La legislazione del lavoro

di Antonio Benaglio

- *La rassegna si concentra sul decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003, di attuazione della legge delega n. 30 del 2003 di riforma del mercato del lavoro. Questo provvedimento ha costituito l'intervento normativo sicuramente più notevole registrato nel corso dell'anno. La previsione dell'emanazione di più decreti attuativi, vista l'eterogeneità e la consistenza senza precedenti del sistema delle deleghe, è stata disattesa. Un unico decreto di ben 86 articoli ci ha consegnato la versione pressoché integrale della riforma del mercato del lavoro, dando attuazione ai primi sette articoli della delega; con l'unica appendice del riordino delle funzioni ispettive, solo recentemente attuato con il decreto legislativo n. 124 del 23 aprile 2004*
- *Si segnala un altro intervento di rilievo del legislatore delegato che riguarda il recepimento nel nostro ordinamento, in attuazione della delega contenuta nella legge 1 marzo 2002, n. 39, di due Direttive comunitarie: la 2000/43/CE, in tema di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e la 2000/78/CE in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, volta a stabilire un "quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali"*
  L'adeguamento al diritto comunitario comporta la sanzionabilità di nuovi ed ulteriori fattori di discriminazione rispetto a quelli già conosciuti nel nostro ordinamento e l'espressa estensione della tutela a forme di discriminazione sia diretta che indiretta

---

1. La riforma del mercato del lavoro in generale

Il decreto legislativo 276/2003 entrato in vigore nell'autunno del 2003 costituisce l'approdo governativo della riforma del mercato del lavoro – almeno per quanto riguarda l'*iter* della legislazione statuale – le cui linee guida erano state tratteggiate solo due anni prima con il Libro Bianco.

La riforma è talmente ampia da non consentire una rassegna completa, anche solo riassuntiva, di tutte le disposizioni in essa contenute, pena il rischio di una sterile ripetizione di esse.

Pare preferibile quindi, dopo una breve doverosa ricognizione delle principali materie affrontate dal decreto, concentrare l'analisi solo su alcuni profili significativi, fornendo alcune prime indicazioni sull'applicabilità delle disposizioni esaminate e sullo stato di implementazione della riforma.

1.2 Il collocamento e la certificazione: cenni

Seguendo l'articolazione del decreto, dopo la posizione di disposizioni generali, si incontra il Titolo II dedicato a *organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*. La novità più significativa rispetto all'impianto esistente riguarda le funzioni attribuite ai soggetti privati, d'ora in poi "Agenzie per il lavoro", che, in possesso dei prescritti requisiti giuridici e finanziari, e a seguito di autorizzazione ministeriale, saranno iscritte in un apposito Albo tenuto presso il Ministero del Lavoro, diviso in cinque sezioni, a seconda dell'attività cui saranno abilitate.

L'abrogazione del vincolo dell'oggetto sociale esclusivo – in virtù del quale non era finora consentito alle società di mediazione svolgere fornitura di lavoro interinale e viceversa – comporta la possibilità di esercitare, da parte delle imprese abilitate, anche tutte le attività di collocamento elencate nel decreto: somministrazione ("generalista" o "specialista", a seconda dell'estensione dell'abilitazione a tutte o a una delle attività specifiche aperte allo *staff leasing*); intermediazione; ricerca e selezione del personale; supporto alla ricollocazione professionale. In particolare, l'iscrizione alla sezione "*a*", riservata alle Agenzie di somministrazione di tipo "generalista", comporta automaticamente l'iscrizione alle altre sezioni; allo stesso modo i soggetti autorizzati all'intermediazione,

inseriti nella sezione "*c*", lo sono anche alla ricerca e selezione del personale ed alla ricollocazione professionale.

É previsto anche un livello di autorizzazione regionale – (c.d. accreditamento) da disciplinare attraverso provvedimenti regionali sulla base di criteri e modalità stabiliti dal decreto – per i soggetti che intendano svolgere intermediazione, ricerca, selezione e ricollocazione del personale nel territorio di un'unica regione.

Un'altra novità risiede nella previsione di un regime particolare di autorizzazione per l'esercizio dell'attività di intermediazione – con requisiti ed oneri procedimentali attenuati rispetto al regime normale – destinato ad alcuni soggetti quali il sindacato, le associazioni datoriali, le università, i comuni, le camere di commercio, l'ordine nazionale dei consulenti del lavoro.

Proseguendo nella lettura del decreto si incontra, nella parte centrale, la riforma di istituti che costituiranno oggetto di analisi più approfondita *infra-sub* "*La riforma delle tipologie lavorative*" e "*Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento di ramo d'azienda*".

Il Titolo VIII, infine, collocato in coda prima delle disposizioni transitorie e finali è riservato alle *procedure di certificazione*. Si tratta di un elemento di novità assoluta nel nostro ordinamento, introdotto allo scopo dichiarato di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti, prevedibile a fronte della moltiplicazione dei tipi contrattuali (lo strumento è pensato per il lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale, a progetto, di associazione in partecipazione, ma anche per distinguere tra appalto genuino e interposizione illecita). La certificazione consiste in una procedura volontaria, azionata avanti organi abilitati – enti bilaterali, università, direzioni provinciali del lavoro e province –, volta ad ottenere un contratto certificato. Le parti e i terzi nei cui confronti l'atto è destinato a produrre effetti potranno comunque proporre ricorso al giudice del lavoro sia nel caso in cui ritengano erronea la qualificazione operata, sia nel caso in cui ravvisino delle difformità tra programma negoziale e successive modalità attuative. Il valore della certificazione rimane fino alla sentenza che accolga l'eventuale ricorso: gli effetti dell'accertamento giudiziale decorrono, nel primo caso, dal momento della conclusione del contratto; nel secondo caso dal momento in cui ha avuto inizio la deviazione dal programma stabilito.

2. La riforma delle tipologie lavorative

2.1 Premessa

Il mercato e il diritto del lavoro cambiano profondamente e il segno più vistoso della politica intrapresa dal legislatore pare essere rappresentato dall'arricchimento, davvero senza precedenti, dello strumentario – e della modularità dei grimaldelli in esso inseriti – posto a disposizione dell'impresa per la gestione del fattore lavoro.

Impressiona non solo e non tanto il ventaglio delle nuove tipologie di lavoro – dal momento che, assolutamente inedite risultano essere il lavoro intermittente, il lavoro accessorio e lo *staff leasing* – ma l'esplosione delle fattispecie vecchie e nuove in una miriade di sottospecie, talmente variegata, da rendere difficile una ricognizione esaustiva. Le difficoltà di ipotizzare i possibili assetti di interessi che preferirà il mercato discendono anche dall'ampio spazio accordato all'autonomia individuale – spesso ipotizzata quale alternativa sostitutiva dell'autonomia collettiva – attraverso l'esercizio della quale è possibile conseguire deviazioni anche considerevoli dal tipo puro prescelto, fino quasi a snaturarne i connotati essenziali.

Si inizia con le tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato o flessibile cui è dedicato il Titolo V del decreto (artt. 33-46). Il lavoro intermittente (artt. 33-40) è caratterizzato dalla presenza di almeno tre fattispecie: con obbligo di risposta alla chiamata; senza obbligo di risposta; con obbligo di risposta in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno. Nel lavoro ripartito (artt. 41-45) pare aperta la possibilità di modulare, con pattuizione dedotta in contratto, il vincolo solidale fino ad escluderlo, derogando all'obbligo caratterizzante il "tipo" di sostituzione del *partner* impossibilitato.

Il lavoro a tempo parziale (art. 46), infine, potrà essere utilizzato con modalità molto più flessibili del passato, anche contro la volontà del lavoratore interessato.

Nel decreto sono poi disciplinati apprendistato e contratto di inserimento (Titolo VI). L'apprendistato si triplica in fattispecie differenziate per obiettivi formativi e platea di soggetti potenzialmente interessati (artt. 47-53). Non solo: Regioni e Province autonome dovranno regolamentare, nell'esercizio delle rispettive autonomie, tutti

i profili formativi per dare il via all'utilizzo degli istituti. Il contratto di inserimento è diretto a realizzare, mediante un progetto individuale, l'inserimento o il reinserimento di alcune categorie di lavoratori svantaggiati, con esclusione degli incentivi economici per i giovani tra i 18 e i 29 anni (artt. 54-59).

Sul versante dei tirocini, il legislatore delegato si è limitato ad introdurre la nuova *specie*s dei tirocini estivi di orientamento (art. 60).

Il Titolo VII è riservato a tipologie contrattuali a progetto e occasionali (artt. 61-74). Il lavoro a progetto costituirà il nuovo contenitore entro cui inserire quota rilevante dei rapporti di lavoro riconducibili alle vecchie collaborazioni coordinate e continuative, destinate comunque a sopravvivere per tutti i rapporti di lavoro che il legislatore ha escluso dall'ambito di applicazione del nuovo tipo.

Il c.d. lavoro occasionale (art. 61, c. 2) costituisce altra zona franca – cui non è applicabile la disciplina del lavoro a progetto – in ragione dell'occasionalità del contatto con la committenza, desumibile dal tempo impiegato (massimo trenta giorni nel corso dell'anno solare) e dal compenso erogato (massimo cinquemila euro nell'anno solare).

Si segnala infine un altro nuovo lavoro di natura occasionale: il c.d. lavoro accessorio (artt. 70-73). Si tratta di una tipologia marginale sia per le prestazioni ad esso astrattamente riconducibili, sia per la platea dei possibili prestatori, caratterizzato dalla trasformazione del contratto di lavoro in un buono dal valore nominale di € 7,5 che viene acquistato dal datore e consegnato al lavoratore accessorio – all'uopo dotato di tessera magnetica dalla quale risulti la propria condizione –, che lo cambierà ricavandone € 5,8, oltre alla copertura previdenziale e assicurativa dovuta al versamento di contributi alla gestione separata Inps (€ 1,00) e all'Inail (€ 0,5).

La frammentazione delle tipologie di lavoro subordinato e la rimodulazione dell'area delle collaborazioni costituiscono il primo degli aspetti che si prenderanno in considerazione qui di seguito.

L'altro rilevante aspetto sul quale si svolgerà qualche approfondimento nel prossimo capitolo, riguarda il mercato del lavoro "interno" alle imprese, che coincide con il ventaglio di ipotesi in cui è possibile per le imprese utilizzare lavoro altrui, cioè lavoratori alle formali dipendenze di soggetti terzi, con l'effetto di sostituzione di

contratti di lavoro con contratti commerciali (vedi, infra-sub capitolo 3 "*Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento di ramo d'azienda*"). Ciò viene decisamente agevolato con la riforma in commento attraverso la creazione di nuove ipotesi di fornitura di lavoro altrui – *in primis* con l'introduzione nel nostro ordinamento della somministrazione a tempo indeterminato, c.d. *staff leasing* (artt. 20-28) –; la disciplina legislativa del "distacco", ora normato come fattispecie generale (art. 30); l'evidente *favor* per le esternalizzazioni, attraverso una vistosa alterazione dell'assetto delle convenienze che incentiva il ricorso agli appalti (art. 29) e una dilatazione della nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c (art. 32).

2.2 L'apprendistato e l'inserimento

Il d.lgs. 276 attua la delega per il riordino dei contratti a contenuto formativo e di tirocinio agli artt. 47-60[1].

Il riordino è stato operato dal legislatore delegato concentrando l'intervento sul più classico dei contratti formativi, l'apprendistato, che triplicandosi assume il sostanziale monopolio nel panorama dei contratti di lavoro a finalità formativa.

In sede di commento della legge delega, nella rassegna dell'anno scorso, sono stati già indicati i motivi[2] della conclusione annunciata della ventennale esperienza del contratto di formazione e lavoro, tradizionale "concorrente" dell'apprendistato.

Tale istituto è ora destinato a sopravvivere, inalterato, solo nell'ambito del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (art. 86, c. 9, d.lgs. 276/2003), mentre nel settore privato troverà residua applicazione solo per i progetti di formazione approvati o anche solo depositati prima dell'entrata in vigore del decreto 276/2003[3].

1. É rimasta inattuata (salvo per l'introduzione del "tirocinio estivo di orientamento", peraltro non previsto nella delega) la sola partita relativa alla revisione delle misure di inserimento non costituenti rapporto di lavoro, per le quali la delega prevedeva anche l'introduzione della figura del tirocinio di impresa al fine del subentro nell'attività.

2. Si veda la giurisprudenza della Corte di giustizia europea sugli aiuti di stato illegittimi nonché il regolamento n. 2204/2002 del 12.12.2002 della Commissione. Cfr. Gottardi D. (2003a) p. 141.

3. Si veda accordo interconfederale 13 novembre 2003, con il quale le parti si sono

L'erede del contratto di formazione e lavoro designato dal legislatore – almeno apparente, per quanto emergerà nell'analisi – è il nuovo contratto di inserimento che, come suggerisce la nuova denominazione, è preordinato, attraverso un progetto individuale, all'inserimento ovvero al reinserimento nel mercato del lavoro di soggetti ritenuti dal legislatore in difficoltà nel reperimento di un'occupazione[4]. L'esplicitazione delle finalità (non più formative) e la coerente disciplina legale confortano la diffusa opinione[5] per cui solo con qualche forzatura il nuovo tipo potrà essere ricondotto nel *genus* dei rapporti a finalità formativa, a meno che non si voglia accettare una nozione alquanto estesa del concetto di finalità formativa.

La netta prevalenza della finalità occupazionale emerge soprattutto dal carattere solo eventuale della formazione interna o esterna, che potrebbe coincidere con l'espletamento di attività rivolte al mero adeguamento delle competenze professionali già possedute al nuovo contesto lavorativo (adeguamento che, peraltro, deve sempre avvenire, a prescindere dal contratto utilizzato, in occasione di ogni inserimento di un lavoratore in un nuovo contesto organizzato).

Tali lacunose indicazioni legali sono già state oggetto di un primo intervento integrativo ad opera del recente accordo interconfederale siglato in data 11.02.2004[6] che, nel dettare una disciplina transitoria

affrettate ad utilizzare lo strumento posto a disposizione dall'art. 86, c. 13, d.lgs. 276/2003, che consente alle parti di affidare a uno o più accordi interconfederali la gestione della messa a regime della riforma. Cfr. Dell'Olio M. (2004) p. 389.

4. Le categorie individuate dal legislatore sono: a) soggetti di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni; b) disoccupati di lunga durata da ventinove fino a trentadue anni; c) lavoratori con più di cinquanta anni di età che siano privi di un posto di lavoro; d) lavoratori che desiderino riprendere una attività lavorativa e che non abbiano lavorato per almeno due anni; e) donne di qualsiasi età residenti in una area geografica in cui il tasso di occupazione femminile determinato con apposito decreto del Ministro dei lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sia inferiore almeno del 20 per cento di quello maschile o in cui il tasso di disoccupazione femminile superi del 10 per cento quello maschile; f) persone riconosciute affette, ai sensi della normativa vigente, da un grave handicap fisico, mentale o psichico (art. 54, d.lgs. 276/2003).

5. Cfr., per tutti, Guarriello F. (2004), p. 130 ss. e Romagnoli U. (2003), p. 8; contra Roccella M. (2004), p. 171, che riconduce il tipo nel genere di quelli a finalità formativa "…ancorchè la formazione non sembri rivestire in questo caso un ruolo così assorbente, come quello che dovrebbe avere nel contratto di apprendistato". Secondo Gottardi D. (2004b) il contratto di inserimento è stato "risospinto" tra i contratti a finalità formativa solo per mezzo dell'accordo interconfederale 11.02.2004 e, quindi, per volontà delle parti sociali.

6. Cfr., per un commento sui contenuti dell'accordo, Gottardi D. (2004b).

per dare il via all'istituto in attesa dell'emanazione dei contratti collettivi, ha fissato in 16 ore il quantitativo minimo di formazione teorica – non si specifica se esterna o anche solo interna - che deve essere dedotto nel progetto individuale di inserimento (pacchetto minimo, beninteso, che risulta però comprensivo della formazione per la tutela della sicurezza, già dovuta *ex lege*).

Il contratto, che può avere una durata tra 9 e 18 mesi – durata massima conseguibile anche in seguito a proroga dell'originario termine[7] – non è rinnovabile tra le stesse parti, per evitare operazioni elusive. Nulla vieta, invece, la successiva conclusione di più contratti di inserimento con diversi datori di lavoro: si tratta della logica conseguenza della dichiarata finalità minimale di adattamento delle competenze a nuovi contesti.

Con tale nuovo tipo di contratto a termine – cui è applicabile, in quanto compatibile, la disciplina prevista per tale categoria di contratti dal d.lgs. 368/2001 – basato sulla definizione di un "*progetto individuale di inserimento*", da costruire secondo le indicazioni che dovranno pervenire da contratti nazionali, territoriali o aziendali, si rende più appetibile per le imprese l'assunzione delle categorie di soggetti deboli tipizzate dal legislatore, facendo leva su una notevole provvista di incentivi. Oltre a quelli economici – che coincidono con quelli già previsti per il contratto di formazione e lavoro, peraltro con esclusione della categoria dei giovani tra 18 e 29 anni – appaiono assai rilevanti i due incentivi normativi. Il primo, che si traduce in sostanziale risparmio di costi, coincide con il c.d. salario di ingresso, istituto mutuato dalla disciplina del contratto di formazione e lavoro, che consiste nella possibilità di sotto-inquadrare il lavoratore per non più di due livelli rispetto alla categoria spettante a lavoratori che svolgono mansioni corrispondenti. Il secondo consiste nel non computo degli inseriti nel novero dei dipendenti che concorrono al raggiungimento dei limiti numerici previsti per l'applicazione di determinati istituti normativi e contrattuali (incentivo sovente utilizzato dal legislatore delegato).

Insomma, lavoratori sottoinquadrati e "trasparenti"[8], a fronte di

7. La durata può estendersi fino a 36 per soggetti portatori di handicap.

8. Roccella M. (2002), definisce i lavoratori trasparenti come quei lavoratori che: "possono essere liberamente impiegati senza incidere sul numero dei dipendenti, appunto la 'soglia', al cui superamento è legata l'applicabilità di certe regole lavoristiche, ivi comprese quelle in materia di licenziamento".

un assai modesto impegno formativo (al limite assimilabile a quello comunque necessario in occasione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di un nuovo datore di lavoro) e per natura precari, con il solo limite rappresentato dall'onere di conferma di una determinata percentuale di contratti per poter continuare a ricorrere allo strumento[9].

Esaurita per brevi cenni l'analisi dei tratti essenziali del contratto di inserimento, occorre ora soffermarsi sui contenuti fondamentali del nuovo apprendistato – *rectius* dei tre apprendistati – che costituiranno il nucleo forte nell'ambito dei contratti a finalità formativa.

Non è possibile – e sarebbe forse prematuro – dar conto in questa ricognizione delle molteplici implicazioni della complessiva riforma che, peraltro, è tuttora *in fieri*, e quindi ancora non applicabile per espressa disposizione del legislatore, in attesa della regolamentazione che dovrà pervenire da Regioni e Province autonome, chiamate ad integrare il dettato della legge statale per dare contorni definiti ai profili formativi – in ossequio al nuovo riparto di competenze tra le due fonti, recentemente sancito dalla legge costituzionale n. 3/2001-. Spetterà un ruolo decisivo anche all'autonomia collettiva che dovrà determinare, in particolare, le concrete modalità di erogazione della formazione aziendale, nel rispetto degli standard fissati a livello regionale.

Sotto il profilo della disciplina normativa si segnala la presenza di un nucleo caratteristico e caratterizzante applicabile ai tre tipi che ricalca, salvo per alcuni aspetti, la disciplina previgente – anche alla luce delle indicazioni giurisprudenziali – : necessità della forma scritta; divieto di stabilire forme di compenso a cottimo; facoltà di recesso al termine del rapporto ai sensi dell'art. 2118 c.c.; divieto di recedere senza giusta causa o giustificato motivo; limiti numerici di utilizzo in ragione delle maestranze specializzate[10].

9. Per poter continuare ad assumere con contratti di inserimento, i datori devono aver mantenuto in servizio almeno il 60% dei lavoratori il cui contratto di inserimento sia venuto a scadere nei diciotto mesi precedenti. A tele fine non si computano i lavoratori che si siano dimessi, quelli licenziati per giusta causa e quelli che, al termine del rapporto di lavoro, abbiano rifiutato la proposta di rimanere in servizio con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, i contratti risolti nel corso o al termine del periodo di prova, nonché i contratti non trasformati in rapporti di lavoro a tempo indeterminato in misura pari a quattro contratti (art. 54, c. 3, d.lgs. 276.2003).

10. Si è condivisibilmente osservato che sebbene il legislatore abbia richiamato tali norme solo per i primi due tipi, deve ritenersi corretta un'estensione per analogia al

Anche il sistema degli incentivi è comune ai tre contratti di apprendistato. Sono previsti gli incentivi normativi già segnalati per il contratto di inserimento: il c.d. salario di ingresso[11] e l'esclusione degli apprendisti dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti (lavoratori "trasparenti"). Quanto agli sgravi contributivi, restano fermi gli attuali sistemi – che prevedono, come noto, la sostanziale fiscalizzazione degli oneri contributivi a carico del datore – in attesa della riforma del sistema degli incentivi all'occupazione[12]. La disciplina è invece differenziata per tutti gli aspetti non neutri rispetto al perseguimento delle diverse finalità formative cui sono preordinati i tre tipi: la fascia d'età degli apprendisti; la durata del contratto; la posizione dei principi in base ai quali la legislazione regionale regolerà i profili formativi.

Il primo tipo, finalizzato all'espletamento del diritto/dovere di istruzione e formazione, è rivolto ai giovani ed agli adolescenti che abbiano compiuto quindici anni di età. La durata, non superiore a tre anni, dovrà essere ritagliata sullo specifico percorso formativo dell'apprendista e tener conto sia del bagaglio pregresso, sia dell'obiettivo – qualifica – da conseguire[13].

Il secondo è l'apprendistato professionalizzante, finalizzato al conseguimento di una qualificazione attraverso una formazione sul lavoro e l'acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali. É rivolto ai giovani tra diciotto[14] e ventinove anni con durata variabile, fissata dai contratti collettivi nazionali e regionali, tra i due e i sei anni.

Il terzo tipo mira al conseguimento di titoli di studio di livello secondario, universitario e dell'alta formazione. Per questo tipo la legge pone una disciplina minima, limitandosi a stabilire la fascia

terzo tipo, dal momento che "l'esistenza di un nucleo comune è la sola ragione che possa spiegare il raggruppamento dei tre tipi entro un unico istituto". Varesi P.A. (2004), p. 373.

11. Cfr. art. 53, c. 1, d.lgs. 276/2003. Viene così archiviato il tradizionale sistema di computo della retribuzione per gli apprendisti, graduata dai contratti collettivi in base all'anzianità, sulla scorta del rinvio fissato dalla l. 25/1955.

12. I benefici sono mantenuti per un anno dopo l'eventuale trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato (cfr. art. 21, c. 6, l. 56/1987).

13. Cfr. art. 48, c. 2, d.lgs. 276/2003.

14. Possono essere assunti anche i diciassettenni che siano già in possesso di qualifica professionale conseguita ai sensi della legge 53/2003.

d'età (la stessa appena vista per l'apprendistato professionalizzante) e rinviando sia per la durata che per gli aspetti formativi alle Regioni (ed alle Province autonome)[15].

Siamo quindi di fronte ad una riforma *in itinere*, di un cantiere aperto, in cui sono solo poste le fondamenta per la costruzione dei tre edifici formativi che appaiono, in attesa della regolamentazione regionale, scatole da riempire di contenuti. È comunque possibile operare un primo bilancio delle linee guida tracciate dal legislatore delegato. Anche se gli esiti concreti dell'operazione non potranno che essere apprezzati a posteriori, pare da valutare con favore il tentativo di modernizzare l'istituto differenziandone taluni profili – sulla scorta delle indicazioni già emerse con l'intervento della legge 196/1997 – in ragione dei diversi tipi di apprendisti che, si è acutamente osservato[16], corrispondono in realtà a distinte figure sociali, portatrici di una domanda di formazione professionale e culturale in alcuni casi anche molto differenziate. La volontà di rivitalizzare l'apprendistato emerge anche dalla costruzione dell'istituto come parte integrante del sistema di formazione italiano, con la conseguenza di rilievo che l'apprendistato potrà costituire strumento alternativo alla formazione tradizionale. Da un lato la qualifica professionale acquisita costituisce "*credito formativo per il proseguimento nei percorsi di istruzione e formazione professionale*"[17], e può quindi rappresentare il conseguimento di un risultato formativo successivamente spendibile anche nel canale formativo tradizionale; dall'altro, con l'apprendistato alto "*per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione*", si apre la possibilità di conseguire, con tale strumento, diplomi che chiudono il secondo ciclo del sistema di istruzione o addirittura lauree di primo e secondo livello.

A fronte di tali ambiziosi obiettivi i punti critici si addensano, paradossalmente, proprio sul versante formativo, che avrebbe dovuto invece essere coerentemente e conseguentemente rafforzato rispetto alle positive indicazioni già emerse con la legge 196/1997, soprat-

15. In base all'art. 50, c. 3, d.lgs. 276/2003 tale regolamentazione deve essere assunta "in accordo con le associazioni territoriali dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro, le università e le altre istituzioni formative".

16. Cfr, Varesi P.A. (2004), p. 367.

17. Cfr. art. 51, c. 1, d.lgs. 276/2003.

tutto in tema di formazione esterna[18].

Il quadro che emerge dalla lettura dei principi direttivi cui dovrà uniformarsi la legislazione regionale, sembra invece rappresentare un passo indietro, trascurando il profilo strategico della formazione extra-aziendale. Se è certamente vero che le Regioni potranno prevedere, nell'esercizio della propria autonomia legislativa, dosi massiccie di formazione esterna, soprattutto in relazione ai contenuti professionali necessari per conseguire le qualifiche più elevate, è anche vero che si rischia una regionalizzazione della qualità formativa, con possibili conseguenze negative sulla mobilità territoriale[19].

2.3 Il nuovo part-time

Sul contratto di lavoro a tempo parziale il cambiamento di rotta rispetto al modello consegnatoci dalle precedenti previsioni legislative appare netto e tale da trasfigurare, fino a renderli difficilmente riconoscibili, i connotati tradizionali dell'istituto.

La disciplina normativa consegnataci dai recenti interventi del biennio 2000–2001 prevedeva, forse con qualche ingiustificato appesantimento per le imprese, un equilibrato *mix* di flessibilità e tutele.

La tutela più importante per il lavoratore a tempo parziale è sempre stata rappresentata dalla tendenziale intangibilità della quota parte di tempo di non lavoro – sia nel senso della sua entità che della sua collocazione – , per garantirne il miglior utilizzo in base a scelte ed esigenze personali. Esigenze che spaziano dall'integrazione del reddito con altra occupazione retribuita; al completamento di percorsi formativi scolastici e professionali; alla conciliazione del lavoro professionale con il lavoro di cura. Esigenze che spesso sono rigide, richiedendo la disponibilità di tempo di non lavoro in periodi predeterminati del giorno o della settimana. Per quanto riguarda l'aspetto della conciliazione, sia sufficiente ricordare che in tutta Europa il tipo in commento rappresenta uno degli strumenti strategici per garantire anche a chi abbia impegni familiari non

18. Cfr. le osservazioni critiche di Varesi P.A. (2004), p. 371 e di Guarriello F. (2004), p. 128 ss.

19. Sottolinea questo rischio, in particolare, Roccella M. (2004), p. 167 ss.

conciliabili con il tempo pieno – e quindi, con netta prevalenza, alle donne – l'ingresso e la permanenza nel mercato del lavoro; tanto è vero che i trattamenti peggiorativi riservati alla categoria dei *part timers* sono stati costantemente censurati dalla Corte di giustizia europea quali discriminazioni indirette di genere[20].

La salvaguardia della disponibilità del tempo di non lavoro oltre a costituire applicazione di un elementare principio di libertà, rappresenta la giustificazione stessa di un rapporto di lavoro non a tempo pieno. La Corte Costituzionale ha cristallizzato tali principi in una sentenza del 1992[21] – che pur rivestiva le forme deboli della sentenza interpretativa di rigetto –, escludendo la configurabilità nel nostro ordinamento del part time c.d. a chiamata o a comando: fattispecie ravvisabile ogniqualvolta in un contratto di lavoro ad orario ridotto lo *ius variandi* datoriale sul "quando" e sul "quanto" della prestazione lavorativa sia tale da precludere, di fatto, al lavoratore la possibilità di gestire il suo tempo impiegandolo in altre attività, impedendogli anche la possibilità di integrare il reddito fino a raggiungere le soglie minime garantite dalla Carta Costituzionale.

Dalle numerose modifiche apportate al tessuto del precedente intervento legislativo del 2000, condensate nell'art. 46 del decreto in commento, emerge il tentativo di introdurre surrettiziamente un vero e proprio potere unilaterale di variazione del "quando" e del "quanto" della prestazione lavorativa del *part timer*, sfruttando lo schermo dell'autonomia collettiva o, in alternativa, dell'autonomia individuale.

Il lavoro supplementare, istituto che incide sul "quanto" della prestazione, coincidendo con l'orario di lavoro prestato oltre l'orario dedotto in contratto, entro i limiti del tempo pieno, continua ad essere, come prima, formalmente non imponibile con un atto unilaterale. Vigente la disciplina licenziata con i provvedimenti del 2000–2001, era necessario, per il legittimo utilizzo dell'istituto, il rispetto del doppio vincolo della sussistenza di una disciplina contrattuale collettiva che ne individuasse causali; limiti e maggiorazioni (attribuendo rilievo specifico alla contrattazione collettiva, la cui assenza comportava l'applicabilità delle disposizioni legali punitive del tetto massimo di utilizzo del 10% e della maggiorazione retributiva del

20. Cfr. i rilievi di Gottardi D. (2004a), p. 103 ss.
21. Cfr. sentenza della Corte Costituzionale n. 210/1992.

50%); e della manifestazione del consenso del lavoratore interessato, la cui genuinità era garantita dal divieto assoluto di attribuire qualsiasi valenza disciplinare al rifiuto opposto.

L'intervento in commento cancella la logica del doppio vincolo sostituendola con quella del vincolo alternativo: se esiste una disciplina collettiva non è più richiesto il consenso del lavoratore; viceversa, se non esiste, può essere surrogata dal patto individuale.

Il sistema che ne deriva, pur non potendo essere condivisibile nella misura in cui altera il rapporto tra autonomia collettiva ed individuale a favore di quest'ultima, in una logica ricattatoria del sindacato, potrebbe anche sottrarsi a declaratorie di incostituzionalità se fosse comunque salvaguardata, in ultima istanza, la possibilità per il lavoratore di opporre alla richiesta della prestazione aggiuntiva un rifiuto giustificato dalla necessità di conciliazione con altri impegni rigidi, siano essi connessi a lavoro, formazione, famiglia, senza dover sopportare alcuna conseguenza.

Invece proprio sul versante sanzionatorio si gioca la costruzione di un potere unilaterale di fatto a favore del datore di lavoro: il rifiuto del *part timer* può ora costituire infrazione disciplinare. Ed anche se pare essere infrazione comunque non suscettibile di sanzione espulsiva, almeno secondo l'interpretazione preferibile che si basa sul persistente divieto di identificare nel rifiuto gli estremi del giustificato motivo di licenziamento, non è possibile minimizzarne l'evidente potere persuasivo.

Si consideri poi la nuova disciplina delle clausole elastiche e flessibili; clausole che apposte per iscritto al contratto, giustificano una variazione unilaterale a favore del datore di lavoro del "quando" (e cioè della collocazione temporale della prestazione nel part time orizzontale) o del "quanto" (e cioè una variazione in aumento della prestazione nel part time verticale o misto), in cui viene operata la stessa manovra descritta per l'orario supplementare.

Nella disciplina previgente sussisteva il doppio vincolo della disciplina collettiva e del consenso scritto del lavoratore, consenso che poteva essere revocato attraverso l'esercizio del c.d. diritto di ripensamento nel caso di eventi personali che rendessero di fatto impossibile la prestazione flessibile. Non solo: la salvaguardia della libera programmabilità del tempo, anche per i sottoscrittori di tali clausole, era garantita dalla previsione a carico del datore che volesse avvalersene, di un periodo di congruo preavviso fissato dalla legge in

10 giorni, in assenza di previsioni di contratti collettivi – "autorizzati" ad abbassarlo fino a 2 giorni a fronte di un riconoscimento economico aggiuntivo –.

Tali indicazioni sono ora tutte superate: come per il lavoro supplementare il consenso del lavoratore – divenuto ora irrevocabile stante l'integrale abrogazione del diritto di ripensamento – è necessario solo in assenza di indicazioni della contrattazione collettiva. Quanto al preavviso, l'entità minima di 2 giorni, prima conseguibile solo in seguito all'esercizio del potere derogatorio accordato all'autonomia collettiva, diventa ora l'entità normale sulla quale operare eventuali aggiustamenti in aumento.

L'inversione di rotta a favore delle esigenze imprenditoriali è resa palese da altre due correzioni. La prima deriva dalla generalizzazione del principio della computabilità dei lavoratori a tempo parziale *pro rata temporis*, attraverso la soppressione di una disposizione per cui – in ossequio alle indicazioni provenienti dal diritto comunitario[22] – tali lavoratori si computavano come unità intere ai fini dell'esercizio dei diritti connessi all'attività sindacale. La seconda deriva dalla sostanziale cancellazione del diritto del lavoratore a tempo parziale alla trasformazione del rapporto nel caso in cui il datore effettui nuove assunzioni a tempo pieno per mansioni analoghe.

In conclusione, il legislatore pare aver dimenticato le direttive della Corte Costituzionale brevemente richiamate in apertura, obliterando le descritte esigenze di tutela a favore di una flessibilità spinta, in nome dell'obiettivo, ritenuto prevalente e assorbente, del conseguimento di un più elevato tasso di partecipazione delle donne, dei giovani e dei lavoratori con età superiore ai 55 anni (art. 3, c.1, legge delega). In realtà, il mancato decollo dell'istituto nel nostro paese, si è da più parti opportunamente osservato[23], non è dipeso tanto dalle strette maglie normative, quanto dalla carenza di una adeguata cultura organizzativa. Gestire lavoratori/lavoratrici *part timers* significa per l'azienda operare una complessiva rivisitazione e l'adozione di modelli gestionali che tengano conto delle diversità personali e famigliari, raccogliendo una sfida affatto innovativa

22. Cfr. Gottardi D. (2004a), p. 109 che sottolinea il contrasto della generalizzazione del principio del *pro rata temporis* con l'ordinamento comunitario "che chiede che la rigida proporzionalità si applichi solo *dove opportuno*".

23. Cfr. le ossevazioni di Treu T. (2004), p. 11 e di Gottardi D. (2004a), p. 103 ss.

rispetto a quelle poste nell'era dell'impresa fordista.

Una riforma incentrata sulla sola liberalizzazione normativa dell'utilizzo dello strumento – nella perdurante attesa di indicazioni sugli incentivi economici – non solo presta il fianco a censure di incostituzionalità, ma rischia di raccogliere ancora pochi frutti anche dal lato della disponibilità delle imprese. Dal lato dell'offerta, l'impossibilità per i lavoratori – soprattutto per quelli con esigenze di conciliazione con altri impegni "rigidi" – di programmare il tempo di non lavoro rischia di tradursi in una rinunzia all'ingresso o alla permanenza nel mercato del lavoro, con un effetto antitetico rispetto agli invocati obiettivi occupazionali e di partecipazione delle categorie deboli sul mercato, in particolare delle donne[24].

2.4 Il lavoro intermittente

Non si può comprendere l'introduzione nel nostro ordinamento della nuova fattispecie del lavoro intermittente se non se ne hanno presenti le finalità dichiarate: l'emersione e il consolidamento in veri e propri rapporti di lavoro di prestazioni di lavoro subordinato finora relegate, da diffuse prassi aziendali, nell'area del lavoro non dichiarato o, comunque, non regolare.

La nuova fattispecie viene dunque costruita come una forma residuale, utilizzabile solo entro certi limiti, con la previsione di determinati divieti, e solo a fronte di condizioni di ammissibilità oggettive (riguardanti le prestazioni che possono costituirne oggetto) e soggettive (connesse alla situazione personale del lavoratore contraente) tipizzate dalla legge[25] con un difficile intreccio di rinvii alla contrattazione collettiva o al potere sostitutivo del Ministro del lavoro[26].

Una fattispecie in cui l'azzeramento sostanziale delle tutele tipiche del lavoro subordinato discenderebbe da una visione realistica e disincantata che imporrebbe di prendere atto dei fenomeni elusivi e di tentare di ricondurli, anche a costo di dolorosi sacrifici sul versante delle tutele e della coerenza sistematica dell'ordinamento, nell'alveo della legalità. Vediamo come.

Il lavoratore intermittente è chi "*si pone a disposizione di un da-*

24. Cfr. Gottardi D. (2004a), p. 103 ss. e Coccia N. (2003), p. 831.
25. Cfr. artt. 34, d.lgs. 276/2003.
26. Cfr. artt. 40, d.lgs. 276/2003.

tore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa", sottoscrivendo un contratto a forma scritta ai fini della prova (art. 33, d.lgs. 276/2003). L'obbligo del porsi a disposizione, peraltro, sussiste in senso forte solo nel caso in cui il lavoratore si obblighi a rispondere alla chiamata datoriale. In tal caso questi avrà diritto alla corresponsione di una indennità di disponibilità[27] esponendosi però ad una serie di sanzioni in caso di non risposta, che paiono difficilmente giustificabili alla luce dei principi costituzionali e comunque eccessive, se non proprio "intimidatorie"[28], legittimando ampiamente la definizione già proposta in dottrina di "contratto capestro"[29].

Una prima ipotesi ricorre quando la non risposta è comunicata in anticipo rispetto all'ipotetica chiamata, perché il lavoratore sa che non potrà rispondere, per "*malattia o altro evento che renda temporaneamente impossibile la risposta"*: in tal caso perde solo l'indennità per tutto il periodo di impossibilità dichiarata. Pur nel silenzio della legge, il periodo di indisponibilità pare dover essere, oltre che comunicato, anche giustificato dal lavoratore, perché altrimenti se ne dovrebbe dedurre la libertà in capo allo stesso di individuare sostanzialmente *ad libitum* momenti in cui decidere di non rispondere. In ogni caso l'imprecisa locuzione "*malattia o altro evento*", pare doversi identificare con le sole ipotesi di sospensione del rapporti di lavoro che, ex 2110 c.c., legittimerebbero la sospensione del normale rapporto di lavoro subordinato. La totale carenza di tutela in caso di impossibilità della prestazione costituisce un'applicazione del principio per cui durante la disponibilità il lavoratore "*non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati"*.

Una diversa fattispecie ricorre quando il lavoratore pur sapendo che non potrà rispondere, versando nelle situazioni appena viste, che astrattamente giustificherebbero la sospensione dell'obbligo di risposta, scelga di non comunicarlo (magari per non perdere l'indennità,

27. In base all'art. 1 del decreto ministeriale del 10.03.2004 "la misura dell'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta al lavoratore per i periodi nei quali lo stesso garantisce la disponibilità al datore di lavoro in attesa di utilizzazione, è determinata nel 20% della retribuzione prevista dal CCNL applicato".

28. In questi termini si esprime Bacchini F. (2004a), p. 254.

29. Cfr. Gottardi D. (2004a), p. 89.

confidando di non essere chiamato o sperando di guarire in fretta). In tal caso la sanzione per la non risposta è fissata dalla legge in una somma pari alla metà dell'indennità mensile (più precisamente, 15 giorni, somma che vale, si noti, "*salva diversa previsione del contratto individuale*"), cui dovrebbe aggiungersi la decurtazione per tutti i giorni successivi in cui permane l'impossibilità.

Un'ulteriore ipotesi si ha nel caso in cui la non risposta è del tutto ingiustificata: in questo caso, si è condivisibilmente sostenuto, gliene possono letteralmente capitare "di tutti i colori"[30]. Il datore infatti, fermo restando in ogni caso il sacrosanto diritto al risarcimento del danno che, per evitare problemi di prova dell'entità dello stesso, viene predeterminato nel suo ammontare dai contratti collettivi o, in assenza, dal contratto individuale – assumendo le vesti della clausola penale di cui all'art. 1382 c.c. – ha a sua scelta due possibilità alternative (o almeno così pare debba essere interpretata l'oscura disposizione di legge). O risolve il contratto per inadempimento oppure opta per la conservazione del rapporto decurtando l'indennità di disponibilità per tutto il periodo successivo all'ingiustificato rifiuto (non si capisce se il legislatore si riferisca a tutto il periodo fino ad una successiva chiamata o a tutto il periodo per il quale il prestatore dichiari di essere… ingiustificatamente impedito). Con questo la riconduzione di un rapporto di lavoro alle regole dei contratti in generale pare davvero completa (si legga la disposizione di cui all'art. 1453, c. 1, c.c. che disciplina la risoluzione del contratto per inadempimento).

Come si è detto il lavoro intermittente può però essere anche senza obbligo di risposta e quindi senza corresponsione dell'indennità: questa seconda fattispecie, se pare suscitare meno dubbi di costituzionalità sotto il profilo della possibilità di conseguire un reddito sufficiente, in quanto parrebbe consentire al lavoratore di stipulare più contratti con diversi datori anche di natura diversa (ad esempio un part time combinato con uno o più intermittenti) pare di difficile collocazione sistematica nel nostro ordinamento, in quanto sembra configurare un contratto la cui esecuzione dipenderebbe dalla mera volontà delle parti[31].

30. Romagnoli U. (2003), p. 15.

31. Si pongono in tal modo entrambi i contraenti "in una posizione prossima, se non identica, a quella del classico *pagherò se vorrò*… esempio di condizione meramente potestativa che comporta la nullità del contratto istitutivo di un rapporto

Le due tipologie di lavoro intermittente sono accomunate dal fatto che le tutele lavoristiche scaturiscono solo per i periodi di lavoro, periodi del tutto casuali nell'*an* e nel *quantum,* alimentando i dubbi di costituzionalità del nuovo tipo contrattuale (assimilabile all'ipotesi più estrema di part time a chiamata: ti chiamerò se vorrò e per il tempo che vorrò[32]).

Altri aspetti pur interessanti non possono essere oggetto di esame compiuto in questa sede meramente ricognitoria (come ad esempio la terza fattispecie di lavoro intermittente, già efficacemente definita come "*disponibilità a intermittenza determinata*"[33] in quanto riguarda solo periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno, in cui pare che anche a fronte della disponibilità a rispondere alla chiamata, rimanga aleatoria la corresponsione della relativa indennità, che scatterebbe solo a fronte dell'effettiva chiamata/risposta).

Per concludere, pur tenendo conto delle condivisibili finalità dichiarate dal legislatore, e già indicate in apertura, pare comunque potersi fondatamente dubitare della legittimità costituzionale dell'assetto di interessi prefigurato dal legislatore per la nuova fattispecie. Non solo: la nuova disciplina rischia di non conseguire, o di conseguire solo a metà le finalità di emersione delle prestazioni di lavoro finora relegate nell'area del lavoro sommerso o irregolare e di offrire lo schermo a nuove operazioni elusive. Questo perché se è possibile – e sicuramente auspicabile – l'emersione di nuovi rapporti di lavoro prima completamente nell'ombra (sebbene *sub specie* di lavoro intermittente) è anche possibile che, in assenza di adeguati controlli, le risposte alle chiamate dichiarate possano essere inferiori rispetto alle prestazioni effettivamente rese, prestazioni che potranno continuare ad essere regolate fuori busta.

2.5 Il lavoro condiviso

Le difficoltà nel sciogliere i numerosi dubbi suscitati dalle norme del decreto delegato che ha trasposto con gli artt. 41-45 le scarne in-

la cui esecuzione dipende dalla mera volontà dell'obbligato (art. 1355 c.c.)" Romagnoli U. (2003), p. 16.

32. Cfr. i rilievi di Romagnoli U. (2003), p. 14.

33. Così Bacchini F. (2004a), p. 249.

dicazioni della legge delega sul lavoro ripartito hanno già suscitato una miriade di interpretazioni e di letture differenziate su aspetti anche decisivi della disciplina.

In questa sede ci si limiterà a fornire solo alcune indicazioni e spunti, cercando di fornire primi rudimenti per una migliore comprensione del nuovo tipo contrattuale. Come è noto, non si tratta di tipo assolutamente inedito nel panorama lavoristico italiano: pur nel silenzio del legislatore risultava già disciplinato in una ventina di contratti collettivi nazionali, anche sulla scorta di un riconoscimento in via amministrativa ad opera della circolare ministeriale n. 43 del 1998. La legge delega n. 30/2003 opportunamente inseriva tra i criteri direttivi l'ammissibilità di prestazioni ripartite fra due o più lavoratori, obbligati in solido nei confronti di un datore di lavoro, per l'esecuzione di un'unica prestazione lavorativa, preludendo ad una opportuna disciplina di fonte normativa della fattispecie.

L'art. 41 del decreto 276 esordisce con una definizione che si scosta sensibilmente dalla definizione del legislatore delegante: "*il contratto di lavoro ripartito è uno speciale contratto di lavoro mediante il quale due lavoratori assumono in solido l'adempimento di una unica e identica obbligazione lavorativa*". E' stato subito osservato che la ripartizione della prestazione dedotta in contratto tra "due lavoratori" e non "due o più", come suggeriva la legge 30, oltre ad offrire il fianco a censure in ordine al rispetto del principio di delega, rappresenta novità che rischia di tradursi in un ingiustificato limite alla diffusione dell'istituto[34]. Se infatti tale tipologia di lavoro subordinato è astrattamente suscettibile di rappresentare strumento potenzialmente idoneo a saldare le esigenze datoriali alla continuità della prestazione con quelle dei lavoratori ad entrare e permanere nel mercato del lavoro attraverso la conciliazione tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro, lo scopo rischia di essere frustrato se l'impossibilità ad adempiere dell'uno si traduce inevitabilmente in obbligo di risposta dell'unico altro coobbligato.

L'essenza dell'obbligazione solidale risiede infatti nella possibi-

34. Cfr. Gottardi D. (2004a), p. 98: "Nella versione definitiva del decreto la ripartizione potrà avvenire solo tra due lavoratori, con una modificazione rilevante: sotto il profilo formale, perché comporta una violazione del principio di delega; sotto il profilo sostanziale, perché riduce i margini di interscambiabilità tra i lavoratori, rendendo più vincolante l'assunzione dell'obbligazione solidale ad effettuare la prestazione lavorativa".

lità per il creditore/datore di ottenere l'intera prestazione da uno dei condebitori/lavoratori, con la precisazione che nel *job sharing* la scelta non spetta al datore, ma ai lavoratori, che ripartiranno discrezionalmente i tempi di lavoro in base ad accordi privati. Se quindi i coobbligati non possono essere più di due, l'impossibilità dell'uno – anche giustificata, ad esempio da malattia o addirittura necessitata, come per le ferie – si traduce automaticamente in obbligo di adempimento integrale da parte dell'altro. E tale obbligo non può nemmeno essere adempiuto attraverso l'offerta della prestazione di un terzo estraneo al rapporto obbligatorio, stante l'espresso divieto legale, superabile solo per graziosa concessione datoriale.

La disposizione più discutibile e discussa – fino ad ipotizzarne l'inapplicabilità –, è quella posta per disciplinare i casi di impossibilità di entrambi i lavoratori per causa ad essi non imputabile. Ancora una volta viene richiamata una disposizione del diritto che governa le obbligazioni in generale, l'art. 1256, che prevede, per quanto interessa in questa sede, l'estinzione dell'obbligazione qualora l'impossibilità perduri fino a quando "*in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto… il creditore non abbia più interesse a conseguirla*". Pur nell'impossibilità di fornire risposte certe, pare difficilmente sostenibile che da tale incomprensibile rinvio possa derivare la disapplicazione dell'art. 2110 c.c. che prevede, in tali ipotesi, la conservazione del posto fino al superamento del periodo di comporto e il diritto a percepire la retribuzione o un'indennità. E non perché il tenore letterale non deponga in tal senso, ma nella misura in cui tale interpretazione sarebbe costituzionalmente inaccettabile[35].

Per quanto riguarda l'aspetto economico e normativo è sancito il principio di parità di trattamento rispetto a quello riservato al lavoratore subordinato "normale" di pari livello a parità di mansioni svolte. Il trattamento retributivo, previdenziale o assicurativo sarà riproporzionato e commisurato in relazione alla prestazione effettivamente eseguita.

Se quanto si è sopra detto sulla necessaria applicabilità dell'art. 2110 c.c. è vero, l'unico onere delle parti pare dover essere quello di certificare le assenze, stabilendo settimanalmente il quadro del riparto delle presenze. Adempiuto l'onere ciascun coobbligato dovreb-

35. In termini analoghi, vedi Bacchini F. (2004b), p. 290 ss.

be avere il diritto di godere dei relativi trattamenti previsti dalla legge e dai contratti collettivi in caso di sospensione del rapporto di lavoro, anche nel caso di contestuale legittimo impedimento dei due *partner*. Ma i condizionali e gli interrogativi rispetto all'ottimistica ricostruzione offerta sono davvero troppi, sebbene la contrattazione collettiva possa chiarire molto (con il vincolo del rispetto delle previsioni contenute nel presente capo) e sebbene molte norme abbiano natura dispositiva e siano quindi derogabili da patti dalle tre parti coinvolte – auspicabilmente più chiari delle disposizioni normative –. Ma chi cerca lavoro di coppia – e non dimentichiamoci che si tratta di prestazioni fungibili quindi tendenzialmente poco qualificate – avrà potere contrattuale e competenze tali da poter proporre al datore varianti migliorative?

2.6 Il lavoro a progetto

Nella rassegna dell'anno scorso, in sede di disamina dei principi di delega per la riforma dell'area delle collaborazioni – di cui si fornivano altresì coordinate essenziali della disciplina esistente[36] –, e di prima individuazione dei connotati della nuova figura del lavoro a progetto, venivano evidenziati alcuni aspetti rilevanti cui il legislatore delegato avrebbe dovuto fornire contorni precisi: il rapporto tra il progetto e le ipotesi di sospensione giustificata della prestazione di lavoro – soprattutto quelle prolungate – e la reale portata della prevista estensione delle tutele a favore dei nuovi collaboratori[37]. In questa sede ci si limiterà ad una rapida verifica dell'attuazione della delega su tali profili.

Come è noto, il dibattito successivo all'emanazione del decreto delegato si è concentrato soprattutto sulla nozione di "*progetto, programma o fase di esso*", la cui vaghezza e imprecisione non consentono di formulare indicazioni sufficientemente precise sul significato giuridico, dando adito alle interpretazioni più disparate – estremamente late o restrittive –, tutte provviste di più o meno solidi appigli

36. In sintesi il collaboratore coordinato e continuativo godeva e tuttora gode, anche *sub specie* di lavoratore a progetto, delle seguenti tutele: processo del lavoro; tutela economica della maternità (*ex* art. 64, d.lgs. 151/2001); assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (*ex* art. 5, d.lgs. 38/2000); indennità economica di malattia, in caso di degenza ospedaliera (*ex* art. 51, c. 1, l. 488/1999).

37. Cfr. Gottardi (2003a), p. 143-144.

letterali[38]. Con buona pace delle esigenze di certezza del diritto, invocate soprattutto dalle imprese[39], che cercheranno delle rassicurazioni, secondo un'unanime previsione, attraverso un massiccio ricorso allo strumento della certificazione[40]. In ogni caso è necessario che nel contratto, stipulato in forma scritta, appaia tale contenuto, con la conseguenza che il lavoratore a progetto avrà perlomeno la possibilità di verificare la coerenza tra quanto dedotto in contratto e la prestazione effettivamente richiesta ed erogata, anche in vista di impugnazioni giudiziali.

La riconduzione della prestazione al "*progetto, programma o fase di esso*" – qualunque sia il significato che si preferisca attribuire – parrebbe dover comunque comportare lo spostamento del baricentro della prestazione dall'attività lavorativa svolta nell'unità di tempo al conseguimento di un determinato obiettivo produttivo e, quindi, dal fattore "tempo" al fattore "risultato", con tutte le conseguenze che ciò comporta.

Il progetto, coerentemente a tale disegno, essendo per sua natura definito, dovrà essere ultimato entro un certo termine, determinato o anche solo determinabile, con esclusione delle collaborazioni continuative a tempo indeterminato, discutibilmente escluse a priori dal novero delle possibili collaborazioni genuine[41]. Il lavoro a progetto dovrebbe quindi correlarsi alla sostanziale irrilevanza del tempo di lavoro – a meno che non sia correlato alla realizzazione del risultato produttivo dedotto in contratto, ad esempio in caso di necessità di monitorare un fenomeno in un determinato arco temporale per trarne risultati – e, per converso, alla rilevanza del tempo inteso come durata del contratto, in alcuni casi rigida e non prorogabile, come nel caso in cui vi siano dei termini di consegna dei risultati del progetto, che siano essenziali per l'utilità dell'incarico conferito (ad esempio necessità di predisporre una relazione in vista di una riunione

38. Cfr. per una sintetica ricostruzione delle differenti interpretazioni proposte, De Luca Tamajo R. (2003), 14.

39. Vedi Bortone (2004), p. 144.

40. Non si è esitato ad affermare che la "certificazione costituirà *l'habitat* pressochè obbligato del contratto a progetto", Nogler L. (2003), p. 28.

41. De Luca Tamajo R. (2003), p. 19, osserva in merito che: "…la preoccupazione antielusiva approda a risultati eccessivi, poiché non è infrequente rinvenire rapporti di lavoro genuinamente coordinato che postulano una soddisfazione stabile ed ininterrotta dei rispettivi interessi delle parti, rispetto ai quali rapporti la temporaneità imposta dal legislatore è penalizzante o invita ad aggiramenti".

assembleare prefissata o di inserire la fase di progetto in un progetto più ampio in cui debbono inserirsi, a scadenze prefissate, altri contributi).

La difficoltà di inserire, in questo contesto, tutele di carattere generale ancorate alle ipotesi di impossibilità temporanea delle prestazione, si sono tradotte, nel testo del decreto delegato, in norme alquanto contraddittorie, con l'introduzione, rispetto al passato, di una soglia di diritti davvero minimale.

Si è introdotto un limitato periodo di irrecedibilità – o, se si preferisce, di comporto – "*senza erogazione del corrispettivo*", nei casi di malattia e infortunio, al termine del quale il committente potrà senz'altro recedere e quindi anche se, in ipotesi, il risultato progettato fosse comunque ancora conseguibile[42]. La sospensione, coerentemente con la logica del progetto, non comporta una proroga di eguale durata del termine finale – che può essere, per quanto detto, rigido e, quindi, non prorogabile, pena l'inutilità del risultato finale –, a meno che le parti non lo pattuiscano espressamente, e lo potranno fare solo quando il termine finale è elastico e i connessi ritardi non incidano sul persistente interesse della committenza a veder realizzato il progetto. Solo per il caso di gravidanza il legislatore, con disposizione inderogabile *in pejus*, fissa, oltre alla sospensione, una proroga di 180 giorni. Un committente scrupoloso, pertanto, sarà portato a valutare con estrema attenzione l'affidamento di incarichi a donne in età fertile per progetti con scadenza rigida, perché rischia di dover accettare uno slittamento di sei mesi del termine che renderebbe inutile il conseguimento del progetto[43].

Si segnala infine che la sospensione della erogazione del corrispettivo – correlata alle tre ipotesi di sospensione – è evidentemente impossibile nell'ipotesi in cui questo sia fissato non in ragione dell'unità di tempo di lavoro ma in ragione del risultato avuto presente dalle parti.

Dal quadro sommariamente tratteggiato pare emergere un tipo

42. Cfr. art. 66, c. 2, seconda parte: "Il committente può comunque recedere dal contratto se la sospensione si protrae per un periodo superiore a un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contratti di durata determinabile".

43. L'ostacolo sarebbe forse aggirabile, secondo una ricostruzione prospettata da parte della dottrina, con una rinunzia preventiva "assistita", ex art. 68, del diritto alla proroga, possibile in sede di certificazione del rapporto. Vedi però sul punto i rilievi critici che seguono nel testo.

contrattuale che ha come modello di riferimento una collaborazione in cui il corrispettivo rimane strettamente ancorato alla quantità di lavoro, tradizionalmente intesa come tempo messo a disposizione del committente/datore e in cui le ipotesi di sospensione del rapporto sembrano incidere, a ben vedere, non tanto sulla conseguibilità di un progetto, ma solo sulla fiducia nel futuro corretto adempimento della prestazione. Fiducia che può venir meno, giustificando il recesso, quando l'impedimento si protrae oltre certi limiti ritenuti accettabili dal committente.

L'ambiguità della riconduzione delle – *rectius* di buona parte delle – collaborazioni[44] ad un progetto emerge anche dalla disciplina prevista in caso di estinzione del contratto.

Se infatti pare superflua la precisazione – peraltro terminologicamente scorretta – che tali contratti si risolvono al momento del corretto adempimento dell'incarico, e, tutto sommato, condivisibile anche se curiosa[45] quella per cui il recesso *ante tempus* debba essere assistito da giusta causa, non è ben chiaro come possa coordinarsi con un contratto a termine la previsione pattizia di un preavviso. Tutto si spiega se si considera che le norme sulla fase estintiva sono meramente dispositive e che le parti sono quindi libere di stabilire come meglio credono "*causali e modalità*", derogando anche *in pejus* al nucleo minimo di garanzie previsto e quindi anche alla necessità della sussistenza di una giusta causa (che, si rammenta, si realizza, in base alla definizione del codice civile, solo quando il fatto sopravvenuto "*non consenta la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto" ex* art. 2119 c.c.).

44. Vi sono infatti numerose esclusioni dal campo di applicazione del lavoro a progetto, per le quali si potranno continuare a stipulare vecchi contratti co.co.co. Cfr. art. 61, c. 3: "Sono escluse dal campo di applicazione del presente capo le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, esistenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, nonché i rapporti e le attività di collaborazione coordinata e continuativa comunque rese e utilizzate a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciute dal C.O.N.I., come individuate e disciplinate dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289. Sono altresì esclusi dal campo di applicazione del presente capo i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e i partecipanti a collegi e commissioni, nonché coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia".

45. "Curiosa" nella misura in cui si importa una nozione tipica del licenziamento individuale nel rapporto di lavoro subordinato in un'area in cui si dovrebbe semmai ragionare con le categorie civilistiche del grave inadempimento.

Si segnala infine che, oltre ai richiamati diritti connessi alle ipotesi di sospensione del rapporto, il decreto delegato ha opportunamente inserito altre garanzie, soprattutto sul versante del trattamento economico e dell'adempimento degli obblighi di sicurezza. Il corrispettivo deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro svolto[46]; mentre sul piano della prevenzione è prevista l'applicabilità della legge "626" quando la prestazione di lavoro si svolga nei luoghi di lavoro del committente[47]. Il lavoratore a progetto ha altresì il diritto di essere riconosciuto autore dell'invenzione fatta nello svolgimento del rapporto[48]. In ogni caso, tutti i descritti diritti[49] possono essere "*oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro*"[50]: formulazione che ha fatto ipotizzare, almeno da parte della dottrina, la possibilità di una rinunzia preventiva in sede di certificazione del rapporto; interpretazione che parrebbe da non condividersi se il riferimento a "*rinunzie e transazioni*" dovesse intendersi – come dovrebbe sempre essere in un testo di legge – in senso tecnico e, quindi, riguardare solo diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore[51].

3. Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento di ramo d'azienda

3.1 Premessa

Si consideri ora il gruppo di articoli da 20 a 32 del decreto in esame, contenuti parte nel Titolo III, rubricato "*somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*"; e parte nel Titolo IV, rubricato "*disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento d'azienda*".

46. Cfr art. 63, d.lgs. 276/2003.
47. Cfr art. 66, c. 4, d.lgs. 276/2003.
48. Cfr art. 65, d.lgs. 276/2003.
49. In base all'interpretazione preferibile dovrebbero intendersi rinunziabili o transigibili i soli diritti introdotti *ex novo* dal decreto delegato e non anche i diritti che discendano dall'applicazione di normative pregresse richiamate dall'art. 66.
50. Cfr. art. 68, d.lgs. 276/2003.
51. Cfr. De Luca Tamajo (2003), p. 23 e Magnani M., Spataro S. (2004), p. 422.

La trattazione unitaria di tali disposizioni è giustificata sia per la coerenza di un'identica *ratio* ispiratrice, sia per la contiguità strutturale degli istituti che vi si trovano disciplinati.

Per quanto riguarda i moventi che hanno indotto il legislatore ad una profonda rivisitazione del mercato del lavoro interno alle imprese – nozione in cui si possono ricomprendere, in via di prima approssimazione, il ventaglio delle possibilità di utilizzo indiretto di lavoratori attraverso contratti commerciali[52] –, questi si possono ricondurre alla pretesa di voler garantire alle imprese italiane una continua, e possibilmente indolore, transizione tra diverse formule organizzative. Più precisamente, per garantire una transizione dai modelli organizzativi riconducibili all'integrazione verticale tipica dell'era fordista, ai nuovi moduli riconducibili all'impresa snella e flessibile.

L'impresa attuale, si è detto, tende a manifestarsi sempre più con i caratteri di una "*tenda da campeggio*"[53] facile da smontare e rimontare in diversi luoghi e fogge, in base alle mutevoli necessità imprenditoriali dettate dalle temperie del mercato. La massiccia dose di flessibilità introdotta con le nuove tipologie contrattuali (vedi *supra*), non è stata ritenuta sufficiente a garantire tale transizione, nella misura in cui i lavoratori assunti ricorrendo ai descritti schemi contrattuali sono comunque subordinati e, quindi, tendenzialmente portatori della provvista – anche se più o meno saccheggiata – delle tutele legate alla subordinazione, *in primis* quelle dirette a limitare l'esercizio del potere di licenziamento.

Per garantire l'affermazione del nuovo modello di impresa e per agevolare i processi di metamorfosi e di adattamento continuo della struttura organizzativa alle fasi cicliche del mercato, viene ora fornito un nutrito strumentario, che comprende l'agevolazione di operazioni "in uscita" (ovvero operazioni di *outsourcing* o esternalizzazione, indicando con tali termini l'espulsione di un determinato segmento del processo produttivo) e di operazioni "in entrata" dai confini dell'impresa. Queste ultime possono essere in alcuni casi strettamente connesse alle prime e allora assumono anche la denominazione di operazioni di *insourcing* o di internalizzazione,

52. Cfr. Romagnoli U. (2003), p. 27 ss. L'A. riconduce alla nozione "mercato del lavoro interno alle imprese" i seguenti istituti: somministrazione, appalto e distacco.

53. Metafora riportata da Romagnoli U. (2003), p. 27 e da Zilio Grandi G. (2004), p. 69.

termini che esprimono la riacquisizione del segmento esternalizzato in virtù dell'instaurazione di un vincolo obbligatorio di natura commerciale con il cessionario dell'attività ceduta.

Il risultato di modulare i confini dell'impresa – da sempre possibile entro i limiti legali, in ossequio alla libertà di iniziativa economica privata – viene ora reso più facilmente ottenibile attraverso la stipulazione di contratti con terze economie e l'applicazione del diritto che li governa, quello commerciale, piuttosto che attraverso contratti di lavoro subordinato. Si ottiene così la disapplicazione delle tutele lavoristiche, particolarmente rigide e quindi sgradite alle imprese in particolare nella fase espulsiva.

Per confini dell'impresa si possono intendere, in un'ottica lavoristica, i contratti di lavoro subordinato stipulati dall'imprenditore con i propri dipendenti (siano essi a tempo determinato o indeterminato, *full timers* o *part timers*, *job sharers*, *workers on call* etc.). In tale prospettiva, le operazioni in uscita dai confini coincidono con le scelte imprenditoriali che pur riguardando direttamente il dimensionamento e la conformazione delle attività produttive (quanto, come, dove e se produrre), si traducono nei fatti in una espulsione di una quota di rapporti di lavoro subordinato (quelli inerenti all'attività cui si rinuncia o che si conserva con modalità differenti). Tale scelta può tradursi o in un licenziamento collettivo o in un trasferimento di ramo d'azienda. Nel primo caso vi sarà una mera dismissione dell'attività ritenuta ormai estranea agli obiettivi dell'impresa accompagnata, qualora ne ricorrano i presupposti applicativi, dalla procedimentalizzazione dei poteri datoriali e dalla partecipazione dell'impresa ai costi per le ricadute sociali della scelta effettuata. Nel secondo caso, invece, vi sarà la cessione a terzi dei rapporti di lavoro che continueranno senza soluzione di continuità con il datore subentrante.

In quest'ultima ipotesi può talora verificarsi una uguale e contraria operazione in entrata dell'attività prima ceduta, detta anche internalizzazione, che comporta la riappropriazione del risultato dell'attività produttiva ceduta, attraverso gli strumenti del contratto di appalto o del contratto di somministrazione di lavoro (su cui vedi più in dettaglio *infra*).

Il legislatore ha operato su entrambi i fronti.

Per un verso, ha agevolato la possibilità di scorporare pezzi di impresa con i relativi dipendenti coinvolti; per altro verso ha molti-

plicato il ventaglio delle forme di legittimo ricorso al mercato per ottenere un utilizzo – più o meno – indiretto di lavoratori, rivisitando profondamente le principali forme di integrazione contrattuale tra imprese rivolte a tale scopo (fornitura di lavoro e appalto).

L'intervento ha riguardato entrambi i movimenti del pendolo – metafora che ben si attaglia ai casi in cui l'esternalizzazione rappresenta il preludio di un'internalizzazione – comprendendo sia la revisione della nozione di ramo d'azienda sia la revisione delle fattispecie interpositorie tradizionali, con una azione di regolamento dei confini all'interno delle aree di liceità (binomio fornitura di lavoro legittima–appalto genuino) e di illiceità, riconducibili alla sfera della interposizione vietata (binomio fornitura di lavoro illecito–pseudo appalto).

3.2 Somministrazione di lavoro

La prima formula impiegata è quella della somministrazione di lavoro che si accompagna sistematicamente alla riforma della fattispecie – e della relativa disciplina – del lavoro negli appalti e all'abrogazione della storica legge sul divieto di interposizione di manodopera (l. 1369/1960, abrogata *ex* art. 85, c. 1, lett. *c*).

La legge del 1960 ha resistito ben quattro decenni, traghettando pressoché inalterato fino ai giorni nostri il principio cardine per cui è illegittimo utilizzare il lavoro altrui attraverso lo schermo di un soggetto meramente interposto (caporale) che assuma dei lavoratori al solo fine di inviarli a terzi imprenditori cui procaccia mera manodopera. Il divieto opera sia nel caso in cui l'interposto si limiti ad inviare i lavoratori nell'organizzazione produttiva dell'interponente che ne dirige le prestazioni (semplice fornitura di manodopera), sia nel caso – talora di più problematica individuazione – in cui l'interposto assuma le vesti di pseudo-appaltatore e cioè diriga le prestazioni di lavoro senza però recare l'apporto organizzativo e materiale necessario e senza l'assunzione del rischio di impresa, cioè senza essere portatore di quella che è stata efficacemente descritta come "*soglia minima di imprenditorialità*"[54] (casi di pseudo-appalto).

La legge del 1960 poneva quindi un divieto assoluto in ordine alla

54. L'epressione è di Del Punta R. (1995), p. 634.

fattispecie di fornitura di manodopera e circondava di rigorose cautele l'utilizzo fra imprese del contratto civilistico di appalto, ponendo una presunzione di illegittimità per i casi in cui l'appaltatore utilizzasse capitali, macchine ed attrezzature del committente, ritenendo non ravvisabile un'organizzazione ad impresa da parte di chi utilizza, per l'esecuzione dell'appalto, propri dipendenti ma elementi materiali altrui.

Prima della riforma licenziata dal governo, entrambe le fattispecie sommariamente descritte avevano già conosciuto una notevole evoluzione: la prima di natura legislativa, la seconda di stampo giurisprudenziale. La prima breccia legislativa nel muro del divieto assoluto di fornitura di manodopera risale al c.d. Pacchetto Treu (l. 196/1997) che ha introdotto il c.d. lavoro temporaneo legittimando la scissione controllata tra titolarità formale e utilizzazione dei lavoratori, mantenendo peraltro inalterata la legge sul divieto di interposizione, rispetto alla quale si poneva quale ipotesi di eccezionale deroga circondata da una serie di cautele e garanzie.

Con il lavoro temporaneo diventa possibile per un'impresa – anche se per le sole imprese di fornitura di lavoro temporaneo che, in possesso dei rigorosi requisiti legali, si iscrivino ad apposito albo, con il vincolo dell'oggetto sociale esclusivo per tale attività – inviare ad altre imprese-clienti propri dipendenti, affinchè siano da esse inseriti ed utilizzati nella propria organizzazione imprenditoriale. Ne consegue un rapporto trilatero in cui impresa fornitrice ed impresa utilizzatrice risultano legate da un contratto di natura commerciale; impresa fornitrice e lavoratore legati da un contratto di lavoro; impresa utilizzatrice e lavoratore legati da un peculiare rapporto regolato dalla legge sulla cui natura la dottrina si è affaticata non poco. Vi è quindi un contratto di lavoro che intercorre con chi non utilizza la prestazione: chi utilizza la prestazione ne è legittimato in forza di un contratto di natura commerciale.

L'introduzione della somministrazione rappresenta, nonostante il significativo antecedente rappresentato dal lavoro temporaneo di cui ricalca la struttura trilatera, un decisivo colpo inferto al principio generale del divieto di interposizione del quale – caducata la legge che lo contemplava – diventa ora più difficile rintracciare la reale portata precettiva[55].

55. Cfr. in merito, le considerazioni di Del Punta R. (2004), p. 162: "…il divieto

Le novità più appariscenti riguardano il superamento del principio della necessaria temporaneità della fornitura di lavoro con lo sdoppiamento delle fattispecie in fornitura e tempo determinato e a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*) e l'ampliamento delle causali che giustificano il ricorso alla fattispecie già esistente. Le imprese potranno, d'ora in poi, ricorrere ad altre imprese – ora agenzie per il lavoro di somministrazione, su cui vedi *supra, sub 1.2* – anziché stipulare singoli contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato[56]. Ma potranno ricorrervi anche per organizzare stabilmente, con lo *staff* inviato, determinati servizi per l'impresa – di cui la legge fornisce un generoso elenco [57] –, servizi che continueranno però a gestire e a dirigere in piena autonomia.

In casi limite è addirittura ipotizzabile che nuove imprese possano sorgere utilizzando solo lavoratori somministrati, con l'effetto di sostituzione integrale tra contratti di lavoro e contratti commerciali[58].

La forma più classica di utilizzazione indiretta di lavoratori subisce quindi una profonda mutazione genetica: da strumento eccezionale per copertura temporanea di posizioni organizzative rese necessarie da contingenze tipizzate dalla legge, a strumento ordinario di organizzazione dell'attività lavorativa. Dal lato dei lavoratori il mutamento può tradursi nella trasformazione della fattispecie da sostituto funzionale di periodo di prova lungo, rivolto all'inserimento stabile nell'organizzazione dell'utilizzatore (espressamente garantito, nonostante il possibile conflitto di interesse con la società di fornitura, con la sanzione di nullità di patti contrari), a forma di occupazione stabile alle dipendenze dell'Agenzia (che può ora scegliere di indirettamente fidelizzare i dipendenti attraverso

generale di interposizione, pur formalmente non più contemplato dalla nuova normativa, e pur eroso in misura crescente dall'ulteriore *espansione* della somministrazione di manodopera, è sostanzialemente sopravvissuto…".

56. Secondo Speziale V. (2004), p. 55, "si assiste ad un processo nel quale il rapporto previsto dall'art. 2094 c.c., quale strumento con il quale procurarsi lavoro, viene sostituito da un contratto di diritto civile che regola le relazioni tra imprese, in cui una *affitta* manodopera ad un'altra".

57. Cfr. art. 20, c. 3, d.lgs. 276/2003.

58. Cfr. art. 20, c. 3, lett. g che prevede l'utilizzo dello staff leasing anche: " per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali".

pattuizioni che vincolano l'impresa utilizzatrice)[59]. Se infatti l'assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato era possibile anche in base alla disciplina della legge del 1997, la combinazione di esso era comunque necessariamente con periodi di invio temporanei. Ora, le ipotesi di utilizzo della somministrazione si moltiplicano, è infatti possibile, come in passato, che il lavoratore "somministrato" sia assunto a tempo indeterminato per essere inviato presso clienti in diverse e successive missioni temporanee, o a tempo determinato per espletare missioni temporanee che rispecchino, nella durata, quella del contratto di lavoro.

D'ora in poi sarà però anche possibile che il lavoratore somministrato sia assunto a tempo indeterminato per missioni a tempo indefinito. Ma è stata ipotizzata anche la suggestiva possibilità di invii di lavoratori assunti a termine per missioni a tempo indefinito, missioni che potrebbero poi essere onorate con la reiterazione del contratto a termine; con la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto; o con la sostituzione di altri somministrati[60].

La seconda rilevante novità discende dalla possibilità di ricorrere con margini di libertà superiori rispetto al passato alla somministrazione a tempo determinato, ora senz'altro legittima "*a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore*" superando il principio del *numerus clausus* delle causali giustificative e rendendo di fatto sempre utilizzabile lo strumento con l'unico argine rappresentato dai limiti quantitativi fissati dai contratti collettivi (ricalcando la ri-regolazione a tutela delle esigenze imprenditoriali già consumata con il d.lgs. 368/2001 in tema di contratto a termine).

Già da tali brevi osservazioni emerge chiaramente come l'introduzione del nuovo istituto della somministrazione rappresenti un decisivo ampliamento del legittimo ricorso alla fornitura di lavoro altrui. In ogni caso, appare ancora uno strumento di flessibilità nella gestione del fattore lavoro che non dovrebbe potersi tradurre in risparmio di costi a danno del trattamento complessivo dei lavoratori

59. Cfr. le osservazioni di Carinci M.T. (2004): "La finalità della somministrazione di lavoro altrui, se riguardata dalla prospettiva del lavoratore, è ormai conclusa in se stessa: creare occasioni di lavoro".

60. Ciò sulla base del rilievo che il contratto di somministrazione deve indicare soltanto il *numero* dei lavoratori da somministrare (art. 21, c. 1, lett. b), e non anche i loro nomi. Del Punta R. (2004), p. 189.

coinvolti. E' stato infatti riconfermato il principio della parità di trattamento economico e retributivo che deve ora essere "*complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore a parità di mansioni svolte*" (con il limite rappresentato dalle situazioni in cui non siano rintracciabili in azienda le mansioni svolte dal somministrato: la mancanza di un parametro di riferimento oggettivo potrebbe agevolare pratiche elusive). Infine è stato riconfermato il principio della responsabilità solidale a garanzia dell'erogazione dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali. L'apparato sanzionatorio contempla ancora, a fronte di utilizzi *contra legem*, tra le altre, la sanzione civile forte della trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore[61].

3.3 Il lavoro negli appalti

Si osservava nel paragrafo precedente che la legge del 1960 già prima dell'intervento normativo qui in commento aveva subito, oltre alla vistosa deroga legislativa dell'interposizione "*brevettata*" (anche così definita in dottrina[62], all'indomani della riforma del Pacchetto Treu), una rivisitazione continua ad opera della giurisprudenza che si è affaticata non poco soprattutto alla ricerca dei "confini" di liceità dell'utilizzo dello strumento dell'appalto per distinguere l'impiego dei lavoratori in appalti genuini o in pseudo appalti.

Pur riconfermando la valenza di principio inderogabile del divieto di interposizione che opera in senso oggettivo a prescindere dall'intento fraudolento delle imprese coinvolte nell'operazione, la giurisprudenza ha preso atto della necessità di adattare lo spirito della legge alle mutate condizioni del tessuto economico, sociale e produttivo, con una progressiva attenuazione del rigore interpretativo originario. In particolare ha riconosciuto l'emersione di nuovi tipi di vere imprese che sono tali pur non impiegando, nell'esecuzione di determinati appalti, elementi materiali rilevanti, appalti in cui, di fatto, il corretto adempimento veniva conseguito attraverso il mero invio di personale qualificato, e comunque senza l'impiego di elementi materiali rilevanti (macchine e attrezzature).

61. Cfr. art. 27, c.1, d.lgs. 276/2003.
62. Cfr. Suppiej, 1998.

È quanto accaduto nel caso degli appalti informatici, per i quali si è riconosciuta la legittimità dell'invio da parte di *software houses* di propri dipendenti dalle stesse coordinati e diretti, ad operare direttamente sulle strutture *hardware* presenti presso le imprese clienti.

La legittimità di tali appalti, nonostante l'apparente utilizzo delle "macchine e attrezzature" del committente, è stata riconosciuta ravvisando la sussistenza di una reale organizzazione ad impresa impiegata nell'appalto anche laddove tale organizzazione sia composta da personale e da beni immateriali (c.d. *know how*).

Si era così superata l'interpretazione del requisito della "*organizzazione dei mezzi*" come organizzazione di mezzi necessariamente materiali. In ogni caso, si trattava di un doveroso adeguamento dovuto all'emersione di nuove genuine forme di collaborazione tra imprese, in cui, accanto a imprese pesanti, cioè dotate di macchine e attrezzature, si affacciavano sempre più frequentemente imprese leggere o dematerializzate. Tali imprese potevano risultare, alla prova dei fatti, vere imprese, in quanto portatrici di rilevante capitale immateriale; dotate di una propria consistenza organizzativa; e portatrici del tipico rischio di impresa nell'esecuzione di particolari contratti commerciali con le imprese clienti.

Alla luce di tale evoluzione giurisprudenziale si erano allargate le maglie entro cui ricondurre le fattispecie di appalto genuino: rimaneva comunque necessaria la presenza di un vero appaltatore che impiegasse la propria organizzazione imprenditoriale (pesante o leggera, a seconda della natura del contratto) con assunzione del relativo rischio.

In esito alla descritta elaborazione giurisprudenziale si era quindi individuato nella sussistenza di un genuino imprenditore che impegna la propria reale organizzazione nell'appalto (leggera o pesante che sia a seconda della natura dell'incarico) con assunzione del relativo rischio, l'elemento decisivo ai fini del giudizio sulla sussistenza di un legittimo contratto di appalto.

L'art. 29, c. 1 del decreto in commento contiene una nuova nozione di appalto genuino ai fini lavoristici richiamando i requisiti classici dell'appalto civilistico: assunzione del rischio ed organizzazione dei mezzi, con la puntualizzazione che l'organizzazione dei mezzi necessari "*può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati*

nell'appalto". Coordinando tale disposizione con l'abrogazione della legge del 1960 che conteneva la presunzione di illiceità dell'appalto nel caso in cui l'appaltatore utilizzasse *"capitali macchine ed attrezzature"* del committente – presunzione la cui portata è stata ridimensionata dalla giurisprudenza, ma solo a fronte di determinati appalti "a bassa intensità organizzativa" – ne esce un quadro normativo differente che, nella misura in cui azzera i vecchi requisiti legali degli appalti genuini, riconducendoli, in buona sostanza, alla disciplina codicistica *ex* art. 1655 c.c., pare restringere sensibilmente l'area dell'interposizione vietata.

Il riferimento testuale alle "*esigenze*", in particolare, sembra voler evocare una valutazione soggettiva da parte dei soggetti contraenti, e non rappresentare un riferimento oggettivo cui ancorare il giudizio, anche se sarà determinante, al riguardo, l'atteggiamento della giurisprudenza. Così come sarà determinante verificare le indicazioni che dovrebbero pervenire dal Ministero del Lavoro chiamato ad adottare, con decreto, "*codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore*"[63].

In definitiva, non appare del tutto scontato, allo stato, l'ottimistico giudizio di quanti hanno ravvisato senz'altro, già nel tenore letterale delle disposizioni di cui all'art. 29, il consolidamento dei risultati già raggiunti dalla giurisprudenza[64]; anche se è del tutto auspicabile che sia condivisa tale lettura e che si continui a fondare il giudizio in ordine alla genuinità dell'appalto in base alla verifica concreta della sussistenza di un imprenditore che impiega la propria reale organizzazione.

Ed anche se i Giudici non saranno più vincolati, d'ora in poi,

63. Cfr. art. 84, c. 2 che poneva il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto.

64. Cfr., in particolare, Del Punta R. (2004), p. 170. Secondo l'A., "il legislatore delegato non ha inventato nulla di nuovo, ma si è limitato a tradurre normativamente i criteri già elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina formatesi sulla legge n. 1369/1960". Vedi anche Carinci M.T. (2004), p. 14: "si tratta, a ben vedere, anche in questo caso, della semplice traduzione normativa di quel consolidato – e condivisibile – orientamento giurisprudenziale… secondo il quale in tutti i casi in cui l'organizzazione dell'appaltatore si riduce sostanzialmente alla organizzazione del lavoro… è l'esistenza di quest'ultima che il giudice deve verificare".

all'accertamento della titolarità dei mezzi materiali, tale circostanza potrà e dovrà essere considerata ai fini del giudizio quale elemento indiziario di una scarsa organizzazione, giustificabile solo in relazione agli appalti a *"bassa intensità organizzativa"*, e ad *"alta intensità di lavoro"* (ad es. pulizia, facchinaggio etc.).

Oltre alla ri-definizione dei confini degli appalti legittimi, la cui reale portata è oggetto di dibattito e che dovrà essere chiarita dalle prime esperienze applicative, il legislatore ha operato una ri-modulazione – al ribasso – delle tutele dei lavoratori impiegati negli appalti medesimi, che risulta più immediatamente percepibile nelle sue dimensioni. L'unica tradizionale tutela codicistica prevista in generale per chi lavora negli appalti è quella recata dall'art. 1676 c.c. che accorda ad essi azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda. Si tratta di una forma di responsabilità solidale assai debole e limitata, una sorta di garanzia minima e residuale, che rischia di essere nella maggior parte dei casi inutilizzabile per riscuotere i crediti di lavoro maturati nell'esecuzione dell'appalto.

La legge 1369 del 1960 introdusse – oltre al divieto di interposizione di cui si è detto – una disciplina innovativa riservata agli appalti "*endoaziendali*", ossia agli appalti interni all'azienda non in senso topografico ma funzionale, valorizzandone l'inerenza al ciclo produttivo tipico dell'impresa. Per tale categoria di appalti fu sostituita alla scarna tutela codicistica un regime assai più favorevole. L'operazione fu quella di intervenire sul regime delle convenienze ad appaltare servizi o segmenti del processo produttivo, impedendo che il ricorso all'appalto rispondesse ad una mera esigenza di contenimento del costo del lavoro anziché a reali esigenze tecniche ed organizzative. Per conseguire tale risultato si pose la regola della parità di trattamento sia retributivo che normativo con i dipendenti del committente e un regime di responsabilità solidale generalizzato – a tali trattamenti e ai relativi contributi – estendendo ad un anno dalla cessazione dell'appalto il diritto di azionarla.

Il d.lgs. 276/2003 ha abrogato tali disposizioni, eliminando la regola della parità di trattamento e ri-posizionando la sfera di applicazione della responsabilità solidale, con un'operazione di cui appare difficilmente intelleggibile la *ratio*.

La responsabilità solidale – che può essere azionata entro un anno

dalla cessazione dell'appalto – opererà d'ora in poi solo a favore dei lavoratori impiegati in appalti di servizi (a prescindere quindi dalla natura interna od esterna dell'appalto, distinzione che perde qualsiasi rilievo a fini legali) per la corresponsione dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali dovuti. Ma c'è di più: se l'appalto di servizi è stipulato con il cessionario di un ramo d'azienda del committente, che ora utilizza quel ramo per l'esecuzione dell'appalto, torna ad operare il regime di solidarietà debole previsto dall'art. 1676. Regime la cui sfera di applicazione torna ad essere tutt'altro che residuale (valendo per tutti gli appalti di opere e per gli appalti di servizi stipulati in seguito ad operazioni di esternalizzazione: c.d operazioni di internalizzazione, sui cui vedi *infra*, § 5).

Dalle indicazioni che si sono brevemente tracciate emerge un riposizionamento dei confini dell'area della legittima utilizzazione indiretta dei lavoratori rispetto all'assetto *ante* riforma. L'espansione di tale area, dovuta sia all'ampliamento delle ipotesi riconducibili alla fornitura di lavoro altrui, sia alla revisione dei requisiti di liceità degli appalti, non ha tuttavia eliminato l'area dell'interposizione illecita, cui debbono essere tendenzialmente ricondotte tutte le fattispecie spurie non riconducibili ai descritti tipi legali (sia forniture di manodopera non riconducibili alla somministrazione che pseudo-appalti), sanzionate sia civilmente che penalmente[65].

L'elemento di maggior impatto rispetto al passato appare allora essere il nuovo assetto delle convenienze che deriva dalla nuova disciplina dei due principali strumenti contrattuali volti all'utilizzazione indiretta dei lavoratori. In particolare, pare che l'abbassamento delle tutele dei lavoratori impiegati negli appalti, dovuto principalmente all'eliminazione della regola della parità di trattamento, possa avere due effetti immediati. Il primo si traduce in incentivo economico al ricorso ad operazioni di *outsourcing* o di esternalizzazione con contestuale internalizzazione, operazioni che vengono ora anche normativamente agevolate attraverso l'approntamento di una nuova nozione di ramo d'azienda (su cui vedi *infra*).

Il secondo è quello di rendere sconveniente, e probabilmente marginale, il ricorso allo *staff leasing,* con ogni probabilità più co-

65. Per le sanzioni penali e amministrative, cfr. art. 18, 19 e 28 d.lgs. 276/2003; per le sanzioni civili, cfr. art. 27.

stoso (per la regola della parità di trattamento e per il compenso dovuto all'Agenzia) rispetto agli appalti di servizi[66].

3.4 Il distacco

Il comando o distacco, istituto tipico del pubblico impiego, in cui si trova disciplinato già nel Testo Unico del 1957, ha costituito per lungo tempo nel settore privato strumento il cui utilizzo è stato ritenuto legittimo dalla giurisprudenza, a fronte del perdurante silenzio del legislatore (salvo alcuni interventi a carattere non generale), subordinatamente alla ricorrenza di determinati requisiti.

La fattispecie ricorre quando un datore di lavoro (c.d. distaccante) invii un lavoratore subordinato a rendere la prestazione presso e alle dipendenze di un'impresa terza (c.d. distaccataria). È evidente che, anche in questo caso, ci si trova di fronte ad un rapporto trilatero e, quindi, di fronte al rischio di ricadere in una fattispecie interpositoria vietata dalla legge del 1960 sopra esaminata. Il distaccante potrebbe assumere le vesti dell'interposto caporale ed il distaccatario, quale fruitore finale delle prestazioni di lavoro altrui, quelle dell'interponente.

L'elaborazione giurisprudenziale ha superato lo scoglio del generale divieto di interposizione costruendo la figura di distacco legittimo attorno al requisito dell'interesse del distaccante: finchè perdura un apprezzabile interesse a veder resa la prestazione presso il terzo, l'invio è legittimo. L'ulteriore ricorrente riferimento alla temporaneità del distacco risultava essere costruito, a ben vedere, come un corollario del principio della permanente sussistenza dell'interesse, che può giustificare distacchi molto lunghi e in ipotesi coincidenti con tutto il rapporto di lavoro.

Il decreto in commento fornisce per la prima volta una nozione legale di carattere generale della figura del distacco[67], costruendola attorno ai due requisiti cardine già enucleati dalla giurisprudenza.

66. Condivide questo giudizio Del punta R., (2004), p. 175: "E perché un'impresa utilizzatrice dovrebbe orientarsi verso lo staff leasing, quando potrà continuare a far ricorso ad appalti di servizi, ad un costo probabilmente minore?". Vedi anche le osservazioni di Carinci M.T. (2004): "La pericolosa strada segnata dal d.lgs. è quella della concorrenza al ribasso nel trattamento riconosciuto ai lavoratori impiegati nelle due forme di esternalizzazione".

67. Cfr. art. 30, c. 1, d.lgs. 276/2003.

Fornisce altresì una – scarna e, in buona parte, oscura – disciplina nel caso in cui l'istituto comporti oltre al mutamento del soggetto cui deve essere resa la prestazione lavorativa, anche un "*mutamento delle mansioni*" e/o un "*trasferimento*" a più di 50 km rispetto al luogo originario.

Nel primo caso si rende necessario il consenso del lavoratore il quale, a quanto pare, potrà d'ora in poi opporre il proprio rifiuto anche nel caso in cui la proposta di attribuzione di nuove mansioni presso il distaccatario sia astrattamente riconducibile alla sfera delle espressioni legittime di esercizio del potere di *ius variandi*.

Se quindi la mobilità orizzontale – ovvero fra mansioni equivalenti – connessa ad episodi di distacco appare preclusa in assenza della adesione dell'interessato, si deve comunque condividere l'opinione di chi ha correttamente ritenuto superfluo il consenso nel caso in cui le mutate condizioni di lavoro presso il terzo non implichino reali mutamenti sostanziali, ma coincidano con diverse modalità di svolgimento della medesima prestazione lavorativa (come capiterà nella maggioranza dei casi)[68].

Pare irrilevante l'indicazione fornita in merito dalla circolare ministeriale n. 3 del 2004 per cui il consenso "*vale a ratificare l'equivalenza delle mansioni laddove il mutamento di esse, pur non comportando un demansionamento, implichi una riduzione e/o specializzazione dell'attività effettivamente svolta, inerente al patrimonio professionale del lavoratore stesso"*. Pur evocando suggestioni potenzialmente pericolose, il valore di ratifica che si pretenderebbe di attribuire al consenso appare del tutto privo di significato giuridico: se infatti il lavoratore, ad una più attenta valutazione a posteriori – dal momento che la proposta di distacco con variazione di mansioni, per quanto dettagliata, difficilmente potrà dar conto dell'effettivo contenuto delle nuove funzioni – si accorgesse che la nuova prestazione di lavoro riveste contenuti obiettivamente demansionanti rispetto alle mansioni di partenza, non vi è dubbio che potrebbe ottenere dal giudice una conforme pronuncia giudiziale.

In conclusione, appare fondata l'opinione[69] per cui il requisito del consenso si possa tradurre in un irrigidimento dell'utilizzo

68. Cfr. Del Punta R. (2004), p. 178.

69. Cfr. Del Punta R. (2004), p. 177, che parla di "inatteso scatto di rigidità rispetto all'elaborazione giurisprudenziale".

dell'istituto, almeno rispetto agli indirizzi espressi dalla giurisprudenza più recente che, rivedendo orientamenti più risalenti, si era uniformata nel ritenere la volontà del lavoratore sostanzialmente estranea alla vicenda.

Nel caso del trasferimento a più di 50 km sono richieste "*comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive*". In questo caso la circolare citata si è affrettata a chiarire che, in tali ipotesi, non si applica la disciplina del trasferimento (come pure pareva bizzarramente suggerire il legislatore), senza però dare indicazioni sul rapporto tra l'interesse che deve sussistere in tutte le ipotesi di distacco e le ragioni che giustificano il distacco lontano. Pare preferibile ritenere che la ragioni debbano essere diverse ed ulteriori e che coincidano con quelle costantemente richieste dalla giurisprudenza ai fini del giudizio di legittimità dell'utilizzo dell'istituto del trasferimento di cui all'art. 2103 c.c.

3.5 La nuova nozione di trasferimento di ramo d'azienda

Si è già accennato in apertura che l'istituto del trasferimento di ramo d'azienda può costituire uno dei mezzi per determinare l'uscita dall'impresa dell'attività cui lo stesso era funzionalizzato e, conseguentemente, dei rapporti di lavoro che, per essere connessi al suo funzionamento, ne costituiscono parte integrante (in questo senso si tratta dello strumento più utilizzato, soprattutto negli ultimi anni, per realizzare operazioni di esternalizzazione).

Si tratta di un'applicazione particolare del principio generale – anche di derivazione comunitaria, e su questo tema l'intreccio tra fonti interne e comunitarie[70] di rango sia legislativo che giurisprudenziale è di importanza decisiva, e meriterebbe disamina ben più approfondita – per cui i rapporti di lavoro debbono rimanere "insensibili" al mutamento della titolarità giuridica dell'azienda, attraverso la garanzia della continuazione del rapporto con il cessionario e la responsabilità solidale per i crediti di lavoro. L'evidente *ratio* di tutela per cui il lavoratore ha diritto, nel caso di cessioni totali, a

70. Cfr. Direttiva comunitaria 14 febbraio 1977, n. 77/187, ampiamente modificata dalla direttiva 29 giugno 1998, n. 98/50/Ce, ora abrogata e sostituita dalla direttiva 12 marzo 2001, n. 2001/23/Ce che si è limitata, senza apportare innovazioni, a riscrivere le due direttive precedenti per rendere più chiaramente intelligibile la normativa vigente.

continuare la propria prestazione di lavoro a prescindere dalla titolarità dell'organizzazione aziendale in cui è inserito, appare assai sfumata nel caso di cessioni parziali, per le quali si è assistito, secondo una condivisibile e diffusa opinione[71], ad un vero e proprio fenomeno di eterogenesi dei fini (da strumento di tutela dei lavoratori a ombrello giuridico per manovre di esternalizzazione).

Per effetto di trasferimenti parziali non vi è la continuazione dell'attività dell'impresa unitariamente considerata da parte di un nuovo imprenditore, ma lo scorporo di un pezzo funzionalmente e organizzativamente autonomo di impresa, che può coincidere con un determinato segmento del processo produttivo o con un servizio per l'impresa, che viene ceduto a terzi.

Ciò comporta la sopravvivenza dell'impresa madre e dell'originario datore di lavoro, datore che cede solo i beni e la quota di rapporti giuridici ricollegabili al ramo ceduto.

L'interesse dei lavoratori coinvolti a rimanere presso la cedente dipende dal fatto che il trasferimento parziale non è affatto neutro né quanto alle garanzie della conservazione del posto di lavoro nel medio-lungo periodo – che dipende dalla diversa solidità delle imprese coinvolte – né rispetto alle tutele e ai trattamenti applicabili presso il cessionario, che possono mutare anche radicalmente (si pensi ai differenti regimi di tutela in caso di licenziamento illegittimo).

La lettura dei numerosi precedenti giurisprudenziali conferma che vi è un interesse dei lavoratori coinvolti a rimanere presso il cedente, interesse che può essere garantito solo se il Giudice riconosca che l'operazione concreta non sia riconducibile alla fattispecie astratta trasferimento di ramo d'azienda ma ad una cessione di beni e di plurimi rapporti giuridici (fra i quali, *in primis*, quelli che li lega ai dipendenti, spesso i non graditi) di fatto privi di un minimo collante organizzativo che li renda funzionali al perseguimento di un autonomo risultato produttivo.

Se infatti non vi è ramo d'azienda vi è, di fatto, una cessione di più contratti di lavoro in cui è imprescindibile, ai sensi dell'art. 1406 c.c., il consenso del singolo contraente ceduto e quindi del singolo titolare di contratto di lavoro.

Appare quindi evidente l'importanza di definire contorni sufficientemente netti per una fattispecie cui sono riconnessi effetti inde-

71. Cfr., per tutti, Zilio Grandi G. (2004), p. 75.

rogabili che escludono la libertà di scelta del lavoratore interessato, operando un serio regolamento di confini tra i due istituti (la terza via, che si tradurrebbe in mera dismissione dell'attività, sarebbe quella dell'espulsione del personale divenuto esuberante, per le vie a maglie strette del recesso datoriale, che può manifestarsi nelle forme del licenziamento plurimo o collettivo).

Già legittimato dalla giurisprudenza a condizione che il ramo replicasse in tutto e per tutto, salvo per le ridotte dimensioni, una parte di azienda funzionalmente autonoma – "*piccola azienda*", nel linguaggio ricorrente della più recenti sentenze della Suprema Corte – l'istituto della cessione di parte d'azienda è stato legislativamente regolato con un intervento normativo del 2001, che ha fornito una definizione sostanzialmente in linea con i risultati cui era pervenuta la giurisprudenza[72]. In base alle indicazioni del d.lgs. 18/2001 era tale "*l'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*".

Il decreto in esame contiene invece la seguente definizione di ramo d'azienda: "*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*".

Sebbene appaia prematura la valutazione della reale portata delle modifiche apportate, che sarà chiarita dalle pronunce giurisprudenziali che inevitabilmente continueranno ad occuparsi della spinosa questione, è possibile abbozzare una prima analisi dei requisiti oggi richiesti per l'individuazione della nozione di ramo d'azienda, la cui cessione comporti l'applicazione della norma inderogabile di cui all'art. 2112 c.c..

Iniziando dagli elementi rimasti immutati: l'articolazione funzionalmente autonoma dell'attività economica oggetto del trasferimento deve ancora essere "*organizzata*". E ciò non è poco: secondo un'autorevole opinione[73] il requisito dell'*organizzazione* potrebbe

72. Cfr. Cester C. (2004), p. 255, anche per i riferimenti giurisprudenziali.

73. Cfr. Romei R. (2003), p. 65: "L'esistenza di un nesso organizzativo all'interno del segmento trasferito già di per sé esclude che possa integrare gli estremi di un trasferimento di azienda la cessione di un fascio di rapporti di lavoro tra loro poco o nulla collegati, ovvero la cessione di segmenti organizzativi non idonei allo svolgimento di un'attività economica". Pur ammettendo che le parti del negozio, in base alla nuova normativa hanno "più ampie facoltà di manovra", sottolinea il significato di garanzia del requisito dell'attività organizzata anche Cester C. (2004),

addirittura costituire la leva fondamentale per ridimensionare fortemente i timori, suscitati dalla modifica legislativa, di una totale liberalizzazione delle esternalizzazioni. L'organizzazione richiederebbe infatti, per essere positivamente accertata, un'indagine approfondita sulla stabile finalizzazione dei singoli elementi dell'articolazione ad una autonoma attività di impresa. Finalizzazione che non potrebbe essere costruita a tavolino dai *partners* della cessione al momento della stessa. Lettura che sembrerebbe invece suggerire l'infelice inciso "*identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*".

In ogni caso pare indubbio che cancellare il requisito della preesistenza, e della conservazione della identità, possa dar adito a letture che limitino il sindacato giurisdizionale relativo alla sulla sussistenza di un ramo genuino al momento puntale della scelta della cessione, senza poter estendere la verifica alla "storia" dell'articolazione di impresa – in senso bidirezionale: verso il passato e verso il futuro – come richiederebbe invece la giurisprudenza costante della Corte di giustizia europea.

Si potrebbe allora ipotizzare che sia ancora necessaria l'individuazione obiettiva di un ramo d'azienda che abbia gli stessi crismi di prima (autonomia ed organizzazione) con preclusione della possibilità per la parti di un'identificazione meramente soggettiva, ma che tali elementi siano suscettibili di una verifica giudiziale solo puntuale e quindi monca, in quanto privata di una visione prospettica.

4. Il nuovo diritto antidiscriminatorio[74].

I decreti legislativi 215 e 216 del 9 luglio 2003 recepiscono nel nostro ordinamento, rispettivamente, la direttiva 2000/43/CE e la direttiva 2000/78/CE. Le discriminazioni di cui si occupa la prima direttiva ed ora, nel nostro ordinamento, il decreto n. 215 sono quelle

p. 266 ss.: la frazione d'azienda deve "comunque possedere una oggettiva, autonoma funzionalità intesa come realizzazione di uno scopo".

74. Su queste tematiche vedi ora il numero monografico de il *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 3-4, 2003, che reca il titolo: "Il nuovo diritto antidiscriminatorio".

per motivi razziali ed etnici[75]. La seconda direttiva e, nel nostro ordinamento, il relativo decreto n. 216, si occupano di altri fattori di discriminazione: la religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età e l'orientamento sessuale. Questa seconda normativa comunitaria, destinata ad incorporare tendenzialmente tutte (o quasi) le discriminazioni diverse da quelle cui è dedicata apposita disciplina, ovvero quelle di genere e quelle di razza e di origine etnica, viene anche chiamata, nel linguaggio corrente *"direttiva altre discriminazioni"*.

Pare indispensabile, anche in questa sede di sintetica rassegna delle innovazioni recate dalla trasposizione, tracciare un quadro delle disposizioni di rango europeo e interno dedicate alla lotta contro i diversi possibili fattori di discriminazione.

É noto che la tutela antidiscriminatoria e le azioni positive sono nate nell'ordinamento statunitense nei confronti di gruppi differenziati sulla base della razza. In Europa, invece, il primo intervento ha riguardato, nel 1976 (Direttiva 76/207/CE), la parità di trattamento tra uomini e donne; normativa che ha portato in Italia alle due leggi del 1977 e del 1991 (la legge 903 del 1977 e la legge 125/1991, come novellata dal d.lgs. 196/2000). Ancora, nell'ordinamento interno, sono state introdotte norme in tema di discriminazioni di razza, soprattutto con il testo unico immigrazione del 1998. La garanzia della parità di trattamento, in applicazione del principio costituzionale di parità formale e sostanziale, è stata introdotta in altri settori della disciplina del lavoro, come, ad esempio, nella regolamentazione dello svolgimento del rapporto di lavoro da parte dei disabili.

Le due direttive ora trasposte nel nostro ordinamento sono state adottate nel 2000: quella sulla razza in giugno, quella su altre discriminazioni in novembre. É del 2002 la direttiva che modifica la direttiva del 1976 sulla parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, che ha costituito l'intervento iniziale in tema di diritto antidiscriminatorio.

É interessante osservare come l'adozione delle tre direttive, nel

75. Il riferimento alla "razza" contenuto nella direttiva n. 2000/43 non comporta affatto l'accettazione, come si legge nel 6° considerando, delle "teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte".

biennio 2000-2002, prenda le mosse proprio dalla direttiva sulle discriminazioni di razza e origine etnica – la prima in ordine cronologico –, in un certo senso ripercorrendo le tappe del modello statunitense e invertendo la scansione interna[76]. Così, il fattore razziale diventa anche in Europa il paradigma sul quale costruire nozioni e tutele volte a contrastare i fattori altri e il fattore genere, rivisto nel 2002 alla luce degli altri due interventi. Ne consegue che le disposizioni sui diversi motivi di discriminazione – razza e origine etnica, genere, altri fattori – pur raccolte in tre direttive diverse ed autonome, risultano sempre più omogenee, con possibili ripercussioni nel nostro ordinamento, che sembrava aver trovato, nel frattempo, un assestamento almeno sul piano delle garanzie formali (per poter effettuare delle valutazioni precise occorrerà tuttavia attendere il recepimento della direttiva 2002/73/CE)[77].

Spostando ora l'attenzione sull'oggetto specifico di queste note, è assai agevole verificare dalla lettura delle direttive e dei decreti 215 e 216 che molte disposizioni risultano pressoché identiche. Ciò appare già dalle nozioni di discriminazione accolte. Si ha discriminazione diretta quando – per uno dei fattori indicati – "*una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga"* (artt. 2, c.1, lett. a, d.lgs. 215/2003 e n. 216/2003). La discriminazione indiretta ricorre quando "*una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere* [i soggetti a rischio] *in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone"* (artt. 2, c.1, lett. b, d.lgs. 215/2003 e n. 216/2003). I due decreti considerano, come discriminazioni, anche l'ordine di discriminare e le molestie, definite come quei "*comportamenti indesiderati posti in essere per uno dei motivi vietati dai decreti, aventi lo scopo e l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo"* (artt. 2, c. 3 e 4, d.lgs. 215/2003 e n. 216/2003). Per la prima volta entra nel nostro ordinamento, per questa via, una nozione di molestie.

Per quanto riguarda il campo di applicazione, entrambi i decreti si

76. Cfr. Gottardi D., (2003b).

77. Cfr. Gottardi D., (2003b), che segnala in particolare il rischio che si possa aprire definitivamente la strada alla possibilità di "giustificare" discriminazioni dirette di genere.

applicano a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato e riguarda l'ambito del lavoro sul versante individuale e collettivo. Le aree considerate sul versante individuale sono: l'accesso all'occupazione; lo svolgimento del rapporto di lavoro; le condizioni di licenziamento; l'orientamento e la formazione professionale. Sul versante collettivo il riferimento è all'affiliazione e all'attività nell'ambito di organizzazioni sindacali di datori di lavoro e dei lavoratori.

La normativa europea ed interna sulle discriminazioni di razza e di origine etnica ha un'estensione più ampia, in quanto abbraccia anche le aree della protezione sociale, inclusa la sicurezza sociale; dell'assistenza sanitaria; delle prestazioni sociali; dell'istruzione; dell'accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio[78].

Si segnala che sono espressamente escluse le differenze basate sulla nazionalità, fattore che spesso costituisce, nei fatti, un ricorrente motivo di discriminazione. Rimangono dunque ferme tutte le disposizioni nazionali relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso al lavoro degli immigrati extracomunitari.

Il principio di parità di trattamento, enunciato dai due decreti in via generale, soffre numerose eccezioni. Comune ad entrambi i decreti è quella per cui le differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse ai fattori discriminatori enunciati, non costituiscono atti di discriminazione – sia diretta che indiretta – qualora "*per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima*", sempre che siano rispettati i principi "*di proporzionalità e ragionevolezza*". In entrambe le discipline vi è poi un'eccezione generale al divieto di discriminazione indiretta: non sono discriminatorie quelle differenze di trattamento che "*pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari*" (art. 3, c. 4, d.lgs. 215/2003; art. 3, c. 6, d.lgs. 216/2003).

Il pacchetto delle eccezioni è più corposo nel decreto di attuazione della *"direttiva altre discriminazioni"*. Si segnala quella relativa alle c.d. organizzazioni di tendenza – che, peraltro, conferma

78. Cfr. art. 3, c. 1, d.lgs. 215/2003.

l'assetto giuridico esistente –, alle quali è consentito praticare "*differenze di trattamento…che siano giustificate oggettivamente da finalità legittime e perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari*" (art. 3, c. 5, d.lgs. 216/2003). La disposizione che ha suscitato le maggiori critiche da parte di numerose associazioni è quella che sancisce "*la legittimità di atti diretti all'esclusione dallo svolgimento di attività lavorativa che riguardi la cura, l'assistenza, l'istruzione e l'educazione di soggetti minorenni nei confronti di coloro che siano stati condannati in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minorile"*. Si è subito osservato, anche in dottrina, che risulta del tutto incomprensibile il collegamento con le tematiche antidiscriminatorie[79]: in effetti il decreto ribadisce una situazione già disciplinata dall'ordinamento giuridico "*rischiando invece, e proprio nella sede in cui si introduce una barriera contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, di radicare l'idea che l'orientamento sessuale ricomprenda comportamenti sessuali quali la pedofilia"* [80].

Sul versante processuale va segnalato che l'integrazione dell'elenco dei motivi discriminatori di cui all'art. 15 St. Lav. con i riferimenti ad handicap, età, orientamento sessuale o convinzioni personali, comporta la possibilità di ottenere in giudizio la dichiarazione di nullità di qualsiasi atto o patto discriminatorio per uno dei fattori censurati dai due decreti.

Nella costruzione del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti è evidente l'omologazione ad un modello unitario: l'art. 4 di entrambi i decreti prevede, in apertura, che la tutela si svolga nelle forme dell'azione civile contro la discriminazione prevista dal testo unico immigrazione (art. 44 t.u. immigrazione). Tuttavia, nei commi successivi, vengono disciplinati specifici profili, introducendo un'apposita e rinnovata disciplina in relazione al tentativo di conciliazione; all'onere della prova; alla possibilità, da parte del Giudice, di ordinare un "*piano di rimozione delle discriminazioni accertate"*; alle modalità di determinazione della liquidazione del danno in caso di ritorsione; alla eventuale pubblicazione della sentenza; alla conferma della giurisdizione del Giudice amministrativo. Ci si limita a segnalare che la valorizzazione delle prove presuntive non è stata

79. Così Ghera E. (2003), p. 9.
80. Gottardi D. (2003b), p. 41.

estesa sino al punto di riconoscere il principio della parziale inversione dell'onere della prova – negli stessi termini in cui opera nell'area delle discriminazioni di genere, come invece richiederebbero espressamente l'art. 10 della Direttiva 2000/78/CE e l'art. 8 della Direttiva 2000/43/CE –.

Si segnala infine che è stata prevista, a fronte di discriminazioni collettive, un'azione esercitabile dalle "*rappresentanze locali delle organizzazioni nazionali maggiormente rappresentative a livello nazionale*" nel caso delle discriminazioni di cui al d.lgs. 216; mentre, quando si tratti di discriminazioni dovuta a motivi razziali o di origine etnica, la legittimazione ad agire è riconosciuta alle "*associazioni e gli enti inseriti in apposito elenco approvato con decreto*" dei ministri del lavoro e delle pari opportunità.

Rispetto alle indicazioni delle due direttive manca nei decreti legislativi la parte sulla promozione delle azioni positive – anche se il legislatore comunitario si limita ad assicurarne la legittimità, senza imporne l'adozione – e la parte sull'adozione di misure adeguate "*per incoraggiare il dialogo tra le parti sociali*" e il dialogo "*con le competenti organizzazioni non governative*". É stato invece accolto l'invito – ineludibile, vista la formulazione della disposizione comunitaria contenuta nell'art. 13 della Direttiva 2000/43 –, di istituire un "*organismo per la promozione della parità di trattamento di tutte le persone senza discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica*"[81].

Degno di nota, infine, risulta essere l'esplicito riferimento, contenuto nelle disposizioni iniziali che delimitano l'oggetto dei due decreti, "*al diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini*". Si introduce così, anche nel nostro ordinamento, il concetto di discriminazione multipla o incrociata, che si verifica quando ad un fattore di discriminazione se ne sovrap-

81. Cfr. art. 7, d.lgs. 215/2003: "È istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le pari opportunità un ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza o sull'origine etnica, con funzioni di controllo e garanzia delle parità di trattamento e dell'operatività degli strumenti di tutela, avente il compito di svolgere, in modo autonomo e imparziale, attività di promozione della parità e di rimozione di qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla razza o sull'origine etnica, anche in un'ottica che tenga conto del diverso impatto che le stesse discriminazioni possono avere su donne e uomini, nonché dell'esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso".

pone un altro, creando un effetto negativo di intensità esponenziale[82].

Si osservi tuttavia che, allo stato, viene attribuito rilievo legale non a qualsiasi incrocio tra due o più fattori di discriminazione, ma solo alla sovrapposizione di uno dei fattori enunciati dai decreti al fattore genere.

Riferimenti bibliografici

AA. VV. (2004), *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano.

Bacchini F. (2004a), "Il lavoro intermittente a chiamata o *job on call*", in AA. VV. (2004).

Bacchini F. (2004b) "Lavoro ripartito o *job sharing*", in AA.VV. (2004).

Bortone R. (2004) "Il lavoro parasubordinato", in Bortone R. et al. (2004).

Bortone R., Damiano D., Gottardi D. (a cura di) (2004), *Lavori e precarietà*, Editori Riuniti, Roma.

Carinci M.T. (2004), "La somministrazione di lavoro altrui", in Carinci M.T., Cester C. (2004).

Carinci M.T., Cester C. (2004), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, 276, Vol. II.

Cester C. (2004), "Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?", in Carinci M.T., Cester C. (2004).

Coccia N. (2003), "Le modifiche al regime del part-time: l'art. 46 D. Lgs. 276/03", in *D & L – Rivista critica di diritto del lavoro*, 4.

De Luca Tamajo R. (2003), "Dal lavoro subordinato al lavoro *a progetto*", WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" N. 25/2003, in www.lex.unict.it.

Del Punta R. (1995), "Appalto di manodopera e subordinazione", in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 4.

Del Punta R. (2004), "La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro", in AA. VV. (2004).

82. Sul tema delle discriminazioni multiple o incrociate, vedi Gottardi D. (2003c).

Dell'Olio M. (2004), "Il contratto di inserimento", in AA. VV. (2004).

Ghera E., (2004), *Diritto del lavoro, Appendice di aggiornamento al 31dicembre 2003*, Cacucci, Bari.

Gottardi D. (2003a), "La legislazione del lavoro", in Veneto Lavoro (a cura di), *Il mercato del lavoro nel Veneto. Tendenze e politiche. Rapporto 2003*, Franco Angeli, Milano.

Gottardi D. (2003b), "Discriminazioni sul luogo di lavoro: recepita la direttiva comunitaria", in *Guida al lavoro*, 34.

Gottardi D. (2003c), "Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni", in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 3-4.

Gottardi D. (2004a), "I contratti con orario flessibile (lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale)", in Bortone R. et al. (2004).

Gottardi D. (2004b), "L'accordo interconfederale sul contratto di inserimento", in *Contratti & contrattazione collettiva*, 3, ed. Il Sole 24 Ore - Pirola.

Guarriello F. (2004), "I contratti formativi (apprendistato e contratto di inserimento)", in Bortone R. et al. (2004).

Magnani M, Spataro S. (2004), "Il lavoro a progetto", in AA.VV. (2004).

Nogler (2003), "La certificazione dei contratti di lavoro", WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" N. 23/2003, in www.lex.unict.it.

Roccella M. (2002), "Tutto sull'art. 18", in *La rivista del manifesto*, 27.

Roccella M. (2004), *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.

Romagnoli U. (2003), *Radiografia di una riforma*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna.

Romei R. (2003), "Azienda, impresa, trasferimento", in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1.

Speziale V. (2004), "L'intermediazione nell'uso della forza lavoro (somministrazione ed appalto di manodopera)", in Bortone R. et al. (2004).

Suppiej (1998), "L'interposizione brevettata", in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1.

Treu T. (2004), "La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni", in AA.VV. (2004).

Varesi P.A. (2004), "Principi, criteri e linee guida per la costruzione del nuovo apprendistato" in AA. VV. (2004).

Zilio Grandi G. (2004), "Il trasferimento d'azienda e i fenomeni di esternalizzazione", in Bortone R. et al. (2004).