



ANDREA MORONE

FLESSIBILITÀ ORGANIZZATIVA E AUTONOMIA CONTRATTUALE



ANDREA MORONE

FLESSIBILITÀ ORGANIZZATIVA E AUTONOMIA CONTRATTUALE



GIUFFRÈ EDITORE

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO I

FLESSIBILITÀ ORGANIZZATIVA E ACQUISIZIONE INDIRETTA DI MANODOPERA

1.	Premessa: l'acquisizione indiretta di manodopera	1
2.	Dal divieto di interposizione alla legalizzazione della somministrazione di manodopera: i nuovi spazi dell'autonomia privata	6
2.1.	Le condizioni di liceità.	10
2.2.	La somministrazione a termine deve rispondere ad esigenze produttive temporanee dell'utilizzatore?	22
2.3.	Le competenze dell'autonomia collettiva: le clausole di contingentamento e l'obbligo imposto alle parti di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi	26
2.4.	Determinazione legislativa degli elementi e autonomia contrattuale	31
3.	I presupposti giustificativi del distacco nella l. n. 1369/1960	37
3.1.	La disciplina introdotta dal d.lgs. n. 276/2003. In particolare: la distinzione fra distacco e somministrazione di manodopera.	40
3.2.	<i>Segue</i> : distacco e mutamento di mansioni; distacco e trasferimento.	43
4.	Trasferimento di ramo d'azienda e divieto di fornitura di manodopera: aspetti problematici del cd. contratto di esternalizzazione.	46
4.1.	L'azienda come « attività economica organizzata »	49
4.1.1.	Trasferimento del ramo d'azienda e consenso del lavoratore	52
4.1.2.	L'autonomia funzionale del ramo: il problema della preesistenza	57
4.2.	L'internalizzazione e il divieto di interposizione: i criteri per la distinzione fra appalto e somministrazione di manodopera	64

CAPITOLO II

FLESSIBILITÀ ORGANIZZATIVA E LAVORO AUTONOMO COORDINATO

1.	Le collaborazioni coordinate e continuative come strumento di decentramento produttivo	71
2.	La diversificazione della disciplina: il lavoro a progetto; le collaborazioni coordinate e continuative rese in favore delle pubbliche amministrazioni; quelle rese in favore di committenti privati per le quali non è necessaria l'esecuzione della prestazione nell'ambito di un progetto	75

2.1.	Il lavoro occasionale è compatibile con una prestazione coordinata e continuativa?	77
2.2.	Le cd. partite iva	81
3.	La disciplina del lavoro a progetto: premessa	83
4.	Il collegamento funzionale agli obiettivi del committente: il progetto	85
4.1.	Le conseguenze della mancata individuazione del progetto	88
5.	Il collegamento funzionale all'organizzazione del committente: l'autodeterminazione del lavoratore a progetto tra autonomia e coordinamento	92
6.	La valenza discretiva del tempo nelle sue differenti declinazioni: la continuità della prestazione; l'irrelevanza del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa; il necessario assoggettamento del vincolo contrattuale ad un termine	98
7.	L'estinzione del contratto	106

CAPITOLO III

FLESSIBILITÀ ORGANIZZATIVA
E LAVORO SUBORDINATO

Sezione Prima

I limiti all'impiego del contratto a termine

1.	Le differenti connotazioni attribuite al carattere di specialità del contratto a termine.	113
2.	La prevalente tesi della natura temporanea delle esigenze aziendali: critica.	121
3.	La specificazione delle esigenze aziendali. In particolare: le contraddizioni della giurisprudenza sulle ragioni sostitutive	123
4.	La successione di contratti	129
4.1.	Il limite massimo di trentasei mesi	131
5.	Presupposti ed esercizio del diritto di precedenza	138

Sezione Seconda

*La flessibilità dei tempi di lavoro
nel part-time e nel lavoro intermittente*

6.	La flessibilità nel lavoro a tempo parziale	141
6.1.	La variazione della durata: lavoro supplementare, clausole elastiche e lavoro straordinario	142
6.2.	La variazione della collocazione temporale: le clausole flessibili	144
7.	La disponibilità nelle due versioni del lavoro intermittente	147
7.1.	I presupposti per la stipulazione del contratto	150
7.2.	La qualificazione del rapporto di lavoro	153
7.3.	L'estinzione del contratto: in particolare, la risoluzione conseguente all'ingiustificato rifiuto di rispondere alla chiamata.	165

<i>Indice degli autori e delle opere citate</i>	169
---	-----

CAPITOLO I

FLESSIBILITÀ ORGANIZZATIVA
E ACQUISIZIONE INDIRETTA DI MANODOPERA

SOMMARIO: 1. Premessa: l'acquisizione indiretta di manodopera. — 2. Dal divieto di interposizione alla legalizzazione della somministrazione di manodopera: i nuovi spazi dell'autonomia privata. — 2.1. Le condizioni di liceità. — 2.2. La somministrazione a termine deve rispondere ad esigenze produttive temporanee dell'utilizzatore? — 2.3. Le competenze dell'autonomia collettiva: le clausole di contingentamento e l'obbligo imposto alle parti di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi. — 2.4. Determinazione legislativa degli elementi e autonomia contrattuale. — 3. I presupposti giustificativi del distacco nella l. n. 1369/1960. — 3.1. La disciplina introdotta dal d.lgs. n. 276/2003. In particolare: la distinzione fra distacco e somministrazione di manodopera. — 3.2. *Segue*: distacco e mutamento di mansioni; distacco e trasferimento. — 4. Trasferimento di ramo d'azienda e divieto di fornitura di manodopera: aspetti problematici del cd. contratto di esternalizzazione. — 4.1. L'azienda come « attività economica organizzata ». — 4.1.1. Trasferimento del ramo d'azienda e consenso del lavoratore. — 4.1.2. L'autonomia funzionale del ramo: il problema della preesistenza. — 4.2. L'internalizzazione e il divieto di interposizione: i criteri per la distinzione fra appalto e somministrazione di manodopera.

1. *Premessa: l'acquisizione indiretta di manodopera.*

A Mengoni si deve una icastica rappresentazione della plurisemantica espressione flessibilità, secondo cui questa « si può ottenere per due vie percorribili congiuntamente o per vie interne, flessibilizzando la fattispecie del lavoro subordinato o le modalità di esecuzione del rapporto, oppure per vie esterne, correggendo la tendenza espansiva del diritto del lavoro, sollecitata da un'ideologia dominante in tempi ancora vicini, e riducendo l'area della subordinazione entro limiti definiti da concetti rigorosi ».

Le parole di Mengoni (1) indicano i due versanti da cui muovono i processi di flessibilizzazione delle relazioni lavorative. Processi volti, principalmente, ad assecondare l'evoluzione dei sistemi di produzione, agevolando le imprese nella ricerca di assetti adeguati ai loro mutevoli interessi organizzativi, e che hanno determinato il transito da una legislazione — sviluppatasi a partire dagli anni '60 fino all'inizio dei '90 — ispirata dalla finalità di attenuare il divario contrattuale fra datori e prestatori, ad una che muove prevalentemente dalle istanze imprenditoriali, assumendole anche ad elemento conformatore della tutela del lavoro (2).

Le parole di Mengoni sottintendono, però, anche la natura tendenzialmente onnicomprensiva del concetto di flessibilità, posto che se per l'allestimento di un'organizzazione produttiva più duttile è necessario, come evidenziato dall'Autore, incidere sull'articolazione interna del lavoro subordinato ovvero, ma non necessariamente in alternativa, rivisitarne il campo d'azione rispetto a quello autonomo, si copre un'area talmente ampia di soluzioni per cui quasi ogni alterazione — indifferentemente di matrice normativa o interpretativa — degli assetti su cui si fonda la disciplina del lavoro e la sua prassi applicativa può essere letta nella prospettiva della accresciuta o ridotta flessibilizzazione dei rapporti di lavoro (3).

Ciò induce, per ovvie ragioni espositive, a circoscrivere la trattazione ad una porzione soltanto delle questioni implicate nel concetto ed in particolare all'aspetto che più di altri ha connotato il dibattito sulla flessibilità, fin dalla sua emersione a partire dai primi

(1) In AA.VV., *Il diritto del lavoro tra flessibilità e tutela*, Milano, 1992, p. 17.

(2) Per l'analisi di questa evoluzione, v. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, Atti del congresso AIDLASS di Catania, 21-23 maggio 2009, Milano, 2010, p. 5 ss.; SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 94/2010, p. 4 ss.

(3) Da qui la necessità di individuare diversi tipi di flessibilità. Per dei possibili criteri di classificazione cfr. CARUSO, *Flexibility in Labour Law: The Italian Case*, in ID.-RUCHS, *Labour law and flexibility in Europe*, Milano, 2004, p. 13, nonché FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2009, p. 1 ss.

anni '80 (4), vale a dire la progressiva affermazione di un mercato del lavoro dai contorni sempre più frastagliati rispetto al modello fordista, connotato, invece, da condizioni di lavoro uniformi e tendenzialmente stabili per la maggior parte degli occupati (5). In particolare, ci si soffermerà sugli istituti più esposti a tensioni interpretative anche perché sono quelli più frequentemente utilizzati: di essi, tuttavia, non preme fornire un'analisi dei profili specifici che ne contraddistinguono la disciplina, ma, piuttosto, prendendo spunto dalla loro regolamentazione, si vuole trarre ogni elemento utile a delineare l'ambito d'azione riservato all'autonomia contrattuale e alle conseguenze che ne discendono sul trattamento dei lavoratori.

È indubitabile, infatti, che uno dei dati caratterizzanti l'attuale ordinamento lavoristico sia costituito dall'accentuata libertà di scelta dei fattori produttivi. E ciò sia con riguardo al reclutamento di lavoratori attraverso una vasta gamma di contratti, dai quali scaturisce la destandardizzazione del modello normativo del rapporto di lavoro subordinato e un accesso flessibile, appunto, al mercato del lavoro; sia con riguardo al potere delle imprese di diversificare gli assetti organizzativi, conseguendone un ridimensionamento del lavoro dipendente e una nuova e variegata rete di rapporti commerciali, mediante i quali l'impresa affida all'esterno parti della sua attività, liberandosi degli oneri legati alla gestione dei lavoratori.

Va subito detto che su questo versante l'arretramento del lavoro dipendente tradizionale non comporta, di per sé, « una rottura del modello della subordinazione, come invece accade in virtù dei fenomeni di fuga dalla subordinazione (il lavoro autonomo che

(4) Per una disamina dei cui tratti evolutivi si rinvia a CARUSO, *op. ult. cit.*, p. 11 ss.

(5) V., tuttavia, PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 341, il quale sottolinea come l'assioma fordismo eguale stabilità non trovi piena corrispondenza nell'evoluzione della disciplina del rapporto di lavoro, posto che le massicce misure di tutela su di essa progressivamente stratificatesi sono state introdotte « soltanto nella così detta *golden age* del capitalismo novecentesco, vale a dire fra la fine degli anni '50 e l'inizio degli anni '70 ».

crece a scapito di quello subordinato) e di flessibilizzazione interna della disciplina (il lavoro subordinato che si disarticola, sia come *sub-fattispecie* che come *sub-discipline*) », trattandosi di processi alla cui realizzazione, di massima, concorrono imprese che continuano ad avvalersi di lavoro dipendente (6). Ciò che, invece, contraddistingue queste strategie operative è fenomeno indiretto, ma correlato: grazie al « diaframma dell'indotto, la grande impresa [infatti] può trasferire facilmente [sugli stessi lavoratori] i propri rischi economici, a cominciare da quelli legati alle stagionalità della produzione e in generale alle fluttuazioni del mercato » (7).

Tale fenomeno, non certo di recente emersione, ha oggi assunto una diffusione più accentuata e una connotazione che lo rende qualitativamente diverso dal passato, stanti i cambiamenti prodotti

(6) Non di meno, si è stati indotti a domandarsi se lo schema dell'impresa integrata generi l'imputazione dei rapporti di lavoro anche a soggetti distinti dal datore formale. Eventualità che è stata ravvisata nell'ipotesi in cui i lavoratori, nel contesto di una profonda compenetrazione fra diverse organizzazioni produttive, eseguono prestazioni destinate a soddisfare in via esclusiva o rilevante gli interessi del committente (SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., p. 58 ss.). La tesi presenta non pochi profili problematici, sia sul piano applicativo (come peraltro riconosce lo stesso A., il quale per ovviarvi ritiene indispensabile un intervento legislativo — p. 89 —), sia sul piano ricostruttivo in particolare quando la codatorialità è fatta dipendere dalla circostanza che « il potere direttivo del datore di lavoro [sia] fortemente condizionato da un altro imprenditore, che in realtà è quello che decide gli elementi essenziali del contenuto del lavoro ed esercita il relativo controllo » (p. 69). Così rappresentato, il fondamento della tesi non fornisce appigli per superare la seguente alternativa, che, però, non ammette ipotesi di contitolarità dei rapporti di lavoro: o l'imprenditore decentrate — come normalmente avviene, per riferirsi ad una delle situazioni più frequenti, nei cosiddetti appalti interni — si limita ad imporre precisi standard produttivi, che pur condizionando l'esecuzione della prestazione, non espropriano il datore delle sue prerogative. In questo caso non ci si discosta dalla bilateralità del rapporto fra lavoratore e datore, il quale resta comunque (unico) titolare del potere direttivo. Oppure l'imprenditore decentrate non si limita ad una rigida predeterminazione dei criteri esecutivi della commessa, ma interferisce anche sulle modalità attuative delle prestazioni dei lavoratori, rivelando così la sua posizione di supremazia gerarchica anche nell'impresa di quello che sulla base dei suddetti presupposti degenera a mero datore formale. Qui è agevole riscontrare il tipico esempio di interposizione, che instaura sì una relazione trilaterale, ma nella quale i rapporti di lavoro fanno capo all'interponente.

(7) DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 50.

dall'innovazione tecnologica sul lavoro umano (8). Esso prende forma attraverso la diretta acquisizione delle opere o dei servizi necessari allo svolgimento dell'attività economica — come nel caso, per limitarsi a quello più significativo, dell'appalto — ovvero grazie allo schema di utilizzo indiretto della manodopera introdotto dalla l. n. 196/1997 (9) — e ribadito nella sua struttura portante dal d.lgs. n. 276/2003 —, vale a dire mediante la dissociazione fra titolarità del rapporto e poteri di organizzazione della prestazione lavorativa, che permette ad un soggetto terzo di beneficiare in via immediata dell'apporto dei dipendenti altrui.

L'alternativa fra i due sistemi non è, però, lasciata alla libera disponibilità delle parti, essendo governata da principi inderogabili, sui quali, tuttavia, si riverberano — in particolare per quanto riguarda la prima categoria di contratti — le difficoltà di rintracciare criteri discretivi adeguati alla poliedricità delle forme organizzative assunta dalle imprese e dei sistemi di integrazione che fra le stesse si instaurano (10). Difficoltà che favoriscono pratiche messe in atto per

(8) ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 205.

(9) Sul quale, senza pretesa di completezza, si rinvia a DEL PUNTA, « *La fornitura di lavoro temporaneo* » nella l. n. 196/1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, p. 199 ss.; BIANCHI D'URSO - CHISARI, *Lavoro interinale e contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 1, p. 67 ss.; MAZZOTTA, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina del lavoro temporaneo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, p. 181 ss.; SPEZIALE, *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 289 ss.; TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Torino, 1999, p. 287; CORAZZA, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 51 ss.; PERULLI, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, p. 237 ss.; RUSCIANO, *I profili ricostruttivi dell'“affitto” di manodopera*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 81; CARINCI M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, in *Il Codice Civile, Commentario* diretto da SCHLESINGER, Milano, 2000, p. 334 ss.; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* CICU-MESSINEO, Milano, 2000, p. 471 ss.; ZOLI, *I contratti per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, n. 23, p. 75 ss.; MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2001, p. 66 ss.; BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2002, p. 179; NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Torino, 2003, p. 50 ss.

(10) V. CORAZZA, “*Contractual integration*” e rapporti di lavoro, Padova, 2004, dove si sottolinea l'inadeguatezza di un sistema di tutele, come quello vigente per

lasciare inalterato il controllo gerarchico sui dipendenti, dietro la copertura di intese negoziali volte semplicemente a mutare la titolarità formale del rapporto di lavoro e aggirando, così, svariati obblighi inderogabilmente previsti nei confronti dei lavoratori, con riguardo alle condizioni economiche, sindacali, di stabilità e in generale di trattamento minimo.

2. *Dal divieto di interposizione alla legalizzazione della somministrazione di manodopera: i nuovi spazi dell'autonomia privata.*

Prima della loro abrogazione da parte del d.lgs. n. 276/2003, spettava alla l. n. 1369/1960 e al cosiddetto Pacchetto Treu presidiare la linea di confine fra il divieto di interposizione di manodopera e i processi di segmentazione rispondenti a legittime strategie delle imprese.

L'avvicendamento non ha, tuttavia, determinato il temuto sovvertimento dell'assetto della fornitura di lavoro. Il sistema sanzionatorio, infatti, ricalca quello della precedente regolamentazione e lo stesso vale anche per la struttura dell'operazione interpositoria, che continua a basarsi sul collegamento fra due contratti — uno commerciale e l'altro di lavoro — dal quale scaturisce la dissociazione fra titolarità del rapporto ed esercizio del potere direttivo e di controllo (11).

l'appalto e il trasferimento d'azienda, fondato sulla connessione fra rapporto di lavoro e organizzazione d'impresa. Inadeguatezza imputata ai cambiamenti riscontrabili nel substrato produttivo, che hanno determinato una diffusa smaterializzazione dell'organizzazione d'impresa, sempre meno basata su rapporti di carattere materiale a vantaggio di altri fondati sulla conoscenza e tali per cui « l'interprete ha l'impressione di aver a che fare con elementi sfuggenti, che si dissolvono, come bolle di sapone, nello spiegarsi delle molteplici attività imprenditoriali » (p. 60).

(11) Sul meccanismo attraverso il quale il soggetto estraneo al rapporto di lavoro esercita nei confronti dei lavoratori altrui prerogative tipiche del datore di lavoro sono state proposte molteplici letture, alcune delle quali si basano sull'applicazione delle categorie civilistiche della cessione del contratto, del contratto a favore di terzi, della cessione del credito e della rappresentanza. Circa la loro inadeguatezza a rappresentare compiutamente la scissione tra titolarità del rapporto ed esercizio del potere direttivo si è già argomentato altrove in modo convincente (v. CARINCI M.T., *La fornitura di*

Più in generale, resta inalterata l'idea di fondo per cui se quello del lavoro è da considerarsi a tutti gli effetti un mercato, « la via migliore per fluidificare gli scambi e le pratiche di lavoro è tracciata proprio dagli strumenti di regolazione del mercato in senso stretto » (12), con un conseguente decentramento della fonte di disciplina rispetto a quella che eravamo abituati a considerare « il motore unico ed assoluto del nostro universo giuridico » (13).

Quello che è senza dubbio mutato, invece, è l'accresciuta libertà di ricorrere ad alternative fungibili allo schema della subordinazione (14), che dipende, anzitutto, dalla legalizzazione del cosiddetto *staff leasing*, rivelatrice dell'obiettivo di instaurare un rapporto di

lavoro altrui, cit., p. 348 ss.; MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione*, cit., p. 71 ss.). Dalle suddette posizioni si discosta quella assunta da CARINCI M.T., *op. ult. cit.*, p. 358, che in capo all'utilizzatore ravvisa un potere attribuitogli a titolo originario e funzionale a conformare un'obbligazione altrui, quella cioè che il lavoratore è chiamato ad adempiere nell'interesse dell'agenzia. Sicché, il potere direttivo sarebbe scisso « dal diritto di credito cui normalmente accede », in quanto « attribuito ad un soggetto diverso dal creditore della prestazione lavorativa ». « Questa scomposizione fra credito di lavoro e potere direttivo » sarebbe possibile in ragione del fatto che « la prestazione cui si obbliga il lavoratore con il contratto di lavoro [...] ha *materialmente* lo stesso contenuto di quella a cui si obbliga il fornitore con il contratto di fornitura » (p. 359). Tuttavia, è invece corretto ritenere che la dislocazione in capo all'utilizzatore della direzione e del controllo della prestazione oggetto della fornitura, costituisca un effetto del contratto di somministrazione, in virtù del quale lo stesso utilizzatore vanta un potere di conformazione (non su di un'obbligazione altrui, bensì) sull'obbligazione assunta nei suoi confronti dall'agenzia, potere che assume la medesima connotazione di quello direttivo tipico del contratto di lavoro subordinato.

(12) RUSCIANO, *Profili ricostruttivi dell'“affitto” di manodopera*, cit., p. 92.

(13) DEL PUNTA, *La « fornitura di lavoro temporaneo » nella l. n. 196/1997*, cit., p. 2010. E ciò ancora di più dopo l'introduzione della somministrazione di manodopera, che assegna al contratto commerciale la funzione di indicare le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro e il trattamento cui è assoggettato (v. art. 21 del d.lgs. n. 276 del 2003).

(14) V., tuttavia, BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 139 ss., secondo la quale il divieto introdotto dalla l. n. 1369 non costituiva un limite all'autonomia negoziale, rappresentando, piuttosto, manifestazione della tipicità dei contratti funzionali all'utilizzo del lavoro altrui. In particolare, il cosiddetto appalto di mere prestazioni di lavoro oggetto di divieto non sarebbe stato assimilabile ad alcuno dei « tipi negoziali conosciuti dal diritto comune dei contratti e persino ai contratti atipici che i privati, esponendosi al giudizio di meritevolezza, possono concludere ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, Cod. Civ. Ma non perché è *altro* dai contratti tipici e quindi in sé contratto atipico immeritevole di tutela *ex art.* 1322, secondo

sostanziale intercambiabilità fra utilizzo diretto e indiretto del lavoro dipendente. Progetto, peraltro, che sino ad oggi è stato fortemente penalizzato dai minori costi di altre forme di decentramento che hanno pregiudicato la competitività dell'istituto (15), nonché dalla sua tormentata vicenda legislativa (16). Senza trascurare, poi, le incertezze generate da una parte della giurisprudenza, che, fraintendendo il dato normativo, considera la somministrazione a tempo indeterminato una soluzione organizzativa alla quale è legittimo ricorrere solo per attendere ad attività accessorie rispetto a quella principale (17).

Discontinuità ve ne sono anche nella fornitura a tempo deter-

comma, Cod. Civ., stante il divieto di legge, bensì perché è vicenda “patologica” di tutti i contratti tipici o atipici di impresa » (p. 144).

(15) Situazione dovuta, in particolare, alla maggiore convenienza dell'appalto e segnatamente al fatto che è venuta meno la parità di trattamento per i lavoratori impiegati nei cosiddetti appalti interni. Tale epilogo era, peraltro, già stato ampiamente pronosticato all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276, con l'eccezione di ICHINO (*La somministrazione di lavoro nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, p. 1058), ad avviso del quale l'eliminazione della regola di cui all'art. 3 della l. n. 1369/1960 non depono per una generalizzata minore convenienza dell'istituto. Secondo l'A., in particolare, sarebbe infatti possibile riscontrare « un quadro di convenienze squilibrato a favore dell'appalto quando committente è un'impresa di grandi dimensioni, che corrisponde ai propri dipendenti premi di produzione rilevanti o comunque retribuzioni nettamente superiori rispetto agli *standard* minimi; squilibrato, invece, a favore della somministrazione di lavoro quando committente è un'impresa di piccole dimensioni, con livelli retributivi pari o vicini agli *standard* minimi e soprattutto se collocata appena al di sotto della soglia dei quindici dipendenti e interessata a utilizzare forza-lavoro aggiuntiva senza con questo assoggettarsi alla disciplina più severa dei licenziamenti e alla riserva di quote di organico ai portatori di handicap ».

(16) Che in un circoscritto arco di tempo ne ha visto l'abrogazione (art. 1, comma 46, l. n. 247/2007) e la successiva reintroduzione (art. 2, comma 143, l. n. 191/2009).

(17) Trib. Torino 20 e 26 luglio 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 51. Sennonché, non esistono appigli a supporto di una siffatta limitazione, che, come si è correttamente osservato, si fonda unicamente su di un principio meta positivo e segnatamente sulla perdurante diffidenza nei confronti dello schema interpositorio, eredità del divieto di cui alla l. n. 1369/1960 (ROMEI, *Somministrazione a tempo indeterminato e dintorni: le tendenze creative della giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 72). Sul punto, peraltro, si registra un diverso orientamento, che, invece, nell'ambito dei casi di legittimo ricorso all'istituto, ammette la piena fungibilità fra lavoro “diretto” e somministrazione a tempo indeterminato (Trib. Torino 11 marzo e

minato, posto che la regola della tassatività legislativa e collettiva delle ipotesi di ammissibilità è stata sostituita da una norma generale (18), che altera i precedenti termini del compromesso fra libertà contrattuale e controllo sindacale a vantaggio della prima. Il risultato è l'ulteriore arretramento di quello che in passato era un principio cardine del diritto del lavoro, onde l'utilizzazione del lavoro altrui in forma subordinata presuppone la stipulazione del contratto di cui all'art. 2094 cod. civ. (19). Processo, questo, reso possibile da un sistema di regole volto a combinare il contrasto verso le forme deteriori di decentramento (grazie, in particolare, all'equivalenza di trattamento per i lavoratori somministrati) con la dispo-

3 luglio 2010, nonché Trib. Roma, 19 novembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 51).

(18) V. art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003. Sulla differenza fra norma generale e clausola generale, a cui talvolta è impropriamente ricondotto il precetto in questione, v. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9, il quale sottolinea che mentre le prime danno luogo a norme complete concernenti una « generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva », le seconde costituiscono « norme incomplete, frammenti di norme » prive di « una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni ».

(19) Principio che secondo la prevalente dottrina non riflette un dato intrinseco alla norma. V. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., p. 221, secondo il quale il tenore dell'art. 2094 non esclude l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo di un terzo, considerato che « la norma nulla dice circa il soggetto con il quale il lavoratore può contrarre e "obbligarsi": essa non sembra dunque escludere che con il contratto di lavoro subordinato, il lavoratore A si obblighi verso il soggetto B a prestare il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione del soggetto C ». Per la compatibilità dell'art. 2094 con la scissione fra la titolarità del rapporto e l'utilizzo dell'attività lavorativa propendono anche CARINCI M.T., *La fornitura*, cit., p. 364-365; BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, cit., p. 175; MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, cit., p. 106; CORAZZA, "Contractual integration", cit., p. 16 ss. In senso contrario, v., invece, MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, secondo cui la definizione legislativa del divieto di interposizione avrebbe chiarito la portata dell'art. 2094, affermando la necessaria coincidenza fra titolarità del rapporto di lavoro ed esercizio delle prerogative datoriali. Anche se sulla scorta di presupposti differenti, tale necessaria coincidenza è affermata pure da DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, 1995 e da DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in ID. (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, Napoli, 2002, p. 52.

nibilità di una risorsa organizzativa capace di adattarsi alle esigenze dei più vari contesti aziendali e settoriali.

Questo, per lo meno, nelle intenzioni del legislatore, perché se, invece, si guarda alle reazioni suscitate in una parte (consistente) degli interpreti e in settori (altrettanto consistenti) del sindacato, lo scenario muta profondamente, delineandosi un punto di caduta fra le ragioni delle imprese e quelle dei lavoratori, decisamente sbilanciato a favore delle prime e tale da far segnare un evidente regresso della tutela dei secondi (20).

2.1. *Le condizioni di liceità.*

La riduzione dell'area occupata dal divieto di interposizione non ha determinato il superamento del rapporto di regola ed eccezione fra divieto di interposizione e fornitura di manodopera, rapporto che è definito dai limiti soggettivi e oggettivi ai quali la seconda è assoggettata.

Sotto il primo profilo, è necessario che ad effettuarla sia un soggetto dotato dell'apposita autorizzazione e titolare, quindi, delle caratteristiche di affidabilità (21) funzionali ad assicurare un adeguato livello di professionalità al servizio reso al committente e,

(20) La portata di queste obiezioni è riassunta nelle parole di ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, cit., p. 166, ad avviso del quale il risultato raggiunto sarebbe la « riduzione dei costi attraverso strumenti e accorgimenti, i quali consent[ono] di peggiorare la condizione economico-normativa della manodopera, di rendere difficile, mediante la frantumazione, materiale o giuridica, degli ambiti lavorativi, l'aggregazione di interessi collettivi contrapposti, e di deresponsabilizzare, altresì, gli imprenditori tanto nei confronti dei singoli lavoratori quanto nei confronti delle loro organizzazioni sindacali ».

(21) Sulle quali v., per tutti, MISCIONE, *Le agenzie per il lavoro* nonché Id., *Requisiti giuridici e finanziari delle agenzie per il lavoro*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di MISCIONE e RICCI M., Milano, 2004, p. 119 ss. Sulle modifiche introdotte sul punto dal d.lgs. n. 251 del 6 ottobre 2004, v. MISCIONE, *Le agenzie per il lavoro nel "correttivo" 2004*, in AA.VV., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, cit., vol. V, *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro*, p. 6 ss.

soprattutto, a scongiurare il rischio di aggiramento della disciplina protettiva del lavoro subordinato.

Sotto il secondo profilo, invece, sono previsti divieti (22), soglie quantitative di utilizzo (23), nonché ragioni poste a giustificazione del contratto commerciale, requisito questo suscettibile, però, di alcune eccezioni, la più significativa delle quali è quella che nella somministrazione a termine — ma lo stesso vale anche per il contratto di lavoro a tempo determinato (24) — emancipa dall'ob-

(22) Anzitutto, è previsto il divieto di utilizzare la somministrazione per sostituire lavoratori in sciopero (art. 20, comma 5, lett. *a*), che, però, non opera nel caso di astensioni illegittime (in questo senso anche CARINCI M.T., *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003*, cit., vol. II, *Somministrazione*, cit., p. 32). Si è sostenuto che il divieto dovrebbe interessare anche la sostituzione dei lavoratori spostati a svolgere le mansioni di competenza degli scioperanti (SPEZIALE, *Art. 20*, cit., p. 327). A questo riguardo si è, tuttavia, correttamente osservato che il « richiamo all'art. 41 Cost. se vale a legittimare lo spostamento interno dei non scioperanti vale anche a legittimare il ricorso al contratto di somministrazione per sostituire questi ultimi, che non sono scioperanti, e nei cui confronti, a rigore, il divieto contenuto nell'art. 20, c. 5, non vale » (ROMEI, *Il contratto di somministrazione*, cit., p. 429). La somministrazione è, altresì, vietata, « salva diversa disposizione degli accordi sindacali », per sostituire lavoratori licenziati collettivamente nei sei mesi precedenti ovvero che siano stati sospesi con intervento della cassa integrazione, limitatamente, però, alle unità produttive interessate da tali provvedimenti e a condizione che la fornitura di manodopera abbia ad oggetto le stesse mansioni occupate dai lavoratori definitivamente o temporaneamente estromessi (art. 20, comma 5, lett. *b*). L'esplicito riferimento ai « licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223 » esclude dall'ambito del divieto cause diverse di cessazione del rapporto, quali i licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo, la risoluzione consensuale, le dimissioni incentivate e i prepensionamenti. Il ricorso alla somministrazione è, infine, vietato alle « imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modifiche » (art. 20, comma 5, lett. *c*). Per un caso relativo all'utilizzo dell'istituto in violazione di tale divieto, v. Trib. Parma 28 gennaio 2008, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 505.

(23) Assoggettate alle restrizioni previste dall'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001 (v. art. 20, comma 4). Questo comporta la sussistenza di ambiti sottratti ai limiti quantitativi fissati dalla contrattazione collettiva (avvio di nuove attività, ragioni di carattere sostitutivo o di stagionalità, intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno, specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi, ecc.) (v. art. 10, commi 7 e 8, d.lgs. n. 368/2001).

(24) Sul punto si rinvia al § 1 del III capitolo.

bligatorietà della motivazione la prima missione per un periodo massimo dodici mesi (art. 1, comma 9, lett. *b*), l. n. 92/2012) (25).

Quanto ai presupposti del contratto, il dato che più risalta è rappresentato dallo scostamento dal sistema regolativo della flessibilità contrattata, che ha a lungo connotato la produzione legislativa sulle figure negoziali cosiddette atipiche, sul presupposto della sua più spiccata attitudine rispetto allo strumento legislativo a specificare particolari situazioni, mutevoli a seconda dei vari ambiti.

Rispetto alla somministrazione a termine, in quella a tempo indeterminato la tendenza si manifesta in modo meno evidente, essendo la contrattazione collettiva — nazionale, territoriale e aziendale — comunque investita di un non marginale ruolo autorizzatorio (art. 20, comma 3, lett. *i*), d.lgs. n. 276/2003), reso ancora più ampio dall'art. 8, comma 2, lett. *c*) della l. n. 148/2011 (26), che

(25) Tuttavia, la norma stabilisce che « in luogo » di tale ipotesi, e dunque in alternativa ad essa, la contrattazione interconfederale, di categoria o decentrata (solo, però, se delegata dai livelli superiori) possa escludere l'obbligatorietà del requisito causale per le ragioni di cui all'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 368/2001 (avvio di una nuova attività, lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico ed altre ancora), fino al limite complessivo del sei per cento dei lavoratori occupati nell'unità produttiva. Sulla somministrazione acausale si esprime in termini critici TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro: ritorno al passato*, in MAGNANI-TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012, p. 110, evidenziando che se, da un lato, facilita l'attività delle agenzie del lavoro, da un altro lato, finisce per svilirne la funzione di « operatori polifunzionali e qualificati del mercato del lavoro sia in termini di valorizzazione del capitale umano che di specializzazione produttiva circoscrivendo, di fatto, la loro azione alla mera erogazione di quote di flessibilità numerica ».

(26) Per un commento alla disposizione, v. CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1157 ss.; TOSI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011. Verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, *ibidem*, p. 1217 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, *ibidem*, p. 1224; FERRARO, *Il contratto collettivo. Dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, *ibidem*, p. 1267 ss.; LIEBMAN, *Sistema sindacale "di fatto", efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, *ibidem*, p. 1292 ss.; SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 127/2011; PERULLI-SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, *ivi*, n. 132/2011; DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e*

abilita il livello decentrato ad intervenire in ordine « ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro » (27). Nonostante ciò, l'accesso alla fattispecie è in prevalenza governato dalla legge, che esercita la funzione di controllo attraverso una fitta elencazione di settori dove è possibile ricorrere all'istituto (art. 20, comma 3, d.lgs. n. 276/2003) e al cui interno l'autonomia individuale dispone di ampi margini d'azione, essendo il rinvio legale riferito non solo alle professionalità più strettamente inerenti al servizio suscettibile di essere eseguito attraverso lavoratori somministrati, ma anche ad una molteplicità di mansioni di supporto difficilmente individuabili a

questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 1; GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, *ibidem*, p. 31; RICCI M., *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni sindacali*, *ibidem*, p. 55 ss.; MAGNANI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 1; MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011*, n. 138, *ibidem*, p. 16; DEL CONTE, *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?*, *ibidem*, p. 24; PESSI, *Ancora sull'art. 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, *ibidem*, p. 57; PISANI, *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, *ibidem*, p. 67; TIRABOSCHI, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, *ibidem*, p. 78; MAZZOTTA, « Apocalittici » e « integrati » alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in *Lav. dir.*, 2012, p. 19; DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, *ibidem*, p. 31.

(27) È opportuno interrogarsi su come si coordini questa disposizione con quella già citata e che ammette la somministrazione a tempo indeterminato « in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative » (art. 20, comma 3, lett. *i*), d.lgs. n. 276/2003). In entrambe le ipotesi, infatti, l'autonomia collettiva è abilitata ad estendere l'area d'impiego dell'istituto, con la differenza, però, che mentre nella norma appena riportata tale facoltà riguarda solo la predeterminazione di specifici « casi », ossia di situazioni comunque circoscritte, in applicazione dell'art. 8 l. n. 148/2011, mancando un siffatto limite, i contratti collettivi potrebbero spingersi sino a svincolare l'utilizzo del contratto da qualsivoglia ragione o motivo. Eventualità che, in ogni caso, subirebbe il condizionamento dovuto, da un lato, alla sua funzionalizzazione ai presupposti considerati necessari dalla legge ai fini della sua realizzazione (maggiore occupazione, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, ecc.) e, dall'altro lato, all'intangibilità dei vincoli costituzionali, comunitari e prescritti dalle convenzioni internazionali (v., rispettivamente, art. 8, commi 1 e 2-bis).

priori (28). Lo attesta il riferimento ad intere porzioni di attività (e non a specifici profili lavorativi), nonché la funzione antielusiva rivestita dalla somministrazione a tempo indeterminato, che, assolvendo, sotto questo profilo, al ruolo di principale alternativa all'appalto onde arginare le pratiche fraudolente a questo spesso correlate, deve essere capace di coprire anche le attività collaterali al servizio commissionato, della cui gestione si fa normalmente carico l'appaltatore.

Di regola, invece, la somministrazione a tempo determinato è subordinata a « ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore » (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003).

Al riguardo, è statuito che il controllo dei giudici deve astenersi da valutazioni di ordine tecnico, organizzativo e produttivo di competenza dell'utilizzatore (art. 27, comma 3, d.lgs. n. 276/2003), essendosi in questo modo inteso ovviare all'insidia tipicamente sottostante alle fattispecie a contenuto generico, ossia quella di un'eccessiva discrezionalità interpretativa (29). L'obiettivo, in particolare, è quello di sottrarre l'autonomia organizzativa imprenditoriale da controlli esercitati in funzione dell'utilità sociale cui la stessa deve rapportarsi (art. 41, comma 2, Cost.), ma che in realtà si esprimono in valutazioni di merito in conflitto con la libertà di iniziativa economica (art. 41, comma 1, Cost.).

Sennonché, l'esperienza applicativa comprova che l'enunciazione in esame non è d'ostacolo ad incursioni del sindacato dei giudici in ambiti che dovrebbero esserne esenti, messe in atto facendo leva in prevalenza sulla necessaria temporaneità delle esigenze giustifi-

(28) Così anche CARINCI M.T., *La somministrazione*, cit., p. 29, nonché ROMEI, *Il contratto di somministrazione*, cit., p. 423.

(29) Fenomeno, questo, che più di recente ha ispirato la prescrizione di carattere generale riferita a disposizioni riguardanti la materia del lavoro recanti clausole generali, per le quali si è stabilito che il controllo giudiziale sia limitato esclusivamente « all'accertamento del presupposto di legittimità », non potendo estendersi « al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente » (art. 30, comma 1, l. n. 183/2010).

canti la somministrazione a termine (30). Trovano così conferma i dubbi già espressi all'indomani della riforma del 2003 in ordine all'argine eretto per ovviare ai rischi di un'eccessiva soggettività di giudizio, da più parti considerato non sufficientemente solido onde evitare che nella somministrazione a termine (e nel contratto di lavoro a tempo determinato) « la legittimità del patto o dell'atto così regolato non [sia] conoscibile *ex ante*, tutto essendo rimesso alla poco prevedibile valutazione successiva da parte del giudice circa la riconducibilità o non della fattispecie concreta al precetto giuridico » (31).

(30) Per un approfondimento sul punto si rinvia al § 2.3. di questo capitolo.

(31) VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 5. Negli stessi termini v. TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro e lavoro a termine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 471; PISANI, *La certezza del diritto nelle tecniche di flessibilità*, *ivi*, 2003, I, p. 69. Fra le poche sentenze che si discostano dal prevalente orientamento, si segnala Trib. Vicenza 17 febbraio 2011 (in *Bollettino Adapt* 14 marzo 2011, n. 10), dove si sottolinea « che il giudice non può pensare di ricreare l'organizzazione aziendale secondo un proprio progetto, magari riconsiderando i reparti produttivi, o procedendo ad altre operazioni "invasive" dello stesso genere, ma deve limitarsi a verificare che le ragioni indicate nel contratto abbiano natura di ragioni tecniche o produttive o organizzative o sostitutive (...), che secondo una valutazione *ex ante* che l'azienda poteva formulare al momento in cui ha programmato l'assunzione del lavoratore somministrato esistessero, e che le mansioni effettivamente espletate dal lavoratore siano coerenti, o compatibili, con quelle ragioni ». E ciò sul presupposto che « il legislatore ha ritenuto che dalla scrivania del G.L. non sia possibile "dirigere" un'azienda, e quindi egli non debba intrudersi nelle scelte tecniche organizzative o produttive, in quanto queste sono correlate a quelle di carattere finanziario ed economico, di mercato eccetera, secondo modelli (a volte molto complessi) formulati *ex ante* dalla impresa cui simmetricamente corrisponde la responsabilità economica finanziaria e già per disposizione costituzionale sono rimessi all'*intuitu personae* ». Ciò comporta che per dimostrare l'effettività delle esigenze aziendali « non dovrà essere allegato un bilancio (...) né una relazione del Collegio Sindacale, non sarà necessario allegare una perizia tecnica o delle valutazioni imprenditoriali in ordine alla necessità e alla convenienza di provvedere alle esigenze aziendali attraverso la somministrazione di lavoro (e pertanto neanche il giudice dovrà procedere a verificarle in sede istruttoria) ma sarà unicamente necessaria l'indicazione di ragioni, non necessariamente eccezionali secondo l'accezione comune del termine, di natura tecnica, produttiva o organizzativa, secondo l'opportunità ritenuta dall'azienda in quel determinato momento storico, e che dette ragioni trovino rispondenza nella prestazione di lavoro effettivamente svolta ». Nello stesso senso v. anche Trib. Napoli

Ma non è l'unico aspetto a generare perplessità circa l'utilizzo delle fattispecie a contenuto generico. Ne esiste, infatti, un altro, peculiare alla nostra materia, correlato al fatto che gli obiettivi cui detta tecnica legislativa è funzionale — garantire «una apertura dell'ordinamento giuridico verso la società» e «far fronte alle discontinuità che possono prodursi nel futuro» (32) — sono stati tradizionalmente riservati alla contrattazione collettiva, sicché il suo impiego in sostituzione di questa è prevalentemente letto non solo come un danno alla certezza del diritto (33), ma anche in chiave antisindacale.

Peraltro, nonostante l'assenza di un suo diretto coinvolgimento da parte della legge, l'autonomia collettiva ha continuato lo stesso ad elaborare causali, assegnandogli anche efficacia tassativa.

Le conseguenze di un siffatto intervento vanno lette secondo una prospettiva aggiornata rispetto alla precedente stagione della flessibilità, allorché l'effetto vincolante dei contratti in funzione integrativa era legittimato da un'espressa delega legislativa, ponendosi, piuttosto, in quel contesto il problema della loro efficacia

10 febbraio 2011 (in *Bollettino Adapt* 6 giugno 2011, n. 22): «Dire *expressis verbis* che il controllo è limitato esclusivamente all'accertamento della esistenza delle ragioni che consentono la somministrazione a termine significa innanzi tutto che il giudice può fare solo quello ed esercitare il suo sindacato unicamente in tale direzione. Detto limite, a monito di chi non volesse intenderlo, è doppiato dall'ulteriore prescrizione in base alla quale, conformemente con gli sviluppi della giurisprudenza di legittimità, il sindacato non può spingersi nel "merito" delle valutazioni e delle scelte tecniche, organizzative e produttive che spettano all'utilizzatore. Il che serve solo a ribadire che — per legge — è sottratto al campo di indagine del giudice, obbligato ad arrestarsi sulla soglia, senza varcare il cancello dell'impresa, il contenuto della scelta datoriale».

(32) RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 715.

(33) V., tuttavia, VALLEBONA, *L'incertezza del diritto*, cit., p. 6, secondo il quale la contrattazione collettiva svolge un'efficace funzione di specificazione se riguarda situazioni concrete (criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, riduzioni di tutela per il trasferimento delle aziende in crisi) e non, invece, quando entra in causa con norme generali e astratte.

soggettiva e quindi dell'area di operatività della compressione della libertà contrattuale da parte della fonte negoziale (34).

Rispetto all'attuale quadro normativo si è sostenuto che la consueta ricostruzione del rapporto fra legge ed autonomia collettiva nei termini di inderogabilità *in peius*/derogabilità *in melius* autorizzerebbe la seconda ad introdurre limiti ulteriori per l'autonomia privata individuale, onde arginare il fenomeno di precarizzazione del lavoro, che scaturirebbe dalla diffusione delle forme contrattuali considerate meno favorevoli per i lavoratori (35).

Sennonché, a smentire tale ipotesi ricostruttiva, concorre, in primo luogo, la considerazione secondo cui, in linea generale, nei rapporti fra legge e contrattazione collettiva la derogabilità unidirezionale non rappresenta un dato metastorico, discendendo da precise scelte di politica del diritto (36). In secondo luogo, nell'ambito della regolamentazione del mercato del lavoro è tutt'altro che scontato che l'innalzamento degli standard inderogabili serva a tutelare in modo uniforme — come invece dovrebbe accadere — la platea dei destinatari delle relative misure (37), garantendo, così, il

(34) Rispetto alla quale, v. le opinioni di FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, p. 254 ss.; D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Dir. lav. rel. Ind.*, 1990, p. 554 ss.; PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, Milano, 1994, p. 192 ss.; VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 396 ss.; LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, *ivi*, 1998, p. 257 ss.

(35) LA MACCHIA, *Prime osservazioni sui contratti collettivi successivi alla riforma del mercato del lavoro del 2003*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 77.

(36) V. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, p. 219.

(37) Infatti, come è stato correttamente rilevato, « in questi casi ci si allontana dal porto sicuro della disciplina del rapporto di lavoro, in cui non è difficile individuare rispetto al solo interesse del lavoratore, atomisticamente considerato, quale sia il trattamento di miglior favore, da apprezzare in sostanza secondo un criterio meramente quantitativo rispetto al beneficio che questi ne tragga ». PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, 2005, p. 141. Nello stesso senso v. anche ZOPPOLI A., *Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro "flessibili"*, in RUSCIANO-ZOLI-ZOPPOLI L. (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, 2006, p. 324.

necessario contemperamento fra gli interessi costituzionalmente rilevanti di cui sono portatori i cosiddetti *insiders* e quelli, di pari livello, che, invece, fanno capo ai disoccupati ovvero ai soggetti coinvolti in canali di reclutamento al di fuori della legalità (*outsiders*) (38). Infatti, i termini di questo bilanciamento sono condizionati da fattori contingenti, quali il contesto economico in cui siffatte misure vengono adottate e le modalità seguite nella loro realizzazione, circostanza, questa, che impedisce di rintracciare canoni di lettura generalmente applicabili, tali da legittimare in ogni situazione un intervento protettivo diretto a comprimere l'area riservata alla libertà contrattuale.

A sostegno della diversa opinione, si è anche argomentato che le deroghe da parte della contrattazione collettiva rappresenterebbero la manifestazione della facoltà delle imprese di rinunciare a porzioni di flessibilità (39). Ciò sul presupposto che questa generi un incremento del potere organizzativo e quindi le avvantaggi in via immediata, mentre l'occupazione ne beneficerebbe solo indirettamente (40). Tale ricostruzione si fonda, quindi, su di una rappresentazione asimmetrica della relazione fra i due versanti interessati dai processi di flessibilizzazione. Ma a riprova dell'insussistenza di un siffatto squilibrio è sufficiente richiamare la direttiva 2008/104/CE, dove la somministrazione di manodopera è sì intesa come strumento per assecondare le « esigenze di flessibilità delle imprese », ma utile anche a « conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti », favorendoli altresì nella « partecipazione al

(38) Il riferimento ai principi costituzionali riguarda gli artt. 2, 3 e 4 Cost. Sul punto v. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 2004, p. 113 ss., il quale dalla difficoltà di individuare il limite entro il quale l'interesse soddisfatto dall'intervento protettivo può considerarsi condiviso da entrambe le categorie, fa discendere « l'impossibilità di dedurre dal dettato costituzionale una precisa "ricetta" di politica del lavoro ».

(39) DI LORENZO, *Potere di organizzazione dell'imprenditore e flessibilità del lavoro*, Torino, 2010, p. 110.

(40) DI LORENZO, *Potere di organizzazione*, cit., p. 65 ss.

mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato » (41). E che l'istituto serva anche a questo scopo, lo dimostra, a livello interno, il d.lgs. n. 24 del 2012, emanato proprio in attuazione della direttiva 2008/104/CE, che esclude dall'assoggettamento alla motivazione i contratti di somministrazione rivolti all'inserimento lavorativo di talune categorie di soggetti (42).

Senza considerare, poi, che sempre la direttiva manifesta una chiara propensione per un sistema di causali assai poco restrittivo (43), non ancora sufficiente a rendere l'istituto un normale strumento di assunzione di manodopera (44), ma rivelatore, in ogni caso, dell'intenzione di correlare la riduzione dell'area di operatività del divieto di interposizione con l'aumento dell'occupazione.

Sotto questo profilo, l'impostazione adottata a livello comunitario collima con quella del d.lgs. n. 276/2003: anche qui, infatti, alla fornitura di manodopera è assegnata la medesima funzione, perseguita mediante un sistema di accesso alla fattispecie dove lo snellimento e la semplificazione delle procedure d'incontro tra domanda e offerta di lavoro, indicati fra i criteri ispiratori dell'intera riforma (45), sono attuati privilegiando il binomio legge-autonomia individuale, a scapito della funzione di controllo sulla genesi dell'operazione interpositoria in precedenza esercitata dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Lo attesta il modo in cui il d.lgs. n. 276 ha dato seguito alla

(41) Considerando n. 11.

(42) Ed in particolare i disoccupati percettori dell'indennità ordinaria di disoccupazione non agricola con requisiti normali o ridotti, da almeno sei mesi; i percettori di ammortizzatori sociali, anche in deroga, da almeno sei mesi; i lavoratori definiti "svantaggiati" o "molto svantaggiati" ai sensi dei numeri 18) e 19) dell'art. 2 del regolamento CE n. 800/2008, e le ulteriori ipotesi individuate dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro (art. 4).

(43) V. art. 4.

(44) Così, invece, PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 72/2009, p. 36.

(45) V. art. 1, comma 2, lett. a), l. n. 30/2003.

delega, laddove questo ammette la somministrazione « in presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo, individuate dalla legge o dai contratti collettivi nazionali o territoriali » (art. 1, comma 2, l. n. 30/2003). Ciò poneva al decreto delegato l'alternativa (senza per questo escluderne il concorso) fra fonte legale e fonte contrattuale: la scelta, tuttavia, è caduta sulla seconda solo per la fornitura di manodopera a tempo indeterminato e all'unico fine di incrementare le ipotesi di legge. È evidente, dunque, che per quella a termine si è inteso invece escludere il medesimo assetto regolativo, sicché ammettere comunque il ruolo autorizzatorio dell'autonomia collettiva contrasta con il criterio adottato in sede di attuazione della delega (46).

Pertanto, la funzione delle clausole dei contratti collettivi che

(46) Per una diversa impostazione v. Trib. Vicenza 17 febbraio 2011, cit., che, facendo leva sull'art. 21, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 (« Nell'indicare gli elementi di cui al comma 1, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi »), sostiene che la causale della somministrazione a termine debba necessariamente corrispondere ad una di quelle indicate dall'autonomia collettiva. E ciò, in primo luogo, sul presupposto che il legislatore non avrebbe « inteso creare una clausola aperta (con l'effetto di un permanente rischio nel ricorso al contratto di somministrazione legato, appunto, alla formulazione della causale dello stesso), cioè dei casi e delle ragioni di carattere tecnico produttivo e organizzativo sostitutivo di cui al comma quattro dell'art. 20 », bensì, « tutt'al contrario, dare certezza, e sicurezza, a questi rapporti giuridici e ciò ha fatto mediandoli attraverso la contrattazione collettiva proprio al fine di evitare sorprese basate su questioni semantiche e disponendo così in modo tale da evitare che le parti vi potessero incorrere ». In secondo luogo, la soluzione sarebbe avvalorata dall'assoggettamento a sanzione amministrativa dell'ipotesi di carenza di un'ideale giustificazione (art. 18, comma 3, d.lgs. n. 276/2003): « ora il contenuto precettivo di una sanzione amministrativa (...) non può essere rimesso ad una clausola aperta cioè ad una norma il cui contenuto non è predeterminato e conoscibile *ex ante* dall'agente. Per questo il legislatore non può aver rimesso ad una valutazione discrezionale *ex post* la ricorrenza o meno della violazione del precetto sanzionato ». Nonostante l'apprezzabile tentativo di incidere sugli elementi di incertezza legati alla struttura della causale, la lettura non si fonda su argomenti convincenti. Per averne conferma, è sufficiente considerare che l'art. 21, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 non distingue fra forme di somministrazione, con l'effetto che l'ipotesi interpretativa di cui si è dato conto dovrebbe valere anche per quella a tempo indeterminato. Sennonché, in questo caso i presupposti di legge non sono descritti da una norma a contenuto generico, bensì mediante l'elencazione di specifici casi, che, quindi, sul piano applicativo, non presentano le insidie riscontrabili nella somministrazione a termine. Nonostante ciò, se fosse vero quanto sostiene la sentenza, si arriverebbe alla conclusione per cui, pur mancando

introducono causali in tema di somministrazione a tempo determinato, può essere solo quella di dotare le parti di uno strumento utile ad orientarne l'operato, onde ridurre i rischi connessi ad un uso distorto del contratto, ma non quella di limitare la loro libertà di individuare ambiti di applicazione ulteriori rispetto a quelli oggetto di elencazione (47), purché, ovviamente, rispondenti alle imprescindibili ragioni tecnico-organizzative, che rappresentano un limite invalicabile tanto per l'autonomia collettiva quanto per quella individuale.

Funzione, quella appena descritta, che non è certo marginale, posto che fra i principali problemi emersi in sede applicativa, vi è senza dubbio la diffusa propensione ad un'interpretazione disinvoltata dei presupposti di accesso alla fattispecie, con l'effetto di determinare l'irregolarità della somministrazione e la conseguente imputazione del rapporto di lavoro all'utilizzatore. Sicché, la disponibilità di causali con valenza esemplificativa può, dunque, ridurre il rischio di incorrere in un illecito, spesso indotto più che da un intento fraudolento dalle insidie sottostanti alla genericità delle ragioni che legittimano il ricorso all'istituto.

Il rapporto fra legge ed autonomia collettiva assume, invece, una differente configurazione nell'art. 8 della l. n. 148/2011. Qui, infatti, non è in discussione la vincolatività di eventuali intese raggiunte a livello aziendale o territoriale, essendo espressamente sancita la loro « efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati ». In questo caso, i limiti all'autonomia collettiva interessano, piuttosto, i requisiti di rappresentatività dei soggetti stipulanti, gli obiettivi ai quali le intese sono funzionali, nonché l'intangibilità della soglia costituita dai principi costituzionali, comunitari e da quelli derivanti da convenzioni internazionali.

nel caso di specie le esigenze di certezza che ne giustificano l'impostazione, le causali contrattuali sarebbero le uniche applicabili.

(47) In senso conforme v. Trib. Bari 3 novembre 2009, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 787.

I versanti sui quali la disposizione è in grado di dispiegare i suoi effetti sono molteplici.

Anzitutto, quello riguardante interventi volti a calibrare la causale della somministrazione a termine sulle specificità dei singoli contesti aziendali, attraverso un'analitica predeterminazione dei casi di sua fruibilità. Accordo che presenterebbe come principale vantaggio quello di arginare le già richiamate distorsioni, che scaturiscono dall'incertezza dovuta alla genericità dei presupposti di stipulazione del contratto. Allo stesso tempo, però, si è anche inteso favorire un ampliamento del novero di situazioni in cui è ammesso ricorrere all'istituto, posto che la norma non allude solo a ragioni oggettive — ossia della stessa matrice di quelle richiamate dal d.lgs. n. 276/2003 —, ma ne comprende anche di soggettive (48) e riguardanti, in particolare, il supporto dell'occupazione, sia tutelandone i livelli per il caso di crisi aziendali sia favorendone l'incremento. Infine, è ammesso ricorrervi per un eventuale ampliamento dell'area dell'acausalità delimitata dalla l. n. 92/2012.

2.2. *La somministrazione a termine deve rispondere ad esigenze produttive temporanee dell'utilizzatore?*

La causale della somministrazione a termine pone un altro problema e cioè se le esigenze produttive alle quali allude debbano essere temporanee (49). Questione che sul piano applicativo è senza

(48) Così anche MARAZZA, *La contrattazione di prossimità*, cit., p. 55.

(49) A favore della necessaria temporaneità delle esigenze aziendali, v. SPEZIALE, *Art. 20*, cit., p. 320 ss.; BONARDI, *La nuova disciplina*, cit., p. 127. In senso contrario: CHIECO, *Somministrazione*, cit., p. 99; TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro*, cit., p. 213; CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Torino, 2008, p. 41; ZILIO GRANDI, SFERRAZZA, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 140. Una posizione intermedia, anche se poi nei fatti sbilanciata a favore della non necessaria transitorietà delle esigenze dell'utilizzatore, è quella sostenuta da ROMEI, *Il contratto di somministrazione*, cit., p. 427, che parla di esigenze « *soggettivamente* temporanee », alludendo in questo modo « a quelle esigenze che non hanno una durata predeterminata in base a fattori esterni (come ad es. le esigenze sostitutive), ma

dubbio la più controversa — con l'effetto di costituire la principale fonte d'incertezza in ordine all'ambito d'impiego dell'istituto — e che per la prima volta si è posta per il lavoro a tempo determinato, visto che dette esigenze sono le medesime richieste d.lgs. n. 368/2001. E proprio per preservare la somministrazione dal medesimo contrasto interpretativo già emerso per il contratto a termine — e che peraltro non ha ancora trovato una soluzione definitiva (50) —, si è specificato che le ragioni giustificatrici sono riferibili anche « all'ordinaria attività dell'utilizzatore » (51). Precisazione che, tuttavia, non sortisce gli effetti sperati (52): se, infatti, come è palese, lo scopo era quello di porre in risalto che alla fornitura di manodopera è possibile ricorrere anche per esigenze non contingenti, non va trascurato che nel contesto dell'« ordinaria attività » di qualunque impresa possono presentarsi situazioni transitorie, tali da richiedere l'utilizzo di risorse produttive aggiuntive rispetto a quelle normalmente impiegate.

Al di là del carattere non risolutivo di detta formulazione, che la strada intrapresa sia stata quella di emancipare la fornitura a termine dalla necessaria temporaneità delle esigenze aziendali, lo si comprende, ancora una volta, dalla legge n. 30 ed in particolare dall'art. 1, comma 2, lett. *m*), che indica per essa e per quella a tempo indeterminato lo stesso tipo di causale, intendendo, così, collocare i due istituti su un piano di sostanziale fungibilità e, per conseguenza,

la cui estensione temporale dipende da valutazioni soggettive dell'imprenditore, il quale sulla base delle esigenze di mercato (e quindi in certa misura controllabili) può decidere se ricorrere, e per quanto tempo, alla somministrazione a termine». In giurisprudenza la tesi della temporaneità è nettamente maggioritaria: Trib. Bergamo 15 giugno 2010, in *Lav. giur.*, 2011, p. 402; Trib. Brescia 30 aprile 2008, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 508; Trib. Bergamo 19 dicembre 2008, *ibidem*, p. 512; Trib. Milano 10 agosto 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 1089; Trib. Milano 10 aprile 2007, in *Or. giur. lav.*, 2007, p. 745. Per una diversa impostazione, v. Trib. Vicenza 17 febbraio 2011, cit.; Trib. Napoli 10 febbraio 2011, cit.

(50) V. § 2 del III capitolo.

(51) Art. 20, comma 4.

(52) In senso contrario, CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto*, cit., p. 100; CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, cit., p. 41.

consentire il ricorso alla somministrazione a tempo determinato anche per situazioni produttive stabili (53). Non può quindi considerarsi casuale che il d.lgs. n. 276 non menzioni fra i requisiti della fattispecie quello che invece in precedenza ne costituiva un elemento strutturale (54).

A sostegno della tesi della temporaneità, è stata richiamata la disposizione che in via transitoria conserva l'efficacia delle clausole contrattuali preposte a regolare le ipotesi di accesso al lavoro interinale « con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine » (art. 86, comma 3, d.lgs. n. 276/2003). Previsione che è stata letta come « una sorta di disposizione di interpretazione autentica », volta a « spiegare che le esigenze economiche della somministrazione a termine devono essere temporanee » (55).

Ragionando in questi termini, tuttavia, si introduce un'evidente forzatura, per cui la norma « che disciplina la efficacia di pattuizioni collettive precedenti, interpreterebbe al contempo anche una norma di legge (l'art. 20, c. 4) entrata in vigore successivamente alle pattuizioni stesse » (56). È da ritenere, quindi, che l'intento fosse solo quello di richiamare, senza peraltro che ve ne fosse la necessità, un carattere intrinseco alle causali contrattuali applicate al lavoro temporaneo, fornendo un'indicazione sicuramente ridondante, ma comunque non idonea ad assurgere a criterio interpretativo della normativa vigente.

Gli argomenti a favore della tesi più restrittiva fanno leva anche sulla considerazione che la possibilità di esercitare un controllo sull'esigenza sottostante alla stipulazione del contratto, resa pratica-

(53) Cfr. CARINCI M.T., *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., p. 30.

(54) V. art. 1, comma 1, l. n. 196/1997.

(55) SPEZIALE, *Art. 20*, cit., p. 321.

(56) ROMEL, *Il contratto di somministrazione*, cit., p. 426, nt. 78, il quale osserva, altresì, che la lettura criticata « presuppone un legislatore talmente sgangherato da interpretare autenticamente delle disposizioni contenute nello stesso testo di legge, per di più senza dirlo ».

bile dalla sua esplicitazione (57), farebbe ritenere che « le ragioni economiche [debbano] avere un carattere oggettivo e non [possano] essere rimesse alla libera scelta dei contraenti ». Pertanto, « se le ragioni giustificative sono sottratte alla scelta delle parti, devono avere natura economica ed organizzativa e richiedono obbligatoriamente una scadenza finale, esse necessariamente devono avere natura temporanea, che è l'unica che può legittimare la durata predeterminata » (58). Diversamente, ci si è chiesto, « che senso avrebbe esternare una causale rimessa alla totale facoltà di scelta dei soggetti interessati? E perché esercitare un controllo sulla « concreta ragione » adottata, se tutto è affidato alla completa libertà di una (o di entrambe) le parti contraenti? » (59).

Questa posizione configura, quindi, una correlazione inscindibile fra temporaneità delle esigenze aziendali ed effettività del controllo esterno, sottovalutando, tuttavia, fino ad azzerarle, le conseguenze che, sul versante dell'autonomia privata, discendono dall'obbligo di motivazione, ancorché si muova dal presupposto — com'è corretto fare — che le ragioni addotte possano anche riferirsi a fattori non transitori. Infatti, anche approdando a tale conclusione, l'indicazione della causale non degrada a mero requisito formale, favorendo, piuttosto una valutazione incentrata sulla fase esecutiva del contratto e segnatamente sul suo coerente svolgimento rispetto ai motivi enunciati, con significativi riflessi in termini di auto-limitazione. E ciò perché l'esplicitazione delle esigenze produttive istituisce un irreversibile collegamento fra le stesse e l'ambito d'impiego della manodopera somministrata, con l'effetto di impedire che sul punto il contratto possa atteggiarsi diversamente da quanto concordato nel programma negoziale (60).

Tale prospettiva trova piena legittimazione nel divieto di ricorrere alla somministrazione « al di fuori dei limiti e delle con-

(57) Art. 21, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 276/2003.

(58) SPEZIALE, *Art. 20*, cit., p. 323.

(59) SPEZIALE, *Art. 20*, cit., p. 323, nt. 84.

(60) Così anche Trib. Milano 12 ottobre 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, p. 556.

dizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere *a)*, *b)*, *c)*, *d)* ed *e)* », pena la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 27 d.lgs. n. 276/2003). Questo significa che, per quanto concerne le irregolarità riguardanti la causale, la sanzione scatta quando essa non soddisfi i requisiti di legge (61) ed essendo la somministrazione svincolata da esigenze tipiche e pre-costituite, è un'eventualità che si verifica ove si versi in una delle ipotesi vietate ovvero quando l'effettiva utilizzazione della manodopera si discosti dalla motivazione addotta (62). Sicché, l'esigenza di trasparenza sottesa all'onere di motivazione, pur non spingendosi fino ad autorizzare un giudizio di meritevolezza delle esigenze aziendali (63), implica la possibilità di verificare su entrambi i versanti la legittimità delle ragioni poste a giustificazione dell'operazione interpositoria, ossia in ordine alle ipotesi vietate e alla corrispondenza tra quanto sul punto esplicitato nella fase genetica del contratto e quanto, invece, è dato riscontrare sul piano funzionale.

2.3. *Le competenze dell'autonomia collettiva: le clausole di contingentamento e l'obbligo imposto alle parti di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi.*

Com'è noto, uno dei temi più dibattuti in riferimento al d.lgs. n. 276 riguarda le competenze riservate alla contrattazione collettiva ed in particolare se abbia provocato un generale regresso della sua funzione regolatoria — che ha costituito un elemento portante del processo di giuridificazione dei lavori cosiddetti atipici —, con una conseguente perdita di efficacia dell'azione sindacale (64).

(61) V. art. 20 d.lgs. n. 276/2003.

(62) Art. 21, comma 1, lett. *c)*, d.lgs. n. 276/2003.

(63) Art. 27, comma 3.

(64) Sul punto prevale l'idea che il d.lgs. n. 276 abbia adottato un'impostazione penalizzante nei confronti della contrattazione collettiva: così, fra gli altri, ZOPPOLI L., *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo. La marcia indietro del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 192; BELLARDI, *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte*

L'approfondimento di questo aspetto presuppone una considerazione d'insieme dell'attuale quadro legislativo, che, tuttavia, va oltre gli obiettivi del presente lavoro (65). Circoscrivendo l'analisi alla somministrazione di manodopera, ed in particolare al contratto commerciale (66), la contrattazione collettiva è coinvolta onde individuare soglie d'utilizzo della fattispecie (67), nonché per concorrere a formare il contenuto del contratto di somministrazione (68). Nel primo caso, interferisce rispetto alla legge in senso restrittivo, limitando, cioè, il ricorso all'istituto mediante l'introduzione di limiti quantitativi, altrimenti inesistenti. Nel secondo, invece, interviene su una regolamentazione già compiuta, integrandola ulteriormente.

Per le clausole relative alle percentuali di utilizzo, il proble-

politiche e nuove regole, in *Lav. dir.*, 2004, p. 183 ss.; ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali*, *ibidem*, p. 43 ss.; in senso opposto, TIRABOSCHI, *Il Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in *Id.* (a cura di), *La riforma Biagi*, cit. p. 25 ss.

(65) Lettura per la quale si rinvia a CARINCI F., *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in MISCIONE e RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, cit., p. XLVII ss.; MARESCA, *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, cit., p. 469.

(66) Oltre che per i profili che verranno presi in esame, il rinvio alla contrattazione collettiva riguarda, infatti, anche la regolamentazione della durata della proroga del contratto di lavoro a termine attivato nell'ambito della somministrazione a tempo determinato e dei casi in cui la stessa proroga è ammessa (art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003).

(67) Ruolo, questo, devoluto, « ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'art. 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 » (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003). Anche se non è espressamente previsto, la norma si rivolge alla contrattazione collettiva delle imprese utilizzatrici. Se, infatti, il limite quantitativo fosse regolato dal contratto collettivo applicato dalle società di somministrazione sarebbe privo di senso, in quanto l'utilizzatore potrebbe rivolgersi a più agenzie, neutralizzandone, così, gli effetti: così anche ROMEI, *Il contratto di somministrazione*, cit., p. 432, nt. 103. Sotto un diverso profilo, va, altresì, osservato che nonostante la norma rinvii espressamente alla contrattazione nazionale è da ritenersi ammissibile una delega da parte di quest'ultima ai livelli negoziali inferiori.

(68) Art. 21, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

ma principale risiede nello stabilire se debbano essere considerate alla stregua di un elemento accidentale del negozio, tale per cui la loro mancanza non ostacolerebbe la stipula di contratti di fornitura di manodopera, ovvero se ne rappresentino un requisito essenziale, con la conseguenza che in loro assenza potrebbero essere siglati contratti di somministrazione soltanto nei casi sottratti all'area del contingentamento (69).

Per questa seconda lettura propende chi rileva che l'assegnazione all'autonomia collettiva di una competenza di cui la stessa sarebbe comunque titolare, attribuirebbe a tali clausole un carattere di necessità, che, altrimenti, e cioè in assenza di una espressa autorizzazione legale, non avrebbero (70).

Nella medesima prospettiva si è poi osservato che se la fissazione di limiti quantitativi fosse da ritenere meramente eventuale, e pertanto rimessa alla piena disponibilità delle parti sociali, il legislatore si sarebbe disinteressato di individuare i soggetti sindacali legittimati a fissarli. La circostanza che abbia deciso di regularsi diversamente, esprimerebbe, invece, « un'opzione in favore di un modello di limitazione quantitativa del numero dei contratti a termine e di somministrazione a tempo determinato stipulabili » (71).

Tuttavia, nonostante sia indiscutibile che la disciplina sulle clausole di contingentamento denoti la propensione a limitare l'impiego della fornitura di manodopera, non vi sono elementi per

(69) Sotto la vigenza della l. n. 196/1997 si poneva anche la questione della mancanza di una sanzione *ad hoc* correlata alla disposizione che prescriveva limiti di ordine quantitativo all'utilizzo del lavoro temporaneo (art. 1, comma 8): cfr. CARINCI M.T., *La fornitura*, cit. p. 310. Ora il problema non si pone più, dato che la trasgressione delle clausole di contingentamento rientra espressamente fra le ipotesi in presenza delle quali il lavoratore può attivarsi per chiedere la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore (v. art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

(70) PASSALACQUA, *Autonomia collettiva*, cit., p. 202.

(71) PASSALACQUA, *Autonomia collettiva*, cit., p. 203.

ritenere che ciò si spinga fino al punto di renderle un presupposto irrinunciabile ai fini del legittimo ricorso alla fattispecie (72).

Non convince, anzitutto, l'ipotizzata sussistenza di un'intrinseca correlazione fra la delega all'autonomia collettiva e il carattere essenziale delle determinazioni che ne scaturiscono ai fini della stipulazione del contratto di somministrazione di manodopera. Infatti, la scelta di assegnare alle parti sociali un potere di condizionamento rispetto all'area di diffusione dell'istituto risponde all'obiettivo, tipico della flessibilità contrattata, di favorire la funzione regolatoria della contrattazione collettiva, considerata la sede più adatta per ricercare un punto di equilibrio adeguato alle specifiche esigenze settoriali fra la richiesta di flessibilità e la necessità di evitare la destrutturazione di posti di lavoro stabili. Funzione che, nell'attuale assetto normativo, assume una rilevanza ancora più marcata che in passato, stante la sostanziale liberalizzazione della causale d'accesso. Ciò non significa, peraltro, che ove i soggetti investiti di questo ruolo non assumano le determinazioni del caso, ne scaturisca una situazione di stallo preclusiva del diritto di attivare il contratto anche al di fuori dell'area espressamente sottratta al contingentamento (73).

Lo stesso vale anche per la fissazione di una soglia minima di rappresentatività in capo ai sindacati autorizzati a contrattare i limiti quantitativi di utilizzo della fattispecie, criterio, questo, al quale non è dato attribuire significati ulteriori rispetto a quello legato all'opportunità di assegnare — secondo un modello ormai consolidato — il ruolo di controllo circa la diffusione dei contratti diversi da quello standard a soggetti dotati di un'adeguata capacità aggregativa.

Con riguardo, invece, alle clausole volte ad integrare il contratto di somministrazione, il dato che più risalta è l'assenza di criteri

(72) Così anche CARINCI M.T., *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., p. 31.

(73) Cfr. art. 20, comma. 4, che, come si è visto, rinvia sul punto alla disciplina di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001.

selettivi sia per quanto attiene ai sindacati stipulanti, sia in ordine ai livelli negoziali e ai settori di riferimento (74).

Sotto il primo profilo, la scelta si spiega poiché solo per taluni aspetti la relativa disciplina deve necessariamente derivare dalle determinazioni assunte da soggetti la cui rappresentatività si attesti al di sopra di una soglia minima predeterminata per legge. È questo il caso dell'indicazione relativa al numero di lavoratori oggetto di somministrazione (75), in riferimento alla quale le parti, per non incorrere in un illecito, debbono attenersi ai limiti quantitativi contemplati dal contratto di categoria dell'utilizzatore stipulato da sindacati comparativamente più rappresentativi (76).

Sotto il secondo profilo, invece, il rinvio è da intendersi riferito al settore di appartenenza dell'utilizzatore. Infatti, gli aspetti per i quali la contrattazione collettiva è chiamata in causa, riguardano, oltre a quelli di cui si è già detto, elementi concernenti la disciplina del contratto di lavoro, che, stante il principio di parità di trattamento fra lavoratori diretti e indiretti (77), devono necessariamente essere allineati a quello applicato dall'utilizzatore. In questo caso, viene pertanto «in rilievo la tipica ed essenziale funzione del contratto collettivo, di regolazione dei rapporti individuali di lavoro, il cui campo soggettivo di efficacia deve essere individuato secondo principi e regole generali del nostro diritto sindacale» (78), circostanza, questa, che tuttavia pone problemi di compatibilità con i principi in tema di libertà sindacale e di efficacia del contratto collettivo, dato che la norma sembra imporre l'osservanza delle disposizioni contrattuali a prescindere dal dato dell'affiliazione sin-

(74) Infatti, l'art. 21, comma 2, si limita a stabilire che, «nell'indicare gli elementi di cui al comma 1, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi» e ciò senza ulteriori specificazioni.

(75) V. art. 21, comma 1, lett. b).

(76) Art. 20, comma 4.

(77) V. art. 23, comma 1, d.lgs n. 276/2003.

(78) ICHINO, *Commento agli artt. 20-28*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, p. 289.

dacale ovvero della applicazione di fatto delle disposizioni medesime.

Inoltre, i livelli contrattuali da prendere in considerazione onde calibrare il trattamento applicabile ai lavoratori somministrati su quello riconosciuto dall'utilizzatore ai propri dipendenti sono tutti quelli di cui si compone il sistema di contrattazione collettiva. A riprova di ciò, basti pensare, per limitarsi ad un esempio, alle eventuali quote di retribuzione variabile, da rapportarsi, per espressa previsione legislativa, ai contratti collettivi applicati all'utilizzatore (art. 23, comma 4, d.lgs. n. 276/2003), rinvio questo da intendersi come rivolto alla contrattazione decentrata, alla quale di regola è devoluta la funzione di fissare i criteri sulla base dei quali calcolare le porzioni di salario rapportate ai risultati dell'impresa.

2.4. *Determinazione legislativa degli elementi e autonomia contrattuale.*

Attraverso il ricorso ad una tecnica legislativa già utilizzata dalla l. n. 196/1997 (79), l'art. 21 del d.lgs. n. 276/2003 individua gli elementi del contratto di somministrazione, da un lato, prescrivendo la forma scritta *ad substantiam*, dall'altro, contenuti funzionali a fornire una completa rappresentazione dei presupposti su cui lo stesso si fonda (art. 21, comma 1, lett. *a*) e *c*), del suo oggetto (art. 21, comma 1, lett. *b*), *e*), *f*) e *g*), dei rischi per la salute della manodopera implicati nello svolgimento dell'attività lavorativa e delle misure a questo riguardo adottate (art. 21, comma 1, lett. *d*), nonché delle obbligazioni di cui, sotto diversi profili, sono tenuti a farsi carico l'agenzia (nei confronti del lavoratore) (art. 21, comma 1, lett. *b*) e l'utilizzatore (nei confronti dello stesso lavoratore e della società di somministrazione) (art. 21, comma 1, lett. *h*), *i*), *j*), *k*).

La norma, espressione tipica di una concezione ispirata al

(79) Art. 1, comma 5.

formalismo giuridico (80), serve a garantire la trasparenza dell'operazione economica, per favorire il controllo giudiziale, amministrativo e, soprattutto, quello dei lavoratori, destinatari, come si è già visto, di una comunicazione scritta attraverso la quale devono essere informati del contenuto del contratto (81). Anche se poi, di fatto, la trasparenza rischia di essere più apparente che reale, sia perché, non essendovi l'obbligo di trasmissione del testo contrattuale, non è scontato che la manodopera si trovi nelle condizioni di verificare quanto vi è riportato, sia perché sono in ogni caso agevolmente praticabili condotte collusive tra somministratore e utilizzatore dirette a sanare *a posteriori* possibili irregolarità (82). Al contempo, la disposizione è rivelatrice dell'emersione di una tecnica di tutela indiretta o di « secondo grado » (83), dove le misure di protezione a favore dei lavoratori trovano ingresso tramite il rapporto commerciale fra l'impresa utilizzatrice e quella di somministrazione (84) e sono, in ragione di questo motivo, assoggettate a vincoli inderogabili, funzionali a comprimere la libertà delle parti di dimensionare i rispettivi interessi secondo la reciproca convenienza economica.

Ciò, tuttavia, non preclude l'apponibilità di clausole diverse da quelle tassativamente elencate (85), i cui effetti, pur non potendo

(80) Così anche TIRABOSCHI, *Somministrazione*, cit. p. 71. In generale, sul tema della forma nel diritto del lavoro, v. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, 2005.

(81) V. § 2 del presente capitolo.

(82) Così anche D'ONGHIA, *La forma vincolata*, cit., p. 190.

(83) Cfr. ROMEI, *Il contratto di somministrazione*, cit., p. 405.

(84) Sul punto v. già § 2 di questo capitolo.

(85) In questo senso v., anche, SPEZIALE, *Art. 20*, cit., p. 300 ss.; ZAPPALÀ, *La forma del contratto di somministrazione*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 28/2004, p. 6 ss.; ROMEI, *Il contratto di somministrazione*, cit., p. 413. Ma già in riferimento al lavoro temporaneo, v., fra gli altri, CARINCI M.T., *La fornitura*, cit., p. 317; NICCOLAI, *Lavoro temporaneo*, cit., p. 156. Per limitarsi a qualche esempio, circa gli adempimenti da assolvere in materia di sicurezza il contratto di somministrazione è integrabile con una clausola che renda l'utilizzatore parte attiva non solo nella fase di individuazione dei rischi ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. d), ma anche in quella di formazione della manodopera. Quanto, invece, alla scelta del lavoratore, è possibile indicare il nominativo del soggetto (o dei soggetti) da somministrare, rendendo, così, infungibile la prestazione dell'agenzia. Sicché, ove diventi irrealizzabile per un motivo

incidere sui diritti dei lavoratori, si riverberano talvolta sulle modalità di svolgimento della loro prestazione e soprattutto sul trattamento applicato, come nel caso della cosiddetta clausola di mancato gradimento, in forza della quale l'utilizzatore che non ritenga il lavoratore adatto alle mansioni affidategli, può chiederne la sostituzione anche prima della scadenza del contratto commerciale e a prescindere da un suo inadempimento (86).

Gli specifici requisiti imposti per legge non danno luogo a problemi interpretativi di particolare significato. Non è così, invece, per le conseguenze sul piano sanzionatorio correlate al loro mancato inserimento nel contratto, essendo controverso se l'art. 21, comma 4, nella formulazione assunta a seguito della modifica intervenuta con il d.lgs. n. 251/2004 (87) (« In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore »), sanzioni esclusivamente eventuali lacune circa la forma scritta *ad substantiam*

non ascrivibile a responsabilità della stessa agenzia, il vincolo contrattuale, fatto salvo un diverso accordo, si estingue per impossibilità sopravvenuta. Nessuna preclusione esiste, inoltre, ad un intervento dell'autonomia privata ai fini dell'esonero per l'utilizzatore dalla responsabilità verso terzi per i danni causati dal lavoratore (art. 26) e da quella per eventuali differenze retributive generate da uno spostamento di mansioni non comunicato al somministratore (art. 23, comma 6). Allo stesso tempo, è apponibile la clausola con la quale l'agenzia si impegna con l'utilizzatore a non inviare ad imprese concorrenti lavoratori già impiegati dallo stesso utilizzatore, onde prevenire il rischio legato alla diffusione di notizie riservate. Il contratto può, infine, essere integrato da una serie di clausole volte a regolamentarne l'estinzione. Da questo punto di vista sono legittime eventuali previsioni in cui la sua cessazione discenda da situazioni patologiche relative al rapporto lavorativo, come nel caso in cui la sua efficacia sia condizionata dal superamento del periodo di prova da parte del lavoratore o dal venire meno del vincolo contrattuale. L'estinzione del contratto può, altresì, farsi scaturire da un andamento negativo della produttività dell'impresa utilizzatrice o da vicende che ne modifichino gli assetti interni, quali eventuali fusioni o incorporazioni.

(86) In questo caso, « fermo restando la corresponsione integrale del trattamento economico originariamente previsto », il lavoratore è posto di fronte alle seguenti alternative: essere impiegato in un'altra missione o presso la stessa agenzia oppure partecipare a eventi formativi (art. 40 CCNL per i lavoratori in somministrazione delle APL del 24 luglio 2008).

(87) Per un'analisi del quale si rinvia a AA.VV., *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro*, cit.

ovvero assoggettati alla sua area di operatività anche carenze riscontrabili in ordine ad altri profili predeterminati per via legislativa.

Prima di questa modifica, la norma prevedeva 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 ». Ne discendeva, quindi, una distinzione fra requisiti necessari ai fini della validità del contratto e requisiti (quelli, cioè, di cui alle lettere da *f*) a *k*), ai quali, invece, non veniva riservato lo stesso trattamento. Questa (almeno apparente) incongruenza trovava comunque rimedio grazie ai principi generali in tema di obbligazioni, sia perché alcuni elementi fra quelli non richiamati dalla norma si riferiscono ad aspetti necessari ai fini della delimitazione dell'oggetto dell'accordo e quindi della sua validità (88), sia perché altri fra gli stessi elementi potevano comunque essere resi operativi, applicandosi le regole in tema di inserzione automatica di clausole e di integrazione del contratto (89).

(88) È il caso dell'art. 21, comma 1, lett. *f*) e *g*), riguardanti, rispettivamente, « le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento » e « il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative ».

(89) Ossia in applicazione, rispettivamente, degli artt. 1339 e 1374 cod. civ. Come già esposto in altra sede (MORONE, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, in *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003*, cit., vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., p. 51 ss.) la lettera *b*) (« assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali ») serve ad escludere la possibilità del ricorso al contratto di somministrazione quale mero schermo dietro il quale celare il rapporto di lavoro tra il prestatore e l'utilizzatore, alludendo, quindi, ad un connotato irrinunciabile dell'interposizione lecita. La lettera *i*) (« assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro ») implica la necessaria onerosità del contratto; la natura imperativa della disposizione si desume dal fatto che la previsione di un compenso inferiore da quello imposto dalla disposizione medesima ovvero l'esclusione di qualsiasi compenso comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 18, comma 3, d.lgs. n. 276 (così anche CARINCI M.T., *La somministrazione irregolare, anzi illecita*, in EAD. e CESTER, *Somministrazione, comando, appalto*, cit., p. 160). La lettera *j*) (« assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili ») si riferisce ad un trasferi-

Sul punto, l'obiettivo del decreto n. 251 era quello, esplicitato nella relazione tecnica che ne ha accompagnato l'emanazione, di limitare la sanzione della nullità « unicamente per la mancanza di forma, mentre la mancata indicazione nel contratto degli elementi formali di cui alle lettere *a)*, *b)*, *c)*, *d)* ed *e)* integra l'ipotesi di somministrazione irregolare di cui all'art. 27 ».

Nonostante ciò, si è sostenuto che ai fini dell'imputazione del rapporto di lavoro all'utilizzatore sarebbe sufficiente l'omissione di uno qualsiasi degli elementi prescritti per il contratto di somministrazione (90). Se così fosse, quindi, l'attuale regime formale sarebbe più restrittivo del precedente e quindi di segno opposto rispetto a quello voluto dal decreto correttivo.

A tale lettura si contrappone quella proposta da chi, in linea con l'intento sotteso alla riforma, ritiene, invece, che l'invalidità riguardi solo le ipotesi di totale assenza del documento scritto (91). Impostazione, questa, certamente da preferire stante il tenore letterale della norma e che ha come principale implicazione quella di preservare dalla nullità le ipotesi (spesso oggetto di rivendicazioni in sede giudiziale) in cui il contratto non rechi la causale ovvero ne fornisca una rappresentazione considerata non esauriente (92). Sulla

mento di informazioni indispensabili onde consentire all'agenzia l'adempimento dell'obbligazione retributiva ed è espressione dei principi di correttezza e buona fede. Quanto, infine, alla lettera *k)* (« assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo di pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore ») essa richiama il principio inderogabile sancito dall'art. 23, comma 3 (« L'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali »).

(90) BONARDI, *Le modifiche del nuovo correttivo al regime dell'intermediazione e della somministrazione*, in *Note Inf.*, 2004, n. 31, p. 16 ss.; GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro*, in MAGNANI, VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, 2005, p. 303.

(91) MISCIONE, *Le agenzie per il lavoro nel "correttivo" 2004*, in *Il "correttivo"*, cit., p. 15; ROMEI, *Il contratto di somministrazione*, cit., p. 412.

(92) Al riguardo, in giurisprudenza si è rilevato « che, sul piano formale, il contratto di somministrazione (...) è invalido solo se non è stipulato per iscritto, non

base di ciò, la rilevanza di omissioni formali resta circoscritta alla sola — e per la verità più che altro teorica — ipotesi del contratto verbale, assumendo, invece, un ruolo assai più significativo eventuali irregolarità riscontrabili nell'esecuzione del contratto medesimo e imputabili a condotte non corrispondenti a talune delle sue clausole. Situazione, questa, alla quale si riferisce sul piano sanzionatorio l'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, laddove fa discendere l'imputazione del rapporto di lavoro all'utilizzatore per l'ipotesi di somministrazione avvenuta al di fuori delle condizioni e dei limiti di cui all'art. 21, comma 1, lett. *a*), *b*), *c*), *d*) ed *e*) (93).

Resta, in conclusione, da stabilire quali effetti produca la nullità del contratto commerciale sui sottostanti rapporti di lavoro ed in particolare se comporti la loro automatica conversione in contratti a tempo pieno e indeterminato, a prescindere dal fatto che già avessero le medesime caratteristiche.

La circostanza che l'invalidità della somministrazione faccia sì che « tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o per la gestione del rapporto [...] si intendono come compiuti dal

anche se non contiene l'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo di cui al c. 4 dell'art. 20; *a fortiori* l'insufficiente specificazione di tali ragioni (vizio minore rispetto alla mancata indicazione delle medesime) non comporta l'imputazione *ope legis* del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore (...). Non v'è dubbio che ai sensi dell'art. 20, c. 4, la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a condizione che sussistano "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore": ragioni che, pertanto, anche se non indicate o solo genericamente indicate nel contratto commerciale, debbono, comunque, sussistere in concreto, essere reali, autentiche e genuine » (così, Trib. Treviso 29 aprile 2011 a quanto consta inedita). A supporto di ciò, è stata, altresì, invocata la mancanza nella disciplina della somministrazione di una previsione equivalente all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001, che priva di effetti il termine non risultante da atto scritto (Trib. Treviso 29 aprile 2011, cit.; Trib. Vicenza 17 febbraio 2011, cit.). A favore, invece, della necessità che la causale del contratto di somministrazione sia indicata in forma scritta, v. Trib. Bergamo 15 giugno 2010, in *Lav. giur.*, 2011, p. 402; Trib. Bologna 8 febbraio 2008, *ivi*, 2009, p. 69.

(93) Si pensi, ad esempio, al caso della somministrazione di manodopera attivata per fare fronte a determinate esigenze — esplicitate nel contratto ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. *c*) —, ma utilizzata per soddisfarne di differenti. Ovvero a quello del contratto la cui esecuzione si protragga oltre la durata stabilita all'atto della sua stipulazione (art. 21, comma 1, lett. *e*).

soggetto che ne ha effettivamente utilizzata la prestazione » (94) induce, tuttavia, a ritenere che il trasferimento in capo all'utilizzatore del contratto di lavoro diverso dal tipo standard non ne comporti automaticamente un'alterazione rispetto al suo assetto originario (95), eventualità, questa, che potrà realizzarsi solo ove la sua attivazione o il suo svolgimento si discostino dalla particolare disciplina allo stesso applicata e sempre che, ovviamente, da tali scostamenti discenda la sua conversione in un rapporto a tempo pieno e indeterminato (96).

3. *I presupposti giustificativi del distacco nella l. n. 1369/1960.*

La somministrazione di manodopera non costituisce l'unico mezzo attraverso il quale un soggetto estraneo al rapporto di lavoro può avvalersi della prestazione di un dipendente altrui, traendo da essa la medesima utilità di cui beneficia il datore di lavoro. Anche se sulla scorta di presupposti differenti, lo stesso risultato, infatti, può conseguirsi mediante il distacco.

Prima di ricevere un'apposita regolamentazione dal d.lgs. n. 276/2003 (97), l'istituto era già presente da tempo nella prassi. È

(94) Art. 27, comma 2.

(95) Nello stesso senso v. anche CARINCI M.T., *La somministrazione irregolare*, cit., p. 164; D'ONGHIA, *La forma vincolata*, cit., p. 192-193.

(96) Come nel caso in cui la nullità del contratto commerciale determini il trasferimento di un contratto di lavoro stipulato a tempo determinato senza, però, i necessari requisiti per quanto riguarda la validità della sua causale.

(97) In precedenza, infatti, esistevano prescrizioni legislative limitate ad ambiti circoscritti e riferite a situazioni non corrispondenti a quelle qui prese in esame. Ed in particolare: l'art. 8, comma 3, d.l. n. 148/993, convertito, con modificazioni, nella legge n. 236/1993, riguardante il distacco volto ad evitare il licenziamento del lavoratore in caso di riduzione del personale; l'art. 16, comma 10, del d.l. n. 299/1994, convertito con modificazioni, nella legge n. 451/1994, sul distacco disposto nell'ambito dei contratti di formazione e lavoro e giustificato da finalità formative; il d.lgs. n. 72/2000, alla cui disciplina sono assoggettate le « imprese stabilite in uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia, le quali, in occasione di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, in territorio nazionale italiano [...] » (art. 1, comma 1). Diverso è, invece, il discorso per quanto concerne il settore pubblico, dove l'istituto è soggetto a regola-

così che il ruolo trainante nella ricostruzione dei suoi requisiti è stato svolto dalla giurisprudenza, alla quale, peraltro, si può imputare di non averne curato adeguatamente il profilo dogmatico e sistematico (98), quasi che gli aspetti che hanno indotto parte della dottrina a metterne in discussione la piena consonanza con il divieto di interposizione (99), se non ad affermarne l'assoluta contrarietà (100), siano stati accantonati in ragione della sua più attenuata pericolosità sociale — derivante dal contesto in cui normalmente opera — rispetto ad altre ipotesi di dissociazione fra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione (101).

Dai giudici il distacco è stato prevalentemente considerato una manifestazione degli effetti tipici del contratto di lavoro e segnatamente alla stregua di una mera modifica delle sue modalità esecutive conseguente all'esercizio del potere direttivo (102). Corollario di ciò è stata l'assenza di consensualità (103), sul presupposto che il lavoratore è tenuto ad eseguire la prestazione presso un terzo per effetto dell'obbligo di obbedienza.

mentazione legislativa sin dagli anni '50. Per una disamina delle differenti forme di distacco, v. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002, rispettivamente, p. 129 ss. e 57 ss.

(98) ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore*, cit., p. 70. In termini ancora più critici si esprime BONARDI, *L'utilizzazione indiretta*, cit., p. 115: « A fronte del diffuso ricorso al distacco dei lavoratori o alla loro utilizzazione cumulativa o alternativa da parte di più datori di lavoro, la giurisprudenza ha, di fatto, spesso disapplicato il divieto di interposizione di cui all'art. 1, l. n. 1369/60 ».

(99) DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, p. 646; BONARDI, *L'utilizzazione indiretta*, cit., p. 115, propende, invece, per l'assoluta contrarietà CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 184.

(100) CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 184.

(101) V. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera*, cit., p. 645, che sottolinea come « le connotazioni funzionali dell'istituto [siano] alquanto distanti dalle classiche situazioni interpositorie », ancorché ciò non esclude « che in certi casi il distacco possa essere finalizzato a coprire operazioni surrettizie di frazionamento imprenditoriale ».

(102) Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, in *Or. Giur. Lav.*, 2000, I, p. 968; Cass. 21 maggio 1998, n. 5102, *ivi*, 1998, I, p. 584. Così anche GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I, Milano, 1972, p. 215.

(103) V., però, in senso contrario Cass. 26 maggio 1993, n. 5907, in *Not. giur. lav.*, 1993, p. 42 per l'eventualità di assegnazione a mansioni « particolarmente qualificate ».

A tale ricostruzione si è contrapposta un'elaborazione dottrinale più frastagliata, all'interno della quale non sono mancate voci che, invece, hanno ravvisato nella matrice consensuale della fattispecie un suo elemento qualificante, facendo leva sull'insorgenza di un rapporto obbligatorio fra il lavoratore e il distaccatario (104) o sul fatto che il distacco rientrasse nello schema del contratto a favore di terzi (105).

L'aspetto più problematico, però, non ha riguardato la fonte generatrice della dislocazione del lavoratore in una diversa organizzazione d'impresa, quanto, piuttosto, le ragioni che rendevano immune il distacco dalle sanzioni prescritte dalla l. n. 1369, nonostante l'autorizzazione per il distaccatario di esercitare nei confronti dei dipendenti altrui prerogative tipiche del datore di lavoro — ed in particolare il potere di controllo e quello direttivo (106) —, potesse essere considerata « al limite di un divieto legislativamente previsto » (107). Da questo punto di vista, la soluzione adottata — comunque controversa « tanto sul piano dogmatico, quanto su quello empirico » (108) — è stata quella di riscontrare in capo al datore l'interesse a disporre organizzativamente del comportamento del lavoratore (109), ritenendosi irrinunciabile la condizione che, sul

(104) Con la conseguenza che « la relativa fattispecie costitutiva non può che ravvisarsi in una apposita convenzione modificativa degli effetti naturali del contratto di lavoro, cioè un patto di distacco del quale parte stipulante è, necessariamente, anche il lavoratore ». Così MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 65.

(105) ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore*, cit., p. 90 ss.

(106) Che pur restando di esclusiva titolarità del distaccante, verrebbero delegati, secondo una costante giurisprudenza, al distaccatario. V., fra le tante, Cass. 21 maggio 1998, n. 5102, in *Rep. Foro. It.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1053; Cass. 3 novembre 2000, n. 14383, *ivi*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 940.

(107) Cass. 21 maggio 1998, n. 5102, cit..

(108) ZOLI, *Commento all'art. 30. Distacco*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 333.

(109) Interesse che si è escluso debba avere carattere necessariamente economico, potendo anche assumere una connotazione solidaristica, come nel caso di personale distaccato da una cooperativa a favore di un ente *no profit* (Cass. 17 gennaio 2000, n. 594, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 407).

piano funzionale, continuasse ad operare la causa del contratto di lavoro in corso con il distaccante (110).

Un ruolo più marginale è stato, invece, ricoperto dal requisito della temporaneità. E ciò poiché i connotati che ha assunto nella prassi lo hanno reso non solo particolarmente flessibile — tanto da considerarsi indifferente « che la durata del distacco non sia predefinita fin dall'inizio, che abbia una durata più o meno lunga, né che esso sia contestuale alla assunzione del lavoratore o persista per tutta la durata del rapporto » (111) —, ma anche di fatto ininfluenza sotto il profilo discrezionale, al punto da indurre a ritenere che ai fini della legittimità dell'operazione « l'unico problema di una qualche apprezzabile rilevanza è costituito dall'interesse del distaccante » (112). Approdo giustificato dal fatto che nell'elaborazione giurisprudenziale la temporaneità è stata posta in relazione con l'interesse organizzativo, nel senso che la dimostrazione della sussistenza di questo ha assorbito anche quella circa la transitorietà delle esigenze sottese al distacco.

3.1. *La disciplina introdotta dal d.lgs. n. 276/2003. In particolare: la distinzione fra distacco e somministrazione di manodopera.*

Rispetto all'elaborazione che l'ha preceduta, la disciplina prescritta dall'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 presenta elementi di continuità ed altri che, invece, se ne discostano.

Fra i primi rileva, anzitutto, che non sottintende una novazione soggettiva (113), posto che « il datore di lavoro rimane responsabile

(110) V., fra le altre, Cass. 7 giugno 2000, n. 7743, in *Not. giur. lav.*, 2000, p. 769. In dottrina: MAGRINI, *La sostituzione soggettiva*, cit., p. 59; in senso contrario, CARINCI M.T., *La fornitura*, cit., p. 183, secondo cui l'interesse organizzativo del distaccante rientra nella causa del contratto di fornitura.

(111) Cass. S.U. 13 aprile 1989, n. 1751, in *Not. giur. lav.*, 1989, p. 528.

(112) Cass. 17 marzo 1998, n. 2880, in *Foro it.*, 1998, I, 3582.

(113) In senso contrario VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 568, secondo cui il distacco configura « una fattispecie a formazione progressiva i cui elementi integratori sono rappresentati: dal (preesistente) rapporto tra lavoratore subordinato e datore di lavoro distaccante;

del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore » e, quindi, unico titolare del rapporto di lavoro. Sicché, il distacco conserva il carattere di espressione del potere direttivo, il cui esercizio è funzionale a porre « uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa » (114).

Anche i presupposti di legittimità sono i medesimi (115): tuttavia, mentre per la temporaneità nulla cambia (con la conseguenza di ravvisarne nelle medesime proporzioni l'intrinseca correlazione all'interesse produttivo del datore (116) e quindi, in definitiva, il suo marginale valore discrezionale), in ordine, invece, all'interesse del distaccante, occorre chiedersi se esso si atteggi diversamente, collocandosi la regolamentazione dell'istituto all'interno di un più ampio assetto normativo dove sono stati ridefiniti i presupposti delle figure funzionali a consentire forme di decentramento. Infatti, come in precedenza il termine di raffronto ineludibile per risalire ai presupposti legittimanti la fattispecie era costituito dalla legge del '60, lo stesso vale ora con riguardo, però, alla somministrazione di manodopera, che, nella differente prospettiva adottata dal d.lgs. n. 276, costituisce il paradigma delle figure che le sono contigue, ossia, il distacco e l'appalto.

Tale correlazione è tanto più necessaria, mancando un'espressa determinazione del fine al quale è rivolto l'interesse del distaccante,

dall'esercizio di un diritto, che [...] può qualificarsi potestativo per comportare da parte del distaccante la messa a disposizione in via temporanea di un proprio dipendente — che è a tanto tenuto — presso altro soggetto (distaccatario); ed, infine, dalla instaurazione in via di fatto di un nuovo (e temporaneo) rapporto lavorativo con il beneficiario del distacco ».

(114) Art. 30, comma 1.

(115) In assenza dei quali « il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo » (art. 30, comma 4, d.lgs. n. 276/2003).

(116) In senso contrario, v. ZOLI, *Distacco*, cit., p. 341, nonché GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, cit., p. 1017, secondo i quali nella disciplina di cui all'art. 30 il presupposto della temporaneità ha acquisito piena autonomia rispetto quello dell'interesse organizzativo.

senza che a ciò possa sopperire la precisazione per cui il distacco può essere disposto « per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa » (117). Infatti, nonostante questa delinei « un requisito rafforzativo dell'interesse del distaccante, in quanto volto a conferire ad esso maggiore specificità nel contenuto evitandosi », così, che « possa essere genericamente determinato sulla base della mera attinenza agli scopi sociali dell'impresa » (118), al contempo, però, non qualifica il suddetto interesse.

Senonché, sebbene per la disciplina del distacco, ma non solo, il d.lgs. n. 276/2003 abbia attinto in più parti dall'elaborazione giudiziale — orientandosi, dunque, verso una sostanziale continuità rispetto al passato —, per la ragione giustificatrice è improprio utilizzare i risultati che la stessa elaborazione ha raggiunto (119).

Si è già detto che la giurisprudenza ha inteso l'interesse del distaccante come diretto a realizzare la causa del contratto di lavoro e quindi a consentire al datore di disporre della prestazione, coordinandone lo svolgimento. Sebbene tale ricostruzione sia da condividere, essa non serve, tuttavia, a distinguere il distacco dalla somministrazione di manodopera, atteso che anche qui l'interesse del somministratore coincide con quello sotteso all'art. 2094 cod. civ., con la conseguenza che anche il contratto fra agenzia e lavoratore presuppone l'interesse al coordinamento della prestazione in funzione della produzione (120). Si tratta, d'altro canto, di un riflesso della riconosciuta compatibilità del rapporto di lavoro subordinato con un'attività lavorativa svolta presso un terzo (121),

(117) Art. 30, comma 1.

(118) ZOLI, *Distacco*, cit., p. 342.

(119) In senso contrario, v. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, in CARINCI M.T. e CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto*, cit., p. 213.

(120) In questi termini con riguardo al lavoro temporaneo v. anche BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, cit., p. 185, nonché MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione*, cit., p. 111. Sul fatto che l'interesse del datore di lavoro che assume rilevanza sul piano giuridico è quello al coordinamento dell'attività del lavoratore, è scontato il riferimento a PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 260 ss.

(121) V. *infra* § 1 di questo capitolo.

situazione, questa, che non alterando la struttura del contratto di lavoro non ne modifica neppure la causa.

Sicché, la differenza fra i due istituti va cercata altrove ed in particolare nei distinti interessi, che, sul versante del datore, sono rispettivamente preposti a soddisfare il contratto di somministrazione di manodopera e il “prestito di manodopera” generato dall’intesa fra distaccante e distaccatario: mentre nel primo caso, infatti, lo schema interpositorio risponde ad un interesse speculativo del somministratore — che dalla fornitura di propri dipendenti punta a trarre un vantaggio meramente economico —, nel secondo, invece, il distaccante è indotto a ricorrervi per ragioni normalmente riscontrabili nei rapporti fra società dello stesso gruppo — dove, com’è noto, il distacco costituisce una « modalità diffusa di collegamento operativo e di interscambio di prestazioni lavorative » (122) — e comunque in ipotesi nelle quali intenda allestire una forma (temporanea) di integrazione fra sé e il distaccatario, funzionale ad assecondare un’esigenza di matrice solo organizzativa.

3.2. Segue: *distacco e mutamento di mansioni; distacco e trasferimento.*

Come s’è detto, agli elementi improntati a continuità se ne affiancano altri di segno diverso, i quali, tuttavia, non rilevano ai fini dell’interposizione illecita, dato che in ogni caso dispiegano effetti unicamente entro il perimetro del rapporto di lavoro.

È quanto si riscontra, anzitutto, per il consenso richiesto nel caso di mutamento di mansioni e per le ragioni oggettive alle quali

(122) Così SCARPELLI, *Commento all’art. 30*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., p. 444. Sul modo in cui le relazioni di gruppo influiscono sulla configurazione di una legittima fattispecie di distacco, v., in particolare, DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 303 ss.

il distacco deve essere collegato, laddove comporti un trasferimento del lavoratore superiore a cinquanta chilometri (123).

Nella prima ipotesi — che incrina (124), senza tuttavia comprometterlo, il fondamento teorico dell'istituto quale espressione del potere direttivo —, l'assenso del lavoratore costituisce un requisito ineludibile, per l'eventualità in cui i nuovi compiti equivalgano ai precedenti quanto all'inquadramento contrattuale, ma se ne discostino in ordine alla sua pregressa esperienza lavorativa. Sicché il discrimine dal quale dipende la consensualità dello spostamento si fonda sui medesimi presupposti di quello richiamato dal consolidato orientamento per cui la modifica delle mansioni è condizionata dalla concomitanza di due ordini di fattori, l'uno oggettivo e l'altro soggettivo (125). È dunque da ritenere che in questo caso si è, probabilmente, ritenuta opportuna la preventiva acquisizione del consenso del lavoratore, onde preservare il distacco da rilievi in ordine ad un possibile demansionamento.

Non è, invece, specificato quali conseguenze discendano dalla variazione di compiti disposta — sia pure con il consenso del lavoratore — dal distaccatario, senza la preventiva autorizzazione del datore di lavoro. Situazione, questa, che invece nella somministrazione di manodopera è regolata, imputando all'utilizzatore una responsabilità di ordine patrimoniale, che copre sia il versante retributivo (per l'equivalente delle differenze economiche

(123) Art. 30, comma 3. Si è osservato che « Si tratta di una disposizione inutile se si considera che in generale, per ogni ipotesi di trasferimento, l'art. 2103, 1° comma, ultimo periodo, c.c. pone il limite delle “ragioni tecniche, organizzative e produttive” » (CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, cit., p. 94). L'obiezione trascura, tuttavia, che secondo l'interpretazione nettamente maggioritaria la nozione di trasferimento implica lo spostamento del lavoratore da un'unità produttiva ad un'altra individuata secondo il criterio dell'autonomia e senza che a questo fine possa assumere autonomo rilievo il semplice elemento topografico (Cass. 14 giugno 1999, n. 5892, in *Foro it.*, 2000, I, 596; Cass. 14 maggio 1985 n. 2995, in *Giust. civ.*, 1986, I, 191; Trib. Roma 13 maggio 1996, in *Or. giur. lav.*, 1996, p. 874; *contra*: Cass. 26 maggio 1999 n. 5153, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 1194).

(124) ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, cit., p. 181.

(125) V., fra le tante, Cass. 8 giugno 2009, n. 13173.

dovute al superiore inquadramento) sia quello risarcitorio (interessato dal possibile pregiudizio determinato da un demansionamento) (126).

Si potrebbe, peraltro, ipotizzare che a tali effetti si aggiunga anche quello dell'imputazione del rapporto di lavoro al distaccatario, in quanto dal cambiamento di collocazione del prestatore non concordata con il distaccante, discende una modifica della precedente intesa circa la « determinata attività lavorativa » cui deve essere circoscritto l'impegno dello stesso prestatore nel corso del distacco. Perciò, dato che l'oggetto di tale intesa delimita in modo immutabile — fatta salva, ovviamente, una sua successiva revisione — il sottostante interesse del datore, è astrattamente prospettabile che un cambiamento di mansioni effettuato con le modalità sopra descritte faccia venire meno l'originario interesse — che trova puntuale riscontro nei compiti già affidati al lavoratore — del distaccante, privando così l'operazione di un requisito indispensabile ai fini della sua regolarità. Se così fosse, dunque, si verificherebbe uno sconfinamento nell'area dell'interposizione illecita, con l'effetto, quindi, di rendere azionabile il diritto del lavoratore di passare alle dipendenze del distaccatario.

Tuttavia, trattandosi di un'eventualità riconducibile all'esercizio non autorizzato di somministrazione di manodopera — essendo, questa, una delle conseguenze collegate al distacco disposto in assenza di uno dei suoi requisiti costitutivi, qual è l'interesse organizzativo alla sua esecuzione — ne discenderebbe l'applicabilità al distaccante di sanzioni penali a titolo di responsabilità oggettiva, non avendo egli concorso alla variazione di mansioni. La soluzione corretta è, dunque, quella di circoscrivere il coinvolgimento al distaccatario, imputandogli la medesima responsabilità patrimoniale, prevista, per lo stesso caso, nella somministrazione di manodopera.

(126) Art. 23, comma 6, d.lgs. n. 276/2003.

In ordine, invece, alla variazione della sede di lavoro, si condivide l'opinione di chi è propenso a ridimensionare il carattere selettivo del relativo presupposto causale, non riscontrandovi tratti distintivi rispetto alle esigenze organizzative che già, in generale, condizionano il distacco (127). E ciò per il motivo che dimostrare la sussistenza delle ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive richiamate dall'art. 30, comma 3, esaurisce, di fatto, ogni indagine sull'interesse all'attivazione della fattispecie.

4. *Trasferimento di ramo d'azienda e divieto di fornitura di manodopera: aspetti problematici del cd. contratto di esternalizzazione.*

Ci si rivolge ora ad un diverso versante, occupato da una vasta gamma di rapporti contrattuali, che fanno assumere alle strategie di decentramento produttivo una configurazione differente da quella sino a qui esaminata, basata non sull'approvvigionamento di prestazioni lavorative, ma sull'acquisizione diretta di prodotti o servizi: l'obiettivo finale resta, però, sempre quello di assecondare l'esigenza dell'impresa di « concentrarsi su quello che sa fare realmente bene e per il quale è in grado di sviluppare innovazione e valore per il cliente, delegando le altre attività a terzi » (128).

Le relazioni fra i due ambiti non si limitano, tuttavia, al solo piano funzionale, estendendosi anche a quello sistematico, come

(127) SCARPELLI, *Commento all'art. 30*, cit., p. 447; MAGRINI, *Il distacco*, in FICARI (a cura di), *Tutele del lavoro e nuovi schemi organizzativi nell'impresa*, Milano, 2005, p. 95; CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, XXXVI, Padova, 2005, p. 70. Di diverso avviso è, invece, GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco*, cit., p. 1024, secondo il quale le ragioni richiamate dall'art. 30, comma 3, « appaiono diverse, ed ulteriori, rispetto all'interesse del datore di lavoro che giustifica, di per sé, il distacco », dovendo essere, « quantomeno, più specifiche rispetto all'interesse, più ampio, che deve giustificare il distacco geograficamente più vicino ».

(128) VICARI, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in DE LUCA TAMAJO, *I processi di esternalizzazione*, cit., p. 71.

dimostrato dal fitto e tormentato dibattito sulla distinzione fra fornitura di manodopera e appalto (129), contratto che costituisce il « principale veicolo per il cui tramite l'impresa acquisisce (*buy*) dall'esterno un prodotto o un servizio, rinunciando a realizzarlo (*make*) al proprio interno » (130).

Tale nesso assume una fisionomia particolarmente complessa nelle operazioni che, a seguito del trasferimento di un segmento aziendale, prendono forma in contratti d'appalto eseguiti con l'utilizzazione di strutture e lavoratori transitati dal committente all'appaltatore.

In assenza di regolazione legislativa — intervenuta con l'art. 32, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 —, questo meccanismo era da tempo diffuso: grazie ad esso, come noto, l'impresa cosiddetta esternalizzante (131) riaggrega a sé la porzione aziendale trasferita, mediante

(129) Per un riepilogo dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi sul punto, v. CALCATERRA, *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 602 ss.; SALENTO, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, politiche organizzative*, cit. p. 441 ss.

(130) DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 12.

(131) Il termine esternalizzazione assume un'accezione più o meno ampia, a seconda che la si riferisca — come qui si intende fare — alla sola fattispecie che si perfeziona mediante il collegamento fra appalto e trasferimento d'azienda ovvero ad ogni ipotesi in cui un'impresa affida ad un terzo una porzione di attività (v. ROMEI, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 331). L'« esternalizzazione in senso proprio » (così è definita da ROMEI — *op. ult. cit.*, p. 331 — il primo tipo di operazione) ha inizialmente « riguardato attività decisamente marginali rispetto al *core business* dell'impresa, quali la gestione della mensa aziendale, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti, la sorveglianza, le pulizie, etc. Poi, a partire dalla seconda metà degli anni '80, la tendenza ha investito funzioni di maggiore centralità, quali, ad esempio, la gestione dei sistemi informatici, le operazioni di amministrazione e controllo, la selezione e la formazione dei dipendenti, la gestione degli investimenti mobiliari e immobiliari; funzioni sempre più spesso affidate a società « specializzate », costituite *ad hoc* o già esistenti sul mercato, previo conferimento del relativo ramo di azienda e contestuale trasferimento degli addetti e dei macchinari o attrezzature » (DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *Id.* (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, cit., p. 12). Sul tema, in generale, v. anche CIUCCIOVINO, *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 385 ss.; MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela*

il filtro del contratto commerciale. Ne scaturisce una fattispecie composita, che presuppone la coesistenza di due contratti: l'uno di ordine traslativo e dotato dei requisiti prescritti dall'art. 2112 cod. civ.; l'altro rivolto all'esecuzione di opere o servizi ed eseguito avvalendosi dei medesimi fattori produttivi già impiegati dallo scorporante (132), che, a seconda dei casi, sono dislocati all'esterno dell'impresa cedente ovvero — ed è proprio questa l'eventualità con maggiori implicazioni per quanto riguarda l'interposizione di manodopera — continuano ad operare nel medesimo perimetro aziendale (133).

dei lavoratori, Torino, 2002, p. 45 ss.; PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 473 ss.; ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimento di azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra mercificazione e progresso*, cit., p. 192 ss.; QUADRI, *Processi di esternalizzazione*, Napoli, 2004, p. 1 ss.; SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 84/2006*. Per una prospettiva allargata anche ad altri ordinamenti, v. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo*, cit., p. 3 ss.

(132) Il collegamento fra appalto e trasferimento d'azienda non è invece configurabile nel caso in cui a seguito dell'avvicendamento fra appaltatori, quello fra i due che subentra acquisisca personale già impiegato nell'appalto « in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto » (art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003). Ciò « tuttavia non esclude che la fattispecie di cui all'art. 2112 sia integrata quando (...) insieme alla successione nell'appalto e nel trapasso di lavoratori, si verifichi il subentro del nuovo appaltatore nella titolarità dell'entità economica gestita dal primo » (Trib. Roma 12 marzo 2008, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 660).

(133) Il che determina una serie di problemi legati « alla delicata individuazione dei confini della liceità dei controlli da parte della società "madre" nei confronti del dipendente del cessionario; al rilievo dei comportamenti dei dipendenti delle società terze lesivi degli interessi o dei beni della impresa "contenente", alla legittimazione di questa a precludere ai primi l'ingresso nei "propri" locali e alle conseguenze sul rapporto di lavoro con l'appaltatore; alla pluralizzazione dei soggetti chiamati a gestire il conflitto sindacale; ai riflessi di azioni di sciopero nei confronti delle attività interdipendenti espletate da altre società; all'individuazione del soggetto legittimato a reagire nei confronti di eventuali occupazioni poste in essere dai dipendenti delle società cessionarie etc. ». Così, DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda*, cit., p.18. Si tratta di difficoltà organizzative che, come evidenziato sempre dallo stesso A. (*Diritto del lavoro e decentramento produttivo*, cit., p. 9), stanno determinando un ripensamento circa la convenienza delle c.d. esternalizzazioni *intra moenia*, con un conseguente ritorno all'impresa principale di alcune delle attività che erano state decentrate.

4.1. *L'azienda come « attività economica organizzata ».*

In prima battuta tali operazioni incrociano la stratificata disciplina del trasferimento d'azienda, transitata dall'originario assetto regolativo privo di « funzione antifraudolenta e repressiva », ma pensato per « ridurre eventuali conseguenze dannose per i lavoratori coinvolti » (134), ad uno dotato di tutele più incisive, grazie, soprattutto, all'obbligatorietà del confronto sindacale introdotta dall'art. 47 della l. n. 428 del 1990.

Al rafforzamento degli interessi collettivi si è giunti su impulso della normativa comunitaria (135), che, tuttavia, non ha limitato la sua influenza solo a questo aspetto, estendendola anche alla nozione di trasferimento, precedentemente individuata dall'art. 2112 cod. civ. attraverso il solo richiamo alla vicenda traslativa e ancorata, quanto all'oggetto, ai requisiti descritti dall'art. 2555 cod. civ. (136). Acquisizione superata dai principi affermatasi in ambito europeo, dove è venuto meno il carattere di necessaria materialità richiamato dalla disposizione del codice civile, a vantaggio di un evoluto e più rarefatto concetto di azienda, calibrato su di un sistema di traffici commerciali sempre più alimentato dal terziario. Ciò ha consentito di includervi anche ipotesi in cui le risorse produttive siano costituite esclusivamente da forza lavoro, secondo lo stesso percorso che, in parallelo, è stato tracciato per l'appalto (137).

Com'è noto, prima ancora che dal legislatore comunitario, questo processo di rivisitazione è stato promosso dalla Corte di giustizia della comunità europea (138), che, sulla scorta di un

(134) ROMEI, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, cit., p. 332

(135) Dato che, com'è noto, l'art. 47 della l. n. 428/1990 è stato emanato in attuazione della direttiva 77/187/CEE.

(136) Sulla necessità di fare ricorso alla nozione di azienda contenuta nel codice civile, v. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., p. 272, secondo il quale « non esiste l'azienda nel diritto del lavoro; esiste l'azienda tout court quale essa è normalmente definita e regolata dagli artt. 2555 ss. c.c. ».

(137) V. § 4.2. di questo capitolo.

(138) È noto che l'assessamento sul punto è stato raggiunto con la sentenza *Süzen* (Corte di giustizia CE, 11 marzo 1997 (c-13/95), in *Foro It.* 1998, IV, c. 437),

metodo qualificatorio per approssimazione (139), è approdata alla nozione successivamente recepita dalla direttiva 98/50/CE (140) e trasposta a livello interno attraverso l'identificazione del bene trasferito come « attività economica organizzata » (141).

L'apertura ad uno spettro di soluzioni organizzative fra loro eterogenee, in cui rientra a pieno titolo anche quella costituita esclusivamente da lavoratori (142), ha fatto sì che l'atto traslativo acquisisse nuove implicazioni rispetto al passato, quando il suo oggetto era identificato per rinvio all'art. 2555 cod. civ. (143).

che ha segnato la definitiva affermazione del principio per cui nei settori dove « l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica » a sé stante e quindi idonea ai fini dell'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda.

(139) La Corte, infatti, sottolinea che la sussistenza della fattispecie può dipendere da molteplici circostanze, da valutarsi nel complesso e non isolatamente, « fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività » (Corte di giustizia CE, 11 marzo 1997, cit.).

(140) Dove è definita come « un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria » (art. 1, comma 1). Definizione che è stata successivamente riproposta nei medesimi termini anche dalla direttiva 2001/23/CE.

(141) Art. 2112, comma 5, cod. civ., come modificato dall'art. 1, d.lgs. n. 18/2001.

(142) Che « per avere acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere autonomamente — e, quindi, pur senza il supporto di beni immobili, macchine attrezzi di lavoro o altri beni — le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro » (Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 148).

(143) Questo scostamento dal codice civile ha indotto a porsi l'interrogativo se la legislazione lavoristica esprima una nozione di trasferimento d'azienda totalmente autonoma. In senso contrario, v. ROMEI, *Il trasferimento d'azienda e gli orientamenti della dottrina*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, 2004, 2, p. 299, che — pur riconoscendo l'avvenuta emancipazione dall'art. 2555 — osserva, da un lato, come l'art. 2112 cod. civ. contenga espressioni che rimandano alla nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 e, di conseguenza, a quella d'impresa; dall'altro lato, che la

Nozione che era più circoscritta, ma anche più rassicurante in termini di ricadute applicative rispetto a quella subentrata successivamente, in cui la potenziale inconsistenza materiale dei beni dell'azienda dischiude prospettive confliggenti per gli interessi dei prestatori. Se, infatti, da un lato, essa incrementa l'area di applicazione della regola del passaggio automatico dei contratti di lavoro, preservando, in un più ampio numero di casi, la loro stabilità dalle possibili interferenze dovute all'avvicendamento fra datori, allo stesso tempo, però, i termini in cui tale ampliamento ha trovato realizzazione rende più sfuggenti i confini dell'organizzazione produttiva, ormai svincolata dall'imprescindibile collegamento ad un apparato strumentale fisicamente percepibile.

Le implicazioni di ciò si avvertono, in particolare, per l'eventualità in cui l'oggetto del contratto traslativo non corrisponda all'azienda nel suo insieme, ma ad una sua porzione. È qui, infatti, che le incertezze generate da una nozione estesa anche a beni immateriali si prestano più agevolmente ad un utilizzo improprio

giurisprudenza comunitaria non può essere fonte di concettualizzazioni, stante il suo approccio alla materia improntato ad un forte pragmatismo e ad un altrettanto accentuato relativismo. Da qui la necessità « di riallacciarsi alla elaborazione commercialistica incentrata sull'art. 2082 c.c., inteso come un soggetto che pone in essere un comportamento considerato rilevante nella sua oggettività: rilevante come attività, appunto economica, organizzata e quindi come attività di impresa ». Di diverso avviso è, invece, MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, 2004, 2, p. 90 ss., secondo il quale le modificazioni dell'art. 2112 cod. civ. intervenute dal 2001 in poi segnalano la propensione a delineare una nozione di azienda differenziata sia dall'art. 2555 sia dall'art. 2082. A quest'ultimo riguardo, in particolare, l'A. osserva che « se il riferimento all'art. 2082 c.c. non può essere trascurato dall'interprete, questi deve, però, prendere atto che nelle successive formulazioni dell'art. 2112 c.c. si registra un progressivo allontanamento del legislatore da tale matrice ». Ciò è dovuto al fatto che il d.lgs. n. 18/2001 ha ommesso il riferimento all'avverbio "professionalmente" utilizzato invece dall'art. 2082 per definire l'attività dell'imprenditore, specificando, altresì, che l'attività economica organizzata può essere svolta "con o senza scopo di lucro". Nella medesima prospettiva va, poi, letto anche il venire meno — sancito dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 — dell'indicazione della finalità che l'imprenditore persegue della "produzione o dello scambio di beni o servizi".

della fattispecie, onde perseguire surrettiziamente strategie di estromissione di manodopera (144) ovvero realizzare forme di flessibilità legislativamente non contemplate, mediante contratti di esternalizzazione fittizi, volti ad addossare al cessionario gli oneri connessi ai rapporti di lavoro, ma salvaguardando, al contempo, il collegamento funzionale con i dipendenti del ramo secondo lo schema dell'interposizione di manodopera.

4.1.1. *Trasferimento del ramo d'azienda e consenso del lavoratore.*

Le implicazioni di cui si è detto hanno suscitato l'interrogativo se il trasferimento di una parte dell'azienda generi effetti diversi da quelli prescritti dall'art. 2112 in ordine al passaggio diretto del

(144) La situazione più comune è quella della cessione a chi, in ragione del numero di dipendenti, non è assoggettato, a differenza del cedente, al regime di stabilità reale ovvero, per lo stesso motivo, non debba attenersi ai vincoli procedurali del licenziamento collettivo. Eventualità che gli consente di realizzare operazioni di dimissione del personale senza i corrispondenti rischi ed obblighi. Per porre rimedio a tali distorsioni è stata ritenuta praticabile la soluzione del negozio in frode alla legge con conseguente nullità del trasferimento. La premessa è che « il contratto di cessione dell'azienda a soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro » non configura in modo automatico la fattispecie di cui all'art. 1344 cod. civ. (Cass. 2 maggio 2006, n. 10108, in *Lav. giur.*, 2006, p. 877). In altri termini, « l'ordinamento non condiziona la validità della cessione di azienda alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva e neppure all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario » (Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 641). Sennonché, il giudice è comunque legittimato a verificare « di volta in volta se il negozio (o l'insieme dei negozi funzionalmente collegati) sia stato predisposto e attuato al fine di eludere l'applicazione di una norma imperativa ». E ciò, per l'appunto, ricorrendo allo schema della frode alla legge, ossia ad una « clausola generale di tipizzazione delle condotte negoziali tenute in violazione di norme imperative, di guisa che, a seguito del combinato disposto della norma imperativa generale di cui all'art. 1344 cod. civ. e della norma imperativa speciale, vengono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti e le violazioni mediate e indirette » (Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874, cit.).

personale e alla conseguente irrilevanza della sua volontà con riguardo alla novazione soggettiva del datore (145).

Interrogativo al quale taluni hanno risposto in modo affermativo, ipotizzando, così, il diritto dei lavoratori di non transitare alle dipendenze del cessionario, sul presupposto che il trasferimento del ramo non risponderebbe all'interesse alla conservazione del valore di scambio assicurato dalla preservata integrità dell'azienda — che, invece, è pacificamente la ragione giustificatrice del passaggio automatico del personale nel caso di negozio traslativo esteso all'intero bene —, ma punterebbe al risultato opposto della sua disaggregazione (146).

Sicché, dal riposizionamento degli interessi imprenditoriali dovuto alle differenti finalità sottese alla cessione a seconda che coinvolga tutto il complesso produttivo ovvero una sua porzione, discenderebbe una deroga all'insensibilità dei rapporti di lavoro alle vicende circolatorie dell'azienda, con l'effetto, pertanto, di attribuire ai lavoratori il diritto di opporsi alla modificazione soggettiva del datore. Il risultato è una lettura su due piani dell'art. 2112, tale per cui ove la cessione riguardi l'intera azienda il passaggio diretto dei contratti di lavoro resterebbe una sua conseguenza insopprimibile, mentre per l'ipotesi in cui essa coinvolga solo un ramo, tale automatismo verrebbe meno, a vantaggio della volontà dei prestatori cui sarebbe rimessa la scelta circa la futura collocazione lavorativa (147).

La praticabilità di tale soluzione interpretativa va, tuttavia, vagliata alla luce dei principi comunitari. Raffronto quanto mai necessario, data la funzionalità di questi alla protezione dei lavora-

(145) Il primo a sollevare il problema è stato SCARPELLI, « *Esternalizzazioni* » e *diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 362 ss.; ID., *Opinione*, in *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, p. 498 ss.

(146) PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., p. 473 ss.

(147) PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., p. 487.

tori (148), ossia proprio all'obiettivo ispiratore della tesi in oggetto. Sennonché, da tale verifica emerge che all'identità di fini non corrisponde quella dei rimedi che ne fanno da supporto, essendo sancita a livello comunitario la facoltà di ciascuno stato di scegliere fra due alternative: « o il contratto può essere considerato risolto, nell'impresa cedente, su domanda del datore di lavoro o su domanda del dipendente, o il contratto può continuare con tale impresa » (149). Pertanto, la prosecuzione del rapporto con il cedente costituisce una misura riservata alla discrezionalità dei singoli ordinamenti, sicché la sua mancata previsione non rappresenta uno scostamento dai vincoli sovranazionali ai quali gli stessi ordinamenti devono attenersi (150).

In ambito domestico si è scelto di adottare una regolamentazione, che, pur facendo salvo il passaggio diretto dei contratti di lavoro anche per il caso di trasferimento del ramo, non esclude la rilevanza della volontà del singolo, corredandola, tuttavia, di effetti più circoscritti di quelli del diritto di opposizione e che si esprimono in una forma di autotutela praticabile a trasferimento già avvenuto e per il caso di sostanziale modifica delle condizioni di lavoro: eventualità, che giustifica le dimissioni e la richiesta dell'indennità sostitutiva del preavviso (151).

(148) Per una conferma in tal senso v. NOVELLA-VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 179. ss.

(149) Corte di giustizia CE, 24 gennaio 2002 (c-51/00) in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 57. Nello stesso senso v. anche Corte di giustizia 7 marzo 1996 (c-171/94) in *Lav. giur.*, 1996, 717, con nota di CORAZZA.

(150) Per una diversa opinione v. Cass. 5 marzo 2008, n. 5932, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 3, 361, secondo cui « La pretesa inscindibilità del rapporto lavoro-impresa » sarebbe « in netto contrasto con la disciplina comunitaria » e ciò sul presupposto che questa « ha lo scopo immediato di assicurare ai lavoratori la tutela del rapporto di lavoro col cessionario e non può essere intesa in senso opposto di obbligare il lavoratore a proseguire il rapporto col cessionario ».

(151) Art. 2112, comma 4. Al riguardo, è da ritenere che la « sostanziale modifica » delle « condizioni di lavoro » posta dalla norma come presupposto per le dimissioni interessi un ambito diverso da quello del grave inadempimento contrattuale, che, ai sensi dell'art. 2119 cod. civ., legittima il lavoratore a recedere per giusta causa (per un approfondimento sul punto, v. BALLESTRERO, *Il trattamento economico*

Se ne desume, pertanto, che non è corretto assegnare all'art. 2112 finalità differenti a seconda dell'oggetto traslato: la norma, infatti, sottintende in modo inequivocabile che gli interessi tutelati — e quindi anche quello del cedente all'integrità del bene trasferito — non mutano a seconda che ad essere ceduta sia l'intera azienda ovvero una sua parte.

Al di là delle risposte fornite dal dato normativo, è comunque discutibile che, in questo ambito, ad un incremento di autonomia del lavoratore corrisponda anche una sua maggiore tutela (152). Si tratta, infatti, di un versante dove, nella maggior parte dei casi, il divario informativo preclude una scelta effettivamente consapevole, potendo questa basarsi solo sulla precisa conoscenza di elementi

e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d'azienda, in *Lav. dir.*, 2002, p. 209 ss.). Argomenti volti ad ampliare il campo di applicazione del principio sono stati desunti dal fatto che nella direttiva europea la disposizione sulla modifica delle condizioni di lavoro non è collocata all'art. 3, relativo ai diritti del lavoratore successivamente al trasferimento, ma all'art. 4, dedicato al licenziamento, dove nell'imputare la risoluzione del contratto a causa della modifica delle condizioni alla responsabilità del datore di lavoro, non si fa specifico riferimento né al cedente né al cessionario. In ragione di ciò, si è quindi ritenuto che ove l'alterazione sostanziale delle condizioni lavorative risulti evidente già al momento del trasferimento, il lavoratore potrebbe dimettersi, avvalendosi anche in questo caso degli effetti delle dimissioni per giusta causa (SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 28, Torino, 2004, p. 105). Sennonché, questa ricostruzione, giustificata sulla scorta di un'applicazione analogica di tali disposizioni, conduce ad un utilizzo più esteso del rimedio del recesso in tronco, che, a ben vedere, si atteggia alla stregua di una conseguenza dell'efficacia diretta del diritto comunitario, in un ambito, tuttavia, qual è quello dei rapporti fra privati, dove, come noto, la Corte di giustizia esclude che questo tipo di effetto sia configurabile. In altri termini, delle due l'una: o si ritiene che l'art. 2112 sul punto sia contrario all'ordinamento europeo, in quanto prevede una tutela inferiore a quella che lo stesso gli impone, oppure, se così non è — come è ragionevole dedurre dall'art. 4 della direttiva —, le conseguenze sono quelle di cui si è detto.

(152) Per una diversa opinione, oltre agli autori già citati alle note n. 156 e 157, v. LAMBERTUCCI, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, pp. 419-420, che pur riconoscendo l'attuale non configurabilità di un diritto di opposizione, ne auspica comunque l'introduzione per via legislativa, sul presupposto, per un verso, « della palese insufficienza delle dimissioni per giusta causa nell'ipotesi di mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro stabilite dal cessionario (...) » e, per altro verso, dalle dinamiche evolutive più recenti che hanno inserito la fattispecie del trasferimento d'azienda nei più ampi fenomeni di esternalizzazione ».

riguardanti l'attività di cedente e cessionario (e relativi, in generale, alla strategia che intenderanno adottare nel breve e medio periodo), che sono difficilmente a disposizione del personale. Ad esempio, l'eventuale decisione fondata sul solo elemento noto dell'applicazione da parte del cedente di un contratto collettivo più favorevole, potrebbe rivelarsi penalizzante a fronte di una sua successiva crisi e, al contrario, di un andamento positivo dell'impresa che subentra nella titolarità del ramo. Spesso, infatti, tali conseguenze costituiscono l'effetto di processi a lungo pianificati e realizzati proprio grazie al trasferimento del bene, che risultano insondabili per i lavoratori.

Pertanto, come avviene in altri settori, anche qui si avvertono i riflessi dell'asimmetria informativa tipica del contratto di lavoro (153), che nel caso di specie impedisce al personale di formarsi un quadro attendibile dell'affidabilità dei soggetti che allestiscono il trasferimento e cioè dell'aspetto realmente significativo ai fini della conservazione e dell'eventuale miglioramento dello *status* professionale acquisito.

Da questo punto di vista i singoli sono certo più garantiti dalla mediazione sindacale, dalla quale non solo possono emergere più agevolmente elementi che giovano alla trasparenza del negozio traslativo, ma anche operazioni di adattamento del ramo oggetto di cessione, realizzate attraverso accordi che consentono di trattenere presso il cedente prestatori afferenti al ramo medesimo (154). Accordi, quindi, funzionali ad assicurare la gestione concertata delle singole posizioni e che, in ogni caso, non presentano le incognite di possibili soluzioni rimesse all'autonomia dei lavoratori, le quali potrebbero porre il cedente di fronte ad un'inaspettata

(153) ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 1994, p. 87.

(154) Sulla cui legittimità v. Cass. 30 agosto 2000, n. 11422, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 519. Sull'argomento v. anche PETRASSI, *Trasferimento di ramo di azienda e trasferimento parziale dei dipendenti ad esso addetti*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 917 ss.; PICCININO, *Trasferimento di azienda, rapporti di lavoro ed autonomia privata*, *ivi*, 2001, p. 669 ss.

situazione di esubero, con i conseguenti contraccolpi sul piano occupazionale. È ovvio, infatti, che se il trasferimento — come avviene di regola — è programmato sul presupposto di conservare un organico ben definito e questo dato di partenza è alterato dall'iniziativa dei singoli, che reclamano il diritto di restare alle dipendenze del cedente, vi è il rischio che questi si trovi, suo malgrado, ad essere titolare di un numero di rapporti di lavoro esorbitante le sue rinnovate esigenze. La conseguenza più scontata diventa, quindi, la riduzione di personale, onde ricondurre l'entità del complesso produttivo entro il perimetro originariamente stabilito (155).

4.1.2. *L'autonomia funzionale del ramo: il problema della preesistenza.*

Se sul consenso del lavoratore l'interpretazione prevalente è quella di escluderne la rilevanza (156), decisamente più contrastanti sono, invece, le opinioni circa i requisiti del ramo d'azienda.

Sul punto si sono avvicinati a breve distanza interventi normativi di segno opposto, anticipati, peraltro, dall'emersione di orientamenti giurisprudenziali altrettanto controversi, che pur convergendo sul requisito dell'autonomia organizzativa — tale da fare assumere al ramo i connotati di un idoneo strumento d'impre-

(155) Eventualità che, tra il resto, è prospettata anche da chi ritiene configurabile il diritto del lavoratore di opporsi al passaggio al cessionario. Si è osservato, infatti, che ad esso, comunque, « corrisponde la possibilità per il cedente di procedere ai licenziamenti in conformità della disciplina generale » (Cass. 5 marzo 2008, cit.).

(156) DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda*, cit., p. 20 ss.; CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2001, p. 512; BALLESTRERO, *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, cit., p. 206 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, 2004, 2, p. 15 ss.; DE ANGELIS, *La tutela del lavoratore ceduto, in dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, 2004, 2, p. 133; QUADRI, *Processi di esternalizzazione*, cit., p. 178.

sa (157) —, si sono divisi sul profilo strategico della maggiore o minore libertà di definirne il perimetro: alcuni giudicati, infatti, l'hanno ristretta sul presupposto che le caratteristiche identificative del bene trasferito dovessero sussistere già nell'impresa di provenienza (158), altri, invece, l'hanno ampliata ritenendo ininfluenza la preesistenza effettiva dell'autonomia organizzativa (159).

Sul punto, la prima indicazione legislativa si deve al d.lgs. n. 18/2001, che, collocandosi sulla stessa linea dell'indirizzo giurisprudenziale più restrittivo, definiva il ramo d'azienda « come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata [...], preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità ». Invece, dopo la modifica intervenuta con l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 l'oggetto del negozio traslativo — vale a dire l'articolazione funzionalmente autonoma — può anche essere « identificat[o] come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento », con l'effetto, almeno apparente, di cancellare l'obbligo di dimostrare che il ramo non abbia mutato identità.

Senonché, è diffusa l'idea per cui la preesistenza continui a

(157) Secondo la Cassazione, per soddisfare questo requisito è necessario che il ramo si presenti « come una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo » (così, fra le altre, Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Foro it.*, I, 2003, 110). Su questo orientamento si esprime in termini critici SANTORO PASSARELLI G., *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori*, cit., p. 18, il quale osserva che detta prospettiva conduce a ritenere che il ramo dovrebbe « essere contrassegnato non soltanto dalla coesione funzionale e organizzativa dei beni e dei rapporti giuridici ma anche dall'autonomia gestionale, amministrativa e commerciale del risultato produttivo [...] ». Senonché, « i tratti di identificazione dell'articolazione funzionalmente autonoma, ai fini e per gli effetti dell'art. 2112 comma 5 c.c., sono costituiti sicuramente dalla coesione organizzativa e funzionale dei beni e rapporti giuridici all'esercizio dell'attività economica organizzata, e cioè all'esercizio dell'impresa del cedente, ma non necessariamente dall'autonomia commerciale dell'articolazione e dall'autonomia del risultato produttivo ».

(158) Pret. Genova 22 ottobre 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 141; Trib. Genova 4 novembre 1999, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 427.

(159) Trib. Milano 11 marzo 2000, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 433; Pret. Genova 27 giugno 1998, Pret. Genova 12 giugno 1998, Pret. Milano 16 settembre 1998, *ivi*, pp. 982, 987 e 995.

rappresentare un tratto costitutivo della fattispecie e ciò sul presupposto che, se così non fosse, alle parti sarebbe rimessa la facoltà di determinare a loro piacimento l'ambito di applicazione dell'art. 2112, con la conseguente legittimazione a disporre del requisito dell'autonomia funzionale (160).

Al riguardo, è scontato che l'attuale versione della disposizione punti all'ampliamento della libertà nella determinazione del ramo. Ed a ciò che si deve la mancata riproposizione della preesistenza, che sul piano letterale costituisce un dato inconfutabile, nonostante il tentativo di ravvisarne una perdurante traccia, facendo leva sulla funzione meramente ricognitiva che sarebbe riservata alle parti dall'espressione — riferita alla porzione d'azienda oggetto del trasferimento — « identificata come tale dal cedente e dal cessionario (...) » (161).

Non è, però, altrettanto scontato che da ciò discenda una deroga all'autonomia funzionale, potendo questa conservare il carattere d'intangibilità anche nella diversa prospettiva del superamento della preesistenza, con l'ovvia differenza, però, che il legittimo dispiegarsi della libertà negoziale non è più assoggettato al limite per cui il bene ceduto deve avere già fornito dimostrazione della propria capacità produttiva. Questa, infatti, può manifestarsi anche in termini solo potenziali, consentendo di ascrivere alla fattispecie di cui all'art. 2112 operazioni in cui l'oggetto della cessione sia un'at-

(160) Trib. La Spezia 14 ottobre 2008, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, p. 661; Trib. Milano 28 luglio 2008, in *Orient. giur. lav.*, 2008, p. 680; Trib. Milano 29 febbraio 2008 e Trib. Roma 3 marzo 2008, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 673; Trib. Padova 5 ottobre 2007, *ibidem*, p. 197. A favore, invece, della non necessità di un'autonomia funzionale preesistente, v. Trib. Torino 17 dicembre 2005, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1773.

(161) PERULLI, *L'autonomia privata individuale e collettiva nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, 2004, 2, p. 118 ss.; NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, Milano, 2005, p. 29; BAVARO, *Il trasferimento d'azienda*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, cit. p. 183 ss.; ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimenti di azienda, appalti interni*, cit., p. 208.

tività già esistente presso il cedente, ma alterata nella sua struttura e nella sua consistenza, nonché altre, con ancora più marcati tratti di discontinuità, in cui l'organizzazione trasferita sia stata creata *ex novo* (162).

In entrambi i casi, e proprio per l'invariato carattere inderogabile della norma, il potere di autoregolamentazione non può comunque andare a scapito dell'autonomia del ramo, anche se può legittimamente spingersi sino al punto di farle assumere sembianze in tutto o in parte prive di corrispondenza rispetto all'assetto organizzativo del cedente. Situazione resa possibile dall'incremento della discrezionalità nell'esercizio dei poteri datoriali, conseguenza del fatto che non rilevando la conservazione dell'identità del ramo all'atto del suo trasferimento, svanisce anche la relazione d'inscindibilità fra l'attività trasferita e i lavoratori che vi afferivano: relazione attestante, in quella diversa prospettiva, anche il limite del potere imprenditoriale di disporre delle prestazioni lavorative. Pertanto, se si supera il requisito della preesistenza, il datore può fare affidamento su di un margine di manovra, che gli consente, anche nell'imminenza della cessione, di avvalersi di maggiori varianti organizzative, comunque condizionate dai limiti della legislazione antidiscriminatoria, nonché dall'obbligo di assegnare coloro che vanno ad integrare il ramo di nuova costituzione (o che ne sono esclusi) a mansioni conformi al canone dell'equivalenza.

Ed è proprio questa più accentuata libertà che induce erroneamente a ritenere che, se così interpretata, l'attuale formulazione dell'art. 2112, comma 5, possa generare la libertà di disporre del requisito, il quale essendo posto a garanzia della capacità produttiva del ramo, assicura ai lavoratori un'adeguata continuità occupazionale. E ciò con l'ulteriore possibile effetto che il negozio traslativo

(162) Da questo punto di vista, rende pienamente l'idea l'esemplificazione proposta da MARESCA, *L'oggetto del trasferimento*, cit. p. 102, che prospetta l'ipotesi di un'impresa composta da tre stabilimenti dove si fabbricano chiodi, viti e bulloni, dai quali vengono scorporati parte dei dipendenti e delle attrezzature, al fine di realizzare supporti metallici, vale a dire un prodotto completamente diverso.

diventi un pretesto per agevolare dimissioni di personale, che diversamente sarebbero assoggettate a limiti più stringenti.

Acquisito che dall'autonomia funzionale del ramo intesa in senso potenziale non scaturiscono gli effetti derogatori da taluni imputatigli, non può, comunque, trascurarsi che la perdurante operatività della preesistenza trova un appiglio in ambito comunitario nella prescrizione che fa corrispondere il trasferimento d'azienda a « quello di un'entità economica che conserva la propria identità » (163).

Nell'interpretazione della Corte di Giustizia la previsione ha assunto il significato della necessaria sussistenza di un « nesso funzionale di interdipendenza e complementarità » fra gli elementi produttivi oggetto della cessione (164). Nondimeno, però, l'obiettivo di tutelare i lavoratori, garantendo continuità al ramo, non implica un rapporto di perfetta identità fra la dislocazione dei suoi elementi costitutivi nella fase anteriore e in quella successiva al mutamento di titolarità. Infatti, il principio espresso dalla legislazione europea non è considerato d'ostacolo a vicende circolatorie, che approdino all'alterazione del precedente assetto organizzativo, essendo comunque ammissibile la continuazione di « un'attività economica [anche solo] analoga » e che non comporti « il mantenimento dell'organizzazione specifica imposta dall'imprenditore ai diversi fattori di produzione trasferiti » (165). Il che, fra il resto, equivale a legittimare ridimensionamenti quantitativi dell'organizzazione — ed in particolare, per quello che qui più interessa,

(163) Art. 5, n. 1, lett. *b*) direttiva 2001/23/CE. Va, peraltro, segnalata l'opinione di chi non ritiene che la direttiva imponga la preesistenza dell'autonomia funzionale, essendo sufficiente « che il ramo “*identificato*” conservi la sua identità *dopo* il trasferimento ». Sicché, nulla impedirebbe « sotto il profilo comunitario (...) che le parti possano individuare *immediatamente prima* dell'operazione economica la struttura organizzata da trasferire, purché essa mantenga inalterata l'identità dopo la cessione » (C. App. Milano 22 marzo 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 320).

(164) Corte di giustizia CE, 12 febbraio 2009 (c-466/07), in *Riv. it. dir. lav.* 2010, II, p. 212.

(165) Corte di giustizia CE, 12 febbraio 2009, cit.

una riduzione del precedente organico —, potendo una siffatta eventualità non essere considerata sufficiente per allentare gli elementi di coesione, che ne determinano l'autonomia (166).

L'approccio così delineato si fa senza dubbio apprezzare per pragmatismo e segnatamente per l'apertura verso operazioni che, pur non implicando la conservazione degli assetti dell'originario ciclo produttivo, non per questo si presumono volte ad assecondare strategie confliggenti con la tutela dei lavoratori. Al contempo, però, la duttilità dei criteri distintivi su cui fa leva, genera non trascurabili incognite, essendo certo poco agevole individuare parametri sufficientemente oggettivi, onde stabilire il grado di intensità dei nessi di interdipendenza, che devono essere preservati pena l'inapplicabilità del passaggio diretto dei lavoratori. Incognite che, peraltro, corrispondono a quelle in generale connaturate alla preesistenza dell'autonomia del ramo, rispetto alla quale è in ogni caso complicato individuare i collegamenti funzionali la cui conservazione è determinante ai fini di soddisfarne i presupposti e che si manifestano con la medesima intensità sia nelle cessioni di attività o servizi marginali rispetto al *core business* aziendale sia in quelle riguardanti l'attività centrale di un'impresa (167).

Tuttavia, il requisito della preesistenza non è solo di problematica applicazione, in ragione della soggettività di giudizio a cui si presta, risultando, altresì, anche inadeguato a perseguire la finalità garantistica alla quale dovrebbe rispondere.

Esso, infatti, non pone, anzitutto, al riparo da operazioni fraudolente, realizzate mediante « una previa e surrettizia delimitazione del ramo da cedere oppure attraverso una accorta e progressiva confluenza nel medesimo ramo del personale eccedente o sgradito » (168). Eventualità rispetto alla quale la preesistenza

(166) Cass. 17 marzo 2009 n. 6452, in *Lav. giur.*, 2009, p. 740.

(167) DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda*, cit., pp. 32-33.

(168) DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda*, cit., p. 35.

funge da antidoto solo se la condotta elusiva prende forma all'atto del trasferimento, ma non nella diversa, e certo non improbabile, ipotesi in cui sia il punto di caduta di una più risalente programmazione i cui effetti si producono anteriormente allo stesso trasferimento, così da rendere il ramo, per l'appunto, preesistente ad esso.

Inoltre, non è comunque in grado di impedire disaggregazioni successive alla cessione. E ciò sul presupposto che « non si è mai realmente dubitato che il ramo d'azienda (...) possa essere utilizzato e dunque anche modificato dal cessionario nel libero esercizio della sua attività economica ». Infatti, anche volendo sostenere « che l'art. 2112 c.c. riguardi il trasferimento dell'impresa in atto e non un complesso organizzativo autonomo anche solo in potenza », non è possibile « precludere al cessionario di esercitare per intero il suo potere organizzativo » (169). Dimodoché, il ramo transitato può legittimamente mutare la sua preesistente configurazione in una fase, anche di poco, successiva alla cessione, con l'effetto di smarrire la correlazione funzionale fra beni e lavoratori (o anche solo fra lavoratori nel caso si tratti di attività cosiddette *labour intensive*), che proprio la preesistenza pone a presidio della tutela occupazionale.

Considerazioni, queste, che ridimensionano, fino a farne svanire la reale portata, le critiche mosse alla tesi della connotazione anche solo potenziale dell'autonomia funzionale, facendo, altresì, emergere la necessità di ricorrere a rimedi in grado di allestire contromisure realmente adeguate a fronteggiare le degenerazioni alle quali si presta il trasferimento di parte dell'azienda. Risultato al quale è possibile approdare, sottoponendolo al vaglio dei parametri del negozio in frode alla legge, ai quali la giurisprudenza già peraltro

(169) CESTER, *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 234.

attinge, onde smascherare manovre elusive della disciplina sui licenziamenti (170). Tale soluzione, infatti, è da preferire, essendo improntata ad un criterio di effettività che, diversamente da quello della preesistenza, riduce il rischio di penalizzare operazioni di riposizionamento dei complessi produttivi funzionali ad assecondare iniziative imprenditoriali mosse da obiettivi estranei a finalità elusive.

4.2. *L'internalizzazione e il divieto di interposizione: i criteri per la distinzione fra appalto e somministrazione di manodopera.*

A cessione avvenuta, il giudizio prognostico sull'autonomia funzionale lascia il campo ad una valutazione *a posteriori* sulla sua effettiva capacità di esplicarsi, che trova un primo riscontro nell'idoneità del bene ceduto a conseguire il risultato produttivo prefigurato dalle parti al momento del trasferimento. Da questo punto di vista, la fase conclusiva delle esternalizzazioni fornisce una risposta positiva, dato che l'utilizzo del segmento aziendale per l'esecuzione dell'appalto tra cedente-appaltante e cessionario-appaltatore, costituisce un sintomo tangibile della sua capacità produttiva e quindi anche della sua autonomia funzionale (171).

Che la relativa attività segua effettivamente lo schema dell'appalto non dipende, tuttavia, solo dalla circostanza che sia in grado di produrre beni o fornire servizi, e quindi dalla sua proiezione esterna, ma anche dai meccanismi organizzativi e gestionali interni all'impresa, i quali non possono prescindere dall'organizzazione dei mezzi necessari e dall'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore. Meccanismi che, tuttavia, si atteggiavano diversamente a seconda dell'oggetto della prestazione, sino a corrispondere, nei contratti che non richiedono un rilevante impiego di beni mate-

(170) V. *infra* § 4.1.

(171) MARESCA, *L'oggetto del trasferimento*, cit., p. 96.

riali, all'« esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto » (art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

La violazione di tali presupposti determina la nullità del contratto unitamente al transito dei rapporti di lavoro dall'appaltatore all'appaltante (172). E che si tratti di nullità — i cui effetti, quindi, decorrono *ex tunc* — è dimostrato dall'imputazione all'appaltante dei pagamenti nel frattempo intercorsi fra l'appaltatore e i lavoratori e degli atti che lo stesso appaltatore ha compiuto per la gestione dei rapporti di lavoro (art. 27, comma 2, d.lgs. n. 276/2003), risolto, questo, che depone inequivocabilmente a favore dell'obbligo dell'appaltante di farsi carico degli oneri correlati alla titolarità del rapporto a decorrere dall'insorgenza dell'interposizione illecita (173).

Quanto alla configurazione della fattispecie, è opinione comune che l'attuale disciplina abbia attinto dall'elaborazione formatasi sulla l. n. 1369/1960 (174), il cui risultato finale ha prodotto l'attenuazione di alcuni aspetti di rigidità di quella legge, ormai divenuti dissonanti rispetto ai profondi mutamenti via via intervenuti nel sistema produttivo ed in particolare con il diffondersi di attività in cui non è richiesto un significativo impiego di mezzi e strutture. Ci

(172) V. art. 29, comma 3-*bis*, ai sensi del quale « Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'art. 27, comma 2 ».

(173) Nello stesso senso v. anche DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 154 ss., il quale vi ravvisa una significativa continuità con la legge del '60 — dove la medesima configurazione era stata desunta in via interpretativa dalla Cassazione — « con una responsabilità residuale riversata sull'appaltante/utilizzatore, ma con la contemporanea previsione, a favore di questi (e fatti salvi i rapporti interni), della conservazione dell'attività giuridica posta in essere dal datore di lavoro fittizio, onde evitare il rischio di irragionevoli duplicazioni di pretese, come quelle che avrebbero potuto realizzarsi (e non di rado si erano realizzate) nel precedente regime » (p. 159).

(174) V., per tutti, DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, p. 138.

si riferisce agli appalti ad alta intensità di lavoro, dove l'apporto organizzativo dell'appaltatore consiste essenzialmente nell'organizzazione dei propri addetti. Rispetto ad essi, com'è noto, la giurisprudenza formatasi sulla legge del '60 ha da ultimo statuito che occorre verificare se l'appaltatore dirige il personale coordinandolo al fine della realizzazione del bene o del servizio, sulla base, quindi, degli stessi criteri qualificatori utilizzati, ai fini dell'imputazione del rapporto di lavoro subordinato. Requisito da tenere distinto dal potere di controllo al cui esercizio è legittimato il committente, il quale è esplicabile anche mediante la predeterminazione da parte dello stesso committente delle modalità temporali e tecniche alle quali deve attenersi l'appaltatore ai fini della corretta esecuzione del contratto. In particolare, la circostanza che il primo impartisca disposizioni agli ausiliari del secondo non è di per sé sufficiente a deporre per l'illiceità dell'appalto, essendo in ogni caso necessario verificare se dette disposizioni « siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro, in quanto inerenti a concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, oppure al risultato di tali prestazioni, che può formare oggetto di genuino contratto d'appalto » (175).

Nei confronti di siffatta impostazione, l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 si pone su di una linea di assoluta continuità, imponendo una valutazione vincolata ai tratti costitutivi dell'impresa tipici di ciascun settore e che, nei cosiddetti appalti leggeri, può, per l'appunto, risolversi nell'accertamento dell'effettivo esercizio da parte dell'appaltatore del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori.

In definitiva, quindi, la norma valorizza aspetti del contratto d'appalto particolarmente utili ai fini del corretto inquadramento delle situazioni più critiche sotto il profilo lavoristico, aspetti che tuttavia restano entro i confini dell'« effettiva organizzazione dei mezzi necessari » richiamata dall'art. 1655 cod. civ., senza alterarne

(175) Cass. 6 giugno 2011, n. 12201, in *Mass. giur. lav.*, 2011, p. 709.

la portata. Se a questo, poi, si aggiunge, che entrambe le disposizioni indicano il rischio d'impresa quale altro presupposto dell'appalto (176), è evidente che il d.lgs. n. 276 non incide sulla fattispecie così come disciplinata dal Codice civile, facendole per conseguenza assumere la medesima connotazione nell'ambito del diritto dell'impresa e di quello del lavoro. Corrispondenza che era già prospettabile prima della riforma del 2003, ma a maggior ragione ora essendo venuta meno la presunzione di cui all'art. 1, comma 3, l. 1369/1960 (che qualificava « appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto anche per l'esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante ») (177), da considerarsi quale unica alterazione del rapporto di identità fra la nozione codicistica di appalto e quella che faceva da sfondo alla legge del '60 (178).

(176) Rischio d'impresa che costituisce l'altra faccia dell'autonomia organizzativa, in quanto « organizzare un'attività produttiva significa appunto assumerne il rischio economico »: così, CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 83. Nello stesso senso v. anche ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 456 ss. Ma non dissimile è anche l'approccio adottato dalla giurisprudenza, secondo cui il requisito in questione impone di valutare se l'appaltatore « sia provvisto di una propria organizzazione di impresa (con riferimento a quello specifico lavoro o contratto), se si sia effettivamente impegnato a fornire all'appaltante una opera o un servizio determinato, affrontando però l'alea economica insita in ogni attività produttiva veramente autonoma, se infine i lavoratori impiegati per il raggiungimento di tali risultati siano in concreto da lui diretti ed agiscano realmente alle sue dipendenze e nel di lui interesse » (Cass. 11 settembre 2000, n. 11957).

(177) Nonostante risalti come una delle più significative novità del d.lgs. n. 276, la mancata riproposizione di questo principio non comporta modifiche di ordine sostanziale rispetto alla precedente disciplina, sia perché la sua incidenza già da tempo era stata ridimensionata a livello interpretativo, sia perché, come opportunamente si è posto in evidenza (ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 268), nulla esclude, che, anche in assenza della sua espressa previsione, ove il trasferimento fra appaltante e appaltatore di capitali o di attrezzature nasconda un intento illecito il giudice possa comunque ricorrere alle figure della simulazione e/o dell'intento fraudolento.

(178) Cfr. BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, cit., p. 151, che osserva come la norma « non ci dice che non esiste l'impresa, ma che esiste l'interposizione vietata: il che è ben altra cosa. In presenza di talune circostanze oggettive relative alla provenienza dei fattori produttivi, la legge stabilisce non già che non vi è appalto di

Nello specificare i criteri di distinzione tra appalto e interposizione (179), l'art. 29 non si limita, tuttavia, a trasporre in legge gli indici di genuinità dell'appalto che erano già stati enucleati in sede interpretativa, ma chiama, altresì, in causa la somministrazione di manodopera (« Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione » ecc.), facendola assurgere a termine di raffronto dal quale desumere, di riflesso, i criteri identificativi dello stesso appalto ed in particolare il carattere che ai fini della sua configurabilità deve assumere l'organizzazione dei mezzi da parte dell'appaltatore.

Va detto che l'organizzazione delle risorse necessarie all'attività d'impresa riguarda anche la somministrazione, con la differenza, però, che in questo caso essa si esplica prevalentemente nella fase anteriore alla sua esecuzione (180), dovendo, altresì, attenersi a regole strutturali e direzionali definite per legge attraverso principi inderogabili di generale applicazione per le imprese che accedono a questo tipo di mercato. Regole che — assieme a quelle del distacco — servono, altresì, a delimitare l'area entro cui è legittimamente praticabile la dissociazione fra titolarità del rapporto ed esercizio delle tipiche prerogative datoriali, dalla quale è, invece, escluso l'appalto.

Peraltro, come si è detto, i tratti che contraddistinguono l'organizzazione dell'appaltatore possono sensibilmente mutare a se-

opere o servizi, ma che vi è appalto di opere o servizi disciplinato come appalto di manodopera ».

(179) Che costituiva uno degli obiettivi indicati in sede di delega: v. art. 1, comma 2, lett. *m*).

(180) Per una diversa impostazione v. CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta di lavoro*, cit., p. 102, che esclude che il contratto di somministrazione richieda un apporto organizzativo del somministratore in fase esecutiva. Sennonché, anche in questo frangente l'agenzia non è totalmente espropriata dei suoi poteri di datore di lavoro: basti pensare, ad esempio, alla facoltà di richiamare il lavoratore in missione anche prima del suo termine finale oppure all'esercizio del potere disciplinare che resta, comunque, di sua esclusiva pertinenza.

conda dell'attività dedotta in contratto. Ciò ha suggerito al legislatore di graduarne l'intensità, con, tuttavia, il limite in ogni caso invalicabile dell'esercizio da parte dell'appaltatore dei poteri tipici qualificanti la figura del datore di lavoro, funzionali ad indicare la soglia minima d'imprenditorialità richiesta allo stesso appaltatore.

L'accento posto sull'ipotesi di appalti che prescindono dall'impiego di mezzi materiali e attrezzature non esclude, tuttavia, che questi diventino comunque necessari perché l'appalto possa considerarsi tale; ovvero — ma è la stessa cosa — che è sufficiente in ogni caso organizzare e dirigere la manodopera affinché vi sia corrispondenza con la nozione dell'art. 29. Significa, piuttosto, che il primo requisito è indispensabile, unitamente al secondo, in tutte le ipotesi in cui l'esecuzione dell'opera o del servizio non può prescindere da un apporto materiale (181), mentre è irrilevante, e non potrebbe essere altrimenti, per l'eventualità in cui siffatto genere di apporto non sia richiesto in ragione della natura della prestazione convenuta dalle parti.

Proprio in riferimento a tale ultima situazione, occorre soffermarsi sul rapporto fra organizzazione del lavoro ed esercizio del potere direttivo, i cui aspetti problematici erano già emersi in riferimento alla precedente disciplina e rispetto al quale quella attuale fornisce (ancora una volta) una risposta in linea con la prevalente interpretazione affermatasi in vigenza della l. n. 1369 (182), tale per cui i due profili non possano essere disgiunti: continua quindi a trovare applicazione il principio secondo il quale « per la liceità dell'appalto non [è] sufficiente che l'organizzazione

(181) Di diverso avviso è, invece, DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 485, secondo il quale « nell'ottica di garantire genuinità e trasparenza all'imputazione soggettiva del rapporto, scarso peso assume la connotazione imprenditoriale dell'appaltatore e se questi organizzati l'insieme dei mezzi materiali ». Secondo l'A., infatti, ciò che conta davvero è che « l'appaltatore eserciti i poteri datoriali nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto ».

(182) Cfr., in particolare, DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda*, cit., p. 48 ss.

dell'appaltatore si estrinsechi nella mera assunzione, retribuzione e la connessa gestione amministrativa del personale » (183), vale a dire nell'organizzazione del lavoro; così come non è ammesso che di essa si faccia carico l'appaltante, riservandosi l'appaltatore il solo compito di dirigere la manodopera. Sicché, il divieto d'interposizione continua a collocarsi, come è stato a partire dalla l. n. 196/1997, in uno spazio collocato fra appalto e fornitura di manodopera. Così come su di una linea di continuità si attestano i criteri preposti alla soluzione delle questioni di più complicata lettura, tipicamente riscontrabili negli appalti a bassa intensità organizzativa e ad alta intensità di manodopera, che continua a dipendere dalla portata attribuita alla esile linea di demarcazione che in siffatti casi intercorre fra il collegamento funzionale connaturato all'appalto — grazie al quale è possibile un coordinamento fra i rispettivi assetti organizzativi, senza però trascendere in un'interferenza nell'autonomia operativa dell'appaltatore per quanto riguarda, fra il resto, la gestione della manodopera — e il potere direttivo intrinseco al lavoro subordinato.

(183) Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 254. Per una prima conferma in relazione al nuovo quadro normativo, v. T.A.R. Piemonte 27 giugno 2006, n. 2711, *ivi*, 2007, p. 49.

CAPITOLO II

FLESSIBILITÀ ORGANIZZATIVA E LAVORO AUTONOMO COORDINATO

SOMMARIO: 1. Le collaborazioni coordinate e continuative come strumento di decentramento produttivo. — 2. La diversificazione della disciplina: il lavoro a progetto; le collaborazioni coordinate e continuative rese in favore delle pubbliche amministrazioni; quelle rese in favore di committenti privati per le quali non è necessaria l'esecuzione della prestazione nell'ambito di un progetto. — 2.1. Il lavoro occasionale è compatibile con una prestazione coordinata e continuativa? — 2.2. Le cd. partite iva. — 3. La disciplina del lavoro a progetto: premessa. — 4. Il collegamento funzionale agli obiettivi del committente: il progetto. — 4.1. Le conseguenze della mancata individuazione del progetto. — 5. Il collegamento funzionale all'organizzazione del committente: l'autodeterminazione del lavoratore a progetto tra autonomia e coordinamento. — 6. La valenza discretiva del tempo nelle sue differenti declinazioni: la continuità della prestazione; l'irrelevanza del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa; il necessario assoggettamento del vincolo contrattuale ad un termine. — 7. L'estinzione del contratto.

1. *Le collaborazioni coordinate e continuative come strumento di decentramento produttivo.*

Le ragioni della diffusione delle collaborazioni coordinate e continuative (1) non differiscono da quelle a cui si deve l'affermazione

(1) È noto che il ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative è aumentato in misura assai consistente all'indomani della riforma pensionistica del 1995, che ne ha introdotto l'obbligo di copertura previdenziale, garantita grazie ai contributi versati alla gestione separata istituita presso l'Inps. Nonostante, infatti, « il nuovo obbligo contributivo avrebbe dovuto sortire un effetto di scoraggiamento dell'uso del lavoro parasubordinato, viceversa fu inteso, in fatto, da non pochi datori di lavoro come una sorta di lasciapassare, quasi come un'implicita autorizzazione all'impiego di uno schema contrattuale dai contorni ambigui e sfuggenti, ma comunque tale da comportare (in termini retributivi, contributivi e di disciplina applicabile al rapporto di

zione delle figure contrattuali già passate in rassegna. Tale assimilazione funzionale, che consente di collocare anche il lavoro coordinato fra gli strumenti di decentramento produttivo (2), risulta ancora più pertinente da quando il suo utilizzo ha assunto una fisionomia, che talvolta lo accomuna anche sul piano quantitativo a quello di contratti, come la somministrazione di manodopera e soprattutto l'appalto, strutturalmente preposti ad assecondare esigenze di decentramento su larga scala (3).

Anche qui il ricorso a soluzioni alternative alla subordinazione dipende dall'evolversi dei sistemi di organizzazione del lavoro, dove l'affinamento tecnologico dei metodi di produzione ha ridotto l'importanza del controllo gerarchico (4), determinando una « par-

lavoro) oneri di gran lunga inferiori a quelli propri del lavoro subordinato » (ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 65/2008, p. 12).

(2) DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia*, cit., p. 55; NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva*, cit., p. 39, il quale a proposito della regolamentazione delle collaborazioni coordinate e continuative introdotta dal d.lgs. n. 276/2003 osserva come « Mediante il lavoro a progetto l'imprenditore si ritira dal suo essere datore di lavoro per acquistare sul mercato dei beni e dei servizi in via continuativa il risultato del lavoro autonomo descritto dal progetto. Cosa significa ciò? Significa che il lavoro a progetto è l'ultimo anello, finora mancante, del decentramento di attività produttiva dell'impresa verso una persona fisica ».

(3) Lo dimostra l'attività di *call center*, divenuta l'emblema del rapporto di fungibilità che può intercorrere fra le collaborazioni autonome e le fattispecie commerciali di cui si è già detto, ma anche dell'uso distorto della figura. Ed è proprio la rilevanza assunta in questo settore dall'elusione della normativa inderogabile del lavoro subordinato, che è stata all'origine della circolare n. 17 del 2006 del Ministero del Lavoro e che ha, altresì, ispirato il processo di stabilizzazione delle collaborazioni coordinate e continuative introdotto dalla l. n. 296 del 2006. Su questi aspetti, v. MARAZZA, *Il mercato del lavoro dopo il caso Atesia. Percorsi alternativi di rientro dalla precarietà*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 327 ss., nonché MARESCA, CAROLLO, *Il contratto di collaborazione a progetto nel settore call center*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 683 ss.

(4) V., fra le altre, Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 272, ma sul punto cfr. anche PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 4, che osserva come la profonda trasformazione dei sistemi di produzione ha determinato l'emersione di modelli di collaborazione « più variegati e complessi di quelli tradizionali che, però, non sono totalmente diversi dal tipo del lavoro subordinato perché sono pur sempre funzionali alla realizzazione dell'interesse produttivo dell'impresa, anche se sono caratterizzati dall'attenuazione, a volte vistosa, della soggezione gerarchica ».

ziale ricomposizione della frattura che separa e giuridicamente regola le sfere di deducibilità *in obligatione* » del lavoro (5), raffigurata nella costante massima giurisprudenziale per cui ogni attività umana economicamente rilevante può essere ricondotta, a seconda delle sue modalità di svolgimento, all'interno o all'esterno dell'area della subordinazione (6). Depurato dal carattere di assolutezza che assume nell'enunciato dei giudici (7), il principio, infatti, fornisce una fedele rappresentazione di contesti organizzativi, dove la crescente autodeterminazione nelle modalità dell'adempimento ha reso più permeabile il confine fra autonomia e subordinazione. Contesti profondamente diversi da quelli che, invece, avevano ispirato il Codice civile, dove ancora i metodi di produzione imponevano un penetrante controllo dei tempi e dei modi di esecuzione del lavoro subordinato, rendendo, per converso, appropriato quello autonomo

(5) PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da CICU e MESSINEO e continuato da MENGONI, volume XXVII, tomo I, Milano, 1996, p. 174.

(6) Fra le tante, Cass. 28 luglio 1999, n. 8187, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 280.

(7) È difficile, infatti, sostenere che tutte le attività umane possano essere dedotte, indifferentemente, in un contratto di lavoro subordinato o in uno di lavoro autonomo. Basti pensare alle ragionevoli precisazioni contenute nella già citata circolare ministeriale sui *call center* (n. 17 del 2006), dove si esclude che un lavoratore addetto a rispondere alle chiamate dell'utenza (operatore cosiddetto *in bound*) possa essere inquadrato come collaboratore autonomo. E ciò perché il servizio presuppone modalità operative strutturalmente incompatibili con prestazioni diverse da quelle rese in regime di subordinazione. Tale orientamento ministeriale è stato ulteriormente sviluppato nella circolare n. 4/2008, dove si specifica « che una prestazione elementare, ripetitiva e predeterminata è assai difficilmente compatibile con una attività di carattere progettuale, suscettibile di una valutazione in termini di risultato tipica della collaborazione coordinata e continuativa nella modalità a progetto ». Sulla base di questa premessa, la circolare fornisce un'elencazione a titolo esemplificativo di questo tipo di prestazioni: addetti alla distribuzione di bollette o alla consegna di giornali, riviste ed elenchi telefonici; addetti alle agenzie ipliche; addetti alle pulizie; autisti e autotrasportatori; babysitter e badanti; baristi e camerieri; commessi e addetti alle vendite; custodi e portieri; estetiste e parrucchieri; facchini; istruttori di autoscuola; letteristi di contatori; manutentori; muratori e qualifiche operaie dell'edilizia; piloti e assistenti di volo; prestatori di manodopera nel settore agricolo; addetti alle attività di segreteria e terminalisti.

solo per prestazioni adempiute istantaneamente e la cui attività preparatoria era, quindi, estranea all'interesse del creditore (8).

E anche in questo caso, ancora più che altrove, la propensione al decentramento produttivo è stata alimentata dall'obiettivo di eludere gli oneri del lavoro subordinato. Infatti, malgrado l'insistita ricerca di una legittimazione del fenomeno presupposto della sua funzionalità rispetto alle già accennate modificazioni organizzative, la finalità elusiva ha rappresentato un determinante fattore di diffusione del lavoro coordinato.

Le ragioni di una tale distorsione vanno ricondotte, com'è noto, all'esiguità del regime protettivo della cosiddetta parasubordinazione (9) — tale da renderla particolarmente appetibile in termini di costi di gestione — e alla sua raffigurazione da parte dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. (10), che nonostante riguardi solo la competenza del giudice del lavoro, è stata utilizzata come via di fuga dal lavoro dipendente, con l'effetto di innescare una situazione di illegalità diffusa e generatrice di una figura intesa come fungibile al lavoro subordinato, ma con minori costi e minori diritti.

(8) Cfr. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie*, cit., p. 1, il quale sottolinea che nella codificazione del 1942 i due tipi contrattuali, per i motivi sopra esposti, costituiscono una « rigida dicotomia ».

(9) È rimasta, infatti, priva di riscontro applicativo la tesi che ne ha teorizzato l'assoggettamento ad alcune parti della disciplina del lavoro subordinato (SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro « parasubordinato »*, Milano, 1979).

(10) L'enunciato dell'art. 409, n. 3 (che ricomprende fra i rapporti assoggettati al rito del lavoro i « rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato ») ricalca, quasi alla lettera, quello dell'art. 2 della l. n. 741/1959, il quale estendeva *erga omnes* « i contratti collettivi e gli accordi economici collettivi anche per i rapporti di collaborazione non subordinati che si concretano in una prestazione d'opera continuata e coordinata ». Sennonché, in questo caso l'identificazione della figura così descritta era più agevole rispetto a quanto non avvenga nella norma processuale, dovendo in ogni caso trattarsi di rapporti per i quali era stato stipulato un accordo economico collettivo (così, PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, I, p. 206).

2. *La diversificazione della disciplina: il lavoro a progetto; le collaborazioni coordinate e continuative rese in favore delle pubbliche amministrazioni; quelle rese in favore di committenti privati per le quali non è necessaria l'esecuzione della prestazione nell'ambito di un progetto.*

Onde contrastare il diffondersi di prassi frodatorie — e sulla scia di un intenso dibattito sfociato in diverse proposte di riforma (11) — questi rapporti sono stati dotati di una disciplina sostanziale — contrassegnata, in particolare, dalla loro necessaria riferibilità a progetti di lavoro (12) — con l'obiettivo di ricondurne l'utilizzo alla sua corretta dimensione, ossia quella del lavoro genuinamente autonomo (13).

Sarebbe, tuttavia, riduttivo circoscrivere la portata della rivisi-

(11) Per un riepilogo delle quali v. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, cit., p. 11 ss.

(12) Art. 61 comma 1. I presupposti e le linee guida dell'intervento legislativo erano, peraltro, già stati anticipati dal Libro Bianco, dove si sottolineava la necessità di disciplinare le collaborazioni coordinate e continuative, onde evitarne l'utilizzo « 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 ». La soluzione proposta per ovviare a queste distorsioni veniva individuata nel « 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. Si rintracciano sovente caratteristiche di coordinamento e continuità nella prestazione, ma pur sempre in un ambiente di autonomia organizzativa, circostanze che reclamano un'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 » (§ II.3.6.).

(13) A questo riguardo la tesi prevalente, e corretta, colloca il contratto a progetto in una relazione di genere a specie con quello d'opera: così, fra gli altri, SANTORO PASSARELLI G., *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 48; CASTELVETRI, *La definizione di lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, cit., p. 1293; GHERA, *Sul lavoro a progetto*, *ibidem*, p. 1340. Un indirizzo minoritario lo considera, invece, un *tertium genus*, distinguendolo, quindi, sia dal lavoro autonomo sia da quello subordinato: DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro subordinato al lavoro "a progetto"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 25/2003, p. 2; PINTO, *Le « collaborazioni coordinate e continuative » e il lavoro a progetto*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, cit., p. 311; VILLANI, *Il lavoro a progetto*, in MAGNANI, VARESI, *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, cit., p. 544 ss.

tazione della materia solo a questo aspetto, dato che, muovendo da un diverso versante, si è cercato di contrastare le pratiche elusive che circondano le collaborazioni coordinate e continuative anche attraverso la somministrazione al mercato del lavoro di massicce dosi di flessibilità, intese ad incentivare il transito di quanti più rapporti possibili dall'incerta area della parasubordinazione a quella del lavoro dipendente. Così come converge nella medesima direzione anche l'istituto della certificazione, la cui finalità deflattiva del contenzioso (14) implica anche un'azione di supporto alle parti, onde favorire il corretto inquadramento del loro programma negoziale.

Dall'operazione di bonifica dal lavoro autonomo irregolare è rimasto, peraltro, estraneo il settore pubblico, nonostante condivide con quello privato l'esigenza di un mercato del lavoro trasparente e improntato a criteri di efficienza. Scelta, questa, che è stata per lo più criticata (15) anche ipotizzandone l'incostituzionalità (16).

Peraltro, vi sono altri settori variamente identificati, che sono stati sottratti all'applicazione della disciplina del lavoro a progetto (art. 61, comma 2, d.lgs. n. 276/2003), in quanto ritenuti meno esposti al rischio di simulazioni. Sennonché mentre per taluni di questi casi (agenti e rappresentanti di commercio e soggetti che percepiscono la pensione di vecchiaia) l'esclusione trova adeguata corrispondenza nel presupposto da cui muove (17), per altri (personale delle società sportive e attività di vendita diretta di beni e

(14) Art. 75 d.lgs. n. 276/2003.

(15) V., fra gli altri, MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, 2003, p. 816 ss.; PAPALEONI, *Il lavoro a progetto o occasionale*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, cit., p. 1366.

(16) Così VALLEBONA (*Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 295) che vi ravvisa una « irragionevole disparità di trattamento (art. 3 Cost.) rispetto ai lavoratori e alle organizzazioni del settore privato ».

(17) I primi, infatti, godono già di adeguati standard di tutela, mentre per i secondi la garanzia di un reddito fisso consente un impegno lavorativo più rarefatto e dunque, almeno in teoria, improntato a criteri esecutivi diversi da quelli della subordinazione.

servizi realizzate mediante call center c.d. *outbound*), spesso al centro di pratiche elusive, è difficile, invece, imputare la scelta a ragioni diverse dalla volontà di accordare una mera agevolazione, assoggettando a minori vincoli l'inquadramento del personale.

Un discorso a parte interessa, invece, gli iscritti agli albi, prima totalmente distinti dai collaboratori a progetto e poi ad essi assimilati per le prestazioni non riconducibili a quelle che presuppongono il corrispondente riconoscimento professionale (art. 1, comma 27, l. n. 92/2012).

La prescrizione — inserita fra quelle relative ai titolari di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto (18) — sottintende il potenziale fraudolento del lavoro autonomo *tout court* reso in ambiti non specialistici, spesso, per questo motivo, a favore di un solo committente e quindi, di regola, a basso reddito.

2.1. *Il lavoro occasionale è compatibile con una prestazione coordinata e continuativa?*

Dall'area del lavoro a progetto restano, inoltre, escluse le prestazioni occasionali, identificate mediante gli indici, fra loro alternativi, della durata e dell'importo massimi, rispettivamente, di trenta giorni ovvero di 240 ore nell'ambito dei servizi di cura e assistenza alla persona e di cinquemila euro di corrispettivo riferiti al medesimo anno (19).

(18) Per l'analisi delle quali si rinvia al § 2.2. del presente capitolo.

(19) Art. 61, comma 2, d.lgs. n. 276/2003. Sulla definizione di lavoro occasionale v. le considerazioni critiche di PEDRAZZOLI, *Superamento di quantità nell'anno come dato di fattispecie: lo sventurato caso del « lavoro occasionale »*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 228, secondo cui « l'attribuzione di diritti e facoltà perde ragionevolezza, e diventa incerta, se ha per presupposto, invece di una « specie tipizzata del fatto », meri oltrepassamenti esteriori di quantità, o di limiti intesi come soglie. Il modo di individuazione della fattispecie ora segnalato diventa poi assolutamente ingestibile se il superamento delle soglie è ancorato a periodi predeterminati di tempo, nella specie un non meglio identificato « anno solare », che ha l'effetto di disarticolare ogni applicazione, divenendo questa non tanto controvertibile, quanto disagevole e opportunistica ». Di diverso avviso è, invece, CATAUDELLA M.C., *Prestazioni occasionali e lavoro*

Oltrepassata l'una o l'altra soglia numerica, si applica il regime del lavoro a progetto (20), a condizione, però, che ne ricorrano i presupposti, poiché altrimenti si gravita comunque nell'area dell'autonomia anche se sul versante del contratto d'opera (21).

Peraltro, non è esplicitato se tali rapporti possano comunque assumere le caratteristiche della parasubordinazione, questione il cui rilievo trascende l'ambito della mera classificazione, non essendo infrequente che dal loro atteggiarsi alla stregua di collaborazioni coordinate e continuative, abbinato all'assenza di un progetto, se ne faccia discendere la natura subordinata.

In particolare, mancano indicazioni circa le loro modalità esecutive — come peraltro anche nel lavoro accessorio, dove egualmente si parla di attività occasionale (22) —, rispetto alle quali anche la legge n. 30/2003 fornisce riscontri non risolutivi. Infatti,

subordinato, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 770, secondo la quale l'utilizzo di indici quantitativi « va valutato positivamente almeno per il contributo che dà al superamento delle incertezze insorte in ordine al significato da attribuire al requisito della continuità, che, proprio per la sua genericità, non sempre risulta di agevole definizione ».

(20) Art. 61, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

(21) Così anche PEDRAZZOLI, *Superamento di quantità nell'anno*, cit., p. 240 ss. Dello stesso avviso è anche la circolare del Ministero del lavoro n. 1/2004, dove si afferma che « sia l'introduzione nel nostro ordinamento della fattispecie dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa nella modalità a progetto, sia la previsione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa a carattere occasionale ex art. 61, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, non hanno certamente comportato l'abrogazione delle disposizioni del contratto d'opera di cui agli artt. 2222 e ss. del codice civile. Ne consegue che, ad esempio, nel caso di un prestatore d'opera che superi, nei rapporti con lo stesso committente, uno dei due limiti previsti dall'art. 61, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, non necessariamente dovrà veder qualificato il proprio rapporto come collaborazione a progetto o a programma, ben potendosi verificare il caso che quel prestatore abbia reso una o più prestazioni d'opera ai sensi degli artt. 2222 e ss. del codice civile ».

(22) Art. 70 d.lgs. n. 276/2003, che dopo le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 32, l. n. 92/2012 riconduce al lavoro accessorio le attività di natura meramente occasionale, che, in riferimento alla totalità dei committenti, non danno luogo a compensi superiori a 5.000 euro nel corso di un anno solare, con la precisazione che nei confronti di imprenditori commerciali o professionisti le prestazioni non possono determinare, per ciascun committente, un corrispettivo maggiore di 2.000 euro. Un regime più restrittivo è previsto per il settore agricolo (art. 70, comma 2) e per quello pubblico (art. 70, comma 3).

per distinguere fra lavoro a progetto e lavoro occasionale ricorre a requisiti ininfluenti rispetto alla struttura della prestazione deducibile nel secondo e tali, quindi, da risultare neutrali, sotto questo profilo, rispetto alla sua necessaria estraneità all'area delle collaborazioni coordinate e continuative (23).

È il caso, anzitutto, dei parametri numerici relativi al corrispettivo massimo e al limite di durata della prestazione (art. 4, comma 1) i quali, per loro natura, sono privi di valore esplicativo in ordine ai criteri ai quali è improntata l'esecuzione del rapporto. Ma lo stesso vale anche per l'altro elemento di discriminazione, ossia il progetto, che non interessando l'intero perimetro delle collaborazioni coordinate e continuative (24), non è nemmeno in grado di delimitarlo, con la conseguenza che, se, da un lato, è escluso si possa parlare di lavoro coordinato a progetto al di sotto delle soglie quantitative che identificano quello occasionale, da un altro lato, non è altrettanto scontato che lo stesso valga anche per la riferibilità di prestazioni occasionali all'area delle collaborazioni non a progetto.

Eventualità che, in assenza di differenti indicazioni di legge, va, dunque, verificata alla luce della possibile coesistenza del carattere dell'occasionalità, su di un versante, con quelli del coordinamento e della continuatività, sull'altro versante.

Al riguardo, non vi è dubbio che la connessione funzionale tra lavoratore e committente di cui è espressione il coordinamento (25), interessa anche prestazioni lavorative destinate ad esaurirsi entro un periodo di tempo anche molto circoscritto. Meno immediato risulta, invece, l'abbinamento fra occasionalità del rapporto e continuatività della prestazione. Anche se, per la verità, più sul piano semantico — che porterebbe ragionevolmente a ritenere occasionalità e continua-

(23) In senso contrario v. BORZAGA, *Le prestazioni occasionali all'indomani della l. n. 30 e del d.lgs. n. 276/2003*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 286.

(24) V. § 2 di questo capitolo.

(25) V. § 5 di questo capitolo.

tività l'una la negazione dell'altra (26) — che su quello sistematico, come dimostrato dal contratto a termine, dove è egualmente prevista una forma di lavoro occasionale (art. 1, comma 4, d.lgs. n. 368/2001 (27)), potendosene, quindi, desumere, che la ridotta durata del contratto non è sufficiente ad escludere la continuità della prestazione: è indiscutibile, infatti, che nel lavoro subordinato, come in ogni altro contratto di durata, la stessa continuità assurge sempre — e quindi anche se il rapporto è molto breve — ad elemento indefettibile della fattispecie, nel duplice senso che lo stesso contratto non assolve « alla funzione economica cui è preordinato se la sua esecuzione non si prolunga nel tempo, e che l'utile che alle parti deriva dal rapporto è proporzionale alla durata di questo » (28).

Peraltro, la conclusione resta invariata anche utilizzando un significato di continuità come quello che in prevalenza è stato desunto dall'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. (29), ossia comprensivo anche dei casi di adempimento istantaneo, con l'effetto, dunque, di imputare la durata alla sola fase di preparazione all'attività solutoria. Si parla, a questo proposito, di contratti ad esecuzione prolungata, intendendo così riferirsi alle situazioni in cui l'adempimento, anche perfezionandosi *uno actu*, necessita di un'applicazione da parte del debitore, che, per motivi legati alle caratteristiche dell'obbligazione, si protragga nel tempo (30). A ben vedere, quindi, tenuto conto, da

(26) BORZAGA, *Le prestazioni occasionali*, cit., p. 286; PEDRAZZOLI, *Superamento di quantità nell'anno come dato di fattispecie*, cit. p. 239.

(27) Che esclude l'obbligatorietà della forma scritta « quando la durata del rapporto di lavoro, puramente occasionale, non sia superiore a dodici giorni ».

(28) OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 174.

(29) PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, I, p. 521; SANDULLI P., *Il lavoro autonomo. Disposizioni generali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, vol. XV, tomo 2°, Torino, 1986, p. 1419; BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 1987, p. 61. Per la giurisprudenza v., fra le altre, Cass. 30 dicembre 1999, n. 14722, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, p. 39.

(30) Cfr. RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, vol. VII, tomo 3°, Torino, 1980, p. 296-297. Sul punto l'A. chiarisce che mentre « l'esecuzione continuata o periodica caratterizza necessariamente alcuni tipi

un lato, dell'indeterminatezza che una simile valutazione della durata implica (31) e, dall'altro lato — sul presupposto della loro natura meramente numerica —, della già rimarcata indifferenza rispetto alla fisionomia dell'obbligazione contrattuale dei tratti distintivi il lavoro occasionale, è possibile che la continuità così intesa interessi anche i rapporti riconducibili a tale figura, a meno che si voglia irragionevolmente ritenere che, non appena superata la soglia dei trenta giorni o delle 240 ore di durata ovvero dei cinquemila euro di corrispettivo nell'anno la prestazione lavorativa assuma in modo automatico una diversa configurazione.

2.2. *Le cd. partite iva.*

Considerazioni ancora differenti valgono, infine, per i titolari di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, suscettibili di una collocazione variabile all'interno o all'esterno del lavoro a progetto, a seconda della riscontrabilità di indicatori di varia natura.

In particolare, dispiega un effetto inclusivo la sussistenza di almeno due fra i seguenti presupposti: la durata della collaborazione superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi; la circostanza che nel medesimo periodo il compenso derivante dalla relativa prestazione costituisca più dell'ottanta per cento di tutti i corrispettivi percepiti; la disponibilità di una postazione lavorativa fissa presso il committente (art. 69-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

È comunque ammessa la prova contraria (art. 69-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) — anche se di fatto, soprattutto nei rapporti che

contrattuali » e quella « istantanea separa rigidamente alcuni tipi contrattuali da altri, che sono di durata », l'obbligazione ad esecuzione prolungata « non arriva a caratterizzare necessariamente e rigidamente nessun tipo contrattuale: perché deriva da una necessità non giuridica ma solo pratica, e quindi, sebbene ricorra o manchi normalmente in un dato tipo di prestazione, può tuttavia scomparire o intervenire in qualche caso concreto senza snaturare il tipo ».

(31) PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 221.

non si esauriscono entro breve tempo, l'indeterminatezza dei requisiti del coordinamento e della continuità (32) rende complicato superare la presunzione relativa — oltre ad essere esclusa l'assimilazione al lavoro a progetto in corrispondenza di un determinato reddito (art. 69-*bis*, comma 2, lett. *b*) (33)) ovvero per prestazioni che presuppongano una comprovata professionalità (art. 69-*bis*, comma 2, lett. *a*) e comma 3).

Nel complesso, l'intento è, evidentemente, quello di fare leva su oneri formali e garanzie minime inderogabili, onde, rispettivamente, disincentivare il ricorso alle "false" partite iva — ossia ad una prassi fra le più ricorrenti per sottrarsi agli oneri del lavoro subordinato — e assicurare un'adeguata tutela a lavoratori che, pur essendo realmente autonomi, sono esposti ai possibili contraccolpi negativi dovuti al regime di sostanziale monocommittenza in cui operano.

Da qui la scelta di ricorrere a criteri selettivi attestanti un'accentuata dipendenza economica, quali senza dubbio sono una collaborazione non breve e soprattutto l'elevata incidenza del relativo compenso sull'importo globale del corrispettivo.

Lo stesso vale anche per il terzo requisito, solo, però, a condizione che alla disponibilità di una postazione fissa corrisponda la dotazione di supporti effettivamente tali da attenuare l'autonomia organizzativa (e dunque, ad esempio, non una semplice scrivania), come si addice alle collaborazioni coordinate e continuative. Risultato, questo, non solo indispensabile onde preservare la coerenza rispetto agli altri due presupposti, ma che risponde anche all'esigenza di arginare le insidie di un'eccessiva discrezionalità valutativa, che diversamente sarebbe favorita dall'altrimenti spiccata genericità del dato normativo.

(32) Per i quali si rinvia ai §§ 5. e 6. di questo capitolo.

(33) Ossia quello « annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 2 agosto 1990, n. 233 ».

3. *La disciplina del lavoro a progetto: premessa.*

Oltre al già accennato obiettivo di contrastare l'utilizzo delle collaborazioni autonome come surrogato illecito della subordinazione — a supporto del quale sono poste differenti misure volte a ricondurre al corretto inquadramento situazioni di elusione (34) — la disciplina del lavoro a progetto risponde anche a quello di riconoscergli una protezione minima per attenuare il divario con il lavoro dipendente. Peraltro, si tratta di versanti solo in apparenza distinti, posto che il consolidamento del secondo sortisce il medesimo effetto anche sul primo: lo dimostrano, in particolare, il progressivo innalzamento degli oneri contributivi (art. 2, comma 57, l. n. 92/2012) e le rinnovate regole sul recesso (35), che se in prima battuta generano l'incremento delle tutele, allo stesso tempo, però, riducendo la convenienza economica dell'istituto, fungono anche da ulteriore deterrente al suo utilizzo improprio.

Sul piano della struttura, l'esplicito rinvio all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. (art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) fa sì che la fattispecie si riferisca a collaborazioni che si concretino in prestazioni d'opera continuative, coordinate e a carattere prevalentemente personale, caratteri che se nel contesto dal quale provengono assolvono ad una mera funzione descrittiva di modalità concrete di svolgimento di alcuni rapporti di lavoro non subordinato, in quello

(34) Previste dall'art. 69 d.lgs. n. 276/2003 e relative alla: conversione in un rapporto di lavoro subordinato del contratto privo di progetto (comma 1), ipotesi sulla quale si rinvia al § 4.1. di questo capitolo; trasformazione in un rapporto di lavoro subordinato quale conseguenza delle concrete modalità di svolgimento dell'obbligazione lavorativa (comma 2); presunzione relativa di lavoro subordinato — esclusa, però, per le prestazioni di elevata professionalità —, laddove l'attività del collaboratore sia eseguita con modalità analoghe a quella svolta dai dipendenti del committente (comma 2).

(35) Introdotte dall'art. 1, comma 23, lett. e), l. n. 92/2012 a modifica dell'art. 67 d.lgs. n. 276/2003 e sulle quali — così come sul resto della disciplina relativa all'estinzione del contratto — si rinvia al § 7 del presente capitolo.

dove sono stati successivamente trasposti assurgono ad elementi strutturali della fattispecie (36).

Fra questi, la collaborazione è ininfluente sul piano tipologico, essendo comune ad ogni rapporto giuridico obbligatorio, dove debitore e creditore sono tenuti a cooperare per favorire l'adempimento della prestazione. Al contrario, assumono valore dirimente l'incidenza del tempo sulla struttura dell'obbligazione lavorativa, il coordinamento fra committente e collaboratore, nonché la necessaria prevalenza dell'apporto personale dello stesso collaboratore, da intendersi nel senso che l'eventuale partecipazione di altri soggetti alla prestazione deve essere accessoria e l'altrettanto eventuale organizzazione di cui il lavoratore si avvale priva dei requisiti dell'impresa (37).

A questi elementi, va, poi, aggiunta la necessaria afferenza della prestazione a un progetto strumentale ad un determinato risultato produttivo (art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003). Tutti requisiti da trasfondersi in un testo scritto (art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), che deve riportare anche un altro connotato strutturale della figura, ossia la durata necessariamente a tempo determinato (art. 62, lett. a), d.lgs. n. 276/2003 (38)), il quale, tuttavia, non è d'ostacolo a possibili proroghe e tanto meno preclude alle parti la stipulazione di altri contratti del medesimo tipo.

(36) CASTELVETRI, *La definizione di lavoro a progetto*, cit., p. 1294; PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto di collaborazioni semplici: il cielo diviso in due*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 690.

(37) Così, Cass. 1 agosto 1995, n. 8412, in *Giur. it.*, I, 1, 321, ma nello stesso senso v., fra le molte, Cass. 15 aprile 1997, n. 3208, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 298; Cass. 24 gennaio 1998, n. 709, in *Mass. giur. civ.*, 1998, p. 154.

(38) In termini critici rispetto alla necessaria apposizione di un termine si esprime VALLEBONA, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, cit., p. 294, che la considera una « inutile invasione dell'autonomia privata », in quanto « non consente di lavorare a tempo indeterminato a soggetti che intendono conservare la propria libertà personale e professionale proprio evitando i rigidi vincoli di obbedienza, di orario e di luogo tipici della subordinazione e correlativamente non consente alle imprese e alle altre organizzazioni di avvalersi di tali lavoratori ».

4. *Il collegamento funzionale agli obiettivi del committente: il progetto.*

Le aspettative antisimulatorie sono riposte, anzitutto, nel collegamento della prestazione ad un progetto. E lo conferma la circostanza che per favorire un'ulteriore stretta al lavoro coordinato, la l. n. 92/2012 ne ha ampliato l'obbligatorietà, arricchendolo, altresì, al medesimo scopo, di nuovi connotati (39).

Il primo si ispira ad un radicato orientamento giurisprudenziale e consiste nel divieto di ricorrere a progetti, che costituiscano la mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente. Eventualità alla quale, sino ad oggi, sono state imputate implicazioni eterogenee, ma convergenti verso il riconoscimento della subordinazione: un difetto di specificità che impedisce di decifrare il nesso fra l'apporto del collaboratore e l'obiettivo a cui è funzionale (40) ovvero l'inequivocabile sintomo di un inserimento organico nella struttura del committente, dal quale si è fatto derivare l'assoggettamento al potere direttivo (41).

Al di là delle sue possibili future declinazioni, resta il fatto che se da un lato al vincolo corrisponde una ragionevole giustificazione empirica, poiché è frequente che la prestazione riferita al normale ciclo produttivo segua lo schema del lavoro dipendente, lo stesso non vale sul piano sistematico, potendo la coincidenza tra l'oggetto

(39) Prima ancora, però, ha espunto dal d.lgs. n. 276/2003 le sue due possibili varianti, ossia il programma di lavoro e la fase di esso. Alla modifica va il merito di avere introdotto un elemento di semplificazione, trattandosi di alternative rimaste prive di concreti effetti sul versante della delimitazione funzionale del requisito. Esito apparso fin dall'inizio pressoché scontato, anche solo per il fatto che progetto e programma sono termini equivalenti sul piano semantico (v. PROIA, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, pp. 665 ss.; ID., *Lavoro coordinato e lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, cit., p. 1407; PIZZO FERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, cit., pp. 630 ss.; PINTO, *Le « collaborazioni coordinate e continuative »*, cit., p. 332; Trib. Pavia 13 febbraio 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 2, p. 433).

(40) Trib. Roma 31 luglio 2008, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 143; Trib. Milano 16 luglio 2008, in *Orient. giur. lav.*, 2008, p. 585.

(41) Trib. Pisa 29 maggio 2008, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 1420.

dell'attività del collaboratore e quella dell'organizzazione alla quale è tenuto a rapportarsi convivere con forme genuine di lavoro autonomo, trattandosi di un profilo ininfluyente ai fini qualificatori. D'altro canto, se così non fosse, ad una società commerciale sarebbe, ad esempio, precluso affidare le vendite — e dunque la realizzazione dell'oggetto sociale — ad una rete di agenti. Criterio organizzativo che, al contrario, è assai diffuso e della cui correttezza formale nessuno dubita (nonostante, fra il resto, anche gli agenti siano collaboratori coordinati e continuativi (42)).

Il secondo si risolve, invece, nella non deducibilità di progetti implicanti compiti esecutivi e ripetitivi (art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), sul presupposto, non esplicitato ma ovviamente sottostante, che, di norma, essi richiedono la mera messa a disposizione di energie lavorative, la cui funzionalizzazione all'interesse dell'impresa transita, quindi, attraverso l'eterodirezione. Come già altrove (43), anche qui sono evidenti i rischi di un'eccessiva soggettività valutativa potenzialmente favorita dalla genericità della prescrizione, alla quale, peraltro, si è inteso porre rimedio, assegnando all'autonomia collettiva la facoltà di precisarne l'ambito di operatività (art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

In ogni caso, escluso che sia da solo sufficiente a risolvere le radicate incognite sul collegamento fra il collaboratore e l'organizzazione del committente — che alimentano il diffuso contenzioso a tutti noto —, il progetto contribuisce a renderlo meno indefinito, preordinandolo ad un obiettivo, che lo stesso committente si propone di raggiungere all'interno di un ambito della sua attività, vale a dire il risultato a cui la legge allude (44).

Tuttavia, anche sugli effetti a ciò correlati, vi è contrapposizione fra chi identifica tale risultato nell'oggetto della prestazione lavora-

(42) V. art. 409, n. 3, cod. proc. civ.

(43) V. le considerazioni svolte al § 2.2. del presente capitolo in ordine a parte della disciplina applicata ai titolari di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto.

(44) Sia all'art. 61, comma 1, sia all'art. 62, lett. b), d.lgs. n. 276/2003.

tiva (45) e chi, invece, lo intende come interesse finale del committente (46). Diversità certo di non poco conto, poiché a seconda della lettura ritenuta corretta varia l'obbligazione assunta dal collaboratore, potendo essere, in alternativa, conformata al modello della *locatio operis* oppure riconducibile anche ad altri schemi.

Senonché, l'estraneità del progetto rispetto alla struttura della prestazione lavorativa, e quindi la sua irrilevanza sul piano tipologico, è dimostrata, in primo luogo, dal fatto che richiama un paradigma organizzativo ricorrente anche nel lavoro subordinato (47). Anzi, è piuttosto in quest'ultimo ambito che affiora la tendenza ad arricchire l'obbligazione del lavoratore di profili ad esso assimilabili, laddove si fa assurgere « a valore di indice determinante, ai fini dell'accertamento della subordinazione, la destinazione dell'opera prestata ai fini, perseguiti con una data organizzazione aziendale, propri dell'impresa » (48).

In secondo luogo, converge nella medesima direzione anche la

(45) Così, invece, SANTORO PASSARELLI G., *Prime chiose*, cit., pp. 30 ss.; ID., *La nuova figura del lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, cit., p. 1419; PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive*, cit., p. 632; PALLINI, *Il lavoro a progetto: ritorno al... futuro?*, in ID. (a cura di), *Il « lavoro a progetto » in Italia e in Europa*, Bologna, 2006, p. 120; PASSALACQUA, *Il lavoro tra autonomia e subordinazione: il lavoro coordinato, il lavoro del socio di cooperativa, l'associazione in partecipazione*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, tomo I, *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, vol. 12, Torino, 2009, p. 119.

(46) MAGNANI, *Il lavoro a progetto: assonanze e differenze rispetto alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 822. In giurisprudenza, oltre a Trib. Pavia 13 febbraio 2007, cit., v. anche Trib. Benevento 29 maggio, in *Orient. giur. lav.*, 2008, p. 588, dove si sottolinea che « nella collaborazione a progetto oggetto della prestazione non è il progetto (...) di lavoro come opera finita », bensì « l'attività organizzata dal prestatore di lavoro a proprio rischio e in funzione del progetto ».

(47) Sul punto v. NERI, *Organizzazione e regolazione della relazione di lavoro a progetto*, in PALLINI (a cura di), *Il « lavoro a progetto »*, cit., pp. 211 ss.; FABBRI, NERI, *Teoria organizzativa e diritto del lavoro nella regolazione del lavoro a progetto*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, pp. 691 ss.

(48) Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, cit. Peraltro, anche in dottrina si invita « a cogliere le nuove forme di subordinazione rese possibili dal superamento della rigida e stringente disciplina del lavoro cui viene sottoposto il lavoratore inserito in un contesto organizzativo di tipo fordista-taylorista », ritendendosi, per conseguenza, « più realistico fornire un'interpretazione maggiormente lata di potere direttivo, co-

circostanza che il requisito non sia concordato dalle parti — come, invece, dovrebbe accadere ove fosse dedotto nell'obbligazione —, essendo, invece, individuato in via unilaterale dal committente (art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), circostanza che ne rivela la natura di obiettivo dell'impresa — e per questo rimesso alla sua esclusiva discrezionalità di scelta —, dovendo, pertanto, essere inteso quale espressione della libertà di iniziativa economica privata, come comprovato anche dal fatto che il sindacato giudiziale non può interferire su aspetti diversi da quello della sua sussistenza e in particolare gli è inibito esprimersi sul merito delle scelte tecnico-organizzative ad esso sottostanti (art. 69, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 (49)).

Sicché, in definitiva, la funzione del progetto è di generare un vincolo teleologico fra interesse dell'impresa e obbligazione lavorativa, rendendo questa strumentale al fine di cui lo stesso progetto è espressione. Da qui un primo argine all'uso distorto delle collaborazioni coordinate e continuative, non dissimile da quello che pone in relazione il lavoro a termine e la somministrazione di manodopera alla sussistenza di determinate esigenze. Tutte fattispecie, dunque, accomunate dal necessario raccordo fra l'obbligazione lavorativa e lo scopo che l'impresa si prefigge, con l'effetto di confinare l'esecuzione del contratto entro il perimetro delimitato, a seconda dei casi, da ragioni tecnico-organizzative ovvero dal progetto.

4.1. *Le conseguenze della mancata individuazione del progetto.*

Onde garantire effettività alla necessaria correlazione fra prestazione e progetto, l'art. 69, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 ne sanziona la mancanza con la conversione del contratto in un rapporto di lavoro subordinato.

gliendo piuttosto nel suo esercizio il collegamento tra ruolo lavorativo e progetto produttivo-organizzativo altrui » (PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 202).

(49) Peraltro alla medesima *ratio* risponde anche l'art. 30, comma 1, l. n. 183/2010.

Disposizione rivela di complicata lettura, tanto da indurre a chiarirne il significato mediante una successiva norma interpretativa, che ha sancito trattarsi di una presunzione assoluta e non — come da più parti sostenuto — relativa (art. 1, comma 24, l. n. 92/2012). Da qui la definitiva conferma dell'appartenenza dell'art. 69, comma 1, alla categoria di disposizioni che «dichiarano nullo un atto o escludono l'azione in giudizio sulla base di un ragionamento presuntivo che si suppone formulato dal legislatore come [loro] premessa», con l'ulteriore precisazione che «la presunzione assoluta non rappresenta il contenuto della norma che ad es. prevede la nullità di un atto, ma la *ratio*, la spiegazione, il fondamento «esterno» della norma in questione, che invece, di per sé si limita a dichiarare nullo l'atto» (50).

Tutti profili che trovano piena corrispondenza nella trama normativa del lavoro coordinato, dove, come premessa dell'art. 69, si riscontra, per l'appunto, il ragionamento presuntivo, secondo cui il progetto costituisce un elemento irrinunciabile del contratto — e dunque sottratto alla disponibilità delle parti —, assolvendo al fondamentale ruolo, in chiave antifraudolenta, di funzionalizzare la prestazione lavorativa ad un obiettivo aziendale. In particolare, stando alla rubrica dell'art. 69 («Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto») e al comma 1 della stessa norma, l'assenza di una tale correlazione genera l'atipicità del rapporto, a sua volta corredata da un divieto e dalla quale discende la conversione dello stesso rapporto in un contratto di lavoro subordinato. Effetto, questo, che a seguito degli ulteriori connotati assunti, in forma negativa, dal progetto, può sortire anche dalla eventualità che coincida con l'oggetto sociale del committente ovvero comporti lo svolgimento di mansioni ripetitive o esecutive, entrambi situazioni ritenute equivalenti a quella della sua mancanza.

Peraltro, il risultato così ottenuto corrisponde a quello che si

(50) TARUFFO, *Presunzioni*, cit., p. 1.

sarebbe potuto raggiungere, ricorrendo all'istituto della conversione del contratto nullo. Soluzione che solo in apparenza sarebbe stata impraticabile in ragione della difficoltà di ravvisare la comune volontà necessaria ai fini della conversione (51), posto che l'operatività dell'art. 1424 cod. civ. non dipende da un'ipotetica volontà delle parti (ciò che « avrebbero voluto ») — difficilmente imputabile, nel caso di specie, al datore di lavoro, visto il sensibile divario fra gli oneri di cui deve farsi carico come titolare, rispettivamente, di un contratto di lavoro autonomo o subordinato —, presupponendo, piuttosto, un giudizio di obiettiva congruenza tra gli effetti giuridici modificati e lo scopo delle parti, ossia la causa concreta (52).

Sicché, in definitiva, la mancanza del progetto genera una nullità, che, a sua volta, non si limita a fare acquisire al lavoratore coordinato il diritto al trattamento tipico della subordinazione (53), ma fa discendere questo effetto da un'alterazione dei tratti del rapporto — conseguenza della conversione —, che, dunque, assume le caratteristiche del lavoro dipendente, compresi, quindi, i rispettivi diritti ed obblighi per entrambe le parti. Da qui anche il superamento dei rilievi di incostituzionalità mossi all'art. 69, comma 1, i

(51) Così, invece, FILI, *La forma scritta nel contratto di lavoro a progetto*, in *Lav. giur.*, 2006, p. 221. Sul punto v. anche PANCI, *La conversione ex art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003: la compressione dell'autonomia privata individuale fra dubbi di legittimità costituzionale e « interpretazioni correttive »*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 351, il quale ritiene applicabile il regime della conversione, sulla base, però, di una valutazione che prescinde dall'intento negoziale delle parti.

(52) Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1998, p. 594. Sicché, così ragionando, la conversione del contratto nullo opera nel rispetto della volontà delle parti, nel senso che la prevalenza delle concrete modalità di attuazione del rapporto — che nel nostro caso depongono a favore della configurabilità di un contratto diverso da quello della collaborazione a progetto — sulla pattuizione formale — che invece va in quella direzione — non travolge la volontà, ma la asseconda, « ricercandola nei comportamenti attuativi, idonei a manifestare il programma negoziale effettivamente voluto dall'origine o modificato con una novazione tacita nel corso del rapporto » (VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro « atipici »*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 535).

(53) Così, invece, ICHINO, *L'anima laburista della riforma Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 145; LUCIANI, *Lavoro a progetto, indisponibilità del tipo contrattuale e rimodulazione delle tutele*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 279 ss.

quali fanno leva, in particolare, sulla diseguaglianza che deriverebbe dal riconoscimento delle garanzie e dei diritti del lavoro subordinato a prestatori che invece sono autonomi.

Sennonché, la definitiva acquisizione che la norma contempla una presunzione assoluta non fa luce su di un altro aspetto controverso, ossia se la conversione riguardi anche le ipotesi di assente o lacunosa descrizione del progetto — con l'effetto di precludere la prova della sua sussistenza *in substantiam rerum* — (54) ovvero se resti circoscritta ai casi in cui il requisito è effettivamente mancato (55).

Detta norma, infatti, per un verso, collega il meccanismo della presunzione assoluta alla « mancanza » del progetto, senza tuttavia, precisarne la latitudine, per altro verso, e soprattutto, non interferisce sull'art. 62 del d.lgs. n. 276/2003, il quale prevede la forma scritta *ad probationem* per alcuni elementi del contratto fra i quali anche il progetto (56). Sicché, è legittimo continuare a ritenere che fra i rapporti instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto ai quali allude l'art. 69, comma 1, non rientrano quelli carenti sul piano formale (a meno che, è ovvio, non vi corrisponda anche un difetto sotto il profilo sostanziale). Diversamente, infatti, ossia facendo derivare da ogni genere di mancanza la conversione del contratto, una violazione rilevante solo ai fini della prova sortirebbe i medesimi effetti previsti per l'ipotesi in cui il requisito sia richiesto *ad substantiam*, con una conseguente incoerenza rispetto ai principi generali sulla forma degli atti giuridici (57).

(54) Trib. Milano 27 marzo 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 68; Trib. Benevento 29 maggio 2008, cit.; Trib. Milano 5 febbraio 2007, *ivi*, 2007, II, p. 809; Trib. Milano 24 ottobre 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007.

(55) Trib. Ravenna 24 novembre 2005, in *Lav. giur.*, 2006, p. 273; Trib. Bologna, 6 febbraio 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2007.

(56) Gli altri sono la durata, il corrispettivo e i criteri per la sua determinazione, le forme di coordinamento fra collaboratore e committente e le misure di sicurezza.

(57) Fra i principali argomenti interpretativi vi è, infatti, anche quello che impone di interpretare le norme in modo da renderle il più coerenti possibili con il resto dell'ordinamento (c.d. argomento della coerenza). Cfr. JORI-PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, p. 216.

Ad ulteriore dimostrazione di quanto sopra, si consideri, poi, che l'art. 69, comma 1, non richiama l'art. 62, bensì l'art. 61 del d.lgs. n. 276/2003, il quale elenca gli elementi discretivi della fattispecie e fra essi anche il progetto, dovendosene, pertanto, dedurre che solo dalla sua assenza come requisito essenziale del contratto, e non quindi dalla sola sua mancata formalizzazione, può conseguire la conversione del rapporto (58).

5. *Il collegamento funzionale all'organizzazione del committente: l'autodeterminazione del lavoratore a progetto tra autonomia e coordinamento.*

Si è visto che il progetto denota la pertinenza della collaborazione ad un particolare momento della sfera produttiva del committente, senza tuttavia connotare le modalità esecutive dell'obbligazione lavorativa (59).

Al contrario, il coordinamento non ne rappresenta solo un tratto strutturale, ma è anche il profilo che più si presta (o, per lo meno, dovrebbe prestarsi) a distinguerla da quella del contratto d'opera e della subordinazione, ossia le due figure attigue alle collaborazioni coordinate e continuative (60).

(58) Così, CASTELVETRI, *La definizione di lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, cit., p. 1309. Sul punto v. anche GHERA, *Sul lavoro a progetto*, cit., pp. 1329 ss., che in riferimento alle due disposizioni distingue fra progetto come elemento essenziale del contratto (art. 61, comma 1) e progetto come elemento testuale (art. 62 lett. b), riscontrandovi una funzione, rispettivamente, protettiva per il lavoratore e di certezza destinata ad operare soprattutto a favore del committente, come « parte normalmente interessata alla scelta del modello contrattuale “leggero” della collaborazione e, in ipotesi, interessata a resistere alla domanda del lavoratore per ottenere la qualificazione del rapporto di lavoro subordinato ».

(59) V. *infra* § 4.

(60) Infatti, « se il lavoro coordinato si situa su una linea i cui estremi sono costituiti, da un lato, dal lavoro autonomo, che si caratterizza per l'assenza di subordinazione, e, d'altro lato, dal lavoro subordinato che si chiama così proprio perché caratterizzato dalla subordinazione, l'elemento idoneo a caratterizzarlo non può che essere individuato su questa linea e, quindi, non può che essere costituito dal coordinamento » (PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento*, cit., p. 207).

In generale, il requisito vincola il prestatore « al rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente » (art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

Prescrizione che si è ritenuto non faccia riferimento ad una direttiva del creditore, essendo, invece, stata intesa alla stregua di una « qualità impressa dal lavoratore stesso alla sua attività per finalizzarla alla soddisfazione dell'interesse del committente che si è obbligato a realizzare ». In questa prospettiva, il collegamento fra le parti dipenderebbe dal collaboratore, essendo gravato da « una sorta di obbligo in tal senso » (61).

Senonché, a parte la mancanza di adeguati appigli testuali, la lettura si espone al rilievo per cui detto obbligo trova necessaria corrispondenza in uno speculare potere del committente, che gli consente di dare impulso al coordinamento, ponendolo, dunque, in una posizione ben diversa da quella di mero destinatario dei relativi effetti.

Al di fuori di questo, pur significativo, aspetto, l'inciso sopra riportato si limita in sostanza a ribadire la consolidata raffigurazione del requisito come collegamento funzionale fra le parti e quindi, di fatto, non aggiunge elementi di novità rispetto a quanto non fosse già stato desunto dall'art. 409 cod. proc. civ. (62).

In altre parti della disciplina ne affiorano, invece, implicazioni meno scontate che sono, volte, anzitutto, a favorire l'« incastro » delle rispettive sfere organizzative. Espressione di questo « collegamento funzionale *esterno* » (63) è il vincolo che grava sul collaboratore, ove siano concordate precise scansioni temporali delle sue

(61) PEDRAZZOLI, *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative*, cit., pp. 705-706.

(62) Cfr., fra le altre, Cass. 19 aprile 2002, n. 5689, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 620, Cass. 9 marzo 2001, n. 3485, in *Mass. giur. civ.*, 2001, p. 458; Cass. 20 agosto 1997, n. 7785, *ivi*, 1997, p. 1458.

(63) Le espressioni fra virgolette sono di DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo*, cit., p. 477.

modalità solutorie (64). È ovvio che, su questo versante, si presenti il rischio di trascendere in forme surrettizie di assoggettamento ad un orario di lavoro, indice pressoché inequivocabile di subordinazione (65). Eventualità che, tuttavia, può essere ragionevolmente esclusa, allorché, ad esempio, il coordinamento temporale si traduca nella fissazione di scadenze intermedie concordate allo scopo di verificare i risultati periodici o provvisori ai quali è approdato il collaboratore ovvero imponga allo stesso collaboratore di calibrare la distribuzione dei tempi di lavoro su quelli dell'organizzazione alla quale deve rapportarsi, come nell'ipotesi in cui, per le particolari caratteristiche della prestazione, debba operare nei locali aziendali o utilizzare materiale messi a disposizione dal committente (66).

(64) In termini critici si esprime al riguardo PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 106, secondo il quale se è vero « che il coordinamento spazio-temporale non è di per sé idoneo a qualificare un particolare tipo contrattuale », al contempo, però, « proprio nel lavoro subordinato esso trova la sua più tipica manifestazione, onde la previsione di un coordinamento temporale nella fattispecie del lavoro a progetto si pone in aperta contraddizione con la direttiva di maggior autonomia della figura e comporta, oggettivamente, ulteriori problemi di confine tra questa modalità di esecuzione delle collaborazioni e l'area, contermine, della subordinazione ».

(65) Sono due situazioni prospettate da Trib. Torino 5 aprile 2005, cit., ma v. anche Trib. Ravenna 24 novembre 2005, in *Lav. giur.*, 2006, p. 273, relativa ad un caso in cui al lavoratore a progetto era stato affidato l'allestimento del settore commerciale dell'impresa committente, il che implicava anche compiti di addestramento dei dipendenti della stessa committente, ai quali non poteva che assolvere durante il loro orario di lavoro.

(66) Come nell'ipotesi in cui la prestazione lavorativa sia organizzata sulla base di turni, circostanza che dimostra « come il tempo della prestazione non sia mera misura della stessa ma elemento di essenziale interesse del datore di lavoro, per il quale la prestazione ha utilità esattamente nell'ambito del turno prestabilito; l'interesse del datore di lavoro è in questo caso essenzialmente la messa a disposizione delle energie lavorative in orari predeterminati e non suscettibili di gestione discrezionale da parte del lavoratore, caratteristica della subordinazione ». Ed ancora: « L'intero meccanismo della turnazione è incompatibile con una gestione discrezionale da parte del prestatore di lavoro, poiché è evidente che il mancato rispetto dei turni vanifichi la struttura stessa dell'organizzazione predisposta dal datore di lavoro e sia logicamente incompatibile con il concetto di turno, ciò in contrasto con la previsione normativa di cui all'art. 61, d.lgs. n. 276/2003, che prevede che la collaborazione, pur coordinata, deve essere « indipendente dal tempo impiegato ». Nel caso dei turni non solo è rilevante l'esatto rispetto del monte ore quotidiano ma addirittura è essenziale una certa e fissa

Sotto un diverso profilo, le molteplici variabili in grado di condizionare il collegamento fra le parti assieme alla difficoltà di prevenirne tutti i possibili risvolti nella fase genetica del contratto, ha indotto a riferire il requisito anche alle modalità “interne” dell’obbligazione (67). È quanto attesta la possibilità di estendere il coordinamento all’« esecuzione [...] della prestazione » del collaboratore (art. 62, lett. *d*), d.lgs. n. 276/2003), che allude, per l’appunto, alla facoltà del committente di interferire sui criteri di adempimento dell’obbligazione lavorativa, prerogativa i cui tratti vanno assimilati a quelli del potere di impartire istruzioni di cui è investito il preponente nel contratto di agenzia (68), costituendo questa la figura che l’art. 409, n. 3, cod. proc. civ. eleva a paradigma delle collaborazioni coordinate e continuative (69) e alla quale, dunque, è corretto rinviare in assenza di indicazioni specifiche di diverso segno.

Sicché, in definitiva, nel lavoro autonomo coordinato il committente è titolare di una posizione giuridica soggettiva diversa dal potere di controllo del contratto d’opera (art. 2224 cod. civ.) e da quello direttivo del creditore della prestazione di lavoro subordinato (art. 2104 cod. civ.).

Tale acquisizione è, tuttavia, ben lontana dal dirimere le profonde incertezze, che emergono quando i risultati della classificazione astratta vengono trasposti sul piano applicativo, dove risalta, in particolare, la difficoltà di distinguere fra coordinamento ed eterodirezione. Difficoltà senza dubbio imputabile al carattere intrinsecamente non determinato del primo — essendo riferibile ad una serie eterogenea di tipi contrattuali implicanti una prestazione di lavoro (70) —, ma che è resa ancora più marcata dalla raggiunta

distribuzione oraria quotidiana dell’attività » (Trib. Torino 17 maggio 2006, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 52).

(67) In senso contrario v. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza*, cit., p. 477.

(68) Art. 1746, comma 1, cod. civ.

(69) La giustificazione sistematica è prospettata da PROIA, *Lavoro coordinato*, cit., p. 1397.

(70) PROIA, *Lavoro coordinato*, cit., p. 1389.

consapevolezza per cui il potere direttivo è ormai divenuto « sempre meno significativo della subordinazione, per la impossibilità di un controllo pieno e diretto delle diverse fasi della attività lavorativa prestata » (71). La constatazione è espressione di quanto da tempo si è teorizzato in merito all'affievolimento del concreto esercizio del potere direttivo indotto dalla sempre più accentuata specializzazione del lavoro, implicazione dalla quale, tuttavia, sarebbe improprio desumere in modo meccanicistico l'assenza di subordinazione, potendo questa rivelarsi anche grazie alla volontà del lavoratore di assoggettarsi all'eterodirezione, nonostante poi non ne seguano concrete manifestazioni (72).

Ne discende, di riflesso, l'inattendibilità di un confronto fra potere direttivo e coordinamento fondato su un criterio quantitativo (73), il quale, invece, fa leva proprio sulle risultanze della fase esecutiva del rapporto, che, però, per le ragioni di cui si è detto, potrebbero condurre ad esiti fuorvianti, come, ad esempio, ritenere parasubordinato un dirigente, solo perché, come spesso avviene, svolge la prestazione senza essere eterodiretto.

Da parte sua, alle difficoltà che si incontrano su questo versante, il legislatore del lavoro a progetto ha inteso ovviare, assumendo come modello una soluzione in precedenza emersa in via interpretativa (74) e basata sulla necessaria consensualità dei termini attraverso i quali prende corpo la connessione fra le parti, tradottasi nella prescrizione che impone di concordarli in via preventiva (art. 62, lett. *d*), d.lgs. n. 276/2003). L'effetto che ne discende è, quindi, di negare al committente il diritto di pretendere forme di coordinamento diverse da quelle accettate anche dal lavoratore, valendo, peraltro, il medesimo principio anche per eventuali scostamenti

(71) Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, cit.

(72) ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da CICU e MESSINEO e continuato da MENGONI, vol. XXVII, t. 2, Milano, 2000, p. 279.

(73) Così, invece, MAGNANI, *Contratti di lavoro e organizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 136.

(74) V. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento*, cit., p. 209.

dall'accordo circa l'oggetto del contratto. Tutte situazioni rivelatrici dell'esercizio dello *ius variandi*, che, invece, si intende contrastare in funzione antifraudolenta (75).

L'obiettivo, così perseguito, di delimitare il carattere di indeterminatezza della posizione debitoria, si ricollega, d'altro canto, al principio fondamentale per cui, di regola, è precluso ad una delle parti di variare a sua discrezione il contenuto del contratto, essendo ammessa tale eventualità solo in ipotesi circoscritte e per le quali tali variazioni rivestono un contenuto sostanzialmente predeterminato (76). Diversamente, infatti, la conseguenza sarebbe di consentire la stipulazione di contratti a contenuto non determinato e non determinabile e, pertanto, di « negare alla radice alcuni dei presup-

(75) Anche se al riguardo si è osservato che per aggirare il vincolo sarebbe sufficiente che le parti si accordassero su « una pluralità di compiti o una quantità di attività tanto ampia affinché la prestazione esigibile dal lavoratore coordinato sia del tutto simile a quella dovuta dal lavoratore subordinato nell'adempimento delle mansioni contrattuali » (GHERA, *Sul lavoro a progetto*, cit., p. 1336). La « pluralità di compiti » non è, tuttavia, un aspetto di per sé confliggente con la natura autonoma del rapporto, purché si tratti di adempimenti funzionali alla realizzazione del progetto. Si pensi, ad esempio, al collaboratore al quale venga affidata la riorganizzazione del settore commerciale: a questo scopo potrà essere tenuto ad assolvere ad incombeni relativi a molteplici aspetti: la formazione del personale operante in quello specifico settore; la predisposizione di strategie di marketing; l'intrattenimento di relazioni con clienti e fornitori. Compiti, quindi, fra loro diversi, ma tutti orientati a raggiungere l'obiettivo produttivo che si è posto il committente. In ordine, invece, alla « quantità di attività », se il riferimento allude al rischio che il dato formale relativo alle previsioni contrattuali sulle forme di coordinamento possa legittimare una disponibilità continuativa delle energie lavorative del collaboratore, è evidente che una tale ipotesi contravverrebbe al principio per cui lo stesso coordinamento non può assumere una configurazione tale da pregiudicare l'autonomia nell'esecuzione della prestazione di lavoro.

(76) Oltre allo *ius variandi* riconosciuto al datore di lavoro con il limite dell'equivalenza delle mansioni di nuova assegnazione, si pensi, ad esempio, all'art. 1661 cod. civ. che prevede il potere del committente di variare l'opera affidata in appalto non oltre, tuttavia, la soglia rappresentata dal valore della variazione prodotta (non più del sesto) e da certe caratteristiche qualitative della variazione stessa. Analogamente, l'art. 1560, comma 2, cod. civ. sancisce che l'avente diritto alla somministrazione possa unilateralmente determinare la quantità che il somministrante è tenuto a fornirgli, purché nel contratto sia stato indicato il minimo e il massimo fra cui può spaziare il potere di conformazione unilaterale della prestazione da somministrare.

posti di base su cui si fonda, nella logica dell'ordinamento, il contratto come fattore di realizzazione e valorizzazione dell'autonomia privata », mettendo, così, « nel nulla, al tempo stesso, il valore del contratto come accordo ed il valore del contratto come vincolo » (77).

Quanto posto in evidenza circa il progetto e il coordinamento, consente di concludere che nella fattispecie in esame l'esecuzione della prestazione lavorativa è assoggettata a due differenti vincoli di ordine formale-procedimentale, che, pur atteggiandosi diversamente, servono entrambi a circoscrivere l'obbligazione del collaboratore. Il primo, estraneo alla sua struttura, impone di predeterminarne l'obiettivo produttivo, precludendo, così, la possibilità di orientarne l'esecuzione verso un fine diverso da quello dedotto nel progetto. Il secondo, intrinseco invece alla struttura dell'obbligazione, impedisce che il medesimo fine possa essere raggiunto attraverso modalità esecutive non comprese fra le forme di coordinamento già concordate, con l'effetto di assimilare eventuali condotte difformi all'esercizio dei poteri di direzione e organizzazione tipici del lavoro subordinato.

6. *La valenza discretiva del tempo nelle sue differenti declinazioni: la continuità della prestazione; l'irrelevanza del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa; il necessario assoggettamento del vincolo contrattuale ad un termine.*

La rilevanza del tempo nella struttura della prestazione del collaboratore autonomo è già emersa, laddove si è esaminato il profilo del coordinamento temporale (78).

Tuttavia, l'elemento assume rilievo anche sotto altri aspetti, primo fra tutti quello della continuità del rapporto, mutuato,

(77) ROPPO, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in BELVEDERE, GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 141.

(78) V. § 5 di questo capitolo.

come s'è visto, dall'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., ma che all'interno del d.lgs. n. 276/2003 è inserito in un contesto più frastagliato rispetto a quello della norma processuale, tanto da indurre a considerare il lavoro a progetto « ambigualmente sospeso tra il dominio delle prestazioni da eseguirsi *uno actu* [...] e le obbligazioni di durata ove il termine assume il diverso significato di limite temporale del rapporto », commistione, questa, che pregiudicherebbe la coerenza sistematica dell'istituto (79).

Prima di analizzare se la potenziale contraddittorietà del dato normativo sia così insanabile da determinare un irrimediabile « cortocircuito logico-concettuale » (80), è necessario soffermarsi sul significato assunto dal concetto di continuità nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, nonché sugli approdi interpretativi raggiunti in riferimento ad esso rispetto all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.

Nella sua accezione tecnica la continuità è tipica delle prestazioni volte a soddisfare un interesse durevole del creditore attraverso un adempimento destinato a protrarsi nel tempo. In questa prospettiva, la durata assurge a tratto caratterizzante la struttura del contratto, riflettendosi quindi sulla sua causa, nel senso che questa si realizza solo se l'esecuzione si prolunga nel tempo e l'utile che ne deriva è, per l'appunto, proporzionale alla sua durata (81). Sotto questo profilo, interessi equivalenti sul piano economico possono essere soddisfatti da un contratto ad esecuzione continuata propriamente inteso — in ordine al quale l'obbligazione assume il carattere dell'illimitata divisibilità in ragione del tem-

(79) PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, cit., pp. 102-103. Analoghe perplessità sono espresse anche da DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato*, cit., p. 17, nonché da SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro parasubordinato, lavoro coordinato, lavoro a progetto*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 196, secondo il quale la fattispecie legale del lavoro a progetto sarebbe caratterizzata da un « mix di elementi non coerenti tra loro perché riconducibili ora alla categoria dei contratti di durata, ora a quella dei contratti ad esecuzione istantanea ».

(80) PERULLI, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 103.

(81) OPPO, *I contratti di durata*, cit., p. 174.

po (82) — ovvero da un rapporto di durata che abbia per contenuto la ripetizione periodica di una certa prestazione ad esecuzione istantanea (83).

Diverso, invece, è il discorso per quei contratti dove la soddisfazione dell'interesse del creditore si ha solo al termine del processo formativo dell'atto ed in corrispondenza del suo esito finale. In questo caso, la durata non attiene alla funzione del contratto sopra esposta, ma riguarda eventualmente solo la fase di preparazione dell'attività solutoria, che tuttavia, per sua natura, si esaurisce *uno actu*. Si tratta, in altri termini, di situazioni in cui è l'esecuzione, e non l'adempimento, ad essere continuativo e in relazione alle quali, dunque, il tempo non è utile al beneficiario dell'obbligazione, che semmai lo subisce, poiché la necessaria durata dell'esecuzione rende impossibile l'immediata soddisfazione dell'interesse contrattuale (84).

In linea di principio, questa classificazione, sostanzialmente condivisa, dovrebbe far propendere per l'esclusione della prestazione d'opera propriamente intesa dall'area di applicazione dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Per sua natura, infatti, essa implica modalità di svolgimento del lavoro estranee al concetto di adempimento continuativo, essendo orientate al « risultato (bene o servizio) promesso e/o realizzato: un'unità che rileva in termini puntuali, non tanto al momento della stipula quanto, specialmente, dell'adempimento ». Sicché, « né l'*opus perfectum*, né la sua prestazione coinvolgono questioni di continuità » (85).

Nonostante ciò, nell'ambito che qui interessa ha prevalso la scelta di attribuire al termine continuità un significato diverso e meno restrittivo di quello descritto, il che, peraltro, rispecchia una

(82) ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1984, p. 15 ss.

(83) OPPO, *I contratti di durata*, cit., p. 174.

(84) OPPO, *I contratti di durata*, cit., p. 156.

(85) PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera*, cit., p. 519.

costante della legislazione lavoristica, dove « continuità » e « continuativo » non compaiono mai nella loro accezione tecnica (86).

La prevalente linea interpretativa — che si ricollega all'elaborazione sulla categoria dei contratti cosiddetti ad esecuzione prolungata (87) — attribuisce, infatti, rilievo alla circostanza che la prestazione, sebbene funzionale ad un adempimento istantaneo, richieda un impegno prevalentemente personale del lavoratore prolungato nel tempo, senza aver riguardo al fatto se la sua durata attenga « al profilo causale e al profilo solo esecutivo del contratto (e cioè se la prestazione sia determinata o meno in funzione del tempo, perché soddisfa o meno un duraturo interesse con un continuativo adempimento) » (88).

Senonché, come già anticipato, si è posto in dubbio che le medesime considerazioni possano valere anche per il lavoro a progetto.

Anzitutto, il riferimento contenuto nell'art. 61, comma 1, secondo cui il progetto deve essere gestito dal collaboratore « in funzione del risultato », è stato inteso da taluni come un chiaro indizio circa la riferibilità dell'istituto ai soli casi in cui la prestazione presupponga un adempimento *uno actu*, con un conseguente riavvicinamento delle collaborazioni coordinate e continuative al nucleo originario del contratto d'opera (89).

(86) ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 297.

(87) V. *infra* § 2.1. di questo capitolo.

(88) PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera*, cit., p. 521. Tale lettura è stata, altresì, fondata sulla necessità di garantire un'adeguata tutela processuale a rapporti contraddistinti da disparità contrattuale e conseguente soggezione economica del lavoratore (BALLESTRERO, *L'ambigua nozione*, cit., p. 62), nonché di delimitarne l'applicazione facendo leva su un dato diverso da quello della continuità in senso tecnico, considerato di difficile percezione, essendosi sottolineata, in particolare, la necessità che « il criterio di attribuzione della competenza faccia riferimento a dati di immediata evidenza, quale è certamente il dato ben visibile dell'estensione temporale dell'attività lavorativa » (ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento. Artt. 2094-2095*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1992, pp. 84-85).

(89) V. gli autori citati alla nota n. 256. In giurisprudenza v. Trib. Modena (ord.) 21 febbraio 2006, in *Lav. giur.*, 2006, p. 477.

Tuttavia, anche volendo accedere alla controversa (90) costruzione — da cui la lettura prende le mosse —, che attribuisce pregnanza discretiva alla distinzione mezzi/risultato, si ribadisce che nel caso di specie il « risultato » allude all'interesse finale del committente al quale è preordinata la prestazione del collaboratore, il quale, non condizionando la struttura dell'obbligazione, è privo di implicazioni rispetto alla modalità (istantanea o continuativa) del suo adempimento e al corrispondente interesse (durevole o non durevole) del creditore.

Sotto un diverso profilo, è, poi, previsto che la realizzazione del progetto sia gestita dal collaboratore « indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa » (art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), prescrizione che è stata intesa come un'ulteriore indicazione dell'ancoraggio della fattispecie alla disciplina tradizionale del lavoro autonomo e in particolare come un segnale della volontà di richiamare « un'utilità determinata, non commensurabile al tempo necessaria per ottenerla, né comportante una disponibilità continuativa del prestatore nei confronti del committente » (91).

Se, tuttavia, è inequivocabile che la disposizione intenda svincolare l'apporto del lavoratore dal tempo dedicato all'esecuzione dell'opera o del servizio, allo stesso tempo, però, alcune forme di coordinamento, che, come s'è visto (92), possono legittimamente limitarne l'autonomia operativa, sottintendono che egli possa essere tenuto a garantire una disponibilità di ordine temporale. Pertanto, se la regola è di escludere la valenza del tempo ai fini dell'adempimento — e quindi anche la sua irrilevanza in ordine all'entità del corrispettivo, tanto è vero che la realizzazione del progetto prima della scadenza del termine contrattuale non incide sul suo integrale

(90) V., per tutti, MENGONI, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss, 280 ss., 366 ss. e PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., p. 105 ss.

(91) PERULLI, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 99-100.

(92) V. § 5 di questo capitolo.

riconoscimento —, la circostanza che le parti possano convenire siffatte modalità di coordinamento può risultare determinante ai fini della caratterizzazione dell'obbligazione lavorativa, in quanto ne condiziona il corretto adempimento al rispetto dei vincoli temporali ai quali il collaboratore ha consentito di assoggettarsi.

Un ulteriore argomento di asserita contraddittorietà sistematica della disciplina del lavoro a progetto è stato visto nell'assoggettamento del contratto ad un termine, essendovi stato riscontrato un tratto tipico delle obbligazioni (in senso tecnico) continuative. E ciò in quanto si tratterebbe di un « *termine negoziale*, predisposto al fine di limitare temporalmente un rapporto d'opera di durata, *id est* relativo a bisogni durevoli del committente » e non di un « *termine di adempimento*, finalizzato propriamente a regolare il momento in cui dev'essere adempiuta un'obbligazione certa e già sorta (coerente con la struttura del contratto avente ad oggetto un *opus* singolo ed isolato, il cui adempimento avviene *uno actu*) » (93).

A supporto di questa impostazione è stato invocato il periodo di sospensione del rapporto di cui si può avvalere il collaboratore per il caso di gravidanza, malattia e infortunio, nonché la facoltà del committente di recedere dal contratto ove tale sospensione oltrepassi un determinato limite temporale (art. 66, commi 1 e 2, d.lgs. n. 276/2003). Questa circostanza, in particolare, denoterebbe l'interesse dello stesso committente non al rispetto di un termine di adempimento, bensì quello « ad una prestazione resa *quotidie et singulis momentis*, che tipologicamente approssima il lavoro a progetto non solo alle prestazioni di durata in senso tecnico ma al lavoro subordinato (*faciendi necessitas*) in senso stretto » (94).

Tale ricostruzione, ipotizzando uno stretto rapporto fra la predeterminazione di un circoscritto arco temporale ad esaurimento del quale il vincolo contrattuale è destinato a cessare e la continuati-

(93) PERULLI, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 101.

(94) PERULLI, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 101. Nello stesso senso anche PINTO, *Le collaborazioni coordinate e continuative*, cit., pp. 329-330.

vità (in senso tecnico) della prestazione, introduce, tuttavia, una forzatura nella lettura del dato normativo, dal quale, invece, traspare che l'obbligatorietà di un termine negoziale sia rivolto ad attivare un meccanismo di controllo a fini antielusivi, che fa leva sulla corrispondenza della collaborazione autonoma ad un interesse produttivo del creditore temporalmente ben circoscritto (95). Al contempo, ciò non esclude che il termine apposto al contratto assuma anche i connotati di un termine di adempimento, essendo, infatti, indubitabile che, per non incorrere in eccezioni circa la correttezza del suo operato, fatta comunque salva l'eventualità di una proroga del contratto, il collaboratore è tenuto a realizzare l'opera o il servizio non oltre la durata concordata.

Quanto, poi, alle implicazioni fatte derivare dalla sospensione del rapporto, va detto che questa e la facoltà di recedere dal

(95) Sottolinea, in particolare, l'efficacia ai fini antielusivi della previsione, ICHINO, *L'anima laburista della legge Biagi*, cit., p. 138, secondo il quale « l'idea-forza della riforma è che nella maggior parte dei casi di simulazione non sarà più necessario fornire al giudice la difficile prova dell'assoggettamento pieno della prestazione al potere direttivo del creditore, poiché sarà sufficiente dimostrare che la collaborazione non corrisponde a un interesse del creditore temporalmente ben circoscritto, bensì a un suo interesse permanente, di lunga durata ». Così come, secondo l'A., « All'ispettorato del lavoro e all'Inps, nella maggioranza dei casi, non sarà più necessario esperire costose e difficoltose ispezioni per accertare il difetto della subordinazione, accollandosi l'onere della probatio diabolica circa l'effettivo assoggettamento pieno della prestazione al potere direttivo e di controllo del creditore », essendo sufficiente « rilevare dai tabulati relativi all'imposta sui redditi o alla contribuzione previdenziale il protrarsi di un rapporto di collaborazione per un tempo relativamente lungo, che consentirà di contestare il difetto della delimitazione temporale e produttiva della collaborazione ai soggetti interessati ». *A posteriori*, è possibile affermare che questa previsione, formulata poco tempo dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, non ha trovato riscontro, posto che sia i giudici sia le indicazioni contenute nelle circolari ministeriali — che rappresentano le linee guida alle quali si attengono gli organismi ispettivi — non assegnano alla natura temporanea dell'interesse produttivo la rilevanza attribuitale dall'A. Senza, considerare, poi che il requisito della temporaneità delle esigenze aziendali si presta a letture anche diametralmente divergenti fra loro, non essendo quindi in grado di svolgere (con riguardo al lavoro autonomo coordinato e agli altri contratti dei quali è considerato un elemento strutturale) la funzione auspicata dall'A.: v. le considerazioni formulate sul punto da DEL PUNTA, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, pp. 542 ss.

contratto una volta trascorso il corrispondente termine costituiscono misure in grado di soddisfare specifiche esigenze anche delle parti che abbiano convenuto una prestazione ad adempimento istantaneo: il collaboratore, infatti, entro i limiti di tempo entro i quali beneficia del trattamento correlato all'impossibilità sopravvenuta della prestazione è legittimato a sottrarsi alle forme di coordinamento temporale eventualmente concordate, potendo assumere a giustificazione delle corrispondenti omissioni l'intervento di una delle cause di sospensione ed evitando, così, di incorrere in un inadempimento contrattuale. Il committente, invece, potendo recedere oltrepassato il limite temporale di astensione dalla prestazione da parte del collaboratore, dispone di uno strumento di tutela più efficace dell'azione di risarcimento danni, in quanto gli consente di intervenire in corso di rapporto su situazioni che rischiano di portare ad un inadempimento del lavoratore altrimenti rilevabile solo alla scadenza del contratto (96).

In ragione di quanto s'è detto, la connotazione dimensionale assunta dall'elemento temporale nello svolgimento della prestazione lavorativa (97) si atteggia, nonostante una certa tortuosità del disposto legislativo, allo stesso modo di quanto prevalentemente rilevato in relazione ai rapporti ai quali si riferisce l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., e quindi secondo modalità tali per cui l'obbligazione assunta dal collaboratore a progetto può consistere, indifferentemente, in un'opera indivisibile, come tale generata da un adempimento istantaneo, ovvero in una mera attività in grado di soddisfare un interesse durevole del creditore.

(96) Sottolinea, opportunamente, questo aspetto PALLINI, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 129.

(97) Mi riferisco alla distinzione operata da ICHINO, *Il tempo della prestazione*, cit., pp. 1 ss., fra connotazione « dimensionale » e connotazione « ordinale » assunta dall'elemento tempo nell'ambito dell'obbligazione contrattuale, la prima alludendo ad un tratto caratterizzante la struttura intrinseca della prestazione, la seconda, invece, riferendosi alla collocazione temporale dell'attività lavorativa.

7. *L'estinzione del contratto.*

All'estinzione del contratto è dedicato l'art. 67 del d.lgs. n. 276/2003, che, tuttavia, non esaurisce tutte le possibili ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro: altrove, infatti, sono previste quelle conseguenti, rispettivamente, alla scadenza del termine e al recesso che il committente può disporre, trascorso il periodo di sospensione dovuto a malattia o infortunio del lavoratore (art. 66, comma 2, d.lgs. n. 276/2003). Prerogativa, questa, che è suscettibile di una differente disciplina, con il limite, però, della derogabilità solo in meglio per il collaboratore (art. 61, comma 4, d.lgs. n. 276/2003).

L'art. 67 prescrive, anzitutto, che il contratto esaurisce i suoi effetti alla realizzazione del progetto, confermando, così, la funzionalizzazione in via esclusiva della prestazione ad un obiettivo del committente, ottenuto il quale, dunque, non v'è ragione perché il rapporto prosegua. La *ratio*, quindi, è quella propria dei fatti estintivi cd. soddisfattori, riferibili alla situazione in cui il creditore ottenga quanto intendeva conseguire con l'adempimento dell'obbligazione ovvero con un risultato sostitutivo, ma comunque utile (98).

Nella parte relativa al recesso affiora, invece, la raggiunta consapevolezza di come lo scioglimento del vincolo contrattuale rappresenti uno dei versanti dove più risalta la debolezza economica dei lavoratori coordinati e continuativi — come di ogni altro contraente debole (99) —, essendo a ciò imputabile la scelta della l. n. 92/2012

(98) Circa la portata che assume, anche ai fini operativi, la distinzione tra vicende (fattuali o negoziali) estintive soddisfattorie e non soddisfattorie, v. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna, p. 1 ss.

(99) Di regola, infatti, la facoltà di recedere dal contratto è, da un lato, espressione dello sfavore dell'ordinamento giuridico verso la costituzione di vincoli perpetui, dall'altro lato, serve a tutelare il contraente debole. Sul punto, anche per i riferimenti normativi del caso, v. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1998, p. 321 ss. Sulla precedente disciplina del recesso v. GARGIULO, *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti*, in *Arg. dir. lav.*, 2004,

di alterare la precedente simmetria fra le parti — che, per l'appunto, si esprimeva riconoscendo ad entrambe la libera recedibilità (100) —, assegnando al solo collaboratore la facoltà di porre fine anticipatamente al rapporto di lavoro senza addurre motivazioni, purché essa sia prevista dal contratto e gravandone l'esercizio con l'onere di preavviso (art. 67, comma 2, d.lgs. n. 276/2003).

Un'altra modifica, anch'essa introdotta dalla l. n. 92/2012, riguarda il recesso del committente, « qualora siano emersi oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto » (art. 67, comma 2, d.lgs. n. 276/2003). L'ipotesi, dunque, è quella riscontrabile laddove l'esecuzione della prestazione o altre situazioni intervenute dopo la stipulazione del contratto rivelino la sussistenza di una professionalità del lavoratore inadeguata al suo adempimento. Si può ragionevolmente ritenere che la norma si riferisca ad un presupposto assimilabile al giustificato motivo soggettivo di licenziamento (101); nonostante ciò, non si può escludere la compresenza di una ragione diversa, legata, cioè, alla carenza di requisiti oggettivi (ad esempio un titolo di studio), che sulla base di un giudizio prognostico conduca a ritenere impossibile il conseguimento dell'obiettivo aziendale.

La simmetria fra le parti conserva, invece, il suo precedente assetto per quanto concerne la cessazione anticipata dovuta al

p. 903, che sottolinea come la scelta effettuata sul punto dal d.lgs. n. 276 si ponesse in netta controtendenza rispetto alle opzioni regolative degli ultimi anni, le quali hanno « visto il riconoscimento al contraente ritenuto debole della facoltà di sciogliersi dal contratto più facilmente della controparte [...], ovvero, parallelamente, la limitazione della facoltà di recesso in capo al soggetto ritenuto più forte sul mercato, spesso realizzata irrigidendo il profilo formale di manifestazione della volontà o assicurando ampi spazi di verifica, in sede giudiziale, della legittimità del profilo causale ».

(100) Prima, infatti, il recesso poteva anche dipendere dalle « causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale ». Non solo, quindi, non era necessaria una giustificazione, ma le semplici modalità potevano anche risolversi in una cessazione anticipata senza preavviso.

(101) PASSALACQUA, *Il lavoro a progetto*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano 2012, p. 155.

sopraggiungere di una giusta causa, che, pertanto, può dare luogo ad un recesso tanto per iniziativa del collaboratore, quanto del committente.

Su questo secondo versante, in particolare, l'effetto interruttivo può scaturire sia dall'inadempimento dell'obbligo principale di prestazione, sia degli obblighi accessori previsti per legge.

A questi si riferisce l'art. 64 del d.lgs. n. 276/2003, la cui rubrica riflette solo parzialmente i contenuti della norma, recando questa prescrizioni relative ad un ambito più esteso del semplice « Obbligo di riservatezza ».

È previsto, anzitutto, che, salvo diverso accordo fra le parti, il collaboratore possa operare in regime di pluricommitenza (comma 1). Tale diritto può, tuttavia, subire un ridimensionamento rispetto a quello già discendente dalla facoltà dei contraenti di derogarvi, a seconda della portata che si attribuisca alla successiva prescrizione, per la quale il collaboratore « non deve svolgere attività in concorrenza con i committenti » (comma 2). Sul punto, si potrebbe assegnare alla norma il significato di precludere al lavoratore un'attività concorrenziale condotta sia per conto proprio sia per conto altrui, nei medesimi termini quindi di quanto avviene per il lavoro subordinato, oppure ritenere che al collaboratore sia impedito di operare nello stesso settore del committente e al di fuori del contratto con esso stipulato unicamente per l'ipotesi in cui lo faccia con un'attività di cui è titolare.

A favore di questa soluzione depone, tuttavia, l'assenza di una precisazione di analogo tenore a quella prevista per l'obbligo di fedeltà del lavoratore subordinato, ossia che l'attività concorrenziale inibita riguarda, indifferentemente, gli affari trattati « per conto proprio o di terzi » (art. 2105 cod. civ.). Va, inoltre, considerato che una interpretazione estensiva del divieto di concorrenza nei termini sopra prospettati, vanificherebbe, per lo meno in gran parte, quanto sancito dall'art. 64, comma 1, posto che il diritto di lavorare per più committenti sottintende, in assenza di indicazioni di segno opposto,

che ciò possa avvenire con riguardo a soggetti anche operanti nel medesimo settore (102).

In ogni caso, e senza quindi la necessità di un'apposita clausola contrattuale in tal senso, al lavoratore è fatto divieto di « diffondere notizie e apprezzamenti attinenti ai programmi e alla organizzazione di essi, né compiere, in qualsiasi modo, atti in pregiudizio della attività dei committenti medesimi » (art. 64, comma 2), obbligo, questo, corrispondente a quello dell'art. 2105 cod. civ.

In ordine, invece, alle conseguenze della cessazione del contratto, sul presupposto del rapporto di genere a specie che intercorre fra contratto d'opera e contratto di lavoro a progetto, sono stati considerati applicabili anche al secondo gli artt. 2227 e 2237 cod. civ., per i quali il committente e il cliente hanno facoltà di recedere liberamente, ancorché sia iniziata l'esecuzione dell'opera, nel caso di prestazione manuale « tenendo indenne il prestatore d'opera delle spese, del lavoro eseguito e del mancato guadagno », e nel caso, invece, di prestazione intellettuale « rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta » (103).

Interpretazione, questa, rispetto alla quale si è rilevato che la

(102) La legge non si pronuncia sull'apponibilità al contratto di lavoro a progetto di un patto di non concorrenza, eventualità, invece, espressamente regolamentata per il lavoro subordinato (art. 2125 cod. civ.) e per il contratto di agenzia (art. 1751 bis cod. civ.). È da ritenere, tuttavia, che l'autonomia privata possa dispiegarsi prevedendo una clausola che sancisca l'impegno da parte del lavoratore di non svolgere attività concorrenziale anche dopo la cessazione del rapporto. Più problematico è, invece, stabilire come tale obbligo debba essere regolamentato, onde non comprimere oltre il lecito la possibilità per il collaboratore di reperire un'occupazione confacente alle sue capacità professionali. In assenza di una disciplina della materia, e in mancanza di argomenti per supportare l'estensione in via analogica del regime applicabile al lavoro dipendente e all'agenzia, non sembra vi siano alternative alla soluzione proposta in giurisprudenza antecedentemente alla riforma del 2003, secondo cui nel caso delle collaborazioni coordinate e continuative accordi di questo tipo vanno assoggettati al regime di cui all'art. 2596 cod. civ. (Cass. 23 novembre 1990, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 127; Trib. Alessandria 6 marzo 1989, in *Orient. giur. lav.*, 1989, p. 389).

(103) PEDRAZZOLI, *La disciplina delle collaborazioni ricondotte a progetto e dei contratti di lavoro a progetto*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 822; GARGIULO, *Il recesso nel lavoro a progetto*, cit., p. 912 ss.

natura di norma speciale dell'art. 67 d.lgs. n. 276/2003, la renderebbe impermeabile rispetto alla disciplina comune del contratto d'opera (104).

Sennonché, in questo modo, si sovrappongono due piani, che invece vanno tenuti distinti: se è corretto, infatti, ritenere che, per la ragione appena riportata, l'art. 67 non è suscettibile di integrazione, è altrettanto vero, però, che tale fenomeno è circoscritto al solo l'ambito delle causali legali legittimanti il recesso, ma non quello degli effetti che ne possono discendere, dato che la norma non se ne occupa.

Acquisito che, sotto questo profilo, l'integrazione è praticabile, occorre, tuttavia, rilevarne il condizionamento in senso restrittivo, per un verso, nell'eventualità che il recesso sia intervenuto per giusta causa — circostanza, questa, che esclude il diritto del lavoratore di ottenere l'equivalente di quanto avrebbe potuto percepire portando a termine la sua prestazione (105), ma che, a seconda della natura dei fatti costitutivi il recesso, può porsi d'ostacolo anche alla remunerabilità del lavoro nel frattempo eseguito —, per altro verso, in ragione della specifica regolamentazione prevista per i i rimborsi spese. Occorre infatti considerare, che l'art. 62 lett. c), dedicato, come s'è visto, agli elementi del contratto necessari *ad probationem*, parla di « disciplina dei rimborsi spese » senza ulteriori specificazioni, sottintendendo, in questo modo, la facoltà dei contraenti di modulare come meglio credono la relativa regolamentazione e quindi anche di escludere, integralmente o parzialmente, il diritto del collaboratore alle corrispondenti erogazioni economiche. Sotto que-

(104) LUNARDON, *Il lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da Carinci F., *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER, II, seconda edizione, Torino, 2007, p. 77.

(105) A meno che, ovviamente, lo stesso lavoratore non riesca a dimostrare l'insussistenza di una giusta causa di recesso. Sul punto v. Trib. Roma 6 dicembre 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 754, che alla dichiarazione di illegittimità del recesso intimato dal committente per giusta causa ha fatto seguire un obbligo di risarcimento del danno corrispondente alla perdita dei compensi pattuiti tra le parti per il periodo compreso tra l'anticipata cessazione del contratto e quella che invece era la sua scadenza.

sto profilo, pertanto, l'area di applicazione della normativa speciale coincide con quella della disciplina generale, con l'effetto di escludere qualsiasi possibilità di integrazione da parte della seconda.

CAPITOLO III
FLESSIBILITÀ ORGANIZZATIVA
E LAVORO SUBORDINATO

SOMMARIO: Sezione Prima. *I limiti all'impiego del contratto a termine*. — 1. Le differenti connotazioni attribuite al carattere di specialità del contratto a termine. — 2. La prevalente tesi della natura temporanea delle esigenze aziendali: critica. — 3. La specificazione delle esigenze aziendali. In particolare: le contraddizioni della giurisprudenza sulle ragioni sostitutive. — 4. La successione di contratti. — 4.1. Il limite massimo di trentasei mesi. — 5. Presupposti ed esercizio del diritto di precedenza. — Sezione Seconda. *La flessibilità dei tempi di lavoro nel part-time e nel lavoro intermittente*. — 6. La flessibilità nel lavoro a tempo parziale. — 6.1. La variazione della durata: lavoro supplementare, clausole elastiche e lavoro straordinario. — 6.2. La variazione della collocazione temporale: le clausole flessibili. — 7. La disponibilità nelle due versioni del lavoro intermittente. — 7.1. I presupposti per la stipulazione del contratto. — 7.2. La qualificazione del rapporto di lavoro. — 7.3. — L'estinzione del contratto: in particolare, la risoluzione conseguente all'ingiustificato rifiuto di rispondere alla chiamata.

Sezione Prima

I LIMITI ALL'IMPIEGO DEL CONTRATTO A TERMINE

1. *Le differenti connotazioni attribuite al carattere di specialità del contratto a termine.*

Le tappe che hanno scandito la trasposizione a livello interno della direttiva 1999/CE/70 sul contratto a termine sono ampiamente note (1). Così com'è noto che il risultato finale di questo processo,

(1) Per il loro riepilogo si rinvia a MENGHINI, *Il lavoro a tempo determinato*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da CARINCI F., II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER, seconda edizione, Torino, 2007, p. 1230 ss.

approdato al d.lgs. n. 368/2001, ha dato luogo ad una contrapposizione fra chi vi ha ravvisato un indebolimento del regime protettivo, sotto forma di penalizzazione dell'impiego stabile a vantaggio di quello precario, e chi, invece, lo ha considerato un esito indispensabile per assicurare alle imprese uno strumento dotato dei necessari connotati di flessibilità, ma anche utile sul piano occupazionale (2). Allo stesso tempo, è ancora prematuro stabilire se gli innesti operati dalla l. n. 92/2012 attenueranno i motivi di contrasto, se non altro perché le loro effettive ricadute sono condizionate in modo significativo dalle determinazioni che assumerà l'autonomia collettiva nell'esercizio della funzione di adattamento di cui è investita. Per il momento, si può solo prendere atto che esse si prestano a rilievi critici tanto da parte dei detrattori quanto dei sostenitori

(2) All'indomani dell'approvazione del decreto si è molto discusso, in particolare, se l'introduzione di requisiti assai più elastici dei precedenti violasse la clausola di non regresso contenuta nell'accordo quadro del 18 marzo 1999 siglato da CES, CEEP e UNICE — divenuto poi parte integrante della direttiva —, in base alla quale la trasposizione nei singoli stati dei contenuti dello stesso accordo non costituisce valida ragione per ridurre il livello generale di tutela offerto dai diversi ordinamenti (per la tesi della violazione, v. CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. giur.*, 2001, p. 916; ZAPPALÀ, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari. Come si attua una direttiva travisandola*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, p. 646; in senso contrario, invece, VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 30). La questione, tuttavia, è progressivamente divenuta meno controversa grazie ai successivi interventi della Corte di Giustizia, che non intende detta clausola come ostativa ad un arretramento delle tutele vigenti — purché rispettoso della loro soglia minima sancita dalla disciplina comunitaria —, ravvisandone la violazione solo nell'ipotesi in cui la conformazione alla direttiva, anziché essere strumentale ad una ben definita opzione legislativa, venga utilizzato come pretesto per indebolire il regime protettivo (Corte Giust., 24 giugno 2010 (c-98/08), in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 627; Corte Giust., 27 aprile 2005 (c-144/04), *ivi*, 2006, p. 222; Corte Giust., 22 novembre 2005 (c-144-04), in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, I, p. 387). Sicché, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la circostanza che fosse « già superconformato rispetto alle prescrizioni della direttiva » esclude detta finalità illecita e con essa il mancato rispetto della clausola di non regresso, attestando, invece, la corrispondenza delle previsioni del d.lgs. n. 368/2001 « ad una precisa volontà del legislatore delegato di realizzare un nuovo equilibrio complessivo tenendo conto della direttiva e della disciplina vigente » (VALLEBONA, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 634).

della flessibilità (3): se, infatti, da un lato, allentano i vincoli all'utilizzo dell'istituto, grazie alla generalizzata facoltà di stipulare un primo contratto acausale (art. 1, comma 9, lett. *b*), l. n. 92/2012) ed estendendo il periodo di prosecuzione della prestazione lavorativa oltre il termine originariamente apposto (art. 1, comma 9, lett. *e*), l. n. 92/2012) (4), da un altro lato, ne riducono, invece, l'appetibilità sia per i maggiori oneri contributivi (art. 2, comma 28, l. n. 92/2012 (5)), sia perché sono stati dilatati gli intervalli di tempo fra un contratto e l'altro (art. 1, comma 9, lett. *g*), (6)).

Tuttavia, i molteplici dissidi formatisi intorno al d.lgs. n. 368 si ricompongono sul fronte della perdurante infungibilità fra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato, essendo indubitabile che la disciplina comunitaria abbia ispirato una normativa mossa da intenti di liberalizzazione della fattispecie, senza tuttavia per questo

(3) In generale, per una rassegna dei primi commenti sulla riforma v. PELLACANI, *Gli obiettivi della riforma e le caratteristiche generali dell'impianto normativo*, in ID. (a cura di), *Riforma*, cit., p. 6.

(4) Che è diventato di trenta giorni (e non più di venti) e di cinquanta giorni (anziché di trenta) per i contratti di durata, rispettivamente, inferiore ovvero pari o superiore a sei mesi. La prosecuzione del contratto e la sua durata devono essere comunicati dal datore di lavoro al Centro per l'impiego entro la scadenza del termine inizialmente fissato (art. 1, comma 9, lett. *f*)

(5) In particolare, « ai rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato si applica un contributo addizionale, a carico del datore di lavoro, pari all'1,4 per cento della retribuzione ai fini previdenziali ». Contributo dal quale sono esclusi: i lavoratori assunti per ragioni sostitutive; quelli preposti allo svolgimento delle attività stagionali di cui al d.P.R. n. 1525/1963, nonché, per i periodi contributivi maturati dal 1° gennaio 2013 al 31 dicembre 2015, quelle individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati entro il 31 dicembre 2011 dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative; gli apprendisti; i dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 2, comma 29). Tuttavia, per la parte relativa alle ultime sei mensilità detto contributo è restituito al datore di lavoro in caso di trasformazione del contratto a tempo indeterminato, solo, però, dopo che è decorso il periodo di prova. La restituzione è prevista anche nell'ipotesi di assunzione a tempo indeterminato effettuata entro sei mesi dalla cessazione del precedente contratto a termine e in questa ipotesi avviene detraendo dalle mensilità spettanti un numero di mensilità ragguagliato al periodo trascorso dalla cessazione del precedente rapporto a termine (art. 2, comma 30).

(6) Sulla disciplina della successione fra contratti si rinvia al § 4 di questo capitolo.

averla emancipata dal rapporto di specialità, che già la legava all'impiego privo di una scadenza predefinita.

Sennonché, alla sostanziale unanimità di vedute circa la sussistenza di un siffatto rapporto non corrisponde una visione altrettanto condivisa dei suoi fondamenti, la cui individuazione è soprattutto condizionata dalle incertezze determinate dal passaggio dal sistema delle causali tassative a quello incentrato sulla giustificazione oggettiva legata alla sussistenza « di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo » (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001), che ha reso i presupposti di costituzione del contratto il profilo più controverso dell'istituto. Aspetto, questo, divenuto ancora più evidente alla luce dell'esperienza applicativa, avendo questa posto in ulteriore risalto le incognite legate alla loro natura, tanto da indurre il legislatore ad adottare la contromisura costituita dalla già accennata possibilità di un primo rapporto, non prorogabile e della durata massima di un anno, privo di motivazione (v. *supra*). L'effetto più evidente è certo la maggiore adattabilità alle variabili produttive, al quale, tuttavia, va aggiunto anche quello di interferire, attenuandone la portata, nella relazione di specialità fra contratto a termine e modello standard, come dimostrato dal fatto che la modifica si presta ad assecondare la tendenza, ampiamente diffusa nella prassi, di utilizzare il rapporto di lavoro a tempo determinato alla stregua di una prova "lunga" (7) e dunque proprio come alternativa fungibile a quello a tempo indeterminato.

Tornando all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, il radicale mutamento d'impostazione che esso ha fatto segnare ha sancito la sostituzione del controllo giudiziale a quello preventivo già affidato alla legge e all'autonomia collettiva. Da questa premessa, che costituisce un corollario dell'identificazione dei presupposti del contratto mediante il ricorso ad una norma elastica, sono discese due diffe-

(7) Come confermato anche dalla circolare del Ministero del lavoro n. 18/2012, che attribuisce al contratto privo di causale anche la finalità di « una migliore verifica delle attitudini e capacità professionali del lavoratore in relazione all'inserimento nello specifico contesto lavorativo ».

renti opzioni interpretative circa lo spazio riservato all'apprezzamento dei giudici: la prima lo circoscrive al controllo sull'effettività della ragione oggettiva specificata nel contratto, facendone dipendere la sussistenza dall'assegnazione del lavoratore a mansioni coerenti con la ragione medesima. In questa prospettiva, non conta se il contratto risponde ad esigenze stabili oppure transitorie — essendo la scelta rimessa alla discrezionalità dell'imprenditore —, rilevando, invece, la funzionalizzazione della prestazione lavorativa a quella fra di esse alla quale lo stesso contratto allude. Sicché, in definitiva, in base a questa ricostruzione, il rimedio antielusivo fa leva sull'oggettività della motivazione addotta, nonché, verificatane la sussistenza, sulla limitazione allo *ius variandi* datoriale generata dalla necessaria correlazione fra la stessa motivazione e le mansioni del lavoratore. La seconda, invece, fatta comunque salva l'effettività delle esigenze aziendali, attribuisce a queste una connotazione temporanea, considerandola un presupposto indefettibile della specialità del contratto a termine (8).

Peraltro, rispetto alla versione originaria, il quadro di riferimento si è via via arricchito di nuovi elementi, il primo dei quali, in ordine di tempo, si deve alla l. n. 247/07, che ha integrato l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, aggiungendovi un comma 01, in base al quale « il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato ».

(8) Una tesi ancora differente è quella proposta da FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, 2010, il quale, prendendo spunto dalle causali elaborate dai contratti collettivi, ritiene che l'apposizione del termine trovi un'adeguata giustificazione non in esigenze necessariamente transitorie e nemmeno « a fronte di qualsiasi stabile o permanente ragione aziendale, bensì in presenza di una esigenza *nuova e attuale* che, proprio in quanto tale, non può ancora dirsi definitivamente stabilizzata e quindi risulta provvisoria (...) perché in una prospettiva *ex ante* è temporaneamente instabile » (p. 255). Sennonché, il necessario carattere di novità che secondo questa prospettiva deve assumere l'esigenza aziendale, collega la giustificazione del contratto a situazioni estranee alla normale attività del datore di lavoro, non conciliandosi, dunque, con la facoltà espressamente prevista di attivare rapporti a tempo determinato anche per ragioni riferibili, per l'appunto, alla ordinaria attività dell'impresa (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001).

La norma si rifà ad un principio enunciato nel preambolo dell'accordo quadro del 1999 — « i contratti a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro » —, di cui la direttiva 1999/70 costituisce l'attuazione, ed è stata in prevalenza letta a supporto della corrispondenza fra specialità del contratto a termine e temporaneità delle esigenze aziendali (9).

Senonché, non solo la norma non allude ad un tale carattere, ma esso non può nemmeno considerarsi una conseguenza automatica della specialità del contratto a termine, potendo questa ugualmente discendere dalla funzionalizzazione della prestazione lavorativa ad una ragione non transitoria, purché oggettiva e non arbitraria (10). Senza considerare, poi, che nel contesto normativo dal quale proviene — la cui impostazione, com'è ovvio, influisce sulla lettura della sua trasposizione a livello interno — l'infungibilità fra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato non presuppone un'intrinseca ed irrinunciabile differenziazione delle occasioni di lavoro, trovando invece riscontro nel divieto di utilizzare in modo indiscriminato — nel senso di eccessivamente ripetuto — le assunzioni assoggettate a limiti temporali. Ed è solo in funzione di ciò che la direttiva indica come rimedio l'adozione, anche solo alternativa, di misure volte a circoscrivere la durata massima dei contratti, il numero di rinnovi, nonché, per l'appunto, a collegare l'attivazione del rapporto a ragioni obiettive (11). Sicché, il requisito causale rientra fra i possibili accorgimenti che servono a contrastare gli abusi dovuti alla successione di rapporti, essendo quindi preposto ad imprimere effettività ad una disciplina la cui *ratio* è quella di

(9) V., fra gli altri, SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 188 ss.; ROCCELLA, "Vorrei ma non posso": storia interna della più recente riforma del mercato del lavoro, in *Lav. dir.*, 2008, p. 417.

(10) VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 11; SANDULLI, *Spunti sull'interrogativo primario del nuovo contratto a termine: l'intrinseca temporaneità del presupposto*, *ibidem*, p. 66; LUNARDON, *L'eccezionalità del contratto a termine. Dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 51; PESSI R., *Il contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 303.

(11) Cfr. clausola 5.

« evitare non tanto la precarizzazione del singolo posto di lavoro », bensì « la precarizzazione del singolo lavoratore » (12).

Ne discende, dunque, che la transitorietà da esso presupposta non rileva come limite al contratto singolarmente preso, ma assurge a parametro di riferimento solo nella prospettiva di una reiterazione di contratti con lo stesso lavoratore, che siano preposti a soddisfare esigenze produttive stabili. In altri termini, la ragione passa da transitoria a stabile solo quando la medesima esigenza si ripropone in maniera continuativa rispetto al medesimo soggetto, facendo così emergere la presenza di occasioni di lavoro permanenti.

E quanto appena rilevato vale a maggior ragione per la successiva formulazione assunta dall'art. 1, comma 01, del d.lgs. n. 368/2001 — ai sensi della quale ora « Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro » (art. 1, comma 9, lett. *a*), l. n. 92/2012 (13)) —, posto che la scelta di riproporre alla lettera il principio espresso dalla direttiva rende la stessa norma ancora più allineata alla *ratio* della disciplina comunitaria.

Peraltro, fra le due integrazioni di cui si è appena detto, si è frapposta quella introdotta dall'art. 21, comma 1, d.l. n. 112/2008, ai sensi del quale le esigenze aziendali sono riferibili anche « alla

(12) Sul punto, v., da ultimo, Corte Giust. 26 gennaio 2012 (c — 586/10), in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 747, dove, con riguardo alle ragioni sostitutive, si è precisato che la conclusione di « contratti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare un'esigenza permanente » di personale sostitutivo non è sufficiente, da sola, « ad escludere che ognuno di questi contratti, considerati singolarmente, sia stato concluso per garantire una sostituzione avente carattere temporaneo ». Infatti, nonostante « la sostituzione soddisfi un'esigenza permanente, dato che il lavoratore assunto in forza di un contratto a tempo determinato svolge compiti ben definiti facenti parte delle attività abituali del datore di lavoro o dell'impresa, resta il fatto che l'esigenza di personale sostitutivo rimane temporanea poiché si presume che il lavoratore sostituito riprenda la sua attività al termine del congedo, che costituisce la ragione per la quale il lavoratore sostituito non può temporaneamente svolgere egli stesso tali compiti ».

(13) Che ripropone quanto già la medesima legge sancisce come regola generale, « ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato, cosiddetto « contratto dominante », quale forma comune di rapporto di lavoro » (art. 1, comma 1, lett. *a*).

ordinaria attività del datore di lavoro ». La modifica è stata mossa dall'intento di neutralizzare gli effetti del prevalente orientamento nel frattempo affermatosi, per cui dette esigenze devono essere transitorie. Lettura che ha prodotto ricadute applicative assai differenti da quelle auspiccate dalla maggioranza che aveva approvato la riforma del 2001, vanificandone, di fatto, l'obiettivo di un'ampia libertà di accesso all'istituto. Sicché, una volta tornata maggioranza, la medesima compagine si è subito mobilitata per adottare i correttivi del caso, senza però ottenere il risultato sperato — ma, semmai, quello molto più circoscritto di escludere la necessità di ragioni straordinarie o imprevedibili (14) —, posto che, come già si è detto per la somministrazione a tempo determinato (15), l'ordinaria attività dell'impresa può implicare anche esigenze produttive temporanee (16).

In definitiva, dunque, nonostante gli sforzi profusi dal legislatore, la contrapposizione sui presupposti fondanti la specialità del contratto a termine resta sostanzialmente inalterata rispetto a come già si atteggiava in riferimento all'originaria formulazione del decreto del 2001. O meglio, se qualcosa di realmente significativo è nel frattempo intervenuto, non lo si deve certo alle disposizioni passate in rassegna, bensì ad un ulteriore innesto della l. n. 247/2007 e segnatamente a quello che pone un limite di trentasei mesi alla successione di contratti fra le stesse parti (17). Sebbene la norma sia funzionale a dotare di una più spiccata effettività le contromisure volte a prevenire le distorsioni generate dalla reiterazione di rapporti temporanei, essa, infatti, produce riflessi anche sul versante dei

(14) Cass. 27 aprile 2010, n. 10033, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 824.

(15) V. § 2.1 del II capitolo.

(16) Per una diversa opinione v. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133 (c.d. manovra d'estate 2008)*, in ID. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Torino, 2008, p. 47, il quale sostiene che la modifica è in grado di supportare « una ricostruzione molto permissiva del contratto a termine, che potrebbe essere adoperato (...) senza doversi affannare a dimostrare una qualche esigenza contingente e transitoria ».

(17) V. § 4.1. di questo capitolo.

presupposti a cui è assoggettata la costituzione del singolo contratto, attestando che nel vigente assetto normativo « il limite all'assunzione a tempo determinato è principalmente di tipo quantitativo e non più qualitativo » (18). Implicazione, questa, che, senza arrivare a privare di rilevanza il requisito causale, lo rende di certo meno strategico ai fini antielusivi.

2. *La prevalente tesi della natura temporanea delle esigenze aziendali: critica.*

Si è visto, dunque, che la direttiva riferisce la transitorietà alla successione di contratti, attestando, oltretutto, che le ragioni obiettive sono funzionali a questo scopo, anziché a quello di sancire una netta frattura fra le motivazioni economico-organizzative — e le correlate occasioni di lavoro — sottostanti, rispettivamente, ad un contratto con o senza limite di durata. Il risultato è che, in ambito europeo, l'apposizione della causale non equivale a vincolare in ogni ipotesi il rapporto ad esigenze temporanee, servendo, invece, a verificare che le motivazioni addotte nell'eventuale susseguirsi di contratti con lo stesso lavoratore non riflettano esigenze permanenti.

Allo stesso tempo, nonostante non vi fossero ostacoli a farlo, l'ordinamento interno non ha mai assunto una posizione esplicita sul punto, come invece è accaduto nel settore del pubblico impiego (19). Semmai, se si guarda ai più recenti interventi legislativi, la prevalente tesi della temporaneità presuppone un sindacato di merito sulle scelte imprenditoriali, che stride con i limiti ai quali è assoggettato il controllo giudiziale da parte dell'art. 30, comma 1, l. n. 30/2010 (20). Tuttavia, è assai improbabile che la norma possa

(18) CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino, 2008, p. 105.

(19) Dove le forme contrattuali flessibili possono essere utilizzate solo per « rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali » (art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

(20) La norma statuisce che nell'ipotesi in cui, fra le altre, l'instaurazione di un rapporto di lavoro sia regolata ricorrendo ad una clausola generale, « il controllo

fungere da antidoto ad una tale forma di verifica, concorrendo quindi al superamento della suddetta tesi (21), posto che reca un principio da tempo affermato — basti pensare alla giurisprudenza sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento —, ma la cui enunciazione non ha mai prodotto apprezzabili ricadute sul piano applicativo (22).

Aggiungasi, inoltre, che, al di fuori del contesto della successione di contratti ed in assenza di altri agganci normativi, la transitorietà delle esigenze manifesta una spiccata inclinazione a prestarsi a letture profondamente diverse, potendo essere intesa come intrinseca alle esigenze medesime ovvero alla stregua di un dato meramente prognostico rispetto a ragioni produttive suscettibili di continua evoluzione (23), esito, questo, che, oltretutto, a ben vedere, non sottintende una discrezionalità valutativa meno marcata di quello al quale si approda, considerando il contratto svincolato dalla temporaneità, ma non da presupposti obiettivi e non arbitrari.

Tali oscillazioni interpretative costituiscono l'inevitabile portato dell'incertezza da cui è avvolto il concetto (24), la cui scarsa propensione ad assumere un significato sufficientemente condiviso dovrebbe indurre, in ogni caso, a ricercare altrove direttrici interpretative più affidabili. Nonostante ciò, esso è ugualmente utilizzato come principale criterio discretivo non solo dalla prevalente giuri-

giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente ».

(21) GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 230 ss.

(22) Tanto è vero che allo scopo di corroborarne l'effettività, la l. n. 92/2012 ha aggiunto all'art. 30, comma 1, il seguente periodo: « L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto ».

(23) Sul punto v. la rassegna di opinioni in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui Giuridi sul Lavoro*, 2006, 1, p. 10 ss.

(24) DEL PUNTA, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, p. 542 ss.

sprudenza di merito (25), ma anche dalla Cassazione, che, per avvalorarne la funzione discretiva, sottolinea che « la previsione di specifici presupposti economici ed organizzativi e la necessità di una espressa motivazione in ordine alle ragioni che presiedono all'apposizione del termine resterebbero un mero *flatus vocis* ove il datore di lavoro potesse discrezionalmente determinare le cause di apposizione del termine, a prescindere da una specifica connessione fra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata ad attuare » (26).

Impostazione, questa, che instaura, dunque, la medesima correlazione fra temporaneità delle ragioni ed effettività del controllo esterno già criticata in ordine alla somministrazione di manodopera (27). Pertanto, non resta che ribadire come anche escludendo la necessità di esigenze temporanee, la loro specificazione non assume i tratti del requisito formale fine a se stesso, implicando comunque un apprezzamento rivolto all'esecuzione del contratto con rilevanti conseguenze sotto il profilo della limitazione dell'autonomia privata in funzione antielusiva ed in particolare dello *ius variandi* del datore di lavoro.

3. *La specificazione delle esigenze aziendali. In particolare: le contraddizioni della giurisprudenza sulle ragioni sostitutive.*

Quanto sopra non equivale certo a svuotare di significato il presupposto causale, evidenziando, piuttosto, la sua capacità di

(25) Cfr., fra le tante, Trib. Milano 20 luglio 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 687; Trib. Milano 10 aprile 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, p. 491; Corte d'Appello Firenze 30 maggio 2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 111; Trib. Firenze 5 febbraio 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 325; Trib. Bologna 2 dicembre 2004, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 655; Trib. Piacenza 27 settembre 2006, *ivi*, 2007, p. 578. Fra le poche di diverso avviso, v. Trib. Pavia 12 aprile 2005, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 26.

(26) Cass. 27 aprile 2010, n. 10033. Così anche, in dottrina, MENGHINI, *Il lavoro a termine*, in VALLEBONA, *I contratti di lavoro*, t. I, *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, vol. 12, Torino, 2009, p. 1054.

(27) V. § 2.2. del I capitolo.

svolgere un'adeguata funzione selettiva anche prescindendo da caratteri ulteriori rispetto a quello dell'oggettività.

A renderlo possibile, concorre, però, in modo decisivo l'onere della sua specificazione, introdotto dal d.lgs. n. 368/2001 con l'obiettivo di attenuare le ricadute del superamento del sistema delle motivazioni tassative (28), dove, per l'appunto, tale obbligo non era previsto e che l'elemento formale asseconda, circoscrivendo l'impiego del lavoratore alle sole mansioni correlate alle esigenze esplicitate nel contratto e restringendo, così, l'area di esercizio del potere organizzativo. L'effetto, in altre parole, è quello di « una perimetrazione della facoltà riconosciuta al datore di lavoro di far ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato », evitando, così, « l'uso indiscriminato dell'istituto per fini solo nominalmente riconducibili alle esigenze riconosciute dalla legge » (29).

Da tale requisito (volto ad assicurare al lavoratore la cognizione della ragione per la quale è stato assunto, a cristallizzare la stessa ragione rendendola immodificabile e a consentire il sindacato giudiziale (30)), si sono tratti i connotati di un adempimento che non ammette formulazioni generiche (31) — realizzate magari attraverso una mera riproposizione dell'enunciato legislativo ovvero di una causale menzionata nel contratto collettivo (32) — o comunque ambigue — in quanto riferite ad ipotesi alternative di impiego dei

(28) LUNARDON, *L'eccezionalità*, cit., p. 46; MENGHINI, *Il lavoro a termine*, cit., p. 1080.

(29) Cass. 26 gennaio 2010, n. 1577.

(30) Cfr. DE ANGELIS, *Su aspetti formali del contratto a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 767.

(31) L'impostazione adottata dalla giurisprudenza è ben rappresentata da Trib. Milano 29 agosto 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 743: « L'impresa è libera di pubblicizzare ed effettuare la ricerca di forza lavoro per le più svariate finalità (...), ma quello che conta per la legge è che se e quando vi sia assunzione a termine siano osservate le speciali formalità prescritte a garanzia del lavoratore: a prescindere dalle soggettive intenzioni e dagli interessi economici perseguiti, è il contratto di lavoro in quanto tale, quindi, che deve essere perfetto sotto ogni aspetto, in particolare anche quanto all'obbligatoria indicazione delle specifiche ragioni giustificatrici del termine apposto all'assunzione ».

(32) Trib. Milano 25 novembre 2004 (ord.), in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 152.

lavoratori (33) —, tutte situazioni considerate preclusive della possibilità di stabilire la ricorrenza di una motivazione effettiva.

Tuttavia, se sul piano generale l'onere di specificazione risponde a criteri sostanzialmente univoci (34), lo stesso non vale, invece, per la sua applicazione all'esigenza sostitutiva, ora che la legge non si riferisce espressamente alla necessità di riportare nel contratto i nomi dei lavoratori sostituiti, potendone, dunque, derivare un possibile scostamento in senso peggiorativo per quanto concerne la verificabilità della giustificazione rispetto alla l. n. 230/1962, dove invece detto vincolo era previsto in modo esplicito.

La questione è arrivata fino alla Corte Costituzionale, che ha formulato un giudizio di conformità dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001, sul presupposto della corrispondenza di effetti con la precedente disciplina, facendone, così, discendere la perdurante necessità di indicare il nominativo dei lavoratori assenti, in quanto, diversamente, verrebbe vanificata la funzione del requisito formale, ossia l'obiettivo « di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto » (35).

Sono stati, così, superati i rilievi circa un possibile eccesso di delega imputato alla circostanza che la l. n. 422/2000, in esecuzione della quale è stato emanato il d.lgs. n. 368/2001, attribuiva solo il potere di attuare la direttiva 1999/70, le cui disposizioni, tuttavia,

(33) Trib. Milano 31 ottobre 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, p. 936.

(34) Senza, per questo, escludere che il grado di specificazione esigibile possa variare a seconda dell'entità dell'impresa: ove, infatti, l'assunzione a termine si inserisca in un'organizzazione che, in ragione delle dimensioni, risulta particolarmente articolata, è necessario fare riferimento alle peculiari e concrete necessità relative all'ufficio o al reparto in cui il lavoratore viene inserito. Cfr. Trib. Milano 21 aprile 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, p. 319. Quanto, invece, al rinvio *per relationem* alle ragioni giustificatrici contenuto in un documento separato, la sua praticabilità è subordinata al fatto che « nel contratto costitutivo del rapporto, [lo stesso rinvio] sia esplicito, specifico e assolutamente inequivoco, e che altrettanto certa e inequivoca siano la conoscenza e l'accettazione del lavoratore dell'intero contratto di lavoro a termine, in tutti i suoi elementi così come definitivamente configurati, comprese le ragioni giustificatrici » (Trib. Milano 29 agosto 2005, cit.).

(35) Corte Cost. 14 luglio 2009, n. 214, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 870.

non interessavano i presupposti per l'apposizione delle clausole relative al termine del contratto. Ma sulla scorta del medesimo assunto è stato, altresì, escluso anche il secondo profilo di sospetta incostituzionalità, ossia la violazione dell'ordinamento comunitario, che si era ipotizzato potesse manifestarsi nella riduzione del livello generale di tutela impedita dalla clausola di non regresso dell'accordo quadro del 1999, che invece sarebbe stata configurabile a causa della menzionata differenza rispetto alla l. n. 230/1960.

Pur non trattandosi di una scelta obbligata, posto che comunque era praticabile — rispetto sia alla legge delega sia alla disciplina comunitaria — una diversa interpretazione che privilegiasse il dato testuale dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 e quindi orientata ad una lettura meno rigorosa dell'onere di specificazione (36), la Corte ha, quindi, scelto di adottare una linea di continuità con il precedente assetto, considerando l'indicazione dei lavoratori sostituiti una soglia di garanzia indispensabile, onde assicurare al requisito un adeguato livello di effettività.

Sebbene l'orientamento non sembrasse suscettibile di deroghe e nemmeno di interpretazioni adeguatrici, i successivi interventi della giurisprudenza di legittimità ne hanno fornito una rappresentazione, che, invece, lo rende permeabile se non alle prime, sicuramente alle seconde.

La giustificazione di un siffatto esito, è fatta risalire alla discrezionalità della Cassazione rispetto ai principi espressi dalle sentenze interpretative di rigetto, che subisce l'unico limite costituito dal « divieto di accogliere quella interpretazione che la Corte costituzionale ha ritenuto, sia pure con una pronuncia di infondatezza della

(36) PANDOLFO, *I contratti a termine « a fronte di ragioni di carattere [...] sostitutivo »: recenti interventi giurisprudenziali*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 675 ss., il quale osserva anche, in senso critico, che l'inserimento nel contratto del nominativo del lavoratore da sostituire, comporta che il suo sostituto venga a conoscenza di « informazioni "sensibili" attinenti non solo all'assenza di un altro lavoratore ma anche al motivo della sua assenza, comunicazione che non si armonizza facilmente con la tutela della riservatezza a cui l'ordinamento nazionale ha mostrato sempre più di tenere, peraltro anche sulla spinta dell'ordinamento comunitario » (p. 676).

questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo esame, viziata ».

Su tale presupposto si sono, quindi, poste le basi per rendere meno vincolante l'onere di specificare i nominativi dei lavoratori assenti, ritenendo che in determinate situazioni la trasparenza del contratto dipenda da elementi diversi, perché più adatti a verificare l'immodificabilità della giustificazione. In particolare, « accanto a fattispecie elementari in cui è possibile individuare fisicamente il lavoratore o i lavoratori da sostituire », vi sarebbero « fattispecie complesse in cui la stessa indicazione non è possibile e "l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori" deve passare necessariamente attraverso la "specificazione dei motivi", mediante l'indicazione di criteri che, prescindendo dall'individuazione delle persone, siano tali da non vanificare il criterio selettivo che richiede la norma ». Pertanto, in queste ipotesi, anziché con i nominativi dei lavoratori assenti, l'enunciazione dell'esigenza sostitutiva andrebbe integrata da « elementi ulteriori (quali, l'ambito territoriale i riferimenti, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni dei lavoratori da sostituire, il diritto degli stessi alla conservazione del posto di lavoro) » (37).

Tuttavia l'indirizzo in questione suscita perplessità con riguardo, anzitutto, alla sua coerenza rispetto al presupposto da cui muove. Infatti, nel caso di specie, la Corte non ha prospettato soluzioni diverse da quella per cui l'art. 1, comma 2 d.lgs. n. 368/2001 sottintende, in ogni caso, l'indicazione dei nominativi dei lavoratori sostituiti, sicché la differente impostazione della Cassazione si pone in evitabile conflitto rispetto ad essa.

E non sorprende che l'orientamento abbia fatto emergere un ulteriore possibile profilo di non conformità ai principi costituzionali, ossia la potenziale portata discriminatoria della differenziazione che ne discende fra categorie di imprese, potendo solo i dipendenti

(37) Cass. 28 aprile 2010, n. 10175; Cass. 26 gennaio 2010, n. 1577; Cass. 26 gennaio 2010, n. 1576.

di quelle dotate di una struttura più articolata « pretendere di avere già nel contratto di lavoro l'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito e della ragione della sua assenza ed essere in grado così di esercitare immediatamente, già all'atto della sottoscrizione del contratto », il controllo a cui è preordinato l'onere di specificazione (38).

Sotto un diverso profilo, nonostante le sentenze non distinguano a seconda delle dimensioni dell'impresa, è difficile immaginare strutture produttive piccole o anche medie dove la complessità organizzativa si spinga al punto da imporre accorgimenti diversi da quello che consente di delimitare il rapporto fra sostituiti e sostituti mediante l'indicazione dell'identità dei primi. Si prefigura, così, un'applicazione del requisito condizionata dal flusso continuativo e massiccio di contratti a termine, che, per l'appunto, è possibile riscontrare solo nelle imprese più grandi, le quali, dunque, a conti fatti, sono le uniche ad essere interessate dagli sviluppi interpretativi della Cassazione.

L'ulteriore conseguenza è che il dato dimensionale assurge a presupposto per l'applicazione di un regime più permissivo rispetto a quello che interessa l'area non esentata dalla stretta osservanza del criterio definito dalla Corte Costituzionale, dato che gli accorgimenti alternativi all'indicazione dei nomi dei sostituiti non rappresentano adeguati contrappesi onde preservare l'effettività della verifica circa il nesso eziologico fra l'utilizzo degli assunti a termine e l'assenza dei sostituiti (39). Infatti, il luogo di svolgimento della prestazione dei lavoratori a tempo determinato, così come le loro mansioni, sono elementi che in ogni caso rappresentano parte integrante del contratto di lavoro e dei quali, dunque, non è dato cogliere la portata qualificante in funzione della peculiare esigenza di trasparenza connaturata all'onere di specificazione (40).

(38) Trib. Trani (ord.) 21 febbraio 2011, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1076.

(39) Per una diversa opinione v. PANDOLFO, *I contratti a termine*, cit., p. 684.

(40) Come correttamente osserva Trib. Trani 21 febbraio 2011, cit., le disfunzioni che può generare l'orientamento seguito dalla Cassazione emergono in modo

4. *La successione di contratti.*

I rivolgimenti che hanno sottoposto a continue sollecitazioni la disciplina dell'istituto non hanno interessato solo il suo presupposto causale, ma anche la successione di contratti, rispetto alla quale il d.lgs. n. 368/2001 era rimasto inerte — limitandosi a riproporne la precedente regolamentazione —, nonostante nella prospettiva comunitaria sia considerata strategica, tenuto conto che la direttiva 1999/70 individua proprio nell'impiego continuativo ma frammentario la principale insidia all'aspirazione dei lavoratori alla stabilità occupazionale, che essa punta a tutelare.

Tuttavia, mentre sul versante della natura delle ragioni giustificative gli interventi normativi, come s'è visto, hanno inciso solo in modo marginale sull'originario impianto della disciplina, rispetto al fenomeno successorio, invece, hanno fatto segnare una profonda discontinuità, manifestando una crescente propensione a limitarne l'estensione.

Sul punto, la modifica più recente ha riguardato gli intervalli temporali che già contraddistinguevano l'avvicendamento fra contratti, ma dei quali la l. n. 92/2012 ha incrementato la durata (art. 1, comma 9, lett. g) (41)).

Se la si esamina in parallelo con un'altra rilevante novità introdotta dalla medesima legge, ossia la possibilità di stipulare un primo contratto acausale, se ne potrebbe trarre l'impressione di una regolamentazione contraddittoria, che se, da un lato, incrementa la flessibilità in entrata, ridimensionando il ruolo garantistico di un caposaldo della nostra legislazione del lavoro qual è la motivazione

particolare nel caso di « risoluzione anticipata del rapporto a termine per il caso di anticipato rientro in servizio del personale assente », posto che « solo conoscendo anticipatamente la causale della sostituzione ed il nominativo del dipendente sostituito », è possibile verificare la connessione « tra l'assunzione a tempo determinato e l'assenza del sostituito ».

(41) In particolare, per i contratti con una durata fino a sei mesi il precedente termine di dieci giorni è stato innalzato a sessanta giorni, mentre per quelli di durata superiore l'intervallo fra un contratto e l'altro è passato da venti a novanta giorni.

del contratto a termine, da un altro lato, ne diminuisce al contempo la fruibilità in maniera continuativa. Senonché, si tratta di due profili se non complementari, di certo in grado di concorrere entrambi a valorizzare la potenzialità dell'istituto come strumento di stabile inserimento lavorativo: l'uno rendendolo alternativo al periodo di prova, pur con lo svantaggio, per il lavoratore, della probabile maggior durata, che peraltro, a sua volta, presenta il risvolto positivo di consentire allo stesso lavoratore di esprimere la sua professionalità in maniera più compiuta, all'interno, oltretutto, di un contesto regolativo dove il recesso può intervenire solo per giusta causa e quindi corredato da maggiori garanzie sul piano della stabilità; l'altro, in forma più indiretta, dato che fungendo da deterrente alla successione di assunzioni a termine, ne disincentiva l'utilizzo per esigenze durature, per assecondare le quali, dunque, le imprese potrebbero essere indotte a ricorrere con più frequenza al contratto a tempo indeterminato.

Si tratta, tuttavia, di un assetto esposto a variazioni, che dipendono dalla funzione di adattamento devoluta all'autonomia collettiva, la quale si esprime attraverso la facoltà, in taluni settori e situazioni, di ridurre in modo considerevole l'intervallo di tempo fra un contratto e l'altro (42), potendo, così, far recuperare all'istituto i

(42) In particolare, l'autonomia collettiva è autorizzata a ridurre gli intervalli di tempo, in relazione alla durata del contratto, fino a venti e trenta giorni, previa individuazione di « casi » riscontrabili nell'ambito di particolari processi produttivi: avvio di una nuova attività, lancio di un prodotto o di un servizio innovativo ed altri ancora (art. 1, comma 9, lett. *b*), l. n. 92/2012). Al riguardo, si è parlato di una « norma [che] non ha senso, perché le specifiche ipotesi che dovrebbero sostituire quella generale acausale hanno già di per sé i requisiti della temporaneità "mite" per rientrare in quelle di cui al comma 1 dell'art. 1 del decreto n. 368/2001 e comunque sono di frequente contemplate e ribadite per certezza dalla contrattazione collettiva (MENGHINI, *Contratto a termine: nuove regole*, in CARINCI F.-MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Milano, 2012, p. 101). Laddove i contratti collettivi non intervengano, spetta al Ministero del lavoro individuare, sentite le organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, le specifiche condizioni in cui operano le diminuzioni all'intervallo di tempo fra i contratti. Successivamente, la norma è stata integrata con una previsione che applica i termini abbreviati alle attività stagionali, nonché ad « ogni altro caso previsto dai contratti collettivi stipulati ad ogni livello dalle

marginari di flessibilità, che, invece, la regola generale gli ha sottratto. Sicché, a seconda del grado di intensità con il quale tale prerogativa verrà esercitata, il contratto a termine è nelle condizioni di recuperare la capacità di assecondare esigenze produttive distinte ma ravvicinate, situazione che, in mercati competitivi come quelli attuali, è divenuta pressoché una costante tanto nelle fasi di loro contrazione quanto in quelle di espansione.

4.1. *Il limite massimo di trentasei mesi.*

Prima ancora che sul fronte degli intervalli minimi fra contratti, le misure di contrasto all'utilizzo eccessivamente reiterato dell'istituto erano state intensificate da una previsione introdotta dalla l. n. 247/2007, in base alla quale, fatte salve alcune eccezioni (v. *infra*), le proroghe e i rinnovi intervenuti fra le stesse parti non possono condurre, pena la conversione del rapporto, alla stipulazione di più contratti per una durata complessiva — escluse le interruzioni — superiore a trentasei mesi (art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001). Peraltro, la regola è stata resa ancora più restrittiva dalla l. n. 92/2012, imponendo che ai fini del computo di tale periodo massimo si tenga conto anche delle missioni effettuate in esecuzione di contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato (art. 1, comma 9, lett. *i*), l. n. 92/2012). Si è, così, inteso porre rimedio ad una pratica spesso riscontrabile e messa in atto attraverso un accorto dosaggio dei due istituti (contratto a termine e somministrazione di lavoro), con il risultato di ottenere la disponibilità continuativa di apporti lavorativi temporanei ben oltre la soglia sancita dal suddetto limite triennale (43).

organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale » (art. 46-*bis*, comma 1, lett. *a*), d.l. n. 83/2012 convertito in l. n. 134/2012).

(43) Cfr., peraltro, i rilievi critici di TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro*, cit., p. 111, in ordine all'equiparazione che la norma propone fra i due contratti, il quale esclude possa « rappresentare una garanzia di lavoro stabile per il prestatore di lavoro », considerandola, piuttosto, « un disincentivo per l'agenzia a investire sulla formazione e specializzazione del lavoratore ».

In ordine all'estensione di tale periodo, ci si è posti, anzitutto, il problema, se esso valga solo per la successione di contratti ovvero anche come termine invalicabile per il primo di essi. Questione prevalentemente teorica — dato che è assai raro imbattersi in un contratto di tale durata —, rispetto alla quale chi propende per la soluzione meno permissiva, ne ravvisa la giustificazione « con l'intenzione del legislatore di evitare che i contratti a termine si estendano oltre il periodo massimo, con una finalità che è chiaramente dimostrata da una disciplina assai restrittiva per quanto attiene la possibilità di superare il limite triennale » (44). Un altro argomento a supporto della medesima ricostruzione, è tratto dalla previsione che affida alle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori il compito di stabilire la durata del contratto che consente di valicare la soglia temporale, sul presupposto che « se la *ratio* è quella di impedire l'uso del termine oltre 36 mesi se non alle condizioni previste dall'autonomia collettiva, sarebbe incongruo che questa finalità venisse frustrata riattribuendo alle parti individuali la facoltà di superare il tetto triennale con un solo contratto » (45).

La prospettiva è, dunque, quella di una simmetria fra due ipotesi (il primo contratto e la successione fra contratti), priva, anzitutto, di corrispondenza nella disciplina comunitaria, che assume un atteggiamento neutrale rispetto al contratto iniziale o comunque di minore diffidenza rispetto a quello tenuto nei confronti di proroghe e rinnovi. Le ragioni vanno attribuite al ruolo che esso svolge sia come veicolo di primo inserimento nel mercato del lavoro, sia come alternativa fungibile al periodo di prova in vista di un impiego stabile, situazioni collocabili nel novero di quelle alle quali allude la direttiva, riconoscendo che « i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle ragioni dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori » (46).

(44) SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 199.

(45) SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine*, cit., p. 199-200.

(46) V. considerando 12.

Ma anche a livello interno, l'assimilazione fra le due situazioni è contraddetta da elementi di ordine letterale e sistematico.

La proposta interpretativa trascura, infatti, che la norma si riferisce alla « successione » di contratti a termine, ossia ad un'eventualità che prende corpo solo in presenza di rapporti fra loro distinti, potendosi, quindi, attivare in un frangente, per l'appunto, solo successivo alla scadenza del primo di essi. Allo stesso tempo, essa non interferisce con la regola per cui « Il termine del contratto a tempo determinato può essere (...) prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore ai tre anni » (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368/2001), che, pertanto, continua a fungere da implicita conferma della legittimità di un termine iniziale superiore a trentasei mesi (47).

Un altro profilo controverso riguarda la dimensione diacronica della successione di contratti e in particolare se lo sbarramento triennale si applichi anche ai rapporti di lavoro a tempo determinato distribuiti su di un periodo molto ampio.

Sul punto, si è stati indotti a propendere per la soluzione negativa, in ragione della circostanza che l'effetto cumulativo è circoscritto a contratti che presuppongano lo svolgimento di mansioni equivalenti, vale a dire « contratti che vengono reiterati nel quadro di un processo sostanzialmente unitario e temporalmente (comunque) delimitato », non rilevando invece quelli « dislocati in

(47) Ciò comporta, altresì, che se il superamento è conseguenza della proroga, la trasformazione non discende dalla disposizione introdotta dalla legge del 2007, bensì dallo stesso art. 4, comma 1. Per una differente impostazione, v., invece, SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine*, cit., p. 200, ad avviso del quale l'interpretazione delle due disposizioni porterebbe alle seguenti conclusioni: « a) la proroga è possibile solo se il contratto ha meno di tre anni e fino al limite massimo di 36 mesi; b) « la durata iniziale...inferiore ai tre anni » — specificata nell'art. 4 — è limite che opera solo in rapporto al prolungamento del contratto e non può, in presenza di una espressa disposizione contraria, essere considerato come autorizzatorio di un termine iniziale che ecceda il triennio ». Nello stesso senso v. anche ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 68/2008, p. 8.

periodi completamente diversi i quali non possono essere considerati né temporalmente né funzionalmente “in successione” » (48).

Letta in questi termini la normativa sarebbe sicuramente meno penalizzante per l'impiego a tempo determinato, la cui disciplina risulta di molto irrigidita — forse anche oltre gli intendimenti del legislatore (49) — da una previsione che, tuttavia, non autorizza interpretazioni diverse da quella che esclude un limite temporale entro cui deve essere preso in considerazione il tetto dei trentasei mesi. Quanto, poi, al fatto che l'avvicendamento fra contratti funzionali allo svolgimento di compiti equivalenti risponda all'esigenza di assecondare un medesimo programma produttivo, ciò corrisponde alla normale prassi organizzativa, ma non può assumere — come invece pare sottintendere la lettura di cui si è dato conto — carattere prescrittivo.

Nell'intreccio di regole ed eccezioni da cui è connotata la disciplina della successione di contratti, una prima deroga al limite dei tre anni deriva dalla non cumulabilità di quelli stipulati per lo svolgimento di mansioni non equivalenti.

(48) FERRARO, *Il contratto a tempo determinato*, cit., p. 85.

(49) La misura che ne ha dato attuazione impedisce, infatti, di stipulare un nuovo contratto a termine anche in situazioni dove non ricorrono le esigenze di tutela alla base del requisito temporale. E ciò in quanto se l'obiettivo era quello di rimuovere gli ostacoli alla stabilizzazione del rapporto di lavoro posti da una successione senza limiti di contratti a termine, « quella *ratio* non ha nulla a che vedere con la situazione di quel lavoratore che, tanto per fare un esempio, dopo aver iniziato le sue esperienze lavorative con un contratto a termine con una piccola azienda ed aver, poi, lavorato tutta la vita con un altro datore di lavoro, decide prima di andare in pensione (o dopo già essere andato in pensione) di tornare a lavorare, a termine, con la « ditta » che lo aveva « iniziato » » (PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in Persiani-Proia (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, Padova, 2008, p. 97). Sul punto, v. anche FRANZA, *Il lavoro a termine*, cit., p. 275, il quale sottolinea che l'estensione del limite triennale anche a contratti separati da un considerevole periodo temporale, si pone in conflitto con « il parametro comunitario dell'adeguamento del mezzo prescelto dall'ordinamento interno rispetto all'obiettivo della direttiva », la quale nonostante imponga « di adottare una nozione di successione di contratti al fine di prevenire gli abusi », considera, tuttavia, il lavoro a termine come « una delle formule flessibili necessarie per modernizzare l'organizzazione del lavoro garantendo la competitività e la produttività delle imprese ».

Nonostante la formulazione sia la medesima dell'art. 2103 cod. civ., si è escluso che nelle due norme l'equivalenza professionale risponda alla medesima *ratio*. Si è osservato, infatti, che nel caso dello *ius variandi* quanto più si fornisce una lettura restrittiva del concetto, tanto è maggiore la tutela della professionalità e più incidenti sono i limiti al potere organizzativo dell'imprenditore. Ciò imporrebbe di interpretare il criterio cui ricorre il Codice civile preservando il bagaglio di conoscenze e competenze del prestatore, onde consentirgli di seguire un percorso lavorativo sostanzialmente organico. Nel caso, invece, della successione di contratti a termine il requisito dell'equivalenza diventerebbe più duttile « in conformità alla *ratio* protettiva della norma, giacché, quanto più elastico è lo stesso, parallelamente si rafforza la possibilità che il lavoratore venga definitivamente stabilizzato nello stesso posto di lavoro » (50).

Il risultato è, pertanto, quello di una diversificazione del principio di equivalenza professionale, che, però, presenta la controindicazione di complicare una materia già sufficientemente esposta alle variabili organizzative a livello d'impresa. Senza considerare, poi, che le più recenti letture dello *ius variandi* vanno proprio nella direzione di un'applicazione meno statica del concetto di equivalenza, essendovi stato ricondotto l'avvicendamento fra mansioni rapportabili a professionalità anche estranee al bagaglio di conoscenze del lavoratore, purché assimilate dalla contrattazione collettiva mediante le cd. clausole di fungibilità (51), con l'effetto, per quanto qui interessa, di attribuire allo stesso concetto un carattere particolarmente flessibile e quindi anche più adatto ad assecondare la prospettiva di stabilizzazione cui è orientata la disciplina sulla successione di contratti a termine.

La seconda eccezione è quella di un accordo siglato in sede amministrativa, sul quale il sindacato dotato di un'adeguata capacità di aggregazione, misurata secondo l'ormai consolidato requisito

(50) FERRARO, *Il contratto a tempo determinato*, in CINELLI-FERRARO, *Lavoro, competitività, welfare*, Torino, 2008, p. 87.

(51) Cass. Sez. Un. 24 novembre 2006, n. 25033, cit.

della rappresentatività comparativa, influisce sotto due profili, essendo chiamato a fissare — mediante avvisi comuni concordati a livello nazionale con la controparte datoriale — la durata massima dell'ulteriore contratto, nonché ad assistere il lavoratore in sede di sua stipulazione, pena l'irregolarità della procedura e la conseguente reviviscenza del carattere imperativo del limite temporale (52).

La sottoscrizione nelle forme rituali previste dal legislatore implica, quindi, un'ipotesi di volontà assistita, che, secondo una lettura (53), darebbe luogo all'inoppugnabilità del contratto in sede giurisdizionale, alla stessa stregua di quanto avviene per le rinunce e le transazioni.

In assenza di un'esplicita previsione in tal senso, il carattere vincolante del controllo amministrativo-sindacale farebbe leva sulla sua obbligatorietà (54), che, tuttavia, non è requisito adeguato a compensare il mancato utilizzo di una formulazione preclusiva come quella dell'art. 2113 cod. civ., che impedisce di contestare il contenuto dell'atto, se non sotto il profilo dei vizi della volontà. Aggiungasi che mentre il meccanismo di convalida delle rinunce e transazioni attiene ad atti abdicativi di diritti, quello previsto per la successione di contratti a termine interviene in un differente contesto, quando cioè il lavoratore vanta una semplice aspettativa ad un'ulteriore occupazione (55).

(52) Al riguardo concordo con chi (PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in PERSIANI-PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, Padova, 2008, p. 98) dubita della legittimità costituzionale della disposizione in riferimento all'art. 39 Cost., perché ricorre ad un criterio selettivo utilizzabile quando si tratti di situazioni destinate a produrre effetti anche sui non iscritti, ma non, come invece avviene nel caso di specie, nella sfera del singolo lavoratore. Per una diversa opinione v. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine*, cit., p. 212, nota 103.

(53) Imputata a « esigenze di certezza, unite alla piena adeguatezza del controllo amministrativo e sindacale sulla situazione aziendale ed alla intrinseca serietà degli effetti di un procedimento obbligatorio con sanzione rigorosissima per la sua omissione » (VALLEBONA, *Il lavoro a termine nel protocollo del luglio 2007*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, pp. 698-699).

(54) VALLEBONA, *Il lavoro a termine*, cit., p. 698.

(55) Trattati di analogia sono, invece, riscontrabili con la certificazione, dove egualmente la procedura è diretta ad accertare la scelta della forma contrattuale, senza

È prevista, inoltre, una deroga per le attività stagionali definite dal d.P.R. n. 1525/1963 e successive modificazioni, nonché per le altre individuate dagli avvisi comuni e dai contratti nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

A tale competenza della contrattazione collettiva si è aggiunta, poi, quella di portata generale, che assoggetta la regola dei trentasei mesi alle « diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale » (art. 21, comma 2, d.l. n. 112/2008).

La combinazione fra le due norme fa sì che la facoltà di individuare attività stagionali ulteriori rispetto a quelle previste per legge sia di competenza esclusiva della contrattazione nazionale, mentre per tutte le altre possibili eccezioni sono legittimati ad intervenire anche i livelli negoziali inferiori.

Non è, tuttavia, specificato se quest'ultima eventualità operi solo in senso meno restrittivo rispetto al regime ordinario della successione di contratti ovvero sia legittimata a produrre effetti anche nella direzione opposta, ad esempio statuendo che contratti per lo svolgimento di mansioni non equivalenti si cumulino fra di loro oppure che i periodi di interruzione fra un contratto e l'altro vadano comunque computati. Tuttavia, la volontà di attuare una « semplificazione dei rapporti di lavoro tal[e] da determinare effetti positivi in termini di crescita economica e sociale » (56), induce a ritenere che il provvedimento abbia inteso recuperare spazi di flessibilità

escludere l'impugnazione per illegittimità del contratto e limitare l'intervento qualificatorio del giudice. V. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, relazione tenuta alle Giornate di studio AIDLASS "Inderogabilità delle norme e indisponibilità dei diritti", p. 33 del dattiloscritto. Tuttavia, i presupposti cambiano, se l'accordo subentra quando sono già trascorsi i trentasei mesi, allorché alla funzione regolamentare tipicamente assolta dalla procedura dell'art. 4-bis si aggiunge, in misura preponderante, quella dispositiva, dato che in questo caso l'atto negoziale esplica i suoi effetti anche rispetto al diritto ormai perfezionatosi alla conversione del contratto in un rapporto a tempo determinato. Sul punto, v. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato*, cit., p. 84.

(56) Art. 1, comma 1, d.l. n. 112/2008.

nell'impiego a tempo determinato, aprendo una breccia di ampia portata nel limite triennale.

5. *Presupposti ed esercizio del diritto di precedenza.*

Un altro versante dove la disciplina del contratto a termine è stata sottoposta a frequenti oscillazioni è quello del diritto di precedenza nelle nuove assunzioni.

In particolare, l'art. 10, comma 9, d.lgs. n. 368/2001 ne circoscriveva l'esercizio solo per quelle a termine, devolvendone la regolamentazione all'autonomia collettiva e attribuendo, in ogni caso, la titolarità del diritto ai soli lavoratori in precedenza assunti per attività stagionali o per punte stagionali, presso la medesima impresa e con la stessa qualifica.

La disposizione è stata sostituita dalla l. n. 274/2007 (57) con una regolamentazione, che contempla due ipotesi: il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato riservato — fatte salve diverse disposizioni della contrattazione collettiva (58) — ai lavoratori che, nell'esecuzione di uno o più rapporti a termine intercorsi con lo stesso datore, siano stati impiegati per più di sei mesi, purché vi sia corrispondenza fra le « mansioni già espletate » e quelle di pertinenza del nuovo contratto (art. 5, comma 4-*quater*, d.lgs. n. 368/2001); e quello relativo ad assunzioni a termine per attività stagionali, riservato a chi abbia già lavorato nell'ambito della medesima attività (art. 5, comma 4-*quinqüies*, d.lgs. n. 368/2001).

In ordine alla prima ipotesi, si è osservato che il diritto maturerebbe solo a fronte dello svolgimento delle medesime mansioni per tutto il periodo stabilito, sul presupposto che, diversamente, non potrebbe ritenersi acquisita l'idoneità al loro assolvimento in via definitiva (59).

(57) Nel frattempo, peraltro, Corte cost., 4 marzo 2008, n. 44 ne aveva dichiarato l'incostituzionalità per violazione dell'art. 77, comma 1, Cost.

(58) Inciso che è stato introdotto dal d.l. n. 112/2008

(59) ALESSI, *La flessibilità del lavoro*, cit., p. 16.

Il carattere prioritario assegnato alla stabilizzazione del rapporto, che senza dubbio costituisce l'elemento portante della novella del 2007, unitamente al tenore letterale dell'art. 5, comma 4-*quater*, inducono, tuttavia, a far ritenere che il requisito sussista anche per il caso di una pluralità di compiti ai quali il lavoratore sia stato in precedenza adibito, non rilevando, quindi, ai fini del suo perfezionamento, il loro esercizio frammentario o anche solo saltuario. Ciò non toglie, peraltro, che si sia inteso compensare il limite cui soggiace la discrezionalità imprenditoriale nell'approvvigionamento di manodopera, imponendo un periodo (anche breve) di applicazione alle mansioni di futura assegnazione, secondo la stessa logica del patto di prova. Lo dimostra anche l'esplicito riferimento alle « mansioni » già svolte, che impone di circoscrivere il novero dei compiti dai quali attingere per il calcolo del periodo di maturazione del diritto a quelli effettivamente già eseguiti, nella prospettiva di fornire una anche minima garanzia in ordine all'affidabilità dei soggetti destinati alla stabilizzazione.

In presenza di questi presupposti — e di quelli più scarni previsti per le attività stagionali — il lavoratore vanta il diritto di precedenza, purché manifesti la volontà di avvalersene nei sei mesi successivi alla cessazione del contratto a termine — che si riducono a tre per le attività stagionali — (60) e la nuova opportunità occupazionale intervenga entro un anno dalla stessa cessazione, periodo trascorso il quale il diritto si estingue.

Su questo versante, si pone, anzitutto, il problema della giustiziabilità del diritto, dato che, pur potendosi ritenere ammissibile una sentenza costitutiva *ex art.* 2932 cod. civ., l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto incontra i noti ostacoli legati

(60) Al riguardo si pone il problema se sia sufficiente che la manifestazione di volontà intervenga entro i sei e tre mesi indicati per le due fattispecie o se è necessario che entro gli stessi termini venga anche a conoscenza il datore. In mancanza di un'esplicita indicazione di segno contrario, è, tuttavia, da preferire la prima ipotesi, dato che la seconda graverebbe il lavoratore dei rischi legati ad una trasmissione tardiva indipendentemente dalla sua condotta. Nello stesso senso v. anche FERRARO, *Il contratto a tempo determinato*, cit., p. 96.

all'incoercibilità degli obblighi di *facere* ed in particolare dell'obbligo di costituire un contratto, come quello di lavoro, caratterizzato da elementi di fiduciarità ed infungibilità. Sicché, in caso di inottemperanza, l'unico rimedio realmente efficace resta, dunque, quello di carattere risarcitorio, rispetto al quale i parametri ai quali riferirsi per il calcolo dell'indennizzo possono essere vari (61) anche se quello ragionevolmente più praticabile consiste nella valutazione equitativa operata ai sensi dell'art. 1226 cod. civ.

Un'altra questione di rilievo concerne la precedenza fra lavoratori in possesso dei medesimi requisiti. A questo riguardo, la soluzione più efficace al problema della trasparenza delle decisioni aziendali è quella dell'intervento dell'autonomia collettiva, onde stabilire uno o più criteri di applicazione generale. Diversamente, la scelta è rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro, temperata dagli obblighi di correttezza e buona, nonché da quelli discendenti dalla legislazione antidiscriminatoria.

(61) Cfr. ALESSI, *La flessibilità del lavoro*, cit., p. 17.

Sezione Seconda
LA FLESSIBILITÀ DEI TEMPI DI LAVORO
NEL *PART-TIME* E NEL LAVORO INTERMITTENTE

6. *La flessibilità nel lavoro a tempo parziale.*

Sempre nell'ambito del lavoro dipendente, l'emancipazione dallo schema contrattuale *standard* avviene anche mediante contratti con un orario lavorativo ridotto.

Il primo per importanza è il *part-time*, la cui disciplina ha subito svariate correzioni, che, di volta in volta, l'hanno orientata a favore della richiesta di flessibilità dei datori ovvero di quella di sicurezza dei lavoratori, secondo, peraltro, un percorso che, anche dopo le più recenti modifiche, converge verso la « via maestra tracciata dalla direttiva comunitaria (e dalla Strategia europea per l'occupazione) di un incremento del buon lavoro a tempo parziale e, con esso, dell'occupazione » (62), in particolare di quella femminile e giovanile.

Tale propensione fa sì che, all'interno della gamma dei rapporti cosiddetti atipici, la figura emerga come l'espressione maggiormente incline a contemperare le rispettive esigenze delle parti, senza, per questo, rinunciare al ruolo di strumento di flessibilità.

Oltretutto, l'adattabilità alle mutevoli necessità produttive è soggetta a possibili variazioni, essendo comune ad ogni variante del *part-time*, per il solo fatto di consentire un utilizzo ad orario ridotto delle prestazioni di lavoro, ma potendo essere incrementata — passando da genetica a funzionale —, ove il datore sia autorizzato a

(62) BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, cit., p. 1185.

derogare al principio di carattere generale, che gli impedisce di modificarne la durata e la dislocazione previste nel contratto « con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno » (art. 2, comma 2, d.lgs. n. 61/2000). Il divario fra le due situazioni è quello che separa il « modello “ordinario” » di *part-time* da quello dove sulla « predeterminazione formale e precisa dell'orario di lavoro » si innestano « significative aperture alla negoziazione (a livello collettivo o individuale) di una variabilità della durata e/o della collocazione temporale » (63), dalle quali scaturisce un sistema di regole che, producendo effetti potenzialmente lesivi della libertà del lavoratore di programmare i tempi di vita, rappresenta il versante più problematico, se non addirittura il “cuore” (64), del regime legale.

6.1. *La variazione della durata: lavoro supplementare, clausole elastiche e lavoro straordinario.*

La disciplina della variazione verso l'alto dell'orario di lavoro comprende situazioni diverse e assoggettate ad altrettante regolamentazioni.

In particolare, sono tre gli istituti che servono ad aumentare la durata della prestazione del dipendente a tempo parziale: il lavoro supplementare, il lavoro straordinario e le clausole elastiche, le quali verranno esaminate assieme a quelle flessibili, essendo a queste accomunate da una disciplina che risponde alla medesima *ratio* (65).

Sin d'ora, vale tuttavia la pena evidenziare che esse svolgono per il *part-time* verticale e misto la medesima funzione assolta per quello orizzontale dal lavoro supplementare (art. 3, comma 1, d.lgs. n.

(63) BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 1190. Per un'approfondita analisi della direttiva 1997/81, si rinvia a BOSCATI, FERRARIO, *Il lavoro a tempo parziale*, in CARINCI F.-PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*, in *Commentario* diretto da CARINCI F., Milano, 2010, p. 537 ss.

(64) BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 1193.

(65) V. § 1.2. di questo capitolo.

61/2000) (66), ossia riconoscere al datore la facoltà di richiedere lo svolgimento di prestazioni rese in misura superiore all'orario concordato dalle parti ed entro il limite del tempo pieno (art. 1, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 61/2000) (67). Con la differenza, però, che mentre per le clausole elastiche la volontà dei singoli svolge un ruolo cruciale nella disciplina del rapporto, nel lavoro supplementare, invece, lo stesso ruolo spetta alla contrattazione collettiva — e segnatamente ai contratti collettivi stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero a quelli aziendali siglati da rsa o rsu —, che può determinarne la soglia massima, le ragioni giustificatrici (68), nonché gli effetti per il caso di superamento del limite quantitativo (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 61/2000), ma che, soprattutto, è posta nelle condizioni di poter predisporre un assetto dotato di tutti i necessari elementi, per rendere immediatamente esigibile il prolungamento della prestazione.

Anche in un contesto sottoposto al controllo sindacale, l'aspetto più controverso resta, però, quello del consenso del lavoratore e in

(66) In riferimento al quale la contrattazione collettiva può « prevedere una percentuale di maggiorazione sull'importo della retribuzione oraria globale di fatto » (art. 3, comma 4, d.lgs. n. 61/2000). Trattandosi, quindi, di un'eventualità, ne discende che le prestazioni rese a titolo di lavoro supplementare possono anche essere compensate con la retribuzione ordinaria. Inoltre, sempre la contrattazione collettiva può « anche stabilire che l'incidenza della retribuzione delle ore supplementari sugli istituti retributivi indiretti e differiti sia determinata convenzionalmente mediante l'applicazione di una maggiorazione forfettaria sulla retribuzione dovuta per la singola ora di lavoro supplementare » (art. 3, comma 4, d.lgs. n. 61/2000).

(67) Rispetto al quale il parametro di riferimento è costituito dall'orario normale settimanale di quaranta ore (BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 1193; DEL PUNTA, *Sub art. 46*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 483).

(68) Che essendo state individuate ricorrendo al termine « causali » senza ulteriori specificazioni, possono corrispondere tanto a ragioni oggettive quanto soggettive (così la circolare del Ministero del lavoro n. 9/2004). Sempre in ordine alla facoltà devoluta ai contratti collettivi di individuare le specifiche situazioni che legittimano il ricorso al lavoro supplementare, v. i rilievi critici di FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, 2008, p. 297, secondo il quale « il collegamento con un presupposto causale è strumento inidoneo al controllo dell'esercizio dei poteri datoriali, poiché la posizione soggettiva da garantire appartiene per intero alla sfera privata del lavoratore, senza che possano assumere rilievo le, pur genuine, esigenze aziendali ».

particolare a quali condizioni la disciplina collettiva costituisca un presupposto sufficiente, affinché la pretesa datoriale sia attivabile senza che i lavoratori possano opporvisi (69). Questione rispetto alla quale è corretto ritenere che una siffatta pretesa non costituisca una conseguenza automatica di qualsivoglia regolamentazione contrattuale e in particolare che in assenza di un'esplicita previsione del contratto collettivo che autorizzi il datore a pretendere la prestazione, l'esecuzione di questa dipenderà dalla disponibilità del singolo (70).

Requisito questo che, invece, non ammette alternative, in assenza di una negoziazione sindacale (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 61/2000). Allo stesso tempo, l'accettazione del prolungamento d'orario deve essere manifestata, di volta in volta, per ciascuno dei corrispondenti segmenti di prestazione, non potendo, in ogni caso, il mancato assenso costituire una ragione giustificatrice del licenziamento (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 61/2000), ma, semmai, di sanzioni conservative.

Quanto, invece, al lavoro straordinario esso è previsto solo per il contratto a tempo parziale verticale o misto e la sua regolamentazione segue la disciplina generale (art. 3, comma 5, d.lgs. n. 61/2000). Sicché, in assenza di diversa previsione da parte della contrattazione collettiva, la sua disponibilità è subordinata all'accordo fra le parti e non può oltrepassare le duecentocinquanta ore annuali (art. 5, comma 3, d.lgs. n. 66/2003).

6.2. *La variazione della collocazione temporale: le clausole flessibili.*

Delle clausole elastiche si è già detto che costituiscono l'alternativa, per il contratto verticale o misto, al lavoro supplementare.

(69) Secondo la circolare del Ministero del lavoro n. 9/2004, essendo stato eliminato il riferimento contenuto nell'originaria formulazione della norma al contratto collettivo effettivamente applicato, il datore è legittimato a mutuare il regime del lavoro supplementare contemplato da un contratto collettivo diverso da quello che applica. In senso critico, v., fra gli altri, BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 1196, che « vi intravede una sorta di inammissibile shopping di regole contrattuali della flessibilità ».

(70) DEL PUNTA, *Sub art. 46*, cit., p. 502.

Quelle flessibili, invece, servono a rendere modificabile la distribuzione dell'orario lavorativo.

L'apposizione di entrambe presuppone l'assenso del lavoratore, sancito da un patto scritto soggetto alla forma *ad substantiam*, che può essere siglato in corso di rapporto o all'atto della sua costituzione (art. 3, comma 9, d.lgs. n. 61/2000) (71). Da questo punto di vista, l'effettiva genuinità del consenso del lavoratore è certamente meno garantita nella seconda ipotesi, dove il suo rifiuto potrebbe anche mettere a rischio l'assunzione, piuttosto che nella prima, per la quale è specificato che l'opposizione non costituisce giustificato motivo di licenziamento (art. 3, comma 9, d.lgs. n. 61/2001). Peraltro, si tratta di una previsione superflua, posto che la mancata sottoscrizione di un patto accessorio non potrebbe comunque avere risvolti disciplinari né estintivi né conservativi (72).

Mentre in precedenza era comunque necessaria la mediazione sindacale (legittimata a definire i presupposti e le modalità di esecuzione della variabilità d'orario, oltre che la sua durata massima per le clausole elastiche), ora, dopo la modifica introdotta dall'art. 22, comma 4, l. n. 183/2011, l'autonomia dei singoli si è riappropriata dello spazio già riservatole dal d.lgs. n. 276/2003, recuperando, così, il ruolo di unica fonte regolativa — fatta eccezione, ovviamente, per i limiti legali — ove manchi una disciplina collettiva, perché il datore non applica un contratto collettivo ovvero perché quello che applica non contempla la materia.

A riprova dell'andamento oscillante della regolamentazione del *part-time* (73), a distanza di poco tempo a tale modifica ne è seguita un'altra, che va, invece, nella direzione opposta, avendo reintrodotta il cd. diritto di ripensamento (art. 1, comma 20, l. n. 92/2012). Prima di questa ennesima rivisitazione, nell'ipotesi di clausole ela-

(71) La norma aggiunge anche che il lavoratore può farsi assistere da un componente della rappresentanza sindacale aziendale.

(72) DEL PUNTA, *Sub art. 46*, cit., p. 509.

(73) BROLLO, *Lavoro a tempo parziale: meno flex, più security*, in CARINCI F. e MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Milano, 2012, p. 119.

stiche o flessibili l'effettiva capacità dei lavoratori di condizionare le scelte aziendali era molto più attenuata che nel lavoro supplementare, dove il consenso non legittima l'immediato esercizio del potere organizzativo, dovendo ogni singola prestazione aggiuntiva essere richiesta e potendo il lavoratore opporre un rifiuto senza incorrere in un inadempimento. Da questo punto di vista, invece, le clausole accessorie si equivalgono « per quanto concerne le caratteristiche potenzialmente vessatorie », posto che « entrambe configurano un inasprimento del potere direttivo, con il riconoscimento in capo al datore di lavoro di un inedito *ius variandi* temporale », al quale corrisponde un « obbligo per il lavoratore, una volta sottoscritte le clausole, di adeguarsi alle variazioni » (74). Obbligo dal quale, ora, il lavoratore può, invece, svincolarsi del tutto ovvero in parte, in base a quello che statuiscono i contratti collettivi, ai quali, fatta eccezione per alcuni casi tassativamente previsti (art. 1, comma 20, lett. *b*), l. n. 92/2012), è devoluta la funzione di regolamentare il diritto del lavoratore di « richiedere l'eliminazione ovvero la modifica delle clausole flessibili e delle clausole elastiche (art. 1, comma 20, lett. *a*), l. n. 92/2010).

Come ulteriore fattore di bilanciamento, è, poi, statuito che la disponibilità a svolgere più ore di lavoro deve essere richiesta previo preavviso, oltre a conferire il diritto ad una compensazione (art. 3, comma 8, d.lgs. n. 61/2000), che, però, non costituisce la contropartita della sottoscrizione delle clausole, presupponendo l'effettiva esecuzione della prestazione lavorativa (75).

Al riguardo, si è osservato che dovendosi in ogni caso tutelare « l'interesse del lavoratore alla programmabilità del proprio tempo di non lavoro » e sul presupposto che « il sacrificio di tale interesse si consuma all'atto della stipulazione di detta clausola », è « ad esso [che] dovrebbe corrispondere il corrispettivo negoziale della com-

(74) BROLLO, *Lavoro a tempo parziale*, cit., p. 119.

(75) Lo si evince dal fatto che detta compensazione — che può assumere anche un carattere diverso da quello economico — dipende dall'« esercizio » del potere datoriale di variare la durata o la distribuzione delle ore di lavoro.

pensazione » (76). In questo modo, dunque, viene prefigurata una sostanziale assimilazione con il contratto a chiamata con obbligo di risposta, dove, per l'appunto, i tempi di non lavoro coincidenti con la disponibilità preventivamente fornita dal lavoratore sono remunerati mediante un'apposita indennità (77). Tuttavia, le due situazioni sono assai diverse, se non altro perché, se è vero che l'indennità di disponibilità costituisce, per l'appunto, la controprestazione della disponibilità, essa, però, svolge anche la funzione di assicurare un minimo di supporto economico per una categoria di lavoratori per i quali l'assenza di effettivo impiego rappresenta un rischio concreto, mentre nel caso del *part-time* non sussiste la necessità di fronteggiare la stessa alea, potendo i lavoratori comunque fare affidamento su di un minimo di ore lavorative e dunque anche sulla corrispondente retribuzione.

7. *La disponibilità nelle due versioni del lavoro intermittente.*

Un'altra fattispecie che si presta a rendere più flessibili i tempi lavorativi è il contratto di lavoro intermittente (o a chiamata), mediante il quale il lavoratore fornisce la disponibilità ad un utilizzo discontinuo nelle due versioni con e senza obbligo di risposta alla chiamata, alle quali corrisponde un diverso trattamento delle fasi di non lavoro, che nel primo caso sono remunerate con un'indennità di disponibilità (78), mentre nel secondo restano prive di corrispettivo (79).

(76) DEL PUNTA, Sub *art.* 46, p. 511.

(77) V. § 7 di questo capitolo.

(78) L'importo della quale è stabilito dalla contrattazione collettiva, dovendo, in ogni caso, quanto meno attestarsi al medesimo livello fissato per decreto dal Ministero del lavoro (art. 36, comma 1, d.lgs. n. 276/2003). L'indennità di disponibilità è esclusa « dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo » (art. 36, comma 3, d.lgs. n. 276/2003), pur essendo comunque assoggettata al prelievo contributivo anche in deroga al relativo minimale (art. 36, comma 2, d.lgs. n. 276/2003). Infine, la remunerazione dei periodi di non lavoro è subordinata alla sussistenza di una disponibilità effettiva, sicché ne è esclusa la corresponsione in caso di malattia o di altro evento che impedisca di rispondere alla chiamata (art. 36, comma 4, d.lgs. n. 276/2003).

Ne discende un'elevata adattabilità organizzativa, resa possibile dall'alternanza fra periodi di attesa e di lavoro la cui scansione è rimessa alla scelta del datore (80). Ed è proprio questa deoggettivazione della dimensione temporale della prestazione lavora-

La regola è espressione del principio generale di cui all'art. 1463 cod. civ., sul quale, peraltro, s'innesta l'obbligo di informare tempestivamente il datore in ordine alla durata dell'impossibilità sopravvenuta (art. 36, comma 4, d.lgs. n. 276/2003). Di tale disciplina si è criticato l'effetto di alterazione di uno dei principi fondanti la nostra materia, ossia l'imputazione al datore del rischio dell'impossibilità della prestazione derivante dalle causali tipizzate per legge (VOZA, *Il contratto di lavoro intermittente*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, cit., p. 1259). Tuttavia, l'osservazione non tiene conto del fatto che, diversamente da quanto di norma avviene laddove è il datore ad accollarsi il rischio delle sopravvenienze, nel caso di specie, da un lato, egli non ha modo di verificare autonomamente l'insorgenza di una causa che impedisce l'esecuzione della prestazione, da un altro lato, il lavoratore non ha interesse a far valere l'impedimento prima o in assenza della chiamata, poiché in questo modo evita il pregiudizio economico costituito dalla perdita dell'indennità. Posto, infatti, che il lavoratore « ignora se verrà chiamato, nell'alternativa tra un costo certo (la perdita dell'indennità per la durata, magari breve, dell'impedimento) e un costo incerto (la sanzione) », potrà essere « indotto a rischiare, nella speranza di passarla liscia » (BELLOCCHI, *Le aporie del lavoro intermittente*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 900). Onde evitare possibili condotte opportunistiche, si è, così, fatto ricorso all'accorgimento dell'obbligo di informazione tempestiva, che non è solo funzionale a sospendere il versamento dell'indennità, ma anche ad evitare che il lavoratore risponda alla chiamata mentre già versi in una situazione di impossibilità sopravvenuta (tipico caso quello della malattia), avendo quindi non solo beneficiato fino a quel momento di un corrispettivo che non gli spettava, ma potendo anche avvalersi, una volta formalizzata la richiesta di disponibilità, della tutela in tema di sospensione del rapporto di lavoro.

(79) In entrambi i casi, il datore di lavoro deve effettuare una comunicazione alla Direzione territoriale del lavoro prima dell'inizio della prestazione lavorativa o di un ciclo integrato di prestazioni superiore a trenta giorni. L'adempimento serve ad evitare che l'istituto si presti a giustificazioni *a posteriori* di lavoro altrimenti irregolare e la sua omissione è soggetta a sanzione amministrativa (art. 35, comma 3°-bis, d.lgs. n. 276/2003). Su questa previsione la circolare del Ministero del lavoro n. 18/2012, da un lato, esclude la necessità di comunicare anche l'orario in cui il lavoratore sarà occupato, da un altro lato, considera modificabile la comunicazione, purché la rettifica intervenga prima dell'inizio della prestazione di lavoro.

(80) Aggiungasi che i lavoratori intermittenti sono computati nell'organico « ai fini della applicazione di normative di legge, in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre » (art. 39 d.lgs. n. 276/2003), sicché è possibile dosarne periodicamente l'utilizzo, tenendo conto delle conseguenze che ne potrebbero discendere per quanto concerne l'applicabilità dei settori di disciplina collegati a limiti dimensionali.

tiva (81), che ha indotto molti a considerare l'istituto come una delle manifestazioni più negative della flessibilità, generando il contrasto all'origine delle sue successive rivisitazioni, approdate, da ultimo, alle modifiche della l. n. 92/2012 (82).

Le critiche hanno interessato soprattutto la versione con obbligo di risposta alla chiamata: è qui, infatti, che la discrezionalità dell'impresa assume tratti particolarmente marcati, posto che, salvi i casi di temporaneo impedimento, il lavoratore è tenuto a dare seguito alla richiesta del datore, pena la (possibile) risoluzione del contratto (83) e conseguenze pecuniarie (restituzione di una quota di corrispettivo e risarcimento del danno) (84). Nonostante lo *ius*

(81) BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, 2008, p. 225 ss.

(82) In precedenza, in un breve arco di tempo, l'istituto era stato prima quasi integralmente abrogato (art. 1, commi 45, 47 e 48, l. n. 247/2007, che ne limitava l'applicazione ai settori del turismo e dello spettacolo) e poi reintrodotta (art. 39, comma 10, lett. m) e 11, d.l. n. 112/2008 convertito in l. n. 133/2008).

(83) V. § 7.3. di questo capitolo.

(84) Art. 36, comma 6, d.lgs. n. 276/2003. Si è osservato che, in questo modo, sarebbe stata introdotta una sanzione disciplinare in misura fissa a fronte di un'infrazione, la cui rilevanza è, invece, variabile, con una conseguente violazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 cod. civ. a ciò andrebbe, poi, ad aggiungersi che la tempestività della preventiva informazione alla quale è tenuto il lavoratore impossibilitato a svolgere la prestazione non è collegata a precisi parametri di misurazione, con la conseguenza che la condotta censurata difetterebbe di un elemento indispensabile, onde renderla conforme al principio di tassatività della materia disciplinare (VOZA, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 1259). Sennonché, sotto il primo profilo, la mancata attribuzione della quota di indennità di disponibilità costituisce una penale, la cui quantificazione prescinde, quindi, dalla rilevanza dell'inadempimento. Circostanza, questa, che ne esclude l'assimilazione ai provvedimenti disciplinari, superando, di conseguenza, anche il problema della proporzionalità. Aggiungasi, che, in ogni caso, le parti hanno la facoltà di rimodularla, rendendola, così, adeguata all'effettiva entità del pregiudizio subito dal datore. Quanto, invece, alla presunta mancanza di un parametro temporale effettivamente certo dal quale fare decorrere l'obbligo di informazione del lavoratore, è evidente che il relativo adempimento non può che considerarsi realizzato in corrispondenza dell'insorgere dell'evento che genera l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (così come nel campo delle sanzioni disciplinari la contestazione è tempestiva a condizione che sia formulata subito dopo l'emersione della circostanza dalla quale scaturisce l'addebito). Sul punto, va, altresì, evidenziato che se il datore non è nelle condizioni di accertare la sussistenza dell'impedimento prima di esserne informato, allo stesso tempo, però, una volta ricevuta la comunicazione, rientra certo

creandi datoriale dei tempi di lavoro (85) abbia come contrappeso la disponibilità offerta dai lavoratori — non potendo in alcun nodo travalicarne i limiti —, esso si dispiega all'interno di un'area comunque ampia, delimitata, agli opposti, dal mancato utilizzo del lavoratore — anche se disincentivato dal costo dell'indennità — e dal suo impiego sino a coprire integralmente i periodi in cui egli si mette a disposizione (86).

Invece, nella versione senza obbligo di risposta il lavoratore dispone di una maggiore libertà di scelta, anche se non può trascurarsi che le sue decisioni potrebbero essere condizionate più dalla preoccupazione di non essere richiamato, che dalla necessità di programmare il suo impiego secondo esigenze personali.

7.1. *I presupposti per la stipulazione del contratto.*

Oltre che da divieti (87) il contratto subisce il condizionamento di presupposti soggettivi e oggettivi (88), che ne definiscono due distinti ambiti di utilizzo. Il primo è individuato su base anagrafica, interessando le prestazioni rese da chi ha meno di ventiquattro o più

fra le sue prerogative quella di richiedere al lavoratore la prova del fatto che l'informazione sia stata effettivamente tempestiva.

(85) VOZA, *Il contratto di lavoro intermittente*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti*, cit., p. 1256.

(86) Ipotesi, questa, che comprova la non obbligatorietà di prestazioni effettivamente discontinue. Per una diversa impostazione, v., tuttavia, Trib. Firenze, 25 gennaio 2011 (a quanto consta non pubblicata), che considera requisito indispensabile del lavoro a chiamata « la mancanza della regolarità e della continuità della prestazione, che per contro sono proprie dell'ordinario contratto di lavoro subordinato ».

(87) Riferiti alle seguenti ipotesi: sostituzione di lavoratori in sciopero; fatta salva diversa disposizione degli accordi sindacali, utilizzo in unità produttive dove nei sei mesi precedenti si sia proceduto a licenziamenti collettivi o sia stata attivata la cassa integrazione guadagni, che abbiano interessato lavoratori adibiti alle stesse mansioni alle quali si riferisce il contratto di lavoro intermittente; mancata effettuazione della valutazione dei rischi (art. 34, comma 3, d.lgs. n. 276/2003).

(88) Peraltro, essendo riconducibile alla categoria dei « contratti a orario ridotto, modulato o flessibile » richiamati dall'art. 8 d.l. n. 138/2011, sono ammessi interventi della contrattazione collettiva che lo svincolino da siffatti presupposti.

di cinquantacinque anni (art. 34, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (89)), e ciò con il duplice scopo di promuovere il graduale inserimento lavorativo di inoccupati e disoccupati e di offrire una prospettiva occupazionale calibrata sulle esigenze di chi non è interessato ad un impiego continuativo (come studenti e pensionati). La delimitazione del secondo, invece, segue il consueto schema della flessibilità contrattata, alla quale è assegnata la funzione di definire le ragioni che giustificano il contratto, nonché i periodi di tempo in corrispondenza dei quali può essere richiesta la prestazione lavorativa (90).

Il ruolo autorizzatorio non compete, tuttavia, ai soli contratti collettivi, potendo essere svolto — solo, però, nel caso di loro inerzia — anche dal Ministero del lavoro (art. 40 d.lgs. n. 276/2003). Eventualità concretizzatasi con il d.m. n. 259/2004, che rinvia alle

(89) La norma è stata modificata dall'art. 1, comma 21, lett. a), l. n. 92/2012. Infatti, in precedenza le soglie d'età al di sotto e al di sopra delle quali era consentito ricorrere al lavoro a chiamata erano, rispettivamente, venticinque e quarantacinque anni. Nella nuova formulazione della norma è, poi, previsto che per coloro con meno di ventiquattro anni è necessario che le prestazioni contrattuali siano svolte entro il ventiquattresimo anno d'età. Sul punto, la circolare del Ministero del lavoro n. 18/2012 distingue fra la data di stipulazione del contratto e il periodo di esecuzione. Nel primo caso, è necessario che il lavoratore non abbia ancora compiuto ventiquattro anni, nel secondo caso, invece, il limite si innalza a venticinque anni. Sicché, « il ventiquattrenne, sino al giorno antecedente al compimento dei 25 anni, potrà essere chiamato a rendere la propria prestazione », mentre se tale limite dovesse essere oltrepassato interverrà « la “trasformazione” del rapporto in un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato ».

(90) Prima della sua abrogazione da parte dell'art. 1, comma 21, lett. a), l. n. 92/2012, l'art. 37 d.lgs. n. 276/2003 ammetteva il ricorso all'istituto il fine settimana, durante le ferie estive, in corrispondenza delle vacanze natalizie e pasquali. Quanto alla contrattazione collettiva, nei rari casi in cui è intervenuta, si è regolata facendo coincidere i presupposti del lavoro intermittente con quelli del lavoro straordinario (v., ad esempio, c.c.n.l. aziende industriali del legno; c.c.n.l. aziende artigiane chimiche; c.c.n.l. aziende artigiane metalmeccaniche; c.c.n.l. aziende artigiane tessili — tutti siglati il 4 marzo 2005 da Conflavoratori) ovvero individuandoli in « esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive, per le quali non sia possibile stipulare contratti a tempo parziale, per l'impossibilità o comunque la difficoltà di predeterminare i periodi di prestazione lavorativa » (c.c.n.l. imprese cooperative del settore artistico, informativo, sport e spettacolo del 20 luglio 2006 — siglato da FESICA-CONFSAL, LIBERSIND-CONFSAL e CONFSAL-CISAL —; c.c.n.l. studi professionali non ordinistici del 24 aprile 2005 — siglato da FENASALC-CISAL —)

attività indicate nella tabella allegata al r.d. n. 2657/1923, ossia alle « occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia » escluse dalla limitazione d'orario di cui all'art. 1 del d.l. n. 692/1923.

La scelta è stata criticata, poiché mentre questo elenco sottintende un'accezione d'impiego discontinuo nel significato di ridotta intensità lavorativa, nel lavoro a chiamata lo stesso requisito non attiene all'impegno imposto dal lavoro, ma dal suo avvicinarsi con l'inattività. Allo stesso tempo, si è rilevata la dissonanza fra il provvedimento amministrativo e il rinvio legale, dove alla contrattazione e — in via sussidiaria — all'autorità amministrativa è assegnato il compito di determinare le esigenze legittimanti e non le qualifiche o le mansioni dei lavoratori (91).

Tuttavia, già la l. n. 30/2003 si era riferita a « prestazioni di carattere discontinuo o intermittente », poi tradotte dal d.lgs. n. 276/2003 in « esigenze », sicché delle due l'una: o la seconda formulazione è in linea con la prima — e quindi il criterio adottato dal ministero non determinerebbe alcuno scostamento dal rinvio legale — oppure in sede di attuazione la delega è stata travisata, con un conseguente problema di costituzionalità (92). In ogni caso, il rinvio alla normativa ministeriale ha il merito di esprimere un'adeguata oggettività alla quale si associa una non irrilevante funziona-

(91) VOZA, *Il contratto di lavoro intermittente*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti*, cit., p. 1264; NUZZO, *Il lavoro intermittente: un'opportunità nelle Information communication technology?*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 31, 2005, p. 8 ss.; MATTAROLO, *Lavoro intermittente: uso improprio e misure di contrasto*, in CARINCI F. MISCIONE (a cura di), *Commentario*, cit., p. 129.

(92) Implicazione, questa, prospettata da ALES, *I paradossi della tipizzazione: i « contratti » di lavoro intermittente*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, cit., p. 863, che per evitarla considera necessaria una preventiva « attività istruttoria che abbia consentito l'individuazione nel settore o nell'ambito territoriale di riferimento di prestazioni che si rendono necessarie in forma intermittente o discontinue », alle quali fare seguire « la definizione di esigenze particolari, produttive o, più precisamente, di mercato, in presenza delle quali a tali prestazioni è dato far fronte esclusivamente mediante il ricorso al lavoro intermittente ».

lità sul piano selettivo, comprendendo molti dei profili professionali ai quali ci si rivolge per assecondare le esigenze, che l'istituto è tipicamente volto a soddisfare (93).

7.2. *La qualificazione del rapporto di lavoro.*

La struttura del lavoro intermittente ne rende sicuramente problematica la qualificazione, con riguardo, in particolare, al rapporto con l'art. 2094 cod. civ. e alla sua riferibilità al medesimo schema contrattuale.

È, invece, univoco che, nonostante gli elementi comuni — potenziale discontinuità del lavoro e remunerazione dell'attesa mediante un'indennità —, il contratto con obbligo di risposta non sia assimilabile al contratto di lavoro a tempo indeterminato con le società di somministrazione di manodopera (94). E questo principalmente per due ragioni: la funzionalizzazione del secondo all'esecuzione della prestazione in favore di un terzo e l'assoggettamento dei periodi d'inattività ad una diversa disciplina, che nella somministrazione non si discosta da quella tipica, mentre nel lavoro a chiamata esclude la titolarità dei diritti riconosciuti ai lavoratori subordinati.

(93) È il caso, ad esempio, dei camerieri, del personale di servizio e di cucina negli alberghi o dei commessi dei negozi. In ordine ad alcune delle attività indicate dal ministero (« il custode, il guardiano, il portinaio, il sorvegliante, il centralinista, lo stalliere o l'addetto al governo dei cavalli ecc. »), si è osservato che se i prestatori che vi sono adibiti « lavorassero su chiamata del datore, lascerebbero, per così dire, sguarnita la postazione nei periodi di non lavoro. In altri termini, si tratta di soggetti che adempiono la propria obbligazione attraverso la necessaria presenza sul luogo di lavoro: è assolutamente illogico ipotizzare che la loro prestazione debba di volta in volta attivarsi a seguito di apposita chiamata » (VOZA, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 1264). Tuttavia, l'osservazione sottintende l'esistenza di prestazioni intrinsecamente intermittenti, quando, invece, come peraltro riconosciuto dallo stesso Autore (p. 1264-1265), l'intermittenza è un effetto delle concrete modalità di svolgimento del rapporto.

(94) ROMEI, *Sub artt. 33-40*, in A.A.V.V., *Il nuovo mercato*, cit., p. 406; GOTTARDI, *Sub artt. 33-40*, in GRAGNOLI - PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, p. 472; M.G. MATTAROLO, *Sub artt. 33-40*, in *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, III, Milano, 2004, p. 17.

Assimilazione che non vale nemmeno per un'altra figura affine al lavoro intermittente, ossia il *part-time* assoggettabile a variazioni nella distribuzione dell'orario, poiché qui alla flessibilità temporale corrisponde sempre lavoro effettivo (95).

Nel lavoro a chiamata l'interesse delle parti, il cui concreto atteggiarsi determina la causa del contratto (96), si manifesta nello scambio fra messa « a disposizione » del lavoratore e controprestazione economica, con l'ulteriore particolarità che la dimensione vincolante della prima può variare, come s'è detto, in relazione alla presenza della clausola che impone di rispondere alla chiamata. Ed è proprio la natura meramente eventuale del relativo accordo, che ha indotto a non ritenerlo caratterizzante la funzione negoziale e a considerarlo, quindi, ininfluenza anche ai fini della qualificazione (97). Da qui, una lettura unitaria del lavoro intermittente, che, tuttavia, ha condotto ad esiti divergenti.

(95) Sul punto, v. anche Corte Giust., 12 ottobre 2004 (c-313/02), in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 772, che ha escluso la comparabilità fra *part-time* e lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata, sul presupposto che mentre nel primo il prestatore è vincolato ad un periodo fisso di lavoro, nel secondo non è stabilita « né una durata del lavoro settimanale né un'organizzazione dell'orario di lavoro ».

(96) FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, per il quale la causa non rappresenta la funzione economico-sociale del contratto, bensì l'elemento di coesione tra le sue diverse componenti (accordo delle parti, oggetto e forma) ed esprime « la tensione della volontà verso un bene, e cioè l'interesse che attraverso il negozio ha per i soggetti che lo pongono in essere » (p. 370).

(97) V. DE ANGELIS, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva*, cit., secondo il quale lascia « perplessi che quella che la legge considera una clausola accessoria incidente su di una parte della disciplina applicabile, appunto la previsione dell'obbligo di risposta, finisce con il trasformare invece la stessa natura dell'atto ». In particolare, una tale eventualità è considerata in contrasto « con la circostanza che la legge, si badi bene sotto una rubrica intitolata a *definizione e tipologie*, dica inequivocabilmente di *contratto di lavoro*, con oggetto rappresentato dalla messa a disposizione di un lavoratore a favore di un datore che può utilizzare la prestazione lavorativa, e con il fatto che la presenza dell'obbligo di chiamata è prevista, lo si ripete, nella struttura dell'art. 36 al solo fine dell'applicazione di una parte della disciplina » (p. 177). Alla medesima conclusione giunge anche BELLOCCHI, *Le aporie del lavoro intermittente*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 576, secondo la quale l'impegno del lavoratore a garantire la disponibilità, « risultante com'è da una clausola accessoria, nulla aggiunge e nulla toglie alla identificazione del tipo ».

Secondo una prima impostazione, l'obbligo di disponibilità rappresenterebbe un tratto comune delle due tipologie di lavoro a chiamata, senza, però, costituire un effetto della clausola dalla quale scaturisce l'applicazione dei primi cinque commi dell'art. 36 d.lgs. n. 276/2003, essendo già insito nella definizione del contratto, che vale per entrambe le sue varianti (art. 33, comma 1). Sicché, detta intesa non esaurirebbe le ipotesi di assoggettamento del lavoratore al potere del datore di disporre la prestazione, caratterizzandosi solo per la maggiore intensità del vincolo, con l'ulteriore implicazione che mentre nel caso di sua previsione il lavoratore è legittimato a sottrarsi alla chiamata solo per un ristretto novero di impedimenti — malattia o altro evento che renda temporaneamente impossibile risponderci (art. 36, comma 4, d.lgs. n. 276/2003) —, in sua assenza la prestazione potrebbe essere negata con maggiore libertà, ossia per « una causa di giustificazione individuabile attraverso le regole di correttezza e buona fede, ovvero, meglio, attraverso il principio di ragionevolezza o dell'equilibrato contemperamento degli interessi » (98).

Pertanto, lo svolgimento della stessa prestazione dipenderebbe, in ogni caso, dall'esercizio del potere direttivo, con il superamento, quindi, del principale ostacolo all'integrale riconducibilità al lavoro subordinato (99).

(98) L. DE ANGELIS, *Lavoro intermittente*, cit., p. 180. Ad una analoga conclusione approda anche R. ROMEI, *Sub artt. 33-40*, cit., pp. 435-436, per il quale la mancanza di un obbligo di risposta va configurata « non come un tratto distintivo di un tipo contrattuale a sé stante, quanto piuttosto come un tipo speciale di contratto di lavoro intermittente, caratterizzato cioè dall'ordinario obbligo di rispondere all'invito rivolto dal datore di lavoro cui le parti aggiungono una clausola che a certe condizioni abilita il lavoratore a rifiutare la proposta avanzata dal datore di lavoro senza però incorrere nelle conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 36 del Decreto ».

(99) Dello stesso avviso è anche CATAUDELLA M.C., *Disponibilità del lavoratore e nuovi tipi legali di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, che qualifica il contratto di lavoro intermittente « quale fonte (...) di una pluralità di prestazioni di lavoro subordinato a termine, sicché ben può essere ricondotto all'art. 2094 c.c. » (p. 100). Non viene, tuttavia, spiegato, come si coniughino i requisiti della dipendenza e dell'eterodirezione con il diritto del lavoratore di rifiutare la chiamata.

Con riguardo al contratto senza obbligo di risposta, resta, tuttavia, il problema, di giustificare la remunerazione dei periodi nei quali il lavoratore è inattivo, poiché non solo la legge non ne fa menzione, ma anche perché senza di essa i lavoratori assumerebbero un obbligo che, per quanto attenuato rispetto a quello imposto per l'ipotesi in cui lo stesso corrispettivo è previsto, sarebbe privo della necessaria controprestazione. Si è, così, ritenuto che l'indennità di disponibilità sia ugualmente dovuta, facendo leva essenzialmente sul fatto che la norma dove se ne regola il riconoscimento (art. 36, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) si riferirebbe al relativo *quantum* e non all'*an*, ond'è che il secondo riguarderebbe il lavoro a chiamata senza distinzioni (100).

Tuttavia, sebbene il riferimento sia alla quantificazione del corrispettivo per i periodi di mancato lavoro (« misura della indennità »), è altrettanto vero, però, che il presupposto del diritto — e non dell'ammontare dell'equivalente economico — è che il lavoratore « garantisc[a] la disponibilità al datore di lavoro in attesa di utilizzazione » (art. 36, comma 1, d.lgs. n. 276/2003). Pertanto, indennità di disponibilità e obbligo di risposta non possono essere disgiunti. D'altro canto, è l'unica interpretazione consentita dalla legge delega, che distingue due forme di lavoro a chiamata, basandosi anche sul criterio della remunerazione dell'attesa: infatti, da un lato, prescrive il « riconoscimento di una congrua indennità

(100) Conclusione alla quale DE ANGELIS, *Lavoro intermittente*, cit., giunge sul presupposto che « l'ultimo comma dell'art. 38, (...) applicabile anche al contratto senza obbligo di chiamata, esclud[e] ogni altro diritto proprio dei lavoratori subordinati nel periodo di disponibilità, ma lascia salva l'indennità di disponibilità di cui all'art. 36, può essere letto nel senso di coinvolgere la *misura* dell'indennità di disponibilità e le sue fonti di determinazione, non la sua *esistenza* ». A tale argomento, si aggiungerebbe, poi, quello che fa leva sulla « lettera c) del primo comma dell'art. 35, laddove impone la già accennata forma scritta *ad probationem* anche con riguardo all'indennità di disponibilità, ove prevista, nei limiti di cui al successivo art. 36 », che andrebbe letto « nel senso di riferirsi alla sola indennità riguardante il caso in cui vi sia l'obbligo di risposta alla chiamata; non toglie, così, che alla specie non debbano trovare applicazione l'art. 2099 c.c. e l'art. 36 cost., e che quindi, se l'indennità non sia prevista, o se sia prevista in modo insufficiente, debba essere determinata dal giudice, ciò naturalmente scontando il peculiare predetto atteggiarsi del vincolo » (p. 181).

cosiddetta di disponibilità a favore del lavoratore che garantisca nei confronti del datore di lavoro la propria disponibilità », da un altro lato, l'« eventuale non obbligatorietà per il prestatore di rispondere alla chiamata del datore di lavoro, non avendo quindi titolo a percepire la predetta indennità » (art. 4, comma 1, lett. *a*), l. n. 30/2003 (101)). Senza considerare, poi, che è improprio far discendere un obbligo comune alle due tipologie del contratto dall'art. 33, comma 1, quando la norma si limita a definire la fattispecie come « il contratto mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro », che, di per sé, non è sufficiente a sancire l'obbligo di risposta alla chiamata, derivando questo unicamente dall'eventuale sottoscrizione dell'apposita clausola.

Secondo, invece, una diversa lettura, il carattere solo eventuale della clausola di disponibilità genererebbe effetti opposti rispetto a quelli prospettati da quella di cui si è appena dato conto, non determinando, cioè, in ogni caso l'obbligo di lavorare, con l'ulteriore conseguenza, dunque, di non rendere sovrapponibili le figure definite, rispettivamente, dall'art. 33, comma 1, e dall'art. 2094 cod. civ. In questa prospettiva, l'istituto si situerebbe al di fuori dell'area del lavoro subordinato, rientrando invece in quella del contratto normativo, poiché il programma negoziale recherebbe « elementi dei futuri contratti tra le parti, che si concludono con la richiesta del

(101) Sul punto, a supporto della sua tesi, DE ANGELIS, *Lavoro intermittente*, cit., p. 182, pone l'accento sul fatto che nella medesima sede è, altresì, statuito che al lavoratore per il quale la risposta alla chiamata non è obbligatoria compete una retribuzione proporzionata al lavoro effettivamente svolto, criterio questo che, secondo l'A., « sarebbe di una inutilità ai limiti del grottesco se lo si dovesse intendere riferito tout court alla attività espletata ». In considerazione di ciò, andrebbe interpretato « nel senso che, laddove appunto l'attività sia stata resa, la valutazione di proporzionalità della retribuzione debba tenere conto della disponibilità, che va a completare “il lavoro effettivamente svolto” ». In altri termini, si tratterebbe « dell'adozione di una tecnica simile a quella utilizzata dall'art. 37, 1° comma: la disponibilità rileva sul piano retributivo solo *a posteriori* ». È, tuttavia, una forzatura, posto che, per quanto superfluo, il riferimento alla adeguatezza del trattamento economico è inequivocabilmente riferito al corrispettivo dovuto per l'esecuzione della prestazione lavorativa.

datore e con l'accettazione del lavoratore. Ne segue che le chiamate del datore di lavoro sono di per sé proposte di contratto, non richieste di esecuzione fatte nell'esercizio del potere direttivo » (102). Pertanto, pur nell'unità di fondo dell'operazione, sarebbe possibile distinguere fra due contratti: uno di lavoro intermittente e l'altro « di risposta alla chiamata » (103).

In specifico riferimento al caso di apposizione della clausola sull'obbligo di risposta — dove è più complesso configurare la necessaria consensualità prodromica all'esecuzione della prestazione —, si è poi sostenuto che nella seconda delle due figure l'accordo fra le parti non avrebbe ad oggetto la prestazione lavorativa — come invece accade laddove la clausola non è inserita —, bensì un obbligo del lavoratore a contrarre con il datore alle condizioni previamente concordate ossia « la prestazione del consenso alla stipula del contratto di lavoro » (104).

Senonché, il tenore della legge suggerisce di ritenere che il vincolo a cui è assoggettato il lavoratore non derivi da un successivo accordo, che si aggiunge a quello iniziale e, per così dire, programmatico, scaturendo, invece, dall'esercizio del potere organizzativo. La diversa interpretazione, basata anch'essa sull'argomento letterale, non è, infatti, legittimata dalla circostanza che manchi un esplicito riferimento ad un obbligo di eseguire la prestazione (105), rappresentando questo una diretta conseguenza dell'obbligo di

(102) BELLOCCHI, *Le aporie*, cit., p. 571. Da qui lo spazio riservato all'« autonomia negoziale individuale con una latitudine ignota al diritto del lavoro, attribuendo un rilievo prioritario agli accordi delle parti come fonte regolativa del tempo della prestazione » (p. 573).

(103) BELLOCCHI, *Le aporie*, cit., p. 581, che su tale presupposto, per cui ai fini della piena funzionalità del lavoro a chiamata sarebbe necessaria un'ulteriore attività negoziale delle parti, giunge alla conclusione che « il contratto di lavoro intermittente è un contratto di lavoro a metà, che governa gli interessi relativi allo svolgimento di una eventuale e futura prestazione di lavoro, senza potersi perfezionare come fonte dell'obbligo di eseguirla in difetto di una corrispondente volontà del lavoratore medesimo » (pp. 583-584).

(104) BELLOCCHI, *Le aporie*, cit., p. 578.

(105) BELLOCCHI, *Le aporie*, cit., p. 578.

risposta alla chiamata. In altri termini, per attivare l'impiego effettivo del lavoratore, non è, in questo caso, necessaria la sequenza fra due contratti, e quindi l'avvicinarsi di due distinte manifestazioni di volontà, essendo sufficiente un'unica intesa, che, se corredata dall'apposita clausola, genera, contestualmente alla costituzione del rapporto, il potere di disporre della prestazione entro i limiti previamente concordati. Allo stesso tempo, la prospettata non riconducibilità del contratto all'art. 2094 cod. civ. deve fare i conti con l'applicazione del regime tipico ad esso correlata per i periodi di utilizzo del lavoratore. Effetto che si è prospettato non discendere dall'eterodirezione, che pure non si esclude, bensì dalla situazione di sottoprotezione sociale in cui versa il prestatore in ragione del suo impiego intermittente (106). Tuttavia, esercizio del potere direttivo e subordinazione sono due elementi inscindibili, sicché in presenza del primo non può che esserci anche la seconda.

Quanto precede, attesta la difficoltà di ricondurre le due forme di lavoro intermittente al medesimo schema contrattuale, tenuto conto della diversa configurazione assunta dalla disponibilità del lavoratore a seconda dell'apposizione o della non apposizione della clausola che impone l'obbligo di risposta.

Le radicali differenze che ne scaturiscono per le posizioni giuridiche soggettive delle parti, inducono a verificare la praticabilità di una differente classificazione delle due espressioni della fattispecie.

Si è detto degli ostacoli che si frappongono alla sussunzione nel tipo lavoro subordinato del lavoro intermittente senza obbligo di risposta. Ostacoli che, tuttavia, interessano anche l'altra tipologia del contratto, tenuto conto della sua articolazione in due fasi distinte, l'una di attesa e l'altra, solo eventuale, di lavoro, assoggettate ad una differente disciplina: in corrispondenza della prima, infatti, il prestatore « non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai

(106) BELLOCCHI, *Le aporie*, cit., p. 588.

lavoratori subordinati né matura alcun trattamento economico e normativo, salvo l'indennità di disponibilità », mentre in occasione della seconda « il lavoratore intermittente non deve ricevere (...) un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni » (art. 38, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 (107)). Ove ricorra questa eventualità, è pacifico che il lavoratore versi in una condizione di subordinazione — lo comprova, a tacer d'altro, il termine « mansioni », con il conseguente riferimento a compiti assolti in esecuzione dell'obbligazione di lavoro subordinato —. Nel primo caso, invece, la medesima acquisizione non è altrettanto immediata, tenuto conto, da un lato, della situazione di mera attesa in cui versa il lavoratore, da un altro lato, della disciplina alla quale in questa fase è assoggettato il contratto, diversa da quella che, di regola, trova applicazione ai sensi dell'art. 2094 cod. civ.

(107) All'affermazione di tale principio, si accompagna, poi, la regola che impone di rimodulare il trattamento economico, normativo e previdenziale in ragione del lavoro effettivamente eseguito (art. 38, comma 2, d.lgs. n. 276/2003). Sul punto, si è osservato che per il lavoro intermittente « il legislatore non aggiunge ciò che, ad esempio nella normativa del part-time, è esplicitamente affermato, ossia che vi sono diritti che non sono assoggettati alla regola pro rata temporis: si pensi alla durata del periodo di astensione per maternità, sul piano individuale, e ai diritti sindacali di cui al titolo III Stat. lav., sul piano collettivo ». È anche vero, però, che al medesimo risultato è comunque possibile giungere in via interpretativa, trattandosi di « diritti, che non tollerano, per loro natura e per espressa previsione di legge, alcun riproporzionamento » (VOZA, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 1275). Sotto un diverso profilo, si è poi ritenuto che il criterio di rimodulazione dei diritti sarebbe carente per quanto concerne le ferie, non tenendo « in debito conto la penosità della disponibilità offerta dal lavoratore a chiamata ». In particolare, « il lavoratore intermittente si rivedrebbe ritemprato unicamente dalle fatiche fisiche del lavoro », mentre non sarebbe presa in « considerazione la tutela del proprio tempo di vita, inteso come tempo non assoggettato ad alcun obbligo, neppure di disponibilità » (VOZA, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 1275). Il rilievo trascura che il diritto alle ferie è inscindibilmente collegato all'effettiva esecuzione della prestazione lavorativa: non vi è dubbio, infatti, che il lavoratore obbligandosi a rispondere alla chiamata subisca una limitazione della libertà. Sennonché, questo effetto non ha nulla a che vedere con quelli determinati sul piano psico-fisico dalla gravosità del lavoro, i quali fungono da necessario presupposto per beneficiare dei periodi di riposo.

La suddivisione in due segmenti così difformi ha indotto ad ipotizzare due distinte obbligazioni (consistenti, rispettivamente, nello stare a disposizione e nell'eseguire la prestazione lavorativa), ravvisando quale ulteriore conseguenza una duplice funzione negoziale (quella « del tipo di cui all'art. 2094 c.c. » e « una ulteriore »), secondo lo schema della causa mista (108). L'approdo, quindi, è ad una fattispecie solo parzialmente assimilabile al lavoro subordinato standard e per questo, dunque, con caratteristiche di atipicità rispetto ad esso.

Senonché, nel caso di specie non sono riscontrabili due differenti contratti, posto che la disciplina della fase di disponibilità è troppo esigua per poterla considerare « una regolamentazione compiuta di un nuovo tipo contrattuale, e cioè il contratto di messa a disposizione » (109). In alternativa, si è così proposto di frazionare i due momenti non in altrettanti contratti, ma in corrispondenti obbligazioni, convergenti in uno schema negoziale a causa complessa — dotato quindi di una configurazione diversa rispetto all'ordinario rapporto di lavoro —, tale da conferirgli i tratti di un tipo legale autonomo, caratterizzato dalla disponibilità del lavoratore ad effettuare una prestazione lavorativa che può anche mancare. Lettura basata sulla premessa che in attesa della chiamata il rapporto entrerebbe « in una fase di quiescenza delle rispettive obbligazio-

(108) ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva*, cit., p. 121.

(109) ROMEL, *Sub artt. 33-34*, cit., p. 411. Nello stesso senso, v. anche MERLINO, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, il quale sul presupposto che « L'imprenditore paga un corrispettivo per avere a disposizione il lavoratore e per chiamarlo quando e se vuole, mentre il lavoratore, a fronte di quel prezzo (...) rinuncia alla programmabilità del proprio tempo », ritiene trattarsi di interessi « diversi ma convergenti in un unico assetto organizzativo e programmatico che li soddisfi entrambi ». Unicità dell'assetto organizzativo che esclude la sussistenza « di una pluralità di rapporti, uno relativo all'attesa, l'altro relativo alla fase "lavorata" », facendo, invece, propendere, « per un unico rapporto di fatto, ancorché complesso, poiché è l'intero impianto economico posto in essere a soddisfare tanto il datore di lavoro quanto il lavoratore, mentre la scissione, anche solo in via fattuale, di questo impianto, toglierebbe valore economico e interesse all'operazione complessiva » (pp. 206-207).

ni », ma comunque dotata di « una propria rilevanza patrimoniale », attestata dal riconoscimento della controprestazione sotto forma di indennità, « e che potrà essere fatta venir meno dal datore di lavoro attraverso una semplice manifestazione di volontà, sia pure incanalata entro le coordinate indicate nel contratto e dunque volute dalle parti » (110).

La tesi fornisce una rappresentazione delle due fasi in cui si articola l'esecuzione del contratto fondata sull'agire concreto delle parti, con conseguenti esiti fuorvianti, tuttavia, per l'inquadramento della fattispecie, posto che ai fini della struttura dell'obbligazione del lavoratore, e quindi della qualificazione del contratto, non rileva il costante esercizio del potere direttivo, quanto, piuttosto, l'assunzione da parte del prestatore del vincolo di assoggettamento ad esso (111). Vincolo che nel caso del lavoro intermittente entra a far parte della causa negoziale, mediante la clausola dalla quale scaturisce l'obbligo di risposta alla chiamata: infatti, la diversa opinione per cui l'accessorietà di detta clausola le impedirebbe di connotare il requisito causale, trascura la portata dell'art. 1322 cod. civ., che non solo autorizza la conclusione di contratti atipici, ma consente anche di modificare il contenuto di quelli già tipizzati, con la conseguenza, in questo secondo caso, di connotarne diversamente la funzione (112). Ed è proprio quello che si riscontra,

(110) ROMEL, *Sub artt. 33-34*, cit., p. 416.

(111) ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da CICU e MESSINEO e continuato da MENGONI, vol. XXVII, t. 2, Milano, 2000, p. 279.

(112) V. FERRI G.B., *Causa e tipo*, cit., p. 358. L'A., in contrapposizione alla teoria funzionale (v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, vol. XV, t. 2, p. 172 ss.), intende la causa come funzione economico-individuale, ritenendo necessario considerare il significato che le parti conferiscono alla singola operazione economica, con l'ulteriore precisazione che la funzione negoziale non deve essere riferita alle singole posizioni dei contraenti — altrimenti finirebbe per non differenziarsi dai motivi individuali —, ma al contratto nel suo complesso, perché alla sua creazione partecipano tutte le parti, che coordinano i loro singoli interessi, onde conferire all'elemento causale l'unitarietà da cui non può prescindere (p. 386 ss.).

nell'ipotesi in cui sulla fattispecie di partenza — descritta dall'art. 33, comma 1 — si innesti l'accordo sull'obbligo per il lavoratore di garantire lo svolgimento della prestazione, che ha l'effetto di arricchire il requisito della disponibilità di un'implicazione che la rende il versante passivo dell'eterodirezione, generando, così, un'obbligazione che non è solo quella tipica dell'art. 2094, ma è anche l'unica di cui deve farsi carico il lavoratore.

Conclusione, questa, rispetto alla quale non depono certo in senso contrario il particolare regime applicato durante i periodi di attesa, giustificato per il fatto che il lavoratore intermittente è tenuto ad una disponibilità affievolita rispetto a quella normalmente riscontrabile nel rapporto di lavoro subordinato, dove al prestatore è richiesto di essere « al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni » (113). Aggiungasi, poi, che in riferimento a detti periodi è esclusa la titolarità « di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati », ma non il loro assoggettamento ad obblighi ed in particolare a quello di cui all'art. 2105 cod. civ., e ciò ad ulteriore dimostrazione della riconducibilità all'art. 2094 cod. civ.

A riprova dell'inconfigurabilità della duplicazione delle obbligazioni (o dei contratti), si pensi al datore che eserciti il potere di chiamata senza lasciare spazi d'inattività, attuando, dunque, un'integrale sovrapposizione fra la messa a disposizione del lavoratore e il suo effettivo impiego. Situazione, questa, che, come s'è detto (114), non strida con l'elemento dell'intermittenza, non costituendo questa un requisito intrinseco al contratto. Orbene, stando alle ricostruzioni di cui si è dato conto, in una siffatta eventualità, venendo meno la condizione di quiescenza del rapporto che

(113) Che identifica i periodi di attività computabili ai fini della misurazione dell'orario di lavoro (art. 1, 2° comma, lett. a), d.lgs. n. 66/2003). Per la riconducibilità al rapporto obbligatorio di cui all'art. 2094 c.c. del lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata, v. anche NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva*, cit., p. 31.

(114) *Infra* § 7.

giustificherebbe lo sdoppiamento delle obbligazioni (o dei contratti), verrebbe automaticamente meno anche il presupposto dal quale si argomenta la sussistenza di una causa complessa (o mista). Se così fosse, tuttavia, il medesimo contratto potrebbe rispondere ad una differente giustificazione negoziale, essendo così suscettibile di un'altrettanto differente qualificazione, ma non — come sarebbe corretto — in relazione alle sue astratte modalità di adempimento, bensì per il modo in cui queste sono concretamente messe in atto.

Diverso è, invece, il discorso per quanto riguarda la versione senza obbligo di risposta, che, come s'è detto, non va ricondotta all'art. 2094 cod. civ., posto che nel normale contratto di lavoro non vi è posto per un'adesione o un'accettazione del lavoratore alle richieste di esecuzione del datore. Allo stesso tempo, però, non può nemmeno essere riferito al lavoro autonomo (115), considerato che nei periodi di attività il rapporto assume i connotati della subordinazione.

La soluzione appropriata è quella del contratto normativo, che riesce a coniugare un'intesa preparatoria, relativa alla disponibilità del prestatore, ed eventuali altri accordi sull'effettivo suo utilizzo (116). Caratteristiche, queste, che, nonostante l'assenza di vincoli nella costituzione del rapporto di lavoro — tale da indurre taluni a considerare questa versione dell'istituto un « mero accordo tra gentiluomini » (117) se non addirittura un contratto nullo (118) —,

(115) Così, invece, LUNARDON, *La flessibilità tipologica e il superamento della fattispecie "lavoro subordinato"*, in F. CARINCI F.-MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002, p. 90.

(116) Oltre a BELLOCCHI, *Le aporie*, cit., p. 571 ss., a sostegno della configurabilità del contratto senza indennità come contratto normativo, v. VOZA, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 1278. Dello stesso avviso è, di fatto, anche MATTAROLO, *Sub artt. 33-40*, cit. p. 12, che pur non richiamando espressamente il contratto normativo, allude ad una figura che gli corrisponde, ossia un « contratto quadro all'interno del quale nascono diritti e obblighi diversi e in periodi diversi in seguito ad ulteriori manifestazioni di volontà delle parti ».

(117) NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 23, 2003, p. 32.

non impediscono di assolvere ad effettive esigenze di entrambe le parti, soprattutto nei contesti organizzativi (tipico esempio quello dei *call center*) compatibili con un'ampia platea di lavoratori interessati ad un impiego frammentario.

7.3. *L'estinzione del contratto: in particolare, la risoluzione conseguente all'ingiustificato rifiuto di rispondere alla chiamata.*

Fra le peculiarità del lavoro intermittente, vi è anche quella della risoluzione del contratto per l'ingiustificato rifiuto del lavoratore di adempiere all'obbligo di risposta alla chiamata. Ipotesi, questa, che si aggiunge alle ordinarie giustificazioni di recesso e rimessa all'apprezzamento del datore di lavoro (il quale, infatti, « può » avvalersene).

Oltre alla cessazione del rapporto di lavoro, è prevista anche « la restituzione della quota di indennità di disponibilità riferita al periodo successivo » al rifiuto, « nonché un congruo risarcimento del danno nella misura fissata dai contratti collettivi o, in mancanza, dal contratto di lavoro » (art. 36, comma 6, d.lgs. n. 276/2003).

La legge non indica i casi in cui ricorrono i presupposti della risoluzione: è da ritenere, tuttavia, per riferirsi ad un'eventualità che frequentemente potrebbe presentarsi, che il diniego non possa essere considerato privo di giustificazione, allorché dipenda dallo svolgimento di altra attività lavorativa. Se lo si escludesse, infatti, ne deriverebbe un assetto sbilanciato del contratto, dove la flessibilità che gli è propria andrebbe unicamente a vantaggio del datore.

Allo stesso tempo non è previsto alcun requisito formale, sicché la comunicazione relativa alla cessazione del rapporto può essere

(118) In quanto « privo della qualità di fonte di vincoli obbligatori per l'una e l'altra parte » (ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 905).

anche solo verbale e non è assoggettata alle regole sul contraddittorio del procedimento disciplinare. Contraddittorio che, tuttavia, potrebbe concretamente realizzarsi — anche senza le formalità dell'art. 7 Stat. lav. —, posto che l'aggettivo « ingiustificato » sottintende la possibilità da parte del datore di acquisire le ragioni della mancata risposta alla chiamata, sicché se il lavoratore non dovesse provvedere a fornire i relativi ragguagli contestualmente alla manifestazione del rifiuto, è comunque possibile sollecitarlo al riguardo, con l'effetto di avviare una sorta di procedimento disciplinare. E che il legislatore abbia pensato all'eventualità che l'assenza di una idonea giustificazione possa essere oggetto di un accertamento durevole, che dunque può anche presupporre una fase di contraddittorio, lo comprova anche la circostanza per cui la quota di indennità oggetto di restituzione copre il periodo che va dall'opposizione del rifiuto ad uno « successivo » non meglio precisato. Termine, questo, che può ragionevolmente corrispondere a quello in cui il datore ritiene di avere la certezza dell'inadempimento del lavoratore.

Quanto alle conseguenze della risoluzione non supportata da idonea motivazione, è da escludere che siano le medesime applicate per il licenziamento. La scelta, infatti, è stata quella di optare per una figura particolare di recesso e come tale assoggettata ad una disciplina divergente da quella ordinaria. L'unico effetto, pertanto, è la ripetizione di quanto corrisposto dal lavoratore a seguito del rifiuto di rispondere alla chiamata.

In ordine, infine, alla classificazione delle conseguenze economiche correlate alla risoluzione del contratto, l'obbligo di restituire la quota di indennità costituisce una penale, dato che l'ammontare del corrispondente importo prescinde dal danno subito dal datore. Lo stesso discorso vale anche per l'ulteriore esborso la cui entità è fissata dalla contrattazione collettiva o dal contratto individuale: infatti, nonostante la figura richiamata sia quella del risarcimento del

danno, anche in questo caso manca la necessaria correlazione con l'effettivo pregiudizio (119).

(119) Così anche DE ANGELIS, *Lavoro intermittente*, cit., p. 178, il quale sottolinea che « è già sufficiente il riferimento al congruo per farci comprendere come non si tratti di risarcimento ma piuttosto di una sanzione civile: il risarcimento del danno è per definizione il ristoro del patrimonio leso — si tratta necessariamente di situazioni patrimoniali — e non può, allora, che essere congruo »; ROMEI, *Sub artt. 33-40*, cit., p. 432.

INDICE DEGLI AUTORI E DELLE OPERE CITATE

- AA.VV., *Il diritto del lavoro tra flessibilità e tutela*, Milano, 1992.
- AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004.
- AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004.
- ALES, *I paradossi della tipizzazione: i « contratti » di lavoro intermittente*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, tomo II, Padova, 2005, p. 857.
- ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 68/2008.
- ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 887.
- ID., *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 165.
- ID., *La nuova disciplina dei distacchi*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 177.
- ALTAVILLA, *Le prescrizioni di forma nella disciplina dei contratti di lavoro tra autonomia e controllo*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 727.
- ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimento di azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 192.
- BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. dir.*, 1987, p. 41.
- ID., *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Lav. dir.*, 2002, p. 201.
- BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, Atti del congresso AIDLASS di Catania, 21-23 maggio 2009, Milano, 2010, p. 5.
- BAVARO, *Il trasferimento d'azienda*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, p. 165.
- ID., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, 2008.
- BELLARDI, *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte politiche e nuove regole*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 183.
- BELLAVISTA, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in GARILLI-NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, p. 1.
- BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 125.

- ID., *Le aporie del lavoro intermittente*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 567.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, vol. XV, t. 2.
- BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1998.
- BIANCHI D'URSO-CHISARI, *Lavoro interinale e contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 1, p. 67.
- BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, tomo II, *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, vol. 12, Torino, 2009, p. 1177.
- EAD., *Lavoro a tempo parziale: meno flex, più security*, in CARINCI F. e MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Milano, 2012, p. 118.
- BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2002.
- EAD., *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 118.
- EAD., *Le modifiche del nuovo correttivo al regime dell'intermediazione e della somministrazione*, in *Note Inf.*, 2004, n. 31, p. 16.
- BORZAGA, *Le prestazioni occasionali all'indomani della l. n. 30 e del d.lgs. n. 276/2003*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 273.
- BOSCATI, FERRARIO, *Il lavoro a tempo parziale*, in CARINCI F.-PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*, in *Commentario* diretto da CARINCI F., Milano, 2010, p. 537.
- CALCATERRA, *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 602.
- CARINCI F., *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di MISCIONE e RICCI M., Milano, 2004, p. XXIX.
- ID., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1137.
- CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in *Il Codice Civile, Commentario* diretto da SCHLESINGER, Milano, 2000.
- EAD., *L'interposizione e il lavoro interinale*, in CARINCI F.-MISCIONE, *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, p. 21.
- EAD., *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di CARINCI M.T.-CESTER, Milano, 2004, p. 5.
- EAD., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, XXXVI, Padova, 2005.
- EAD., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Torino, 2008.

- CARUSO, *Flexibility in Labour Law: The Italian Case*, in CARUSO-FUCHS (a cura di), *Labour Law and Flexibility in Europe*, Milano, 2004, p. 11.
- CASTELVETRI, *La definizione di lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, p. 1291.
- CATAUDELLA M.C., *Prestazioni occasionali e lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 770.
- EAD., *Disponibilità del lavoratore e nuovi tipi legali di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 85.
- CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. giur.*, 2001, p. 913.
- CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, in *Lav. giur.*, 2001, p. 505.
- ID., *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 232.
- CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore di terzo*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, p. 91.
- CIUCCIOVINO, *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 385.
- EAD., *Art. 1. Apposizione del termine*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Il D.Lgs. 6 settembre 2001 n. 368, attuazione della direttiva n. 70/99/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, CEEP e dal CES*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2002, p. 30.
- EAD., *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di CARINCI M.T.-CESTER, Milano, 2004, p. 5.
- EAD., *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368/2001*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 455.
- EAD., *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino, 2008.
- CORAZZA, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 51.
- EAD., *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Padova, 2004.
- CORDOPATRI, *Presunzione (Dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1986, vol. XXXV, p. 274.
- D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 529.
- DE ANGELIS, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004), Milano, 2005, p. 172.
- ID., *Su aspetti formali del contratto a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 767.

- ID., *La tutela del lavoratore ceduto*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, 2004, 2, p. 133.
- ID., *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 247.
- DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 625.
- ID., « *La fornitura di lavoro temporaneo* » nella l. n. 196/1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, p. 199.
- ID., *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 49.
- ID., *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, p. 542.
- ID., *Sub art. 46*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, p. 469.
- ID., *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 129.
- ID., *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 31.
- DEL CONTE, *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 24.
- DE FEO, *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione ed autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 247.
- DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in ID. (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, Napoli, 2002, p. 9.
- ID., *Dal lavoro subordinato al lavoro "a progetto"*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 25/2003.
- ID., *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 521.
- ID., *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 467.
- ID., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 3.
- ID., *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 1.
- DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, 1995.

- DI LORENZO, *Potere di organizzazione dell'imprenditore e flessibilità del lavoro*, Torino, 2010.
- D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, 2005.
- ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002.
- FABBRI, NERI, *Teoria organizzativa e diritto del lavoro nella regolazione del lavoro a progetto*, in *Dir. rel. ind.*, p. 691.
- FABBRINI, *Presunzioni*, in *Digesto, Disc. Priv.*, Torino, 4° ed., 1996, vol. XIV, p. 279.
- FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, 2008.
- FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981.
- ID., *Il contratto a tempo determinato*, in CINELLI-FERRARO, *Lavoro, competitività, welfare*, Torino, 2008, p. 73.
- ID., *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133 (c.d. manovra d'estate 2008)*, in ID. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Torino, 2008, p. 44.
- ID., *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2009.
- ID., *Il contratto collettivo. Dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1249.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968.
- FILI, *La forma scritta nel contratto di lavoro a progetto*, in *Lav. giur.*, 2006, p. 213.
- FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, 2010.
- FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1998.
- GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, II, p. 1001.
- GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 31.
- GARGIULO, *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 899.
- GHERA, *Sul lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, p. 1315.
- GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 227.
- GOTTARDI, *Sub artt. 33-40*, in GRAGNOLI-PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, p. 471.
- GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, Milano, 1972.
- GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro*, in MAGNANI, VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, 2005, p. 303.
- ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984.

- ID., *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento. Artt. 2094-2095*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1992.
- ID., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 203.
- ID., *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da CICU e MESSINEO e continuato da MENGONI, Milano, 2000.
- ID., *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 2004.
- ID., *Commento agli artt. 20-28*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, p. 257.
- ID., *La somministrazione di lavoro nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, p. 1047.
- ID., *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e « dipendenza » nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *Giust. Civ.*, 2005, II, p. 131.
- JORI-PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995.
- LA MACCHIA, *Prime osservazioni sui contratti collettivi successivi alla riforma del mercato del lavoro del 2003*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 63.
- LAMBERTUCCI, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, p. 387.
- LIEBMAN, *Sistema sindacale "di fatto", efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1281.
- LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 191.
- LUCIANI, *Lavoro a progetto, indisponibilità del tipo contrattuale e rimodulazione delle tutele*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 263.
- LUNARDON, *La forma del contratto a progetto*, in *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276* coordinato da CARINCI F., IV, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali certificazione dei rapporti di lavoro*, a cura di BELLOCCHI, LUNARDON e SPEZIALE, Milano, 2003, p. 49.
- EAD., *La flessibilità tipologica e il superamento della fattispecie "lavoro subordinato"*, in F. CARINCI F.-MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002, p. 90.
- EAD., *Il lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da CARINCI F., *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER, II, seconda edizione, Torino, 2007, p. 50.
- EAD., *L'eccezionalità del contratto a termine. Dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 41.
- MAGNANI, *Contratti di lavoro e organizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 136.
- EAD., *Il lavoro a progetto: assonanze e differenze rispetto alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 820.
- EAD., *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 1.
- MAGNANI-SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 27/2004.
- MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980.

- ID., *Il distacco*, in FICARI (a cura di), *Tutele del lavoro e nuovi schemi organizzativi nell'impresa*, Milano, 2005, p. 89.
- MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2001.
- ID., *Il mercato del lavoro dopo il caso Atesia. Percorsi alternativi di rientro dalla precarietà*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 327.
- ID., *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 41.
- MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, 2004, 2, p. 87.
- ID., *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, I, p. 469.
- ID., *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 16.
- MARESCA-CAROLLO, *Il contratto di collaborazione a progetto nel settore call center*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 675.
- MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, 2002.
- MATTAROLO, *Sub artt. 33-40*, in *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, III, Milano, 2004, p. 3.
- EAD., *Lavoro intermittente: uso improprio e misure di contrasto*, in CARINCI F.-MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Milano, 2012, p. 128.
- MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979.
- ID., *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina del lavoro temporaneo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, p. 181.
- ID., *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, p. 219.
- ID., « Apocalittici » e « integrati » alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in *Lav. dir.*, 2012, p. 19.
- MENGHINI, *Il lavoro a tempo determinato*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da CARINCI F., II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER, seconda edizione, Torino, 2007, p. 1230.
- ID., *Il lavoro a termine*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, tomo I, *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, vol. 12, Torino, 2009, p. 957.
- ID., *Contratto a termine: nuove regole*, in CARINCI F.-MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Milano, 2012, p. 93.
- MENGONI, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi » (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss, 280 ss., 366 ss.
- ID., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5.
- MERLINO, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 191.
- MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, 2003, p. 812.

- ID., *Le agenzie per il lavoro*, in *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di MISCIONE e RICCI M., Milano, 2004, p. 119.
- ID., *Requisiti giuridici e finanziari delle agenzie per il lavoro*, in *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di MISCIONE e RICCI M., Milano, 2004, p. 119.
- ID., *Le agenzie per il lavoro nel "correttivo" 2004*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 coordinato da CARINCI F.*, vol. V, *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro*, p. 6.
- MONACO, *Il distacco del lavoratore*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di CARINCI M.T.-CESTER, Milano, 2004, p. 204.
- MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 109.
- MORONE, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di CARINCI M.T.-CESTER, Milano, 2004, p. 38.
- NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004), Milano, 2005, p. 9.
- ID., *Pubbliche amministrazioni e d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Dir. lav. merc.*, 2005, p. 241.
- NERI, *Organizzazione e regolazione della relazione di lavoro a progetto*, in PALLINI (a cura di), *Il « lavoro a progetto » in Italia e in Europa*, Bologna, 2006, p. 211.
- NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Torino, 2003.
- NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 23, 2003.
- NOVELLA-VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, p. 177.
- NUZZO, *Il lavoro intermittente: un'opportunità nelle Information communication technology?*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 31, 2005, p. 8 ss.
- OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 e 227.
- PANCI, *La conversione ex art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003: la compressione dell'autonomia privata individuale fra dubbi di legittimità costituzionale e « interpretazioni correttive »*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 323.
- PALLINI, *Il lavoro a progetto: ritorno al...futuro?*, in ID. (a cura di), *Il « lavoro a progetto » in Italia e in Europa*, Bologna, 2006, p. 120.

- PANDOLFO, *I contratti a termine « a fronte di ragioni di carattere [...] sostitutivo »: recenti interventi giurisprudenziali*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 674.
- PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 72/2009.
- PAPALEONI, *Il lavoro a progetto o occasionale*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, p. 1361.
- PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, 2005.
- ID., *Il lavoro tra autonomia e subordinazione: il lavoro coordinato, il lavoro del socio di cooperativa, l'associazione in partecipazione*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, tomo I, *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, vol. 12, Torino, 2009, p. 75.
- ID., *L'assetto del lavoro a tempo parziale a seguito degli ultimi interventi del legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 551.
- ID., *Il lavoro a progetto*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, p. 137.
- PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, I, p. 506.
- ID., *Riconduzione a progetto delle collaborazioni coordinate e continuative, lavoro occasionale e divieto di collaborazioni semplici: il cielo diviso in due*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, p. 684.
- ID., *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, p. 841.
- ID., *Superamento di quantità nell'anno come dato di fattispecie: lo sventurato caso del « lavoro occasionale »*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 227.
- PELLACANI, *Gli obiettivi della riforma e le caratteristiche generali dell'impianto normativo*, in ID. (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, p. 1.
- PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 15.
- PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna.
- PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.
- ID., *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, I, p. 203.
- ID., *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 1.
- PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* CICU-MESSINEO-MENGGONI, volume XXVII, tomo I, Milano, 1996.
- ID., *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, p. 237.

- ID., *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 335.
- ID., *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 473.
- ID., *L'autonomia privata individuale e collettiva nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, 2004, 2, p. 118.
- ID., *Commento all'art. 62*, in GRAGNOLI e PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, p. 739.
- ID., *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 87.
- ID.-SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 132/2011.
- PESSI R., *Il contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 297.
- ID., *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 57.
- PETRASSI, *Trasferimento di ramo di azienda e trasferimento parziale dei dipendenti ad esso addetti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, p. 917.
- PICCININO, *Trasferimento di azienda, rapporti di lavoro ed autonomia privata*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 669.
- PINTO, *Le « collaborazioni coordinate e continuative » e il lavoro a progetto*, in CURZIO (a cura di), *Lavori e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, p. 311.
- ID., *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 72/2005.
- PISANI, *La certezza del diritto nelle tecniche di flessibilità*, *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 67.
- ID., *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 67.
- PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusiva ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *Dir. lav.*, 2003, n. 6, *Scritti in onore di Salvatore Hernandez*, p. 623.
- PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, Milano, 1994.
- ID., *Flessibilità e tutela « nel » contratto di lavoro subordinato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 411.
- ID., *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 665.
- ID., *Lavoro coordinato e lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, p. 1387.
- ID., *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in PERSIANI-PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, Padova, 2008, p. 90.

- RICCI M., *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni sindacali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 43.
- ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 43 ss.
- ID., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 65/2008.
- ID., *"Vorrei ma non posso": storia interna della più recente riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 411.
- RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 709.
- ROMEI, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 327.
- ID., *Il trasferimento d'azienda e gli orientamenti della dottrina*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, 2004, 2, p. 293.
- ID., *Sub artt. 33-40*, in A.A.V.V., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, p. 401.
- ID., *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 403.
- ID., *Somministrazione a tempo indeterminato e dintorni: le tendenze creative della giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 70.
- ROPPO, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in BELVEDERE, GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 141.
- RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, vol. VII, tomo III, Torino, 1980.
- RUSCIANO, *I profili ricostruttivi dell'"affitto" di manodopera*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 81.
- SANDULLI, *Il lavoro autonomo. Disposizioni generali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, vol. XV, tomo II, Torino, 1986, p. 1417.
- ID., *Spunti sull'interrogativo primario del nuovo contratto a termine: l'intrinseca temporaneità del presupposto*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 65.
- SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro « parasubordinato »*, Milano, 1979.
- ID., *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, 2004, 2, p. 15.
- ID., *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 27.
- ID., *Lavoro parasubordinato, lavoro coordinato, lavoro a progetto*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 187.
- ID., *La nuova figura del lavoro a progetto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi, L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, p. 1413.
- ID., *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1224.
- SCARPELLI, *« Esternalizzazioni » e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 362.

- ID., *Opinione*, in *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 498.
- ID., *Commento all'art. 30*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, in GRAGNOLI-PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova 2004, p. 440.
- ID., *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 28, Torino, 2004, p. 91.
- ID., *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 127/2011.
- SPEZIALE, *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 289.
- ID., *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 361.
- ID., *Art. 20, Condizioni di liceità*, in GRAGNOLI-PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova 2004, p. 275.
- ID., *Appalti e trasferimento d'azienda*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 84/2006.
- ID., *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 181.
- ID., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 94/2010.
- TARUFFO, *Presunzioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, 1991, vol. XXIV, p. 1.
- TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Torino, 1999.
- ID., *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in BIAGI (a cura di), *Il nuovo contratto a termine, commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001 n. 368*, Milano, 2002, p. 41.
- ID., *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, 2004, p. 25.
- ID., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in ID. (a cura di) *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004, p. 205.
- ID., *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 78.
- ID., *Somministrazione di lavoro: ritorno al passato*, in MAGNANI-TIRABOSCHI, *La nuova riforma del mercato del lavoro*, Milano, 2012, p. 109.
- TOSI, *Appalto, distacco, lavoro a progetto, appunti da una conferenza*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 235.
- ID., *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1212.

- TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, relazione tenuta alle Giornate di studio AIDLASS “*Inderogabilità delle norme e indisponibilità dei diritti*” (dattiloscritto).
- TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro e lavoro a termine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 451.
- VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 396.
- ID., *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 1.
- ID., *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 3.
- ID., *Lavoro a progetto. Incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 293.
- ID., *La nullità dei contratti di lavoro « atipici »*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 527.
- ID., *Il lavoro a termine nel protocollo del luglio 2007*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 698.
- ID., *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 633.
- VALLEBONA-PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001.
- VICARI, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, Napoli, 2002, p. 71.
- VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 564.
- VILLANI, *Il lavoro a progetto*, in MAGNANI, VARESI, *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, 2005, p. 544.
- VOZA, *Il contratto di lavoro intermittente*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, tomo I, *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, vol. 12, Torino, 2009, p. 1255.
- ZAPPALÀ, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari. Come si attua una direttiva travisandola*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, p. 646.
- ID., *La forma del contratto di somministrazione*, WP C.S.D.L.E. “*Massimo D'Antona*”, n. 28/2004.
- ZILIO GRANDI, SFERRAZZA, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 129.
- ZOLI, *I contratti per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, n. 23, p. 75.
- ID., *Commento all'art. 30. Distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, p. 329.
- ID., *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004), Milano, 2005, p. 73.

ZOPPOLI A., *Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro "flessibili"*, in RUSCIANO-ZOLI-ZOPPOLI L. (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, 2006, p. 324.

ZOPPOLI L., *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 175.