; Cass. 10.2.2001 n. 1908, in *Giur. It.*, 2001,2028; Cass. 19.2.2000 n. 1937, in *Inform. prev.*, 2000, 814; Cass. 19.10.2000 n. 13841, in *Foro it., Rep.*,2000, Lavoro (rapporto),1266; v. però isolata nel senso contrario secondo cui le retribuzioni percepite non vadano detratte dal massimale, bensì dall'importo che sarebbe spettato al lavoratore a titolo di retribuzione per le ultime tre mensilità: Cass. 7.4.1999 n. 3382, in *Mass.giur.lav.*,1999,724.

914 V. Cass. ord. 18.1.2001 n. 38, in *Foro it., Rep.*,2001, Lavoro (rapporto),1165; la stessa questione è stata sollevata dal tribunale di Pisa e di Siena ed i relativi giudizi sono stati riuniti dinanzi alla Corte di giustizia.

915 V. Conclusioni dell'avvocato generale Stix Hackl depositate il 15.5.2003 nelle cause riunite C 19/01, C 50/01, C 84/01, INPS c/ Barsotti, Castellani, Venturi, in *http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/altridoc/c84-01.htm*.

916 Cfr. Corte di giustizia 16.7.1988, C 235/95, *AGS Assedic Pas de Calais c. Dumon,* in *Racc.*, 1998, I-4557.

Un altro profilo di possibile differenziazione sostanziale delle tutele offerte ai lavoratori nei diversi Stati membri, che la nuova direttiva ha colpevolmente lasciato invariato, si ravvisa nella facoltà attribuita agli ordinamenti nazionali di escludere dalla garanzia approntata il pagamento dei contributi dovuti secondo i regimi interni di sicurezza sociale o dei regimi di previdenza complementare[917]. La direttiva assicura che tali omissioni non incidano negativamente sul diritto del lavoratore alle prestazioni previdenziali e assicurative offerte dai regimi nazionali soltanto a condizione che e nella misura in cui i contributi a carico del lavoratore siano stati effettivamente trattenuti dalle retribuzioni corrisposte[918]. Rimangono, pertanto, privi della garanzia dell'automaticità delle prestazioni di sicurezza sociale tutte quelle ipotesi di lavoro irregolare e sommerso in cui tali trattenute non vengono operate e il lavoratore si trova in uno stato di debolezza contrattuale e sociale tale che non gli consente di denunciare l'omissione datoriale[919].

## 4. Il *dies a quo* del periodo di estensione temporale della garanzia

Come ho già sottolineato, la nuova direttiva, prevedendo che lo stato di insolvenza che legittima l'applicazione delle tutele dei crediti dei lavoratori si realizzi anche nell'ipotesi dell'apertura di procedure concorsuali prive di finalità liquidatorie, nelle quali l'attività di lavoro sia destinata a continuare, ha opportunamente previsto che il periodo di garanzia possa essere non soltanto anteriore ma anche posteriore a "una data determinata dagli Stati membri". La nuova formulazione dell'art. 4 della direttiva conferma l'estensione dell'arco temporale minimo da prendere in considerazione per individuare le retribuzioni dei lavoratori oggetto della garanzia e cioè: le retribuzioni maturate per lo meno negli ultimi tre mesi entro un periodo di riferimento che non può essere inferiore a sei mesi oppure in alternativa, qualora tale periodo di riferimento sia esteso dal legislatore nazionale a diciotto settimane, le retribuzioni delle otto settimane più favorevoli per il lavoratore. È stata invece abrogata la previsione che rimetteva agli Stati membri la scelta fra tre date alternative predeterminate rispetto alle quali far decorrere a ritroso il periodo di operatività della garanzia: a) la data dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro[920]; b) quella del preav-

---

[917] Cfr. art 6 della direttiva.

[918] Cfr. art 7 della direttiva; cfr. in senso conforme a quello qui prospettato CINELLI, op.cit.,299, il quale rileva come la garanzia minimale assicurata dalla direttiva sia circoscritta all'ipotesi in cui i contributi previdenziali siano stati trattenuti sulle retribuzioni e non versati dal datore; *contra* v. CIVALE, op.cit.,452, il quale sottolinea che si tratta di una norma di "difficile lettura" e ne propone - a mio avviso – una eccessivamente "ottimistica" secondo cui gli Stati membri avrebbero la facoltà di escludere la tutela solo per quelle ipotesi in cui non sia imposto un obbligo contributivo alle parti: ad es. le ipotesi di fiscalizzazione della previdenza pubblica o di sostituzione di questa con la previdenza complementare.

[919] Il dlgs. 80/92 ha condizionato l'accreditamento o il versamento dei contributi rispettivamente al regime di previdenza obbligatoria per l'invalidità la vecchiaia e i superstiti e ai regimi di previdenza complementare non alla effettuazione della trattenuta salariale, ma alla sola prova dell'effettiva sussistenza e durata del rapporto di lavoro, nonché alla misura della retribuzione. Correttamente è stato rilevato come questo sistema ideato dal dlgs 80/92, sebbene estremamente garantista per molti aspetti, laddove il regime di previdenza complementare sia costituito da un fondo aziendale la garanzia del versamento dei contributi, non è invece in grado di assicurare al lavoratore il diritto alle prestazioni previdenziali maturate o in corso di maturazione come imporrebbe l'art. 8 della direttiva; v. VALLEBONA,op.cit.,85 e s.; CIVALE, op.cit., 453; DE LUCA, op.cit.,34; CINELLI, op.cit.,301.

[920] Il legislatore italiano ha adottato tra quelle possibili come date di decorrenza quella sub a) prevedendo all'art.2 co.1 del d.lgs 80/92 che "*Il pagamento effettuato dal Fondo di garanzia ai sensi dell'art.1 è relativo ai crediti di lavoro, diversi da quelli spettanti a titolo di trattamento di fine rapporto, inerenti gli ultime tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono: a) la data del provvedimento che determina l'apertura di una delle procedure indicate nell'art.1 comma 1; b) la data di inizio dell'esecuzione forzata;*

viso di licenziamento del lavoratore a causa dell'insolvenza, c) quella della cessazione del contratto o del rapporto di lavoro a causa dell'insolvenza del datore. La previsione della data di decorrenza del periodo di garanzia è ora rimessa alla sola valutazione discrezionale del legislatore nazionale che ben può individuare diversi *dies a quo.*

Questa soluzione della nuova direttiva non può definirsi una scelta felice, considerato che già con l'espressa individuazione di date di decorrenza della garanzia, definite con un certo grado di precisione nel testo della direttiva 80/987, la Corte di giustizia è stata chiamata a sindacare ai sensi dell'art. 234 (ex 177) TCE la compatibilità delle normative nazionali di conformazione e a dover elaborare delle soluzioni ermeneutiche, anche azzardate, al fine di assicurare effettività alla tutela dei diritti dei lavoratori che la direttiva intendeva garantire loro in seno agli ordinamenti nazionali. In particolare la Corte si è espressa nel senso che l'insorgere dello stato di insolvenza non debba ravvisarsi nella decisione del giudice nazionale di apertura della procedura concorsuale, ma nella proposizione della domanda giudiziale volta a questo risultato processuale, poiché il tempo - a volte assai lungo - necessario per ottenere la pronuncia giudiziale di apertura della procedura concorsuale avrebbe potuto coprire l'intero periodo della garanzia dei crediti del lavoratore e, quindi, privare la direttiva in seno all'ordinamento nazionale di qualsiasi concreta valenza[921]. Di diverso avviso sono, invece, la Corte costituzionale[922] e la Cassazione[923], che individuano il *dies a quo* nella data di apertura della procedura concorsuale, ritenendo tale soluzione non solo perfettamente conforme al tenore testuale della disciplina nazionale di attuazione, ma anche rispettosa del dettato della direttiva e in alcun modo fonte di una disparità di trattamento apprezzabile negativamente sul piano giuridico tra quei lavoratori che riescono a beneficiare pienamente della garanzia delle tre mensilità di retribuzioni (essendo incorsi in una procedura concorsuale nei confronti del loro datore aperta in tempi ristretti) e quelli, invece, che rischiano di veder vanificata la possibilità di fruire della garanzia a causa dei tempi del procedimento giudiziale (ad esempio nel caso in cui la procedura concorsuale venga aperta dall'autorità giudiziale dopo oltre dodici mesi dalla proposizione della domanda da parte dei creditori).

Sarebbe stato opportuno cogliere l'occasione della novella per far tesoro delle condivisibili indicazioni della Corte di giustizia e trasfonderle esplicitamente nella direttiva, così da sgombrare il campo dal pericolo della previsione nei diritti nazionali di diversi *dies a quo* che, anche laddove non siano in grado di annullare la garanzia della direttiva, possono comprimerla sostanzialmente e comportare un accentuarsi delle differenziazioni piuttosto che una omogeneizzazione delle tu-

---

*c) la data del provvedimento di messa in liquidazione o di cessazione dell'esercizio provvisorio ovvero dell'autorizzazione alla continuazione dell'esercizio di impresa per i lavoratori che abbiano continuato a prestare attività lavorativa, ovvero la data di cessazione del rapporto di lavoro, se questa è intervenuta durante la continuazione dell'attività dell'impresa.*

921 Cfr Corte di giustizia 10.7.1997, C 373/95, Maso, cit.; da ultimo Corte di giustizia 15.5.2003, C 160/01, Karen Mau c. Bundesanstalt fur Arbeit, in *http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/sentenze/causa160-01.htm.*

922 Cfr. Corte Cost. 9.7.1996 n. 240, in *Giust.civ.,* 1996, I, 2813.

923 Cfr. Cass. 4.6.1999 n. 5524, in *Mass.giur.lav.,*1999,1178; Cass. 20.6.1998 n. 6164, in *Foro it., Rep.,*1998, Lavoro (rapporto),1255; in senso contrario v. l'isolata sentenza: Cass. 9.2.1999 n. 1106, in *Foro it.,* 1999,I,3248 e ss., con nota di RICCI, in cui il giudice di legittimità ha ritenuto – a mio avviso del tutto correttamente – che il periodo di copertura della garanzia debba decorrere dalla data di presentazione della domanda di soddisfacimento dei crediti da parte dei lavoratori, giacché il giudice italiano è tenuto ad adottare un'interpretazione della norma nazionale di attuazione conforme alla lettura della direttiva adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Maso* e, ove tale soluzione ermeneutica non sia percorribile, a disapplicare il disposto della norma nazionale in contrasto.

tele tra gli Stati membri. L'unico antidoto disponibile per scongiurare tale pericolo risulta la previsione della "clausola di non regresso", che in ogni caso vieta agli Stati membri di riformare le discipline nazionali già in vigore in senso deteriore per i lavoratori.

## 5. L'insolvenza del datore con sede e/o dipendenza in altro Stato membro

La direttiva 80/987 non ha dettato alcun criterio utile a determinare la disciplina nazionale applicabile e la competenza degli organismi di garanzia nazionali deputati a offrire le tutele previste dalla stessa nell'ipotesi in cui la procedura concorsuale per l'insolvenza dell'impresa datrice sia aperta in uno Stato membro diverso da quello in cui il lavoratore ha prestato la sua attività di lavoro. Tale carenza della direttiva ha comprensibilmente destato sorpresa tra gli interpreti più attenti ai profili di diritto privato internazionale[924] in quanto, sebbene – come rilevato dalla stessa Corte di giustizia[925] - originariamente la direttiva non si fosse posta l'obiettivo di creare un coordinamento tra le discipline nazionali a tutela dei crediti retributivi, ma soltanto di ridurne le distanze dettando delle previsioni minimali comuni, i lavoratori che prestano la loro attività presso dipendenze o sedi secondarie di imprese multinazionali che hanno sede in altro Stato membro sono assai numerosi e destinatati ad aumentare con il progredire del processo di integrazione in seno al mercato comune.

Come era facile prevedere, dunque, la Corte di giustizia è stata investita del problema e si è pronunciata in due occasioni ma in senso parzialmente contrastante; occorre rilevare, invero, che le diverse soluzioni adottate appaiono in larga parte frutto del condizionamento che la diversità delle fattispecie esaminate ha esercitato sul ragionare della stessa Corte, conducendola a coltivare la giustizia del caso concreto, piuttosto che una salda soluzione sistematica.

Dapprima, all'esito di un procedimento[926] in cui il giudice rimettente aveva manifestato perplessità nell'individuare quale fosse l'organismo nazionale tenuto a garantire i crediti vantati da una lavoratrice che aveva prestato stabilmente attività di lavoro subordinato in uno Stato membro in cui il suo datore di lavoro non solo non aveva la propria sede, ma non aveva neppure costituito una sede secondaria registrata ai fini tributari e doganali, la Corte di giustizia ha ritenuto di scegliere quale criterio di collegamento la *lex fori concursus* e cioè – secondo le previsioni dell'art.3 della Convenzione dell'Unione europea sulle procedure di insolvenza[927] - la disciplina applicabile

---

[924] Cfr. VIARENGO, *Insolvenza del datore di lavoro e garanzia dei crediti del lavoratore nel diritto comunitario, Riv.dir.intern.priv.proc.*, 1999, 495 e s.; POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro,* Padova,2001, 345 e ss.

[925] Corte di giustizia 9.11.1995 C 479/93, *Francovich,* cit.

[926] Corte di giustizia 17.9.1997 C 117/96, *Mosbaek,* in Foro it., IV,2000,423 e ss.

[927] Convenzione firmata a Bruxelles il 23.11.1995 dagli Stati membri della Comunità europea con esclusione di Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca e ora trasfusa nel Regolamento n. 1346/2000 del 29 maggio 2000, in GUCE, n. L160 del 30.6.2000; l'art.3 della convenzione indica quale giudice competente ad aprire la procedura di insolvenza il giudice dello stato membro nel cui territorio è situato *"il centro degli interessi principali del debitore. Per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutatria"*. Allo stesso criterio presuntivo è d'altronde ispirato il criterio di competenza territoriale dettato dall'art.9 comma 1 della legge fallimentare italiana. Lo stesso art.3 della convenzione comunitaria sulla procedura di insolvenza prevede, inoltre, che il giudice di uno Stato membro diverso da quello in cui il debitore ha la propria sede possa aprire una distinta procedura *"territoriale",* che produce effetti solo limitatamente ai beni del debitore che si trovano in quel territorio, nel caso in cui quest'ultimo vi abbia una propria dipendenza e l'apertura della procedura territoriale sia richiesta da un creditore che abbia domicilio residenza o sede nello Stato membro dove ritrova la dipendenza o il cui credito derivi dall'esercizio della dipendenza. La convenzione precisa che per dipendenza deve intendersi *"qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita*

nello Stato in cui l'impresa ha la propria sede. Nella motivazione della sentenza il giudice di Lussemburgo afferma che, poiché le tutele offerte dalla direttiva 80/987 sono condizionate alla presentazione di un'istanza di apertura della procedura concorsuale volta a soddisfare i crediti dei lavoratori e all'effettiva apertura della stessa, sussisterebbe un legame indissolubile tra luogo di apertura della procedura concorsuale e competenza dell'organismo nazionale deputato ad offrire dette tutele, così che quest'ultimo non potrebbe che ravvisarsi nell'organismo approntato nello Stato membro competente anche per l'apertura della procedura concorsuale. La Corte fa trasparire implicitamente le considerazioni di opportunità che sottendono alla sua decisione quando precisa che, poiché nel caso in esame la contribuzione previdenziale (e in particolare quella per il finanziamento del sistema di tutela avverso l'insolvenza datoriale) era stata effettuata dal datore di lavoro in favore del regime nazionale in cui aveva la propria sede, sia coerente ritenere che quest'ultimo debba esser tenuto a corrispondere le spettanze al lavoratore senza operare un'irrazionale dissociazione tra ente di garanzia che ha fruito della contribuzione ed ente che deve offrire le prestazioni, anche perché la direttiva non ha previsto alcun sistema di compensazione e di rimborso dei pagamenti fra gli enti di garanzia dei vari Stati membri[928].

A breve distanza di tempo la Corte ha parzialmente corretto il tiro[929], ravvisando quale ente competente per il pagamento delle spettanze dovute ai lavoratori quello dello Stato in cui questi hanno esercitato la loro attività di lavoro presso una succursale o una sede secondaria dell'impresa, anche se quest'ultima abbia la propria sede principale in altro Stato membro nel quale sia stata aperta la procedura concorsuale[930]. Invero la Corte è giunta a tale condivisibile conclusione sulla base di un percorso argomentativo eccessivamente laconico e in larga parte insoddisfacente nel merito. I giudici di Lussemburgo, infatti, hanno ritenuto di valorizzare esplicitamente la circostanza che in questo caso, a differenza della sentenza *Mosbaek,* il datore di lavoro insolvente si avvalesse di uno stabilimento ubicato nello Stato membro in cui prestavano permanentemente la loro attività subordinata i lavoratori i cui crediti erano rimasti insoddisfatti nella procedura concorsuale. Sebbene la Corte rilevi preliminarmente che la finalità sociale della direttiva debba far prediligere la competenza dell'ente di garanzia dello Stato membro in cui i lavoratori hanno prestato la loro attività in quanto "questo corrisponde, …, nella maggior parte dei casi, all'ambiente

---

*in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni"*. L'art.10 della convenzione garantisce comunque, indipendentemente da quale sia la giurisdizione nazionale competente per l'apertura della procedura concorsuale, che *"Gli effetti della procedura di insolvenza sul contratto e sul rapporto di lavoro sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro applicabile al contratto di lavoro"*. Si esprimono nel senso della competenza del giudice fallimentare del luogo dove si trova la sede dell'impresa anche per i crediti dei lavoratori a norma della convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza: SALERNO, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare,* in *Riv.dir.int.priv.proc.,*1998,5 e ss.; DORDI, *La convenzione dell'Unione europea delle procedure di insolvenza, ivi,* 1997,353 e s.

928 Cfr. punti 24 – 27 della sentenza Corte di giustizia 17.9.1997 C 117/96, *Mosbaek,* cit.

929 Corte di giustizia, sent. 16.12.1999 C 198/98, *Everson, Barrass c. Secretary of State for trade and Industry, Bell Lines Ltd*, in *Foro it*.,2000, IV,423 e ss.

930 Cfr. POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro,* cit.,346, ravvisano una linea di continuità tra le due pronunce in quanto in definitiva entrambe prescelgono quale criterio di collegamento alla legge applicabile la sussistenza o meno di una sede secondaria dell'impresa nel diverso Stato membro in cui ha prestato la propria attività il lavoratore.

sociale e linguistico che è loro familiare"[931], afferma poi che tale criterio ha una valenza meramente "supplementare" e finisce in sostanza per ravvisare quale unico elemento dirimente per la determinazione dell'ente di garanzia competente il fatto se l'impresa con sede in altro Stato membro abbia avuto o meno una sede secondaria registrata nel diverso Stato in cui sono stati impiegati i lavoratori insoddisfatti nella procedura concorsuale[932].

La direttiva 2002/74 è opportunamente intervenuta a disciplinare questo aspetto problematico della individuazione dell'ente di garanzia competente nell'ipotesi di rapporti di lavoro "transnazionali"; in questo caso, però, non ha recepito la soluzione da ultimo elaborata dalla Corte di Giustizia, ma ha adottato un diverso e, a mio avviso, più corretto criterio di attribuzione della competenza. La nuova direttiva ha previsto che, qualunque sia il luogo in cui venga aperta la procedura concorsuale avverso lo stato di insolvenza del datore di lavoro, "l'organismo di garanzia competente per il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori è quello dello Stato membro sul cui territorio essi esercitano o esercitavano abitualmente il loro lavoro"[933]. La direttiva precisa altresì che l'entità della garanzia offerta ai lavoratori è disciplinata dalla legge nazionale cui è soggetto l'organismo competente.

La novella, dunque, attribuisce rilevanza dirimente al luogo in cui il lavoratore ha prestato abitualmente la propria attività di lavoro, prescindendo del tutto dall'organizzazione dell'impresa datrice e, in particolare, dalla circostanza - valorizzata invece dalla Corte nella sua giurisprudenza – se l'impresa abbia o meno una succursale o uno stabilimento nel diverso Stato membro in cui il lavoratore sia stato impiegato rispetto a quello in cui la stessa impresa abbia la sede statutaria o, comunque, il centro dei suoi interessi. Come si è detto questa soluzione adottata dalla nuova direttiva deve ritenersi pienamente condivisibile non solo perché rispondente al fine sociale della tutela offerta dall'ordinamento comunitario avverso l'insolvenza del datore di lavoro, permettendo al lavoratore di veder soddisfatti i suoi diritti nel luogo in cui ha presumibilmente risieduto per il tempo in cui ha prestato attività di lavoro alle dipendenze di quel datore, ma anche perché – a differenza della soluzione prospettata dalla Corte – risulta perfettamente coerente con il sistema di determinazione del regime di sicurezza sociale applicabile al lavoratore con rapporti di lavoro transnazionali disegnato dal Regolamento n. 1408/71. Sorprendentemente, infatti, la Corte in entrambe le pronunce adottate sul problema non si è specificamente interrogata sulla natura delle garanzie assicurate ai lavoratori dalla direttiva 80/987 e – di conseguenza - non ne ha rilevato il carattere propriamente previdenziale. La Corte Costituzionale italiana[934] e un orientamento della Cassazione (da ultimo però disatteso dalle Sezioni Unite)[935], invece, si sono espressi

---

931 Punto 22 della sentenza; VIARENGO, *Insolvenza del datore…* op.cit., 501 e s., sottolinea come non debba essere svalutata questa argomentazione giacché perfettamente in sintonia con l'obiettivo di abbattimento di tutte le barriere normative e fattuali che si frappongono all'effettività del principio di libera circolazione dei lavoratori nel mercato comune.

932 cfr. punti 23 e 24 della sentenza.

933 Art.8 bis ora aggiunto dalla direttiva 2002/74 al testo originario della direttiva 80/987.

934 Cfr. Corte Cost. 5.12.1997 n. 374, in *Riv.giur.lav.,*1998, II,390, con nota di BOER.

935 Cfr. Cass. 18.4.2001 n.5663, in *Dir.giust.*,2001, fasc.19,30; Cass. 22.5.2000 n. 5489, in *Foro it., Rep.*,2000, lavoro e previdenza (controversie),259; *contra* nel senso della natura retributiva delle spettanze garantite dal Fondo di cui alla legge n. 297 del 1982 cfr. Cass. 18.12.2001 n. 15995, in *Foro it., Rep.,*2001, Lavoro (rapporto),1609; Cass. 18.4.2001 n. 5658, in *Dir.giust.*,2001, fasc.19,28; Cass. 30.12.1999 n. 14761; in *Giust.civ. Mass.*,1999,2661; questo contrasto giurisprudenziale è stato da ultimo risolto dalle Sezioni Unite accogliendo quest'ultimo orientamento e, dunque, affermando la natura retributiva delle spettanze: cfr. Cass. SS.UU. 3.10.2002 n.

nel senso della natura previdenziale di dette garanzie in considerazione della previsione della direttiva secondo cui, sebbene gli Stati membri siano liberi di determinare in quale misura i datori di lavoro debbano contribuire al finanziamento, gli ordinamenti nazionali sono tenuti comunque ad assicurare ai lavoratori il pagamento delle prestazioni a carico degli organismi deputati indipendentemente dall'adempimento datoriale degli obblighi di contribuzione per il finanziamento del sistema di garanzia[936]. La novella, pertanto, esplicita la conclusione cui si dovrebbe egualmente giungere sul piano sistematico, dato che - al fine di individuare la disciplina legale applicabile e l'organismo competente - non bisogna interrogarsi su quale sia la legge nazionale applicabile alle obbligazioni inter-privati derivanti dal contratto di lavoro facendo ricorso ai criteri di collegamento dettati dagli artt. 3, 4 e 6 della Convenzione di Roma[937], ma assume rilievo esclusivamente il luogo dove il lavoratore ha prestato stabilmente l'attività di lavoro dovendo trovare applicazione il disposto dell'art. 13 del Regolamento n. 1408/71. Questa norma non attribuisce alcuna rilevanza alla nazionalità dell'impresa datrice o alla circostanza se questa abbia eletto una sede secondaria nel diverso Stato membro in cui operano alcuni suoi dipendenti, ma condiziona l'assoggettamento al regime previdenziale obbligatorio vigente in quest'ultimo Stato alla sola prestazione nel suo territorio di attività lavoro di natura continuativa da parte di dipendenti dell'impresa[938].

Nell'intento di assicurare la funzionalità del sistema di garanzia la novella prevede che gli Stati membri debbano adottare le misure necessarie affinché le decisioni giudiziali adottate nella procedura concorsuale aperta in altro Stato membro, prima fra tutte quella di dichiarazione dello stato di insolvenza, siano direttamente spendibili dai lavoratori nello Stato in cui hanno acceso alle prestazioni di tutela avendovi prestato la loro attività di lavoro. Al riguardo si segnala che il Regolamento sulle procedure d'insolvenza già prevede che la decisione di apertura di una procedura concorsuale produca in ogni altro Stato membro gli effetti previsti dalla legge del diverso Stato di apertura senza la necessità di alcuna altra formalità[939].

---

14220, inedita per quanto consta. Le argomentazioni spese dalle SS.UU. non appaiono – a mio avviso – pienamente convincenti e fortemente condizionate dalla circostanza che nel giudizio la Suprema Corte ha trattato congiuntamente e indifferentemente sia le spettanze garantite dai lavoratori per il trattamento di fine rapporto non corrisposto a norma della legge n. 297/82 che quelle per le ultime tra mensilità di retribuzione a norma del d.lgs n. 80/92. La Corte qualifica il meccanismo di garanzia di cui al d.lgs. 80/92 in termini di accollo *ex lege,* che lascerebbe quindi inalterata la natura giuridica delle obbligazioni accollate al Fondo; nel senso di tale qualificazione del meccanismo di garanzia si era già espresso in dottrina CINELLI, op.cit.,296. A mio avviso, però, la Corte non dà pienamente conto nella sua motivazione del fatto che il datore di lavoro sia tenuto a corrispondere durante tutta l'attività di lavoro un onere contributivo a finanziamento del Fondo, che – soprattutto - il d.lgs. preveda un termine prescrizionale breve (1 anno) diverso da quello quinquennale previsto per i crediti retributivi, che l'art.2 comma 5 del d.lgs qualifichi espressamente le spettanze dovute ai lavoratori come "prestazioni", e, infine, che il d.lgs. garantisca sia avverso il rischio dell'inadempimento datoriale delle obbligazioni retributive ma anche di quelle contributive della previdenza obbligatoria e complementare. Per giungere alla pur corretta conclusione delle SS.UU., secondo cui gli importi dovuti ai lavoratori dal Fondo debbono essere computati secondo la disciplina propria dei crediti retributivi e quindi – in particolare – maggiorati di interessi e rivalutazione monetaria ai sensi dell'art.429 c.p.c., non è necessario affermarne la natura retributiva, ma soltanto chiarire che tali criteri di quantificazione si applicano perché l'oggetto della prestazione garantita è determinato dal decreto legislativo *per relationem* al credito retributivo insoddisfatto.

936 Cfr. art.5 della direttiva 80/987 che è rimasto integralmente invariato.

937 In q. senso anche VIARENGO, *Insolvenza del datore di lavoro …*, op.cit.,501.

938 Cfr. per tutte Corte di giustizia 10.7.1986, C 60/85, Luijten c. Raad van Arbeid, in *Racc.*,1986, I-2365;

939 Cfr. art.17 Regolamento CE n. 1346/2000.

# La certificazione dei contratti di lavoro*

Armando Tursi

1. Introduzione 387

2. La certificazione dei contratti di lavoro tra "derogabilità assistita" e qualificazione del contratto 387

3. La disponibilità assistita" nel D.Lgs. n. 276/2003: l'art. 82 e la certificazione delle rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c. 389

4. La certificazione delle rinunzie e transazioni ai diritti dei lavoratori "a progetto" (art. 68): una forma di "derogabilità assistita" ? 389

5. La certificazione come assistenza negoziale nella stipulazione del contratto, e in particolare nella stipulazione di patti in deroga a norme non inderogabili: l'art. 78, comma 4 e 5°, e l'art. 81 393

6.1. La certificazione "qualificatoria": finalità e contratti contratti certificabili 395

6.2. Gli organi abilitati 397

6.3. Natura ed efficacia giuridica dell'atto di certificazione 402

6.4.1. Certificazione e giurisdizione: il problema della cd. "indisponibilità del tipo legale" 405

6.4.2. L'impugnazione per erroneità della qualificazione 409

6.4.3. L'impugnazione per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua attuazione 409

6.4.4. L'impugnazione per vizi della volontà e il problema dell'errore di diritto 410

6.4.5. L'impugnazione per eccesso di potere o vizi procedimentali 411

6.5. L'efficacia della certificazione ai fini probatori e delle spese processuali 413

6.6. L'efficacia della certificazione ai fini della preclusione di contestazioni da parte dei terzi 415

7. Rilievi conclusivi 416

---

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 19/2004

## 1. Introduzione

L'istituto della "certificazione dei contratti di lavoro", introdotto dal titolo VIII del D.lgs. n. 276/2003, oltre a costituire una assoluta novità per il diritto del lavoro italiano, rivela all'analisi giuridica profili di notevole complessità.

Si tratta, intanto, di materia caratterizzata da una spinta interdisciplinarietà: se compete primariamente al diritto del lavoro l'analisi della *ratio* e delle finalità di politica del diritto che alla certificazione dei contratti di lavoro sono assegnate (nonché, in collaborazione con sociologi ed economisti del lavoro, la valutazione anche predittiva dei suoi effetti sul sistema di regolazione dei rapporti di lavoro e del mercato del lavoro), è dal diritto amministrativo che devono attingersi gli strumenti concettuali necessari per pervenire all'esatta focalizzazione della sua natura e dei suoi effetti giuridici, come pure dei rimedi esperibili sul piano della giurisdizione amministrativa (v. art. 80, comma 5°). Un ruolo per nulla secondario nell'opera di razionalizzazione e sistematizzazione dell'istituto, va infine riconosciuto agli studiosi del processo civile, se si conviene che gli effetti della certificazione dei contratti di lavoro sono concretamente apprezzabili soprattutto alla luce dei rimedi esperibili sul piano del processo civile, in particolare tramite l'azione intesa a contestarne l'erroneità ovvero la difformità rispetto alla situazione reale certificata (art. 80, comma 1°, 1° periodo); senza dimenticare l'azione delle "parti", intesa a far valere i "vizi del consenso" (art. 80, comma 1°, 2° periodo).

Tuttavia, non è quello della interdisciplinarietà il profilo più problematico.

La complessità analitica della certificazione dei contratti di lavoro si coglie appieno se se ne considera l'oggetto tipico, normativamente individuato nella "qualificazione" di una serie numerosa, benché non esaustiva, di contratti di lavoro, di natura subordinata o autonoma, contestualmente introdotti o rivisitati dal D.lgs. n. 276/2003: ciò chiama in causa uno dei problemi fondativi della scienza giuridica civilistica: quello del rapporto tra volontà negoziale, fattispecie negoziale, qualificazione, effetti giuridici.

La complessità dell'oggetto d'analisi giustifica un approccio che, pur sempre riconducibile a quello "tecnico-esegetico", da un lato non rifiuti aprioristicanente di prendere in considerazione l'ipotesi che il legislatore possa avere talvolta perduto il pieno dominio di tutte le connessioni sistematiche coinvolte, o addirittura che possa avere parzialmente fallito nel tradurre normativamente la sua intenzione riformatrice; dall'altro, si impegni pure a vagliare gli equivoci e i fraintendimenti talora affioranti nello stesso dibattito scientifico.

## 2. La certificazione dei contratti di lavoro tra "derogabilità assistita" e qualificazione del contratto

Di certificazione dei contratti di lavoro nel D.lgs. n. 276/2003 si parla in più parti - anche al di fuori del titolo VIII, espressamente dedicato alle "procedure di certificazione" -, e con significati anche diversi da quello consacrato negli artt. 75, 83 e 84.

In questi tre articoli, la certificazione è una procedura volontaria per la qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale, a progetto, di associazione in partecipazione, nonché in ordine alla "tipologia dei rapporti di lavoro" instaurabili nelle società cooperative alla stregua del relativo regolamento interno, e alla "distinzione… tra somministrazione di lavoro e appalto…".

Ma in altre e altrimenti dislocate disposizioni si colgono almeno tre importanti varianti funzionali della certificazione in parola, e segnatamente: a) nell'art. 68 si fa riferimento a (sedicenti) "rinunzie o transazioni" ai diritti derivanti dal capo I, relativamente ai "lavoratori a progetto", da realizzarsi "in sede di certificazione del rapporto di lavoro"; b) nell'art. 82 si stabilisce che gli "enti bilaterali" di cui all'art. 76, comma 1, lett. a) del decreto "sono competenti altresì a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 cod. civ. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti …"; c) nell' art. 81, infine, alle "sedi di certificazione di cui all'art. 75" si attribuiscono "anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali …, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro".

Sembrano così affiorare, nel testo legislativo, tutte le polivalenze semantiche, e anche tutte le ambiguità e talvolta gli equivoci, che hanno accompagnato l'istituto in esame fin dalla sua comparsa nel dibattito dottrinale, prima, e politico-legislativo, poi: in particolare, l'equivoco latente e pervicacemente riaffiorante è quello tra la certificazione come "dichiarazione valutativa sulla qualificazione del contratto", e il "sistema della volontà assistita, in cui non viene qualificata una fattispecie, ma viene convenuta dalle parti la disciplina del rapporto, anche in deroga alla normativa legale e collettiva in virtù dell'assistenza di un soggetto imparziale considerata dal legislatore sufficiente ed insindacabile garanzia di equità".

Infatti, già nello scritto dottrinale cui viene generalmente riconosciuta la primogenitura della certificazione del contratto di lavoro, si rinviene se non la posizione stessa dell'equivoco, una sorta di prima esemplificazione della sua latenza: vi si rinviene infatti l'affermazione che "il modello della volontà assistita potrebbe essere utilizzato non solo per la fissazione della disciplina del rapporto, ma anche per la preliminare scelta del tipo negoziale con particolare riferimento all'alternativa lavoro autonomo - lavoro subordinato ora regolata dalla norma inderogabile dell'art. 2094 cod. civ." (Vallebona 1992).

E di tale impostazione si trova traccia già nella prima iniziativa legislativa in materia, la cd. "bozza Biagi" del 1998, che si muove, programmaticamente, sul duplice piano della certificazione dei rapporti come mezzo di deflazione del contenzioso giudiziario, e dell'"inderogabilità relativa" delle norme lavoristiche, intesa a sua volta, in termini ampi, come strumento di flessibilizzazione delle fonti del diritto del lavoro: non solo, cioè, come derogabilità delle norme legali e contrattuali collettive a opera della contrattazione individuale "assistita", ma anche come derogabilità delle norme legali da parte della contrattazione collettiva.

Nella riforma del 2003, campeggia, nell'art. 5 della L. n. 30/2003 e poi nel titolo VIII del D.Lgs. n. 276/2003, la certificazione intesa come strumento finalizzato a "ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro".

Tuttavia, come si è anticipato, un'attenta analisi rivela tracce della certificazione riconducibile al modello della "derogabilità assistita".

Nella stessa legge delega non mancano segnali in tal senso, in almeno due punti: nel corpo della stessa norma delegante in materia di certificazione dei rapporti di lavoro, laddove (art. 5, comma 1°, lett. g) si prevede l'"attribuzione agli enti bilaterali della competenza a certificare … anche le rinunzie e transazioni di cui all' art. 2113 del c.c., a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti"; ed *extra sedem*, laddove (art. 4, n. 6) si impartisce al legislatore delegato la direttiva di prevedere il "ricorso, ai sensi dell'art. 5, ad adeguati meccanismi di certificazione della volontà delle parti contraenti", con riferimento alla disciplina del "lavoro a progetto".

### 3. La disponibilità assistita" nel D.Lgs. n. 276/2003: l'art. 82 e la certificazione delle rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c.

È dall'art. 5, comma 1°, lett. g) della legge delega che trae origine la disposizione di cui all'art. 82 del decreto, dove, riproducendosi alla lettera della norma delegante, si attribuisce agli "enti bilaterali" di cui all'art. 76, comma 1, lett. a) - e dunque con l'esclusione degli altri organi certificatori contemplati dall'art. 76 - la competenza "altresì a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse".

Si registra in questo caso, non tanto un esempio di "derogabilità assistita", quanto una variazione sul tema, ben più tradizionale, della "disponibilità assistita": una variazione, per la precisione, attinente all'ambito dei soggetti abilitati a integrare, in via conciliativa, la volontà dispositiva delle parti onde renderla inattaccabile in sede giudiziaria ai sensi degli artt. 2113, 4° c., c.c., 410 e 411 c.p.c..

Sembra, insomma, che il legislatore abbia inteso attribuire agli enti bilaterali il potere non semplicemente di dare certezza legale alla natura dispositiva delle rinunzie e transazioni di cui al 1° c. dell'art. 2113 c.c. (nel qual caso la certificazione in oggetto sarebbe pur sempre riconducibile al modello "qualificatorio"), ma di rendere inoppugnabili detti negozi, al pari di quelli stipulati nell'ambito delle conciliazioni intervenute ai sensi degli artt. 185, 410 e 411 c.p.c. (art. 2113, 4° c., c.c.).

Tale interpretazione, peraltro, offre anche una ragionevole spiegazione della limitazione della competenza in parola ai soli "organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative": gli enti bilaterali si inseriscono armonicamente nella logica e nel sistema delle conciliazioni stragiudiziali, in perfetta linea di continuità con le commissioni di conciliazione istituite "in sede sindacale", di cui all'art. 411, 3° c., c.p.c..

D'altro canto, se si trattasse di certificazione a oggetto "qualificatorio", non vi sarebbe ragione di escludere gli altri soggetti contemplati dalle lettere b) e c) dell'art. 76, 1° c., D.Lgs. n. 276/2003.

### 4. La certificazione delle rinunzie e transazioni ai diritti dei lavoratori "a progetto" (art. 68): una forma di "derogabilità assistita"?

Se quella di cui all'art. 82 è una forma di "disponibilità assistita" (o addirittura di certificazione "qualificatoria"), nel D.Lgs. 276/2003 non è assente l'eco del dibattito sviluppatosi intorno alla "derogabilità assistita": di questo istituto si trova infatti, a nostro avviso (ma per primo: Nogler 2003), traccia nell'art. 68, dove, con formulazione peraltro imprecisa ed equivoca, si stabilisce 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".

Anche questa disposizione, come e più di quella contenuta nell'art. 82, si presta a gravi rilievi di tecnica legislativa: colpisce, innanzi tutto, il contrasto tra il *nomen iuris* di "rinunzie o transazioni" prescelto per individuare gli atti negoziali certificabili, e la fase del rapporto in cui tali negozi dispositivi sono collocati; fase che, considerata la loro esperibilità "in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo VIII del D.Lgs. n. 276/2003", dovrebbe essere, almeno di regola, quella genetica.

Senonché, la distinzione, da tempo acquisita in dottrina e in giurisprudenza, tra negozi che, intervenendo nel momento genetico del rapporto in funzione di deroga a norme inderogabili, impediscono al lavoratore l'acquisizione di un diritto, e negozi che, intervenendo nel momento funzionale del rapporto, dispongono di diritti acquisiti dal titolare in virtù dell'avvenuto perfezionamento della fattispecie genetica, rende inconfigurabile l'ipotesi di "diritti" passibili di disposizione nella fase genetica del rapporto. E dunque, a meno di non restringere notevolmente l'ambito di applicazione della norma in commento, riferendola ai presumibilmente poco frequenti casi di certificazione "qualificatoria" richiesta in corso di rapporto, se ne deve desumere che impropriamente il legislatore ha evocato le *figurae iuris* della rinuncia e della transazione, intendendo invece disciplinare una forma di derogabilità assistita a norme inderogabili che disciplinano il rapporto di lavoro a progetto.

Del resto, se così non fosse, dovremmo prendere atto dell'inutilità della norma in commento anche per altra, e più drastica ragione: essa sarebbe una mera duplicazione della norma di cui all'art. 82, che, come s'è visto, già estende, sia pur limitatamente agli enti bilaterali, la competenza delle "sedi di certificazione" alle "rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del codice civile". Ed è appena il caso di ricordare che l'art. 2113 c.c., riferendosi ai "rapporti di cui all'art. 409 del codice di procedura civile", include altresì quei "rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione", nei quali l'art. 61 afferma di voler ricomprendere il "contratto di lavoro a progetto".

E anzi, l'espressa menzione dell'art. 2113 c.c. operata dall'art. 82, raffrontata con l'omessa menzione di tale articolo nell'art. 68, non può che rafforzare la tesi che identifica nelle rinunzie e transazioni di all'art. 68 delle fattispecie negoziali diverse da quelle "di cui all'art. 2113 del codice civile": delle fattispecie, cioè, solo atecnicamente definibili come "rinunzie" o "transazioni", ma in effetti riconducibili alla regolazione del rapporto in chiave di deroga a norme imperative.

Va ricordato, a tale proposito, che nella versione originaria dello schema di decreto l'art. 68 includeva un inciso secondo cui le rinunzie e transazioni ai diritti dei lavoratori a progetto potevano effettuarsi "anche in deroga all'art. 2113 del codice civile": inciso poi espunto dal testo finale.

Ci si deve chiedere quale potesse essere il significato di quell'inciso, e perché sia stato espunto.

A noi sembra che la "deroga all'art. 2113 c.c." potesse essere intesa o come possibilità di dismettere validamente diritti maturati, secondo modalità diverse da quelle previste dall'art. 2113; oppure come possibilità di dismettere diritti non ancora maturati, e cioè "futuri".

Nel primo caso, si potrebbe ritenere che lo schema di decreto alludesse alla piena validità delle rinunzie e transazioni aventi a oggetti diritti dei collaboratori a progetto, indipendentemente dall'esperimento delle procedure conciliative di cui al comma 4° dell'art. 2113 c.c., alla sola condizione che intervenissero "in sede di certificazione del rapporto di lavoro". Ma ciò non sarebbe stato molto diverso dal prevedere che le rinunzie e transazioni intervenute avanti l'organo di certificazione avessero i medesimi effetti delle conciliazioni previste dal 4° comma dell'art. 2113 c.c.; che è poi, come s'è visto, quanto prevede l'art. 82, ma limitatamente ai soli enti bilaterali.

Dunque, è più plausibile che quell'inciso intendesse riferirsi alla possibilità di dedurre nei negozi dispositivi "diritti futuri". Ma, pur senza toccare la questione teorica della configurabilità di una rinunzia in futuro, si deve convenire che la questione si atteggia in maniera diversa a seconda che

la norma attributiva del diritto di cui si "dispone" sia inderogabile o meno: deve infatti riconoscersi che "in realtà la cosiddetta rinuncia ad un diritto futuro in altro non si risolve se non nella stipulazione di un patto modificativo dell'originario assetto contrattuale, che, in quanto *contra legem*, è da considerare nullo già ai sensi dell'art. 1418 c.c.".

Se così è, l'eliminazione dell'inciso "in deroga all'art. 2113 c.c." potrebbe spiegarsi con la sua superfluità ed equivocità: l'inapplicabilità dell'art. 2113 c.c. agli atti dispositivi di "diritti futuri", infatti, discende direttamente dai principi, e l'inciso in parola avrebbe solo potuto ingenerare l'equivoco di far ritenere che l'art. 68 avesse a che fare con la materia delle rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c. (sia pure con "deroghe" attinenti agli aspetti procedurali).

Infine, e conclusivamente sul punto, va pure osservato che l'istituto di cui all'art. 68 non è incluso tra quelli ai quali l'art. 86, comma 12° attribuisce carattere "sperimentale", suscettibile cioè di riforma o abolizione all'esito di una "verifica" con le parti sociali da condursi entro 18 mesi dall'entrata in vigore del decreto: ciò conferma, ci pare, che si tratta di un istituto diverso sia dalla certificazione qualificatoria che da quella dispositiva e assistenziale di cui, rispettivamente, agli artt. 75, 81 e 82 del titolo VIII.

Tanto chiarito in merito alla portata sostanziale della norma, e prima di prendere in esame altre disposizioni del D.Lgs. n. 276/2003 in qualche maniera anch'esse evocatrici del modello della derogabilità assistita, è necessario soffermarsi su due questioni rilevanti che l'art. 68 pone: l'una attinente al suo ambito oggettivo di applicazione, ossia alla individuazione delle norme passibili di deroga assistita; l'altra attinente alla sua legittimità costituzionale in relazione a un possibile eccesso di delega.

Come s'è già osservato, benché il tema della derogabilità assistita fosse ben presente nel dibattito politico-legislativo e dottrinale che ha preceduto la riforma del 2003, nella legge delega non ve n'è traccia evidente: ribadito che la delega di cui all'art. 5 della L. n. 30/2003 riguarda la certificazione finalizzata a "ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro"; ed escluso che alla derogabilità assistita sia riferibile il "principio o criterio direttivo" di cui all' art. 5, lett. g) - attuato dall'art. 82 del decreto - , sembra effettivamente mancare il benché minimo appiglio onde legittimare la previsione, a opera del decreto delegato, di una forma di derogabilità assistita.

E se così fosse, l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. sarebbe inevitabile.

Tuttavia la Corte costituzionale ha a più riprese chiarito che "per valutare di volta in volta se il legislatore delegato abbia ecceduto" i limiti della delega, "occorre individuare la *ratio*" di quest'ultima: è necessario, insomma, tener conto "delle finalità che, attraverso i principi ed i criteri enunciati, la legge delega si prefigge con il complessivo contesto delle norme da essa poste", con la conseguenza che "la delega legislativa non fa venir meno ogni discrezionalità del legislatore delegato, che risulta più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei principi e criteri fissati nella legge delega".

Alla luce di questo quadro di principi in materia di esercizio della delega legislativa, ci sembra plausibile l'argomento addotto da un'attenta dottrina che ha individuato il possibile fondamento costituzionale della previsione di cui all'art. 68 nella specifica delega in materia di lavoro a progetto, laddove tra i principi e criteri direttivi si prevede l'attribuzione di "tutele fondamentali a

presidio della dignità e della sicurezza dei collaboratori … , anche nel quadro di intese collettive" (art. 4, n. 4, L. n. 30/2003).

All'osservazione che l'espressione "tutele fondamentali" "non indica necessariamente la via dell'inderogabilità assoluta, ma semmai … quella dell'effettività delle tutele stesse", riteniamo di poter aggiungere la notazione che anche il riferimento a un "quadro" regolamentare tracciato da "intese collettive" richiama abbastanza esplicitamente l'idea di un sistema di tutele flessibile sia quanto alle fonti (interazione tra legge e contrattazione collettiva) che quanto al regime giuridico (un "quadro" di principi prima ancora che un complesso organico di norme inderogabili): l'idea, insomma, ben presente nel "Libro bianco", della *soft law* e, in particolare, quella del rifiuto di un "intervento legislativo pesante" in materia di lavoro a progetto.

Per concludere sul punto, va rilevato che, quantunque sarebbe stata sommamente auspicabile, sul piano della tecnica legislativa e della certezza del diritto, una minore equivocità del dettato legislativo, tuttavia può formularsi un giudizio cautamente assolutorio quanto al dubbio di illegittimità costituzionale per eccesso di delega: a condizione, naturalmente, che il principio/criterio direttivo del "ricorso … ad adeguati meccanismi di certificazione della volontà delle parti contraenti", contenuto nel n. 6 dell'art. 4 della L. n. 30/2003, venga letto alla luce di quello contenuto nel n. 4, ed entrambi sullo sfondo della complessiva *ratio* della delega legislativa in materia di lavoro a progetto, quale ricostruibile anche sulla scorta dei lavori preparatori e del dibattito politico-dottrinale che ha preceduto la riforma.

Questa interpretazione, peraltro, fornisce anche una chiave interpretativa utile a fronteggiare i problemi esegetici che si pongono circa l'individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 68: non è chiaro, infatti, se, limitando l'oggetto delle "rinunzie e transazioni" ai soli "diritti derivanti dalle disposizioni del presente capo", la disposizione in commento abbia inteso escludere la derogabilità delle norme preesistenti, e solo richiamate dall'art. 66; come pure ci si è chiesti se il potere dispositivo-derogatorio di cui all'art. 68 investa i soli diritti di natura privatistica inerenti al rapporto di lavoro, o se non coinvolga anche i diritti alle prestazioni sociali contemplati da norme pubblicistiche.

Orbene, innanzi tutto devono sicuramente escludersi dal regime di derogabilità assistita le norme preesistenti che non risultino neanche richiamate dagli articoli del titolo VII. Peraltro, la distinzione tra diritti "vecchi" dei collaboratori coordinati e continuativi, e diritti "nuovi" dei lavoratori a progetto, risulta sostanzialmente sovrapponibile a quella tra diritti privatistici e diritti pubblicistici, poiché il titolo VII del D.Lgs. n. 276/2003, mentre richiama pedissequamente (e in maniera incompleta) i diritti pubblicistico-previdenziali già legislativamente riconosciuti, ne riconosce di nuovi ai lavoratori a progetto, ma solo limitatamente al rapporto privatistico col committente.

Sicché, scontata, per un verso, l'inderogabilità delle norme di tutela preesistenti e non richiamate dal titolo VII, e per l'altro, la riferibilità dell'art. 68 ai diritti privatistici previsti dalla novella legislativa, il problema della derogabilità assistita delle norme di tutela preesistenti e solo richiamate dall'art. 66 del D.Lgs. n. 276/2003 si identifica in pieno con quello, più generale, della derogabilità convenzionale delle norme attributive di diritti pubblicistici aventi a oggetto prestazioni sociali.

Ma tale derogabilità deve escludersi in radice, in virtù del vincolo costituzionale gravante sull'autonomia negoziale in materia di previdenza pubblica, derivante dal carattere necessitato della protezione adeguata a fronte degli eventi previsti dall'art. 38 Cost.: vincolo che, come esclude la genesi negoziale del rapporto previdenziale (cd. "autonomia" del rapporto giuridico previdenziale

rispetto al rapporto di lavoro), così esclude la possibilità di una sua regolazione autonoma a opera dei destinatari della tutela.

A ben vedere, però, non è necessario invocare l'argomento della "interpretazione secondo costituzione", essendo sufficiente richiamare l'interpretazione sopra illustrata dell'art. 68 come norma che introduce "tutele fondamentali a presidio della dignità e della sicurezza dei collaboratori, con particolare riferimento a maternità, malattia e infortunio, nonché alla sicurezza nei luoghi di lavoro", secondo la previsione dell'art. 4, n. 4 della legge delega. Ci si avvedrà, allora, che "gravidanza, malattia e infortunio", e "sicurezza e igiene del lavoro", sono esattamente le materie in cui operano i nuovi diritti privatistici introdotti dall'art. 66; mentre sono sicuramente riconducibili al principio direttivo della tutela della "dignità e della sicurezza" dei collaboratori a progetto, le altre norme di tutela privatistica di cui agli artt. 63, 64, 65 del decreto.

Va infine chiarito che la portata flessibilizzatrice della norma in esame non investe le fattispecie di libera derogabilità *in peius* a opera dell'autonomia individuale, contemplate, come si vedrà, in numero non esiguo dalle disposizioni del capo I del titolo VII: in questi casi il modello di flessibilità regolativa che si propone è semplicemente quello della derogabilità "non assistita".

## 5. La certificazione come assistenza negoziale nella stipulazione del contratto, e in particolare nella stipulazione di patti in deroga a norme non inderogabili: l'art. 78, comma 4 e 5°, e l'art. 81

Completata l'analisi dell'art. 68, e prima di intraprendere l'esame della certificazione "qualificatoria", è opportuno indugiare ulteriormente sulla presenza incombente della "derogabilità assistita" nel corpo della riforma, prestando qualche attenzione ad almeno altre due disposizioni in qualche maniera evocatrici di quell'idea.

Nell'art. 78, c. 4, riprendendo analoghe previsioni del "progetto Biagi" del 1998, si prevede l'adozione, a mezzo di un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di "codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi"; "tali codici" – si precisa – "recepiscono, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

Anche in questo caso è difficile capire se si alluda alla derogabilità assistita, alla certificazione qualificatoria, o a una generica attività di assistenza nella determinazione del contenuto negoziale, senza finalità o potenzialità né derogatorie né dismissive.

Un ausilio interpretativo può tuttavia venire dalla lettura del comma successivo, ove si contempla un ulteriore decreto ministeriale recante "appositi moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale, che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro".

Scontata la natura essenzialmente "qualificatoria" della certificazione cui dovrebbero accedere i "moduli e formulari" di cui al comma 5° dell'art. 78, va notato che mentre detti "moduli e formulari" sono vincolati agli "orientamenti giurisprudenziali in materia di qualificazione del contratto di lavoro", le "buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili" sono invece vincolate ad accordi collettivi (se esistenti), e non agli "orientamenti giurisprudenziali".

Da siffatta differenziazione inerente alla natura della "fonte" (contrattazione collettiva *vs* giurisprudenza) e all'oggetto (disposizione di diritti *vs* certificazione del contratto), potrebbero astrattamente discendere tre diverse illazioni, di portata qualitativamente decrescente.

L'illazione più drastica potrebbe essere quella che individui nell'art. 78, c. 4°, un'apertura indiscriminata, benché surrettizia - o meglio nascosta tra le pieghe della legge - alla derogabilità assistita: un'apertura, cioè, non limitata ai soli rapporti di lavoro a progetto. La norma disegnerebbe un modello di derogabilità assistita condizionato "a monte" dalla previa individuazione da parte dell'autonomia collettiva (ai suoi livelli gerarchicamente e qualitativamente più elevati) delle "clausole indisponibili" (leggi: "delle disposizioni inderogabili"), secondo uno schema teorico di cui, come s'è visto, non manca traccia nel dibattito politico-legislativo e dottrinale sullo "statuto dei lavori". Ma siffatta interpretazione, oltre che forzata sul piano letterale, si rivelerebbe, per un verso, di difficile coordinabilità con l'art. 68 - almeno, se anche questa disposizione viene intesa in termini di derogabilità assistita -, e soprattutto incostituzionale per violazione dell'art. 76 Cost., stante la totale assenza, nella L. n. 30/2003, di una delega a introdurre in via generale forme di derogabilità assistita.

Una illazione meno dirompente potrebbe essere, allora, quella secondo cui le "buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili", di cui al comma 4° dell'art. 78, si riferiscono alla derogabilità assistita nei limiti in cui questa sia già *aliunde* prevista dal decreto (e dunque limitatamente al lavoro a progetto); mentre il comma 5° si riferirebbe alla certificazione "qualificatoria".

Infine, una terza e ancora più piana interpretazione potrebbe essere quella secondo cui il comma 4° si riferirebbe all'assistenza nella "determinazione del programma negoziale", di cui all'art. 81 del decreto: resterebbe tuttavia da spiegare, in tale ipotesi interpretativa, il riferimento, contenuto in entrambe le norme, "alla disponibilità dei diritti".

Da questa sconcertante incertezza è forse possibile uscire se si utilizza come "faro" interpretativo, ancora una volta, il "progetto Biagi" del 1998.

In quel documento si preconizzavano "moduli e formulari" che non si limitassero "alla mera elencazione di massime stereotipe della giurisprudenza … che poco aiutano alla fase di certificazione dei contratti", ma si spingessero fino a "… individuare dei formulari contenenti le clausole generali dei diversi contratti che, nel rispetto di una soglia di diritti indisponibili, prevedano anche la possibilità di incidere sul contenuto del contratto". L'idea, insomma, era quella della assistenza, fornita in sede di certificazione, alla negoziazione di clausole in deroga a norme non inderogabili, che si auspicava si moltiplicassero in sede di contrattazione collettiva e legislativa, anche per effetto dell'introduzione del progettato "statuto dei lavori".

In questo ordine di idee, le previsioni di cui agli artt. 78, comma 4°, e 81 (limitatamente alla previsione della "disponibilità dei diritti") si ricollegherebbero, allora, alle numerose ipotesi di derogabilità individuale *in peius* previste dal decreto, non solo in materia di lavoro a progetto, ma anche in materia di lavoro ripartito e lavoro a tempo parziale.

La differenza col modello della derogabilità assistita a norme (legali o contrattuali collettive) inderogabili (il modello – per intenderci – dell'art. 68), sarebbe chiara: in questo modello, l'assistenza della commissione di certificazione è necessaria ai fini della validità della pattuizione derogatoria; nel modello fondato sugli artt. 81 e 78, c. 4°, invece, la pattuizione derogatoria è valida

anche senza l'assistenza della commissione, cui i contraenti possono però facoltativamente rivolgersi, appunto, invocandone le "funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali … in relazione alla stipulazione del … programma negoziale … con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti …".

Va infine osservato che l'art. 81 può svolgere un'utile funzione di assistenza alle parti nella redazione del testo contrattuale, laddove vengano in rilievo contratti pei quali sia prescritta la forma scritta ai fini della prova: ed è il caso di tutti i contratti certificabili ai sensi dell'art. 75, con l'unica eccezione del contratto di associazione in partecipazione.

### 6.1. La certificazione "qualificatoria": finalità e contratti contratti certificabili

Se le funzioni dispositiva e derogatoria della certificazione sono presenti nel decreto delegato in misura superiore a quanto potesse immaginarsi alla stregua della legge delega, e anche a quanto possa apparire a una prima superficiale lettura del decreto, resta fermo che quella qualificatoria è la funzione principale e tipica dell'istituto, se non altro per la assorbente ragione che su di essa è costruita la disciplina legale.

L'istituto consiste, nella sua essenza, in una speciale imputazione soggettiva dell'operazione qualificatoria: l' "operazione logica" con cui l' "interprete afferma o nega la riconducibilità" di un concreto contratto "a un determinato tipo contrattuale", conseguentemente stabilendo "se al contratto sia applicabile la disciplina di qualche tipo, e se sì, di quale tipo", viene imputata infatti, con effetti provvisoriamente vincolanti, ad appositi organi amministrativi.

La finalità è quella di "ridurre il contenzioso in materia di qualificazione" di taluni contratti di lavoro: il problema focalizzato è dunque quello dell'eccessivo numero (e durata) delle controversie il cui oggetto sia dipendente dalla qualificazione del contratto di lavoro.

Si tratta, com'è noto, di controversie tipicamente insorgenti nella cd. "zona grigia" tra autonomia e subordinazione: una zona, cioè, in cui, per ragioni abbondantemente studiate e che non possono qui essere illustrate, si registra da tempo una tendenziale sovrapposizione funzionale tra il contratto di lavoro subordinato e modelli contrattuali caratterizzati, invece, dall'assenza del vincolo di subordinazione - essenzialmente, le cdd. "collaborazioni coordinate e continuative" - , ovvero dalla natura associativa o mutualistica (come, ad esempio, il contratto di associazione in partecipazione, o il rapporto di lavoro non subordinato intercorrente con una società cooperativa di produzione lavoro ai sensi dell'art. 1, 3° c., della L. n. 142/2001).

Questo essendo il cuore del problema, può apparire sorprendente la scelta del legislatore di non collocare il baricentro applicativo della "certificazione" esattamente sul crinale tra subordinazione e autonomia, ma di spostarlo in larga parte anche all'interno dell'area della subordinazione.

E infatti, accanto al nuovo "lavoro a progetto", risultante dalla ridefinizione restrittiva delle vecchie "collaborazioni coordinate e continuative" (artt. 61 e ss.), sono certificabili tutte le (nuove o riformate) "tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato, flessibile": il "lavoro intermittente" disciplinato dagli artt. 33 ess.; il "lavoro ripartito", disciplinato dagli artt. 41 e ss.; il "lavoro a tempo parziale", riformato in senso "flessibile" dall'art. 46.

Così come sono certificabili, *ex* art. 83, "l'atto di deposito del regolamento interno" (nonché lo stesso "contenuto del regolamento depositato") delle cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori ai

sensi dell'articolo 6 della L. n. 142/2001 …"; nonché, *ex* art. 84, i contratti di "appalto di cui all'art. 1655 del codice civile", "sia in sede di stipulazione … sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale": in questo caso, beninteso, "ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto ai sensi delle disposizioni di cui al titolo III".

Ciò che desta perplessità, è soprattutto la non immediata evidenza del rilievo che potranno avere le controversie qualificatorie relative ai contratti diversi da quello "a progetto", i quali, oltre ad essere utti di lavoro subordinato, sono pure caratterizzati (insieme allo stesso "lavoro a progetto", e salvo il contratto di appalto, che però non è un contratto di lavoro) dalla prescrizione della forma scritta *ad probationem*.

Non a caso, abbiamo precedentemente rilevato che in questo caso si staglia in primo piano, più che la funzione qualificatoria della certificazione, quella di assistenza nella redazione del testo contrattuale.

A ben vedere, in astratto non è escluso che problemi qualificatori si possano porre anche per tali contratti.

In generale, va osservato che se il giudizio qualificatorio investe la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta (o, secondo altra impostazione e linguaggio, al tipo legale), allora ridondano in questioni qualificatorie tutte quelle che attengono alla sussistenza dei presupposti o requisiti del contratto: non solo, cioè, quelle che riguardano gli "effetti essenziali" del contratto - quegli effetti, cioè, che nella loro "sintesi" disegnano la causa del contratto e dunque lo qualificano come contratto di un certo "tipo" , ma anche quegli elementi estrinseci rispetto al programma negoziale, che però siano esigiti dall'ordinamento a guisa di requisiti formali o di presupposti/condizioni di legittimità/liceità.

Orbene, in questi casi la carenza dei detti requisiti o presupposti impedirà la riconduzione al tipo negoziale pur astrattamente conforme al programma negoziale voluto, e comporterà o, come tipicamente accade nel diritto del lavoro, la riconduzione a una fattispecie diversa (la cd. "conversione" legale del contratto, meglio definita in dottrina come "imputazione automatica del tipo necessario derogato"), o, più raramente, la nullità del negozio (salvi gli effetti previsti dall'art. 2126 cod. civ.).

Per saggiare le ricadute di quanto detto sulla certificazione dei contratti di lavoro, va tuttavia considerato che non si riscontrano, tra i contratti certificabili, casi di forma scritta *ad substantiam*; mentre si riscontra un solo contratto di lavoro sottoposto a condizioni di liceità: si tratta del contratto di lavoro intermittente, che può essere validamente stipulato solo in presenza dei presupposti oggettivi (positivi e negativi) o soggettivi stabiliti dall'art. 34.

In conclusione, la certificazione "qualificatoria" si prospetta di qualche utilità essenzialmente con riferimento al lavoro a progetto, all'appalto, al lavoro intermittente; di ben scarsa se non nulla utilità negli altri casi.

A ciò si aggiunga la mancata inclusione tra i contratti certificabili del contratto di somministrazione, dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa esclusi dalla riforma ai sensi dell'art. 61, delle prestazioni "occasionali di tipo accessorio" o che "esulano dal mercato del lavoro", di cui al capo II del titolo VII, dei nuovi contratti di apprendistato e di inserimento disciplinati dal titolo VI. Per non parlare dei contratti di lavoro subordinato diversi da quelli di cui al titolo

V, a cominciare da quello *standard* a tempo pieno e indeterminato, e, *dulcis in fundo*, dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

Se ne trae l'impressione che il legislatore delegato - a costo di rischiare una violazione omissiva della delega - abbia volutamente minimizzato il campo di applicazione dell'istituto, per un verso concentrandolo sulle più rilevanti innovazioni di sistema introdotte nella regolazione tipologica dei rapporti di lavoro (il "lavoro a progetto" e le esternalizzazioni tramite appalto e somministrazione di lavoro); per l'altro affidandogli, a mò di appendice e quasi con finalità di simmetria estetica, le nuove tipologie "modulate e flessibili".

Non è certo casuale, del resto, che all'istituto in parola il legislatore abbia impresso il carattere della sperimentalità: con soluzione ancora più cauta rispetto all'indicazione della legge delega, si stabilisce infatti che, decorsi 18 mesi dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 276/2003, debba procedersi a una "verifica" tra il Ministro del lavoro e le parti sociali, circa "gli effetti delle disposizioni" contenute (tra l'altro) nel titolo VIII.

La verità è che anche nell'individuazione dei contratti certificabili si annida un'incertezza di fondo quanto alla funzione della certificazione.

Da un lato, infatti, va ribadito che i citati contratti di lavoro subordinato "non *standard*" potrebbero sollevare, più che problemi di qualificazione, opportunità di sperimentare forme di certificazione del contenuto del contratto e di derogabilità assistita.

Dall'altro, il legislatore sembra esser caduto in un sillogismo un po' scolastico, apparentemente coerente con l'idea della modulazione e ridistribuzione delle tutele lungo un *continuum* che va dall'autonomia piena alla subordinazione piena: il sillogismo, cioè, secondo il quale se si hanno "più tipi contrattuali", vi saranno "più problemi qualificatori", e dunque "più contenzioso giudiziale".

Senonché, il contenzioso qualificatorio investe essenzialmente i confini esterni della subordinazione, e non quelli interni, poiché la redistribuzione delle tutele lungo un *continuum* non implica, di per sé, e nemmeno nell'impostazione seguita dal legislatore, il superamento di quello che resta il discrimine fondamentale tra i tipi contrattuali: quello tra i tipi caratterizzati dalla presenza della subordinazione giuridica, e quelli in cui è assente tale vincolo.

### 6.2. Gli organi abilitati

L'individuazione degli organi abilitati alla certificazione appare ispirata alla massima larghezza: benché, infatti, la delega non imponesse di attribuire il potere certificatorio a tutti i soggetti ivi indicati, la scelta del legislatore delegato è stata in tal senso.

Di più: il generico riferimento, operato dall'art. 5, c. 1°, lett. b), della legge delega, alle "strutture pubbliche aventi competenze in materia", è stato salomonicamente tradotto in termini tali da non prendere posizione in ordine alla delicata questione della distribuzione delle competenze in materia tra le provincie - quali organi istituzionalmente investiti di "funzioni e compiti" in materia di mercato del lavoro, non solo alla stregua del conferimento operato dal D.Lgs. n. 469/1997, ma anche e soprattutto del ridisegno "federalista" della potestà legislativa e delle funzioni amministrative operato dal nuovo titolo V della parte II della Costituzione - e le direzioni provinciali del lavoro: le "commissioni di certificazione" possono, infatti, essere "istituite" tanto "presso" le prime, quanto "presso" le seconde (art. 76, c. 1°, lett. b).

Peraltro, il legislatore delegato mostra di considerare quello attribuito alle province alla stregua di un potere afferente a materia di legislazione esclusiva dello Stato (e dunque, in sostanza, di un potere delegato dallo Stato): infatti l'istituzione delle commissioni di certificazione presso le province, come pure presso le direzioni provinciali del lavoro, dovrà operarsi "secondo quanto stabilito da apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali" da emanarsi "entro 60 giorni dalla entrata in vigore" del decreto legislativo (termine, peraltro, ampiamente scaduto).

Senza ulteriormente approfondire la questione, ci limitiamo a rilevare un possibile, ulteriore profilo di illegittimità costituzionale attinente alla distribuzione dei poteri *lato sensu* regolamentari in materia di certificazione: il legislatore delegato pare avere ignorato che, quale che sia la distribuzione *ratione materiae* delle competenze legislative in materia, alla stregua del nuovo art. 117, c. 6°, Cost., " … le Province … hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite".

Indipendentemente dai profili costituzionali appena evocati, comunque, si pone un delicato problema di efficienza istituzionale, dovendosi condividere le preoccupazioni, da più parti avanzate, di un eccessivo "slabbramento" delle competenze in materia certificatoria, potenzialmente idoneo a generare effetti patologici di "concorrenza" tra organi deputati, invece, a produrre una maggiore "certezza" in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro: e si tratta di un rilievo che assume ancora più senso, proprio se riferito a soggetti portatori di una specifica e distinta legittimazione "politica".

Vero è che il legislatore si è programmaticamente ispirato a un disegno pluralistico e policentrico: accanto a soggetti dotati di legittimazione politica, quali quelli appena ricordati, si includono soggetti portatori di una legittimazione "sindacale" - gli "enti bilaterali", come definiti dall'art. 2, lett. h) -, e soggetti che sono invece portatori di una legittimazione "tecnica" - le "università pubbliche e private, comprese le fondazioni universitarie" -.

Non manca, peraltro, la consapevolezza dei rischi insiti in un assetto così sfilacciato: solo che, liberalmente, il rimedio è costruito in termini "premiali" anziché vincolistici.

Si prevede infatti, con norma suscettibile di auspicabile valorizzazione in sede applicativa, che le "commissioni istituite ai sensi dei commi che precedono" (tutte, quindi, e non solo quelle "disciplinate" dal decreto ministeriale) possano "concludere" (sic!) "convenzioni con le quali prevedano la costituzione di una commissione unitaria di certificazione" (art. 76, c. 3°).

Non sono, invece, a nostro avviso da condividere le critiche piovute sulla legittimazione degli "enti bilaterali", basate su una serie di argomenti - quali l'espropriazione della materia ai danni della contrattazione collettiva, il rischio di incrinare ulteriormente l'attuale stato critico dei rapporti tra le maggiori confederazioni sindacali, la carenza delle necessarie competenze tecniche in capo a detti enti - : argomenti sui quali si staglia la diffidenza di fondo, da parte in particolare della CGIL, nei confronti del "modello cooperativo incorporato", e dell'istituto stesso della certificazione, visto come tentativo di depotenziamento di una funzione per eccellenza pubblica e giudiziale, quale quella di qualificazione dei rapporti di lavoro.

In proposito, va innanzi tutto sgombrato il campo da un possibile equivoco: la previsione secondo cui gli enti bilaterali sono "organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative" (art. 2, lett. h), non può interpretarsi

nel senso che l'ente bilaterale possa essere "creato da una sola associazione ovvero da associazioni solo di datori di lavoro o solo di lavoratori". Al contrario, quella formula sta solo a significare, con evidenza anche letterale, che la necessaria bilateralità della fattispecie costitutiva è soddisfatta dalla presenza di almeno una "associazione dei datori e" di almeno una associazione "dei prestatori di lavoro", munite del previsto requisito di rappresentatività.

Si tratta infatti, "in linea di massima", di "associazioni … di associazioni sindacali e datoriali", tutt'al più con la possibile variante fondazionale: ma si tratta pur sempre di fattispecie caratterizzate dalla necessaria pariteticità degli organi di amministrazione, derivante dalla natura "bilaterale" degli enti; e senza che tale carattere possa venire in ombra in considerazione della ulteriore possibilità di "enti che contemplano come iscritti o soci le stesse imprese e i lavoratori".

In altre parole, si tratta di "organi comuni delle associazioni sindacali … cui la legge assegna … una pluralità di funzioni pubbliche - tra cui è la certificazione - … da esercitarsi congiuntamente tra le parti sociali".

Vero è che la contrattazione collettiva non costituisce, in questo caso, un presupposto necessario della fattispecie, né una fonte regolativa capace di incidere con effetti propriamente "normativi" su di essa; così come è indubbiamente consentita "l'istituzione di enti bilaterali anche in via "separata", senza la partecipazione di tutte le associazioni sindacali".

Ma davvero non troviamo in ciò nulla di eversivo rispetto alla logica delle relazioni sindacali, né di sorprendente.

Ché anzi, quanto al primo punto, la bilateralità del contratto collettivo permane intatta nella bilateralità dei centri d'interesse retrostanti al negozio costitutivo dell'ente e nella conseguente pariteticità sindacale dei suoi organi di gestione: al punto che, a ben vedere, risulta difficilmente immaginabile la costituzione di un ente bilaterale senza un previo accordo sindacale tra "una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative".

E quanto al secondo, sarebbe stato, semmai, eccessivo, al limite dell'irragionevole se non dell'assurdo, esigere la partecipazione necessaria all'accordo associativo di tutti i sindacati datoriali e dei lavoratori comparativamente più rappresentativi: se non altro perché tali sindacati, almeno nel settore privato e finora, non costituiscono un *numerus clausus ex lege*.

Semmai, va apprezzato il non interventismo legislativo, oltre che in materia di legittimazione negoziale alla costituzione delle commissioni di certificazione degli enti bilaterali, altresì in materia di livelli e procedure o modalità di costituzione e funzionamento.

Quanto ai livelli, potranno aversi commissioni con competenza territorialmente limitata ovvero nazionale, a seconda dell'ambito di riferimento del relativo ente bilaterale: e la soluzione va condivisa, in considerazione non solo del rispetto della libertà sindacale, ma altresì della maggiore praticabilità al livello territoriale di intese concertative tra i diversi ed eterogenei attori abilitati, onde pervenire a forme di coordinamento o unificazione delle commissioni di certificazione, secondo la già esaminata previsione di cui all' art. 76, c. 3°.

Al principio di libertà sindacale è chiaramente ispirata, poi, la scelta di rimettere interamente agli enti bilaterali la definizione delle modalità di costituzione e funzionamento delle commissioni di certificazione, senza prevedere il rinvio ad alcuna norma regolamentare pubblicistica.

Infine, la critica fondata sulla carenza della competenza tecnico-giuridica necessaria a operare la certificazione dei contratti di lavoro, appare focalizzata sulla sola funzione "qualificatoria", e non su quella abdicativa-transattiva, o addirittura derogatoria, dell'istituto in esame: ché anzi, proiettata su questo piano, la certificazione a cura delle commissioni promananti dagli enti bilaterali appare come la più funzionale e coerente con gli assetti esistenti in tema, ad esempio, di conciliazione stragiudiziale delle controversie individuali.

Sul punto, peraltro, ulteriori e più compiute riflessioni potranno essere svolte in sede di valutazione complessiva dell'istituto, che ci riserviamo di operare in chiusura del presente commento: in quella sede - lo anticipiamo fin d'ora - cercheremo di dimostrare che la certificazione "qualificatoria" dei contratti di lavoro va collocata non tanto nella prospettiva dell'interpretazione del diritto vigente alla stregua dei tradizionali canoni di stampo sillogistico-deduttivo, quanto nella prospettiva della *law in action* e del metodo tipologico.

Semmai, un profilo che meriterebbe di essere approfondito più di quanto consenta questo commento, è quello attinente ai risvolti sistematici della natura sindacale delle commissioni di certificazione istituite presso gli enti bilaterali: meriterebbe, per esempio, di essere esaminato il problema della ammissibilità di un accesso riservato ai soli datori di lavoro e lavoratori affiliati alle associazioni sindacali a iniziativa delle quali l'ente bilaterale sia stato costituito.

La soluzione di questo problema non ci sembra possa essere meccanicamente condizionata dalla natura "funzionale" e "delegata" del potere certificatorio, la quale, se per un verso avrebbe consentito al legislatore di imporre un'indiscriminata e universale accessibilità, senza con ciò violare il principio di libertà sindacale, per l'altro non pare essersi positivamente tradotta in un vincolo siffatto. Anzi, depone in senso contrario, oltre alla piena libertà degli enti bilaterali in materia di disciplina della costituzione e del funzionamento delle commissioni, anche e soprattutto la modalità con la quale l'art. 77 individua la competenza delle "commissione istituite a iniziativa degli enti bilaterali": è testualmente previsto che le parti debbano rivolgersi, in tal caso, alle "commissioni costituite dalle rispettive associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro". In altre parole, la competenza delle commissioni di emanazione sindacale è individuata secondo la logica negoziale-organizzativa propria delle organizzazioni sindacali: la competenza territoriale ne resta conseguentemente assorbita, venendo rimessa alle stesse strutture sindacali; laddove quella delle commissioni "provinciali" è direttamente individuata in base al criterio circoscrizionale desunto dall'art. 413 cod. proc. civ., e quella delle commissioni "universitarie" è invece di tipo aperto e diffuso.

Non le sole commissioni "sindacali", peraltro, sono state oggetto di critica da parte dottrinale e sindacale: critiche di analoga provenienza hanno investito anche le "università pubbliche e private, comprese le fondazioni universitarie".

Queste potranno "abilitarsi" all'uopo mediante "registrazione" in un "apposito albo" da istituirsi a opera del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con quello dell'istruzione dell'università e della ricerca. Siffatta abilitazione potrà avvenire e perpetuarsi a condizione che le università inviino, "all'atto della registrazione e ogni 6 mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro, con riferimento a tipologie di lavoro indicate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali".

Le funzioni certificatorie potranno svolgersi, quindi, "nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo".

Una prima perplessità, di ordine strettamente tecnico, può sollevarsi con riferimento a quest'ultima previsione: il meccanismo giuridico attraverso cui tali rapporti potranno instaurarsi non è, infatti, chiaro.

Viene richiamato l'art. 66 del d.p.r. n. 312/1980, che contempla, da un lato, la stipulazione, da parte dell'università, di "contratti e convenzioni con enti pubblici e privati", "per eseguire attività di ricerca e consulenza", e dall'altro, l'affidamento dell' "esecuzione di tali contratti" ai "dipartimenti", o qualora questi non siano costituiti, agli istituti … o a singoli docenti a tempo pieno". Dunque, nella logica del d.p.r. n. 312/1980 l'attività dei docenti viene a configurarsi quale attività istituzionale da rendersi in adempimento degli obblighi attinenti al rapporto l'impiego, sia pure con una remunerazione aggiuntiva.

L'art. 76, c. 1°, lett. c) del D.Lgs. n. 276/2003 allude invece a "rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro", e dunque a rapporti lavorativi distinti da quello d'impiego che lega il singolo docente all'Università: rapporti, con tutta probabilità, di collaborazione coordinata e continuativa, sottratti al nuovo restrittivo regime del contratto di lavoro a progetto in virtù della generale esclusione di cui all'art. 1, c. 2° del decreto.

Venendo alle critiche di merito, ci sembra basata su una concezione astratta, formalistica e burocratica della docenza universitaria quella che preconizza la sottrazione di "tempo e risorse preziosi alla ricerca e alla didattica"; e troppo pessimistica quella che teme una sorta di accondiscendenza reverenziale, o semplicemente di "pigrizia" dei giudici a fronte di certificazioni di fonte accademica.

Non possono non condividersi, invece, le preoccupazioni circa il profilarsi di situazioni di conflitto d'interesse: sia con riferimento alle attività di collaborazione istituzionale che le università e i singoli docenti possano aver attivato con soggetti interessati alla certificazione, sia e soprattutto con riferimento alle attività professionali-forensi e consulenziali sovente, e anzi normalmente svolte dai docenti-certificatori.

Come pure sembra pertinente l'obiezione che, con riferimento alle fondazioni universitarie, è stata mossa da chi ha individuato nella disposizione legislativa un profilo di eccesso di delega in relazione alla modifica surrettizia, che ne conseguirebbe, dell'assetto funzionale di tali enti, quale definito dall'art. 59, c., 3° della L. n. 388/2000 e dal d.p.r. n. 254/2001.

Per parte nostra, osserviamo che il ruolo della certificazione "accademica" può essere meglio inteso se collocato sullo sfondo della filosofia ispiratrice dell'istituto: che, lo ribadiamo, e rinviando ancora alle considerazioni finali, va a nostro avviso colta nella valorizzazione del cd. "metodo tipologico", e dunque nella fiducia (o scommessa?) che dalla "prassi", rilevata e mediata da soggetti muniti di legittimazione indifferentemente istituzionale, sindacale o scientifica, possano sorgere nuovi "indici" utili alle operazioni qualificatorie.

Sul piano pratico, non possiamo non esprimere perplessità circa l'eccessivo formalismo cartaceo che pervade la disposizione in esame, e soprattutto - ma il rilievo è più sostanziale, questa volta - sull'inopportunità che il Ministero del lavoro si riservi il ruolo di regista della sopra evocata operazione di "mediazione" tra le tipologie sociali e quelle legali, indicando d'autorità le "tipologie di lavoro" sulle quali le università dovranno applicare la loro scienza.

### 6.3. Natura ed efficacia giuridica dell'atto di certificazione

Dalla disciplina legale si ricavano, in ordine alla questione dell'inquadramento giuridico dell'istituto disciplinato dagli artt. 75 e ss., i seguenti dati: si tratta di un atto amministrativo, in quanto impugnabile (anche) avanti il TAR (art. 80, c. 5°); esso può essere emanato all'esito di un procedimento esperibile su base "volontaria", e precisamente su "istanza scritta comune delle parti del contratto di lavoro" (artt. 75, 77, c. 1°, 78, c. 1°); la sua funzione è quella di "ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro …". Se è lecito e doveroso rilevare le incertezze e le incoerenze sistematiche del legislatore, non è però lecito prescindere da queste chiare indicazioni normative.

Fin dai primi commenti dottrinali si è affermata la tesi secondo cui si tratterebbe, in particolare, di una "certazione amministrativa", esperibile su domanda congiunta delle parti del contratto da certificare.

Secondo la dogmatica amministrativa, la certazione crea direttamente e immediatamente qualificazioni giuridiche di cose o di persone, prima di esse giuridicamente inqualificate, cioè non aventi rilevanza giuridica; l'atto di certificazione dà "vita ad una realtà … per l'innanzi non già incerta, ma non esistente".

Si tratta, nella sistematica adottata da Massimo Severo Giannini, di una sottospecie degli "atti di certezza pubblica", ossia di quella classe di atti amministrativi consistenti in "dichiarazioni di rappresentazione poste in essere dalle pubbliche autorità non per fondare una verità, ma per fornire una utilità che possa essere accettata in quanto è plausibile che sia rispondente alla realtà". Nell'ambito degli atti di certezza pubblica, poi, le "certazioni" sarebbero caratterizzate dall' "effetto qualificatorio", ossia dall'idoneità a produrre un effetto "né preclusivo, né costitutivo, né dichiarativo, ma semplicemente creativo di nuove situazioni giuridiche oggettive": l'effetto cioè - per usare le parole dello stesso Giannini - della "immissione nel mondo giuridico di una nuova realtà giuridica imponendone l'uso a tutti". Pertanto, le certazioni si differenziano dai meri accertamenti, "in quanto non si limitano ad attribuire una qualità giuridica ad altra entità giuridica esistente", "bensì creano esse stesse delle qualificazioni giuridiche".

La questione è da rimettere, in via definitiva, agli amministrativisti.

Tuttavia a noi pare che si debba usare molta cautela nell'operare il facile accostamento tra l'efficacia "qualificatoria" della certazione, e la "qualificazione" del contratto di lavoro che interviene nella certificazione di cui al titolo VIII del D.Lgs. n. 276/2003.

La sostanza della certificazione dei contratti di lavoro disciplinata dal D.Lgs. n. 276/2003 è, infatti, quella della riconduzione del contratto a un determinato tipo negoziale, con l'unica particolarità che, pur non essendo compiuta da un organo giurisdizionale, s'impone coi caratteri della "certezza legale" fino all'accertamento giudiziale contrario (art. 79).

Sorge allora il dubbio che la riconduzione alla categoria delle certazioni amministrative sia frutto di equivoco tra la qualificazione intesa come "immissione nel mondo giuridico di una nuova realtà giuridica imponendone l'uso a tutti", e la qualificazione intesa come riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta prevista da una norma, e dunque, in ultima analisi, come individuazione della disciplina giuridica applicabile.

È in questa seconda accezione che la qualificazione caratterizzante la certificazione dei contratti di lavoro interviene; e con caratteri, ci pare, eterogenei rispetto all'usuale classificazione propria della teoria delle certezze pubbliche, sopra richiamata.

Nel caso della certificazione dei contratti di lavoro, infatti, la "certezza pubblica" non è riferita né all'accertamento di una preesistente qualità (come nel caso degli esami, delle verificazioni, delle collaudazioni), né all'accertamento di una nuova realtà giuridica prima inesistente (come, per es., nel caso delle dichiarazioni di acquisto e perdita della cittadinanza, della natura di bene d'interesse culturale e artistico di una cosa, dello stato di sana e robusta costituzione fisica di una persona), bensì, propriamente, alla valutazione compiuta dall'organo certificante in ordine alla qualificazione giuridica di una fattispecie negoziale, e dunque alla individuazione del diritto a essa applicabile.

Si tratta, insomma, di una attività che dal punto di vista delle operazioni logico-giuridiche necessarie a espletarla, è del tutto identica alla *iuris-dictio*, e che ha questo di peculiare (rispetto alla analoga operazione che potrebbe compiere qualunque altro soggetto): che, pur non provenendo da un organo "gius-dicente", e perciò stesso senza carattere di definitività, è munita di certezza legale, e dunque di "effetto preclusivo", tale per cui "non è possibile far circolare una diversa certezza".

E tuttavia, proprio in quanto trattasi di una "certezza legale" che è eccezionalmente attribuita a una qualificazione non giurisdizionale, la certificazione cui quell'attività dà luogo è soggetta a "verificazione" onde "render reversibile l'effetto preclusivo".

E anzi, a ben vedere non si tratta solo di questo: non si tratta, cioè, né semplicemente di rimuovere il "terribile impedimento" che si verificherebbe "ogni qualvolta la certezza legale non corrisponda alla storicità del fatto cui è data scienza", né solo di "prestare osservanza al principio dell'art. 113 Cost. (impugnabilità di ogni atto di pubblici poteri)".

Si tratta, prima ancora, di rispettare i principi fondanti dello stato di diritto, per cui "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" (art. 24, c. 1°, Cost.), e "la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario", non potendo neppure "essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali" (art. 102, comma 1° e 2°, Cost.).

La verità è che oggetto della "certificazione" in parola è una qualificazione giuridica, intesa nel significato generale e pregnante di riconduzione di una fattispecie negoziale a una fattispecie normativa; laddove la qualificazione di cui si discute con riferimento alle certazioni amministrative è un effetto, e non l'oggetto, delle certazioni amministrative.

Insomma, il contratto certificato non può essere equiparato al fatto cui la certazione ricollegherebbe "una nuova realtà giuridica prima inesistente": come se si trattasse dello stato di salute di una persona, del quale, appunto, può dirsi che, qualora non certificato, costituisca una realtà inqualificata e dunque inesistente per l'ordinamento.

Al contrario, ci sembra evidente che del contratto di lavoro "a progetto" non certificato non possa dirsi che esso sia privo della "qualità" di contratto di lavoro "a progetto", che non sia come tale "qualificabile", e che come tale "non esista".

Né si dica che la realtà inesistente cui si allude sarebbe costituita non già dal contratto in sé, bensì proprio dal contratto certificato: nelle certazioni, infatti, l'attribuzione di certezza pubblica è sempre riferita a una qualità giuridica dell'atto o situazione certificata, che viene creata dallo stesso fatto di certazione, costituendo, dunque, una realtà puramente giuridica, autonoma e preesistente rispetto alla realtà certificata (per es.: lo "stato di salute" di una persona, rispetto alla "salute in sé" della persona). Diversamente, nella "certificazione del contratto di lavoro" non si attribuisce al contratto alcuna qualità che esso non abbia già, per così dire, "in sé", ma semplicemente ci si limita ad attribuire certezza legale (reversibile) alla qualificazione giuridica (ossia all'operazione di riconduzione di un fatto concreto a una fattispecie astratta) provvisoriamente operata da un organo non giurisdizionale.

Ci sembra che solo equivocando sulle parole sia possibile confondere cose così diverse come, da un lato, l'attribuzione di una qualità giuridica a un fatto, e la sua riconduzione a una fattispecie normativa (qualificazione).

Né basta a colmare questa differenza il mero dato dell'attribuzione di "certezza", che ricorre sia nelle ipotesi di certazione che in quella in esame: resta fermo, infatti, che la qualificazione certificata non implica l'attribuzione di alcuna qualità giuridica al contratto, ma solo l'attribuzione di una provvisoria stabilità al giudizio operato dall'organo amministrativo circa la sua natura giuridica (qualificazione).

In un ordine di idee abbastanza vicino a quelle esposte si colloca l'opinione dottrinale secondo cui la certificazione del contratto costituisce "una *forma* che ha la capacità di munirlo anche di fronte ai terzi di stabilità del tipo": una stabilità "provvisoria, in quanto cede al solo, difforme accertamento giudiziale", e che è impressa al contratto da un requisito formale a esso "estern(o)", "in qualche modo assimilabile alla "sindacalità" o alla "riferibilità alla commissione della conciliazione raggiunta ai sensi degli artt. 410 e 411 c.p.c..

Resta, dunque, assodato che l'atto di certificazione è, quanto agli effetti, un atto attributivo di certezza, nei limiti visti, alla qualificazione del contratto operata dai certificatori; e quanto al contenuto, un giudizio valutativo in ordine alla riconduzione della fattispecie negoziale a un determinato tipo legale.

Perché, alfine, a noi pare che di "dichiarazione di giudizio" o "valutazione" , più che di "accertamento" o "acquisizione di scienza" si tratti: più precisamente, si tratta di un atto amministrativo complesso, comprensivo di una dichiarazione di scienza riferita alla "dichiarazione delle parti di porre in essere un rapporto di lavoro con determinate caratteristiche" e di una "manifestazione di giudizio" circa la qualificazione giuridica del rapporto; atto cui la legge conferisce un "effetto preclusivo", consistente nell'"eliminazione di un possibile conflitto di apprezzamenti intorno a una realtà giuridica passata".

In conclusione e in sintesi: non si tratta di produrre una qualità giuridica di un atto (nella fattispecie, un contratto di lavoro): si tratta invece di dare certezza alla qualificazione di quell'atto.

Senonché, l'unica qualificazione certa, in un ordinamento di diritto, è quella giudiziale; e pertanto la certificazione amministrativa dei contratti di lavoro non può che essere interinale e succedanea, destinata a fornire certezze fino alla qualificazione giudiziale: una sorta di presunzione relativa di qualificazione.

È questa anche la ragione per cui la certificazione dei contratti di lavoro non è imputabile alle parti: una qualificazione convenzionale - così come un arbitrato libero sulla controversia qualificatoria - avrebbero in realtà a oggetto la disposizione dei diritti delle parti, attraverso un'attività solo nominalmente di natura qualificatoria; e nella misura in cui manipolassero norme inderogabili o diritti indisponibili, non sarebbero ammissibili.

### 6.4.1. Certificazione e giurisdizione: il problema della cd. "indisponibilità del tipo legale"

L'analisi dei rimedi giudiziari esperibili contro la certificazione costituisce un profilo assolutamente centrale per la comprensione dell'istituto: se infatti l'istituto in esame altro non è che un giudizio circa la riconduzione della fattispecie concreta a un determinato tipo negoziale, operato da un organo amministrativo e munito di certezza legale "fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'articolo 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari" (art. 79), allora è sul piano dei rimedi giurisdizionali che si coglie la portata sostanziale della certificazione "qualificatoria" dei contratti di lavoro.

Questo spiega la centralità del tema anche nel dibattito politico-legislativo che ha accompagnato l'*iter* della riforma in materia.

Si deve preliminarmente osservare, in proposito, che le vicende che la certificazione-qualificatoria ha subito nella traduzione legislativa sembrano attestare l'infondatezza dell'idea che aveva ispirato, sul punto, il "progetto Biagi" del 1998: l'idea, cioè, che se la certificazione fosse stata presentata "come uno strumento … preordinato alla riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro", le si sarebbero frapposti meno ostacoli politico-giuridici (rispetto alla certificazione in chiave dispositivo-derogatoria).

E invece, alla forse minore resistenza registrata sul fronte dell'opposizione politico-sindacale, ha fatto largamente da contrappeso la pesantezza degli ostacoli d'ordine giuridico-sistematico, inizialmente forse sottovalutati.

Ciò è ben esemplificato proprio dal drastico ridimensionamento del grado di "immunità giudiziaria" che originariamente si era immaginato di attribuire all'istituto: si è passati, infatti, dalla non impugnabilità del contratto certificato, "se non per vizi del consenso", secondo il "progetto Biagi" del 1998 (art. 38, c. 1°, lett. c); alla non impugnabilità "se non in caso di erronea qualificazione del programma negoziale … e di difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato" e quello "concordato in sede di certificazione", alla stregua della legge delega (art. 5, c. 1°, lett. e); per giungere, con l'art. 80 del decreto delegato, alla impugnabilità, oltre che in tutte le ipotesi previste sia dal "progetto" del 1998 che dalla legge delega, anche per violazione del procedimento e per eccesso di potere, dinanzi al giudice amministrativo.

Il fatto è che il problema visualizzato dalla certificazione qualificatoria è, per un verso, non sottraibile in alcun modo alla giurisdizione; e per l'altro, è alimentato dalla nota evoluzione delle tecniche qualificatorie giurisprudenziali verso modelli "tipologici", i quali, basandosi sulla rilevazione di indici presuntivi desunti dalla cangiante tipologia sociale dei contratti di lavoro, allargano anziché restringere lo spazio e il peso dell'interpretazione giurisprudenziale nell'applicazione del diritto, e dunque, a loro volta, alimentano quella "domanda di certezza" che è il motivo ispiratore della certificazione dei contratti di lavoro.

Su quest'ultima considerazione torneremo in chiusura del presente commento.

Adesso è opportuno individuare con maggior precisione il fondamentale ostacolo giuridico-sistematico frapposto alla certificazione qualificatoria, che ha sostanzialmente dettato al legislatore le fondamentali condizioni d'uso dell'istituto, stabilite dagli artt. 79 e 80, 1° e 2° comma del decreto delegato: tale ostacolo può essere sinteticamente evocato con l'espressione "indisponibilità del tipo legale".

Con questa espressione si intende alludere alla tecnica - peculiare del diritto del lavoro - "del *tipo imposto*, ossia dell'intervento dirigistico sul contratto attraverso la imputazione di effetti inderogabili e la sostituzione legale delle clausole difformi in buona sostanza, si tratta di impedire che, qualificando il contratto in maniera tale da ricondurlo a un tipo diverso da quello al quale sono legalmente imputati effetti inderogabili, si realizzi, in via indiretta e surrettizia, la deroga alla disciplina imperativa dei rapporti di lavoro.

In verità, dalla premessa sopra illustrata si ricava usualmente una ulteriore, più drastica e, a nostro avviso, teoricamente non necessaria illazione: quella secondo cui nel diritto del lavoro "l'intervento imperativo non comporta solo la imposizione di clausole o effetti legali integrativi", ma "più radicalmente la preclusione di schemi negoziali alternativi per realizzare il medesimo risultato a condizioni diverse da quelle stabilite legalmente (*tipo esclusivo*)". Questa preclusione finirebbe per dar luogo a un meccanismo di "imputazione necessaria del tipo normativo", operante attraverso la "qualificazione giudiziale della fattispecie legale tipica, senza tener conto del diverso assetto di interessi e del *nomen iuris* assegnato dalle parti all'accordo stipulato".

Ora, ci sembra che questo modo - peraltro corrente - di impostare teoricamente il problema della qualificazione del contratto di lavoro sia corretto quanto al risultato finale, ma celi elementi di potenziale equivocità, che sono a ben vedere alla base anche di taluni errori di valutazione in cui il legislatore è incorso nel disciplinare l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro.

L'affermazione da ultimo riportata - se si prescinde dal troppo abusato e facile argomento dell'irrilevanza del *nomen iuris* - si presta infatti ad accreditare l'idea che nella qualificazione dei contratti di lavoro la volontà individuale svolga un ruolo diverso e minore rispetto a quello che essa svolge con riferimento a tipi contrattuali che, diversamente da quelli lavoristici, non sarebbero né *imposti*, né *esclusivi*, ma semplicemente "*naturali*"; sembra, cioè, accreditare "l'idea che l'autonomia del lavoratore sia limitata alla scelta binaria circa la costituzione del rapporto contrattuale avente per oggetto una determinata attività lavorativa, dovendosi determinare la natura del rapporto stesso, cioè la sua riconducibilità ad un tipo legale piuttosto che ad un altro, prescindendo dall'assetto di interessi voluto in proposito dalle parti". In questa logica, ai fini qualificatori sarebbe decisiva non già la "struttura dell'obbligazione" come "direttamente desumibile dal contenuto del consenso contrattuale", bensì il concreto ed effettivo "atteggiarsi dei comportamenti reciproci delle parti", ossia "il rapporto così come esso si manifesta *in rerum natura*".

In realtà, la qualificazione del contratto di lavoro non presenta alcun profilo differenziale rispetto alla qualificazione di qualunque altro atto d'autonomia negoziale: anche della qualificazione dei contratti di lavoro può dirsi che trattasi dell'"operazione logica" con cui l'"interprete afferma o nega la riconducibilità" di un concreto contratto "a un determinato tipo contrattuale", conseguentemente stabilendo "se al contratto sia applicabile la disciplina di qualche tipo, e se sì, di quale tipo".

Anche per la qualificazione del rapporto di lavoro vale dunque la distinzione, di teoria generale prima che di diritto positivo, tra la volizione dei fatti costitutivi della fattispecie, e la qualificazione

della fattispecie ai fini della riconduzione a essa degli effetti giuridici.

Né questa verità può essere scalfita dal fenomeno, che nel diritto del lavoro è strutturale, dell'integrazione eteronoma degli effetti del contratto a mezzo di norme inderogabili, perché tale fenomeno presuppone pur sempre l'esistenza di un negozio da integrare, e questo negozio sarà individuabile solo ove sia rilevabile una volontà negoziale rivolta alla produzione degli effetti essenziali del negozio.

Pertanto, non può dubitarsi che anche nel contratto di lavoro sia decisiva la volizione dei fatti costitutivi della fattispecie - o, se si preferisce, dei suoi effetti essenziali -, e che a questa non faccia affatto ombra una presunta prevalenza del cd. "dato fattuale", costituito, come usualmente si dice, dall'"effettivo svolgimento della prestazione lavorativa".

In realtà, la prestazione "in sé", nella sua "oggettività" fenomenica, non è un possibile oggetto di interpretazione e valutazione ai fini qualificatori: se non ricondotta al profilo causale del negozio giuridico in cui è dedotta, essa si riduce a un mero susseguirsi di comportamenti dei quali si ignora la doverosità, e quindi, appunto, lo stesso significato giuridico.

Alla qualificazione del contratto di lavoro si perviene dunque, come per qualunque altro contratto, sulla base della rilevazione della volontà contrattuale, che consente di individuare, nell'indistinto fenomenologico, la sfera di doverosità rilevante ai fini della qualificazione giuridica.

Ma la volontà contrattuale, per un verso, non va desunta solo dalle dichiarazioni iniziali - quand'anche documentalmente verbalizzate (com'è necessario in caso di forma vincolata) - , bensì pure dal "comportamento complessivo" delle parti, "anche posteriore alla conclusione del contratto"; per l'altro, quella volontà può mutare, e ciò accade tanto più facilmente quanto più il rapporto sia caratterizzato da uno squilibrio di poteri giuridici e di fatto tra le parti: com'è tipico dei contratti in cui si deducono prestazioni di lavoro subordinato (o, in prospettiva più ampia, di lavoro "economicamente dipendente", quand'anche non subordinato).

Di qui la massima giurisprudenziale secondo cui, "qualora le parti, nel regolare i loro reciproci interessi, abbiano dichiarato di voler escludere l'elemento della subordinazione, non è possibile … pervenire ad una diversa qualificazione se non si dimostra che in concreto il detto elemento della subordinazione si sia di fatto realizzato nello svolgimento del rapporto medesimo".

Questa massima si può tradurre in termini logicamente più rigorosi, nel modo seguente: "il contratto di lavoro, come tutti i contratti, va qualificato in base alla volontà negoziale delle parti, la quale è rilevabile, oltre che tramite le dichiarazioni manifestate nella fase genetica del rapporto, altresì alla stregua del loro comportamento successivo, *ex* art. 1362, 2° c., cod. civ.; ove poi tale comportamento contrasti con le dette dichiarazioni, si configurerà una modificazione del contenuto del contratto, idonea, ove investa gli elementi essenziali del medesimo, a mutarne la qualificazione giuridica".

Insomma, quando si afferma - e lo si afferma correntemente anche in dottrina - che il rapporto "di fatto" prevale sulla volontà contrattuale, si utilizza una (equivoca) metafora per dire altro, e cioè che sulla volontà iniziale (formalizzata o meno che sia in un documento cartolare) prevale quella successiva (formalizzata o meno che sia in un documento cartolare, e salvi i casi di forma scritta *ad substantiam*).

Dunque, a ben vedere, nulla di nuovo sotto il cielo dei giuslavoristi, se non il rilievo fattuale della

normalità con la quale avviene che "il comportamento complessivo delle parti, anche successivo" alla stipulazione del contratto, sia utile o indispensabile per definire esattamente la reale volontà delle parti in ordine al contenuto negoziale, e quindi a qualificare il contratto in maniera corrispondente alla fattispecie concreta; o addirittura che la volontà delle parti, sotto l'impulso prepotente della parte più forte, muti rispetto a quella originaria, e ponga in essere una nuova e diversa fattispecie.

Resta però fermo che la volontà delle parti è sovrana circa l'individuazione del contenuto del contratto, o meglio, di quella parte del contenuto che, coincidendo con gli "effetti essenziali" di un determinato tipo negoziale, ne determina pure la qualificazione; mentre all'organo gius-dicente spetta qualificare il contratto, verificando la corrispondenza di quella volontà con una fattispecie normativa.

Come resta, d'altro canto, fermo che le parti, non solo non possono derogare alla disciplina inderogabile del contratto, ma neppure possono realizzare tale risultato mediante una "qualificazione negoziale", o "arbitrale".

Di più: nemmeno il legislatore può arbitrariamente discriminare i lavoratori subordinati, operando qualificazioni d'autorità che conseguano surrettiziamente l'effetto di ricondurre discipline diverse a fattispecie comunque riconducibili alla definizione di cui all'art. 2094 c.c.: non può, cioè, *facere de albo nigrum*, pretendendo di disapplicare la disciplina inderogabile non già introducendo (come certamente può fare) una nuova e diversa fattispecie normativa, bensì imponendo *ex auctoritate* un giudizio qualificatorio difforme da quello cui condurrebbero i dati di fattispecie.

E tuttavia, non ci sembra necessario pervenire all'affermazione che in ciò consisterebbe la peculiarità del "tipo negoziale lavoristico": quella di essere "imposto".

Quell'affermazione, anzi, ingenera il grave equivoco che nel diritto del lavoro la volontà sia a tal punto compressa rispetto al "diritto comune" dei contratti, da non essere sovrana nemmeno in quello che dovrebbe essere l'ambito elettivo dell'autonomia negoziale: quello della creazione della stessa fattispecie negoziale oggetto di qualificazione.

Non c'è allora da sorprendersi se, all'opposto, un legislatore che si appresti con piglio "liberalizzatore" a riformare la disciplina dei rapporti di lavoro puntando sulla flessibilità "in entrata", possa aver pensato di rovesciare il paradigma del "tipo imposto", trasformandolo in "tipo scelto", secondo il "diritto comune dei contratti".

E in effetti, l'impressione che si ricava dall'intera vicenda politico-legislativa della certificazione, e da numerosi indici normativi presenti nella sua disciplina positiva, è proprio quella di una non sempre chiara consapevolezza dei termini teorico-concettuali del problema: che, cioè, non è e non può essere il "tipo negoziale" l'oggetto della scelta, ma bensì i connotati della fattispecie concreta; e che il tipo non si può scegliere o "assegnare", perché ciò equivarrebbe a scegliere la disciplina applicabile.

Ciò emerge soprattutto dalle incertezze che hanno caratterizzato il dibattito in sede legislativa sulla questione dei rimedi giurisdizionali esperibili contro la certificazione, e che caratterizzano la stessa disciplina che ne è alfine sortita.

### 6.4.2. L'impugnazione per erroneità della qualificazione

La disciplina contenuta nel capo I del titolo VIII deve essere attentamente vagliata onde poterne inferire la riferibilità alle tipologie certificatorie di natura non qualificatoria: va da sé che tale operazione va compiuta anche con riferimento al regime delle impugnazioni giurisdizionali.

Parimenti, nell'analizzare la disciplina dei rimedi giurisdizionali contro la certificazione dei contratti di lavoro è necessario distinguere con chiarezza, discernendo adeguatamente concetti spesso confusi nel linguaggio legislativo, i rimedi che hanno a oggetto l'atto di certificazione, da quelli che riguardano il contratto certificato; così come vanno distinti i vizi che riguardano la formazione dell'atto amministrativo, da quelli che riguardano la formazione del consenso negoziale delle parti in ordine al contratto oggetto della certificazione.

Così, non pare proponibile alcun accostamento tra l' "erronea qualificazione del contratto", prevista testualmente quale motivo d'impugnazione dell' "atto di certificazione" avanti il giudice del lavoro, e la problematica civilistica dell'"errore quale vizio della volontà", che si sostanzia nella "falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicazione e la portata di una norma giuridica" (errore di diritto), ovvero circa le "caratteristiche materiali del rapporto per il quale viene richiesta la certificazione" (errore di fatto).

Come appare chiaro dal raffronto tra la formulazione originaria dell'art. 9, lett. e) del ddl n. 848 - che faceva riferimento alla "controversia sulla esatta qualificazione del rapporto di lavoro", e quella poi adottata nell'art. 5, lett. e) della L. n. 30/2003 - ove invece compare il riferimento all' "erronea qualificazione del programma negoziale", poi travasato nell'art. 80 del decreto attuativo - l'impugnazione per erroneità della qualificazione altro non è che un'ordinaria azione di accertamento della natura giuridica del rapporto, che presuppone una cognizione, con conseguente potere di disapplicazione, dell'atto amministrativo illegittimo: il giudice del lavoro disapplica l'errata (più che "erronea") certificazione perché illegittima (e non per errore-vizio della volontà), e conseguentemente (ri)qualifica il rapporto privatistico.

Non v'è luogo ad alcuna invalidazione né dell'atto amministrativo, né tanto meno del contratto di lavoro: così come non invalida alcunché il giudice che accoglie la domanda del lavoratore o dell'ente previdenziale diretta a far valere la natura subordinata del rapporto.

L'equivoco incombente, fà capo alla già rilevata confusione tra volontà negoziale e qualificazione, mai del tutto espunta dal dibattito dottrinale e (conseguentemente) politico-legislativo: dev'essere invece chiaro che solo la volontà negoziale può essere invalidata per vizi nella formazione del consenso (e potrà trattarsi di errore di fatto come di errore di diritto); la qualificazione, invece, può essere esatta o errata, ed è imputabile all'ordinamento, per il tramite di un organo gius-dicente. Altro e distinto problema, poi, è quello della eventuale patologia nel processo di formazione del giudizio qualificatorio in capo ai soggetti certificatori: ma si tratterà allora, come si dirà tra breve, di vizio dell'atto amministrativo, ridondante nell'eccesso di potere.

### 6.4.3. L'impugnazione per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua attuazione

L'impugnazione per "difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione", poi, oltre a essere un'ordinaria azione di accertamento della natura giuridica del rapporto, a ben vedere non presuppone nemmeno una cognizione dell'accertamento amministrativo, poiché nessun accertamento è mai intervenuto sui fatti sopravvenuti (o meglio, sulla novazione oggettiva del contratto di lavoro).

A maggior ragione, dunque, è in questo caso inesatto qualificare il rimedio in parola come "ricorso" "nei confronti dell'atto di certificazione", come fà l'art. 80.

L'impugnazione giudiziale, tuttavia, è resa necessaria dalla previsione secondo cui gli effetti della certificazione "permangono fino al momento in cui sia stato accolto con sentenza di merito … uno dei ricorsi giurisdizionali …" (art. 79): in altre parole, serve per restituire ai terzi, e segnatamente agli enti previdenziali, quel potere di agire in via imperativa ed esecutoria a tutela dei propri crediti contributivi, che la certificazione gli ha interinalmente inibito (v. avanti) anche nelle ipotesi in cui il giudizio qualificatorio sia riferito a fatti che non sono stati affatto certificati (la "difformità sopravvenuta" tra la qualificazione discendente dal contenuto originario del contratto, e quella congrua col nuovo contenuto negoziale).

Sicché parrebbe corretto qualificare tale ricorso non propriamente come un'impugnazione (che presuppone un vizio dell'atto impugnato), ma come un'azione intesa a privare la certificazione dell'effetto preclusivo attribuitole dall'art. 79.

Certo, c'è da dubitare dell'intrinseca razionalità, nonché della conformità al principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, di una disposizione che preclude alla P.A. (nella fattispecie, all'ente previdenziale o all'amministrazione finanziaria) la possibilità di far valere, se non all'esito di un giudizio di merito, la difformità tra i fatti che sono stati certificati e i fatti successivi, che non sono stati certificati.

In contrario, si è obiettato che "le conseguenze indicate sono espressione dell'effetto tipico delle certificazioni che presuppongono valutazioni su una determinata situazione suscettibile di cambiamenti. Un certificato medico dichiara l'esistenza di una certa patologia, con un'attestazione che, successivamente, potrebbe mutare per il sopravvenire di altri sintomi o di fatti sopravvenuti. Tuttavia il giudizio clinico conserva i suoi effetti (nei confronti di tutti, comprese le altre pubbliche amministrazioni) sino a quando non venga accertato che il suo contenuto non corrisponde alla realtà".

Ma così argomentando si equipara - se non erriamo - la permanente efficacia della certificazione fino alla prova della sua sopraggiunta inattualità, con la necessità di contestarla solo attraverso un'impugnazione giudiziale: per dimostrare che una certificazione medica non è più attuale non è necessario, infatti, impugnare avanti il giudice il vecchio certificato; basta un nuovo certificato!

### 6.4.4. L'impugnazione per vizi della volontà e il problema dell'errore di diritto

L'impugnazione per vizi della volontà (art. 80, c. 1, 2° per.) riguarda invece il contratto come fattispecie genetica del rapporto: per questa ragione, essa spetta solo alle "parti del contratto certificato"; e l'espressione è da intendersi, in conformità all'art. 1427 cod. civ., nel senso che la legittimazione ad agire è attribuita al "contraente il cui consenso" (in sede, beninteso, di certificazione), fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo".

Il giudice del lavoro, in tal caso, invalida il contratto e si disinteressa della certificazione, che diventa semplicemente irrilevante: ma allora, come s'è già osservato, ancora una volta sbaglia il legislatore nel prospettare una "impugnazione dell'atto di certificazione per vizi del consenso".

*Quid*, tuttavia, nell'ipotesi che l'errore delle parti sia stato indotto proprio dalla certificazione "errata"?

Ci si chiede, cioè, se l'errore che rende il contratto annullabile possa identificarsi con quello cui le parti siano state indotte a causa dell'errata qualificazione del contratto operata dai certificatori; e se sia ipotizzabile che il giudice ordinario, richiesto da una parte e/o da un terzo interessato di accertare l'erroneità dell'operazione qualificatoria, possa, in caso di accertata erroneità, altresì accogliere l'eventuale domanda di annullamento proposta dalla parte "errante" per vizio del consenso. Si potrebbe, anzi, immaginare che proprio a questa eventualità abbia pensato il legislatore (sia delegato, che delegante), nell'ammettere espressamente un mezzo d'impugnazione la cui esclusione avrebbe sollevato serissimi dubbi di legittimità costituzionale.

Già in sede di commento all'art. 5 della legge delega era stata prospettata in dottrina l'annullabilità, per errore di diritto, del contratto certificato e poi giudizialmente riqualificato: ma adesso il decreto delegato prevede espressamente l'impugnazione del contratto per vizi del consenso, ed è doveroso ricondurre a questa previsione positiva la costruzione dottrinale.

Peraltro, una successiva dottrina ha negato che la questione sia ancora attuale - almeno con riferimento all'ipotesi dell'erronea qualificazione del contratto - dopo che il legislatore delegato ha chiarito che "la illegittimità dell'erronea qualificazione ha effetto fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale": ciò sul presupposto che quanto sopra configuri un'ipotesi di "invalidazione del contratto" che "deriva dalla stessa legge", e dunque "non richiede il ricorso all'errore di diritto o alla presupposizione".

Ma se è fondata la nostra ricostruzione della "erronea qualificazione del contratto" come ipotesi di riqualificazione e non di invalidazione del contratto (v. sopra), ne discende l'infondatezza dell'opinione sopra richiamata.

La configurabilità dell'errore-vizio del consenso, come possibile conseguenza dell'erronea qualificazione operata dai certificatori, non potrà allora escludersi, e sarà da verificare alla stregua dei principi civilistici in tema di rilevanza ed essenzialità dell'errore; senza peraltro ignorare che il problema puo' astrattamente porsi non solo sotto il profilo dell'errore di diritto (art. 1429, n. 4, cod. civ.), ma anche sotto il profilo, finora, se non c'inganniamo, ignorato, dell'errore (di fatto ?) sulla natura del contratto (art. 1429, n. 1, cod. civ.).

La certificazione rischia, così, di rianimare il dibattito, tradizionalmente asfittico, sulla rilevanza dell'errore (di fatto o di diritto) nella stipulazione del contratto di lavoro.

E questo, tanto più ove si consideri che la proliferazione tecnicamente poco controllata delle tipologie contrattuali, operata dal D.lgs. n. 276/2003, offre, potenzialmente, molta materia a questo dibattito. Basti por mente, per convincersene, alla (apparente) ridefinizione del lavoro autonomo coordinato e continuativo realizzata attraverso l'aggiunta di un requisito ulteriore ed estrinseco della fattispecie, costituito dal "progetto, programma o fase di esso", la cui carenza impone la riqualificazione come rapporto di lavoro subordinato (art. 69, c. 1° del D. Lgs. n. 276/2003).

### 6.4.5. L'impugnazione per eccesso di potere o vizi procedimentali

L'impugnazione "per violazione del procedimento o per eccesso di potere", infine, riguarda - questa sì - l'atto amministrativo, e dal suo accoglimento deriva semplicemente la restituzione del contratto al regime ordinario: il contratto di lavoro, una volta caducata la certificazione, sarà semplicemente un contratto … non certificato.

Non sembra condivisibile, pertanto, l'opinione dottrinale secondo cui proprio e soltanto con riferimento all'ipotesi dell'invalidazione della certificazione decisa dal giudice amministrativo tornerebbe a essere "attuale … il problema della possibilità di annullare il contratto per errore di diritto": a noi sembra, al contrario, che proprio in questa ipotesi non vi sia spazio per i rimedi ipotizzati, poiché, a seguito dell'invalidazione dell'atto amministrativo, il contratto resta intatto, e soltanto privato di quella particolare "certezza" (in ordine alla qualificazione) impressagli dalla "certificazione".

Quanto ai vizi invocabili avanti il giudice amministrativo, è stato rilevato da pressoché tutti i commentatori che l'eccesso di potere è inconfigurabile in materia di certificazione, dovendosi escludere che essa costituisca esercizio di autentica discrezionalità amministrativa.

Va anzi rilevato, a tale proposito, l'*impasse* in cui la dottrina è incappata nel constatare come il legislatore delegato, riconducendo alla certificazione dei contratti di lavoro un obbligo di motivazione cui fà da logico *pendant* l'impugnabilità per eccesso di potere, abbia implicitamente configurato in termini "provvedimentali" un atto amministrativo cui non può riconoscersi un contenuto di "discrezionalità amministrativa".

La via d'uscita da quest'*impasse*, però, potrebbe forse rinvenirsi accreditando al legislatore l'intento non già di *facere de albo nigrum* (ossia, di considerare provvedimento amministrativo un atto che non è emanato nell'esercizio di discrezionalità amministrativa), bensì quello, empirico e non teorico, di riferire all'accertamento valutativo di cui all'art. 75 del D.lgs. n. 276/2003 quei difetti dell'atto amministrativo che, sia pur normalmente catalogati come "forme sintomatiche dell'eccesso di potere", possono tuttavia riscontrarsi anche in atti non discrezionali: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle ipotesi del "travisamento dei fatti", del difetto o della contraddittorietà della motivazione; e forse anche a quelle del "contrasto con i precedenti" e della "disparità di trattamento di casi eguali".

Con riferimento a queste ultime ipotesi, si potrebbe in verità eccepire che trattasi di figure incompatibili con un'attività di accertamento (e in particolare con un accertamento avente a oggetto la qualificazione giuridica di un atto negoziale), e che invece presuppongono proprio una valutazione comparata dei diversi interessi primari e secondari coinvolti.

Ma l'obiezione può superarsi muovendo dall'osservazione che il legislatore, distinguendo nettamente l'impugnazione della certificazione del contratto per eccesso di potere, da quella avanti il giudice civile per erroneità (o difformità) della qualificazione, ha inteso distinguere, prima ancora, i vizi propri dell'accertamento amministrativo, considerato nei suoi profili formativi e procedurali, da quelli propriamente riferibili alla correttezza sostanziale dell'operazione qualificatoria, attratti dalla ordinaria competenza del giudice civile.

Ciò, nel mentre rende ragione della apparentemente incomprensibile e incostituzionale omissione della "violazione di legge", quale vizio rilevabile avanti il giudice amministrativo - ché la errata applicazione delle norme definitorie e interpretative che presidiano *in apicibus* la problematica qualificatoria non rileva come vizio dell'atto amministrativo, bensì, appunto, sotto il profilo dell'erroneità della qualificazione, sottoposto al giudice del rapporto di lavoro - , spiega bene anche perché il legislatore abbia contemplato l'eccesso di potere tra i vizi della certificazione: i difetti dell'atto amministrativo non discrezionale, sopra evocati, sono infatti, ad avviso della prevalente dottrina, ascrivibili sul piano dogmatico sia alla figura dell'eccesso di potere che a quella della

violazione di legge, e dunque non avrebbe avuto alcuna utilità pratica contemplare la violazione di legge accanto all'eccesso di potere (e all'incompetenza).

Quanto alla "violazione del procedimento", possono ricondursi a tale vizio, oltre all'incompetenza dell'organo adito - non contemplata di per sé -, altresì la violazione delle prescrizioni procedurali contenute nell'art. 78, c. 2° del D.Lgs. n. 276/2003, nonché di quelle "determinate all'atto di costituzione delle commissioni di certificazione", secondo quanto previsto dalla medesima disposizione.

Pertanto, rileveranno come violazioni procedimentali sia l'omessa motivazione (mentre, per quanto sopra argomentato, costituirà vizio di "eccesso di potere" la motivazione contraddittoria, lacunosa o insufficiente), sia l'omessa indicazione del "termine" dell' "autorità cui è possibile ricorrere", sia la mancata "esplicita menzione degli effetti, civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione". Come pure renderanno l'atto caducabile a opera del giudice amministrativo, l'omessa comunicazione dell'inizio del procedimento alla direzione provinciale del lavoro, e da questa "alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto è destinato a produrre effetti".

### 6.5. L'efficacia della certificazione ai fini probatori e delle spese processuali

Se l'effetto della certificazione non può essere quello della preclusione e nemmeno della limitazione (per esempio, impedendo la retroattività della "qualificazione giudiziale") nei confronti della possibilità di ricorrere in giudizio per la tutela dei propri diritti (art. 25 Cost.), e in particolare per la tutela di diritti che godono di tutela costituzionale (art. 35 Cost.), appaiono in tutta la loro qualità di pseudo-problemi gran parte di quelli che erano stati sollevati in sede di commento della legge delega, quando si era da più parti osservato che la certificazione sarebbe stata resa inutile proprio dalle previsioni del legislatore, che ne ammettono l'impugnazione per erroneità e per difformità tra la volontà negoziale certificata e quella effettivamente manifestata in un momento successivo.

In realtà, il legislatore non poteva affermare il contrario, per la semplice ragione che l'effetto della qualificazione non poteva essere quello criticato, ma semmai si trattava di individuarne altri, possibili e legittimi.

Il fatto è che su questo punto si registra poca chiarezza concettuale già nella bozza del 1998 da cui l'istituto trae - come s'è detto - origine: in quella sede il baricentro dell'istituto è collocato, infatti, sul piano probatorio.

Si parte dunque dall'errato presupposto che la certificazione del rapporto abbia a oggetto la volontà negoziale delle parti: ché solo questa, in quanto creatrice della fattispecie concreta, può essere oggetto di prova (art. 2697, c. 1°, cod. civ.). E, coerentemente con quell'inesatta premessa, si coltiva l'idea di creare una serie di sbarramenti - una sorta di "imbuto", si è detto - che, rendano più difficile provare una volontà diversa da quella certificata, e più costoso sul piano delle spese processuali intentare cause di lavoro dirette a smentire la certificazione, quando queste si rivelino infondate.

La legge delega rispecchiava fedelmente questo modo di pensare, e coerentemente prevedeva che il giudice adito avesse l' "obbligo" (sic !) "di accertare anche le dichiarazioni e il comportamento tenuto dalle parti davanti all'organo preposto alla certificazione": a quali fini quell'obbligo dovesse porsi, non era precisato, ma evidentemente si pensava alla possibilità per il giudice di

utilizzare dette dichiarazioni e comportamenti quali argomenti di prova ai fini del giudizio di merito.

Il legislatore delegato ha dato attuazione a questo programma, peraltro depotenziandolo in maniera drastica, poiché ha confinato la rilevanza del "comportamento complessivo tenuto dalle parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro" al piano della mera ripartizione delle spese processuali (art. 91, 92, 96 c.p.c.), rendendolo irrilevante ai fini della prova dei fatti costitutivi della domanda, cioè ai fini del merito del giudizio.

La ragione di questo parziale "indietreggiamento" potrebbe trovarsi nell'acquisita consapevolezza che l'accertamento giudiziale che si instaura a seguito dell'impugnazione della certificazione non riguarda il contenuto della volontà negoziale certificata, e quindi la prova di tale contenuto, ma consiste nella riconduzione di quella volontà (o di un'altra volontà che è sfuggita ai certificatori, o si è manifestata successivamente), a una fattispecie legale.

Certo, può darsi che quel che le parti hanno voluto davanti al certificatore non fosse *ab initio* conforme alla loro volontà reale (simulazione), oppure che la conformità sia sopravvenuta (novazione).

Ma in tal caso di nessun ausilio potranno essere per il giudice - alle prese col problema di raggiungere la prova della volontà reale onde poi riqualificare il contratto - le dichiarazioni e i comportamenti delle parti in sede di certificazione, poiché nel caso di simulazione *ab initio* si tratterà di qualificare il contratto in base alle dichiarazioni e ai comportamenti effettivi e non a quelli simulati; e nel caso di novazione, si tratterà di individuare il contenuto dell'accordo novativo (o, per usare l'espressione in voga ma equivoca, di "accertare la realtà effettuale contro la volontà negoziale"), per definizione diverso da quello iniziale.

Bene ha fatto, pertanto, il legislatore delegato a non adeguarsi pedissequamente alla delega, nel punto in cui questa prevedeva che il comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione potesse influire in qualche modo sul successivo accertamento giudiziale.

Senonché, a ben vedere, quel comportamento è, di fatto, irrilevante anche ai fini delle spese processuali. Per rendersene conto, è sufficiente osservare che a esso non potrebbe riconoscersi alcun rilievo in caso di erroneità della qualificazione operata dai certificatori: in tal caso, infatti, non viene in considerazione nessun comportamento delle parti, essendo la qualificazione, e la sua erroneità, imputabili al certificatore.

Resterebbe la possibilità di invocare quei comportamenti in caso di difformità tra il contratto certificato e quello effettivamente realizzato: in tal caso, infatti, il giudice potrebbe tener conto di quei comportamenti (per esempio, della condotta del datore di lavoro che non tiene fede al contratto certificato e impone alla volontà del lavoratore un diverso contratto), per accollare le spese alla parte che, per così dire, ha unilateralmente "cambiato idea": una sorta di sanzione contro il datore di lavoro "in mala fede". Ma il dato normativo elimina anche questo possibile effetto pratico, poiché il 3° comma dell'art. 80 si riferisce testualmente alla condotta tenuta in sede di certificazione, e non al di fuori di quella sede.

In conclusione, pare di poter dire che la misura di cui all'art. 80, c. 3°, se riferita alla certificazione qualificatoria, è del tutto inutile.

Non resta che riferirla alla certificazione sul contenuto del contratto, e dunque alla derogabilità assistita di cui all'art. 68, e alle rinunzie e transazioni di cui all'art. 81, in cui opererebbe, peraltro, normalmente a danno del lavoratore (in caso di azione intentata da questi per far valere un diritto che invece non gli spetta essendo stato escluso dalla deroga pattuita, o avendovi egli rinunziato).

Ma anche questo è un chiaro indice della confusione concettuale del legislatore tra la certificazione come qualificazione e la certificazione come assistenza nella formazione della volontà contrattuale.

### 6.6. L'efficacia della certificazione ai fini della preclusione di contestazioni da parte dei terzi

Premesso che l'incontestabilità dell'accertamento contenuto nell'atto di certificazione "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" (art. 79), è praticamente irrilevante nei rapporti tra le parti, in considerazione dei rimedi giurisdizionali attivabili in caso sia di erroneità della certificazione che di difformità col programma effettivamente realizzato, e della espressa salvezza dei provvedimenti cautelari, sembra proprio che la portata della previsione possa ricondursi alla preclusione di contestazioni mosse dai "terzi", e segnatamente dagli enti previdenziali e del fisco, contro l'accertamento operato dalla commissione di certificazione.

Ma anche in questo caso, bisogna chiarire.

Si può concordare, in linea di massima, con la tesi - a oggi dominante - secondo cui sarebbe precluso alle autorità pubbliche di adottare "legittimamente atti amministrativi (ad esempio, ordinanze-ingiunzioni oppure provvedimenti di diniego dell'iscrizione alla gestione separata Inps per i collaboratori coordinati e continuativi oppure ancora semplici intimazioni a normalizzare la situazione lavorativa)".

Solo di rado, però, ci si è preoccupati di chiarire se tale effetto provvisoriamente preclusivo rilevi sul piano sostanziale, privando l'autorità del potere di autotutela fino alla pronuncia giudiziaria di merito che rimuova la certificazione; ovvero rilevi sul piano dell'attuazione effettiva del diritto, inibendo non già il potere amministrativo, ma solo la sua esecutorietà. E ancora, se l'impugnazione della certificazione debba necessariamente espletarsi a mezzo di un apposito ricorso, o se sia sufficiente (e possibile) costituirsi nel giudizio iniziato dal datore di lavoro per contestare l'atto il cui contenuto sia contrario alla certificazione; e se lo stesso lavoratore, in ipotesi interessato a rimuovere gli effetti della certificazione onde far valere diritti derivanti dal rapporto di lavoro asseritamente subordinato (per esempio, la tutela reale del posto di lavoro nell'ambito di un rapporto certificato come di "lavoro a progetto") possa farlo nello stesso processo e con lo stesso ricorso con il quale rivendica quei diritti (nell'esempio fatto: l'impugnazione del licenziamento).

I pochi autori che finora hanno affrontato *ex professo* tale questione, sono giunti a conclusioni alquanto problematiche, quando non sostanzialmente negative circa la presunta elisione del potere di autotutela degli istituti previdenziali.

Sembrano, in proposito, condivisibili le conclusioni cui è pervenuta la dottrina processualistica, secondo cui, da un lato, il lavoratore che abbia fatto valere crediti derivanti da rapporti diversi da quelli certificati nelle forme del procedimento per ingiunzione …, o mediante intervento nei processi esecutivi ai sensi dell'art. 499 c.p.c., o nell'ambito di procedure concorsuali", potrà chiedere "l'accertamento della invalidità o della inefficacia della certificazione" "nell'ambito degli eventuali

successivi giudizi a cognizione piena"; e dall'altro, "anche i terzi, … qualora ottengano provvedimenti sommari esecutivi per crediti derivanti da rapporti di lavoro difformi da quelli certificati, potranno chiedere che l'accertamento della invalidità o della inefficacia della certificazione sia compiuto nell'ambito degli eventuali giudizi di opposizione"; e va da sé che "in mancanza di opposizione o di contestazioni, la certificazione sarà priva di qualsiasi rilevanza".

Analogamente, la certificazione non impedisce "nemmeno all'INPS di iscrivere a ruolo i crediti e di chiedere provvedimenti monitori se non dopo aver ottenuto l'accertamento della invalidità o della inefficacia della certificazione", essendo pur sempre "rimessa alla valutazione del debitore esecutato o degli organi delle procedure concorsuali l'opportunità di avvalersi della certificazione per contestare … i crediti da essa difformi o con essa incompatibili.

Chi, d'altro canto, ha problematicamente prospettato la tesi secondo cui dovrebbe escludersi la possibilità di introdurre la richiesta di accertamento in un giudizio già pendente, ha poi ammesso la pari plausibilità della soluzione opposta, alla cui stregua "la contestazione dell'atto di certificazione e la richiesta di accertamento della reale natura del rapporto di lavoro può essere introdott(a) 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".

L'unico vincolo normativo che in proposito si pone, è quello derivante dalla previsione di cui all'art. 79, che impone la permanenza degli effetti della certificazione, "anche verso i terzi", fino all'eventuale accoglimento, nel merito, di uno dei rimedi giurisdizionali previsti dall'art. 80: ma tale effetto preclusivo può ben intendersi come riferito alla possibilità di eseguire coattivamente, in via amministrativa, le "iniziative unilaterali di recupero di contributi, premi, sanzioni civili o amministrative" da parte delle "autorità pubbliche" procedenti in via di autotutela.

Sicché, a ben vedere, l'unico effetto pratico apprezzabile dell'intervenuta certificazione consisterà nell'inutilità della domanda di sospensione dell'esecuzione da parte del datore di lavoro ingiunto o escusso, essendo l'effetto sospensivo, per così dire, automatico in quanto conseguente a quella permanenza degli effetti dell'accertamento" certificato fino all'accoglimento nel merito di una delle previste impugnazioni giudiziali, disposta dallo stesso art. 79.

Si tratterà, peraltro, di un effetto ulteriormente indebolito dalla permanente possibilità di agire in via cautelare (per esempio, attraverso un sequestro conservativo *ex* art. 671 cod. proc. civ.), anch'essa fatta salva dall'art. 79; nonché dalla impregiudicata esperibilità, avanti il giudice amministrativo, dell'istanza di sospensione cautelare dell'atto di certificazione, *ex* art. 21, c. 8°, L. n. 1034/1971.

## 7. Rilievi conclusivi

L'analisi degli effetti giuridici della certificazione, fin qui condotta, parrebbe a prima vista non idonea a ribaltare il giudizio largamente diffuso tra i primi commentatori, di sostanziale inutilità del nuovo istituto, se confrontato col proclamato obiettivo di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro; giudizio sovente accompagnato da una ulteriore connotazione negativa, riferita alla idoneità dell'istituto a configurare una forma di deflazione "cattiva" del contenzioso, e/o di produrre "effetti negativi per la parte debole del contratto".

Nella migliore delle ipotesi, si ha la sensazione che l'individuazione degli effetti giuridici reali della certificazione sia più opera di una affannosa ricerca interstiziale degli interpreti, che oggetto di chiara consapevolezza da parte del legislatore.

Questo giudizio, però, non può dirsi definitivo: esso appare ragionevolmente fondato, da una prospettiva strettamente normativa, o meglio normativistica: c'è da chiedersi se però sia suscettibile di essere rivisto in una prospettiva diversa, che focalizzi l'impatto della certificazione sui complessivi meccanismi di formazione, oltre che di interpretazione, del diritto vivente.

Se appare difficile negare che una lettura in chiave strettamente normativistica dell'istituto in esame sembra condurre fatalmente a una sorta di *interpretatio abrogans* delle norme in materia di certificazione dei contratti di lavoro, nasce tuttavia il dubbio che a conclusioni alquanto diverse possa condurre una lettura in termini realisti di questa normativa: una lettura, cioè, orientata a valorizzare gli effetti sociali e culturali della riforma, quali di fatto presumibilmente potranno prodursi per effetto del suo farsi diritto vivente, *law in action*, diritto giurisprudenziale, prassi, a prescindere dalla causalità giuridica che governa i ragionamenti dei giuristi.

Del resto, che il modello culturale di riferimento cui la riforma intendeva programmaticamente (e forse un po' superficialmente) ispirarsi fosse quella del realismo giuridico di stampo anglosassone, non è un mistero, ed emerge abbastanza palesemente dal "libro bianco" dell'ottobre 2001, specie laddove si auspica una "modernizzazione dell'ordinamento del lavoro", da realizzarsi "sul piano delle tecniche di regolazione" mercé il ricorso a strumenti importati dalla *common law*, "come ad esempio i *codes of practices* e, più in generale, le s*oft laws*": "una nuova gamma di strumenti regolatori che già sono in uso in Paesi con cui l'Italia si confronta nella competizione globale".

Altrettanto chiara è la propensione culturale di questo legislatore - così com'era nota la vocazione comparatistica di Marco Biagi, padre, se non della riforma, certo del "Libro Bianco" - per la contaminazione tra diritto e società, spinta fino all'atecnicismo e al prassismo regolativo nel D.Lgs. n. 276/2003; una propensione culturale cui fà da *pendant*, al livello delle tecniche qualificatorie, il cd. "metodo tipologico" di interpretazione e qualificazione dei contratti, che, com'è noto, consente un processo di aggiornamento giurisprudenziale della nozione di subordinazione in base all'evoluzione dei modelli sociali.

Nella medesima direzione spinge il carattere "sperimentale" della misura, indicativo di quel metodo empirico per "tentativi e correzioni" tipico della cultura, anche giuridica, anglosassone e poco praticato, specie nella regolazione sociale, nei Paesi di tradizione giuridica romanistica.

È in particolare sull'interrelazione virtuosa col metodo "tipologico" che potrebbero giocarsi le fortune dell'esperimento della certificazione dei contratti di lavoro: in questo metodo, infatti, assume un rilievo centrale, ai fini delle operazioni qualificatorie, la prassi creatrice degli "indici" rivelatori del "tipo negoziale". E s'è già visto come vi sia traccia di ciò - non senza qualche confusione concettuale - in più disposizioni del D.Lgs. n. 276/2003: non solo nei commi 5° e 4° dell'art. 78, laddove si prevede la formalizzazione, rispettivamente, di "moduli e formulari per la certificazione del contratto … che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro … ", e di "codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro"; ma anche nell'art. 84, comma 2°, ove ancora a "codici di buone pratiche e indici presuntivi" si affida la formalizzazione di criteri utili per operare la "distinzione tra appalto genuino e interposizione illecita".

Non sorprende, in questa logica, l'attribuzione di un ruolo centrale agli enti bilaterali, di estrazione sindacale, dunque collocati più a ridosso dei luoghi in cui il "diritto vivente" dei "nuovi lavori" nasce e s sviluppa.

Mentre è palese l'incomunicabilità che si registra tra codesto linguaggio legislativo e quello di chi, ragionando nei tradizionali termini del sillogismo sussuntivo, osserva in chiave critica che "gli enti non possono creare nuove ipotesi (attirandole nell'ambito dell'autonomia o della subordinazione o nelle varie tipologie di rapporto oggi esistenti) ma debbono svolgere la tradizionale attività di sussunzione di un caso concreto in una fattispecie astratta, nei limiti, quindi, delle definizioni adottate dal legislatore e con una classica metodologia giuridica".

La verità è che, nell'intento - ma sarebbe meglio dire nell'azzardata scommessa - del legislatore, la certificazione mira a influenzare l'interpretazione giudiziale attraverso la rilevazione-creazione di nuovi indici interpretativi: non mira, cioè, a sostituire l'attività interpretativo-sussuntiva del giudice con quella dei certificatori, bensì a individuare nuovi indici utili all'applicazione tipologica delle norme.

Di qui sia la difficoltà dei giuristi a comprendere il senso della certificazione, sia la presenza, nello stesso testo legislativo, di apparenti dissonanze, in realtà riconducibili all'adozione, da parte del legislatore, di linguaggi di volta in volta diversi, ispirati ora ai "concetti" giuridici, ora agli "indici tipologici". È esemplare, in proposito, l'apparente contrasto tra la norma che valorizza, nell'appalto, la "reale organizzazione dei mezzi" (art. 84, comma 2°), e quella che valorizza invece "l'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto" (art. 29).

Il problema è che il legislatore ha peccato di ingenuità: gli indici, proprio in quanto tali, non possono essere normati, quanto meno in un sistema di *civil law*, basato sull'imperio della legge e non su quello della giurisprudenza e del *binding precedent*.

La pretesa di "normare" gli indici di rilevazione del tipo negoziale ha indotto il legislatore in gravi equivoci: come, ad esempio, quello di aver ridefinito la fattispecie "lavoro coordinato", assumendo come elemento essenziale la sussistenza di un "progetto o programma o fase di esso", che è semmai un indice della natura autonoma e non subordinata del rapporto; venendosi così a creare un pressoché insolubile dilemma con i veri elementi essenziali (quelli, cioè, forniti di coerenza sistematica), quali la dipendenza e l'eterodirezione.

Lo stesso accade quanto alla distinzione tra appalto e interposizione illecita (*rectius*, "somministrazione irregolare", dopo l'abrogazione della L. 1369/1960!): la direzione e organizzazione del personale è un indice e non un elemento (positivo o negativo) della fattispecie (rispettivamente interpositoria o d'appalto genuino).

L'artificiosa importazione di una "strumentazione regolatoria" (per usare le parole del "libro bianco") estraneo al nostro sistema, prima che alla nostra cultura giuridica, rischia così di produrre una sorta di corto-circuito concettuale tra metodo tipologico e metodo sussuntivo, tra sistema giuridico e *law in action*, tra concetti e metodi della *common law* e della *civil law*.

Il giudizio finale che ci pare di poter esprimere in proposito, allora, è che l'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro è un'operazione culturale, prima e più che tecnico-giuridica.

Tale operazione potrà piacere di più ai comparatisti, agli studiosi del mercato del lavoro non giuristi, ai giuristi più simpatetici col mondo e la cultura della *common law*, col diritto giurisprudenziale, col metodo tipologico.

Piacerà sicuramente meno al ceto forense e giudiziario, alla dottrina giuslavoristica di estrazione e formazione civilistica, ai difensori della purezza della *civil law* e della dottrina pura del diritto.

Ma piacerà meno anche a coloro che sono più sensibili alla certezza del diritto: con un singolare paradosso, giacché la certificazione serviva proprio a ridurre l'incertezza del diritto.

Vero è che il diritto giurisprudenziale e il metodo tipologico, innestati in un ordinamento di *civil law* come il nostro, possono incrementare semmai il tasso di l'equità, ma non la certezza del diritto: come dimostra proprio la vicenda della qualificazione del lavoro subordinato, ove l'irrompere del metodo tipologico e della qualificazione per indici è servito a selezionare con maggiore equità e rispondenza ai bisogni reali di tutela, le discipline lavoristiche, accompagnandosi nel contempo a una moltiplicazione e drammatizzazione, e non certo a una riduzione o sdrammatizzazione, del contenzioso in materia.

# Analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003: spunti di riflessione*

Francesco Liso

1. Il diritto del lavoro "da una parte sola" 421
2. Considerazioni di carattere generale 422
3. I principali contenuti. Continuità e discontinuità 424
4. Legge ed autonomia collettiva 425
5. Ambivalenze ed ambiguità sul ruolo dell'autonomia collettiva 427
6. Continua 429
7. La legge ed il sistema dei rapporti collettivi 431
8. Le ulteriori forme di lavoro "atipico" 433
8. Il sostegno all'*outsourcing* 435
9. Il lavoro a progetto 439

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 20/2004

## 1. Il diritto del lavoro "da una parte sola"

Il decreto legislativo n. 276/2003 (c.d. legge Biagi) interviene in numerose ed importanti aree del diritto del lavoro.

È una legge ostentatamente ponderosa e, se non ci si vuole disperdere in una semplice ricognizione dei suoi molti contenuti, è necessario cercare di cogliere subito alcuni suoi aspetti di carattere generale. Entreremo successivamente nell'analisi di alcuni aspetti specifici.

Se volessimo cogliere subito in maniera sintetica il carattere più rilevante di questa legge, il carattere che più colpisce, dovremmo dire: un tempo le leggi erano fatte ponendosi "da una parte sola". Era proprio questo all'incirca, se non ricordo male, il titolo di un libro sul periodo in cui venne fatta la legge che va sotto il nome di "statuto dei lavoratori".

Come sappiamo, poi le cose iniziarono lentamente a cambiare, a partire dalla seconda metà degli anni '70, poiché si cominciò ad assumere anche la prospettiva delle convenienze economiche dell'impresa. La protezione dei lavoratori cominciò ad essere perseguita con modalità che tenevano conto della necessità di incentivare il datore di lavoro. Al modello del garantismo rigido, tutto incentrato sul ruolo protettivo della legge, si andò sovrapponendo un nuovo modello, quello del c.d. garantismo flessibile, che contemplava l'affidamento di un forte ruolo all'autonomia collettiva, in funzione della attenuazione e del governo delle rigidità legislative prodotte nella stagione precedente. In questo modello, in altri termini, la tradizionale funzione protettiva del diritto del lavoro non veniva meno, ma cominciava ad internalizzare l'esigenza di un bilanciamento con le esigenze dell'impresa.

Ebbene, ho fatto questo sintetico excursus per dire che sembra essere tornati alla stagione iniziale, a quella del diritto del lavoro "da una parte sola", solo che ora la parte avvantaggiata non è più quella dei lavoratori; per molti profili, è diventata l'altra, quella delle imprese, poiché sembra essere assunto come principio ispiratore che, ciò che va bene per le imprese, va bene e andrà bene, in via indiretta o diretta, anche per i lavoratori e per il Paese.

In sostanza, siamo ad una svolta. Ma è una svolta che presenta anche ambivalenze. Va infatti valutata con una certa prudenza, anche perché non si è delineata improvvisamente.

È questa una stagione nella quale la protezione del lavoratore viene vista non più nella prospettiva tradizionale, con chiarezza portata a maturazione con lo Statuto dei lavoratori, cioè in una proiezione incentrata tutta sul controllo e sulla limitazione dei poteri datoriali di gestione del rapporto di lavoro. La protezione del lavoratore viene ora concepita, invece, come incentrata soprattutto sull' efficienza allocativa del mercato del lavoro.

Si tratta di due prospettive che, in linea di principio, non sono certo antitetiche, ma come tali vengono al fondo percepite da questo legislatore, il quale assume come valido il paradigma che imputa anche alle tutele eccessive, delle quali godono i lavoratori occupati sulla base dello schema tradizionale, le difficoltà occupazionali degli altri lavoratori che, in ragione della propria debolezza, sono costretti a subire varie forme di lavoro precario o in nero, generate dalle imprese proprio nel tentativo di sfuggire ai maggiori costi impliciti nello schema tradizionale.

Come è noto, nel disegno originario del Governo questa ispirazione veniva resa esplicita mediante una norma che mirava a manipolare la disciplina in materia di licenziamenti (più precisamente il

profilo della sanzione consistente nella reintegrazione) proprio nella prospettiva di comprovare sperimentalmente la verità del paradigma *insiders/outsiders*.[940]

Dicevamo, dunque, che questo legislatore vede la protezione del lavoratore incentrata soprattutto sull' efficienza allocativa del mercato del lavoro. Ed infatti, in questa legge si compiono in sostanza due operazioni che, nelle intenzioni del legislatore, mirano ad aumentare l'efficienza allocativa del mercato del lavoro: da un lato, si introduce una pluralità di schemi giuridici attraverso i quali l'impresa può utilizzare il lavoro (si tratta di schemi che interessano la forza lavoro periferica rispetto all'organizzazione aziendale), dall'altro si interviene sul sistema dei servizi all'impiego, che rappresenta un elemento essenziale per un mercato del lavoro caratterizzato da una maggiore instabilità degli impieghi e, quindi, da una maggiore mobilità.

Che la prospettiva di questa legge sia alquanto unilaterale lo si avverte anche dal silenzio assordante che la caratterizza sul versante degli ammortizzatori sociali, la cui riforma, unitamente ad un rafforzamento dei servizi all'impiego, dovrebbe costituire - nella nostra cultura - un naturale complemento di una politica orientata a porre in sintonia l'ordinamento con i mutamenti che si stanno producendo nel tessuto economico, che possono essere denominati con il generico termine di flessibilità[941].

## 2. Considerazioni di carattere generale

Fatta questa considerazione di carattere generale, passiamo ora ad alcune considerazioni, sempre di carattere generale, ma un po' più ravvicinate ai contenuti del provvedimento.

a) Innanzitutto, è da dire della mole della legge. Ho detto prima che è una legge ostentatamente ponderosa. Infatti, è composta di ben ottantasei articoli. Una grandezza veramente inusitata. Leggevo qualche giorno fa un breve articolo scritto da Gino Giugni su questa legge. Con espressione molto efficace, egli la definiva "muscolosa", quasi evocando, credo, l'immagine di quelle esibizioni che si fanno nei concorsi di culturismo. Ed infatti a nessuno è sfuggito che l'approvazione di questa legge è stata accompagnata da una sorta di sostengo pubblicitario. Si è forse pensato che la quantità delle norme dovesse rappresentare il segno necessario della sua, supposta, importanza.

Si è forse esagerato nella quantità dello scrivere; eppure siamo in tempi nei quali è molto avvertita l'esigenza della semplificazione.

Ad esempio, si è voluta riscrivere tutta la normativa in materia di lavoro temporaneo, laddove avrebbe potuto essere sufficiente apportare alcune modifiche alla legge 196 del 1997 (è la scelta che peraltro lo stesso legislatore ha fatto nella materia del lavoro a tempo parziale). Ed ancora, sempre per fare un esempio, si è voluto aggiungere una nuova figura contrattuale, quella del

---

[940] Questa norma è stata stralciata e si trova ora accantonata in un disegno di legge ancora all'esame del parlamento (A.S. 848 bis).

[941] A dire il vero, il disegno di legge iniziale prevedeva anche una riforma del sistema degli ammortizzatori. Ma essa è stata oggetto di uno stralcio che ha dato luogo al disegno di legge citato nella nota precedente. Peraltro il disegno di quella riforma è alquanto generico e confuso, e certamente non sembra esprimere consapevolezza in ordine alle modifiche che si rendono necessarie per adeguare quel sistema al nuovo contesto. Per una critica si vedano le *Osservazioni e proposte* sulla "Riforma degli ammortizzatori sociali nel disegno di legge del Governo n. 846-bis/2003" approvate dall'assemblea del Cnel il 24 marzo 2004.

lavoro a chiamata, mentre probabilmente risulta superflua considerando la qualità delle modifiche apportate alla disciplina del lavoro a tempo parziale. Per non parlare poi delle molte proposizioni del tutto superflue[942] oppure eccessivamente minuziose[943] e che, quindi, come tali, costituiscono espressione di un'attitudine sostanziale alla sottovalutazione del ruolo dell'autonomia collettiva (ma di questo parleremo nel prosieguo).

b) In secondo luogo, questa è una legge nella quale sono presenti corposi elementi di sperimentalità. C'è una serie di articoli che il legislatore ha introdotto con la finalità di farne oggetto di sperimentazione. In questa prospettiva si è anche prevista la costituzione di un'apposita commissione, con il compito di monitorare la sperimentazione.

In linea di principio, la sperimentazione deve essere considerata un elemento da valutare senza dubbio positivamente. Costituisce espressione di una cultura purtroppo non familiare al nostro legislatore. In questa legge, tuttavia, ben 30 articoli su 86 hanno carattere di sperimentalità. Bisogna allora chiedersi se una dose così elevata non finisca per dare l'idea dell'improvvisazione o, forse, di una cattiva coscienza, visto che si sono manomessi – qui non esprimo, per ora, un giudizio di valore – importanti principi del diritto del lavoro tradizionale. Come dire che forse si è avvertita l'esigenza di mettere le mani avanti, ritenendosi la manomissione fatta a fin di bene.

c) In terzo luogo, questa è una legge che si fa valutare negativamente, a prescindere dai suoi contenuti politici, per il fatto che in più punti appare redatta con una tecnica legislativa del tutto inadeguata, raramente giunta a questi livelli di approssimazione. In più punti il legislatore dà prova di non avere dimestichezza con la grammatica del diritto[944] e, talvolta, con quella della logica[945].

Si può dire che, per la maggior parte, la legge si è limitata a mettere su un grande cantiere. Abbiamo dinnanzi un semilavorato che potrà essere implementato dalla contrattazione collettiva, anche se bisogna riconoscere che proprio l'inadeguatezza tecnica di molte formulazioni e la stessa logorrea del legislatore rischiano di rappresentare un intralcio allo sviluppo di quella prospettiva.

In conclusione, credo che questa legge, soprattutto in alcune parti, non fornisca sufficienti certezze alle imprese e che queste, quindi, avranno seri problemi se intenderanno avvalersene. Una categoria che vedo molto contenta, invece, è certamente quella degli avvocati. Ci sono, infatti,

---

[942] È il caso, ad esempio, di una disposizione (art. 46, co. 1, lett. o) dettata in materia di contratto di lavoro a tempo parziale, in cui - forse con l'intenzione di compensare la soppressione del diritto di precedenza, prima riconosciuto a favore del lavoratore con contratto di lavoro a tempo parziale, nel caso in cui l'azienda dalla quale egli dipende proceda ad assunzioni di personale a tempo pieno – si è voluto prevedere che siffatto diritto possa essere contemplato dal contratto individuale.

[943] È il caso del lavoro intermittente, dove si giunge addirittura a quantificare la sanzione che – "salva diversa previsione del contratto individuale" – scatta nel caso in cui il lavoratore che si trovi in disponibilità non provveda ad informare tempestivamente il datore di lavoro in caso di malattia o di altro evento che gli renda temporaneamente impossibile rispondere alla chiamata (art. 36, co. 5).

[944] Ad esempio, dove prevede che con decreto il Ministro possa disporre "criteri di interpretazione certi per la definizione delle varie forme di contenzioso in atto riferite al pregresso regime in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro" (art. 18, co. 6); oppure dove si prevede che la Regione debba normare i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante "d'intesa" con le parti sociali.

[945] Due in particolare mi sembrano i punti da sottolineare e che lasciano senza parole. Il primo lo si trova nella disciplina del lavoro intermittente, laddove si prevede (art. 37, co. 1) che il lavoratore impegnatosi a rimanere a disposizione per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno non ha diritto a percepire l'indennità di disponibilità nel caso in cui non venga chiamato. Il secondo lo si trova nelle nebbie della disciplina del lavoro ripartito dove si prevede (art. 41, co. 2) che, "fermo restando il vincolo di solidarietà", "ogni lavoratore resta personalmente e direttamente responsabile dell'adempimento della intera obbligazione lavorativa".

molti punti di difficile comprensione ed aperti ad ogni soluzione interpretativa. Non saranno certamente sufficienti le circolari del Ministero a fare chiarezza e a dare tranquillità alle imprese. L'ultima parola la diranno, ovviamente, i magistrati, una categoria nei confronti della quale la legge in più punti non nasconde di diffidare, peraltro attraverso formule tecnicamente inadeguate e di una disarmante ingenuità.

d) In quarto luogo, questa legge sembra dare un forte segnale di controtendenza rispetto alle linee di politica legislativa seguite nella materia del pubblico impiego, ispirate alla logica della privatizzazione, cioè della riconduzione della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni nel campo di applicazione della disciplina comune. Infatti, il decreto legislativo che stiamo esaminando esclude dal suo campo di applicazione il lavoro pubblico, rinviando a successivi provvedimenti ogni decisione. Peraltro, qualche avvisaglia della controtendenza c'era già stata (mi riferisco alle modifiche intervenute nella materia della dirigenza).

Da questa scelta, discutibile sul piano politico, derivano peraltro alcune complicazioni sul piano tecnico (poiché si modificano istituti che già trovano applicazione nell'area del pubblico impiego, si pone l'interrogativo se per caso di essi sia ora esistente una duplice versione; il problema è stato affrontato esplicitamente solo con riferimento alla somministrazione a tempo determinato); da quella scelta derivano anche alcune stramberie, come quella di lasciare in vita il contratto di formazione e lavoro solo nell'ambito delle pubbliche amministrazioni.

Fatte queste notazioni di carattere assai generale, compiamo ora un ulteriore avvicinamento alla legge.

## 3. I principali contenuti. Continuità e discontinuità

Ad uno sguardo d'assieme, si può dire che la legge si articola sostanzialmente in tre aree.

La prima è quella degli schemi giuridici attraverso i quali l'impresa utilizza le attività lavorative per la realizzazione dei suoi obiettivi produttivi. Qui il legislatore interviene su un'ampia gamma degli schemi giuridici esistenti e ne aggiunge nuovi, con l'intenzione di rendere in questo modo più agevole e trasparente l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro.

La seconda area è quella dell'organizzazione imprenditoriale, la cui flessibilità viene da esso esplicitamente promossa attraverso il sostegno a politiche di *outsourcing.* La flessibilità viene quindi assunta da questo legislatore come valore positivo non solo nell'area che attiene in via diretta alla gestione del fattore lavoro, bensì anche nell'area dell'organizzazione imprenditoriale.

La terza area è quella della disciplina dell'organizzazione del mercato del lavoro, ovvero delle strutture che hanno il compito di operare il raccordo tra domanda ed offerta di lavoro.

L'interrogativo che subito dobbiamo porci è se questa legge apra una nuova stagione oppure se costituisca semplicemente uno sviluppo di quella precedente.

A mio parere sono certamente presenti alcuni elementi di continuità, ma anche – e più rilevanti - forti elementi di discontinuità.

La continuità è certamente evidente per quel che riguarda l'area dell'organizzazione del mercato del lavoro, per la quale si continua, ma con alcune rilevanti sbavature, l'opera che già era stata avviata nella seconda metà degli anni '90.

Si può dire che si è fatto un intervento di manutenzione straordinaria. Tale anche poteva essere considerato – ma qualitativamente più importante ed apprezzabile, anche se non immune da qualche difetto – l'intervento poco prima realizzato (con il decreto legislativo n. 297 del 2002), mirato a perfezionare la trasformazione del collocamento da *funzione pubblica*, cioè da struttura deputata ad autorizzare la stipula dei contratti di lavoro, a *servizio* per l'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

Una continuità può dirsi esistente, in qualche misura, anche con riferimento alla prima area, quella delle tipologie di rapporto di lavoro. Vorrei qui ricordare il c.d. pacchetto Treu. Mi riferisco in particolare al primo pacchetto, quello redatto nel 1995, più che non al secondo, che si è poi tradotto nella legge 196 del 1997. In quel primo pacchetto, oltre a contemplarsi l'introduzione del lavoro temporaneo (che diverrà legge nel 1997), già si era avvertita l'esigenza di rivedere la disciplina del lavoro a tempo parziale e quella del lavoro a tempo determinato, di operare una manutenzione della legge sugli appalti di manodopera, di introdurre il lavoro ripartito (peraltro già contenuto in proposte di legge di origine parlamentare). A quel tempo anche risale l'idea (che non venne formalizzata in un disegno di legge) di introdurre sperimentalmente – sulla scia di un'esperienza belga – quella forma di lavoro che l'attuale legislatore chiama (art. 72) "lavoro accessorio".

Ho certo detto che in queste aree si può registrare una continuità, ma – ho aggiunto - "in qualche misura". Infatti, è una continuità solo di contenuti. Come vedremo tra poco, infatti, diversa sembra, per molti aspetti, la sensibilità con la quale si è intervenuti.

Il decreto legislativo 276/2003 segna invece chiaramente una netta discontinuità sul versante della seconda area, quella relativa all'organizzazione aziendale. Dove il diritto precedente cercava di condizionare le scelte di decentramento produttivo, nella logica dell'affermazione di una responsabilità sociale dell'impresa, quello attuale sembra volere decisamente agevolare le politiche di *outsourcing*. Devo dire che, in verità, su questa materia cercava di intervenire anche il primo pacchetto Treu. Ma in quel pacchetto si prospettava un semplice intervento manutentivo sulla vecchia legge del 1960, mirato solo a fornire maggiori certezze agli operatori e non a smantellarla del tutto, come invece si è fatto con il decreto legislativo 276.

## 4. Legge ed autonomia collettiva

Un ulteriore importante elemento di discontinuità può essere colto, più in generale, in relazione al ruolo che l'autonomia collettiva viene chiamata a giocare.

In verità, ad un primo sguardo si può rilevare che – pur se con varia funzione e diseguale fattura tecnica - il numero dei rinvii all'autonomia collettiva appare veramente rimarchevole.

La quantità, tuttavia, è cosa ben diversa dalla qualità.

Infatti, andando alla sostanza, si può dire che una cosa è certa: l'autonomia collettiva non ha più il forte ruolo che deteneva prima. Sappiamo che nella stagione precedente l'ordinamento dello Stato aveva devoluto ad essa, come espressione di un rilevante potere sociale, ampi poteri di regolazione di importanti istituti del mercato del lavoro (si pensi, in particolare, al contratto di formazione e lavoro, al contratto di lavoro a tempo determinato, al lavoro temporaneo). Quindi alle parti sociali veniva attribuita piena ed effettiva capacità di governo di determinate leve. Ora le cose stanno alquanto diversamente.

L'autonomia collettiva è chiamata a svolgere un ruolo meno cruciale; un ruolo che finisce per configurarsi, nella sostanza, meramente opzionale.

Spesso si offre all'autonomia collettiva la possibilità di intervenire in aree che la medesima legge ha già ampiamente occupato, e le si lascia solo la possibilità di dilatare i poteri del datore di lavoro in misura maggiore di quanto direttamente disposto dallo stesso legislatore.[946]

Spesso si attribuisce all'autonomia collettiva la facoltà di introdurre limitazioni ai poteri datoriali, limitazioni che la legge si è astenuta dal prevedere[947]. Decisamente sminuita è, quindi, la tipologia di rinvio che invece prima prevaleva, cioè quella che consentiva all'autonomia collettiva di rendere flessibili determinate rigidità previste dalla legge[948].

In altri termini, nel quadro precedente all'autonomia collettiva si affidava il compito di realizzare una espansione dei poteri imprenditoriali (il modello più rilevante era quello della disciplina del contratto di lavoro a termine come risultante dall'art. 23 della legge n. 56 del 1987: allora si ammise che l'autonomia collettiva potesse liberamente flessibilizzare l'impianto rigido della legge del 1962; e sappiamo che l'autonomia collettiva ha fatto largo uso di questa facoltà, giungendo addirittura ad ammettere la possibilità che si potesse assumere a termine, non in ragione dell'esistenza di oggettive esigenze di carattere temporaneo dell'organizzazione produttiva, bensì unicamente in ragione di particolari caratteristiche possedute dal lavoratore, al fine di incentivare la sua assunzione). In una fase di sviluppo più matura - più consapevolmente permeata dalle logiche della concertazione - si era giunti ad affidare all'autonomia collettiva il compito di costruire in positivo, di conformare *ex novo* l' effettiva latitudine di determinati poteri (questo era il modello del lavoro temporaneo, in cui l'effettiva latitudine di utilizzo di quell'istituto – e quindi il ruolo che quest'ultimo doveva svolgere in ogni categoria merceologica - veniva praticamente rimessa alle determinazioni del contratto collettivo, limitandosi la legge a prevedere unicamente due circoscritte causali giustificative del ricorso al contratto di fornitura)[949].

Se volgiamo ora lo sguardo al decreto legislativo 276, balza evidente come la legge qui sostanzialmente affidi invece all'autonomia collettiva il compito di introdurre limitazioni al potere datoriale. È chiaro cosa questo implichi sulle dinamiche del tavolo negoziale. Le organizzazioni rappresentative dei lavoratori, si trovano ora a negoziare, per così dire, in salita; esse devono chiedere per ottenere (e la loro richiesta, inoltre, fatto non trascurabile, potrebbe risultare oggettivamente

---

[946] Ad esempio, il già molto ampio elenco delle lavorazioni per le quali è consentita la somministrazione a tempo indeterminato può essere allungato, senza limite alcuno, dal contratto collettivo – art. 20. co. 3 – al quale altra opzione non rimane, quindi, che quella di una completa liberalizzazione dello strumento.

[947] Ad esempio, si prevede che si possano introdurre limitazioni percentuali all'utilizzo di determinate tipologie di rapporti; artt. 58, co. 2 e 60, co. 5.
In linea generale non è certo preclusa all'autonomia collettiva la possibilità di introdurre simili limitazioni; la differenza dovrebbe invece riposare sull'applicazione generalizzata della regolazione, che dovrebbe appunto conseguire dalla tecnica del rinvio.

[948] Sembra che le uniche previsioni siano quelle previste dagli artt. 20, co. 5, lett. b) e 34, co. 3, lett. b), nelle quali si esclude la possibilità del ricorso, rispettivamente, alla somministrazione ovvero al lavoro intermittente, presso unità produttive interessate da licenziamenti collettivi o trattamenti di integrazione salariale.

[949] Si potrebbe ricondurre a questo filone anche la legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, pur se in essa è presente l'elemento del controllo esercitato dalla commissione di garanzia.

indebolita dalla prospettiva che – per via dei crescenti dubbi esistenti in ordine all'efficacia soggettiva delle determinazioni operate dall'autonomia collettiva - la limitazione introdotta possa andare a "danneggiare" solo i datori di lavoro rappresentati dall'associazione datoriale firmataria del contratto collettivo[950]). Le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro si trovano, invece, nella ben più comoda posizione di chi deve concedere. È difficile negare che il risultato inevitabile – almeno nell'attuale contesto, in cui non spira certo il soffio della concertazione – sia quello di un ben scarso incentivo alla negoziazione.

Il medesimo esito – in verità aggravato, tanto da potersi configurare addirittura come un sostanziale disincentivo alla contrattazione - finiscono per sortire quelle disposizioni in cui il rinvio al contratto collettivo appare importante, perché relativo ad aspetti cruciali dell'istituto, ma l'eventuale mancanza del contratto collettivo può ben essere supplita dall'intervento del Ministro[951] oppure direttamente dall'autonomia individuale[952]. Nella previsione richiamata da ultimo il salto che si compie è veramente rimarchevole. Se si ritiene opportuna la regolazione collettiva, con quale logica si abilitano le parti a disporre a livello individuale? La grammatica giuslavoristica sin qui da noi praticata trova difficoltà a spiegarcelo.

Non si può negare, in conclusione, che – nonostante la ricchezza dei rinvii alla contrattazione collettiva – sia presente un'attitudine di questo legislatore a non fare eccessivo affidamento su di essa.

## 5. Ambivalenze ed ambiguità sul ruolo dell'autonomia collettiva

Fermo restando il giudizio ora formulato, non bisogna omettere di rilevare che esistono peraltro forti ambivalenze ed ambiguità.

---

[950] In verità sembra che il legislatore continui ad operare i rinvii sul presupposto che le determinazioni operate dai contratti collettivi sulla base di essi siano destinati ad avere applicazione generalizzata. Lo si può desumere anche dal fatto che ha ritenuto opportuno sopprimere la disposizione – presente nella disciplina del lavoro a tempo parziale (art. 3, co. 2, del decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61) – con la quale l'applicazione della clausola di contratto collettivo in materia di elasticità dell'orario veniva subordinata alla effettiva applicazione dell'intero contratto collettivo.
Questa formula, probabilmente di dubbia legittimità (a fronte del combinato disposto degli articoli 3, comma 1, e 39, comma 1, della Costituzione), era stata utilizzata dal legislatore proprio al fine di eliminare alla radice il problema (ed infatti faceva coincidere l'ambito di applicazione delle norme di contratto collettivo prodotte sulla base del rinvio da parte della legge con il campo di applicazione del contratto stesso).

[951] È il caso della determinazione delle ragioni giustificative del ricorso al lavoro intermittente (art. 34, co. 1) o, nella disciplina del contratto di inserimento, il caso della determinazione delle modalità di definizione dei piani individuali di inserimento (art. 55.co. 2).

[952] È il caso del lavoro ripartito (art. 41, co. 3) e, soprattutto, del lavoro a tempo parziale dove si prevede la facoltà di una disciplina dettata a livello di accordo individuale, in caso di mancanza di contratto collettivo, non solo per il lavoro supplementare (art. 46, lett. f), bensì anche per le clausole elastiche e per quelle flessibili (art. 46, lett. s).
L'accordo individuale sembra costituire l'unica fonte di disciplina del contratto di apprendistato. Sembra questo l'esito paradossale di una assai infelice manipolazione di un testo che originariamente prevedeva di affidare alla competenza concorrente delle regioni la disciplina dell'istituto e poi è stato modificato limitando la loro competenza alla disciplina dei soli profili formativi. La modifica è stata operata senza provvedere ad una ricalibratura. Quindi, le proposizioni formulate come disposizioni di principio per la legislazione regionale suonano ora come improbabili disposizioni di principio dettate per l'autonomia individuale (art. 49, co. 4). Il contratto collettivo viene richiamato solo relativamente a profili circoscritti: durata dell'apprendistato professionalizzante (art. 49, c. 3), modalità di erogazione della formazione professionale ((art. 48, c. 4, lett. c; art. 49, c. 5, lett. b), eventuale computo degli apprendisti nell'organico ai fini dell'applicazione di determinate normative (art. 53, co. 2).

Nel testo del decreto legislativo non mancano, infatti, segni che ambirebbero a costituire espressione dell'intenzione di dare, invece, il massimo risalto al ruolo della contrattazione collettiva.

Ad esempio, questo legislatore ci pone dinnanzi ad un tipo di richiamo all'autonomia collettiva che sembra conferire a quest'ultima una potenza del tutto inedita (anche se difficilmente decifrabile relativamente all'effettiva ampiezza delle possibilità di proiezione[953]). Infatti, affida all'autonomia collettiva addirittura la possibilità di gestire la "messa a regime" di tutto il decreto legislativo[954].

Ancora, vi sono disposizioni dalle quali sembra evincersi l'esistenza di una competenza dell'autonomia collettiva ad integrare a largo spettro - con presumibile efficacia *erga omnes* - la disciplina legislativa di determinati istituti[955]. In precedenza la politica dei rinvii all'autonomia collettiva in funzione di integrazione della disciplina legale era stata praticata solo relativamente a specifici limitati profili.

Inoltre, il legislatore addirittura giunge a subordinare la regolamentazione regionale in materia di apprendistato – prevista per i profili formativi di quest'ultimo – ad una "intesa" con le parti sociali[956].

Un rilevante ruolo sembra conferito all'autonomia collettiva anche in quella disposizione che sembra accreditarla di un compito di orientamento nella lettura della proiezione applicativa della legge in un suo delicato profilo. Mi riferisco alla disposizione in cui si prevede che le parti sociali possano formulare "indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino" (art. 84, co. 2).

Parimenti rilevante sembra – anche se il quadro qui diventa decisamente incomprensibile (ne parlerò dopo) – la disposizione in cui si prevede che le parti sociali possano concordare "codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti ed ai trattamenti economici e normativi" (art. 78, co. 4).

---

953 Dovrebbe essere sufficientemente chiara la possibilità di un intervento regolativo del regime transitorio, che si esprima, ad esempio, attraverso la previsione del differimento dell'entrata in vigore di determinate discipline (è da dubitare, peraltro, che questo possa avvenire nel caso in cui ciò implichi conseguenze sul bilancio dello Stato) ovvero mediante l'esercizio di un potere regolativo in via temporaneamente suppletiva di altre istanze dell'autonomia collettiva, di livello inferiore, che tardino ad attivarsi pur essendo interessate da un rinvio da parte della legge (ad esempio, l'accordo interconferedale potrebbe dettare le causali di ricorso al lavoro intermittente). Del tutto oscuro, invece, è che cosa di altro – rispetto a quanto si è ora considerato - possa significare l'espressione "messa a regime" (infatti, il legislatore indica il regime transitorio solo come uno dei possibili ambiti di intervento).

954 Art. 86, comma 13; non sembra peraltro un rinvio senza riserve, dal momento che la facoltà di intervento sembra subordinata ad uno specifico atto di affidamento da parte del Ministro, il quale quindi presumibilmente provvederà in questo senso quando abbia valutato non negativamente le intenzioni delle parti sociali.

955 È il caso del contratto di inserimento (art. 48, co. 1). Una competenza molto ampia sembra fissata anche per il lavoro ripartito (art. 43, co. 1) e per il lavoro intermittente (art. 35, co. 2; qui la mano "sapiente" del legislatore ci mette di fronte ad uno schema inedito: le parti del contratto individuale "devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi").

956 Art. 49, comma 5; in questo senso anche l'art. 50 comma 3; si tratta di una disposizione tecnicamente assai improbabile dal momento che, intesa nel suo significato letterale, appare chiaramente incostituzionale per lesione della competenza normativa della Regione; evidentemente il legislatore, tecnicamente sprovveduto, intendeva alludere all'opportunità che il procedimento di redazione della regolazione avvenga sulla base di procedure concertative: nella sostanza, successivamente ad una consultazione delle parti sociali; ma anche della legittimità di un simile vincolo si potrebbe dubitare.

Le due disposizioni da ultimo richiamate vincolano il Ministro, il quale deve emanare appositi decreti su quelle materie, a riprodurre in quei decreti quanto sia stato eventualmente convenuto in sede di contrattazione collettiva.

Non c'è che dire, c'è tutta l'apparenza di una esaltazione del ruolo del ruolo dell'autonomia collettiva. Ed il legislatore ci tiene a dichiarare apertamente – fatto inusuale dal punto di vista della tecnica legislativa - che vuole realizzare un "sostegno" ed una "valorizzazione della autonomia collettiva". Proprio questa formula utilizza per rubricare un articolo[957].

Non si può omettere di constatare, infine, che questo legislatore si propone l'obiettivo di valorizzare anche il ruolo che le parti sociali potrebbero esercitare in più ambiti mediante gli enti bilaterali[958], che costituiscono un'interessante proiezione dell'autonomia collettiva.

Credo proprio che l'interprete, disorientato dalla confusione e dalla contraddittorietà dei molteplici segni presenti in questa legge abbia bisogno dell'aiuto di un cultore della disciplina di Freud per raccapezzare la via giusta per la loro lettura.

## 6. Continua

Non è facile dare una valutazione compiuta perché non mancano, dicevo, elementi di ambivalenza.

Credo si possa convenire sul fatto che certamente questo decreto legislativo porta impresso nel suo corpo i segni dello stato di salute non buono delle relazioni industriali, rispetto al quale – peraltro – la sensibilità dell'attuale governo non rappresenta un elemento di contesto che possa agevolare la guarigione.

Sia le profonde divergenze tra CGIL, da un lato, e CISL e UIL dall'altro, che si sono clamorosamente manifestate anche sul piano negoziale, attraverso accordi separati, sia lo scarso interesse manifestato dalla Confindustria, hanno contribuito a far venire meno la forza propulsiva del sistema di relazioni industriali nei confronti dell'innovazione legislativa: il decreto legislativo contiene innovazioni che non sono maturate – come era consuetudine un tempo – al tavolo della concertazione. Il governo è quindi andato per la sua strada e – sapendo come stanno le cose – non ha voluto fare veramente affidamento sull'autonomia collettiva, tanto che si è fatto carico di prevedere in vario modo che le cose comunque funzionino anche senza l'intervento di quest'ultima; nello stesso momento – come abbiamo visto – sembra invitarla ad intervenire, tanto da mandare segnali inequivocabili che gli vanno bene anche accordi separati.

Lo stato di salute malfermo delle relazioni industriali è certo imputabile a complesse vicende riconducibili a dinamiche interne allo stesso sistema, ma esse sono state anche in varia misura eccitate – in un reciproco intreccio – da dinamiche del sistema politico.

---

[957] L'articolo 40, il cui contenuto, peraltro, a ben guardare, riguarda l'intervento del Ministro del lavoro in funzione suppletiva proprio del fallimento dell'autonomia collettiva. Evidentemente il "sostegno" e la "valorizzazione" riposerebbero solo nel tentativo che il Ministro è tenuto ad espletare per sollecitare le parti collettive al raggiungimento di un accordo.

[958] Questi enti vengo individuati "quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro" (art. 1, lett. h). Non mancano tuttavia contraddizioni, come quella di abilitare nel contempo alle funzioni di intermediazione direttamente le singole organizzazioni sindacali (sia dei datori di lavoro, sia dei lavoratori) (art. 6, co. 3) o di abilitare alla certificazione anche gli uffici periferici del ministero del lavoro, le province e le università (art. 76, co. 1).

Si tratta di una storia che non inizia con il decreto legislativo 276.

Riferendoci al periodo a noi più vicino, si pensi, in particolare, a due significativi momenti, quello segnato dalla regolamentazione del rapporto di lavoro a tempo parziale fatta dal decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, e quello segnato dalla regolamentazione del contratto di lavoro a tempo determinato fatta dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.

Con riferimento al primo decreto legislativo si potrebbe rilevare che probabilmente anche presso il governo precedente l'autonomia collettiva non sembrava godere di eccessivo credito.

Non si può negare che nella redazione di quel decreto – che pur meritevolmente affidava all'autonomia collettiva il compito di introdurre alcune flessibilità (in particolare, le clausole elastiche) – il legislatore non ha mancato di coprire tutti gli spazi, comprimendo in questo modo il possibile ruolo creativo dell'autonomia collettiva, nei cui confronti la sua attitudine è stata peraltro oltremodo dirigistica. Quell'autonomia sembrava trattata alla stregua di un sorvegliato speciale, evidentemente in ragione del timore che il suo esercizio potesse esporre a pericolo posizioni di interesse dei lavoratori che si riteneva quindi opportuno predefinire e garantire direttamente sul piano della legge.

Con riferimento al secondo decreto è opportuno ricordare che è stato emanato dall'attuale Governo, entro breve termine dal suo insediamento, recependo integralmente un avviso comune sottoscritto da tutte le parti sociali, ma non dalla CGIL. La sua emanazione ha contribuito a marcare la spaccatura già intervenuta tra le organizzazioni più rappresentative dei lavoratori ed ha rappresentato, per l'attuale Governo, l'occasione per segnare immediatamente le distanze da quello precedente, che si era assunto la responsabilità di non dare seguito a quell'avviso comune.

Orbene, non si può negare che è stato proprio questo decreto ad introdurre, per primo, una rilevante discontinuità nel sistema dei rapporti tra legge ed autonomia collettiva. Ha sovvertito completamente il tradizionale modello, realizzando un vero e proprio mutamento di paradigma[959].

Laddove il vecchio modello – come si è visto in precedenza – affidava integralmente all'autonomia collettiva il compito di segnare ogni contorno dell'effettiva latitudine del potere datoriale di stipula dei contratti di lavoro a tempo determinato, il nuovo modello vede, da un lato, una legge che provvede direttamente ad attribuire al datore di lavoro un potere apparentemente[960] amplissimo e, dall'altro lato, un'autonomia collettiva degradata, invece, allo svolgimento di un ruolo meramente opzionale: quello di fissare tetti percentuali all'utilizzo di quell'istituto.

---

[959] Questo mutamento ben avrebbe potuto avere una sua logica – beninteso nella prospettiva delle consuete dinamiche delle relazioni collettive – se avesse rappresentato il frutto di una scelta volta ad incentrare la funzione di governo, esercitata dalle parti sociali, esclusivamente sulla determinazione delle percentuali massime di utilizzo del contratto di lavoro a termine, rinunziando quindi alla funzione classica di determinazione delle causali, probabilmente meno efficace (ai fini del controllo sindacale) e certamente più esposta (per i datori di lavoro) alle incertezze della eventuale mediazione giudiziaria .
Sarebbe interessante poter disporre di una storia interna della vicenda per sapere come sono andate effettivamente le cose. È molto probabile che fosse questa l'iniziale intenzione dei negoziatori (almeno sul fronte delle organizzazioni rappresentative dei lavoratori). La redazione tecnica del documento negoziale non rispecchia comunque un simile compromesso, dal momento che in esso la posizione delle percentuali massime di utilizzo dello strumento da parte della contrattazione collettiva appare soltanto eventuale.

[960] Rimane infatti il problema, che sappiamo assai controverso, relativo al carattere temporaneo o meno che devono avere le esigenze dell'impresa per il soddisfacimento della quali si assume con il contratto a tempo determinato.

E si potrebbe dire di più. Infatti, vediamo addirittura esplicitamente preclusa all'autonomia collettiva la possibilità di porre questo limite con riferimento a specifiche causali (art. 10, co. 8, d.lgsl. 368/2001).

Si è qui verificata una sorta di eterogenesi dei fini. Quello che sul piano dell'autonomia collettiva rappresentava soltanto un aspetto del compromesso legittimamente raggiunto tra le parti sociali, si è trasformato, nel momento della recezione in legge, in un inedito elemento pregno di significato sul piano sistematico: l'ordinamento dello Stato pone addirittura un divieto all'autonomia collettiva, le cui determinazioni in questo campo vengono quindi evidentemente ritenute potenzialmente lesive dell'interesse pubblico all'occupazione.

Il rovesciamento del paradigma precedente non poteva essere più completo.

Orbene, abbiamo anche visto che questo decreto è figlio non tanto del governo – che si è limitato ad emanarlo – quanto dell'autonomia collettiva, che lo ha concepito prima che il governo venisse costituito; è figlio di un'autonomia collettiva che, sebbene nell'assenza di un protagonista di tutto rilievo come la CGIL, non può certo essere considerata spuria nell'ambito del consolidato sistema di relazioni industriali del nostro Paese.

Quindi, nel valutare il decreto legislativo 276, qualche cautela è necessaria.

Inoltre, un avvocato difensore di questo decreto potrebbe invocare un ulteriore elemento di contesto come ragione che probabilmente ha influito sulla sensibile modificazione del ruolo giocato dall'autonomia collettiva in relazione alla legge. A ben vedere, l'autonomia collettiva ora si muove in un quadro normativo che ormai– sul versante degli "ingressi" – non presenta più, a differenza del passato, rigidità che debbano essere allentate e governate[961]. In altri termini, potrebbe dire che, se il ruolo dell'autonomia collettiva sta mutando, lo si deve in una qualche misura anche al fatto che il quadro normativo sul quale l'autonomia collettiva è chiamata ora ad esercitarsi è un quadro che praticamente, non presentando più rigidità, consente solo un'azione costruttiva e non più demolitiva. Per certi aspetti, la situazione nella quale ci troviamo è quella che a suo tempo si era presentata quando si è normata la figura del contratto di lavoro a tempo parziale (1984).

Questo avvocato, tuttavia, difficilmente potrebbe difendere con questo – peraltro debole – argomento la soluzione adottata nella disciplina del contratto di lavoro a tempo parziale, dove si è chiaramente compiuto, a danno dell'autonomia collettiva, il medesimo errore – a segno esattamente rovesciato – compiuto dal governo precedente. Laddove il primo ha ecceduto a porre vincoli, il secondo ha ecceduto nella liberalizzazione, rendendo l'intervento dell'autonomia collettiva – al di là dei richiami di facciata – un qualcosa di cui si può ben fare a meno.

## 7. La legge ed il sistema dei rapporti collettivi

Abbiamo detto prima che, in una certa misura, questa legge porta i segni della malattia del sistema delle relazioni industriali. Tuttavia, non bisogna trascurare di rilevare che, nello stesso momento, la legge non fa nulla per curarla, questa malattia; sembra anzi volerla eccitare.

---

[961] Questo governo, ovviamente, ha dato il suo contributo, demolendo – come vedremo - l'ultimo baluardo che era rimasto, quello della legge sugli appalti di manodopera.

Questo può dirsi con riferimento a due particolari profili della politica dei rinvii che la legge fa all'autonomia collettiva, ai quali il legislatore sembra aver dedicato una cura tutta particolare. Attengono entrambi alla individuazione degli attori il cui ruolo si vorrebbe valorizzare tramite la politica dei rinvii. Il primo è quello della rappresentatività delle associazioni sindacali alle quali si opera il rinvio; il secondo è quello dell'ambito della loro competenza.

Sul primo profilo – con riferimento al quale è certamente più calzante l'idea dell'eccitamento - il Governo è intervenuto manipolando la formula del sindacato comparativamente rappresentativo: i rinvii vengono ora fatti dalla legge non più ai contratti stipulati "dai" sindacati comparativamente più rappresentativi, bensì ai contratti stipulati "da" sindacati comparativamente più rappresentativi[962].

Lo ha fatto per togliere ogni dubbio – lo si ricava dalla lettura della relazione di accompagnamento al disegno di legge – in ordine alla piena validità, ai fini del rinvio operato dalla legge, dei contratti non sottoscritti unitariamente.

Si è compiuta, in questo modo, un'operazione alquanto superflua ed inconsistente sul piano tecnico, ma fortemente evocativa sul piano politico.

Operazione superflua, perché la formula del rinvio al contratto stipulato "dai" sindacati comparativamente più rappresentativi, utilizzata in precedenza, non mirava certo ad imporre che quel contratto collettivo dovesse risultare sottoscritto da tutti i sindacati comparativamente più rappresentativi; invece, mirava soltanto ad evitare il pericolo che il rinvio potesse contemporaneamente operare con riferimento a più di un contratto e potesse quindi alimentare fenomeni disgregativi (è noto che quella formula cominciò ad essere utilizzata per bloccare lo sviluppo del fenomeno dei c.d. contratti pirata[963]).

Abbiamo detto che, nello stesso momento, il Governo ha voluto compiere un'operazione fortemente simbolica sul piano politico. Ha tenuto a dirci, con una certa avventatezza, che gli vanno bene anche accordi separati. Ha grossolanamente sottovalutato, in questo modo, che la pratica degli accordi separati è espressione di uno stato patologico che mette a rischio la tenuta di tutto il sistema e che quindi va curata; non imprudentemente vellicata, invece, anche mediante la formalizzazione – e quindi, la stabilizzazione nel tessuto normativo – di formule che sembrano poterla assumere come un dato di normalità[964].

Passiamo ora al secondo profilo. Nel fare i rinvii all'autonomia collettiva, il Governo segue un tracciato che mostra qualche elemento di ambiguità. Da un lato, sembra voler conferire – come si è visto – un ruolo rilevante al livello confederale; dall'altro lato, in più punti abilita l'autonomia collettiva indistintamente a tutti i livelli ai quali essa si può esprimere (categoriale, territoriale ed, in alcuni casi[965], anche aziendale) così dando prova di non essere molto rispettoso dell'ordine che

---

962 V., ad esempio, gli articoli, 20, co. 3, lett. i), 34, co. 1, 46, co. 1, lett. b), 55, co. 2.

963 Art. 2, co. 25, della legge 28 dicembre 1995, n. 549.

964 Rappresenta un capolavoro di improvvisazione l'interessante – ma oscura - formula che prevede l'obbligo del Ministro di tenere conto - nella redazione del decreto che egli emani in supplenza del contratto collettivo – "delle prevalenti posizioni espresse da ciascuna delle parti interessate" (artt. 40 e 55, co. 3). Essa costituisce l'ingenua ammissione di un problema che per altro verso si è voluto rimuovere. È da presumere che essa si presti a sollevare dinnanzi al magistrato amministrativo la questione della validità delle determinazioni assunte dal Ministro.

965 Lavoro a tempo parziale (art. 46), contratto di inserimento (art. 55, co. 2), apprendistato (art. 49, co. 5, lett. b).

il protocollo del 23 luglio del 1993 aveva cercato di dare al sistema, ed anzi dando l'impressione di voler propiziare – così come peraltro chiaramente auspicato nel libro bianco – un suo superamento.

Per quel che riguarda il rinvio al livello aziendale si potrebbe certo sostenere che esso può trovare giustificazione nel legame che quel livello ha con la specificità degli assetti organizzativi con i quali deve fare i conti l'utilizzo degli istituti per la cui regolazione viene operato il rinvio. Ma si tratterebbe di una considerazione che trascurerebbe di tenere presenti due elementi importanti.

Il primo è che il livello aziendale non è quello più confacente alla regolazione di interessi che riguardano soggetti ancora esterni alla realtà del mercato del lavoro interno all'impresa. In altri termini, può esservi il pericolo di scambi impropri sulla testa di quei soggetti.

Il secondo è che la specificità degli assetti organizzativi può anche essere tenuta nella opportuna considerazione attraverso meccanismi amministrati o comunque regolati dal livello sovraaziendale.

## 8. Le ulteriori forme di lavoro "atipico"

Finora abbiamo analizzato – alla luce del dilemma continuità/discontinuità – il profilo dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva. Sempre alla luce di quel dilemma passiamo ora ad analizzare gli specifici contenuti del decreto legislativo che più ci interessano.

Ad uno sguardo d'assieme, si può rilevare che la nuova legislazione, da un lato, mira ad incidere nell'area del lavoro subordinato, introducendo ulteriori schemi di rapporto di lavoro (ad esempio, somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, lavoro intermittente), dall'altro lato ambisce, invece, a marcare con maggiore precisione i margini di quest'area attraverso una nuova definizione della figura che si trova immediatamente a contatto, sul versante esterno, di quei margini (l'area del lavoro coordinato e continuativo).

Continuità? Discontinuità?

A mio avviso, la vera discontinuità non è riscontrabile nella pluralizzazione dei rapporti lavorativi sui quali si sono soffermati i fautori della discontinuità prima richiamati. Qui, a mio avviso, molti interventi sono da considerare, per così dire, come "variazioni sul tema".

Infatti, ci troviamo in gran parte dinnanzi a modulazioni diverse di equilibri interni di istituti già conosciuti (lavoro a tempo parziale, lavoro a progetto, apprendistato e contratto di inserimento, che va a sostituire il contratto di formazione e lavoro nell'area del lavoro privato). Istituti completamente nuovi sono, invece, il lavoro intermittente, il lavoro ripartito ed il lavoro occasionale "di tipo accessorio".

Il lavoro intermittente (articoli 33 e seguenti) rappresenta, a ben vedere, una superfetazione che trova la propria giustificazione più nell'esigenza – di vago sapore didattico – di dare una risposta

eclatante alla famosa vicenda dell'accordo Zanussi-Electrolux sul "part-time ad espansione programmata"[966] che non in una effettiva necessità, dal momento che il suo contenuto ben avrebbe potuto essere elaborato direttamente dall'autonomia collettiva (e non è da escludere che questo comunque avvenga) sulla base della rivisitata disciplina del lavoro a tempo parziale.

Fatta questa considerazione, va anche detto che non si può condividere, invece, l'indignazione di coloro che hanno denunciato questo schema come il massimo della mercificazione. Anche se non mancano aspetti discutibili[967], talvolta definibili come vere e proprie gratuite "cattiverie"[968] , che potrebbero giustificare la loro indignazione, sembra che essi non vogliano vedere che questo schema – il cui utilizzo peraltro non è libero, essendo subordinato alla sussistenza di determinate causali giustificative – dovrebbe consentire all'impresa di formalizzare e stabilizzare una relazione duratura con frange di lavoro periferico delle quali essa evidentemente ha necessità di disporre non in via continuativa e che attualmente essa già utilizza, ma sulla base di rapporti a carattere temporaneo. Vedono quindi precarietà, laddove l'istituto si presta invece a ridurla. È ovviamente importante che intervenga la disciplina collettiva, non solo per civilizzare le gratuite cattiverie alle quali si è fatto cenno, bensì anche – e si tratta di un aspetto essenziale - per regolare delicati aspetti della disciplina del rapporto[969], magari anche in termini innovativi rispetto alla disciplina legale, così da pervenire ad un sistema che in termini più articolati[970] cerchi di bilanciare esigenze di flessibilità dell'impresa ed esigenze di sicurezza e di libertà dei lavoratori.

---

[966] È la vicenda – assai emblematica, sotto molti profili - di un interessante accordo separato raggiunto il 30 giugno 2000 presso quell'impresa (vedilo in *Lavoro informazione* n. 14, 2000), ma bocciato a seguito di referendum che era stato indetto dalla rsu tra i lavoratori in ragione del dissenso manifestato dalla Fiom. L'accordo si prefiggeva l'obiettivo di stabilizzare presso l'impresa aliquote di lavoratori che venivano periodicamente da essa assunti con contratti di lavoro a termine, per via dei ricorrenti picchi produttivi. A tal fine si prevedeva, nella sostanza, che quei lavoratori venissero assunti con contratti di lavoro a tempo parziale e che quei contratti dovessero prevedere la facoltà, in capo all'azienda, di richiedere, con preavviso scritto di almeno 72 ore, prestazioni aggiuntive (di consistenza minima predeterminata in ragione della particolare ragione giustificativa della richiesta e con retribuzione maggiorata) per un predeterminato numero di ore nell'anno, e la facoltà, in capo al lavoratore, di opporsi a siffatta richiesta in presenza di cause di oggettivo impedimento (ad esempio, oltre alle ipotesi classiche di impossibilità sopravvenuta per ragioni attinenti alla sfera del lavoratore, l'essere impegnati nello svolgimento di altro rapporto di lavoro a tempo parziale, la partecipazione ad attività formative, la partecipazione a missioni umanitarie, lo svolgimento di attività di volontariato). In cambio i lavoratori ottenevano, oltre che un minimo di trattamento retributivo garantito nel corso dell'anno, il riconoscimento del diritto ad un determinato numero di ore di formazione, a spese dell'azienda.
L'accordo, che meritevolmente mirava a forzare il quadro normativo poco prima introdotto (il decreto legislativo n. 61/2000, che prevedeva la possibilità di rendere elastica la distribuzione dell'orario, ma taceva sulla possibilità di rendere in una certa misura elastica anche la quantità complessiva dello stesso), venne bocciato dai lavoratori (ovviamente non dai diretti interessati, ma da tutti i dipendenti dell'impresa) perché l'ideologia riuscì a far leggere la minaccia della precarizzazione in un accordo che mirava, come si è detto, all'obiettivo esattamente opposto, attraverso un equilibrato, a mio avviso, dosaggio delle partite di scambio.

[967] Ad esempio, non si giustifica che il contratto possa essere stipulato liberamente - così sembra – anche a tempo determinato (art. 33, comma 2), oppure che possano essere assunti con questo contratto – seppure in via sperimentale - giovani ed anziani a prescindere dall'esistenza di particolari esigenze (art. 34, comma 2).

[968] Ad esempio, dell'ineffabile articolo 37 si è già detto prima (*sub* nota 6). E che dire, poi, della previsione addirittura per legge della sanzione del lavoratore per il caso in cui, trovandosi temporaneamente impossibilitato a dare risposta alla chiamata, non ne dia tempestiva informazione al datore di lavoro (articolo 36, comma 5: perdita dell'indennità di disponibilità per un periodo di quindici giorni)? nonché per il caso di rifiuto ingiustificato di risposta alla chiamata (che il comma 6 del medesimo articolo sanziona con l'incomprensibile misura della "restituzione della quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo all'ingiustificato rifiuto" e con un "congruo risarcimento del danno nella misura fissata dai contratti collettivi o, in mancanza, dal contratto di lavoro") ?

[969] Come quelli relativi alle modalità della disponibilità del lavoratore, della richiesta da parte dell'impresa, nonché alle ragioni giustificative di una eventuale risposta negativa del lavoratore alla chiamata.

[970] È poco probabile che si faccia ricorso al contratto che prevede l'indennità di disponibilità per tutto l'anno. Si tratta di una soluzione che dovrebbe essere vista con sfavore sia dall'azienda, perché potrebbe risultare per essa eccessivamente onerosa, sia dal lavoratore,

Il secondo rapporto, il lavoro ripartito (articoli 41 e seguenti) si può dire già vivente sul piano giuridico con il conforto di una coraggiosa circolare emanata sotto il Governo Prodi (Ministro Treu); la relativa disciplina rappresenta quindi una sorta di opportuna stabilizzazione di quella circolare. Si deve peraltro ricordare che nella precedente legislatura non sono mancate iniziative, in questa direzione, da parte delle forze politiche che oggi costituiscono l'opposizione. Si deve piuttosto dire che la disciplina è poco chiara, per non decisamente dire confusa (c'è veramente solidarietà? E quindi il datore di lavoro è integralmente sollevato dal rischio dell'impossibilità della prestazione che attenga alla sfera di ciascuno dei due lavoratori?).

Se correttamente disciplinato, questo istituto dovrebbe rappresentare uno schema caratterizzato da una flessibilità integralmente declinata sul versante del soddisfacimento delle esigenze di vita dei lavoratori e non di quelle dell'azienda. In altri termini, esso dovrebbe essere funzionale non a garantire all'azienda una riduzione dell'assenteismo realizzata attraverso il trasferimento del rischio dell'impossibilità sulle spalle dei lavoratori[971], bensì a garantire la loro emancipazione dal potere datoriale di determinazione dell'orario della prestazione lavorativa di ciascuno di essi.

Il terzo rapporto, il lavoro occasionale "di tipo accessorio" (articoli 70 e seguenti) è stato concepito per favorire l'emersione di forme marginali di lavoro mediante una modalità semplificata di formalizzazione del rapporto. Si tratta di un'idea - interessante, ma di applicazione prevedibilmente circoscritta - che cominciò ad essere elaborata presso il Ministero già al tempo del Governo Dini (Ministro Treu), sulla scia di un'esperienza presente in Belgio. Se poi, dopo la caduta di quel Governo, non è riuscita a venire alla ribalta è probabilmente dovuto alla sua ridotta importanza rispetto a ben altri obiettivi che si trattava di perseguire e che erano stati solennemente specificati nell'accordo tripartito del 1996 (si pensi all' introduzione del lavoro temporaneo).

Dunque, neanche a questo riguardo si può parlare di discontinuità.

La vera discontinuità è invece registrabile in due punti, uno che desta, a mio avviso, forti perplessità ed un altro, invece, valutabile positivamente (almeno sul piano delle intenzioni).

## 8. Il sostegno all'*outsourcing*

Vediamo il primo punto.

Un combinato disposto di norme (somministrazione, appalti, trasferimento di azienda) spalanca la strada al decentramento. Bisogna riconoscere che questo, in effetti, è un obiettivo del tutto inedito e si può dubitare che possa essere considerato coerente con il proclamato intento del legislatore di aumentare – attraverso questo provvedimento - il tasso di attività.

---

perché il reddito che egli potrebbe ricavare dal mantenersi permanentemente a disposizione sarebbe decisamente insufficiente alle sue esigenze di vita (diversa potrebbe essere la situazione di chi sia giovane o pensionato).
È più probabile, quindi, che si stipuli un contratto che non preveda l'indennità (e quindi la disponibilità), oppure che la preveda solo per periodi predeterminati. Lo schema dell'accordo Zanussi-Electrolux – del quale si è detto prima – offre un'ulteriore soluzione, più bilanciata.

[971] Ove si ritenesse sussistente un obbligo del lavoratore di sostituire il collega che si trovi impossibilitato ad effettuare la propria prestazione ci troveremmo di fronte ad una situazione con riferimento alla quale si potrebbero ragionevolmente sollevare dubbi di legittimità sulla base degli argomenti desumibili dalla sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 1992. È la decisione con la quale la Corte – con riferimento alla originaria disciplina del lavoro a tempo parziale – ebbe modo di porre in risalto il particolare valore del bene rappresentato dalla capacità del lavoratore di avere piena disponibilità del tempo di non lavoro, dovendo egli poterlo impiegare per lo svolgimento di altre attività lavorative che gli procurino un trattamento retributivo che, sommato al precedente, possa configurare gli estremi della sufficienza prevista dall'articolo 36, comma 1, della Carta costituzionale.

Con le misure richiamate nel precedente paragrafo – quelle che abbiamo qualificato come "variazioni sul tema" – in fin dei conti si persegue il meritevole obiettivo di mettere in circolazione schemi giuridici idonei – nelle intenzioni – a fornire veste adeguata a marginali quote della domanda di lavoro, con il prevedibile effetto di contribuire – più che ad un incremento dell'occupazione - a conferire maggiore trasparenza al mercato del lavoro. Invece, la musica del combinato disposto di norme che ho richiamato - tra le quali sono più importanti quelle che sopprimono elementi del precedente sistema, più che quelle create *ex novo* - è di tutt'altro tenore. Esse, come si è detto, mirano ad agevolare sfacciatamente forme di decentramento alimentate non – come sarebbe fisiologico – da esigenze di specializzazione, bensì semplicemente dalla possibilità di un drastico abbattimento dei costi derivante dalla applicazione di trattamenti economici e normativi, di legge o di contratto collettivo, meno onerosi.

Si potrebbe risolutamente negare che quanto ora affermato corrisponda al vero, se ci si limitasse a considerare che la disciplina della nuova figura introdotta (quella della somministrazione a tempo indeterminato[972], c.d. *staff leasing*) - sulla quale si è appuntata la generale attenzione –

---

[972] Va detto, a questo proposito, che il decreto delegato – non so quanto nel rispetto della delega – coglie l'occasione di questa introduzione per provvedere ad una completa riscrittura della normativa sul lavoro temporaneo, contenuta nella legge 196 del 1977, le cui relative disposizioni vengono corrispondentemente abrogate.
La modifica più rilevante è quella consistente nella previsione – in linea di principio condivisibile – che le causali giustificative del contratto di somministrazione a tempo determinato (quello che nella legge 196/1997 veniva chiamato "contratto di fornitura di lavoro temporaneo") siano le stesse del contratto di lavoro a termine.
In questo modo il deciso contenimento del ruolo dell'autonomia collettiva che (come si è visto in precedenza) si è realizzata nell'area del contratto di lavoro a termine, viene replicato nell'area del lavoro interinale. Nello stesso momento in quest'area si esporta la grave – a mio avviso - situazione di incertezza che si è già venuta a creare nella prima (in ragione dell'utilizzo della formula generale "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo"); con una complicazione ulteriore, invero, quella generata dall' aggiunta, a quella formula, della seguente frase: "anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore" (la cui presenza non mancherà di riverberare effetti, a sua volta, sulla lettura della disciplina del lavoro a termine).
L'incertezza non viene certamente ridotta da quanto previsto nell'articolo 27, co. 3. In questa disposizione si riproduce una formula che, da un lato, si può considerare superflua – in quanto scontata e già ricorrente, peraltro, nella giurisprudenza (il controllo del giudice "non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive, che spettano all'utilizzatore") – e, dall'altro lato, non è certo idonea ad impedire al giudice - contrariamente a quanto evidentemente ritiene il suo estensore - di valutare se una determinata scelta sia ragione idonea a legittimare l'uso della somministrazione.
La negatività dell'incertezza è aggravata dal fatto che qui la violazione della regola relativa alla causale avrebbe sicuramente come conseguenza l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato direttamente con l'azienda utilizzatrice (ex art. 27, co.1).
Un altro grave elemento di incertezza scaturisce dall'articolo 28, nel quale si prevede che "quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, somministratore ed utilizzatore sono puniti con una ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione".
Innanzitutto la scrittura di questa norma è infelice. Cosa vuol dire "contratto collettivo applicato al lavoratore"? A quale "contratto" ci si riferisce se il lavoratore non è stato ancora assunto? Peraltro, se c'è la regola che non può essere corrisposto un trattamento inferiore a quello goduto dai dipendenti dell'utilizzatore, quando mai può verificarsi questa situazione? Il problema potrà porsi quindi con riferimento soprattutto alla legge.
Quando potrà poi verificarsi una situazione del genere? Se nel linguaggio della politica questa disposizione (esplicitamente prevista dalla legge delega) aveva una chiara funzione di offrire rassicurazioni circa il carattere, per così dire, non tatcheriano delle intenzioni del governo nell'introdurre la figura dello *staff leasing*, sul piano della concretizzazione giuridica i problemi che pone non sono pochi, dovendosi oscillare tra una posizione che può condurre a svuotare completamente ogni portata pratica di questa disposizione ed un'altra che, invece, può condurre a farne un pericoloso grimaldello per ridurre del tutto la portata dell'istituto della somministrazione.
Quando il datore di lavoro compie delle scelte è inevitabile che sia presente il piano dei costi, anche di quelli derivanti dall' applicazione di norme di legge. In altri termini, una elusione c'è quasi sempre, perché il lavoratore viene comunque a trovarsi in una situazione giuridica diversa da quella che avrebbe se fosse dipendente direttamente dall'utilizzatore. Nei confronti di quel lavoratore, ad esempio, l'utilizzatore certamente non avrà i problemi che scaturiscono dal regime di stabilità del rapporto

prevede che "i lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto ad un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte" (art. 23, co. 1).

Se si puntasse il dito su questa norma si fingerebbe di non vedere che la vera innovazione passa per un altro percorso, che presumibilmente dissecherà quello della somministrazione a tempo indeterminato.

Vediamo con ordine.

Va innanzitutto segnalato che l'innovazione strategicamente più importante sta nella parte in cui si demolisce, più che in quella in cui si costruisce. Si provvede ad abrogare uno degli ultimi baluardi della rigidità - talvolta ottusa - del precedente sistema; si abroga (art. 85, co.1, lett. c) la legge 1369 del 1960.

Non si può negare che una necessità di adeguamento di quella legge fosse diffusamente avvertita; in particolare nel punto in cui essa poneva una presunzione assoluta di illiceità dell'appalto, quando esso avesse comportato l'impiego di macchine, attrezzature e capitali forniti dall'appaltante. Infatti, quella - particolarmente sotto questo profilo - era una legge molto datata, decisamente non in sintonia con le dinamiche organizzative più evolute, che nel decentramento non vedono necessariamente lo strumento per agire in frode dei lavoratori. Con il decreto legislativo, tuttavia, invece di sottoporre quella legge ad una cura manutentiva[973], come sarebbe stato opportuno, si è pensato che fosse meglio sopprimerla del tutto. Si è fatta una scelta decisamente troppo drastica.

In questo modo si è fatto cadere il principio (che invece è stato recuperato[974] per la somministrazione a tempo indeterminato) secondo il quale il ricorso ad appalti relativi a lavorazioni facenti parte del ciclo produttivo dell'impresa non deve essere motivato dalla prospettiva di una riduzione dei costi fatta a spese del trattamento dei lavoratori. Questo è l'aspetto veramente più innovativo del provvedimento. L'eliminazione di questo principio consente che le pure logiche di mercato possano ormai esprimersi senza remora alcuna nelle dinamiche di conformazione degli assetti organizzativi del tessuto produttivo.

A questo punto è chiaro perché il vero percorso del decentramento sarà l'appalto e non il tanto declamato *staff leasing*: quest'ultimo – sebbene consentito con riferimento ad una serie di attività che già oggi vengono acquisite dall'impresa attraverso contratti di appalto (ad esempio: lavori di facchinaggio e pulizia; servizi di vigilanza e custodia; servizi di consulenza e assistenza nel settore informativo…) - dovrebbe rappresentare uno strumento di gran lunga meno conveniente rispetto all'appalto di servizi.

---

Orbene, questa proposizione potrebbe prestarsi a legittimare il giudice a fare un tipo di analisi della decisione imprenditoriale che sembra invece esplicitamente escluso dall'articolo 27, comma 3.

[973] In questa direzione si muoveva il primo pacchetto Treu, quello contenuto in un disegno di legge redatto nel periodo del Governo Dini.

[974] Peraltro grazie ad una modifica arrecata in sede parlamentare, essendo diverse le iniziali intenzioni del Governo.

Innanzitutto, il costo del lavoratore somministrato dovrebbe essere superiore, se è vero che il trattamento spettante al lavoratore somministrato non può essere comunque inferiore a quello del lavoratore direttamente dipendente dall'azienda utilizzatrice e che, in aggiunta, vi dovrebbe essere una somma a compenso dell'attività svolta dal soggetto somministratore[975].

Se nella somministrazione a carattere temporaneo questo maggior costo si può comunque giustificare, perché va comunque a compensare il servizio "collocativo" svolto dall'agenzia, nella somministrazione a tempo indeterminato – nella quale il servizio prevalente che viene reso dall'agenzia è quello della gestione amministrativa del personale somministrato – questo maggior costo si potrebbe giustificare solo se ad esso effettivamente corrispondesse una, almeno equivalente, riduzione dei costi della gestione amministrativa del personale. Ma dovrebbe escludersi che per l'impresa somministrata possa esservi un sensibile risparmio su questo versante, dal momento che essa per questa voce già dovrà sopportare dei costi fissi con riferimento alla rimanente parte dei propri diretti dipendenti.

In secondo luogo, con un contratto di appalto l'impresa acquisisce almeno il servizio; con la somministrazione a tempo indeterminato, invece, si limiterebbe ad esternalizzare la gestione amministrativa del solo personale relativo ad un determinato servizio, del quale dovrebbe mantenere comunque la responsabilità (infatti, come è noto, l'impresa somministrante si limita a mettere a disposizione il personale, sebbene qualificato). E allora, le conviene? Credo di no.

In altri termini, l'impresa ben può soddisfare, e a minor costo, le sue esigenze di decentramento facendo ricorso alla figura dell'appalto di servizi.

Che si tracci la strada maestra del decentramento attraverso l'appalto sembra comprovato dalle modifiche - che il legislatore ha avvertito la necessità di fare - alla disciplina del trasferimento di azienda (art. 32). Da un lato, si è previsto che l'autonomia dell'articolazione aziendale da trasferire non debba essere necessariamente preesistente, ben potendo quell'articolazione essere creata ed identificata, proprio in vista del trasferimento, al momento dello stesso (comma1); dall'altro lato, il legislatore si fa premura di prevedere che "nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo di azienda oggetto di cessione, tra l'appaltante e l'appaltatore opera un regime di solidarietà" (comma 2).

Di questa proposizione non si sa se apprezzare la disarmante ingenuità o la franchezza. Sotto l'apparenza di una norma scritta con la finalità di apprestare una tutela a favore del lavoratore, il legislatore ci descrive quella che evidentemente ritiene sarà la modalità più praticata del decentramento: la combinazione tra contratto di trasferimento di azienda e contratto di appalto[976].

---

[975] Rimane solo da indagare se per caso un risparmio significativo possa realizzarsi per via della minore contribuzione che l'azienda somministrante sarebbe tenuta a versare in quanto inquadrata nel settore terziario

[976] Va inoltre rilevato che il regime di solidarietà richiamato da questa disposizione è quello comune previsto dalla disciplina codicistica (art. 1676 c.c.) e non quello, più favorevole ai lavoratori, che lo stesso legislatore ha invece voluto prevedere nel caso di appalti di servizi (art. 29, co. 2). La disparità di trattamento che su questo punto si prevede ai danni dei lavoratori interessati da un trasferimento (art. 32, co. 2) cui si colleghi un appalto di servizi pare non spiegabile e sicuramente incostituzionale.

## 9. Il lavoro a progetto

Vediamo ora il secondo punto del decreto che pure rappresenta una discontinuità ma che, a differenza di quello analizzato nel precedente paragrafo, può essere valutato positivamente, nonostante le notevoli imperfezioni.

È il punto in cui il legislatore meritevolmente si propone di fare ordine ai confini della subordinazione, fornendo una nozione del contratto di collaborazione coordinata e continuativa (che viene ora denominato con l'espressione "lavoro a progetto") e cominciando a dettare una disciplina dei suoi contenuti.

Questo tipo di rapporto era da qualche tempo oggetto delle attenzioni del legislatore; ma, come si sa, quest'ultimo (se si fa eccezione per il limitato aspetto contemplato dalla lontana legge sul processo del lavoro del 1973) si era astenuto dal disciplinare i suoi contenuti, limitandosi invece a curarne meno impegnativi aspetti esterni, soprattutto quelli relativi al versante previdenziale[977]. Dunque, si potrebbe ben dire che il legislatore sta compiendo una coraggiosa scelta innovativa, molto delicata[978], anche se il Governo sta dando l'impressione di voler innestare una clamorosa retromarcia[979].

La nozione del contratto di collaborazione coordinata e continuativa fornita dal decreto legislativo obiettivamente mira a fissare in termini tendenzialmente restrittivi l'area occupata da questa figura. Nello stesso momento sembra che si voglia fornire implicitamente un contributo all'esten-

---

977 Nel 1995 una legge di riforma delle pensioni (art. 2, co. 26, L. 335/1995) ha cominciato ad estendere ai collaboratori coordinati e continuativi l'assicurazione per l'invalidità la vecchiaia ed i superstiti, prevedendo la loro iscrizione ad una apposita gestione previdenziale costituita presso l'Inps, alla quale sono stati iscritti anche tutti coloro che esercitano per professione abituale un'attività di lavoro autonomo (salvo che per l'attività esercitata siano già iscritti a forme di previdenza obbligatorie o siano iscritti ad albi o ordini professionali). Il livello della contribuzione, tuttavia, è di gran lunga inferiore a quello previsto per i lavoratori subordinati (attualmente è del 14 per cento - contro il 32, 7 per cento per i lavoratori subordinati - ed è previsto un suo graduale innalzamento, che dovrebbe pervenire nell'anno 2014 all'aliquota complessiva del 19 per cento); ciò normalmente costituisce per i datori di lavoro il principale elemento (unitamente alla mancanza di un regime di protezione della stabilità del rapporto) di preferenza – ove se ne prospetti la possibilità - per questo tipo di contratto rispetto a quello di lavoro subordinato.
Successivamente sono stati estesi al lavoro coordinato e continuativo altri istituti di *welfare* tipici del lavoro dipendente: l'indennità di maternità e l'assegno per il nucleo familiare (art. 59, L. 449/1997), un'indennità per malattia (ma nel caso di degenza ospedaliera; art. 51, L. 488/1999), l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (decreto legislativo n. 38 del 2000).
È interessante rilevare come una tendenza alla assimilazione si sia manifestata anche nel campo delle politiche di incentivazione. Una legge del 2000 (decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 185, art. 17, contenente la disciplina di incentivi all'autoimprenditorialità ed all'autoimpiego) pone anche i titolari di contratti di collaborazione coordinata e continuativa tra i soggetti beneficiari di misure a favore della creazione di attività di lavoro autonomo, di misure in favore dell'autoimpiego in forma di microimpresa ovvero di *franchising*.
Da ultimo la figura del lavoro coordinato e continuativo aveva cominciato ad emergere sul versante della disciplina del mercato del lavoro. Il decreto legislativo n. 297 del 2002 ha previsto che il datore di lavoro sia tenuto a comunicare ai centri per l'impiego l'avvenuta instaurazione non solo dei rapporti di lavoro subordinato, ma anche di quelli "di lavoro autonomo in forma coordinata e continuativa".

978 Come è noto, nella passata legislatura era andato a vuoto un tentativo sviluppatosi su iniziativa parlamentare (mi riferisco al progetto di legge c.d. Smuraglia). Quel tentativo non ha avuto successo perché ispirato da una logica di sostanziale estensione al lavoro coordinato e continuativo di tutele analoghe a quelle tradizionali del lavoro subordinato.

979 Mi riferisco alla circolare emanata dal Governo a Gennaio (circolare n. 1, pubblicata in G.U. del 14.1.2004). Il punto più interessante è quello in cui si afferma, con notevole fantasia, che l'articolo 69, comma 1 (nel quale si statuisce che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione del "progetto" "sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato"), va interpretato nel senso che sarebbe comunque possibile dare prova in giudizio della natura non subordinata del rapporto instaurato. È chiaro che la parola decisiva – salvo un decreto correttivo – dovrà dirla il giudice.

sione dell'area della subordinazione, sia perché si impone (nell'articolo 69, comma 1) di considerare come rapporti di lavoro subordinato i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa che non corrispondano ai nuovi contorni della figura[980], sia perché si mira a bloccare la fuga – che pare sia già in corso e che potrebbe essere ancor più incentivata dalla definizione in senso restrittivo delle collaborazioni coordinate e continuative – verso prestazioni lavorative rese attraverso lo schema giuridico della associazione in partecipazione. Infatti, nell'articolo 86, comma 2, si prevede che l'associato in partecipazione abbia diritto ai "trattamenti contributivi, economici e normativi" previsti per il lavoro subordinato, nel caso in cui non vi siano "effettiva partecipazione e adeguate erogazioni".

Fatte queste considerazioni di carattere generale, vediamo la nuova nozione che viene introdotta (quella del "lavoro a progetto").

Per essere considerate come forme di lavoro non subordinato, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa devono ora "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" (articolo 61, comma 1).

Non è certo facile comprendere cosa precisamente si debba intendere per programma di lavoro o progetto. Ne forniscono la riprova le prime letture in circolazione; sono le più disparate, da un lato ritenendosi che ci si trova dinnanzi ad una novità significativa, dall'altro affermandosi, invece, che la novità è solo di facciata. È presumibile che anche questa parte della legge darà parecchio da lavorare ai giudici.

Ritengo che si possa propendere per la prima lettura, considerando che l'interprete disporrebbe ora comunque di un elemento in più per operare la qualificazione; elemento che ben si presta a

---

[980] Non è da escludere che questo nuovo assetto possa spingere la giurisprudenza a dare della subordinazione una definizione più lata di quella attuale (come è noto la giurisprudenza oggi tende a ritenere sussistente la subordinazione quando risulti presente l'esistenza, in capo al datore di lavoro, del potere direttivo, cioè del potere di analitica disposizione delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa); potrebbe spingerla a dare della subordinazione una definizione che tenda a dare rilevanza all'elemento rappresentato dall'inserimento del lavoratore nell'organizzazione produttiva altrui.
Sembra non condivisibile la tesi che afferma l'incostituzionalità dell'articolo 69, comma 1 (Vallebona). Essa viene sostenuta sulla base della considerazione che il voluto delle parti subirebbe un radicale stravolgimento e che questo rappresenterebbe un'inammissibile limitazione dell'autonomia delle parti: il lavoratore, infatti, si vedrebbe costretto alla subordinazione pur non avendola voluta.
Credo che questa tesi sia viziata dalla mancata considerazione che la formula utilizzata dal legislatore dovrebbe essere idonea a conformare il programma negoziale per gli aspetti di quest'ultimo che possono andare a svantaggio del lavoratore e non, invece, per quelli che possano comunque essere considerati per lui più vantaggiosi. In altri termini, si deve ritenere che se il lavoratore ha effettivamente convenuto di prestare la propria attività senza essere vincolato ad un orario e senza essere assoggettato ad un penetrante potere di comando del datore di lavoro, la sua prestazione debba (continuare ad) essere espletata secondo quella modalità pur dopo l'accertamento della mancanza del "progetto". La sua libertà, quindi, non verrebbe certo a subire limitazioni; mentre nel programma negoziale entrerebbero – per effetto di quanto disposto dall'articolo 69, comma 1 – le disposizioni poste a suo vantaggio (il medesimo effetto sostitutivo si produrrebbe nella disciplina del rapporto giuridico previdenziale).
Per affermare l'incostituzionalità dell'articolo 69, comma 1, neppure sarebbe richiamabile la giurisprudenza della Corte costituzionale che avrebbe affermato il principio della indisponibilità del tipo da parte del legislatore. Anche a voler ammettere l'esistenza di un siffatto principio (della qualcosa, in verità, sarebbe lecito dubitare, considerando che nella sostanza in quelle decisioni la Corte non ha voluto affermare esistente una nozione costituzionale di lavoro subordinato, quanto ribadire che il principio di uguaglianza non consente al legislatore di togliere – mediante una semplice operazione qualificatoria - tutele al lavoratore nell'ambito di un rapporto che rientri nella morfologia della subordinazione), bisognerebbe pur indicare quale sia il bene costituzionale violato dal precitato articolo, non potendosi ritenere che sia quello contenuto nell'art. 41, co. 1, Cost., dal momento che il principio della libertà di iniziativa economica è aduso a ricevere non irragionevoli compressioni da parte del legislatore in funzione della promozione di finalità sociali.

fondare la tesi secondo cui la stipula di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa a carattere autonomo si possa ritenere legittimamente intervenuta solo in presenza di un'esigenza organizzativa ben specificata ed a carattere oggettivamente temporaneo. Infatti, credo si possa convenire sul fatto che – pur nella loro indeterminatezza – i termini "programma" e "progetto" richiamino comunque l'idea di temporaneità. Ovviamente anche in questo caso problemi si porranno alla giurisprudenza, la quale, ad esempio, dovrà dare una risposta al seguente quesito: se i programmi sono distinti, ma si succedono senza soluzione di continuità, così che la loro ininterrotta realizzazione possa venire a configurarsi come un segmento ordinario del processo produttivo, potrà ancora ritenersi sussistente il requisito della temporaneità? Ed è probabile che la sua risposta possa essere negativa, se non vorrà adagiarsi sull'idea che l'innovazione è stata puramente di facciata. Insomma, si conferma che vi saranno comunque ampi spazi per la mediazione giudiziaria

Oltre a dare una definizione più circostanziata del rapporto, il decreto legislativo – come si è detto – provvede a fornire una disciplina essenziale dei suoi contenuti. Particolarmente significativo è, oltre l'obbligo della forma scritta del contratto, la previsione del principio di congruità del trattamento retributivo, che riecheggia quello fissato nell'articolo 36 della Costituzione e che si presta, quindi, ad interventi correttivi da parte della giurisprudenza. Ne può sortire – ove, come è ragionevole supporre, si vogliano evitare le incertezze cui potrebbe dar luogo un protagonismo della giurisprudenza in materia - un positivo effetto di promozione della contrattazione collettiva (è noto che attualmente, nella quasi generalità dei casi, questo tipo di rapporti stenta fortemente a trovare una effettiva copertura sindacale).

La strutturale temporaneità del rapporto ha consentito di evitare quello che poteva rappresentare l'aspetto più delicato e controverso della sua regolazione: quello attinente all' eventuale protezione di un interesse del lavoratore alla stabilità.

Qualche considerazione va svolta in ordine al carattere delle norme che fissano i contenuti essenziali del rapporto di lavoro. È necessario svolgerla perché nel testo del decreto legislativo sono presenti alcune ambiguità, probabilmente figlie di una capacità tecnica non adeguata alla delicatezza ed alla complessità dei profili tecnici della materia.

L'articolo 68 (la cui rubrica recita: "Rinunzie e transazioni") dice che i "diritti derivanti dalle disposizioni del presente capo" (è il capo dedicato al *lavoro a progetto*) "possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro".

Questa disposizione rappresenta la riproposizione dell'operazione fatta con la legge 533 del 1973 (che estendeva l'applicazione dell'articolo 2113 alle collaborazioni coordinate e continuative) o comunque prevede una nuova possibile sede di effettuazione degli atti abdicativi o transattivi previsti dall'articolo 2113 c.c. (Speziale) oppure con essa il legislatore – pur facendo violenza a concetti consolidati – vuole invece affermare che la disciplina prevista dalla legge può essere derogata in sede di certificazione dei rapporti (Nogler, Lunardon)?

A ben vedere, nella confusa normativa in materia di certificazione fanno apparizione alcune espressioni dalle quali sembra di poter dedurre che il legislatore ipotizzi la possibilità che, in sede di certificazione, il programma negoziale possa essere scolpito anche in difformità dalla disciplina legale. Questo sembra desumersi dall'articolo 78, laddove si prevede che la procedura di certificazione si debba svolgere nel rispetto di "codici di buone pratiche", emanati (con decreto dal Ministro del lavoro) "per l'individuazione delle *clausole indisponibili* in sede di certificazione dei

rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi" [981]. L'estensore usa il termine indisponibilità, ma è chiaro che si sta riferendo alla inderogabilità della norma legale. Quindi, poiché è chiaro, dal linguaggio utilizzato, che l'estensore sembra non percepire la differenza tra indisponibilità ed inderogabilità, potrebbe venire il sospetto che, nel prima richiamato articolo 68, il legislatore abbia voluto affermare che l'assetto della disciplina dettata dal legislatore in materia di lavoro a progetto sia derogabile ove ciò avvenga in sede di certificazione (c.d. derogabilità assistita).

La sprovvedutezza del legislatore ci mette dinnanzi ad un difficile quesito. Dare rilevanza al consolidato significato della formula utilizzata dall'articolo 2113 c.c. oppure al fatto che ci si riferisce a determinazioni volitive destinate ad esprimersi nella fase genetica del rapporto? Da un lato o dall'altro si è comunque costretti ad operazioni ortopediche.

Credo tuttavia sia da preferire la prima lettura che implica[982] un minor grado di violenza ai concetti[983].

Peraltro, non v'è esplicita traccia nel decreto di derogabilità dei diritti: il riferimento contenuto nell'articolo 78, comma 4, sembra frutto dell'aborto di un'idea (peraltro interessante): infatti, non si vede quali diritti il Ministro con proprio decreto possa dichiarare derogabili, in mancanza di una legge che dichiari la loro derogabilità.

Nella legge si trova piuttosto un'indicazione di segno diverso (con riferimento al lavoro a progetto).

Nell'ultimo comma dell'articolo 61 si afferma che "le disposizioni contenute nel presente capo non pregiudicano l'applicazione di clausole di contratto individuale o di accordo collettivo più favorevoli per il lavoro a progetto", così ribadendosi una regola scontata nell'ambito del lavoro subordinato, quella della derogabilità in *melius* – e, quindi, non in *pejus* - della disciplina legale.

---

[981] L'articolo 81 prevede che le sedi di certificazione svolgono anche "funzioni di consulenza ed assistenza effettiva alle parti contrattuali 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"

[982] Per dare un senso alla disposizione Speziale ipotizza che quella disposizione possa venire in gioco per certificazioni che intervengano in rapporti già in corso di esecuzione e che quindi venga utilizzata con riferimento ai diritti maturati nella precedente fase del rapporto.

[983] Ad essa si potrebbe opporre che le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 sono già oggetto di un'altra disposizione, a portata più ampia (l'articolo 82).

# Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema*

Michele Tiraboschi

1. La riforma del mercato del lavoro e il nuovo modello organizzativo: posizione del problema e alcune questioni pregiudiziali 444

2. I tratti caratterizzanti del modello organizzativo: la coesistenza attiva pubblico/privato governata dal regime delle autorizzazioni e dai canali di raccordo pubblico/privato imperniati sul sistema degli accreditamenti e delle convenzioni 456

3. Governo del mercato del lavoro e unitarietà del modello organizzativo alla luce del nuovo titolo V della Costituzione 469

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 21/2004

## 1. La riforma del mercato del lavoro e il nuovo modello organizzativo: posizione del problema e alcune questioni pregiudiziali

Ogni tentativo di valutazione di un progetto complessivo di riforma della organizzazione del «mercato del lavoro»[984] e della relativa disciplina giuridica è operazione di per sé non facile e, dunque, richiede molta cautela. Questa considerazione, solo apparentemente scontata e anzi contraddetta nei fatti dalla rapidità con la quale la nostra dottrina ha già letto e battezzato – spesso con giudizi perentori e che non ammettono repliche – una normativa ancora tutta da costruire e sperimentare, è valida in termini generali, come ampiamente dimostrato dalla comparazione giuridica[985]; ma lo è ancor di più con riferimento al nostro Paese, per via di una serie di ragioni politiche e di condizionamenti ideologici e *lato sensu* culturali che appaiono invece meno decisivi rispetto a riforme di analogo contenuto e impatto segnalate dalla recente esperienza di Paesi comparabili al nostro[986].

Sulla esegesi del nuovo dato legale offerto dal titolo II del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 – intitolato, appunto, «organizzazione e disciplina del mercato del lavoro» – pesa come un macigno, in particolare, il drastico giudizio preventivamente formulato sul *Libro Bianco* del mercato del lavoro dell'ottobre 2001[987] e, a seguire, sul disegno di legge delega n. 848 presentato dal Governo Berlusconi nel novembre dello stesso anno[988]. Da parte dei numerosi commentatori del decreto v'è, in effetti, più di una riserva mentale su un disegno riformatore ritenuto espressione di una linea di politica economica ultraliberista e mercantilista[989] e che è stato addirittura definito,

---

984 Utilizzo qui l'espressione «mercato del lavoro» nella sua accezione più ristretta, con riferimento cioè all'insieme degli istituti giuslavoristici direttamente finalizzati all'intervento sui movimenti del mercato del lavoro e, segnatamente, la disciplina delle assunzioni, l'intermediazione tra domanda e offerta di lavoro, le politiche attive del lavoro. In questo senso cfr. L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro, quindici anni dopo,* Giappichelli, Torino, 2003, 137 e anche E. GHERA, *Lavoro (collocamento),* in *DDPCom,* Utet, Torino, 1992, tomo VIII, 103.

985 Cfr. gli autori richiamati *infra,* alla nota 31.

986 Particolarmente indicativa, da questo punto di vista, è l'esperienza tedesca dove un Governo di centro-sinistra ha recentemente approvato – in un contesto economico e sociale certo non facile ma mai segnato da quelle guerre di religione che caratterizzano oggi il dibattito italiano – una complessa riforma del mercato del lavoro per molti aspetti analoga a quella di cui alla legge n. 30/2003 e del relativo decreto di attuazione. Cfr., sul punto, S. SPATTINI, *Riforme possibili, riforme necessarie: l'utilità di una comparazione tra il caso italiano e quello tedesco,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* Giuffrè, Milano, 2004, 53-80.

987 Nel *Libro Bianco* dell'ottobre 2001 l'espressione «mercato del lavoro» era invece utilizzata nella sua accezione più ampia, con riferimento a un progetto di riforma dell'intero corpo normativo che compone il diritto del lavoro. Ancora L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro ecc.,* cit., 137.

988 Cfr., in particolare, i contributi fortemente critici raccolti in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge delega 2002,* Ipsoa, Milano, 2002. Si vedano altresì le relazioni e gli interventi al I Seminario di studi "Massimo D'Antona", *Il Libro Bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento,* Firenze, 18 gennaio 2002, in *www.aidlass.org*. Per il tormentato *iter* di elaborazione della riforma del mercato del lavoro, e per la relativa documentazione progettuale e normativa, si rimanda al sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi": *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*. Cfr. altresì *La "riforma Biagi" del mercato del lavoro: il lungo percorso della modernizzazione,* in *Quaderni Agens*, n. 1, edizione speciale.

989 Così, tra i tanti, G. GHEZZI, *Introduzione* a P. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *Lavoro: ritorno al passato – Critica del Libro Bianco e della legge delega al Governo Berlusconi sul mercato del lavoro,* Ediesse, Roma, 2002, 10. Più recentemente, cfr. la *Premessa dei curatori* al volume R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276,* ES, Napoli, 2004, qui 8.

nelle letture più estreme e ideologicamente orientate, «autoritario nel metodo ed eversivo nei contenuti»[990].

Soprattutto la dottrina poco incline alla esegesi del dato letterale e sistematico, e ancora oggi prevalentemente impegnata nella ricerca di prove e conferme di un "progetto politico" di destrutturazione del diritto del lavoro caratterizzato per il «forte ridimensionamento, se non addirittura, (per il) superamento delle garanzie previste dall'ordinamento a favore del soggetto debole»[991], sembra ben lontana dall'accorgersi «della portata restrittiva della nuova normativa» in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro[992], tanto da parlare di «liberalizzazione indiscriminata» e «frantumazione» dei soggetti legittimati alla intermediazione tra domanda e offerta di lavoro[993]. Ed è probabilmente sempre per questa valutazione pregiudiziale della volontà presunta (o presumibile) di una maggioranza di governo di centro-destra[994] che, dai più, viene anche negata, nella interpretazione del nuovo dato normativo, la linea di marcata continuità con le riforme del mercato del lavoro varate nel corso della passata legislatura da un governo di centro-sinistra[995]; continuità che, pure, è di particolare evidenza, quantomeno rispetto all'impianto complessivo del titolo II del decreto, relativo alla organizzazione e disciplina del mercato del lavoro[996], attraverso cui si portano a naturale compimento e maturazione percorsi di riforma già avviati nello scorso decennio, con il graduale superamento del monopolio pubblico della funzione di mediazione sul mercato del lavoro[997]. La parte del decreto dedicata ai servizi pubblici e privati per l'impiego – è stato autorevolmente sostenuto dal padre della legge 24 giugno 1997, n. 196, e del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, con parole che avrebbero dovuto definitivamente

---

990 In questo senso cfr. P. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti – La legge delega al Governo sul mercato del lavoro,* in P. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *Lavoro: ritorno al passato ecc.,* cit., 69 ss.

991 Così, in sede di valutazione del "progetto politico" immanente alla riforma del mercato del lavoro di cui al decreto legislativo n. 276/2003, cfr., tra i tanti, M. RICCI, *Le finalità del d.lgs. n. 276/2003,* in F. CARINCI, (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* tomo I, Ipsoa, Milano, 2004, qui 8. Cfr. altresì L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro ecc.,* cit., 181, nonchè le letture del nuovo dato legale prospettate nel commentario a cura di G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione – Commento critico al decreto 276/2003,* Ediesse, Roma e i contributi raccolti nel numero monografico di *LD,* 2004, n. 1.

992 È quanto rileva invece, con apprezzabile onestà intellettuale e rigore d'analisi, A. LASSANDARI, *L'intermediazione pubblica e privata nel mercato del lavoro,* in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.,* qui 395.

993 Così L. MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro,* in *LD,* 2004, n. 1. Cfr. altresì V. ANGIOLINI, *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato,* in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione ecc.,* cit., 28-36.

994 Rileva efficacemente il rischio di confusione dei piani di indagine, dall'aver cioè il più delle volte sovrapposto alla lettura del decreto la presunta (o presumibile) volontà politica della maggioranza parlamentare, M. DEL CONTE, *Il ruolo della contrattazione collettiva e l'impatto sul sistema di relazioni industriali,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* cit., spec. 635-637.

995 Per la tesi della continuità col passato cfr. anche P. ICHINO, *La "legge Biagi" sul mercato del lavoro: continuità o rottura col passato?,* in *CG,* 2003, spec. § 3 e, in un quadro comunque complessivamente critico, A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori,* Cedam, Padova, 2004.

996 Per questo profilo cfr. M. MAGNANI, *La riforma dell'organizzazione del mercato del lavoro,* in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione, e già, con riferimento ai principi e criteri direttivi della legge delega, F. LISO, *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio,* in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.,* 371. Nello stesso solco cfr. anche D. GAROFALO, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Dal collocamento al rapporto giuridico di lavoro,* in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003,* Cacucci, Bari, 32 e anche 89.

997 V. *infra,* § 2 e *ivi* in particolare nota 119.

chiudere ogni ulteriore polemica sul punto – «non stravolge questo impianto, ma si limita ad apportare alcuni correttivi dettati dall'esperienza applicativa degli ultimi anni» [998].

Nell'area del governo del mercato del lavoro e dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro una rottura rispetto agli schemi consolidati del passato indubbiamente c'è stata. Ma questa non è certo imputabile alle pur rilevanti innovazioni contenute nel titolo II del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, quanto piuttosto al già ricordato superamento del monopolio pubblico del collocamento sancito – anche su impulso della Corte di Giustizia europea[999] – dalla legge 24 giugno 1997, n. 196, e, a seguire, dal decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469[1000]. È da questo momento, infatti, che l'istituto del collocamento «è diventato completamente altro da sé»[1001]. E lo è diventato per scelta consapevole del legislatore[1002], a ben vedere non solo di quello italiano[1003], nella convinzione – che pervade ora tutto l'impianto della riforma del mercato del lavoro e non più solo il segmento dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro[1004] – che nella economia della informazione e della conoscenza i paradigmi dello sviluppo economico e quelli della tutela del lavoratore non risultano strutturalmente collidenti, ma tendono anzi a convergere nella valorizzazione della persona (il c.d. capitale umano)[1005].

L'aver forzatamente – e artificialmente – collocato il nuovo modello di organizzazione del mercato del lavoro in un contesto politico e culturale di prepotente rottura con gli schemi e gli assetti

---

[998] Così, infatti, T. TREU, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni,* in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro,* Ipsoa, Milano, 2004, qui 3 e anche 7. Ma cfr. già T. TREU, *Note per una politica del lavoro,* 2000, ove si tracciava un percorso di riforma della disciplina del mercato del lavoro in larga parte attuato proprio dal decreto legislativo n. 276/2003, a partire dal superamento del vincolo per le agenzie del lavoro del vincolo dell'oggetto sociale esclusivo.

[999] Cfr. M. P. GIANNOTTI, *Gli orientamenti comunitari e internazionali in materia di collocamento,* in P. OLIVELLI, *Il "collocamento" tra pubblico e privato,* Giuffrè, Milano, 2003, spec. 53-59 con riferimento al celebre caso *Job Centre.* Ma vedi anche *infra,* nota 19. Per una approfondita ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia, con riferimento ai servizi pubblici per l'impiego, cfr. Y. ROSSEAU, *Le service public de l'emploi et la jurisprudence de la CJCE,* in *DS,* 2002, 974-991.

[1000] In tema cfr., recentemente, M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro,* Giappichelli, Torino, 2004, 71-75 e 79 dove rileva che il decreto legislativo n. 276/2003 «si è dunque inserito, per questo aspetto, in un solco già tracciato (…)». Con riferimento alla evoluzione del quadro normativo degli anni Novanta, registra il drastico cambio di paradigma anche L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro ecc.,* cit., 138 e 146, che pure è uno dei più ostinati critici del decreto legislativo n. 276/2003.

[1001] Così F. LISO, *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio,* cit., qui 365, secondo cui «quella dei servizi per l'impiego è l'area del diritto del lavoro nella quale si sono prodotte le trasformazioni più radicali».

[1002] Tanto da indurre parte della dottrina a ritenere sì rilevante, ma certo non decisiva rispetto a un progetto di modernizzazione già in atto, la condanna della Corte di Giustizia con sentenza 11 dicembre 1997, causa n. 55/96 (vedila in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*). Cfr., infatti, e giustamente F. LISO, *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio,* cit., qui 372, nota 26, che richiama il disegno di legge "Dini" AS n. 1985 del luglio 1995, in *DRI*, 1995, n. 2. In proposito ancora F. LISO, *Ragionamenti "de iure condito" e "de iure condendo" per una nuova politica del lavoro,* in *RIDL*, 1995, 184-190.

[1003] Sul superamento del principio del monopolio pubblico in Europa, Giappone e Stati Uniti rinvio al capitolo III del mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera,* Giappichelli, Torino, 1999. Particolarmente rilevante è anche la più recente posizione della Organizzazione Internazionale del lavoro su cui E. SALSI, P*ubblico e privato nella gestione del collocamento: la convenzione OIL n. 181/1997,* in *DRI,* 1998, n. 2 e, in generale, P. ICHINO (a cura di), *Lavoro interinale e servizi per l'impiego – Il nuovo quadro di riferimento,* Giuffrè, Milano, 1995.

[1004] Rispetto al segmento del collocamento vedi ancora F. LISO, *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio,* cit., 367, secondo cui la fluidificazione dell'incontro tra domanda e offerta esalta «le finalità sociali dell'iniziativa economica privata molto più che non un sistema di vincoli (finendo) quindi per produrre, nei confronti dei lavoratori, considerati a livello collettivo, effetti complessivi di tutela molto più ampi».

[1005] In questa prospettiva cfr. A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale – Profili giuridici,* Giuffrè, Milano, 2004, spec. 260 ss.

normativi del recente passato, oltre a rappresentare una arbitraria limitazione dell'orizzonte interpretativo, è scelta che rende particolarmente complessa e problematica la lettura del titolo II del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, anche perché, inevitabilmente, in questo modo si finiscono col perdere le necessarie coordinate concettuali e normative sino a condurre la riflessione su binari sterili se non fuorvianti e inappropriati[1006].

Quanto detto spiega forse anche perché alcuni, tra i primi commentatori del decreto, abbiano parlato di un groviglio inestricabile di «rinvii espliciti e impliciti di cui non sempre è chiara la portata, né l'intenzione»[1007]. Recise le radici che legano intimamente la nuova disciplina con la riforma del 1997 e, dunque, venute meno quelle indispensabili coordinate di riferimento, che sole possono aiutare l'interprete a ricondurre le singole disposizioni di dettaglio in un quadro organico e di sistema, è stato gioco forza – soprattutto da parte di chi, persa la bussola, ha preferito scomodare addirittura due autorevoli "esperti" del mercato del lavoro come Socrate e Galileo Galilei piuttosto che analizzare con la dovuta attenzione le linee di tendenza evolutive del nostro ordinamento[1008] – imputare i principali problemi teorico-ricostruttivi della nuova disciplina del mercato del lavoro all'insipienza del legislatore delegato e a una diffusa sciatteria normativa che caratterizzerebbe l'intero decreto[1009].

Eppure, sono proprio gli stessi osservatori più critici – quelli che non esitano a rilevare, a ogni piè sospinto, una generale «astruseria del linguaggio» unita a una debolezza tecnica dell'intero impianto progettuale e che, già oggi, iniziano a discutere in merito a quali norme della legge n. 30/2003 «dovranno essere completamente cancellate» e quali «andranno invece ampiamente rivisitate e riformulate»[1010] – a ricordarci di quando Gino Giugni, al tempo della entrata in vigore dello «Statuto dei lavoratori», si dovette difendere da una campagna diffusa contro la "legge malfatta"[1011]; quella legge che pure oggi tutti esaltano e richiamano come esempio inarrivabile per coerenza sistematica e chiarezza concettuale. Quanto basta non per proporre indebiti paragoni,

---

1006 In questo senso anche D. GAROFALO, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro ecc.,* cit., 32, che giustamente rileva come il materiale normativo di cui al titolo II del decreto non possa essere compreso prescindendo dalla riforma del 1997, «di cui il d.lgs. n. 276/2003 è figlio dichiarato».

1007 Così, testualmente, M. MISCIONE, *Le agenzie per il lavoro,* in F. CARINCI, (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., tomo I, qui 119. Nella stessa prospettiva anche L. MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro,* cit.

1008 Così, in un contesto ricostruttivo privo di riscontri oggettivi con la più recente evoluzione della normativa, anche regionale, in materia di governo del mercato del lavoro che sta alla base della riforma (su cui cfr. invece, oltre al contributo di S. ROSATO, *I regimi di accreditamento: profili generali e prospettive regionali di sviluppo*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione, M. BASSI, *I nuovi servizi per il lavoro fra azione di governo e concertazione istituzionale: l'esperienza della Lombardia,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego,* Giuffrè, Milano, 2003, 333-347; R. LEONI, *L'esperienza della provincia di Reggio Emilia, ivi*, 357-380), ma certo ricco di citazioni estemporanee al dizionario del Veneroni del 1700 e alla teoria dei nomi e delle idee di Platone, V. FILÌ, *L'accreditamento regionale dei servizi per l'impiego,* in F. CARINCI, (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* cit., tomo I, 191, 193, 194 e 198 e già ID., *Servizi per l'impiego e collocamento,* in M. T. CARINCI, *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro,* Ipsoa, Milano, 2003, 53.

1009 Per una valutazione più distaccata ed equilibrata in merito ai difetti della più recente produzione legislativa, caratterizzata nel complesso per un non troppo latente «parossismo normativo» che indubbiamente incide anche se non soprattutto sulla qualità dei testi normativi, cfr. G. U. RESCIGNO, *Il discorso del legislatore: la qualità degli atti normativi,* in A. MARIANI MARINI, *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica,* Giuffrè, Milano, 2003, 79-102, spec. 100-101.

1010 Cfr. L. MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro,* cit. e già ID., *Interrogativi sugli enti bilaterali,* in *LD,* 2003, n. 2, 164.

1011 Ancora L. MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro,* cit.

ma quantomeno per sollevare il dubbio che la polemica sulla fattura e sulla qualità tecnica della nuova disciplina risponda a un ben collaudato – quanto poco efficace e invero anche stantio – registro argomentativo che viene ciclicamente utilizzato, almeno in ambito giuslavoristico, da chi rimane spiazzato e senza validi argomenti, in quanto sovrastato dal "nuovo" che avanza. Quel "nuovo" che invece, per essere apprezzato e giudicato nel suo complesso e nella complessità propria di ogni oggettivazione normativa di un ampio progetto riformatore, necessita di una più o meno lunga fase di transizione e sedimentazione interpretativa; fase che, per quanto riguarda il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è davvero solo agli inizi sì da rendere non solo inopportuni ma, anche e soprattutto, inattendibili tanto i commenti acriticamente adesivi quanto le ricostruzioni pregiudizialmente negative e demolitrici[1012].

Con specifico riferimento alla materia del «mercato del lavoro» intesa nella sua accezione più ristretta[1013], una attenta considerazione della più recente evoluzione della normativa in materia di governo del mercato del lavoro, propria anche delle esperienze di tutti gli altri Paesi comparabili al nostro[1014] e ora chiaramente incardinata nell'ambito della Strategia europea per la occupazione attraverso il metodo del coordinamento aperto per obiettivi[1015], avrebbe probabilmente condotto a valutazioni e giudizi differenti e, quantomeno, più equilibrati. E avrebbe probabilmente anche indotto i commentatori a tenere nella debita considerazione le raccomandazioni che annualmente ci vengono rivolte dal Consiglio e dalla Commissione europea proprio sul versante della modernizzazione dei servizi per l'impiego e della intera strumentazione giuridica di

---

[1012] È quanto ho già cercato di argomentare, in termini generali, nel mio *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* cit., 3 ss., e cioè nell'articolo di apertura del primo volume della Collana ADAPT-Fondazione "Marco Biagi" dedicato appunto alla riforma del mercato del lavoro (2004, n. 2). Volume che, sul piano metodologico e programmatico, si è volutamente limitato ad alcune prime interpretazioni e proposte di lettura, coinvolgendo sia i principali protagonisti del nostro sistema di relazioni industriali sia gli operatori direttamente impegnati sul piano amministrativo nella attuazione della riforma, e soprattutto a definire con precisione il c.d. "diritto transitorio" e i "tempi" della riforma. E ciò nella consapevolezza della opportunità di evitare il tradizionale commentario analitico ed esegetico di una normativa, quella del decreto legislativo n. 276/2003, che era ancora tutta da definire e portare a compimento attraverso i molteplici rinvii alla contrattazione collettiva, alle leggi regionali e ai decreti ministeriali di attuazione. Operazione che invece è in larga parte possibile oggi, a riforma largamente implementata. Sullo stato di implementazione della legge n. 30/2003 e dei relativi decreti legislativi di attuazione, vedi *Schede riepilogative,* in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

[1013] *Supra,* nota 1.

[1014] Per le linee direttrici della evoluzione della normativa in materia di intermediazione tra domanda e offerta di lavoro nei principali Paesi europei, in Giappone e negli Stati Uniti rinvio al capitolo III del mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera,* cit. Per un quadro di sintesi del panorama comparato cfr. altresì, più recentemente, S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *I servizi per l'impiego in Europa: un quadro comparato,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego,* cit., 123-136, cui *adde,* M. P. GIANNOTTI, V. PUTRIGNANO, *La riforma dei servizi per l'impiego: una prospettiva comunitaria e comparata*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione.

[1015] L'arretratezza della dottrina italiana nell'accostare i problemi del mercato del lavoro nell'ottica della Strategia europea per la occupazione è evidente proprio nei commenti più critici del nuovo modello di governo dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, ancora fermi all'impostazione originaria del 1997 dei c.d. «quattro pilastri» (v. infatti M. RICCI, *Le finalità del d.lgs. n. 276/2003,* cit., 23-25 e V. FILÌ, *L'accesso al mercato del lavoro nella società dell'informazione,* in F. CARINCI, (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., tomo I, qui 112), quando invece le politiche comunitarie sono oramai orientate, a partire della decisione del Consiglio n. 2003/578/CE/22 luglio 2003, su tre obiettivi strategici e dieci priorità d'azione. Cfr., sul punto, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro,* Giuffrè, Milano, 2003, § 93. Con specifico riferimento ai servizi per l'impiego sia consentito rinviare, per il quadro comunitario di riferimento, a M. TIRABOSCHI, *Problemi e prospettive in tema di riforma dei servizi per l'impiego alla luce dell'articolo 1 della legge 14 febbraio 2003, n. 30,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego,* cit., spec. § 1.

governo del mercato del lavoro[1016]. Tanto più che, anche dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e in attesa della sua effettiva messa a regime nella prassi operativa, la Commissione ha perentoriamente ammonito, una volta di più[1017], il nostro Governo «a dare immediata priorità (…) allo sviluppo di una effettiva rete di servizi per l'impiego in tutto il Paese, con particolare attenzione alle fasce giovanili e agli immigrati, incrementando – specie nelle aree meridionali del Paese – l'accesso a servizi personalizzati e la partecipazione a efficienti schemi di politica attiva del lavoro, implementando senza ulteriori ritardi la borsa continua nazionale del lavoro»[1018].

Ma non è tutto. Nell'interpretazione del nuovo modello organizzativo del mercato del lavoro – e, più in generale, nella valutazione della coerenza sistematica e della stessa fattura tecnica dell'intero decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 – pesa anche un diffuso risentimento da parte della intellighènzia della comunità dei giuslavoristi; un risentimento probabilmente legato, questa volta, non tanto e non solo a (pre-)giudizi di segno politico e ideologico ma, più verosimilmente, alla convinzione che la riforma sia stata concepita e partorita a tavolino, da una cerchia ristretta di eletti e di burocrati, nel chiuso di una stanza ministeriale[1019].

Dopo la dolorosa e traumatica scomparsa di Marco Biagi – è stato scritto con animo sicuramente disinteressato, ma forse senza sapere che gran parte del materiale poi confluito nel decreto legislativo n. 276 era già stato abbozzato dal giuslavorista bolognese a inizio di legislatura[1020] – per «evitare la redazione di un decreto legislativo a dir poco insufficiente nella sua coerenza sistematica e nella sua correttezza concettuale» il Governo avrebbe dovuto «apprestare una apposita *task force*»[1021]. E questo attingendo – presumibilmente – al ceppo più nobile della comunità scientifica dei giuslavoristi; a quella altrettanto ristretta aristocrazia – questa volta intellettuale – oggi largamente impegnata nell'opera, d'impronta tutta conservatrice, di demolizione del decreto legislativo n. 276/2003 e che pure sola pare essere ritenuta – o, più correttamente, si ritiene essa stessa – in grado di garantire «l'autorevolezza e competenza» necessarie in materia di riforme del mercato del lavoro e modernizzazione della relativa disciplina giuridica[1022]. Considerazione quest'ultima largamente scontata e quasi sprezzante verso gli autori ed estensori del progetto

---

1016 Questo tema fuoriesce dai limiti del presente lavoro. Per i necessari approfondimenti cfr., se vuoi, M. TIRABOSCHI, *Riforma Biagi e Strategia Europea per la occupazione,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* cit., 40-52.

1017 La modernizzazione dei servizi per l'impiego nel nostro Paese è al centro della attenzione delle istituzioni comunitarie sin dalle fasi di avvio del c.d. processo di Lussemburgo. Cfr., tra gli altri, M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro,* in L. MONTUSCHI, T. TREU, M. TIRABOSCHI, *Marco Biagi. Un giurista progettuale,* Giuffrè, Milano, 2003 (ma 2001), 177-178 e anche T. TREU, *Le politiche sociali europee,* in T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio,* Il Mulino, Bologna, 2001.

1018 È questa una delle raccomandazioni adottate dalla Commissione il 7 aprile 2004, nell'ambito del processo di valutazione del rapporto congiunto sull'occupazione per il 2003, nei confronti del nostro Paese. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Communication from the Commission – Strenghtening the implementation of the European Employment Strategy,* Bruxelles, 7 aprile 2004, in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Strategia europea per la occupazione*.

1019 La pensa così, tra gli altri, F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo,* in ID, (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., tomo I, XLIV. Nello stesso senso cfr. anche R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.,* qui 8.

1020 Cfr. infatti gli schemi di articolato normativo e le bozze elaborate da Marco Biagi tra aprile e novembre 2001 e ora raccolte nel numero speciale dei *Quaderni Agens*, cit.

1021 Così: F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica ecc.*, cit., XXXV.

1022 Ancora F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica ecc.*, cit., XXXV.

riformatore, solo se si considera che una vera e propria *task force* ha operato – in pieno raccordo con l'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con Inps e Inail e con le agenzie tecniche strumentali del Ministero (Isfol e Italia Lavoro) – sin dalla stesura del *Libro Bianco sul mercato del lavoro* proprio sotto la regia di Marco Biagi. Una *task force* che ancora oggi, nella delicata fase di gestione del «diritto transitorio» e della messa a regime della riforma, agisce alla stregua di una vera e propria «Cabina di regia» tanto da essere formalizzata e resa pubblica attraverso il decreto ministeriale 20 gennaio 2004[1023].

Peraltro, proprio chi rileva con accenti marcatamente critici che la riforma è avvenuta «al prezzo di una rinuncia ad approfonditi confronti interistituzionali e con le forze sociali» e, dunque, «con un consenso limitato ed altalenante»[1024] non può tuttavia fare a meno di ricordare, nella ricostruzione del complesso *iter* di approvazione del provvedimento, il *Patto per l'Italia*[1025]*,* siglato il 5 luglio 2002 e dunque ben un anno prima della approvazione del decreto di attuazione delle deleghe di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30; quel *Patto per l'Italia* «con il quale Cisl e Uil, nonostante il vivace dissenso della Cgil, concordano con il Governo e con le Organizzazioni datoriali i principali contenuti della riforma del mercato del lavoro»[1026]. E questo a dimostrazione del fatto che l'impianto complessivo della riforma è stato definito, nelle sue linee essenziali e a partire dalla controversa revisione della disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative[1027], non da una ristretta tecnocrazia né tanto meno da un legislatore «onnipotente (che pretende di) muoversi senza i condizionamenti derivanti dalla storia e dal sistema in cui interviene»[1028], ma bensì in un classico patto di concertazione. Un patto che, non va dimenticato, ha visto concordi addirittura ben trentasei organizzazioni sindacali su trentasette, e che dunque ha registrato un ampio e significativo consenso sociale; tanto più che la stessa legge delega ha previsto all'articolo 7, con una innovazione di non poco conto rispetto al tradizionale *iter* di approvazione dei decreti delegati nell'area del lavoro, anche una fase obbligatoria di confronto con le parti sociali che è stata quanto mai decisiva per individuare non solo le pietre angolari, sostanzialmente già indicate nell'accordo del 5 luglio 2002*,* ma anche la stessa architettura di dettaglio della nuova disciplina[1029].

---

[1023] Il DM 20 gennaio 2004 è reperibile in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*. Cfr. altresì il DM 18 novembre 2003 sulle misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato di cui all'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003 (anch'esso reperibile in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*).

[1024] Cfr. la *Premessa dei curatori* in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.,* qui 9-10.

[1025] Vedilo in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Concertazione.*

[1026] Ancora R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 7.

[1027] Come ho rilevato in altra sede (cfr. M. TIRABOSCHI, *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura,* cit., spec. 17-21) la riforma delle collaborazioni coordinate e continuative è la pietra angolare dello scambio politico immanente al *Patto per l'Italia* su cui è stato poi costruito il decreto legislativo n. 276/2003.

[1028] Così invece R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 9.

[1029] Questo profilo, per quanto importante per comprendere la genesi del decreto e valutarne i reali contenuti, fuoriesce dai limiti del presente lavoro. Ampia dimostrazione del peso decisivo della attività di concertazione sociale, nel passaggio dallo schema di decreto legislativo del 6 giugno 2003 al testo finale approvato dal Consiglio dei Ministri del 31 luglio 2003, è nell'accurata ricostruzione proposta da V. D'ORONZO, *La riforma del mercato del lavoro tra concertazione e dialogo sociale,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* cit., 747-771. A testimonianza del forte consenso delle parti sociali, con la sola esclusione della Cgil, cfr. altresì le opinioni dei protagonisti del nostro sistema di relazioni industriali che emergono dai contributi raccolti in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* cit., Parte II, Sez. (C).

Invero, proprio la (presunta) assenza di un registro dogmatico e normativo tecnicamente ineccepibile dovrebbe ampiamente testimoniare come il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sia stato oggetto – non soltanto riga per riga, ma anche parola per parola – di una laboriosa e complessa attività di concertazione particolarmente attenta, più che al formalismo giuridico fine a se stesso[1030], alla mediazione "politica" e al contemperamento di interessi contrapposti. Il linguaggio della concertazione che diviene proposizione normativa oggettivizzata in un testo di legge può essere indubbiamente impreciso, ma è innegabilmente dotato di un contenuto normativo che spetta ora all'interprete cogliere e ricondurre a sistema in coerenza con il quadro di valori, costituzionali e comunitari, che caratterizzano la gerarchia del sistema delle fonti del nostro diritto del lavoro. E questo soprattutto in considerazione del fatto che l'articolo 1 della legge delega contempla la possibilità di pervenire – entro ventiquattro mesi dalla entrata in vigore del decreto delegato – a una definitiva razionalizzazione della materia mediante uno o più testi unici delle normative e delle disposizioni in materia di mercato del lavoro e incontro tra domanda e offerta di lavoro.

La concertazione non ha peraltro riguardato solo le parti sociali. Con specifico riferimento alla definizione del nuovo modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, particolarmente rilevante è stato anche il confronto istituzionale con Regioni, Province e Comuni[1031] che ha portato, almeno in sede tecnica, alla condivisione dell'impianto complessivo del titolo II del decreto[1032].

Si può e si deve ovviamente prescindere dai pur numerosi profili del nuovo modello organizzativo concordati in sede di confronto informale con i tecnici delle Regioni – soprattutto per quanto attiene al regime degli accreditamenti di cui all'articolo 7 del decreto e in generale ai meccanismi di raccordo tra operatori pubblici e operatori privati[1033]. Non si può tuttavia non dare la giusta rilevanza alla intesa raggiunta il 2 luglio 2003, in sede di incontro tecnico Stato-Regioni-Enti locali, preliminare alla Conferenza unificata del 3 luglio 2003, che ha esteso alle Regioni le competenze in materia di autorizzazione allo svolgimento delle attività di intermediazione e, conseguentemente, in funzione del principio di polifunzionalità[1034], alle attività di ricerca e selezione del per-

---

1030 Per questo profilo il decreto è stato, e inevitabilmente sarà ancora nei prossimi mesi, oggetto di critiche da parte di quelli che Tiziano Treu chiama i «giuristi puri», e cioè quei «giuristi tradizionali come se ne producono ancora troppi». Cfr. T. TREU, *In ricordo di Marco Biagi,* in *DRI,* 2002, n. 3, qui 357.

1031 Cfr. T. TREU, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni,* cit., 4-7, che tuttavia parla più di «azione di protesta abbastanza vigorosa delle Regioni» che di costruttivo confronto istituzionale come invece è stato e come è dimostrato dalla disponibilità del Governo ad accogliere, senza alcuna eccezione, *tutte* le richieste di modifica e integrazione prospettate dalle Regioni. V. *infra* nel testo.

1032 Sia consentito rinviare a M. TIRABOSCHI, *Riforma del mercato del lavoro: approvato il decreto di attuazione della legge 30/2003*, in *GLav,* 2003, n. 34.

1033 Per questi profili, che si mostrano particolarmente coerenti con le politiche di governo del mercato del lavoro sviluppate dalle singole Regioni in vigenza della normativa di cui al decreto legislativo n. 469/1997, S. ROSATO, *I regimi di accreditamento: profili generali e prospettive regionali di sviluppo*, cit.

1034 Cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione.

sonale e di ricollocazione professionale. Ulteriori modifiche, concordate in sede di incontro tecnico Stato-Regioni-Enti locali e recentemente recepite in Conferenza unificata [1035], hanno poi riguardato, in particolare: a) l'opportunità di definire d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni i parametri attraverso cui verificare, per i soggetti privati autorizzati, la disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali[1036]; b) l'opportunità di circoscrivere l'autorizzazione *ope legis* alla intermediazione alle sole Università e Fondazioni universitarie, in modo da ricondurre ai meccanismi di autorizzazione – nazionale[1037] e regionali – i Comuni e gli istituti di scuola secondaria di secondo grado, statali e paritari[1038]; c) l'opportunità di precisare gli ambiti in cui si articolano i servizi della borsa continua nazionale del lavoro, il cui impianto concettuale e operativo, imperniato su una rete di nodi regionali tra loro autonomi, ma che condividono protocolli di comunicazione e dizionari terminologici a garanzia della effettività del sistema, è stato comunque interamente confermato in funzione delle intese già raggiunte nell'Accordo Stato-Regioni-Autonomie locali dell'11 luglio 2002[1039].

Il serrato confronto istituzionale tra Governo e rappresentanti delle Regioni – ma anche con i rappresentanti di Province e Comuni[1040] – ha dunque inciso profondamente sull'impianto complessivo del titolo II del decreto[1041], nella consapevolezza di non poter prescindere in materia di mercato del lavoro da un modello organizzativo unitario[1042], e in quanto tale condiviso nei suoi profili essenziali e caratterizzanti, al punto che anche gli assessori competenti per materia delle Regioni di opposizione si erano addirittura dichiarati disponibili – in una riunione informale preliminare alla seduta della Conferenza unificata del 3 luglio – a lasciar cadere i ricorsi presentati contro la legge delega se fossero state accettate integralmente le proposte di modifica allo schema di decreto del 6 giugno 2003 da loro presentate in sede tecnica[1043]. Proposte di modifica

---

[1035] Le intese raggiunte in sede tecnica nella seduta del 2 luglio 2003 sono poi state formalmente concordate nella seduta della Conferenza unificata del 3 luglio 2003. Cfr. Repertorio Atti n. 668/C.U. del 3 luglio 2003, consultabile in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

[1036] Cfr. il decreto ministeriale 5 maggio 2004, vedilo in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*. Anche in questo caso i contenuti del decreto erano stati integralmente concordati in sede tecnica tra Stato e Regioni.

[1037] Per questi profili, che si mostrano particolarmente coerenti con le politiche di governo del mercato del lavoro sviluppate dalle singole Regioni in vigenza della normativa di cui al decreto legislativo n. 469/1997, S. ROSATO, *I regimi di accreditamento: profili generali e prospettive regionali di sviluppo*, cit.

[1038] Rispetto alle intese in Conferenza unificata, volte a circoscrivere i regimi particolari di autorizzazione a Università, Comuni e istituti scolastici, il testo finale del decreto ha incluso, su indicazione delle Commissioni parlamentari, le Camere di commercio. Inoltre, è stato precisato che possono essere autorizzate alla attività di intermediazione le associazioni in possesso di riconoscimento istituzionale di rilevanza nazionale e aventi come oggetto sociale non solo la tutela e l'assistenza delle attività imprenditoriali e del lavoro ma anche delle disabilità. Cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Regimi particolari di autorizzazione e autorizzazioni regionali*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione.

[1039] In materia è recentemente intervenuto il decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 3 giugno 2004, di modifica e integrazione del decreto legislativo n. 276/2003 che ha opportunamente ricondotto l'autorizzazione di Comuni e scuole alla competenza regionale. Cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Regimi particolari di autorizzazione e autorizzazioni regionali*, cit.

[1040] Non a caso, nella seduta della Conferenza unificata del 3 luglio 2003, i rappresentanti di UPI e ANCI hanno espresso parere favorevole al decreto.

[1041] Per i profili che non attengono alla organizzazione del mercato del lavoro, e su cui si è raggiunta una posizione condivisa in sede tecnica con tutte le Regioni, rinvio a M. TIRABOSCHI, *Riforma del mercato del lavoro: approvato il decreto di attuazione della legge 30/2003*, cit. Cfr. anche T. TREU, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni,* cit., spec. 4-7.

[1042] *Amplius infra,* § 3.

[1043] Ampia testimonianza di ciò è negli interventi pubblici dell'Assessore al lavoro della Regione Emilia Romagna, Mariangela Bastico, nei mesi immediatamente successivi al passaggio in Conferenza unificata e alla definitiva approvazione del decreto, che parlava infatti

che sono poi state effettivamente – e puntualmente – accolte dal rappresentante del Governo, nella Conferenza unificata del 3 luglio 2003, invero più per convinzione circa la ragionevolezza delle richieste che in ragione di un affidamento politico sul ritiro dei ricorsi.

L'ampia e positiva convergenza, maturata in sede tecnica, sull'assetto complessivo di riforma della organizzazione del mercato del lavoro e della relativa disciplina giuridica non si è in effetti tradotta in un unanime consenso politico; ma questo per ragioni legate alle logiche della politica e che prescindono tuttavia da un giudizio di merito sulla validità tecnica dell'impianto di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. E già in sede di Conferenza unificata, pur a fronte dell'accoglimento di tutti gli emendamenti proposti unitariamente dalle Regioni, i Presidenti delle Regioni Emilia Romagna e Marche hanno espresso, anche a nome delle Regioni Campania e Umbria, parere negativo[1044].

I ricorsi presentati da queste Regioni contro il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, confermano indubbiamente, pur nella loro debolezza contenutistica e argomentativa[1045], l'assenza di una convergenza "politica" sulla riforma del mercato del lavoro nel suo complesso, ma di per sé non valgono a mettere in discussione un modello organizzativo coerente con le innovazioni introdotte già nello scorso decennio e largamente condiviso dall'UPI, dall'ANCI e da tutte le restanti Regioni, nonché dalle parti sociali (ancora una volta con l'unica rilevante eccezione della Cgil) che, non a caso, hanno richiesto e ottenuto di operare esse stesse come attori del nuovo mercato del lavoro mediante un regime di autorizzazione agevolato[1046].

Indubbiamente, in materia di mercato del lavoro non servono affatto riforme simbolo[1047]. È altrettanto vero, tuttavia, che l'ostilità pregiudiziale intorno al decreto rischia ora di pregiudicare – a partire proprio dal momento interpretativo – un progetto di revisione delle tecniche di tutela del lavoro largamente sperimentale[1048] e che, almeno per quanto attiene alla organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, non ha altra aspirazione che contribuire, portando a maturazione le riforme del passato, alla definitiva creazione di un mercato del lavoro aperto, trasparente ed efficiente[1049]. Obiettivo su cui tutti concordano e che non avrebbe senso pregiudicare proprio ora per mere resistenze di segno politico e/o ideologico.

---

di «testo largamente concertato» e di «disponibilità a ritirare i ricorsi». In questo senso si è espressa l'Assessore Bastico, per esempio, nel corso del convegno modenese del 31 ottobre 2003 davanti a una platea di 600 persone e nel convegno modenese del 15 luglio 2003 organizzato dalla Fondazione "Marco Biagi" su *Università e mercato del lavoro.*

1044 Il verbale della Conferenza unificata del 3 luglio 2003, come già ricordato alla nota 52, è consultabile in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

1045 *Infra,* § 3.

1046 Sulle competenze delle organizzazioni sindacali e degli enti bilaterali in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Regimi particolari di autorizzazione e autorizzazioni regionali*, cit.

1047 Così, condivisibilmente, R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 10.

1048 Secondo il metodo del *try and go.* Così: P. ICHINO, *La "legge Biagi" sul mercato del lavoro: continuità o rottura col passato?,* cit. Sul carattere sperimentale e aperto della riforma rinvio al mio *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura,* cit.

1049 Così recitava l'articolo 1 della legge delega n. 30/2003. Per una prima valutazione delle reali finalità della riforma e del modello organizzativo sottostante sia consentito rinviare a M. TIRABOSCHI, *Regolazione del mercato del lavoro e modello organizzativo,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* cit., 477-491. Sul punto cfr. altresì P. OLIVELLI, *Pubblico e privato nella riforma dei servizi per l'impiego,* in questa sezione.

Come efficacemente rilevato da chi, per primo, ha tracciato la strada della riforma del sistema di collocamento nel nostro Paese[1050], il processo di modernizzazione dei servizi all'incontro effettivo tra domanda e offerta di lavoro, quantunque avviato nel corso dello scorso decennio, non si è ancora tradotto in un significativo miglioramento della efficienza del collocamento pubblico non tanto per l'inadeguatezza del dato normativo di riferimento, quanto perché «struttura, personale, attrezzature materiali, mentalità e metodi di lavoro sono rimasti per la maggior parte invariati rispetto all'epoca del regime fortemente vincolistico»[1051]. Se questo è vero, proprio la dottrina non può allora rinunciare a svolgere in modo costruttivo e leale il delicato compito di incidere su quelle culture e quei comportamenti legati agli assetti del passato[1052]: culture e comportamenti che spesso, paradossalmente già a partire dal momento interpretativo, condizionano negativamente i processi normativi reali o comunque ne rallentano lo sviluppo imbrigliando irrimediabilmente i progetti di modernizzazione sollecitati e promossi dall'attore pubblico[1053].

Al di là di quello che può essere il giudizio complessivo sull'intero decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 – giudizio che fuoriesce dai limiti di questo lavoro e di questo commentario – alimentare da parte della comunità dei giuslavoristi una operazione di demolizione ermeneutica e formalistica del titolo II del decreto non significa davvero «riaffermare nei fatti la propria indipendenza» intellettuale e scientifica [1054] ma, assai più facilmente, concorrere a sabotare in modo strisciante, ma non per questo meno dannoso, un percorso riformatore *bipartisan* che pure appare oggi quanto mai vicino all'obiettivo finale, facilitato com'è dalla evidente «continuità tra le nuove disposizioni e quelle introdotte nel 1997»[1055]. Un percorso riformatore che, come detto, ancora recentemente l'Unione europea ci sollecita nell'ambito del processo di coordinamento aperto per obiettivi della Strategia europea per la occupazione[1056] e che, soprattutto, potrebbe consentire di «sviluppare e diffondere senza eccessive fratture le buone pratiche, organizzative e istituzionali, che sono state realizzate negli ultimi anni in alcune Regioni e Province»[1057].

---

1050 Cfr. P. ICHINO, *Il collocamento impossibile,* De Donato, Bari, 1982.

1051 P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, I,* Giuffrè, Milano, 2000, 83. Nello stesso senso cfr. anche T. TREU, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni,* cit. 3-4.

1052 Come auspicato in termini generali da R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 10.

1053 Per l'imprescindibile ruolo dell'attore pubblico, non solo nella erogazione dei servizi ma soprattutto con riferimento alla definizione e al governo del modello organizzativo, cfr. P. SESTITO, *Servizi per l'impiego: il ruolo degli intermediari pubblici,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego,* cit., 75-93. Cfr. altresì A. SCIALDONE, *Pubblico e privato nella riforma dei servizi per l'impiego, ivi*, 57-74 e E. REYNERI, *I servizi pubblici per l'impiego: ruoli e funzioni professionali,* in *DRI,* 2003, n. 4, 649-659.

1054 È quanto ritiene invece, sia in termini generali, sia con riferimento alla paventata destrutturazione dei canali di incontro tra domanda e offerta di lavoro, L. MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro,* cit., che pure, dopo aver sistematicamente demolito – sul piano formale e sostanziale – ogni riga del decreto legislativo n. 276/2003, invita bonariamente e paradossalmente l'interprete a emanciparsi «dalla alternativa, distruttiva anzitutto per la libertà di pensiero, tra identificazione delle leggi qui commentate come una sorta di nuovo testo biblico a cui non si può che giurare fedeltà ovvero, al contrario, come una specie di specchio del diavolo».

1055 Così, emblematicamente, T. TREU, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni,* cit., 3-4.

1056 Cfr. ancora recentemente, COMMISSIONE EUROPEA, *Communication from the Commission – Strenghtening the implementation of the European Employment Strategy,* cit. Per questo specifico profilo cfr., in generale, M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, cit., 177-178.

1057 Ancora T. TREU, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni,* cit., 3-4.

Arrivati a questo punto è possibile chiudere il cerchio del ragionamento sin qui sviluppato e tornare alle considerazioni espresse in apertura di questo paragrafo per ribadire come ogni progetto complessivo di riforma della organizzazione del «mercato del lavoro» e della relativa disciplina giuridica è operazione che solleva notevoli difficoltà interpretative e di valutazione a partire dagli indirizzi di politica legislativa e di politica del diritto effettivamente perseguiti e oggettivizzati in un testo di legge. È dunque inevitabile che su un determinato progetto di riforma si registri una massa più o meno cospicua di consensi e dissensi. Come pure è inevitabile che dietro a ogni giudizio, consapevole o comunque non superficiale sui contenuti della riforma, si nasconda una teoria e una ideologia o, più correttamente, un programma di politica del diritto[1058].

Nessuno, per contro, può chiedere all'operatore del diritto e all'interprete di sacrificare – come ai tempi in cui imperava il positivismo giuridico[1059] – i propri orientamenti morali, ideologici e politici, nell'interpretare il nuovo dato normativo, a vantaggio degli orientamenti morali, ideologici e politici ispiratori della legge e ad essa incorporati. Così come nessuno può realisticamente immaginare di tornare alle concezioni tradizionali del positivismo giuridico a sostegno della presunta neutralità della scienza giuridica; concezioni che, nell'ambito della teoria generale del diritto, sono state magistralmente – e, ritengo, definitivamente – confutate da uno dei maggiori esponenti della filosofia analitica come Uberto Scarpelli[1060] e, in ambito lavoristico, da Gino Giugni[1061].

Ciò detto non si può tuttavia non auspicare che il dibattito scientifico torni a diventare sede elettiva per coltivare la verità[1062]. Una verità relativa o storica, ovviamente, ma che pur sempre deve essere ricercata e praticata in funzione di programmi di politica del diritto al servizio della società e delle istituzioni e non invece in asservimento a questa o quella specifica ideologia o fede politica che, per contro, devono rimanere confinate nelle valutazioni soggettive e personali proprie di ciascun interprete senza confondersi con il dato normativo di riferimento che va ricondotto a sistema unicamente in funzione del suo contenuto precettivo [1063].

---

[1058] Utilizzo il termine «politica del diritto» nella accezione proposta da G. GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori,* in *RTDPC,* 1970, 370, con riferimento a quella che G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale,* Ed. Comunità, Milano, 1967, chiamava l'ideologia della dottrina giuridica, «con riguardo alla funzione da essa obiettivamente esplicata, per distinguerla dalla ideologia politica cui si ispira il singolo autore.

[1059] Cfr. U. SCARPELLI, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi,* in *L'Etica senza verità,* il Mulino, Bologna, 1982, qui 253. Cfr. altresì, sul piano della conoscenza del diritto come conoscenza «storica o individuale», e dunque, «la interpretazione», G. GORLA, *L'interpretazione del diritto,* Giuffrè, Milano, 2003 (ma 1941), qui 95.

[1060] Ancora U. SCARPELLI, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi,* cit., 251-285 e ID., *Cos'è il positivismo giuridico,* Ed. Comunità, Milano, 1965.

[1061] Cfr., tra i numerosi contributi, G. GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori,* cit., 369-406.

[1062] L'appello a coltivare la «verità» con riferimento alla riforma del mercato del lavoro è già in A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori,* cit., IX.

[1063] Per un auspicio a che l'interprete continui a esercitare la sua capacità di ricondurre le singole disposizioni a «sistema» cfr. anche M. NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà,* in *DLRI,* 2002, 90.

## 2. I tratti caratterizzanti del modello organizzativo: la coesistenza attiva pubblico/privato governata dal regime delle autorizzazioni e dai canali di raccordo pubblico/privato imperniati sul sistema degli accreditamenti e delle convenzioni

È unicamente in un contesto interpretativo e *lato sensu* culturale programmaticamente volto a disconoscere ogni continuità col passato che si possono spiegare letture tanto drastiche quanto devianti del titolo II del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276; letture che, anche quando non si spingono a parlare di «liberalizzazione indiscriminata e frantumazione dei soggetti legittimati alla intermediazione»[1064], collocano comunque al centro del nuovo modello organizzativo «i privati, in una specie di nuovo naturalismo per cui gli uffici pubblici sarebbero incapaci» [1065].

Le critiche più radicali e massimaliste, che raffigurano i moderni servizi privati per l'impiego alla stregua di *nouveaux marchands d'hommes*[1066]*,* non meriterebbero invero particolare considerazione, in quanto ampiamente confutate non solo sul piano scientifico[1067], ma già nel corso della passata legislatura, in sede di approvazione della legge 24 giugno 1997, n. 196 e del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469. È in questa fase che si prende definitivamente atto, in linea con l'evoluzione del quadro internazionale, comunitario e comparato[1068], che il discrimine tra lecito e illecito non può più essere aprioristicamente collocato – ammesso che ciò sia mai stato davvero possibile nel passato[1069] – sulla linea di confine tra pubblico e privato[1070]. Una volta confermata la gratuità del servizio per il lavoratore[1071], detto discrimine può semmai coincidere, nei moderni

---

1064 Così invece, espressamente, L. MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro,* cit. e già ID., *Le fonti del diritto del lavoro ecc.,* cit. 146. Sostanzialmente nello stesso senso, quantunque in un contesto argomentativo meno raffinato e suggestivo di quello di Luigi Mariucci, cfr. V. ANGIOLINI, *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato,* cit., spec. 36.

1065 M. MISCIONE, *op. cit*., qui 120 e anche 151. Nello stesso senso cfr. anche F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica ecc.,* cit., spec. XL.

1066 Toni pesanti e giudizi drastici sono stati espressi anche nell'ambito del dibattito parlamentare relativo alla approvazione della legge delega di riforma del mercato del lavoro, ove con riferimento alle agenzie per il lavoro è tornato a far capolino il semplicistico e fuorviante richiamo al caporalato. Cfr. verbali della Commissione Lavoro, Previdenza sociale delle sedute del 15 e 22 luglio 2003, consultabili all'indirizzo *www.csmb.unimo.it,* indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

1067 Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, I,* cit., 85-95. Sul punto sia anche consentito rinviare, per una argomentazione che non è possibile sviluppare nei limiti del presente lavoro, al mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera,* cit., 99-204, e *ivi* gli opportuni riferimenti bibliografici.

1068 Cfr., per tutti, A. LASSANDARI, *Le agenzie di collocamento nel diritto internazionale, comunitario e comparato europeo: elementi di disciplina; modelli di intervento,* in *QDLRI*, 1999, n. 22, 169 ss. Cfr. altresì i contributi raccolti in R. BLANPAIN (ed.), *Private Employment Agencies,* in *BCLR,* 1999, n. 36.

1069 Si pensi, infatti, alla gloriosa esperienza di organizzazioni caritative e di beneficenza e associazioni a carattere filantropico, come la Società Umanitaria fondata a Milano nel 1893 da Prospero Moisè Loria, e alla variegata schiera di società di mutuo soccorso, di miglioramento e di resistenza che hanno operato sin dall'inizio della rivoluzione industriale nell'ambito del collocamento. Per non parlare poi delle associazioni padronali finalizzate alla stabilizzazione del mercato del lavoro e al controllo della manodopera locale e alle primitive forme di controllo unionistico del mercato del lavoro. In dottrina cfr., tra gli altri, S. HERNANDEZ, *Lineamenti storici del collocamento,* in ISLE, *Orientamenti sul problema del collocamento della manodopera,* Giuffrè, Milano, 1963, spec 90-91 e A. BRUN, H. GALLAND, *Le placement des travailleurs et le controle de l'embauchage,* in A. BRUN, H. GALLAND, *Traité de Droit du travail*, Sirey, Parigi, 1958, 362. Cfr. altresì S. MERLI, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale,* La nuova Italia, Firenze, 1972, I, 581-630; per il Regno Unito Lord W. BEVERIDGE, *L'azione volontaria. L'iniziativa libera nello Stato sociale moderno*, Edizioni di Comunità, Milano, 1954 (ma 1948), 75; per la Francia, G. AUBIN, J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail,* Presses Universitaires de France, Parigi, 1995, 89122-123 e 136 per ulteriori riferimenti bibliografici.

1070 Cfr. *amplius* il contributo di P. OLIVELLI, *Pubblico e privato nella riforma dei servizi per l'impiego,* cit.

1071 Cfr. V. FORTI, *Divieto di oneri in capo ai lavoratori*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione e *ivi* una indicazione delle limitate eccezioni al principio di gratuità, che nel quadro del

mercati del lavoro, «con la distinzione fra chi opera per il mercato regolare in modo trasparente e visibile, rendendo immediatamente conoscibili le informazioni su domanda e offerta, e chi no»[1072].

È appunto in questa prospettiva che si colloca il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Non a caso, compiendo un significativo passo in avanti rispetto alla riforma del 1997, il decreto prevede ora come requisito essenziale per l'autorizzazione – anche nei regimi particolari e persino nelle ipotesi di autorizzazioni *ope legis*[1073] – l'obbligo della interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro, l'utilizzo di sistemi informativi integrati con i servizi pubblici per l'impiego e l'invio puntuale di ogni informazione strategica che possa consentire un più razionale ed efficace funzionamento del mercato del lavoro[1074]. E coerentemente vieta invece drasticamente, con disposizione sostenuta sul piano della effettività da una robusta sanzione amministrativa nei confronti di editori, direttori responsabili e gestori di siti internet[1075], tutte quelle comunicazioni effettuate – a mezzo stampa, internet, televisione o altri mezzi di informazione – in forma anonima o comunque da parte di soggetti non autorizzati che oggi invece concorrono in modo determinante a rendere ineffettivi i canali ufficiali di incontro tra domanda e offerta di lavoro e, in generale, le strategie di governo attivo e trasparente del mercato del lavoro[1076].

Chiaro indizio della negazione di una logica da taluno invece ritenuta pan-privatistica[1077] è, peraltro, anche la disposizione che, a completamento del quadro appena descritto, impone a tutti i soggetti abilitati – mediante l'autorizzazione e/o il regime degli accreditamenti – a operare sul mercato del lavoro addirittura l'obbligo di conferire alla costituenda borsa continua nazionale del lavoro tutti i dati informativi acquisiti sull'offerta e sulla domanda di lavoro, con il solo limite della riservatezza del prestatore di lavoro riguardo l'ambito temporale e territoriale prescelto[1078].

È in questa prospettiva, infatti, che è possibile non solo aumentare sensibilmente l'efficienza allocativa degli intermediari – pubblici e privati – ma anche rispondere in modo più efficace alle istanze di equità e trasparenza per contrastare quelle che, con locuzione particolarmente felice, sono state definite «nuove fonti di diseguaglianza sui mercati del lavoro»[1079]: l'eterogeneità della

---

decreto legislativo n. 276/2003 assumono invero una portata ancora più circoscritta rispetto a quanto consentito dalle fonti comunitarie, in considerazione del controllo sociale sulla sua concreta operatività.

[1072] P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, I,* cit., 86.

[1073] Cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Regimi particolari di autorizzazione e autorizzazioni regionali*, cit.

[1074] Cfr. S. PIRRONE, *Borsa continua nazionale del lavoro: standard tecnici, flussi informativi di scambio, implementazione e messa a regime,* in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione.

[1075] Cfr. l'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 su cui cfr. C. BIZZARRO, *Comunicazioni a mezzo stampa, internet, televisione o altri mezzi di informazione*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione.

[1076] Cfr. l'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 su cui cfr. C. BIZZARRO, *Comunicazioni a mezzo stampa, internet, televisione o altri mezzi di informazione*, cit.

[1077] Cfr., in particolare, gli autori citati alle note 81 e 82.

[1078] Per l'impostazione teorica del problema rinvio al mio *La borsa nazionale del lavoro,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* cit., 573 ss. Sull'importanza di definire meccanismi di integrazione e cooperazione informativa tra operatore pubblico e intermediari privati cfr. P. SESTITO, *Il monitoraggio delle politiche del lavoro in Italia: profili generali*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione.

[1079] A. ACCORNERO, *Nuove fonti di diseguaglianza sui mercati del lavoro,* in L. GALLINO, *Disuguaglianze ed equità in Europa,* Einaudi,

manodopera, *in primis*, ma anche le differenze tra gli *skills*, la complessità delle prestazioni, la diversificazione di condizioni e trattamenti, la separatezza tra mercati esterni e interni, la disparità di conoscenze disponibili, la disarticolazione delle informazioni sui mercati del lavoro e sulle occasioni di occupazione disponibili, ecc. Il corretto funzionamento del mercato lavoro impone dunque, in primo luogo, una adeguata circolazione delle informazioni sulla domanda e offerta di occasioni di lavoro. Senza che questo si traduca, tuttavia, in discriminazioni più o meno palesi nei confronti delle fasce più deboli ovvero in funzione di motivazioni legate all'orientamento sessuale, alle opinioni politiche, religiose e sindacali, allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, all'età, all'handicap, alla razza, al colore, all'ascendenza o comunque con riferimento ad ogni altra circostanza non rilevante ai fini della valutazione della attitudine professionale del lavoratore[1080].

Come dimostra infatti l'analisi comparata, ma anche la stessa esperienza registrata nel nostro Paese in vigenza del monopolio statale del collocamento, non è certamente con una disciplina vincolistica e repressiva che si può realisticamente immaginare di governare il mercato del lavoro. Piuttosto, è la perdurante assenza di una rete nazionale di collegamento informatico dell'insieme dei fruitori dei servizi (sia dal lato della domanda sia da quello della offerta), in grado di standardizzare, elaborare, condividere e convogliare tutte le informazioni in possesso dei singoli operatori (pubblici e privati) radicati sul territorio, che condiziona fortemente la possibilità per il nostro Paese di costruire un vero e proprio mercato del lavoro e, conseguentemente, indirizzare il comportamento dei soggetti abilitati a operare al suo interno[1081]. È questa lacuna – e non certo l'apertura a soggetti privati che, di fatto, hanno sempre operato più o meno clandestinamente nel mercato del lavoro – che impedisce in radice «la possibilità di mettere in campo strumenti efficienti di sostegno alla mobilità e di poter disporre di basi conoscitive indispensabili per il miglioramento o il ri-orientamento delle azioni per il mercato del lavoro»[1082].

Ciò che davvero rileva, per un governo attivo e trasparente del mercato del lavoro, non è tanto il numero – più o meno rilevante – di operatori abilitati; ciò che risulta decisivo, piuttosto, è se tutti i soggetti oggi presenti più o meno legalmente sul mercato del lavoro – e dunque i privati, ma anche soggetti pubblici come Enti locali, scuole e Università – operano o meno in una logica di rete e di sistema, secondo standard qualitativi e infrastrutture di scambio informativo e di dialogo reciproco determinati dall'attore pubblico a livello nazionale (autorizzazioni, borsa nazionale del lavoro) e regionale (autorizzazioni, accreditamenti, nodo regionale della borsa nazionale del lavoro). Sino a oggi questa condizione non si è mai avverata. Sia in vigenza del regime di monopolio pubblico sia anche dopo le prime aperture a soggetti privati accuratamente selezionati, mediante

---

Torino, 1993, 237-263.

[1080] Si preoccupa di questo specifico profilo, relativo al divieto di indagini sulle opinioni e di trattamenti discriminatori l'articolo 10 del decreto legislativo n. 276/2003 su cui cfr. I. DI SPILIMBERGO, *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori,* in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione.

[1081] Oltre alle norme di struttura, il decreto legislativo n. 276/2003 pone infatti particolare attenzione alle c.d. norme di indirizzo. Per l'impostazione teorica del problema rinvio al mio *Regolazione del mercato del lavoro e modello organizzativo,* cit., 573 ss.

[1082] D. GILLI, R. LANDI, G. PERRI, *Servizi per l'impiego – Rapporto di monitoraggio 2001,* ISFOL, *Monografie sul mercato del lavoro e le politiche per l'impiego*, 2002, n. 3, 26. Cfr. anche A. ACCORNERO, *Ma riuscirà a nascere il SIL?,* in *NRS,* 1999, n. 2, 4 ss. e, più recentemente, D. GILLI, *Il percorso di attuazione della riforma: principali elementi rilevati attraverso il monitoraggio nazionale,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento i nuovi servizi per l'impiego,* cit., 95-110.

il rigido criterio dell'oggetto sociale esclusivo, il funzionamento del mercato del lavoro è stato condizionato dalla presenza di una moltitudine di soggetti che, non solo senza autorizzazione, e dunque più o meno clandestinamente, ma anche fuori da una logica di rete, hanno di fatto svolto attività di intermediazione e, spesso, anche di somministrazione di lavoro[1083]. Col risultato di assimilare grossolanamente operatori qualificati ed efficienti a mediatori truffaldini indubbiamente assimilabili alla forme, tanto deprecabili quanto diffuse e spesso anche tollerate[1084], di caporalato e di mercificazione del lavoro.

L'ampliamento dei soggetti privati – e anche pubblici – che possono ora essere abilitati al ruolo di operatori del mercato non ha dunque una valenza disgregatrice di un sistema che, peraltro, non ha mai operato a regime e che, conseguentemente, non ha mai condotto a risultati minimamente soddisfacenti in termini di sostegno attivo all'incontro tra domanda e offerta di lavoro[1085]. All'opposto, esso pare finalizzato, in termini di efficacia ed effettività, a porre una linea di confine maggiormente sostenibile tra ciò che è illecito e ciò che invece, in una logica di sussidiarietà e trasparenza, può rappresentare un servizio positivo per il buon funzionamento del mercato e che, conseguentemente, va incentivato ad emergere e a operare nel sistema.

Non si deve dimenticare, a questo proposito, che un numero sempre maggiore di osservatori ritiene non solo irrealistico, ma anche inutile che i servizi pubblici per l'impiego realizzino la gran parte di quei cinque milioni di incontri tra domanda e offerta di lavoro che avvengono annualmente nel mercato del lavoro dipendente nel nostro Paese[1086]. Ma proprio per questa ragione è evidente l'invadenza di una regolamentazione pubblicistica largamente ineffettiva e, dunque, volta unicamente a irrigidire, per regole imperative e non per obiettivi o norme premiali e incentivanti, le fasi relative all'incontro tra domanda e offerta di lavoro. Così come particolarmente evidente è la gravità della perdurante assenza di un sistema efficace e razionale di strumenti intesi a migliorare le capacità di inserimento professionale dei disoccupati e di quanti sono in cerca di una prima occupazione e a garantire, in generale, trasparenza e maggiore efficienza al nostro mercato del lavoro. Una applicazione corretta dei principi di adeguatezza e di sussidiarietà c.d. orizzontale impone piuttosto al soggetto pubblico di assumere unicamente quei compiti che i privati non possono o non sono in grado di svolgere secondo determinati standard qualitativi e quantitativi[1087].

---

1083 Sul punto rinvio al M. TIRABOSCHI, *Il lavoro temporaneo in Italia,* in *DRI,* 1992, n. 1.

1084 Si pensi alle logiche, spesso poco trasparenti, degli appalti di servizi e alla difficoltà politica e culturale di aggredire il fenomeno mediante una rigorosa legittimazione della somministrazione di manodopera a tempo indeterminato, che sicuramente offre al prestatore di lavoro – ma anche all'attore pubblico – più garanzie rispetto a cooperative e pseudo-agenzie di ricerca e selezione del personale. Cfr., sul punto, per i dovuti approfondimenti M. TIRABOSCHI, *"Agenzie di servizi" e cooperative di produzione e lavoro,* in *LG,* 1994, 559 ss. e ora, con riferimento alle soluzioni adottate nel decreto legislativo n. 276/2003, ID., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* cit., 205-229.

1085 È sufficiente limitarsi a ricordare, in proposito, che mentre nei principali Paesi europei la quota complessiva di collocamento intermediato dai servizi pubblici oscilla tra il 10 e il 30 per cento del totale degli avviamenti complessivi, in Italia la media nazionale non supera il 4-5 per cento con punte del 7-10 per cento unicamente nelle aree più avanzate del Paese. Cfr. CNEL, *Rapporto sul mercato del lavoro 1997 – 2001,* Commissione dell'informazione, Roma, luglio 2002, qui 183 cui *adde* il contributo di DIANA GILLI, *Verso nuovi modelli organizzativi del mercato del lavoro: processi di cambiamento nei servizi pubblici*, che segue.

1086 Cfr. i contributi raccolti in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego,* cit., e *ivi* ampi riferimenti bibliografici.

1087 Ancora P. OLIVELLI, *Pubblico e privato nella riforma dei servizi per l'impiego* che precede.

La polemica sulla «privatizzazione» del mercato del lavoro, oltre a reggere su presupposti e su dati normativi inesistenti, è dunque anche male impostata. Vero è, tuttavia, che proprio un siffatto e grossolano travisamento del titolo II del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nel promuovere un generale quanto allarmistico messaggio politico-culturale di «liberalizzazione indiscriminata» e «destrutturazione» dei canali di incontro tra domanda e offerta di lavoro, potrebbe anche contribuire a indebolire, sul piano della effettività della norma e soprattutto a livello di prassi operative e processi normativi reali, la portata restrittiva della nuova disciplina[1088]. Col risultato, invero paradossale e certo non meritorio, che proprio chi denuncia ora, a fini strumentali, i limiti di un (presunto) disegno riformatore incentrato sulla pura e semplice privatizzazione del collocamento diventa di fatto il primo paladino di una linea di pensiero che – in un settore dell'ordinamento tradizionalmente caratterizzato per un bassissimo livello di effettività della norma giuridica[1089] – potrebbe avere facile presa proprio su coloro che sino ad oggi hanno liberamente operato sul mercato del lavoro in spregio ai divieti della legislazione vincolistica di cui alla legge 29 aprile 1949, n. 264, e successive modifiche[1090], e pregiudicare con ciò, in ultima istanza, la messa a regime di un sistema, realistico e sostenibile, di controllo pubblico degli operatori privati e, più in generale, la stessa strategia di sostegno attivo alla implementazione delle politiche del lavoro[1091].

Al di là di questi possibili effetti perversi e paradossali, indotti da incaute quanto arbitrarie manipolazioni della lettera e dello spirito della legge, pare comunque davvero ai limiti dell'impudenza parlare di «liberalizzazione indiscriminata» con riferimento ad attività – l'intermediazione di manodopera e la somministrazione di lavoro subordinato altrui – che, ancora oggi, restano vietate e (anche) penalmente sanzionate[1092], in assenza di apposita autorizzazione amministrativa concessa a livello nazionale o, ma per la sola intermediazione, anche a livello regionale[1093]. Le nuove agenzie per il lavoro e gli altri soggetti (pubblici e privati), abilitati alla attività di intermediazione solo in presenza di rigorosi requisiti giuridici e finanziari (articoli 4, 5 e 6 del decreto legislativo n. 276/2003, ma già sulla stessa linea anche l'articolo 2 della legge 24 giugno 1997, n. 196 e l'articolo

---

1088 È questa la giusta preoccupazione di A. LASSANDARI, *L'intermediazione pubblica e privata nel mercato del lavoro,* cit., 395, che tuttavia non si spinge a imputare il messaggio-politico culturale di "liberalizzazione" proprio a coloro che, non sempre in buona fede, hanno travisato il senso della riforma.

1089 Cfr., tra gli altri, G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano,* in *DLRI,* 1986, 331, ove già a metà degli anni Ottanta, in piena vigenza del monopolio statale del collocamento, constava la situazione di sostanziale deregolazione presente in materia di assunzioni «in ordine alle quali il sistema normativo non ha quasi mai operato a regime» e dove «eversioni, erosioni e negli anni più recenti eccezioni stabilite dalla stessa legge, ne hanno quasi demolito il meccanismo». Ma cfr. altresì, lo stesso L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali,* F. Angeli, Milano, 1979, 20, 25, che giustamente ricordava come nel campo del cosiddetto lavoro debole, marginale e non-istituzionale, «la storia reale del diritto del lavoro coincide largamente con la ricostruzione storica delle ragioni della sua ineffettività».

1090 Sulla presenza nel nostro mercato del lavoro di una pletora di pseudo agenzie di ricerca e selezione del personale e di servizi che, di fatto, hanno sempre operato sul terreno della intermediazione e della interposizione nei rapporti di lavoro cfr. E. GRAGNOLI, *Collocamento privato ed attività dell'intermediario,* in *DML,* 1999, 281 ss. e anche, se vuoi, M. TIRABOSCHI, *L'intermediazione privata nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro: un mercato ancora poco trasparente,* in *DPL,* 2000, n. 9.

1091 Cfr. sul punto, P. SESTITO, *Servizi per l'impiego: il ruolo degli intermediari pubblici,* cit., 75-93 e anche A. SCIALDONE, *Pubblico e privato nella riforma dei servizi per l'impiego,* cit., 57-73.

1092 Cfr. P. PENNESI, *Interposizione nelle prestazioni di lavoro, abrogazione della l. n. 1369/1960 e contenzioso in atto* e A. TUFFANELLI, *La somministrazione di lavoro altrui: il nuovo quadro legale e il regime sanzionatorio*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione.

1093 Cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Regimi particolari di autorizzazione e autorizzazioni regionali*, cit.

10 del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469), non paiono davvero assimilabili a quei «rapaci parassiti (che) s'infiltrano fra il datore di lavoro vero e proprio e l'operaio» di cui parlava Karl Marx ne *Il Capitale*[1094] e che ancora oggi inquinano massicciamente il mercato del lavoro proprio per l'incapacità dell'ordinamento di distinguere con ragionevolezza tra attività fraudolente e servizi professionali utili tanto per il mercato che per gli stessi lavoratori. E, poi, che dire allora di realtà come Olanda, Svezia, Regno Unito e Germania che hanno da tempo abolito persino il vincolo della autorizzazione alla attività di intermediazione?

Ma anche la stessa enfasi sul ruolo pervasivo se non addirittura destrutturante degli operatori privati appare ancorata a un quadro di elementi letterali e sistematici non esauriente e finisce, dunque, per risultare largamente fuorviante su un piano sistematico e ricostruttivo. A ben vedere, infatti, il progetto di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro contenuto nel decreto legislativo prescinde dal "pubblico"[1095] unicamente per quegli osservatori che, con maggiore o minore consapevolezza teorica[1096], rimangono ancorati alla concezione, da tempo superata, del collocamento come «funzione pubblica»; osservatori che, forse, non riescono ancora oggi a concepire che anche un privato – debitamente autorizzato e/o accreditato in base a parametri di solidità finanziaria, consistenza organizzativa e professionalità – possa efficacemente concorrere alla erogazione di un «servizio pubblico»[1097] per soddisfare esigenze sul lato dell'offerta e della domanda di lavoro[1098]. Esigenze che, in una società economicamente avanzata ma anche estremamente complessa, «necessitano per lo più di canali specializzati e di luoghi di incontro profondamente differenziati»[1099]. Eppure, buone pratiche presenti nell'esperienza comparata[1100] e in alcune realtà evolute del Paese dimostrano come sia per certi aspetti fondamentale per l'efficienza e trasparenza del mercato del lavoro l'apporto dei soggetti intermedi, istituzionali o no, e anche delle parti sociali nell'ottica del principio di sussidiarietà verticale ed orizzontale[1101].

---

1094 K. MARX, *Il capitale. Critica dell'economia politica,* I, Einaudi, Torino, 1954 ma 1867, 172.

1095 In questa prospettiva, oltre agli autori citati *supra* alla nota 82, cfr., altresì, V. FILÌ, *L'accesso al mercato del lavoro nella società dell'informazione,* cit., 102, che rileva nella riforma «un'assenza eccellente: quella dei servizi pubblici per l'impiego».

1096 In dottrina v'è persino chi ha sostenuto che «Stato e Regioni *sono gli unici custodi dell'interesse collettivo*» (*sic*!) e devono rimanere arbitri del funzionamento dei mercati regionali e infra-regionali» (corsivo mio). Così V. FILÌ, *Ragionando su servizi per l'impiego, diritto al lavoro e principio di leale collaborazione,* in *RIDL*, 2003, I, 337. Per la distinzione, che dovrebbe appartenere al bagaglio concettuale e terminologico di ogni giuslavorista, tra «interesse collettivo», di cui è portatore il sindacato, e «interesse generale», di cui è portatrice l'intera comunità eretta a Stato, cfr., per tutti, G. GIUGNI, *Diritto sindacale,* Cacucci, Bari, 2001, 58.

1097 Cfr. infatti V. FILÌ, *L'accreditamento regionale dei servizi per l'impiego,* cit., spec. 197, dove si comprende chiaramente che per l'A. il servizio pubblico non può che essere quello direttamente erogato dall'operatore pubblico.

1098 Così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, I,* cit., 85 che, per rendere l'idea dell'offerta di manodopera sul mercato, richiama efficacemente l'immagine del formicaio, nel quale milioni di individui sono ciascuno alla ricerca della propria occupazione ideale e nel quale milioni di potenziali datori di lavoro perseguono politiche di reclutamento in funzione della propria specifica struttura organizzativa.

1099 Sul passaggio del sistema di collocamento da funzione pubblica a servizio pubblico cfr. F. LISO, *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio,* cit. e anche M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro,* cit., 82.

1100 Cfr., J. DE KONIG, J. DENIS, U. WALWEI, *Deregulation in Placement Services: A comparative Study for Eight Countries*, Commissione Europea, Lussemburgo, 1999 e recentemente, il Rapporto Marimbert del 15 gennaio 2004: *Rapporto al Ministero degli affari sociali, del lavoro e della solidarietà sul mercato del lavoro e i servizi per l'impiego,* spec. parte I, in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

1101 Cfr. P. OLIVELLI, *Pubblico e privato nella riforma dei servizi per l'impiego,* cit. e G. CAVAVESI, *Regolazione del mercato del lavoro e principio di sussidiarietà*, in questa sezione. In ambito comunitario, cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio COM (98) 641def. *Modernizzare i servizi per l'impiego per sostenere la strategia europea*, cit.

È appunto nell'ottica della sussidiarietà che il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si propone di superare definitivamente – e non più solo formalmente o comunque parzialmente, come accaduto con la riforma del 1997 – il regime del monopolio pubblico del collocamento eliminando, per un verso, il requisito dell'oggetto sociale esclusivo[1102] e, per l'altro verso, definendo regimi di autorizzazione agevolati[1103] per l'abilitazione all'attività di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro. L'obiettivo è, infatti, quello di potenziare e definire in modo più coerente alla realtà e alle dinamiche del mercato la rete degli operatori del mercato del lavoro, incentivando all'emersione e alla condivisione di una logica di sistema soggetti che già oggi operano informalmente e, per lo più, illegalmente proprio in ragione del vincolo dell'oggetto sociale e dei rigidi requisiti giuridico-finanziari imposti dalla normativa del 1997.

L'abilitazione di Università, scuole, Enti locali, Camere di commercio, associazioni datoriali e sindacali, enti bilaterali, associazioni in possesso di riconoscimento istituzionale di rilevanza nazionale e aventi come oggetto la tutela e l'assistenza delle attività imprenditoriali, del lavoro o delle disabilità, consulenti del lavoro[1104], non andrà dunque a danno ma anzi a sostegno della effettività e della funzionalità complessiva del «servizio pubblico»[1105]. Un servizio pubblico che resta in ogni caso centrale nel modello organizzativo che andrà progressivamente a definirsi nei prossimi mesi con l'intervento integrativo della normativa di livello *sub*-nazionale.

L'ingresso formale e trasparente di tutti questi nuovi operatori nel sistema dei canali ufficiali di incontro tra domanda e offerta di lavoro consentirà dunque maggiore trasparenza, la condivisione di un numero maggiore di informazioni e, in definitiva, la stessa messa a regime di quella borsa continua nazionale del lavoro che sino a oggi è rimasta sulla carta non certo per volontà di questo o quel Ministro ma per l'oggettiva difficoltà di individuare e mettere in rete gli operatori del mercato. Mentre il rigoroso apparato sanzionatorio[1106] potrà, per contro, consentire, in uno con la più recente riforma delle attività ispettive e di vigilanza[1107], di concentrare massicciamente l'azione repressiva contro le vere forme parassitarie e speculative di intermediazione nei rapporti di lavoro rendendo maggiormente effettivo il sistema delle autorizzazioni e dei relativi controlli.

È certamente vero che, al fine di portare a compimento una riforma oramai avviata e risolvere la situazione di stallo dovuta alla problematica messa a regime del nuovo sistema di servizi per l'impiego, il Governo aveva in un primo tempo previsto, con il disegno di legge n. 848 del novembre 2001, di incidere in modo sostanziale anche sul segmento pubblico del mercato del lavoro. L'ar-

---

[1102] Nella legge n. 196/1997 e nel decreto legislativo n. 469/1997 la gradualità del superamento del principio del monopolio pubblico era infatti ben evidenziata dalla regola della esclusività dell'oggetto sociale da parte degli operatori privati abilitati alla attività di intermediazione nel mercato del lavoro. In questo senso cfr. T. TREU, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni,* cit., qui 3 e anche 7. Cfr. anche M. BIAGI, *Collocamento e somministrazione di manodopera: appunti per una riforma,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego,* cit., 41, 43.

[1103] Cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Regimi particolari di autorizzazione e autorizzazioni regionali*, cit.

[1104] Cfr. l'articolo 6 del decreto legislativo n. 276/2003 su cui il contributo di S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Regimi particolari di autorizzazione e autorizzazioni regionali*, cit., e anche A. LASSANDARI, *L'intermediazione pubblica e privata nel mercato del lavoro,* cit., 397-398.

[1105] In questa prospettiva cfr. anche P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, I,* cit., 90.

[1106] Cfr. P. PENNESI, *Interposizione nelle prestazioni di lavoro, abrogazione della l. 1369/1960 e contenzioso in atto*, cit.

[1107] Sul decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, di attuazione dell'articolo 8 della legge n. 30/2003, cfr. i contributi raccolti in C. L. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi,* Giuffrè, Milano, 2004.

ticolo 1 di questo disegno di legge, da cui è poi scaturito il titolo II del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, contemplava, infatti, anche una delega per concorrere al completamento della semplificazione delle procedure di collocamento e per «potenziare le azioni di prevenzione e della massima efficacia dei servizi, attraverso un modello che contempli la cooperazione e la competizione tra strutture pubbliche, convenzionate e private»[1108]. In questo quadro, oltre alla abrogazione di tutte le norme incompatibili con la nuova concezione del collocamento, ivi inclusa la legge 29 aprile 1949, n. 264, sarebbero state individuate e razionalizzate «le attività riconducibili ad una residua funzione pubblica (anagrafe, scheda professionale, controllo dello stato di disoccupazione involontaria e della sua durata, azioni di sistema) da assicurare mediante i servizi pubblici per l'impiego e strutture convenzionate (pubbliche e private)», mentre al libero mercato sarebbero state affidate «le attività di servizio, in un regime di competizione e concorrenza tra i servizi pubblici e gli operatori privati autorizzati»[1109]. Ebbene, questa delega non è stata coltivata in modo sistematico nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, unicamente perché alla ridefinizione delle funzioni pubbliche e alla semplificazione delle procedure di collocamento si era già precedentemente provveduto attraverso il decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297[1110], – dopo ampio confronto con le Regioni e le Province in sede di Conferenza unificata[1111] e con le parti sociali[1112] – in una ottica di sostanziale e consapevole manutenzione dell'esistente[1113].

Valutata l'assoluta urgenza di una riforma organica del sistema di collocamento, il Governo si era infatti convinto, poco tempo dopo la presentazione del disegno di legge delega n. 848, della necessità di una ulteriore accelerazione del processo di trasformazione in atto e aveva conseguentemente approvato, in data 11 aprile 2002[1114], uno schema di decreto legislativo di correzione del decreto legislativo n. 181/2000, di attuazione della delega contenuta nell'articolo 45, comma 1, lettera *a)*, numeri 1 e 2, e comma 5, della legge 17 maggio 1999, n. 144. La legge n. 144/1999, come noto, aveva conferito al Governo il potere di ridefinire, nel rispetto degli indirizzi dell'Unione europea e delle competenze previste dal decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, il sistema degli incentivi alla occupazione, ivi compresi quelli relativi alla autoimprenditorialità e all'autoimpiego, con particolare riguardo alla esigenza di migliorarne la efficacia nelle aree

---

[1108] Cfr. la relazione tecnica di accompagnamento al disegno di legge 15 novembre 2001, *Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro,* vedila in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

[1109] *Ibidem*.

[1110] In tema cfr. F. LISO, *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio,* cit., e A. LASSANDARI, *L'intermediazione pubblica e privata nel mercato del lavoro,* cit., spec. 393, dove si segnala come il decreto legislativo n. 297/2002 costituisca sanzione definitiva di un indirizzo riformatore presente ormai da tempo nell'ordinamento». Per un commento sistematico al decreto legislativo n. 297/2002 cfr. i contributi raccolti in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego,* cit., spec. 233-332.

[1111] Sul punto cfr. *infra,* § 3. Il parere della Conferenza unificata, le osservazioni e gli emendamenti dell'Unione delle Province d'Italia, e i pareri di Camera e Senato nelle sedute del 30 luglio 2003, pubblicati in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

[1112] Il preambolo del decreto legislativo n. 297/2002 richiama il confronto con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale dei datori di lavoro e dei lavoratori del 13 e del 20 febbraio 2002, anche se in realtà le sedi di concertazione informale sono state numerosissime e hanno dato luogo a un testo normativo largamente condiviso da tutti gli attori sociali.

[1113] Cfr. M. BIAGI, *Collocamento e somministrazione di manodopera: appunti per una riforma,* cit., spec. 42, ove, nel definire la linea di azione della delega sul mercato del lavoro, si rilevava: «non appare al momento opportuno intervenire in modo massiccio sul sistema pubblico di collocamento, se non con provvedimenti volti ad accelerare il processo di riforma in atto».

[1114] Per un primo commento rinvio al mio *La riforma della disciplina dell'incontro domanda-offerta di lavoro: un cantiere ancora aperto,* in *Osservatorio Lavoro - AREL,* 2002, n. 8.

del Mezzogiorno, e degli ammortizzatori sociali, valorizzando contestualmente il ruolo della formazione professionale, ciò al fine di «realizzare un sistema efficace ed organico di strumenti intesi a favorire l'inserimento al lavoro ovvero la ricollocazione di soggetti rimasti privi di occupazione». Tale delega, il cui termine per l'esercizio era previsto per la data del 30 aprile 2000, così come modificato dalla legge 2 agosto 1999, n. 263, era stata esercitata con riferimento alla materia di nostro interesse attraverso appunto il decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181. Il comma 5 dell'articolo 45 della legge n. 144 del 1999 prevedeva la possibilità di emanare, entro trenta mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi attuativi della delega, norme correttive e modificative degli stessi. Occorre peraltro ricordare che con l'articolo 78, comma 26, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (legge finanziaria 2001), era stato modificato l'articolo 45, comma 1, lettera *a)*, numero 2, della legge n. 144/1999, includendo espressamente tra le materie oggetto di delega anche la «revisione e razionalizzazione del collocamento ordinario, nel rispetto di quanto previsto dal decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, in funzione del miglioramento dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro e con valorizzazione degli strumenti di informatizzazione»[1115].

Con il decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, il primo segmento della riforma del mercato del lavoro, e precisamente quello pubblico, è così giunto a compimento, almeno sulla carta, con quasi un anno di anticipo rispetto al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, che si è dunque logicamente limitato a ridisegnare i criteri di abilitazione degli operatori privati, attraverso i regimi di autorizzazione e accreditamento, nonché a consolidare e rilanciare le forme di raccordo e di cooperazione tra il "pubblico" e il "privato".

Stralciata la parte sul segmento pubblico dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro il disegno di legge n. 848, approvato dal Parlamento nella seduta del 5 febbraio 2003[1116], ha comunque mantenuto pressoché invariata l'originaria prospettiva di razionalizzazione e semplificazione della normativa in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro[1117]. Sostanzialmente immutate – rispetto alla versione originaria dell'articolo 1 del disegno di legge n. 848 – sono anche, come visto, le disposizioni in tema di potenziamento della diffusione e del controllo del circolo delle informazioni; aspetto quest'ultimo infatti non compiutamente regolamentato dal decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297. Nel corpo del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, par-

---

[1115] Dubbi, in dottrina, sull'*iter* normativo che ha consentito di coltivare una delega concessa nel 1999 sono espressi da P. TULLINI, *Verso una nuova riforma del mercato del lavoro,* in *RGL*, 2003, n. 2, 420. Cfr. altresì V. FILÌ, *Ragionando su servizi per l'impiego, diritto al lavoro e principio di leale collaborazione,* cit., 347-348, che ritiene oramai interamente superato il modello di cui al decreto legislativo n. 469/1997 e i relativi decreti di attuazione (tra cui il n. 297/2002) alla luce del nuovo titolo V della Costituzione, che lascerebbe nelle mani delle Giunte e dei Consigli regionali il governo del sistema dei servizi per l'impiego.

[1116] Cfr. la legge 14 febbraio 2003, n. 30, pubblicata in *GU,* 26 febbraio 2003, n. 47 (vedila anche al sito internet *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*).

[1117] Non la pensa così V. FILÌ, *Servizi per l'impiego e collocamento,* in M. T. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 50-54, secondo cui la delega di cui alla legge n. 30/2003 si sovrappone al decreto legislativo n. 297/2002, con norme che «paiono in ritardo o superflui rispetto a quanto è stato appena realizzato». In questo senso cfr. anche M. MISCIONE, *op. cit*., qui 120 e anche 151. Ma come detto questi due autori non sembrano tener conto di quanto già realizzato mediante il decreto legislativo n. 297/2002. Cfr., sul punto, C. RIVIELLO, *Indirizzi generali ai servizi per l'impiego ai fini della prevenzione della disoccupazione di lunga durata,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego,* cit., spec. 290, ove ampia illustrazione delle misure di semplificazione delle procedure di collocamento e del potenziamento delle azioni di prevenzione in una ottica di gestione per obiettivi più che per regole.

ticolarmente rilevante è poi, come detto, la incentivazione delle forme di coordinamento e raccordo tra operatori privati e operatori pubblici[1118], ai fini di un migliore funzionamento del mercato del lavoro, nonché la ridefinizione del regime del trattamento dei dati relativi all'incontro tra domanda e offerta di lavoro, al fine di evitare oneri aggiuntivi e ingiustificati rispetto alle esigenze di monitoraggio statistico, prevenzione delle forme di esclusione sociale e vigilanza sugli operatori.

Questo è il recente quadro evolutivo della disciplina in materia di organizzazione del mercato del lavoro, che si pone decisamente nel solco del processo riformatore avviato nel corso della passata legislatura[1119]. Solo rinunciando pregiudizialmente a collocare la nuova disciplina di cui al titolo II del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nell'alveo del processo di riforma della organizzazione del sistema dei servizi pubblici e privati per l'impiego, avviato con l'accordo per il lavoro del 24 settembre 1996 e, a seguire, con la legge delega 15 marzo 1997, n. 59, e il relativo decreto di attuazione del 23 dicembre 1997, n. 469[1120], è dunque possibile giungere a sostenere l'assenza del soggetto pubblico nel modello organizzativo del mercato del lavoro proposto dalla riforma Biagi. Ma è evidente che, in questa prospettiva, i risultati del processo interpretativo non sono soltanto fuorvianti ma prima ancora incoerenti con il dato offerto dal sistema normativo che, nel suo complesso, governa oggi la materia del mercato del lavoro.

In effetti, è soltanto alla luce della disciplina definita già nel corso della passata legislatura – disciplina integralmente confermata, per quanto attiene al ruolo dell'operatore pubblico, dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 – che pare possibile comprendere il nuovo modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Un modello che, in linea con i più recenti orientamenti dell'Organizzazione Internazionale del lavoro[1121] e gli indirizzi della Unione europea in materia di modernizzazione dei servizi per l'impiego[1122], adotta lo schema della coesistenza e integrazione attiva tra pubblico e privato. Una coesistenza che vuole certo essere competitiva, ma anche – e auspicabilmente – collaborativa[1123], come dimostra il robusto potenziamento delle logiche di accreditamento [1124] e il sistema delle convenzioni, per la promozione selettiva

---

1118 *Contra* V. FILÌ, *L'accreditamento regionale dei servizi per l'impiego,* F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* tomo I, cit., 99 e 102, che tuttavia non assegna il giusto valore ai regimi di accreditamento di cui all'articolo 7 del decreto legislativo n. 276/2003. Sul punto, per l'esatta impostazione del problema, oltre a quanto si dirà a seguire nel testo, cfr. S. ROSATO, *I regimi di accreditamento: profili generali e prospettive regionali di sviluppo*, cit.

1119 Pur evidenziando taluni profili di criticità, rileva come il decreto legislativo n. 276/2003 integri, da questo specifico punto di vista, il quadro normativo previgente, anche A. LASSANDARI, *L'intermediazione pubblica e privata nel mercato del lavoro,* cit., *passim.*

1120 Su cui cfr., per tutti, P. A. VARESI, *La nuova disciplina del mercato del lavoro: riordino dell'intervento pubblico e ruolo dei privati,* in *DRI,* 1998, n. 2. Per l'evoluzione del quadro legale, dalla legge delega 15 marzo 1997, n. 59, alla legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, rinvio a M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego,* cit., § 2.

1121 P. OLIVELLI, *Pubblico e privato nella riforma dei servizi per l'impiego,* cit.

1122 Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Modernizzare i servizi per l'impiego per sostenere la strategia europea*, COM(98)641def., in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro.*

1123 Questo aspetto rispecchia le recenti tendenze degli Stati europei relativamente al rapporto fra servizi pubblici e privati per l'impiego, cfr. J. NAKAYAMA, A. SAMORODOV, *Public and Private Employment Services: From Co-existence to Co-operation*, in R. BLANPAIN, R. GRAHAM (ed.), *Temporary Agency Work and the Information Society – Bullettin of Comparative Labour Relations*, Kluwer, The Hague, 2004, n. 50, 19-44.

1124 Cfr. S. ROSATO, *I regimi di accreditamento: profili generali e prospettive regionali di sviluppo*, cit.

dell'accesso al lavoro in favore degli appartenenti alle categorie svantaggiate, volte a incentivare e rendere effettivo il raccordo tra operatori privati e operatori pubblici[1125].

Un modello misto, dunque, e forse anche policentrico; ma non certo un modello frammentato «dove tutti fanno tutto (o quasi)»[1126]. Il decreto legislativo n. 276/2003 punta, all'opposto, alla specializzazione e qualificazione degli operatori presenti sul mercato del lavoro, secondo una logica di vera sussidiarietà non solo verticale (*infra,* § 3) ma anche orizzontale. Solo pochi soggetti, rigorosamente selezionati[1127], potranno del resto svolgere l'attività di somministrazione di lavoro[1128], e cioè l'attività che storicamente ha sempre destato maggiori preoccupazioni sul versante delle tutele del lavoro, mentre il regime degli accreditamenti (regionali), in uno con quello delle autorizzazioni (nazionali e regionali), si ispira a un governo e indirizzo della attività di tutti gli operatori – privati ma anche pubblici – presenti sul mercato del lavoro nazionale e/o locale.

Il sistema degli accreditamenti, in particolare, da taluni visto come un oggetto misterioso[1129] altro non è che uno strumento – già sperimentato dalle Regioni in materia di formazione professionale e strutture sanitarie – per selezionare secondo determinati standard di efficienza e affidabilità operatori, indifferentemente privati o pubblici, da integrare in rete con i centri per l'impiego, al fine di realizzare – come insegna l'esperienza comparata[1130] – una offerta qualitativamente e quantitativamente adeguata di servizi per l'impiego su un determinato territorio[1131]. L'accreditamento designa dunque, in coerenza con quanto stabilito dall'articolo 2, comma 1, lettera *f)*, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, una modalità di erogazione dei servizi al lavoro in linea di continuità con gli indirizzi adottati dalle Regioni in materia di impiego ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, come modificato e integrato dal decreto legislativo

---

1125 Cfr. M. TIRABOSCHI, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico privato: le agenzie sociali per il lavoro,* in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione.

1126 In questo senso v. invece B. MAIANI, *Le agenzie per il lavoro. I requisiti soggettivi, i regimi di autorizzazione e gli accreditamenti. Commento agli artt. 4,5, 6, 7, 11, 18 e 19,* in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro,* Giappichelli, Torino, 2004, qui 75. Sulla presunta frammentazione del modello cfr. anche L. MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro,* cit.

1127 Invero, secondo V. ANGIOLINI, *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato,* cit., 31, il regime di autorizzazione «non sembra predisporre un sistema di verifiche amministrative e pubblicistiche acconcio». Sorprende questa affermazione a fronte di un regime sostanzialmente identico a quello dell'articolo 2 della legge n. 196/1997 e dell'articolo 10 del decreto legislativo n. 469/1997 e rispetto al quale venivano invece sollevate semmai accuse di eccesso di rigidità, al punto da consigliare, con l'articolo 5 del decreto legislativo n. 276/2003, di prevedere regimi particolari e agevolati di autorizzazione.

1128 Sulla nuova disciplina della somministrazione di lavoro rinvio al mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco,* cit., 205-229.

1129 Cfr. F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica ecc.,* cit., XXXIX e anche V. FILÌ, *L'accreditamento regionale dei servizi per l'impiego,* cit., 192; V. ANGIOLINI, *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato,* cit., 34-35.

1130 Cfr. J. NAKAYAMA e A. SAMORODOV, *Public and Private Employment Services: From Co-existence to Co-operation*, cit.; *Enhancing the Effectiveness of Active Labour Market Policies: A Streamlined Public Employment Service*, OECD, Parigi, 1997; R. FAY, *Enhancing the Effectiveness of Active Labour Market Policies: Evidence from Programme Evaluations in OECD Countries*, Labour Market and Social Policy Occasional Papers No. 18/1996, OECD, Parigi. Cfr. anche gli atti del convegno WAPES/ILO su *Strategies developed by the Public Employment Service in response to structural changes in the Labour Market,* Ginevra 23-24 gennaio 1997, in www.ilo.org (Document n. 50/1998).

1131 Cfr., al riguardo, B. MAIANI, *Le finalità dell'intervento e gli aspetti definitori. Commento agli artt. 2 e 3,* in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, cit., 63, che giustamente rileva come nell'accreditamento regionale saranno definite le forme di coordinamento e raccordo tra gli operatori pubblici e privati, al fine di un migliore funzionamento del mercato del lavoro – articolo 3, comma 2, lettera *c)*.

19 dicembre 2002, n. 297. Solo chi non conosce – o sottovaluta[1132] – la più recente evoluzione dei canali di cooperazione tra servizio pubblico e soggetti privati – in quella ottica di sussidiarietà che, con la riforma del titolo V, ha oggi assunto dignità di principio costituzionale[1133] – può dunque immaginare di porre una questione ontologica e terminologica sul significato dell'espressione «accreditamento»[1134].

Contro le degenerazioni e i rischi di un vuoto nominalismo, basato sulla analisi dei concetti giuridici come se fossero realtà esistenti in *rerum natura*[1135], non resta in effetti che sviluppare una interpretazione ancorata al dato storico e, dunque, alla più recente esperienza di alcune nostre Regioni in materia di raccordo tra operatori pubblici e operatori privati, che già conoscono l'affidamento dei servizi mediante meccanismi negoziali, in virtù dei quali vengono definiti, in via convenzionale, finalità, obiettivi, oggetto delle intese, modalità di esecuzione e relativi impegni finanziari[1136].

In questa prospettiva[1137], risulta palese che i regimi regionali di accreditamento costituiscono una delle leve attraverso cui gestire e alimentare una politica dei servizi per l'impiego, secondo una logica di programmazione e ottimizzazione delle risorse presenti in un determinato territorio. Di questo si occupa – e preoccupa – il legislatore nazionale, per un verso attraverso la definizione di alcuni principi fondamentali e, per l'altro verso, mediante l'esercizio di quella competenza trasversale contenuta nell'articolo 117, comma 2, lettera *m*), della Costituzione[1138]; tanto è vero che questa disposizione, costruita in sede di concertazione informale con le Regioni, non è stata oggetto di richieste di modificazione e/o integrazione in sede di Conferenza unificata perché largamente condivisa[1139]. Riguardo ai principi fondamentali si richiede semplicemente «la garanzia della libera scelta dei cittadini, nell'ambito di una rete di operatori qualificati, adeguata per dimensione e distribuzione alla domanda espressa dal territorio»[1140]. Rispetto ai livelli essenziali delle prestazioni si richiede invece: 1) «la salvaguardia di standard omogenei a livello nazionale

---

1132 Pare essere questa la posizione di F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica ecc.,* cit., XXXIX.

1133 Cfr. l'articolo 118 della Costituzione.

1134 Così: V. FILÌ, *L'accreditamento regionale dei servizi per l'impiego,* cit., 192, che pone persino il dubbio – davvero improponibile in presenza dell'opzione definitoria di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 e soprattutto del regime di autorizzazione regionale di cui all'articolo 6, commi 7 e 8 – che l'accreditamento di cui all'articolo 7 possa essere «sinonimo di autorizzazione territorialmente limitata».

1135 Si rammenti, in proposito, l'insegnamento di Gino Gorla che da tempo ha magistralmente confutato le argomentazioni del concettualismo, richiamando l'interprete alla ricerca della verità storica, che è appunto la interpretazione di un determinato diritto. A quanti pongono ora una questione ontologica, si può dunque riproporre con il Gorla, che nella scienza giuridica un nome è semplicemente un nome, che non va affatto elevato «a espressione di un concetto esistente al di fuori di questo stesso diritto» . Così: G. GORLA, *op. cit*., qui spec. 97.

1136 Cfr. M. BASSI, *op. cit*. Cfr. altresì G. RAZZOLI, *L'esperienza della Provincia di Modena,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego,* cit., 349 ss.; R. LEONI, *op. cit.*, 357 ss.

1137 Ma vedi *amplius infra* S. ROSATO, *I regimi di accreditamento: profili generali e prospettive regionali di sviluppo*, cit.

1138 *Contra,* ma non si capisce sulla base di quali deduzioni, V. FILÌ, *L'accreditamento regionale dei servizi per l'impiego,* cit., 197. Sul profilo della ripartizione di competenze in materia di mercato del lavoro cfr. comunque *infra,* § 3.

1139 Cfr. il verbale della seduta della Conferenza unificata del 3 luglio 2003, cit., consultabile in *www.csmb.unimo.it,* indice A-Z, voce *Riforma Biagi.*

1140 Articolo 7, comma 1, lettera *a)*, del decreto legislativo n. 276/2003.

nell'affidamento di funzioni relative all'accertamento dello stato di disoccupazione e al monitoraggio dei flussi del mercato del lavoro»[1141]; 2) la «costituzione negoziale di reti di servizio ai fini dell'ottimizzazione delle risorse»[1142]; 3) l'obbligo della interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro (…), nonché l'invio alla autorità concedente di ogni informazione strategica per un efficace funzionamento del mercato del lavoro»[1143]; e infine il necessario «raccordo con il sistema regionale di accreditamento degli organismi di formazione»[1144].

È stato invero sostenuto che «l'art. 7 non restituisce affatto un ruolo alla regione, se non quello di poter mettere nella sua rete di servizi anche gli operatori del "canale privato" tramite accreditamenti difficili da definire»[1145]. A ben vedere, tuttavia, se anche questo fosse il solo risultato raggiunto tramite il regime degli accreditamenti sarebbe di per sé non poca cosa soprattutto per chi, in un recente passato, ha apertamente denunciato la realtà di un collocamento caratterizzato, nel nostro Paese, da una struttura burocratica, fortemente «standardizzata, poco o niente modulabile, ricca di autorizzazioni e povera di servizi»[1146]; una struttura ancora oggi largamente condizionata da mentalità e metodi di lavoro spesso antiquati e che paiono impermeabili alle logiche di trasparenza ed efficienza. Ma così non è, come conferma il comma 2 dell'articolo 7 che, coerentemente all'assetto di competenze in materia di mercato del lavoro[1147], affida alle Regioni, in sede di istituzione degli albi dei soggetti accreditati, la definizione delle linee di politica attiva del lavoro mediante la declinazione sul territorio delle «forme della cooperazione tra i servizi pubblici e operatori privati, autorizzati (…) o accreditati (…), per le funzioni di incontro tra domanda e offerta di lavoro, prevenzione della disoccupazione di lunga durata, promozione dell'inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati, sostegno alla mobilità geografica del lavoro»[1148]. Compito che, in una logica di gestione per obiettivi, impone tra l'altro la definizione dei «requisiti minimi richiesti per l'iscrizione nell'elenco regionale in termini di capacità gestionali e logistiche, competenze professionali, situazione economica, esperienze maturate nel contesto territoriale di riferimento»[1149], nonché delle «modalità di misurazione dell'efficienza e della efficacia dei servizi erogati»[1150].

---

[1141] Articolo 7, comma 1, lettera *b)*.

[1142] Articolo 7, comma 1, lettera *c)*.

[1143] Articolo 7, comma 1, lettera *d)*.

[1144] Articolo 7, comma 1, lettera *e)*.

[1145] Così: F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica ecc.,* cit., XXXIX.

[1146] Cfr. infatti F. CARINCI, *Il mercato del lavoro fra vecchio e nuovo diritto,* in F. CARINCI (a cura di), *Il mercato del lavoro fra vecchio e nuovo diritto,* Giuffrè, Milano, 1993, qui 9 per la citazione, con considerazioni ancora oggi largamente attuali. Più recentemente, e nella stessa prospettiva, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro, I*, cit., spec. 80-82.

[1147] Cfr. *infra,* § 3. Si può tuttavia già anticipare come sia paradossale accusare, per un verso, il decreto legislativo di eccesso di centralismo e poi criticarlo perché, una volta definita la linea di azione a tutela dei livelli essenziali e in coerenza con i principi fondamentali della materia, non entra in dettaglio nella regolazione del raccordo tra pubblico e privato. Per le accuse di centralismo cfr., in particolare, F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica ecc.,* cit.; V. FILÌ, *L'accreditamento regionale dei servizi per l'impiego,* cit.

[1148] Articolo 7, comma 2, lettera *a)*.

[1149] Articolo 7, comma 2, lettera *b)*.

[1150] Articolo 7, comma 2, lettera *d)*.

Nell'ambito della programmazione regionale il raccordo tra pubblico e privato va dunque ben oltre le pur importanti misure sperimentali di incentivazione – economica e normativa[1151] – di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 11 settembre 2003, n. 276[1152]; misure che, coerentemente all'impianto del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297[1153], operano in una logica pro-attiva e promozionale di superamento della situazione di svantaggio di questi gruppi di lavoratori[1154] e che solo riduttivamente e semplicisticamente possono essere intese alla stregua di una «esternalizzazione dei servizi per l'impiego ad operatori diversi dai centri per l'impiego»[1155]. L'ambizione dell'articolo 13 è, piuttosto, quella di co-responsabilizzare gli operatori privati, e segnatamente le agenzie di somministrazione di lavoro, nella c.d. «presa in carico» di lavoratori appartenenti ai gruppi c.d. svantaggiati[1156], secondo modelli convenzionali già collaudati – con maggiore o minore successo – nella esperienza comparata[1157] e anche in via di riconoscimento a livello comunitario[1158].

## 3. Governo del mercato del lavoro e unitarietà del modello organizzativo alla luce del nuovo titolo V della Costituzione

Il modello organizzativo definito con il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, rifugge dunque da sterili e controproducenti guerre di religione su «pubblico» e/o «privato» nella gestione del mercato del lavoro e pone invece al centro del sistema il lavoratore. «Lavoratore» per la prima volta inteso, da un testo di legge con efficacia precettiva e non meramente programmatica, in una accezione assai ampia, come «persona che lavora o che è in cerca di un lavoro»[1159], e a cui si intende garantire una pluralità di risposte in funzione di esigenze specifiche e concrete di lavoro e, attraverso il lavoro, di inclusione sociale. L'apertura al mercato si spiega e si comprende, in

---

1151 Cfr. M. TIRABOSCHI, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico privato: le agenzie sociali per il lavoro,* cit.

1152 In questo senso cfr. invece M. MISCIONE, *op. cit.,* e V. FILÌ, *opp. citt.* Nello stesso senso cfr. C. CORBO, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato nel mercato del lavoro,* F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, 276,* tomo I, cit., 269, che addirittura nega l'esistenza di un raccordo pubblico-privato nello stesso articolo 13.

1153 Cfr. l'articolo 5 del decreto legislativo n. 297/2002, che dispone la perdita dello stato di disoccupazione qualora il lavoratore rifiuti, senza giustificato motivo, una congrua offerta di lavoro. Cfr, sul punto, S. ROSATO, *Perdita dello stato di disoccupazione,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi all'impiego,* cit., 295-306.

1154 Sul punto, con riferimento alle politiche legislative di inserimento nel mercato del lavoro proprio dei gruppi più svantaggiati anche in deroga a determinati standard economici e normativi, come appunto nel caso dell'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003, cfr., per l'impostazione del problema, P. ICHINO, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro,* in *RIDL,* 2001, spec. 183-187.

1155 Così invece V. FILÌ, *L'accreditamento regionale dei servizi per l'impiego,* cit., 196.

1156 Per una corretta ricostruzione del meccanismo di cui all'articolo 13 cfr. 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), *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* cit., 592-600. In tema cfr. altresì: C. TIMELLINI, *La tutela per i lavoratori svantaggiati. Commento agli artt. 13 e 14,* in L. GALANTINO (a cura di), *op. cit.*, spec. 135-145.

1157 Sul concetto della co-responsabilizzazione, sviluppatosi nella realtà olandese, cfr. L. STRUYVEN, G. STREURS, *La riforma dei servizi per l'impiego in Olanda: una distribuzione equilibrata fra pubblico e privato*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, cit., 146. Un modello simile a quello della "presa in carico" è rappresentato in Germania dalle c.d. agenzie di *personal service*, su cui cfr. S. SPATTINI, *Un esempio di buona prassi dall'Europa: le agenzie tedesche di* personal service, *ivi*, 181-197.

1158 Cfr. l'articolo 1, comma 3, della proposta di direttiva comunitaria sul lavoro interinale (vedila in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Lavoro (interinale)*) che recita: «Member States may, after consulting the social partners, provide that this Directive does not apply to employment contracts or relationships concluded under a specific public or publicly supported vocational training, integration or retraining programme». Cfr. M. COLUCCI, *Verso una regolamentazione europea della somministrazione di lavoro temporaneo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, cit., 171-180.

1159 Cfr. l'articolo 2, comma 1, lettera *j)*, del decreto legislativo n. 276/2003.

questa prospettiva, in una logica di adeguatezza e sussidiarietà orizzontale, in piena coerenza con le più recenti linee di tendenza evolutive dell'ordinamento; e non risponde invece a una scelta – più o meno consapevole – per mettersi «al riparo da eventuali ricorsi delle regioni e delle province autonome, assai più e assai meglio di quanto (fatto) con le rituali affermazioni di rispetto delle competenze regionali»[1160].

Ciò non toglie, tuttavia, che il giudizio di compatibilità del nuovo modello organizzativo del mercato del lavoro con il titolo V della Costituzione rappresenti uno dei profili di maggiore criticità della riforma, come sembrerebbero del resto confermare le posizioni della dottrina maggioritaria[1161] e anche i ricorsi presentati da alcune Regioni sulla legge delega[1162] e, ora, anche sul decreto delegato[1163]. E che, conseguentemente, l'apertura al mercato – *rectius:* agli utenti dei servizi per l'impiego – possa aver in taluni casi consentito, come per esempio con riferimento alla borsa continua del lavoro, di superare in radice il problema delle competenze Stato-Regioni e con esso quella della titolarità dei dati, perché in questa ottica il vero *dominus* del mercato è il mercato stesso e questo nella prospettiva di massima libertà e sussidiarietà del sistema[1164].

Non pare certamente il caso di riprendere e alimentare, in questa sede, la *querelle* interpretativa sulla ambigua locuzione «tutela e sicurezza del lavoro», che pure tanto ha condizionato il dibattito in materia di riforma del mercato del lavoro in termini di rigida ripartizione di competenze tra Stato e Regioni[1165]. Come è stato giustamente osservato, impegnarsi ad oltranza in una *actio finium regundorum* sulla base di un dato normativo tanto oscuro, quanto suscettibile di letture contrapposte approderebbe, in questa materia, a risultati alquanto improduttivi e largamente insoddisfacenti, come pare del resto confermare l'imponente dibattito attualmente in corso[1166]. Lo stesso decreto delegato, quantunque oggettivamente condizionato da una delega deficitaria sul punto, in quanto apparentemente incentrata sulla definizione dei soli principi fondamentali in

---

[1160] La pensa così, invece, F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica ecc.,* cit., XLIV.

[1161] Cfr., tra i tanti, F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica ecc.,* cit.; V. ANGIOLINI, *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato,* cit.; V. FILÌ, *L'accesso al mercato del lavoro nella società dell'informazione,* cit. Tra le poche voci fuori dal coro, cfr. l'attenta ricostruzione proposta da A. TROJSI, *Riforme costituzionali e competenze legislative sui servizi per l'impiego,* spec. 430, ove rileva come il decreto legislativo n. 276/2003 si muova, almeno per quanto attiene al modello di organizzazione del mercato del lavoro, in una prospettiva di sostanziale conformità a materie e ambiti attribuiti alla competenza esclusiva statale dall'articolo 117, comma 2.

[1162] Contro la legge n. 30/2003 sono stati presentati i ricorsi delle Regioni Marche, Emilia Romagna, Toscana e Basilicata e della Provincia autonoma di Trento (vedili in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*).

[1163] Contro il decreto legislativo n. 276/2003 sono stati presentati i ricorsi delle Regioni Marche, Emilia Romagna, Toscana e della Provincia autonoma di Trento (vedili in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*).

[1164] In questo senso, con riferimento alla borsa del lavoro, rinvio al mio *Problemi e prospettive in tema di riforma dei servizi per l'impiego,* cit., qui 32-33 e anche *La borsa nazionale del lavoro,* cit., qui 577.

([1165]) Ampia ricostruzione dell'intero dibattito e dei principali nodi problematici, specie per i profili che qui rilevano, anche se con opzioni che non sempre si condividono, è in A. LASSANDARI, *La disciplina del mercato del lavoro nel nuovo disegno costituzionale,* in *RGL,* 2002, 231-294. In tema cfr. altresì, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e per importanti sollecitazioni interpretative sul tema oggetto della nostra indagine, P. TULLINI, *La riforma dei servizi pubblici per l'impiego,* relazione presentata alle Giornate di studio su *Sviluppo e occupazione tra europeismo e localismi,* Napoli, 3-4 maggio 2002 (in *www.sole.unina.it*); P. A. VARESI, *Regioni e politiche attive del lavoro dopo la riforma costituzionale,* in *LPA,* 2002, n. 1, suppl.; E. ALES, *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale: la rilevanza del "livello essenziale di prestazione",* in *DLM,* 2003, 1, 9-23; A. TROJSI, *Prime indicazioni su "tutela e sicurezza del lavoro" nella recente giurisprudenza costituzionale,* in *DLM,* 2003, n. 1, 194-208.

[1166] Così: M. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale,* in L. MONTUSCHI, T. TREU, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 7.

materia di «tutela e sicurezza del lavoro»[1167], pare invero aver affrontato la questione in termini alternativi, e cioè in una prospettiva di sinergia funzionale tra competenze statali e competenze regionali ai fini della garanzia di un livello di prestazioni ritenute essenziali a tutela del lavoratore sul mercato[1168]. E questo, almeno a nostro avviso, con approdi decisamente più convincenti – e certo meno influenzati «dal risultato atteso o, meglio, dalla volontà di evitare di pervenire a un determinato risultato, pur plausibile sul piano logico»[1169] – di quelli che, in una ottica di mera concorrenza ordinamentale, sarebbero potuti derivare dalla «defatigante comparazione tra le nozioni di "ordinamento civile" e di "tutela e sicurezza del lavoro"»[1170].

Sono del resto le prime pronunce della Corte costituzionale sul nuovo titolo V a suggerire di leggere nella locuzione «tutela e sicurezza del lavoro» non tanto una "materia" in senso stretto, ma piuttosto un "valore" costituzionalmente protetto[1171]: valore che, nell'ambito della disciplina dei servizi per l'impiego e delle politiche per l'occupazione, può proficuamente tradursi in un sistema integrato pubblico-privato[1172] funzionale al perseguimento, in una ottica di sussidiarietà orizzontale ma anche verticale, del diritto costituzionale all'accesso al lavoro[1173].

Al legislatore statale compete, a ben vedere, non solo la determinazione dei principi fondamentali in materia di mercato del lavoro, ma anche dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali[1174], che devono essere garantiti in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, non potendosi certo negare «che tale sia il diritto al lavoro (art. 4 Cost.), o meglio la sua

---

[1167] Rileva efficacemente il punto A. TROJSI, *Riforme costituzionali e competenze legislative sui servizi per l'impiego,* in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.,* qui 423-424, che giustamente ritiene come questa opzione del legislatore delegante, quantunque in linea – e certo anche influenzata – con quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria non fosse corretta. Cfr. altresì P. TULLINI, *Verso una nuova riforma del mercato del lavoro,* cit., 420, che puntualmente rileva le incongruenze della legge delega in punto di ripartizione di competenze Stato-Regioni.

[1168] Per l'impostazione del problema rinvio al mio *Problemi e prospettive in tema di riforma dei servizi per l'impiego,* cit., 25 ss.

([1169]) Così evidenziando il rischio di interpretazioni teleologicamente orientate, E. ALES, *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale: la rilevanza del "livello essenziale di prestazione",* cit., 18.

[1170] Ancora M. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale,* cit., 7.

[1171] Ampia e puntuale ricostruzione, con riferimento a Corte costituzionale, sentenza 26 luglio 2002, n. 407, in A. TROJSI, *Prime indicazioni su "tutela e sicurezza del lavoro" ecc.,* cit., spec. 199-205. Cfr. altresì A. TROJSI, *Riforme costituzionali e competenze legislative sui servizi per l'impiego,* cit., spec. 424-430 e già ID., *Il* Libro Bianco sul mercato del lavoro *e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento,* interventi al I Seminario di studi "Massimo D'Antona", *Il* Libro Bianco sul mercato del lavoro *e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento,* cit. Questa A. è, in effetti, uno dei pochi giuslavoristi sensibile più agli orientamenti della Corte costituzionale che agli avvitamenti della dottrina in punto di ripartizione di competenze tra Stato e Regioni. Sul punto cfr. anche M. NAPOLI, *Disegno di legge delega e modifiche al titolo V della Costituzione,* in *DRI*, 2002, n. 3, spec. 362, dove giustamente rileva che «le ipotesi interpretative, specialmente dei testi costituzionali, acquistano significato soltanto se sono avallate da prassi che le fanno proprie».

[1172] Sull'importanza della integrazione del sistema cfr., in chiave comparata, le importanti notazioni contenute nella parte finale del Rapporto Marimbert del 15 gennaio 2004: *Rapporto al Ministero degli affari sociali, del lavoro e della solidarietà sul mercato del lavoro e i servizi per l'impiego,* cit., 157 ss.

[1173] Immediato è l'accostamento con il sistema integrato dei servizi sociali di cui alla legge n. 328/2000 che precede di poco l'approvazione del nuovo titolo V della Costituzione. Cfr. A. D'ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali: uno snodo decisivo nella configurazione del nuovo assetto autonomistico,* relazione al convegno annuale del Gruppo di Pisa su *La riforma del titolo V e la giurisprudenza costituzionale,* Pavia, 6-7 giugno 2003, in corso di pubblicazione, qui 12 della versione provvisoria, e anche, con specifico riferimento alla «necessità di un nuovo "sistema integrato" di servizi per l'impiego», E. ALES, *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale: la rilevanza del "livello essenziale di prestazione",* cit., spec. 21-23.

[1174] Articolo 117, comma 2, lettera *m)*, della Costituzione. In dottrina cfr. E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione,* in *GCost,* 2002, 1182-1199; C. PINELLI, *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (ar. 117,*

quota di effettività, che appunto deve essere promossa con l'organizzazione di un efficiente mercato»[1175]. La disciplina del mercato del lavoro persegue, come efficacemente rilevato, «l'obiettivo della tutela dell'interesse collettivo (…) dei lavoratori al sostegno e alla promozione dell'occupazione. Questo interesse collettivo è (…) costituzionalmente protetto attraverso il riconoscimento del diritto al lavoro (…) alla cui tutela è finalizzato l'intervento attuativo del legislatore»[1176]. È quindi possibile affermare che tutta la disciplina del mercato del lavoro costituisce lo strumento di concreta attuazione e di diretta garanzia del diritto al lavoro di cui all'articolo 4 della Costituzione; di modo che la riconduzione di questo diritto nel novero dei diritti sociali rende doveroso per lo Stato porre in essere azioni positive, ivi compresa una efficiente organizzazione amministrativa e istituzionale del mercato, al fine di garantire ai cittadini la soddisfazione di un vero e proprio diritto soggettivo – per taluno azionabile in giudizio[1177] – a godere di prestazioni idonee a offrire loro una reale possibilità di trovare opportunità di impiego[1178].

Del resto, se l'efficacia delle politiche attive del mercato del lavoro dipende dallo standard di efficienza dei servizi (pubblici e privati) per l'impiego[1179], particolare attenzione nella regolazione della materia non può che essere posta, innanzi tutto, sulla definizione di un modello organizzativo complessivo e integrato, che per sua natura è indisponibile a ogni ipotesi di differenziazione territoriale *in peius;* un modello organizzativo che, coerentemente alle linee di azione definite nell'ambito della Strategia europea per la occupazione[1180], garantisca cioè a tutti i lavoratori, nell'ampia accezione sopra ricordata, i livelli essenziali delle prestazioni poste a presidio, in una logica di eguaglianza e solidarietà nazionale, del diritto costituzionale al lavoro. Quei livelli essenziali che peraltro, come giustamente osservato[1181], non sono necessariamente da intendersi alla

---

*co. 2, lett. m), Cost.),* in *DP,* 2002, 881-906; V. MOLASCHI, *«Livelli essenziali delle prestazioni» e Corte Costituzionale: prime osservazioni,* in *FI,* 2003, I, 398-406; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione)*, in *PD*, 2002, 345-365. Cfr. altresì CNEL, *La definizione e la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della riforma costituzionale del titolo V – Osservazioni e proposte,* Assemblea, 18 luglio 2002.

[1175] Così, efficacemente, M. DELL'OLIO, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione,* in *ADL,* 2002, n. 1, qui 176. In tema cfr. altresì M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo,* in *RGL*, 1999, n. 3, suppl., spec. 19 e 21 dove parla del diritto al lavoro alla stregua di uno di quei diritti sociali che caratterizzano – o dovrebbero caratterizzare, sul piano della effettività – una Repubblica fondata sul lavoro.

[1176] Così: E. GHERA, *Lavoro (collocamento),* cit., 103.

[1177] In questa prospettiva cfr. S. SCAGLIARINI, *La qualità dei servizi pubblici per l'impiego: profili giuridici,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego,* cit., 111-121, sulla scorta della elaborazione di M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto ecc.*, cit., 37 ss. e P. LAMBERTUCCI, *L'intervento pubblico nella mediazione tra domanda ed offerta di lavoro: dalla registrazione dell'assunzione alla promozione dell'occupazione,* in *ADL,* 2000, 244 ss.

[1178] In questa prospettiva cfr. S. SCAGLIARINI, *La disciplina del mercato del lavoro e la questione della ripartizione di competenze Stato-Regioni,* in TIRABOSCHI (a cura di) *La riforma Biagi del mercato del lavoro,* cit., 525.

[1179] In questo senso cfr., in particolare, la comunicazione della Commissione al Consiglio dell'11 novembre 2002 – *Progetto di relazione comune sull'occupazione 2002,* Bruxelles, COM (2002) 621def., spec. 30-31, nonché la comunicazione della Commissione al Consiglio del 17 luglio 2002 – *Bilancio di cinque anni della Strategia Europea per l'occupazione,* COM (2002) 416def., spec. 11 e 23.

[1180] Cfr., in proposito, E. REYNERI, *I servizi pubblici per l'impiego: funzioni e ruoli professionali,* cit., 657, che solleva il profilo della compatibilità di uno spinto decentramento con le logiche di coordinamento delle politiche per l'occupazione definite a livello comunitario.

[1181] Ampiamente condivisibile, sul punto, l'impostazione di E. ALES, *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale: la rilevanza del "livello essenziale di prestazione",* cit., spec. 10, nota 6, secondo cui la norma di cui al nuovo articolo 117, comma 2, lettera *m)*, della Costituzione, non si riferisce ai livelli minimi. Cfr. altresì, nella dottrina costituzionalista, E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione,* cit., 1190 e anche la posizione del CNEL, *La definizione e la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della riforma costituzionale del titolo V ecc.,* cit., qui 8. *Contra:* M. PERSIANI, Devolution *e diritto del lavoro,* in *ADL,* 2002, 14, e, con specifico riferimento ai servizi per l'impiego, anche P. TULLINI, *La riforma dei servizi pubblici*

stregua di livelli minimi[1182], ma piuttosto come contenuto essenziale delle prestazioni poste a presidio – in termini quantitativi ma anche qualitativi – della effettività di tale diritto al lavoro in funzione di obiettivi di uguaglianza sostanziale[1183].

Coerentemente a questa impostazione, la determinazione dei livelli essenziali in materia di servizi per l'impiego e garanzia del diritto al lavoro non può che muoversi «lungo un tracciato 'mobile' e al tempo stesso 'indeterminabile' e 'rideterminabile'»[1184] rispetto al quale i contenuti della legislazione statale e la scelta dello stesso modello organizzativo dovranno essere valutati, più che in termini di competenza *ratione materiae,* in funzione dei parametri di «ragionevolezza» – e precisamente di proporzionalità, congruità, adeguatezza[1185] – rispetto alle reali *performances* del mercato del lavoro, al funzionamento del sistema dei servizi per l'impiego e dei beni costituzionalmente protetti. Vero è, peraltro, che il tema dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali attiene a pieno titolo al profilo centrale della unità della Repubblica: una unità che – come è stato efficacemente rilevato – l'articolo 120 della Costituzione «qualifica come *giuridica oltre che economica.* E l'unità giuridica riguarda le discipline legislative, i contenuti regolativi e non solo le prestazioni dei diritti, tanto più che per alcuni diritti (…) i profili quantitativi o tecnico-prestazionali possono essere effettivamente assai labili[1186].

Conseguentemente, le competenze del legislatore statale si estendono non soltanto alla garanzia dei livelli quantitativi e qualitativi delle prestazioni, ma anche alle strutture organizzative e materiali necessarie per garantirli nel loro contenuto essenziale[1187]. Così come pare altrettanto evidente, in questa prospettiva, che i livelli essenziali finiscono al tempo stesso per diventare criterio di valutazione delle scelte allocative del legislatore statale, compiute in relazione a un determinato modello organizzativo, alla stregua non solo del principio di sussidiarietà verticale ma anche orizzontale[1188].

---

*per l'impiego,* cit., 6 e 8.

[1182] Si ricordi, a questo riguardo, che nel progetto della Commissione Iotti si parlava invece espressamente di «prestazioni minime» e nel progetto «Speroni» di «minimi inderogabili delle prestazioni sanitarie, dell'istruzione, del trattamento normativo dei rapporti di lavoro». In tema cfr. A. D'ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ecc.,* cit., 12.

[1183] In generale, per la tesi secondo cui il concetto di «livelli essenziali» non starebbe semplicemente a indicare una soglia standard di prestazioni garantite in modo uniforme sul territorio nazionale, bensì esprimerebbe uno strumento per conseguire obiettivi di uguaglianza sostanziale cfr. A. POGGI, *Istruzione, formazione professionale e titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche,* in *Le Regioni,* 2002, 771-813; A. RUGGERI, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali,* in *Diritto e Società,* 2001, 191-243; R. BIN, *Le potestà legislative regionali dalla Bassanini ad oggi,* in *Le Regioni,* 2001, 613-630; S. GAMBINO, *I diritti sociali e la riforma "federale",* in *QC,* 2001, 351-353. In ambito lavoristico cfr. E. ALES, *Diritti di cittadinanza sociale e "livello essenziale di prestazione" nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull'"uguaglianza sostanziale",* in *RDSS,* 2002, 319 ss.

[1184] Così: A. D'ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ecc.,* cit., 17.

[1185] In questa prospettiva cfr., con riferimento alla definizione del concetto di «livelli essenziali», A. D'ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ecc.,* cit., 17.

[1186] Ancora A. D'ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ecc.,* cit., 26 (corsivo dell'A.).

[1187] In questo senso, per tutti, A. ANZON, *I poteri delle Regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale,* Giappichelli, Torino, 2003, qui 208.

[1188] Per un importante spunto in questa prospettiva cfr. C. PINELLI, *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» ecc.,* cit., qui 893.

Anche a prescindere dalla dubbia capacità di molte Regioni di gestire in modo efficace le funzioni progressivamente loro assegnate in materia di mercato del lavoro[1189] esistono dunque forti argomenti – confermati tra l'altro anche dalle fonti internazionali e comunitarie[1190] – a sostegno della unitarietà del sistema e del relativo modello organizzativo in funzione di livelli di tutela da garantire in modo uniforme sull'intero territorio nazionale. Così come esistono altrettanto forti argomenti per concorrere alla determinazione dei livelli essenziali e delle eventuali prestazioni integrative e/o supplementari su base territoriale per stadi progressivi e, dunque, in una linea di continuità col passato[1191], confermando con ciò una logica di integrazione e di collaborazione tra i diversi attori istituzionali[1192] che sola può consentire di non rallentare ulteriormente il processo di ridefinizione di un sistema integrato di servizi al lavoro avviato con le riforme del 1997.

Ed è appunto in questa prospettiva – accolta integralmente dalla legge delega e dal relativo decreto di attuazione – che si sono da tempo mossi Stato-Regioni-Province nella ricerca di standard minimi e condivisi di funzionamento dei servizi per l'impiego coerenti con il modello organizzativo e gestionale definito nel decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469[1193]. In un primo tempo con l'accordo sancito nella Conferenza unificata Stato-Regioni del 16 dicembre 1999 sugli standard dei servizi[1194]. A seguire con: 1) la definizione delle linee guida per l'avvio della funzionalità dei servizi, sancite dalla Conferenza unificata del 26 ottobre 2000[1195]; 2) la determinazione delle competenze relative alla definizione degli standard tecnici e dei flussi di informativi di scambio tra i sistemi ai fini della messa a regime del sistema informativo lavoro, attraverso l'Accordo Stato-Regioni-Autonomie locali dell'11 luglio 2002[1196]; 3) la costruzione di un *Masterplan* nazionale e di relativi *Materplan* regionali finalizzati alla progettazione coordinata della allocazione delle risorse del Fondo sociale europeo da indirizzare a sostegno del rilancio dei servizi pubblici per l'impiego[1197]. E infine, ancora più recentemente, con la messa a punto del modello organizzativo del collocamento pubblico attraverso la condivisione – ratificata nella Conferenza unificata del 30

---

[1189] Cfr. con specifico riferimento alla gestione dei servizi per l'impiego e delle politiche del lavoro nelle aree meridionali del Paese, G. FERRARO, *Sviluppo e occupazione tra europeismi e localismi,* in *Working Paper* C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2002, n. 5, qui 20-21. Come dimostrano i recenti rapporti Isfol le differenze di fatto esistenti tra i diversi sistemi regionali restano in effetti marcate e rischiano anzi ancora di aumentare. D. GILLI, R. LANDI, G. PERRI, *Servizi per l'impiego ecc.,* cit., altresì D. GILLI, *Verso nuovi modelli organizzativi del mercato del lavoro: processi di cambiamento nei servizi pubblici*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI, *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi,* Giuffré, Milano, 2004, in corso di pubblicazione.

[1190] Cfr., in proposito, E. REYNERI, *I servizi pubblici per l'impiego: funzioni e ruoli professionali,* cit., 656, che giustamente ricorda come «sia la Commissione Europea sia l'OCSE, pur molto favorevoli ai processi di decentramento dei servizi per l'impiego in corso in molti Paesi, hanno sostenuto che rimangono forti ragioni a favore del mantenimento di un sistema nazionale unitario».

[1191] *Supra,* § 1.

[1192] Cfr., a questo proposito, A. D'ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ecc.,* cit., 37, che rileva come la determinazione dei livelli essenziali è «un interesse (nazionale in quanto interesse) della Repubblica collegato all'attuazione di lavori costituzionali indeclinabili, di quella Repubblica di cui le Regioni sono (…) elementi costitutivi; il che significa che le Regioni non sono "terze" rispetto a questo interesse, e il dovere di cooperare alla sua piena realizzazione è "rafforzato" dalla partecipazione ai processi che ne definiscono la fisionomia concreta».

[1193] Cfr. C. RIVIELLO, *Indirizzi generali ai servizi per l'impiego ai fini della prevenzione della disoccupazione di lunga durata,* cit., qui spec. 285-293.

[1194] Consultabile in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*.

[1195] Consultabile in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*.

[1196] Consultabile in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*.

[1197] Consultabile in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*.

maggio 2002[1198] – del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, che, come detto (*supra,* § 2), rappresenta il punto di raccordo normativo e istituzionale tra il disegno riformatore tracciato nel 1997 e quello di cui alla legge n. 30/2003 di riforma del mercato del lavoro.

Con riferimento allo scenario appena descritto il legislatore nazionale avrebbe certamente potuto cambiare drasticamente rotta rispetto alla evoluzione della disciplina in materia di mercato del lavoro maturata nella stagione del c.d. decentramento amministrativo a Costituzione invariata[1199], procedendo in via unilaterale nella determinazione, in particolare, dei livelli essenziali relativi alla regolazione del mercato del lavoro; tanto più che – anche stando ancorati alla classificazione dominante in dottrina in materia di riparto di competenze tra Stato e Regioni – taluni profili, ed in particolare quelli relativi al regime autorizzatorio[1200], attengono sicuramente anche

---

[1198] Cfr. il verbale della Conferenza unificata nella seduta del 30 maggio 2002 (vedilo in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*). Contrariamente a quanto sostenuto, il decreto legislativo n. 297/2002 non sconfina dunque nell'area delle competenze regionali (così invece V. FILÌ, *Ragionando su servizi per l'impiego ecc.,* cit., 348), proprio perché è frutto di un ampio confronto tra Stato e Regioni. Solo un punto proposto dalle Regioni in sede politica – e precisamente quello relativo al comma 1 dell'articolo 1, rispetto al quale si chiedeva di sostituire le parole «le disposizioni contenute nel presente decreto stabiliscono» con le seguenti: «i principi desumibili dal presente decreto costituiscono» – non è stata accolta dal rappresentante del Governo in quanto limitativa delle competenze statali alla sola determinazione dei principi fondamentali e non anche dei livelli essenziali come pure prevede l'articolo 117, comma 2, lettera *m)*, della Costituzione. Tutte le altre proposte delle Regioni – espresse in sede tecnica e politica – sono invece state accolte e condivise dal rappresentante del Governo.

[1199] Per gli opportuni approfondimenti cfr., per tutti, P. CHIARI, N. VECCHIONE, D. VENTURI, *Il decentramento istituzionale del collocamento,* in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro,* Giuffrè, Milano, 1997, 177-193. Cfr., altresì, P. A. VARESI (a cura di), *I servizi per l'impiego,* F. Angeli, Milano, 1997.

[1200] Quello del regime autorizzatorio è forse il profilo più delicato. Non a caso tutti i ricorsi richiamati alle note 179 e 180 impugnano l'articolo 1, comma 2, lettera *l)* della delega e, conseguentemente, l'articolo 4 del decreto, che prevede l'attribuzione al Ministero del lavoro della potestà autorizzatoria nei confronti delle Agenzie per il lavoro, la regolazione della stessa e la istituzione di un apposito Albo. Contestano le Regioni che, vertendosi in tema di organizzazione amministrativa del mercato e quindi di tutela e sicurezza del lavoro, lo Stato potrebbe soltanto dettare i principi fondamentali e non dettare norme di dettaglio. Di conseguenza, lo Stato, come precisa la ricorrente Toscana, avrebbe potuto prevedere la necessità di una autorizzazione ed anche i requisiti omogenei per ottenerla, ma non regolare nel dettaglio la procedura per l'esercizio della funzione amministrativa di autorizzazione, ciò che spetterebbe invece alle Regioni con proprie leggi. La sola Regione Emilia Romagna impugna anche l'articolo 2 del decreto, nella parte in cui – comma 1, lettera *e)* – definisce l'autorizzazione come un provvedimento *statale* abilitante alle attività di intermediazione definite dallo stesso decreto. Le difese delle Regioni Emilia Romagna e Toscana prevengono altresì una possibile obiezione riguardo alla possibilità per lo Stato di invocare la sussistenza di esigenze unitarie e quindi l'esercizio delle funzioni amministrative in forza del principio di sussidiarietà, affermando che mancano i requisiti cui la Corte costituzionale, con sentenza n. 303/2003, ha subordinato l'assunzione di funzioni amministrative (e correlativamente competenze normative) da parte dello Stato in nome del principio di sussidiarietà. Quest'ultima eccezione è tuttavia inconferente in quanto il tema del regime autorizzatorio, e della unicità dello stesso, esula dalla materia "tutela e sicurezza del lavoro" e chiama in causa la competenza statale, come dimostrabile con tre ordini di argomentazioni. In primo luogo, bisogna considerare che l'autorizzazione concessa alle Agenzie per il lavoro è, secondo lo schema tipico, l'atto amministrativo con cui viene resa lecita una attività, quella di intermediazione e/o interposizione nei rapporti di lavoro, che altrimenti ricadrebbe in un generale divieto. Ora, se in generale le autorizzazioni rimuovono un ostacolo posto nel pubblico interesse, nel caso specifico questo atto è finalizzato a rimuovere un divieto la cui *ratio* va individuata nella esigenza di evitare l'insorgere di situazioni elusive dei diritti soggettivi dei lavoratori, garantire la responsabilità patrimoniale del datore di lavoro, il pagamento degli oneri sociali, l'esercizio dei diritti sindacali, l'osservanza dei contratti collettivi, ecc. Dunque, la fissazione del regime autorizzatorio per le agenzie del lavoro, benché certamente agisca nella fase di accesso al mercato, non mira a tutelare il lavoratore *sul mercato*, bensì tutela il lavoratore *nel rapporto*, come d'altronde la stessa proposta di direttiva comunitaria, già citata alla nota 175, relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei induce a ritenere (vedila in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Lavoro (interinale)*). In secondo luogo, si deve rilevare che l'esercizio abusivo dell'attività di intermediazione e interposizione è sanzionato penalmente: da ciò ne discende che soltanto l'unicità dei requisiti richiesti e del relativo regime autorizzatorio (configurandosi come atto necessario per escludere l'antigiuridicità dell'attività) possono garantire l'uguaglianza delle condotte sanzionabili sull'intero territorio nazionale. Di conseguenza anche la funzione autorizzatoria, che ha indubbiamente natura amministrativa, deve essere esercitata a livello statale, di modo da garantire l'unicità e l'uniformità non solo della disciplina sostanziale, ma anche di quella procedurale e della concreta gestione ed applicazione; d'altra parte, è evidente che le modalità con cui viene esercitata la funzione esecutiva si riverberano sull'efficacia della disciplina

alla «tutela della concorrenza»[1201] e all'«ordinamento civile e penale»[1202], non tollerando conseguentemente – se non con riferimento a condizioni specifiche[1203] – differenziazioni sul territorio nazionale[1204]. L'intensità dell'intervento in materia di livelli essenziali, come già rilevato nelle pagine che precedono, è infatti affidata a sottilissime valutazioni di ragionevolezza se non addirittura di vera e propria discrezionalità politica[1205], mentre sul piano costituzionale non sono previste forme di necessaria determinazione concordata[1206] nel senso che la specificazione dei modelli organizzativi e delle norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il

---

sostanziale. Infine, viene in considerazione la tutela della concorrenza. Infatti, la previsione di regimi autorizzatori differenti potrebbe comportare un triplice effetto: a) una restrizione alla libera circolazione dei lavoratori, che, come espressamente previsto dall'articolo 120 della Costituzione, le Regioni non possono limitare in quanto aspetto del diritto al lavoro; b) il rischio derivante dalla attribuzione della potestà di regolazione normativa e autorizzatoria per gli operatori privati allo stesso soggetto cui spetta disciplinare l'organizzazione del servizio pubblico che concorre con i privati medesimi nella stessa attività; c) la possibilità che la diversità di regime autorizzatorio precluda l'effettività dell'attività di mediazione su tutto il territorio nazionale e quindi l'efficacia che con l'apertura agli operatori privati la riforma del mercato ha inteso conseguire. D'altra parte, per scongiurare i rischi sopra indicati non vale sostenere che la necessità dell'autorizzazione ed i suoi requisiti sarebbero comunque unici e fissati a livello statale, perché anche le modalità procedurali, ove fossero diverse da Regione a Regione, potrebbero comportare uno squilibrio tra operatori di una Regione ed altri soggetti ad un *iter* burocratico diverso e più complesso, senza contare che un diverso regime autorizzatorio potrebbe comunque comportare problemi di circolazione tra le Regioni. Quanto poi al rischio indicato *sub* b) di attribuire la potestà di autorizzazione al soggetto che deve disciplinare l'attività dei servizi pubblici che concorrono con i privati sullo stesso mercato, questo non viene meno per il fatto che i requisiti siano fissati dallo Stato. A questo proposito è certamente vero che non basta affermare che vi sia potestà esclusiva statale per giustificare il mantenimento in capo allo Stato delle funzioni amministrative, dal momento che non opera più il principio del parallelismo, ma è facile dimostrare che vi sono esigenze unitarie ulteriori rispetto a quelle già segnalate che giustificano l'operare "in senso ascendente" del principio di sussidiarietà. Infatti, già ora le agenzie di lavoro interinale per operare necessitano di una autorizzazione per ottenere la quale è previsto come requisito la presenza in almeno quattro Regioni (esattamente come nel decreto legislativo n. 276/2003) laddove la dimensione ultraregionale è finalizzata a garantire la maggiore professionalità dell'agenzia. Inoltre, non si vede come una Regione possa accertare un requisito come la presenza di sedi in altre Regioni: questo accertamento non può che essere svolto a livello centrale di modo che può affermarsi sussista un'ulteriore esigenza unitaria, rispetto alle altre già segnalate, per mantenere allo Stato le funzioni amministrative. Sul punto, oltre a quanto ho già sostenuto nel mio *Problemi e prospettive in tema di riforma dei servizi per l'impiego ecc.,* cit., spec. 25-35, cfr. S. SCAGLIARINI, *La disciplina del mercato del lavoro e la questione della ripartizione di competenze Stato-Regioni,* cit.

[1201] Perplessità sulla utilizzabilità della disciplina della concorrenza ai fini della giustificazione di un accentramento del regime autorizzatorio sono tuttavia in P. TULLINI, *Verso una nuova riforma del mercato del lavoro,* cit., 424. Sul punto cfr. anche L. CASETTI, *La Corte Costituzionale e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza,* in *www.federalismi.it,* 2004, n. 5.

[1202] Cfr. M. TIRABOSCHI, *Problemi e prospettive in tema di riforma dei servizi per l'impiego ecc.,* cit., 28-31 e, in generale, *ex plurimis,* M. NAPOLI, *Disegno di legge delega e modifiche al titolo V della Costituzione,* cit.

[1203] Condizioni che sono poi quelle di cui all'articolo 6, commi 6, 7 e 8, là dove dispongono un regime di autorizzazione regionale con riferimento esclusivo al territorio regionale. Cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Regimi particolari di autorizzazione e autorizzazioni regionali*, cit.

[1204] Cfr. A. TROJSI, *Riforme costituzionali e competenze legislative sui servizi per l'impiego,* cit. che va oltre e – richiamando F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di* governance *in un sistema policentrico «esploso»*, in *Le Regioni,* 2004, 1153 – afferma che lo stesso concetto di «materia», nonché di «criterio di competenza» non si adattano al "modello" sotteso all'articolo 117 della Costituzione, che presuppone l'integrazione e l'intreccio di competenze e non la netta "separazione" fra queste.

[1205] In questa prospettiva cfr. E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione,* cit., 1190-1192. Cfr. altresì M. LUCIANI, *op. cit.*, qui 353, dove rileva come la determinazione concreta di tali livelli è oggetto di una decisione politica riservata al legislatore statale. Una decisione, ovviamente, pur sempre sottoposta all'eventuale scrutinio del giudice costituzionale, che tuttavia, vista la notevole discrezionalità implicata dalla latitudine della formula, può estendersi soltanto sino a verificare il rispetto del limite della manifesta irragionevolezza o della manifesta contraddittorietà».

[1206] In questo senso, per tutti, A. ANZON, *I poteri delle Regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale,* cit., 2003, qui 205.

godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, spetta al legislatore nazionale «senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»[1207].

La scelta operata dal legislatore statale, per contro, è stata quella della continuità con i processi di riforma e con le intese istituzionali maturate dal 1997 a oggi, nella consapevolezza che i gravi ritardi nella messa a regime di un efficiente sistema di incontro tra domanda e offerta di lavoro non dipendono tanto da lacune dell'impianto normativo nel suo complesso, rispetto al quale sono apparsi sufficienti alcuni correttivi dettati dalla esperienza[1208], quanto dalla sua concreta e definitiva attuazione nella prassi applicativa e soprattutto dalla sua penetrazione nella cultura e nella mentalità degli operatori del settore. Come è stato evidenziato da uno degli osservatori più attenti dei processi di regolazione del mercato del lavoro[1209], con la riforma del 1997 sono state introdotte nel nostro ordinamento misure e concezioni organizzative del collocamento alquanto innovative, i cui effetti non potranno essere compiutamente – e ragionevolmente – colti se non dopo qualche tempo. Di modo che sarebbe stato davvero nefasto per le sorti del già debole sistema dei servizi per l'impiego italiano fare *tabula rasa* del lavoro e degli indubbi progressi degli ultimi anni, per partire nuovamente da capo con un progetto tutto da inventare e mettere poi faticosamente a regime sul piano operativo.

In questo senso, e solo in questo senso, può dunque essere intesa la disposizione di cui all'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 11 settembre 2003, n. 276 – oggetto di serrate quanto non condivisibili critiche da parte della dottrina[1210] – alla stregua della quale, nella definizione della organizzazione del mercato del lavoro, viene fatto salvo «il mantenimento da parte delle province delle funzioni amministrative attribuite dal decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, e successive modificazioni» e ciò – come pure viene seccamente rimarcato[1211] – non necessariamente in contraddizione con l'affermazione, contenuta nello stesso comma, secondo cui restano ferme «le competenze delle regioni in materia di regolazione e organizzazione del mercato del lavoro regionale». Invero, a chi dubita «non poco della sopravvivenza del d.lgs. 469/1997 al nuovo riparto di poteri legislativi tra Stato e Regioni previsto dall'art. 117 Cost.»[1212], si può agevolmente rispondere che il decreto ripropone una disciplina dell'organizzazione del sistema regionale dei servizi per l'impiego – quella di cui all'articolo 4, comma 1, lettera *a)* del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, che appunto prevede[1213] la «attribuzione alle province delle funzioni e dei

---

1207 Corte costituzionale, sentenza n. 282/2002 (vedila in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Fonti*, sottovoce *Competenze normative delle regioni*).

1208 Così anche T. TREU, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni,* cit., 3.

1209 In questo senso cfr. le condivisibili osservazioni formulate, a margine della riforma, da P.A. VARESI (a cura di), *La nuova disciplina del mercato del lavoro: riordino dell'intervento pubblico e ruolo dei privati,* cit., qui 135.

1210 Cfr. F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica ecc.,* cit., XXXVI e XLV; P. TULLINI, *Verso una nuova riforma del mercato del lavoro,* cit., 421; V. FILÌ, *L'accesso al mercato del lavoro ecc.,* cit., 101; ID., *Servizi per l'impiego e collocamento,* cit., 46-47. Si deve ricordare, in proposito, che i recenti ricorsi di Marche e Toscana (vedili in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*) impugnano proprio il comma 2 dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 276/2003 nella parte in cui, riprendendo l'articolo 1, comma 2, lettera *e)* della legge delega, a sua volta impugnato (vedi i ricorsi raccolti in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), dispone che le Province mantengano le funzioni amministrative alle stesse attribuite con il decreto legislativo n. 469/1997.

1211 Da V. FILÌ, *L'accesso al mercato del lavoro ecc.,* cit., 101.

1212 Ancora V. FILÌ, *L'accesso al mercato del lavoro ecc.,* cit., 101.

1213 Ai sensi dell'articolo 4, comma 3, lettere *f), g)* e *h)*, della legge 15 marzo 1997, n. 59.

compiti di cui all'articolo 2, comma 1[1214], ai fini della realizzazione dell'integrazione di cui al comma l[1215]» – giudicata legittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 74/2001[1216].

A questo proposito, e in termini di puro ragionamento formale, qualsiasi profilo di illegittimità costituzionale con il nuovo titolo V, può essere escluso, solo se si considera che la disposizione in questione non costituisce un *conferimento* di funzioni bensì una norma meramente dichiarativa – e non prescrittiva – di quanto avviene in forza del principio di continuità nell'esercizio delle funzioni amministrative, per cui l'organo titolare della competenza la conserva fino a che una fonte competente (e quindi la legge regionale in base al nuovo riparto previsto dall'attuale titolo V della Costituzione) non intervenga a stabilire diversamente[1217]. Si tratta di una interpretazione conforme – ed anzi obbligata – alla luce del combinato disposto dell'articolo 97 e della VIII disposizione finale e transitoria della Costituzione; tanto più che essa è confermata, anche a livello di legislazione ordinaria, dall'articolo 7 della legge n. 131/2003 secondo cui le leggi statali e regionali possono conferire ulteriori funzioni, senza tuttavia intaccare quelle attualmente esercitate dagli enti locali. Anzi, la previsione del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, lungi dal mortificare la competenza regionale[1218], la conferma, nel senso che da essa può desumersi che il legislatore statale non intende procedere ad alcuna riallocazione di funzioni, salvo quelle espressamente riservate allo Stato per esigenze unitarie, ma mantiene provvisoriamente ferma la situazione preesistente, lasciando così ai singoli legislatori regionali il compito di valutare una eventuale diversa distribuzione delle funzioni, alla luce dei criteri indicati dall'articolo 118 della Costituzione e fermo restando la coerenza con il modello organizzativo deputato a garantire i livelli essenziali.

Ma a giustificazione di questa formulazione del comma 2 dell'articolo 3 si deve soprattutto richiamare – ancora una volta e su un piano sostanziale – il serrato e complesso dialogo istituzionale, che ha accompagnato il tentativo di definizione di un sistema integrato di servizi per l'impiego uniforme su tutto il territorio nazionale. Lungi dal rappresentare una soluzione salomonica del Governo – che, così facendo, avrebbe «scontentato tutti (…) cadendo in contraddizione in punto di diritto»[1219] – questa formulazione è, come può testimoniare un diligente lavoro di studio dei passaggi istituzionali propedeutici alla approvazione del decreto, il frutto progressivo del dialogo avviato in sede di Conferenza unificata sulla delega in materia di mercato del lavoro. Nella seduta

---

[1214] L'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 469/1997 attribuisce alle Regioni le funzioni e i compiti relativi al collocamento.

[1215] Il comma 1 dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 469/1997 prevede che «l'organizzazione amministrativa e le modalità di esercizio delle funzioni e dei compiti conferiti ai sensi del presente decreto sono disciplinati, anche al fine di assicurare l'integrazione tra i servizi per l'impiego, le politiche attive del lavoro e le politiche formative, con legge regionale da emanarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto (…)».

[1216] Vedila in *RIDL*, 2002, 230 ss., con nota di M. TIRABOSCHI, *Il conferimento alle Regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro tra decentramento amministrativo e federalismo*.

[1217] Secondo F. S. MARINI, *Il nuovo titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocazione delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, 2002, 407 e 408, anche al di fuori delle materie di competenza esclusiva, lo Stato potrebbe peraltro allocare, con norme cedevoli rispetto alle successive leggi regionali, le funzioni fondamentali degli enti locali nonché le funzioni statali. *Contra,* giustamente, S. SCAGLIARINI, *La disciplina del mercato del lavoro e la questione della ripartizione di competenze Stato-Regioni,* cit. 541, nota 60.

[1218] Così: V. FILÌ, *L'accesso al mercato del lavoro ecc.,* cit., 101.

[1219] Così invece, ma senza conoscere il dibattito in sede di Conferenza unificata, e dunque sulla base di una mera e superficiale presunzione della volontà del Governo, V. FILÌ, *L'accesso al mercato del lavoro ecc.,* cit., 101.

del 24 ottobre 2002[1220], su richiesta dell'Unione Province d'Italia, è stato in un primo tempo espressamente concordato «il mantenimento da parte delle province delle funzioni amministrative attribuite dal decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469 e dalle leggi regionali di attuazione», con parere favorevole delle Regioni subordinato, in particolare, alla introduzione nel testo della delega della seguente formulazione: «gli schemi di decreti legislativi di cui all'articolo 7 (della legge delega) in materia di competenza concorrente Stato/Regioni, siano adottati con l'intesa preliminare delle Regioni e delle Province Autonome». Cosa che puntualmente si è poi verificata: la lettera dell'articolo 7 della legge 14 febbraio 2003, n. 30, dispone infatti il passaggio in Conferenza unificata dei decreti di cui all'articolo 1 della delega stessa. Anzi, è stato proprio in sede di valutazione dello schema di decreto legislativo ai sensi dell'articolo 7 della legge delega che la Conferenza unificata ha successivamente ribadito la disposizione in questione, con la richiesta, concordata in sede tecnica e ratificata in sede politica il 3 luglio 2003[1221], di precisare che sarebbero comunque rimaste ferme anche le competenze delle Regioni in materia appunto di regolazione e organizzazione del mercato del lavoro regionale.

Consapevole della necessità per il nostro Paese di un sistema integrato di servizi per l'impiego e di governo del mercato del lavoro, il legislatore nazionale ha dunque riconosciuto che l'organizzazione del mercato del lavoro e la relativa disciplina non possono derivare da semplici determinazioni unilaterali dei soggetti istituzionali interessati. Indispensabile rimane, anche alla luce dell'assetto di competenze scaturito dal nuovo titolo V della Costituzione, il profilo della «leale collaborazione»[1222], a sostegno di un modello federalista di tipo cooperativo, e dunque il rispetto di determinati oneri procedurali[1223], quale il parere o l'intesa della Conferenza Stato-Regioni, come del resto confermato dalla recente giurisprudenza della Corte costituzionale[1224]. Ciò peraltro non esclude, e anzi presuppone, che, una volta definiti e garantiti i livelli essenziali attraverso

---

[1220] Cfr. il verbale della Conferenza unificata nella seduta del 24 ottobre 2002 (vedilo in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*). Cfr. altresì Corte costituzionale sentenza n. 27/2004, reperibile in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Fonti*, sottovoce *Competenze normative delle regioni.*

[1221] Cfr. il verbale della Conferenza unificata nella seduta del 3 luglio 2003 (vedilo in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*).

[1222] Occorre rilevare, in proposito che, contrariamente alla opinione espressa dalla dottrina (cfr., tra gli altri, A. ANZON, *La nuova distribuzione delle competenze e il regionalismo "duale",* in A. ANZON, *op. cit.*, 195 ss.), la Corte costituzionale, nella sentenza n. 303/2003 (vedila in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Fonti*, sottovoce *Competenze normative delle regioni*), tratta ancora oggi il principio di leale collaborazione alla stregua di principio di rilevanza generale. Cfr., per tutti, S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale,* in *Le Regioni,* 2004, n. 1.

[1223] Oltre al rispetto delle intese maturate con riferimento alla implementazione del decreto legislativo n. 469/1997, nel decreto legislativo n. 276/2003 la determinazione di ciò che è essenziale avviene con atto avente forza di legge e, d'altra parte, per la concreta specificazione a livello *sub*-legislativo, sono previste procedure rispettose del principio di leale collaborazione. Basti ricordare che l'intesa con le Regioni o con la Conferenza Stato-Regioni è prevista dall'articolo 5, comma 1, lettera *c)* per l'adozione del decreto ministeriale che definisce i requisiti logistici e di professionalità per l'autorizzazione alle Agenzie per il lavoro, dall'articolo 6, comma 8, per la definizione della sezione regionale dell'Albo delle Agenzie, dall'articolo 16, comma 1, per la definizione di standard tecnici e flussi di scambio in relazione alla borsa continua per il lavoro, dall'articolo 17, comma 5, per la definizione di un modello provvisorio di rilevazione, dall'articolo 51, comma 2, per la determinazione delle modalità di riconoscimento dei crediti formativi, e dall' articolo 53, comma 3 per la definizione delle modalità di riconoscimento dei criteri di erogazione degli incentivi. Cfr., a questo proposito, F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica ecc.,* cit., XLVI, che rileva come rappresenti «una sorta di immunizzazione costituzionale del decreto l'aver spesso previsto, come condizione di efficacia dei provvedimenti ministeriali, l'"intesa" con la controparte Regioni-Autonomie locali».

[1224] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 88/2003 (vedila in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Fonti*, sottovoce *Competenze normative delle regioni*).

la disciplina posta in essere dal decreto legislativo 11 settembre 2003, n. 276, possa poi trovare nuovamente espansione e piena applicazione la competenza concorrente delle Regioni in materia di mercato del lavoro, consentendo alle Regioni stesse di introdurre nuove e maggiori forme di tutela sul mercato, purché coerenti con i principi fondamentali e in funzione di innalzamento degli standard fissati a livello nazionale[1225].

Alla luce di queste considerazioni non si comprende allora davvero perché, se non ovviamente per mere ragioni politiche che tuttavia in questo caso prescindono dai diritti e dalle esigenze delle persone in carne e ossa, pur a fronte di un modello organizzativo integralmente concertato sul piano tecnico e che solo aspira a far finalmente funzionare le innovazioni introdotte già nello scorso decennio[1226], si debba avviare una stagione di polemiche e incertezze; polemiche e incertezze che, alimentate dai dubbi della dottrina e da un preoccupante contenzioso tra Stato e Regioni, finiranno col rallentare gravemente il decollo e la definitiva messa a regime di un segmento del nuovo diritto del mercato del lavoro che pare davvero strategico per assicurare l'effettività delle tutele del lavoro e compensare le innovazioni introdotte, sempre dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sul versante delle tipologie di lavoro flessibile.

---

[1225] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 307/2003 e sentenza n. 331/2003 (vedile in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Fonti*, sottovoce *Competenze normative delle regioni*). In dottrina cfr. L. ZOPPOLI, *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i "pezzi" di un difficile puzzle,* in *LPA*, 2002, n. 1, suppl., qui 159-160 e anche M. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale,* cit.

[1226] Secondo l'auspicio – pienamente condiviso da chi scrive – di R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.,* qui 10.