

Quaderni di giurisprudenza del lavoro

gennaio-giugno 2013
anno II n. 1

Orientamenti
del Tribunale
di Bergamo e della
Corte di Appello
di Brescia

Focus
Collaborazioni
e Lavoro Autonomo



CONFINDUSTRIA BERGAMO

Quod nescire nos Dominus voluit, libenter nesciamus.
S. Agostino (En. in ps. 6, 2)

Si precisa che le note e gli articoli inseriti nel quaderno riportano il pensiero degli autori e non sono pertanto impegnativi per l'associazione, inoltre le indicazioni riportate nella parte I[^] hanno carattere specifico e non possono trovare applicazione per analogia, quelle riportate nelle parti II[^] e III[^] hanno carattere generale, quindi non possono trovare applicazione diretta ed immediata occorrendo l'indispensabile valutazione preliminare di ogni singola fattispecie.

SOMMARIO

Parte I

Giurisprudenza

<i>In primo piano - Corte d'Appello di Brescia n.456 dell'11 ottobre 2012 (contratto a progetto)</i>	pag. 7
Tribunale di Bergamo 20 ottobre 2011 (licenziamento per G.M.O. e CIG)	pag. 17
Tribunale di Bergamo n.1679 del 9 luglio 2012 (nomina RSU)	pag. 24
Tribunale di Bergamo n.734 del 26 luglio 2012 (trattamenti retributivi)	pag. 30
Tribunale di Bergamo n.207 del 5 marzo 2012 (somministrazione di lavoro)	pag. 37
Tribunale di Bergamo n.393 del 24 aprile 2012 (somministrazione di lavoro)	pag. 44
Sezione aggiuntiva: altre corti d'appello	
Tribunale di Milano n.2958 del 13 giugno 2012 (differenze retributive e responsabilità solidale)	pag. 52
Tribunale di Milano n.12391 del 27 febbraio 2012 (contratto a termine)	pag. 57

Parte II

Problemi e soluzioni: le linee guida del Coordinamento giuridico dell'area Lavoro e Previdenza di Confindustria Bergamo

Ottobre 2012 (le clausole accessorie inseribili nei contratti di lavoro autonomo, a progetto, per prestazioni professionali)	pag. 67
Dicembre 2012 (i compensi variabili nei contratti di lavoro autonomo e nei rapporti di collaborazione)	pag. 69

Parte III[^]

Dottrina

Focus: i rapporti di lavoro autonomo e di collaborazione

Approfondimenti

G.Bonati

Riepilogo schematico delle principali novità introdotte dalla Riforma Fornero in merito alle collaborazioni ed ai contratti di lavoro autonomo pag. 71

R. Radulescu

Riepilogo delle principali disposizioni amministrative concernenti il regime contributivo dei lavoratori a progetto pag. 81

M.Luzzana

La risoluzione *ante tempus* dei rapporti di lavoro a progetto pag. 89

F. Parea

La regolamentazione dell'orario di lavoro nei contratti a progetto pag. 96

M. Mariani/M.Bonetti

Disamina aggiornata del regime sanzionatorio per le violazioni della normativa sui contratti di lavoro non subordinato pag. 108

Risposte a quesito

G. Fava/D.Colombo

Ricognizione degli indici di subordinazione nella più recente giurisprudenza di legittimità e di merito pag. 119

M.R. Gheido

Le pratiche di totalizzazione e riconsunzione dei contributi per gli iscritti alla GS pag. 123

G.Barelli

La clausole penali inseribili nei contratti di lavoro autonomo e di collaborazione pag.131

Appendice

Confindustria Bergamo - Ordine degli Avvocati di Bergamo
 Concorso di elaborazione dottrinale su tematiche lavoristiche:
 Documento selezionato pag. 141

Bergamo, gennaio 2013

Questa edizione dei Quaderni è dedicata in particolare al tema dei contratti di lavoro non subordinato, stipulati sub specie di lavoro autonomo o di collaborazione, oggetto sia degli approfondimenti riportati nella parte II[^], sia delle risposte a quesito inserite nella parte III[^]. La recente Riforma del mercato del lavoro, realizzata dalla Legge n.92/2012 e dai successivi provvedimenti modificativi ed applicativi, ha infatti parzialmente innovato un corpus normativo già articolato e complesso, integrato da molteplici orientamenti della giurisprudenza di legittimità e di merito (cfr. la sentenza “in primo piano” riportata nella parte I[^]), rendendo opportuna una riflessione generale sulle attuali connotazioni di questi istituti, anche per quanto attiene le principali implicazioni giuslavoristiche e assicurative.

Come è noto, le crescenti esigenze di flessibilità delle imprese trovano talora nelle prestazioni autonome e parasubordinate, correttamente utilizzate, un adeguato riscontro. Le formule gestionali attualmente praticabili si inseriscono tuttavia in un quadro regolatorio che la Legge n.92/2012 e, più in generale, la produzione normativa degli ultimi anni hanno reso maggiormente vincolante. Le disposizioni più recenti e l'evoluzione della giurisprudenza hanno progressivamente assimilato, per un numero crescente di aspetti, i lavoratori non dipendenti ai prestatori di lavoro subordinato, anche incrementando il gravame contributivo ed irrigidendo le modalità di cessazione dei rapporti e di gestione dei tempi di lavoro. Il novero di sanzioni attualmente previsto per le ipotesi di violazione sostanziale o formale del dettato legislativo, nonché la sussistenza di varie presunzioni legali afferenti la natura subordinata del rapporto, introdotte dall'intervento riformatore, hanno rafforzato le tutele dei prestatori di lavoro autonomo e dei collaboratori, ma forse poco si conciliano con il principio di libera determinazione dei contenuti contrattuali che è connaturato al lavoro non subordinato. La disincentivazione, diretta ed indiretta, di fatto promossa dal Legislatore e realizzata dai pronunciamenti giudiziari concernenti i contratti di lavoro autonomo e di collaborazione, rappresenta una problematicità che le imprese dovranno affrontare con particolare attenzione.

Si precisa che il carattere innovativo di varie modifiche introdotte dalla Legge n.92/2012 in tema di lavoro autonomo e di collaborazione, unitamente all'assenza di prassi amministrativa specifica, rendono i contenuti di alcuni degli approfondimenti riportati nei Quaderni inevitabilmente suscettibili anche di interpretazioni difformi rispetto a quelle proposte dagli autori.

Maurizio Del Conte
Stefano Malandrini

Parte I[^] - Giurisprudenza

In primo piano - Corte di Appello di Brescia, sentenza n. 456 dell'11 ottobre 2012 - Rel. A.Nuovo (contratto a progetto)

Lo scopo dell'art. 61 del D.Lgs. n. 276/2003, come si deduce dal tenore letterale del suo esordio e come è indirettamente confermato dal successivo art. 69, che vieta rapporti di collaborazione coordinata continuativa atipici, è quello di sottoporre alla disciplina inderogabile introdotta dagli artt. 61 e ss. del D.Lgs. tutti i rapporti di lavoro non di natura subordinata, che non siano riconducibili per le qualità del prestatore d'opera o a rapporti di agenzia o all'esercizio di professioni intellettuali o ad attività organizzate di lavoro autonomo, salve le eccezioni espressamente previste." (1)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Sent. 456/2012

La Corte D'Appello di Brescia, Sezione Lavoro, composta dai sigg.ri:

Dott. Antonella NUOVO Presidente rel.
Dott. Anna Luisa TERZI Consigliere
Dott. Antonio MATANO Consigliere
ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile promossa in grado d'appello con ricorso depositato in Cancelleria il giorno 20/01/12 iscritta al n. 26/12 R.G. Sezione Lavoro e posta in discussione all'udienza collegiale del 04/10/12

da

... S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti M.C e M.G. di Bergamo e dall'avv.to G.C di Brescia, quest'ultimo

domiciliata rio giusta delega a margine del ricorso in appello.

RICORRENTE APPELLANTE

co n t r o

..., rappresentata e difesa dall'avv.to L.B. di Bergamo e dall'avv.to S.G. di Brescia, quest'ultimo domiciliata rio giusta delega a margine del ricorso di I grado.

RESISTENTE APPELLATA

In punto: appello a sentenza n. 719/11 del 21-07-11 del tribunale di Bergamo.

Conclusioni:Del ricorrente appellante:

Come da ricorso

Del resistente appellato:*Come da memoria*

Svolgimento del processo

Come da ricorso depositato il 5.5.2009 ... conveniva in giudizio la ... s.r.l. avanti al giudice del lavoro del Tribunale di Bergamo perché, previo accertamento dell'invalidità dei contratti di collaborazione coordinata prima e a progetto poi conclusi inizialmente con la ... s.r.l. e poi con la convenuta, che le era subentrata a seguito di cessione d'azienda, venisse accertata la costituzione di un unico rapporto subordinato a tempo pieno fin dal 1.9.2001, con inquadramento al 3° livello c.c.n.l. Impianti sportivi e con orario di 10 ore al giorno, con la condanna della Seven al pagamento delle differenze retributive, oltre interessi e rivalutazione.

Si costituiva la ... s.r.l. eccependo il difetto di legittimazione passiva relativamente ai periodi precedenti al febbraio 2003, nei quali la ricorrente aveva collaborato con l'associazione sportiva ..., contestando la pretesa subordinazione, atteso che il ricorrente si organizzava autonomamente, si assentava senza darne conto a nessuno ed aveva in corso rapporti di lavoro anche con altre realtà sportive.

Il Giudice, assunti i testimoni, riteneva sussistente la cessione d'azienda e quindi la responsabilità, sia pure solo in via solidale, di ... anche per il periodo pregresso e la condannava al pagamento delle differenze

retributive, anche se limitatamente a 6 ore giornaliere (e non 10, come richiesto) accertando l'inquadramento nel III livello contrattuale.

Appellava tempestivamente la ... sostenendo l'erroneità della sentenza in ordine al riconoscimento della subordinazione; in subordine, censurava l'attribuzione del III livello contrattuale, che viceversa poteva dirsi escluso per la scarsa competenza della ricorrente, e la condanna per il periodo antecedente al 2003, quando era collaboratrice di ..., in quanto non vi sarebbe stata alcuna prova della subordinazione.

Si costituiva la ... per la conferma,

All'odierna udienza le parti discutevano e la causa veniva decisa con immediata lettura del dispositivo.

Motivi della Decisione

L'appello è infondato.

Innanzitutto, per il periodo successivo all'entrata in vigore della Legge 276/03, non sarebbe stato neppure necessario procedere ad istruttoria sulla natura subordinata o meno del rapporto, stante la palese indeterminazione del progetto allegato al contratto di collaborazione.

Prevede, infatti, l'art. 61 del d. legis. N.276/03: "Ferma restando la disciplina per gli agenti e i rappresentanti di commercio, i rapporti di conciliazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa".

Lo scopo della norma, come si desume dal tenore letterale del suo esordio e come è indirettamente confermato dal successivo art. 69 che vieta rapporto di collaborazione coordinata e continuativa atipici, è quello di sottoporre alla disciplina inderogabile introdotta dagli artt. 61 e seg. D. legis. Tutti i rapporti di lavoro non di natura subordinata, che non siano riconducibili per le qualità del prestatore d'opera o a rapporti di agenzia o all'esercizio di professioni intellettuali o ad attività organizzate di lavoro autonomo (rispetto alle quali il lavoratore autonomo è piccolo imprenditore o imprenditore artigiano artt. 222 e seg. Cod. civ.), salve le eccezioni espressamente previste.

Viene dunque riconosciuto un unico tipo di rapporto di lavoro non subordinato, che viene definito attraverso caratteristiche di oggetto e modalità di prestazione. L'oggetto è un progetto specifico o un programma di lavoro o una fase di lavoro per il perseguimento di un risultato, le modalità della prestazione devono consistere in una gestione autonoma della stessa in funzione del risultato, "nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa".

Al termine "progetto", non essendovi ragioni per ritenere che sia stato usato in senso diverso da quello proprio e comune, deve essere attribuito il significato di piano ideato in funzione di uno scopo da realizzare. La norma impone poi che il progetto sia specifico e dunque oggettivamente definito e apprezzabile rispetto allo scopo.

Meno agevole è la definizione di programma o fase di lavoro, che comunque a loro volta devono rispondere al requisito della specificità di contenuto e di scopo per più ragioni. Innanzi tutto perché non avrebbe senso nel contesto di una

disciplina che ha quale finalità quella di ricondurre a un'unica tipologia le prestazioni di carattere coordinato e continuativo da un lato imporre per il progetto il requisito della specificità e dall'altro consentire invece contratti del tutto generici se si tratta di programmi o fasi di lavoro e a maggior ragione per la genericità già intrinseca di questi termini. In secondo luogo perché anche i contratti inerenti a programmi o fasi di lavoro devono essere finalizzati al perseguimento di un risultato, come letteralmente esplicitato dalla norma. In terzo luogo perché, trattandosi di norme inderogabili, con la sanzione di cui all'art. 69 del decreto, non possono essere interpretate in modo da consentire pratiche elusive. Infine, perché proprio l'art. 69 nella sua formulazione letterale indica chiaramente che anche programma e fase di lavoro devono rispondere al requisito della specificità (l'inversione nella sequenza dell'aggettivo è significativa: "specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso").

La prestazione oggetto del contratto deve poi essere delimitabile sul piano temporale, nel senso che la sua durata in quanto correlata a uno specifico progetto, programma o fase di lavoro deve essere determinata o determinabile nella durata, in altri termini l'esigenza/interesse del committente sottostante al contratto, in quanto esplicitata dal risultato da realizzare, può e deve essere definibile nella dimensione temporale.

Da ultimo, e a conferma delle precedenti affermazioni, il corrispettivo, dovuto secondo l'art. 63 in proporzione alla qualità e quantità del lavoro prestato, deve "tenere conto dei compensi corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto". Pur nella genericità della previsione e nella assoluta difficoltà applicativa in sede di

contenzioso qualora ve ne fosse la necessità, il riferimento ai compensi richiesti dai lavoratori autonomi, intesi come categoria di cui agli art. 2222 e seg. Cod.civ., rende esplicito che il termine di paragone è quello di piccoli imprenditori o soggetti che comunque hanno una organizzazione lavorativa propria per la realizzazione di un'opera per il committente e dunque è quello di un corrispettivo commisurato al risultato e dunque, tendenzialmente, non meramente al tempo di esecuzione della prestazione, con la conseguenza che una retribuzione oraria può essere indizio della assenza di un rapporto di lavoro a progetto. E ciò tanto più se si considera che l'art. 61 esplicitamente pone un legame di relazione sotto il profilo della autonomia fra la gestione della prestazione in funzione del risultato e il tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa.

I contratti oggetto della controversia recano tutti analoga descrizione del progetto nei seguenti termini "una collaborazione coordinata e continuativa consiste nell'attività di istruttrice di palestra "attività di assistenza in sala fitness per i nostri associati mediante la redazione di programmi personalizzati utilizzando le attrezzature sportive della società, abbinando attività corsisti che di gruppo a ginnastica passiva, allungamento muscolare, finalizzate all'equilibrio psico-fisico". Si tratta in sostanza di prestazioni che consistono nella descrizione delle mansioni di istruttore sportivo, ma che non hanno nulla a che vedere con la specificità del progetto richiesta dalla legge.

Questi ultimi contratti a progetto sono quindi nulli in quanto, in violazione degli artt. 61 e 69 d. legisl. N. 276/03, erano finalizzati ad instaurare un rapporto di collaborazione continuata e continuativa in elusione della disciplina di legge.

Peraltro, poiché viene richiesto il riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato fin dal settembre 2001, i correttamente occorre dar conto dei risultati delle prove raccolte dal primo giudice.

E' innanzitutto risultato che la ... era inserita nella struttura organizzativa della società appellante non solo per l'attività lavorativa prestata presso la palestra, quale istruttrice per alcuni corsi di fitness, ma anche in altri ruoli in quanto veniva utilizzata, in violazione dell'oggetto dei contratti di collaborazione, anche alla reception, all'accogliimento dei clienti ed nell'attività di segreteria, essendo chiamata a fornire informazioni su tutte le attività della palestra e a procedere alle iscrizioni.

Quanto ai corsi di ginnastica da lei tenuti, è risultato che era tenuta ad osservare precisi turni mattutini e pomeridiani prestabiliti dal coordinatore delle attività sportive in relazione alle esigenze della clientela. Inoltre, la prestazione nel suo complesso era oggetto di costante monitoraggio, di valutazione e di approvazione da parte del direttore del centro sportivo e di periodiche riunioni nelle quali la ... era tenuta a presentarsi anche se non era di turno presso il centro.

L'inserimento nella struttura organizzativa della società datrice di lavoro si evince chiaramente anche dalla circostanza che, in caso di assenza di uno qualsiasi degli istruttori del centro sportivo, veniva utilizzato uno qualunque degli altri disponibili in quel momento, proprio perché evidentemente a ciascuno di loro era chiesto di fermarsi per varie incombenze all'interno del centro anche fuori degli orari dei loro corsi.

E' lo stesso ..., responsabile della palestra, a riferire sia della totale fungibilità degli istruttori, che lui utilizzava in caso di assenza di qualcuno per coprire il corso di cui era titolare di istruttore assente, che

delle riunioni di coordinamento, che venivano trattenute almeno due o tre volte mesi.

Vari testi hanno anche confermato che la ricorrente e la sua collega ... stavano, quantomeno saltuariamente, alla reception per l'accoglienza clienti, per dare informazioni, per rispondere al telefono, distribuire volantini e materiale informativo e verificare le tessere. Il teste ... ricorda che la ... a volte serviva anche al bar e lo stesso ... ammette che "sia la ... sia la ... mi hanno dato una mano in generale all'interno del centro ad esempio al ricevimento, oppure nella preparazione di schede tecniche per gli allenamenti o alimentari o per altre necessità. Davano una mano all'angolo bar" tutti questi elementi e l'utilizzo assolutamente promiscuo della prestazione, del tutto al di fuori dall'oggetto del contratto di collaborazione, rende evidente la subordinazione, constatazione che è rafforzata dal fatto che la ricorrente, non ha mai utilizzato attrezzature proprie né ha avuto un benché minimo rischio di impresa, avendo viceversa turni prestabiliti e prestazioni accessorie le più varie, e addirittura è stata inviata presso un'altra palestra gestita dalla società a discrezione di quest'ultima.

Veniva quindi eterodiretta nella sua prestazione con indicazioni su cosa fare e dove svolgere il suo incarico principale e anche incarichi accessori del tutto estranei al contratto.

Ne consegue che la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato già statuito dal primo giudice deve essere confermata.

Quanto al secondo motivo di impugnazione, che concerne l'esatti inquadramento contrattuale, in quanto secondo l'appellante di terzo livello sarebbe eccessivo in relazione alla capacità professionale della ..., osserva la Corte che le declaratorie contrattuali del contratto collettivo per i dipendenti degli impianti

sportivi individua specificamente come appartenere al terzo livello la figura lavorativa dell' "istruttore/allenatore in possesso di diploma o di titoli equipollente conseguito presso enti, istituti, federazioni o associazioni riconosciute, con approfondita competenza tecnico professionale e notevole esperienza, che opera in condizioni di autonomia operativa nell'ambito delle discipline sportive di competenza".

Basterebbe constatare che nei contratti stipulati con la ... si parla sempre della necessità di richiedere alla ... una collaborazione coordinata e continuativa consistente nell'attività di istruttrice di palestra, per rendersi conto che la stessa datrice di lavoro a qualificare in questo modo la lavoratrice.

A nulla rileva la circostanza che il teste ... abbia riferito di aver formato la ricorrente, atteso che la stessa aveva quanto meno lavorato per oltre un anno nella stessa palestra con identici contratti questa volta stipulati con la Nessun teste ha poi riferito in causa di difficoltà o di scarsa competenza professionale della ricorrente, per cui il livello riconosciuto dal primo giudice deve ritenersi da confermare.

Non può essere accolto nemmeno l'ultimo motivo d'appello che si riferisce al periodo precedente l'ingresso della Seven nella gestione della palestra, ossia al periodo in cui vi era la associazione sportiva

Nell'atto di appello non si discute neppure più della sussistenza della cessione di azienda essendo pacifico che, a partire dall'anno 2033, La ... è subentrata al centro sportivo operando all'interno degli stessi locali con le stesse attrezzature e gli stessi beni strumentali utilizzati dalla precedente associazione sportiva.

Basterebbe constatare che gli stessi lavoratori hanno cominciato a lavorare in favore della subentrante senza nemmeno rendersene conto, per verificare come la

cessione sia stata piena assoluta e senza alcuna crisi temporale.

La teste ... dichiara di essere dipendente della sede da quando è stata costituita, precisando che questo sarebbe avvenuto nel 1996, mentre invece pacifico che è stata costituita solo nel 2003; il teste ..., a sua volta, sostiene aver lavorato per la ... dal 2001 1 maggio 2009 quale istruttore e altrettanto ... sostiene di aver lavorato da ottobre 2011 a settembre 2006, per cui nessuno si è mai accorto del cambio della titolarità del centro sportivo.

Del resto, come ben ha dimostrato l'appellante, la palestra ha continuato a presentarsi alla clientela con la stessa insegna (... Club) che precedentemente era utilizzata dall'associazione ..., è subentrata nella stessa utenza telefonica, e i signor ..., che oggi gestisce il centro della sede, era il Presidente del consiglio direttivo del centro sportivo

Ne consegue la prova assoluta della cessione d'azienda, ma anche, visto che i testimoni hanno riferito per l'intero periodo della prestazione lavorativa resa dalla ..., la prova dell'esistenza del rapporto di lavoro subordinato anche per il periodo precedente, visto che in nulla risulta cambiata la prestazione che la lavoratrice doveva rendere.

La sentenza del primo giudice, che ha fatto esatto governo della prova e corretta applicazione di questi principi, deve quindi essere confermata.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi €

P.Q.M.

Respinge l'appello contro la sentenza n. 718/11 del tribunale di Bergamo; condanna l'appellante alla rifusione delle spese del grado liquidate in complessivi € 1.500,00.

(1) Con la sentenza che si commenta, la Corte d'Appello di Brescia, confermando la sentenza di primo grado del Tribunale di Bergamo, ha dichiarato la natura subordinata del rapporto intercorso tra una società che gestiva una palestra ed una sua istruttrice, formalmente collaboratrice a progetto.

La circostanza che il rapporto di collaborazione - successivamente qualificato dal Giudice come rapporto di lavoro subordinato - fosse iniziato nel 2001, ovvero sia prima dell'introduzione del lavoro a progetto, ha comportato per la Corte d'Appello la necessità di procedere ad una disamina della fattispecie cronologicamente orientata: per il periodo successivo al settembre del 2003, il Giudice si è limitato a rilevare la carenza del requisito formale dell'indicazione di uno specifico progetto; per il periodo antecedente, invece, si è reso necessario verificare con quali concrete modalità l'istruttrice avesse reso la propria prestazione e se esse fossero caratterizzate dall'eterodirezione della prestazione.

Per meglio inquadrare la fattispecie sulla quale la Corte d'appello è stata chiamata a pronunciarsi, conviene premettere alcune brevi considerazioni riguardanti il problema della qualificazione del rapporto e l'affermarsi del cosiddetto lavoro parasubordinato.

Si deve innanzitutto evidenziare il ruolo centrale che l'elemento della subordinazione riveste nel diritto del lavoro: dalla sua sussistenza, infatti, dipende la possibilità di applicare al lavoratore il particolare statuto protettivo predisposto dall'ordinamento. Con le trasformazioni economiche ed organizzative che interessarono le aziende all'incirca alla metà degli anni '80, si assistette ad un progressivo allontanarsi dall'area della subordinazione: sempre più spesso, le aziende facevano ricorso a

collaborazioni che, difettando dell'elemento dell'eterodirezione della prestazione, non potevano essere ricondotte all'astratta fattispecie del lavoro subordinato ex art. 2094 c.c.. Tali collaborazioni (si trattava, invero, di fattispecie che già esistevano, prese in considerazione dall'art. 2 della l. n. 741 del 1959 e, successivamente, dall'art. 409 c.p.c. nella formulazione di cui alla novella del 1973, ma prima della metà degli anni '80 presentavano un'importanza davvero marginale), connotate dai requisiti della coordinazione, della continuità e dalla prestazione prevalentemente personale del soggetto obbligato, vennero ricondotte alla categoria della parasubordinazione, quale sottospecie del lavoro autonomo. Col passare del tempo, in considerazione dell'elemento personale della prestazione e della particolare condizione di debolezza negoziale del collaboratore, alcune delle tutele previste per il lavoro subordinato sono state estese anche all'area del lavoro parasubordinato (In particolare, si rammenta che il lavoratore parasubordinato può tutelare i propri diritti in sede giudiziale mediante il rito speciale del lavoro, le sue rinunzie e transazioni sono soggette alla disciplina di cui all'art. 2113 c.c., usufruisce di tutele in caso di malattia, infortunio e gravidanza, percepisce assegni familiari e fruisce di alcuni diritti sindacali -libertà sindacale e diritto di sciopero), ma le differenze di tutela risultavano - e risultano ancora - consistenti: ciò ha determinato inevitabilmente un inasprimento del problema della qualificazione del rapporto, poiché in capo alle parti sussiste un configgente interesse riguardante la dimostrazione della sussistenza o meno dell'elemento della subordinazione. Inoltre, l'esperienza ha dimostrato che alcuni datori di lavoro hanno fatto frequentemente ricorso a forme di

collaborazione coordinata e continuativa al fine di eludere le tutele previste per il lavoro subordinato (Si parla, con riferimento a detto fenomeno, di "fuga dal lavoro subordinato". Cfr. PASSALACQUA, "Il lavoro tra autonomia e subordinazione: il lavoro coordinato, il lavoro del socio di cooperativa, l'associazione in partecipazione", pag. 93, in VALLEBONA (a cura di), "I contratti di lavoro", Torino, 2009). Per tale motivo - e, quindi, con funzione primariamente antielusiva - il legislatore nel 2003 ha introdotto nell'ordinamento la figura del contratto a progetto di cui agli artt. 61 e ss. del D.Lgs. n. 276 del 2003: più in particolare, la disciplina del 2003 prevede che - salvo alcune residuali eccezioni tassativamente previste - tutte le collaborazioni coordinate e continuative debbano essere instaurate in previsione della realizzazione di uno specifico progetto - o programma di lavoro o fase di esso (Locuzioni soppresse dalla Riforma Fornero: ad oggi, quindi, è necessario che la collaborazione sia finalizzata alla realizzazione di un progetto, senza che sia più possibile far riferimento ad un programma o ad una sua fase) - descritto nel contratto, che deve presentare forma scritta (Dal necessario riferimento al progetto, che deve essere individuato anche nella sua connotazione temporale, discende come rilevante conseguenza che le collaborazioni coordinate e continuative a progetto devono necessariamente essere a tempo determinato. Vi è chi ha dubitato della legittimità costituzionale della disciplina proprio per il motivo che sarebbe irragionevolmente impedito ad un soggetto di obbligarsi nei confronti di un committente a collaborare in forma autonoma a tempo indeterminato - cfr. VALLEBONA, "Istituzioni di diritto del lavoro", pagg. 25 e ss., TORINO, 2005).

Più in particolare, ai fini della comprensione dell'iter logico-giuridico seguito dalla sentenza in commento, conviene appuntare l'attenzione sull'art. 69 del D.Lgs. n. 276 del 2003 per esaminare quali conseguenze la legge riconnette alla mancata indicazione del progetto: ai sensi di tale disposizione, infatti, essa comporta che il rapporto di collaborazione debba essere considerato lavoro subordinato fin dal suo inizio; e la giurisprudenza ha equiparato all'assenza anche l'ipotesi in cui il progetto sia stato indicato in modo generico e superficiale (Cfr. Trib. Milano, 24 gennaio 2007, in OGL, 2007, n. 2, pag. 250; Trib. Torino, 17 maggio 2006, in OGL, 2006, n. 2, pag. 335). Ne consegue, che tanto nel caso in cui il progetto non sia individuato, quanto in quello in cui sia indicato in modo generico (Peraltro, non è affatto chiaro cosa la norma intenda per "specificità": secondo un primo orientamento, è necessario indicare gli elementi che rendono il progetto - e, quindi, l'attività del collaboratore - distinguibile dall'attività complessivamente svolta nell'impresa - Trib. Torino, 5 aprile 2005; Trib. Torino, 10 maggio 2006; altri ritengono che la specificità sia soddisfatta quando l'attività sia delimitata in modo preciso sia sul piano funzionale che su quello temporale e faccia riferimento ad un risultato finale da raggiungere - Trib. Milano, 28 agosto 2008, in Lav. Giur., 2009, n. 1, pag. 92; Trib. Ravenna, 24 novembre 2005), la conseguenza sarà sempre la medesima: la conversione ex tunc del rapporto di collaborazione in lavoro subordinato.

Tuttavia, prima della Riforma Fornero, sussistevano forti dubbi circa il fatto che tale effetto si producesse sempre e comunque: una parte della dottrina, infatti, ha sostenuto che il meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 69 del D.Lgs. n. 276 del 2003 non operi

automaticamente, ma si limiti a determinare un'inversione dell'onere della prova circa la natura autonoma del rapporto, onere che, per effetto dell'inversione, graverebbe sul committente (VALLEBONA, *op. cit.*, pag. 26 e ss.; LUNARDON, "Lavoro a progetto e lavoro occasionale", in CARICI, "Commentario al D.Lgs. 10.9.2003, n. 276", MILANO, 2004).

In altre parole, l'art. 69 introdurrebbe nel nostro ordinamento una presunzione semplice: nel caso di assenza del progetto - o di sua indicazione non specifica - il rapporto si presumerebbe subordinato, salva la possibilità di prova contraria per il committente. Diversamente opinando, infatti, si verrebbero a verificare ipotesi in cui rapporti effettivamente autonomi sarebbero qualificati come subordinati e ciò in palese contrasto con il principio costituzionale della "indisponibilità del tipo legale", che impedisce al legislatore di qualificare come subordinato *ex lege* un rapporto di lavoro prescindendo dall'effettiva sussistenza dell'elemento della subordinazione.

Tale interpretazione dottrinale è stata fatta propria dal Ministero del Lavoro (Circ. Min. Lav. n. 1/2004) e dalla giurisprudenza maggioritaria, che ha ritenuto possibile per il committente fornire prova della natura autonoma del rapporto (Cfr. Trib. Trapani, 22 luglio 2010; Trib. Torino, 13 aprile 2007; Trib. Torino, 23 marzo 2007; Trib. Pavia, 13 febbraio 2007; Trib. Genova, 5 maggio 2006; Trib. Milano, 23 marzo 2006. A tale interpretazione si è conformato in più occasioni anche il Tribunale di Bergamo).

Tuttavia, si deve dar conto dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale di segno totalmente contrario: in alcune pronunce, infatti, si è concluso nel senso della natura *iuris et de iure* della presunzione di cui al primo

comma dell'art. 69 del D.Lgs. n. 276 del 2003, negando così al committente la possibilità di fornire prova della natura autonoma della collaborazione che, conseguentemente, si convertirebbe in lavoro subordinato ab origine a prescindere dall'accertamento della sussistenza della eterodirezione della prestazione (Cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2011, in DL, 2001, n. 4, pag. 874; C. App. Firenze, 26 gennaio 2010, in DL, 2010, n. 2, pag. 419).

Orbene, nel caso di specie, il Giudice ha ritenuto che il progetto, pur indicato nei contratti succedutisi nel tempo, difettesse del requisito della specificità. Più in particolare, secondo quanto si legge nella sentenza, l'indicazione del progetto corrispondeva ad una sommaria descrizione delle mansioni che la lavoratrice, in quanto istruttrice di palestra, avrebbe dovuto svolgere, senza che vi fosse alcun riferimento ad un risultato da conseguire: - "I contratti oggetto della controversia recano tutti analoga descrizione del progetto nei seguenti termini: "una collaborazione coordinata e continuativa consistente nell'attività di istruttrice di palestra" "attività di assistenza in sala fitness per i nostri associati mediante la redazione di programmi personalizzati utilizzando le attrezzature sportive della società, abbinando attività corsistiche di gruppo a ginnastica passiva, allungamento muscolare, finalizzate all'equilibrio psicofisico". Su questo presupposto, e sulla scorta della già indicata equivalenza tra assenza del progetto e sua individuazione generica, la Corte d'Appello di Brescia ha ritenuto di dare applicazione alla presunzione di cui all'art. 69 del D.Lgs. n. 276 del 2003.

Ma la peculiarità della sentenza risiede nel fatto che il Giudice, discostandosi dalle conclusioni a cui era giunto il Tribunale di Bergamo nella sentenza oggetto di gravame, ha ritenuto

che la presunzione abbia carattere assoluto, e, quindi, che l'accertamento della carenza del requisito formale determini inevitabilmente la conversione ex tunc del rapporto in lavoro subordinato (Già in una sentenza precedente la Corte d'Appello di Brescia aveva dimostrato di aderire a tale orientamento: cfr. C. App. Brescia, 22 febbraio 2011). Tenendo conto però che il rapporto con l'istruttrice era iniziato nel 2001, la necessità di accertare la subordinazione sussiste con riferimento al periodo precedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 276 del 2003, lasso temporale non assistito dalla presunzione di cui all'art. 69. Sul punto, la Corte procede alla qualificazione del rapporto sulla scorta del cosiddetto metodo tipologico. È risaputo, infatti, che, stante la difficoltà di individuare in modo chiaro ed inequivoco il requisito dell'eterodirezione della prestazione, caratteristica che costituisce l'essenza della subordinazione, la giurisprudenza ha da tempo individuato alcuni indici dai quali è possibile, in via sussidiaria, desumere la natura subordinata del rapporto. L'individuazione della subordinazione mediante il ricorso a tali indici costituisce, per l'appunto, l'essenza del metodo tipologico, perché, tramite un procedimento logico di tipo induttivo, si consente la qualificazione del rapporto mediante un giudizio di approssimazione della fattispecie concreta rispetto a quella astratta sulla scorta dell'osservazione dell'*id quod plerumque accidit*: maggiore è il numero degli indici che si riscontrano nel caso concreto, maggiore è la probabilità che il rapporto abbia natura subordinata. Tuttavia, proprio perché si tratta di un metodo di natura induttiva basato, in ultima analisi, sulla mera probabilità che un rapporto avente determinate caratteristiche sia subordinato, è opinione comune fra gli interpreti che il metodo tipologico debba essere utilizzato con cautela. In particolare,

si ritiene che la valutazione circa la sussistenza degli indici di subordinazione - fra i quali si possono ricordare l'inserzione del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa, la sottoposizione a direttive tecniche, la monocommittenza, le modalità del pagamento del compenso, il rispetto di un orario, la necessità di comunicare e/o concordare le assenze, l'assenza di rischio in capo al lavoratore - debba comunque necessariamente accompagnarsi ad un accertamento circa la sussistenza dell'eterodirezione: in altre parole, gli indici hanno esclusivamente natura sussidiaria e servono a rafforzare il principio di prova di eterodirezione già raggiunto, senza potersi ad esso totalmente sostituire, poiché, in definitiva, è proprio l'eterodirezione l'unico discrimine certo tra attività subordinata ed autonoma (Cfr. Cons. di Stato, 3 dicembre 2010, n. 1894; Cass., 12 novembre 2010, n. 23032; Cass., 23 gennaio 2009, n. 1717; Cass., 5 marzo 2008, n. 5937; Cass., 4 ottobre 2007, n. 20791).

Orbene, nel caso di specie la Corte d'Appello ha effettivamente individuato un elemento di eterodirezione della prestazione nella circostanza che la lavoratrice è stata nel tempo chiamata a svolgere anche mansioni che non avevano alcuna attinenza con il progetto, quale l'attività di reception e di servizio al bar della palestra. E tale circostanza costituisce indubbiamente un elemento di eterodirezione della prestazione: nelle collaborazioni coordinate e continuative, infatti, il progetto non individua soltanto le attività che il collaboratore è tenuto a porre in essere per conseguire il risultato finale, ma rappresenta anche il limite del potere di coordinamento - diverso da quello direttivo del datore di lavoro (È discusso se le differenze fra coordinamento ed eterodirezione della prestazione abbiano carattere meramente quantitativo o siano

anche qualitative. Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, "Il lavoro a progetto", in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di) "Subordinazione e lavoro a progetto", TORINO, 2009, pagg. 5 e ss.) - spettante al committente: ciò comporta che le direttive impartite al collaboratore che esorbitano dall'ambito del progetto, costituiscono sicuramente esercizio di potere direttivo tipico del datore di lavoro, incompatibile con la natura autonoma del rapporto.

Dopo aver appurato la sussistenza di tale principio di eterodirezione della prestazione, il Giudice ha proceduto a rafforzare il proprio convincimento mediante la verifica della presenza degli indici sussidiari caratteristici del metodo tipologico. È stato così possibile appurare che la lavoratrice era tenuta a rispettare un orario di lavoro, risultava inserita nel complesso aziendale (effettuava sostituzioni di altri dipendenti assenti), veniva costantemente monitorata, non utilizzava attrezzature di sua proprietà e non correva alcun rischio di impresa: la sussistenza di tali elementi ha rafforzato il convincimento della Corte d'Appello circa la sussistenza della subordinazione anche nel periodo antecedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 276 del 2003. In conseguenza, per tutta la durata del rapporto l'istruttrice è stata ritenuta dipendente della società appellante.

In conclusione, la sentenza commentata dimostra ancora una volta come il lavoro a progetto costituisca uno strumento di flessibilità per le imprese di gestione estremamente complesso. In particolare, considerati i requisiti previsti dalla legge per il lavoro a progetto e l'interpretazione - a volte discordante - che degli stessi ha fornito la giurisprudenza, risulta estremamente difficoltoso predisporre un contratto che sia certamente in grado di superare il vaglio giudiziale: la sola discordanza che esiste in

merito a cosa debba intendersi per specificità del progetto rende il ricorso a tale tipologia contrattuale particolarmente rischioso. Non a caso, un Autore (MISCIONE, "Il mercato del lavoro negli anni 2000", in Lav. Giur. 2012, n. 1, pagg. 5 e ss.) ha definito il contratto a progetto "contratto impossibile", riferendosi provocatoriamente all'impossibilità di poter ricorrere al contratto in esame senza correre rischi di future contestazioni. Si deve poi rilevare che la Riforma Fornero ha introdotto rilevanti novità allo scopo di circoscrivere ulteriormente il ricorso al lavoro a progetto. Fra queste, quella che più interessa in questa sede consiste nel comma 24 dell'art. 1 della l. n. 92 del 2012, ove, con riferimento all'art. 69 del D.Lgs. n. 276 del 2003, il legislatore ha sposato l'orientamento giurisprudenziale a cui ha aderito anche la Corte d'Appello di Brescia: nella Riforma Fornero, infatti, si specifica espressamente, con norma di interpretazione autentica e, quindi, retroattiva, che la presunzione di subordinazione in caso di mancata specificazione del progetto è assoluta. Conseguentemente, nel caso in cui il progetto non sia indicato, o sia indicato in modo generico, la collaborazione si convertirà ex tunc in lavoro subordinato, senza che vi sia alcuna possibilità per il committente di fornire la prova della natura autonoma del rapporto. Inoltre, non sarà più possibile ricorrere ad una collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di un programma o di una fase di lavoro: solo il progetto legittima oggi il ricorso alla parasubordinazione.

Sempre sul piano formale, si deve poi rilevare che la Riforma prevede la necessità di descrivere il progetto - il cui contenuto, in ogni caso, ai sensi del primo comma dell'art. 61 del D.Lgs. n. 276 del 2003, non potrà "consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale del

committente” -, anche mediante l'individuazione del suo contenuto caratterizzante e del risultato che si intende ottenere: tali elementi, quindi, dovranno oggi essere indicati per iscritto, pena la conversione del rapporto ex art. 69 senza possibilità di provare l'autonomia del collaboratore.

In fine, la recente Riforma introduce una nuova presunzione relativa di subordinazione nel caso in cui i collaboratori a progetto svolgano le medesime attività dei dipendenti del committente: in tal caso, quindi, sarà quest'ultimo a dover dimostrare la genuinità della collaborazione.

In conclusione, tenendo conto della gravità della sanzione prevista - ovvero sia la conversione del rapporto in lavoro subordinato - il committente che intende far ricorso al lavoro a progetto deve oggi prestare ancora più attenzione che in passato.

Nota a cura di:

Studio Legale Associato A.Cicolari
Bergamo - pass. C.Lateranensi, 1

Tribunale di Bergamo sentenza 20 ottobre 2011 - Estensore Finazzi (licenziamento per G.M.O. e CIG)

1. SUL LICENZIAMENTO PER G.M.O.

Il giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge 604/66, può essere integrato anche dall'ipotesi di riassetto organizzativi attuati per la più economica gestione dell'azienda, purché si tratti di assetti non pretestuosi e strumentali, in quanto diretti a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti che influiscano decisamente sulla normale attività produttiva, restando comunque insindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la relativa scelta imprenditoriale e senza che la necessaria

verifica dell'effettività di tale scelta comporti un'indagine in ordine ai margini di convenienza e di onerosità di costi connessi al sistema organizzativo modificato dall'imprenditore.

2. SULLA CIG

Il riconoscimento della cassa integrazione guadagni è finalizzato a consentire una integrazione salariale a carico dello Stato in favore di imprese che intendano avviare programmi di riorganizzazione e/o ristrutturazione aziendale, al fine di permettere un potenziamento dell'attività produttiva e garantire in tal modo una maggiore stabilità occupazionale, ovvero in caso di contrazione o sospensione dell'attività produttiva, allorché ricorrano situazioni aziendali dovute ad eventi transitori e non imputabili all'imprenditore ovvero di mercato: trattasi, dunque, di uno strumento di sostegno alle imprese, ma con finalità di mantenimento dell'occupazione. Ne deriva che il ricorso allo stesso non può riguardare posizioni lavorative divenute superflue ed esuberanti e che, in quanto tali, nella politica gestionale dell'impresa, è necessario non mantenere più. (2)

.....

Fatto e Motivi della decisione

La ricorrente X spiega due distinte domande nei confronti della società Y, sua datrice di lavoro: 1) con la prima domanda chiede l'accertamento dell'invalidità o illegittimità del licenziamento intimatole dalla società con scritto del 20 aprile 2009 e con preavviso sino al 20 maggio 2009, con conseguente condanna della società convenuta al risarcimento del danno nella misura ritenuta di giustizia; 2) con la seconda domanda chiede il risarcimento dei danni subiti per effetto del mancato collocamento in cassa integrazione e precisamente la condanna della società convenuta alla corresponsione in suo favore della somma netta di € 7.510,95 ed

al ristoro del danno pensionistico da quantificarsi a mezzo di CTU.

1) LICENZIAMENTO

Partendo dalla prima domanda, la ricorrente impugna il licenziamento comunicatole dalla società convenuta in data 20 aprile 2009, contestando la ricorrenza del giustificato motivo oggettivo, posto a fondamento dello stesso.

Questo motivo, nella lettera di licenziamento, è stato indicato nella necessità di ridurre il personale, a causa della sensibile diminuzione di lavoro, conseguente alla crisi economica che avrebbe particolarmente influenzato il settore del turismo.

In linea di diritto, giova ricordare che per giurisprudenza consolidata, che entrambe le parti mostrano di conoscere, il giustificato motivo oggettivo di cui all'art.3 della l.604/66, può essere integrato, per quel che qui rileva, anche dall'ipotesi di riassetto organizzativi attuati per la più economica gestione dell'azienda, purché si tratti di assetti non pretestuosi e strumentali, in quanto diretti a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti che influiscano decisamente sulla normale attività produttiva (Cfr. tra le varie che hanno affermato il principio, poi divenuto tralaticio, Cass.3030/99), restando comunque insindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la relativa scelta imprenditoriale e senza che la necessaria verifica dell'effettività di tale scelta comporti un'indagine in ordine ai margini di convenienza e di onerosità di costi connessi al sistema organizzativo modificato dall'imprenditore (cfr.Cass. 6222/98).

In sostanza, alla luce della richiamata giurisprudenza, certamente condivisibile, non vi sono ostacoli a che il giustificato motivo oggettivo di licenziamento possa consistere anche nella mera esigenza

sopravvenuta di una riorganizzazione del lavoro (non necessariamente ricollegata a situazioni di vera e propria crisi aziendale), magari anche soltanto conseguente all'affidamento a terzi del lavoro svolto dal dipendente licenziato o alla redistribuzione di detto lavoro tra gli altri dipendenti, per un'apprezzabile riduzione dei costi, purché l'esigenza di tale ultima riduzione sia imposta da una seria ragione di utile gestione dell'azienda (cfr.Cass.4164/91).

Inoltre, sempre in linea di diritto, va pure ricordato che "in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro che adduca a fondamento del licenziamento la soppressione del posto di lavoro a cui era addetto il lavoratore licenziato ha l'onere di provare di non poter diversamente utilizzare il dipendente in analoghe mansioni, e in concreto - riguardando l'onere probatorio un fatto negativo - deve dimostrare quest'ultimo fatto, prescindendo da un rigido e prefissato schema di prova, mediante idonei fatti positivi, come la circostanza che i residui posti di lavoro al tempo del licenziamento fossero stabilmente occupati da altri lavoratori, presso tutte le sedi dell'attività aziendale, salvo il caso di preliminare rifiuto del lavoratore di trasferirsi altrove" (cfr. tra le tante, Cass. 9204/96).

Alla luce di questi principi, occorre allora verificare se, nella specie, la società convenuta abbia attuato un riassetto organizzativo, comportante la soppressione o l'esubero del posto assegnato alla ricorrente, e se tale riassetto sia ricollegabile ad effettive ragioni di carattere produttivo-organizzativo.

Occorre poi verificare se all'epoca del licenziamento, sussisteva la possibilità per la società convenuta di impiegare la lavoratrice in altro modo.

La verifica impone, in primo luogo, la ricognizione della posizione lavorativa della

ricorrente e delle vicende che hanno interessato detta posizione.

E' pacifico in giudizio che la ricorrente, assunta a tempo parziale il giorno 8 gennaio 2007, abbia lavorato nel reparto dell'azienda convenuta, la quale opera nel settore del turismo (quale agenzia viaggi e tour operator), quale addetta al reparto dedicato ai gruppi e tour operator (cfr. deposizioni di C.D., impiegato contabile, F.V., addetta alle vendite nel reparto tour operator, G.F., responsabile del reparto tour operator, P.D., addetta al medesimo reparto, e B.P., addetto al reparto biglietteria).

La ricorrente si occupava quasi esclusivamente dei gruppi. Lavoravano in questo reparto originariamente quattro dipendenti: la ricorrente, che, appunto, seguiva i gruppi, G.F., che era la responsabile e seguiva il tour operator, B.F., che seguiva i gruppi, e F.V., addetta al tour operator. La ricorrente era l'unica dipendente a tempo parziale, per cui, in caso di necessità, il lavoro relativo ai gruppi era pure svolto dagli altri dipendenti del reparto. Nell'anno 2008 il dipendente B.F. fu licenziato, sempre per riduzione di personale. Addette al reparto rimasero pertanto la ricorrente, la G.F. e la F.V.

Il lavoro nel reparto diminuì e quando la ricorrente fu licenziata (nell'aprile/maggio 2009) praticamente non vi erano richieste di gruppi adulti, anche perché nel periodo estivo le richieste dei gruppi calavano sensibilmente. Con la ripresa dell'attività scolastica vi furono alcune richieste, per quanto riguarda i gruppi, e di queste se ne occuparono la due dipendenti rimaste.

Il 9 giugno 2009 la società aprì la procedura di cassa integrazione in deroga che si chiuse con l'accordo dell'11-6-2009, per il collocamento in cassa, senza rotazione, di un numero massimo di 8 dipendenti, dal 29 giugno 2009 al 28 giugno 2010. I primi giorni di settembre

2009, la F.V. fu collocata in Cassa Integrazione e poi fu licenziata il 3 dicembre 2009. Alla fine dell'anno 2009, pertanto, addetta al reparto gruppi e tour operator era rimasta soltanto la G.F., coadiuvata da C.M., membro della direzione. Quest'ultimo, che già operava all'epoca della ricorrente, quale appartenente all'ufficio direttivo e titolare di firma quale responsabile del management, intensificò la sua presenza.

Nel mese di giugno 2010 fu licenziata anche la G.F. Nel frattempo anche gli altri reparti dedicati alla biglietteria furono ridimensionati: i dipendenti C.G., P.D. e B.P. furono collocati in Cassa Integrazione. P.D. e B.P. poi si dimisero.

Allo stesso modo anche il reparto amministrativo fu riorganizzato: [omissis].

Inoltre, sempre secondo le risultanze istruttorie, il valore della produzione della società passò da € 4.065.044,00 nell'anno 2006, ad € 3.417.619,00 nell'anno 2007, con una perdita di esercizio (per quanto lieve), ed ad € 2.733.272,00 nell'anno 2008, sempre con perdita di esercizio.

Infine, dal libro matricola e dal libro unico versati in causa dalla società convenuta, si ricava che soltanto con decorrenza dal maggio 2010 la società Y ha provveduto a nuove assunzioni e di queste nuove assunzioni unicamente due lavoratrici sono state mantenute in forza.

Stando così le cose, deve ritenersi provato che la società convenuta, effettivamente, come dalla stessa dedotto, per effetto della crisi di settore e della sensibile diminuzione di lavoro che ne conseguì, il cui picco si verificò nell'anno 2008, abbia operato una generale riorganizzazione dell'attività, sopprimendo il posto di lavoro della ricorrente e anche di altri dipendenti.

Nei fatti, vennero meno almeno nove unità. Contestualmente, l'azienda registrò un calo di fatturato in progressione negativa sino all'anno 2008.

E l'organico, nel suo complesso e come ridottosi prima, in occasione e dopo il licenziamento della ricorrente, sino alla fine dell'anno 2010, non è aumentato (avendo la società provveduto soltanto a due nuove assunzioni a distanza di circa un anno dal licenziamento della ricorrente, a fronte di nove precedenti cessazioni di rapporto).

In particolare gli addetti al reparto di appartenenza della ricorrente furono tutti quanti licenziati ed il reparto, almeno sino all'epoca dell'esperimento dell'istruttoria nell'anno 2010, fu smantellato.

Ebbene, questi dati sono sufficienti a giustificare il licenziamento.

Ed invero, giova ricordare che, una volta accertata la effettiva e definitiva riorganizzazione, non si può indagare la scelta operata dalla società Y di muoversi nel senso in parola, di soppressione del posto della ricorrente, piuttosto che in direzioni diverse, atteso che, come precisato in premessa, una simile indagine esula dal sindacato del giudice, il quale non si può spingere ad accertare se la ristrutturazione o la riorganizzazione aziendale sia derivata da validi ed apprezzabili motivi, atteso che in ordine a questo tipo di scelte (relative agli assetti organizzativi o produttivi), il datore di lavoro gode di una riserva di autonomia, garantita dall'art. 41 della Costituzione.

In definitiva, una volta accertato che le esigenze invocate dal datore di lavoro per sostenere la legittimità del licenziamento, sono effettive ed oggettive, non vi sono spazi per andare oltre nell'indagine e verificare se l'adozione da parte del datore di lavoro di particolari politiche di gestione del personale od organizzative, avrebbe potuto rimediare a dette esigenze, spettando scelte del genere, giova ripeterlo, unicamente ed esclusivamente, all'imprenditore.

Compiuto l'accertamento che precede, non resta che verificare se la società convenuta avesse possibilità di impiegare in altro modo la ricorrente.

Alla questione, ancora una volta, non può che darsi soluzione negativa, posto che non è risultato in causa che la società alla data del licenziamento della ricorrente avesse possibilità di impiegarla in altre mansioni (in quanto l'organico da assegnare ad altri reparti e mansioni era già in esubero, posto che tutti i reparti, come visto, amministrativo e di organizzazione e delle biglietterie, furono ridimensionati).

E per quanto riguarda le nuove assunzioni, come si è spiegato sopra, non è risultato che la società abbia proceduto a nuove assunzioni a tempo indeterminato, aumentando le unità già in forza.

Le due nuove dipendenti assunte nel maggio 2010 e tutt'ora in forza, praticamente colmarono il vuoto lasciato da due dipendenti che si erano dimessi.

In ogni caso, come detto, la forza lavoro complessiva a partire dal licenziamento (o mancata conferma) del dipendente B.F., si è ridotta complessivamente di n.9 unità, e la ricorrente, rispetto alle colleghe licenziate dopo di lei era colei che aveva minore anzianità lavorativa e con mansioni più specialistiche e settoriali (si è visto che la ricorrente, sin dalla sua assunzione, si occupò unicamente dei gruppi, laddove le colleghe G.F. e F.V., svolsero tutte le mansioni del reparto di appartenenza della ricorrente, e cioè sia quelle relative ai gruppi, sia quelle relative al tour operator).

La motivazione del licenziamento deve pertanto ritenersi rispondente alla realtà ed idonea a supportare il relativo provvedimento.

La domanda, in punto, va respinta.

2) MANCATO COLLOCAMENTO IN CASSA
INTEGRAZIONE E RISARCIMENTO DEL
DANNO

Allo stesso modo, la domanda di risarcimento del danno che la ricorrente sostiene di aver subito non essendo stata collocata in Cassa al pari dei colleghi di lavoro, non può essere accolta.

Anche a voler prescindere dalla considerazione troncante che la società Y avviò la procedura per ottenere la Cassa Integrazione in deroga soltanto il 9 giugno 2009 e quindi dopo la comunicazione del licenziamento della ricorrente, avvenuta nel precedente aprile 2009 (ed il fatto, sostenuto dalla lavoratrice, che la società avesse adottato ben prima la relativa decisione di ricorrere alla Cassa in deroga, non è uscito dell'alveo delle mere illazioni), si diceva, prescindendo pure da questo dato storico, non vi sono elementi per affermare che la ricorrente, immediatamente licenziata senza alcuna preventiva cassa, abbia subito un trattamento discriminatorio rispetto ai colleghi (invece collocati in Cassa).

Si è già detto che l'interruzione del rapporto di lavoro con la ricorrente fu uno dei primi tasselli della ristrutturazione attuata dalla società convenuta (e poi ampliata con il perdurare della crisi), e si è pure visto che l'interruzione derivò da un necessario ridimensionamento del suo reparto, il cui lavoro era diminuito (nel complesso, gruppi e tour operator) e ben poteva essere svolto dalle altre impiegate rimaste (più anziane professionalmente e dedite ad entrambi i settori).

In sostanza il posto di lavoro della ricorrente fu soppresso.

E' noto che il riconoscimento della cassa integrazione guadagni è finalizzato, ai sensi di legge (cfr. art. 1, l. n. 223/1991 ed anche art. 1, l. n.164/1975), a consentire una integrazione salariale a carico dello Stato in favore di imprese che intendano avviare programmi di riorganizzazione e/o ristrutturazione aziendale, al fine di permettere un potenziamento dell'attività

produttiva e garantire in tal modo una maggiore stabilità occupazionale, ovvero in caso di contrazione o sospensione dell'attività produttiva, allorché ricorrano situazioni aziendali dovute ad eventi transitori e non imputabili all'imprenditore ovvero di mercato: trattasi, dunque, di uno strumento di sostegno alle imprese, ma con finalità di mantenimento dell'occupazione.

Ne deriva che il ricorso allo stesso non può riguardare posizioni lavorative divenute superflue ed esuberanti e che, in quanto tali, nella politica gestionale dell'impresa, è necessario non mantenere più.

Diversamente, l'istituto dell'integrazione salariale verrebbe inammissibilmente piegato al perseguimento di finalità estranee e si tradurrebbe, altrettanto inammissibilmente, in un meccanismo di immediata socializzazione del rischio di impresa.

Nel caso della ricorrente si è verificato proprio questo: alla data del suo licenziamento, la società convenuta, che, in conseguenza del calo di lavoro che l'aveva colpita, aveva già ridotto il reparto di appartenenza della ricorrente di una unità (B.F.), decise per la definitiva soppressione anche del suo posto (ben potendo essere le relative mansioni assorbite dalle due colleghe rimaste), senza alcuna prospettiva di mantenimento dello stesso per il futuro. E così fu anche nei fatti.

Non aveva pertanto ragione di collocare la ricorrente in Cassa (una volta delineatosi lo scenario di cui si è appena detto, riguardante il definitivo esubero della posizione della ricorrente, non avrebbe avuto senso collocarla temporaneamente in cassa per poi procedere al suo licenziamento).

Va da sé che, come già spiegato sopra, una volta accertata la effettività e, soprattutto, la definitività della riorganizzazione foriera della soppressione del posto, e la sua non contrarietà ai principi di correttezza e

buona fede, anche dal punto di vista del se licenziare il dipendente o collocarlo in Cassa integrazione, ritorna il principio secondo cui non si può indagare la bontà della scelta operata dalla società convenuta di muoversi in un senso piuttosto che in un altro, atteso che una simile indagine esula dal sindacato del giudice, il quale non si può spingere ad accertare se la scelta datoriale sia derivata da validi ed apprezzabili motivi di ordine economico o di strategia imprenditoriale.

In conclusione, la domanda risarcitoria non può essere accolta.

Motivi di equità, tenuto conto della complessità dell'indagine istruttoria (testimoniale e documentale), nonché della circostanza che la ricorrente, licenziata agli albori della riorganizzazione attuata dal datore di lavoro, evidentemente non ebbe modo di conoscerne i precisi contorni, inducono a dichiarare interamente compensate tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando in contraddittorio delle parti, rigetta il ricorso proposto dalla signora X nei confronti della società Y e dichiara interamente compensate tra le parti le spese di lite.

(2) *Un La questione in merito alla quale è stato chiamato a pronunciarsi il giudice del lavoro del Tribunale di Bergamo attiene al giustificato motivo oggettivo di licenziamento e all'opportunità delle scelte imprenditoriali. La sentenza in epigrafe contiene una digressione sui principi regolatori in materia e offre lo spunto per riprendere, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali, alcune concetti fondamentali.*

Come noto, l'art. 3 della Legge N. 604 del 15 luglio 1966 contiene la nozione

di giustificato motivo oggettivo, tipologia di licenziamento individuale che il datore di lavoro adotta, in alternativa rispetto all'esistenza di una causa di tipo soggettivo dettata da circostanze riconducibili alla "responsabilità" del prestatore, allorquando lo stesso invochi a sostegno della cessazione del rapporto di lavoro esigenze oggettive d'impresa, che il legislatore meglio definisce con l'espressione "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

La Corte di Cassazione, tornata di recente ad esprimersi sulla definizione in parola, confermando l'orientamento prevalente, ha affermato che: "Nella nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento deve ricondursi anche l'ipotesi del riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa, deciso dall'imprenditore non semplicemente per un incremento del profitto, ma per far fronte a sfavorevoli situazioni, non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva, tanto da imporre un'effettiva necessità di riduzione dei costi" (Cass. civ., sez. lav., sent. del 09 luglio 2012, n.11465, in Diritto e Giustizia, 09 luglio 2012).

Qualora il lavoratore, come nel caso in esame, sollevi la questione dell'illegittimità del licenziamento e domandi all'autorità giudiziaria l'accertamento sull'inesistenza delle esigenze di carattere tecnico, produttivo ed organizzativo poste alla base del recesso datoriale, è bene evidenziare che due sono gli aspetti, sotto il profilo processuale, di maggiore rilevanza rispetto ai quali è utile soffermarsi.

Anzitutto, per quanto attiene la distribuzione dell'onere probatorio, se, per un verso, il lavoratore è tenuto a provare unicamente l'esistenza del licenziamento,

per altro verso, il datore di lavoro è gravato della duplice prova circa la riferibilità del licenziamento ad iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo ed organizzativo e circa l'impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la qualifica da costui rivestita (c.d. "repêchage"). Sicché, rispetto a quest'ultimo elemento, l'azienda deve dimostrare di avere fatto tutto il possibile per ricollocare altrove il lavoratore privato del posto soppresso risultando tuttavia impossibile una diversa utilizzazione di quest'ultimo in altro posto equivalente che egli sarebbe stato in grado di ricoprire. Peraltro, concernendo un fatto negativo, la prova sull'impossibilità di "repêchage" si ritiene vada assolta mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi, quali la circostanza che i residui posti di lavoro relativi a mansioni equivalenti fossero, al tempo del recesso, stabilmente occupati, ovvero che dopo il licenziamento e per un congruo periodo l'azienda non abbia proceduto a nuove assunzioni nella stessa qualifica (Cfr. Tribunale di Bari, sez. lav., sent. Del 13 ottobre 2011, in www.giurisprudenzabarese.it).

Sulla base di una recente sentenza della Suprema Corte, l'onerosità di tale prova risulta ridimensionata, non dovendo questa essere intesa "in modo rigido, dovendosi esigere dallo stesso lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento di un possibile repêchage, mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato e conseguendo a tale allegazione l'onere del datore di lavoro di provare la non utilizzabilità nei posti suddetti" (Cass.civ., sez. lav., sent. del 08 febbraio 2011, n. 3040, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, f. 2, p. 198.).

Altro aspetto di interesse è relativo ai confini del sindacato del giudice, che non

possono estendersi al vaglio nel merito della scelta dei criteri dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. Il precetto costituzionale sancisce l'assoluta libertà circa il se, il come ed il quanto dell'impresa e, per conseguenza, implica che il controllo giurisdizionale non possa riguardare l'opportunità della decisione economica ed organizzativa che ha determinato i singoli recessi.

Il Tribunale di Bergamo, nel caso di specie, ha, dapprima, effettuato una ricognizione sulla posizione professionale ricoperta dalla ricorrente e, in che modo, questa fosse stata rivista alla luce della forte crisi di settore; a seguito di tale verifica, l'autorità giudiziaria ha poi accertato se vi fosse la possibilità per la società convenuta di assegnare altre mansioni alla lavoratrice.

L'azienda, assolvendo pienamente l'onere probatorio, ha dimostrato, sia documentalmente che testimonialmente, la diminuzione dell'attività lavorativa nel reparto a cui la lavoratrice era adibita, la scarsità di domanda proveniente dalla clientela rispetto a quella specifica prestazione e, sotto il profilo del "repêchage", la circostanza che le mansioni svolte dalla ricorrente fossero poi state assorbite nelle competenze, più ampie, di altri impiegati. L'impossibilità di adibire la lavoratrice ad altri reparti, come accertato, è dipesa anche dal fatto che non vi fossero posizioni professionali libere data la crisi di settore che in generale aveva colpito l'azienda nel complesso, circostanza confermata dalla pluralità di licenziamenti per giustificato motivo operati dalla società dopo il licenziamento della ricorrente, dalle dimissioni rassegnate da parte del personale e dall'assenza di nuove assunzioni.

Il giudice ha poi integrato il quadro emerso con altri elementi, quali la minore anzianità della ricorrente ed il carattere

altamente specifico e settoriale delle mansioni da quest'ultima svolte.

Alla luce di questi stessi elementi e, in particolare, sulla scorta della soppressione delle mansioni assegnate alla lavoratrice e dello smantellamento del reparto in cui la stessa operava, il Tribunale di Bergamo ha concluso per il rigetto anche della seconda domanda oggetto di ricorso, relativa al risarcimento del danno determinato dal mancato collocamento della lavoratrice in Cassa Integrazione Guadagni in deroga, essendo la stessa stata licenziata due mesi prima dell'avvio della procedura.

Sul punto, in sentenza si sottolinea la funzione della Cassa Integrazione Guadagni, procedura a cui l'impresa può ricorrere per fronteggiare situazioni contingenti e temporanee di crisi solo rispetto alle posizioni lavorative che si intendono mantenere vive, non anche per le posizioni concernenti attività oramai divenute superflue ed esuberanti. Diversamente, l'impresa può incorrere nel rischio di un utilizzo deviato e non congruo di questo strumento legislativo, il cui fine proprio è quello di salvaguardare l'occupazione in un momento di instabilità temporanea rispetto alle attività per le quali il futuro riserva una tendenziale ripresa.

In conclusione, si ritiene che la pronuncia del Tribunale di Bergamo risulti in linea con i principi sanciti in giurisprudenza, anche dalle più recenti sentenze della Corte di Cassazione.

Brevi cenni alla riforma Fornero.

Infine, si rammenta che dall'entrata in vigore della Legge N. 92 del 28 giugno 2012 la disciplina sui licenziamenti è stata parzialmente modificata. Gli interventi operati dal legislatore sulla disciplina licenziamento per giustificato motivo oggettivo risultano finalizzati - principalmente, ma non esclusivamente - a trasformare il regime sanzionatorio, il quale

risulta ora articolato secondo due differenti regimi: il regime di tipo "forte", consistente nel diritto alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, ed il regime di tipo "debole" caratterizzato da una sanzione meramente economica. La distinzione operata dalla legge N. 92 non poggia su dati tendenzialmente oggettivi, come il numero dei dipendenti dell'azienda, dato già utilizzato dal legislatore per circoscrivere l'ambito della tutela meramente obbligatoria, separandolo dall'area della tutela reale, ma discende dalla "gravità del vizio del licenziamento".

Per quanto poi riguarda l'ipotesi specifica di licenziamento per ragioni tecniche, organizzative e produttive è prevista una tutela meramente economica: infatti, il comma VII del nuovo art. 18, St. Lav., prevede che il giudice dichiari risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanni il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva (Sul punto si veda: TOPO A., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento per la riforma Fornero*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, Milano, Ipsoa, 10, 2012, pp. 884-892.). La tutela obbligatoria lascia però spazio alla tutela reintegrativa laddove risulti accertata l'insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento.

Nota a cura di:
Studio Legale Minervini
Bergamo - Via Ghislanzoni, 15

Tribunale di Bergamo sentenza n. 1679 del 9 luglio 2012 - Estensore Cassia (nomina RSU)

Non può ravvisarsi una condotta antisindacale nel comportamento di quel datore di lavoro che, a fronte d un conflitto fra le diverse sigle sindacali in ordine

all'interpretazione dei risultati elettorali per la nomina delle RSU, non riconosca quale membro della RSU un soggetto diverso, nel caso di specie indicato unilateralmente da FIOM CGIL, da quello proclamato eletto dalla Commissione Elettorale. (3)

REPUBBLICA ITALIANA
IL TRIBUNALE DI BERGAMO
SEZIONE LAVORO

In composizione monocratica in persona del dott. Sergio Cassia in funzione di Giudice del Lavoro, a scioglimento della riserva assunta il 27 giugno 2012, ha pronunciato il seguente

DECRETO

nel procedimento di ex art. 28 l. 300/1970 n. 1679/12 R.G. promosso da FIOM CGIL di Bergamo, con sede a Bergamo, in persona del legale rappresentante pro tempore, con i procc. Prof. Avv. ... e avv. ... ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. ...

Svolgimento del processo

Con il ricorso depositato il 31 maggio 2012, FIOM - CGIL esponeva:

- che, in data 28 febbraio 2012, si tenevano le elezioni per il rinnovo delle RSU nello stabilimento della società convenuta in ..., con la redazione di due distinti verbali della commissione elettorale, inviati alla società da FIOM - CGIL r FIM - CISL;
- che, in data 8 marzo 2012, la società convenuta comunicava a FIOM e FIM "che, in assenza, sino ad oggi, di una comunicazione di nomina da parte della Commissione elettorale che riporti in allegato un verbale conforme al disposto dell'art. 19 comma 1 dell'A.I. del 23 dicembre 1993, nonché nelle more di un eventuale pronunciamento da parte del Comitato dei Garanti, alle cui

valutazioni la ns. società si rimette, si riconoscerà, a far data della presente lettera, la RSU del sito di ... nei nominativi dei soli candidati che sono stati espressamente indicati dalla totalità dei componenti della Commissione elettorale, unico criterio rispondente al dettato dell'A.I. 23 dicembre 1993";

- che, in data 15 marzo 2012, il Comitato dei Garanti assegnava il seggio corrispondente alla quota riservata a un rappresentante di FIM-CISL;
- che il comportamento della società convenuta, consistito nel mancato riconoscimento del delegato sindacale FIOM - CGIL per la quota riservata, era antisindacale, avendo la O.S. ricorrente diritto alla nomina stessa, in base all'A.I. 1-20 dicembre 1993 e al protocollo 23 luglio 1993.

Tanto premesso, FIOM - CGIL proponeva ricorso ex art. 28 l. 300/1970 avanti a questo Tribunale per:

- a) dichiarare l'obbligo della società di rispettare i diritti sindacali ex titolo III l. 300/1970, A.I. 1-20 dicembre 1993, accordo RSU 2 febbraio 1994 e CCNL Metalmeccanico 20 gennaio 2008;
- b) dichiarare l'antisindacabilità del comportamento della società convenuta, consistente nel mancato riconoscimento nella RSU aziendale del rappresentante FIOM e, conseguentemente, ordinare alla società convenuta di rimuovere gli effetti del comportamento stesso;
- c) disporre la pubblicità del decreto sulla bacheca sindacale e sulla stampa locale e nazionale.

Si costituiva in giudizio la resistente, eccependo il difetto di interesse ad agire della O.S. ricorrente, l'inammissibilità della

domanda e contestando, nel merito, la fondatezza del ricorso.

Il Giudice si riservava la decisione.

Motivi della decisione

La domanda è infondata e va, pertanto, respinta.

A mente dell'A.I. 20 dicembre 1993 per la costituzione delle RSU:

- a) le RSU sono costituite ad iniziativa delle OO.SS. qualificate o dalla RSU uscente (art. I.1);
- b) le RSU subentrano nella titolarità dei diritti, permessi, libertà sindacali e tutele già previsti dal titolo III l. 300/1970 in favore delle RSA (art. I.4);
- c) l'elezione della RSU è indetta dalla RSU uscente, con comunicazione affissa nell'albo e inviata alla direzione aziendale (art. II.1);
- d) all'elezione della RSU possono concorrere liste elettorali presentate da OO.SS. qualificate (art. II.4);
- e) in caso di mancato raggiungimento del quorum, la commissione elettorale e le OO.SS. prendono ogni determinazione in ordine alla validità della consultazione (art. II.2);
- f) al fine di assicurare l'ordinato e corretto svolgimento della consultazione, nelle singole attività produttive viene costituita una commissione elettorale, formata da un designato per ogni O.S. abilitata alla presentazione di liste (art. II.5)
- g) la commissione elettorale ha il compito di verificare la valida presentazione delle liste, costituire i seggi elettorali e assicurare la correttezza delle operazioni di voto e scrutinio, esaminare e decidere su eventuali ricorsi e proclamare i risultati delle elezioni (art. II.6);
- h) la direzione aziendale mette a disposizione della commissione elettorale l'elenco dei dipendenti aventi diritto al voto nella singola unità produttiva e quanto necessario a consentire il corretto svolgimento;
- i) al termine dello scrutinio, il verbale, con l'indicazione delle eventuali contestazioni, è consegnato alla commissione elettorale (art. II.17);
- j) la commissione elettorale procede all'assegnazione dei seggi e alla redazione di un verbale delle operazioni, sottoscritto da tutti i componenti della commissione (art. II.19);
- k) la commissione elettorale decide sui ricorsi (art. II.19);
- l) la commissione elettorale forma successivamente un verbale di conferma dell'assegnazione dei seggi, con l'indicazione della decisione sugli eventuali ricorsi proposti; copia del verbale va comunicata all'Associazione industriale territoriale, che, a sua volta, ne dà pronta comunicazione all'azienda (art. II.19);
- m) contro le decisioni della commissione elettorale è ammesso ricorso innanzi al comitato dei garanti, composto da un membro designato da ciascuna delle organizzazioni sindacali, presentatrici di liste, interessate al ricorso, da un rappresentante dell'associazione industriale locale di appartenenza, ed è presieduto dal Direttore dell'UPLMO (art. II.20);
- n) la nomina, a seguito di elezione o designazione, dei componenti della RSU, una volta definiti gli eventuali ricorsi, sarà comunicata per iscritto alla direzione aziendale per il tramite della locale organizzazione imprenditoriale di appartenenza a cura delle organizzazioni sindacali di rispettiva appartenenza dei componenti (art. II.21);

Ebbene, dalle disposizioni contrattuali di cui sopra emerge chiaramente che:

- a) l'iniziativa per la costituzione delle RSU, la presentazione delle liste, lo svolgimento delle operazioni di voto e scrutinio, il controllo sulla regolarità delle operazioni, la decisione di eventuali ricorsi e la proclamazione degli eletti sono riservate alle OO.SS. abilitate ai sensi del medesimo A.I. ovvero soggetti comunque di esclusiva espressione sindacale (RSU, commissione elettorale);
- b) il datore di lavoro è tenuto unicamente a consentire e favorire l'ordinato svolgimento delle operazioni e ricevere la comunicazione della commissione elettorale contenente la proclamazione degli eletti;
- c) eventuali ricorsi in ultima istanza devono essere proposti al comitato dei garanti, organo espressione delle parti sociali stipulanti l'A.I., integrato da un presidente super partes.

Il datore di lavoro, in particolare, non ha alcun autonomo potere di controllo sulla validità delle elezioni o, comunque, di sindacato dei risultati delle stesse. Eventuali ricorsi sono definitivamente decisi dal comitato dei garanti.

Sul punto, l'argomento della O.S. ricorrente (peraltro, sviluppato solo in sede di discussione orale) è fallace. Il fatto che le Associazioni datoriali siano parte dell'A.I., nel quale sono disciplinate le modalità di elezione, non implica ex se il sorgere - in capo alle stesse e ai datori di lavoro associati - di una posizione di obbligo (o garanzia) sul concreto rispetto della disciplina stessa.

Anzi, è la stessa prospettazione dell'O.S. ricorrente - tesa a delineare un'ingerenza del datore di lavoro nella proclamazione degli eletti, mediante il riconoscimento dei rappresentanti eletti in modo regolare (rectius, unilateralmente ritenuti tali) - a porsi in diretto contrasto con il riferito sistema pattizio di votazione,

proclamazione degli eletti e di risoluzione delle eventuali controversie, pregiudicando intollerabilmente l'autonomia delle parti sindacali nella costituzione delle RSU.

Nel caso in esame, la società convenuta si è limitata a prendere atto dei due verbali della commissione elettorale e, successivamente, della decisione del comitato dei garanti.

Tale comportamento - rispetto alla pretesa di riconoscere la qualifica di componente della RSU al rappresentante FIOM - è stato ottemperante a quanto previsto dall'A.I. 20 dicembre 1993.

Sussistono giusti motivi, tenuto conto della particolarità e novità della controversia, per compensare integralmente le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Giudice del Lavoro: 1) respinge la domanda; 2) compensa le spese di lite tra le parti.

(3) Con il decreto in commento, che si inserisce nel solco tracciato da precedenti pronunce di merito di egual segno (Decreto del Tribunale di Bergamo in data 7.09.2010, Giudice del Lavoro Dott.ssa Giuseppina Finazzi, nella causa n.906/10 R.G.), il Tribunale di Bergamo ha respinto il ricorso promosso da FIOM -CGIL per la dichiarazione dell'antisindacalità del comportamento della società convenuta, consistente nell'asserito mancato riconoscimento nella RSU aziendale di un rappresentante FIOM.

La vertenza origina dalle elezioni per il rinnovo delle RSU nello stabilimento della società convenuta, conclusesi con la redazione di due distinti verbali da parte della Commissione Elettorale, l'uno di FIOM CGIL e l'altro di FIM-CISL: il risultato indicato nei due distinti verbali risultava identico, ma diversa era

l'interpretazione del risultato da parte delle due sigle sindacali.

Nel caso deciso dalla pronuncia in esame, in presenza di due distinti verbali, la società convenuta, richiamando l'art. 19 comma I dell'accordo interconfederale del 23 dicembre 1993, ai sensi del quale "La Commissione elettorale, sulla base dei risultati di scrutinio, procede alla assegnazione dei seggi e alla redazione di un verbale sulle operazioni elettorali, che deve essere sottoscritto da tutti i componenti della Commissione stessa", dichiarava di riconoscere quali componenti della RSU solo i candidati espressamente indicati dalla totalità dei componenti della commissione elettorale, volendo attendere per il terzo componente il pronunciamento del comitato dei garanti.

FIOM-CGIL ravvisava nel mancato riconoscimento del proprio delegato una violazione delle proprie prerogative sindacali, assumendo di avere diritto alla nomina in base alle previsioni contenute nell'accordo interconfederale del 1-20 dicembre 1993 ed al protocollo del 23 luglio 1993.

La questione nodale attiene alla individuazione del ruolo che la disciplina contrattuale di settore attribuisce ai datori di lavoro per quanto attiene la costituzione della RSU.

L'assunto di FIOM-CGIL muove proprio da un'errata valutazione del ruolo attribuito dal citato Accordo Interconfederale al datore di lavoro.

Il decreto in esame, la cui motivazione ripercorre i tratti essenziali dell'Accordo Interconfederale del 20 dicembre 1993 per la costituzione delle RSU, ben evidenzia la fallacia della tesi del sindacato.

Il Tribunale, nello specifico, ha evidenziato che:

- l'iniziativa per la costituzione delle RSU, la presentazione delle liste, lo

svolgimento delle operazioni di voto e scrutinio, il controllo sulla regolarità delle operazioni, la decisione di eventuali ricorsi e la proclamazione degli eletti sono riservati unicamente alle OO.SS abilitate ovvero a soggetti comunque di esclusiva espressione sindacale;

- il datore di lavoro è tenuto unicamente a consentire e favorire l'ordinato svolgimento delle operazioni ed a ricevere la comunicazione della commissione elettorale contenente la proclamazione degli eletti;

- eventuali ricorsi in ultima istanza devono essere proposti al comitato dei garanti, organo espressione delle parti sociali stipulanti l'accordo interconfederale, integrato da un presidente super partes.

Il Tribunale, inoltre, dopo aver ricostruito la disciplina contenuta nell'accordo interconfederale, ha sottolineato come in esso non vi sia alcuna disposizione che comporti il sorgere ex se, in capo alle associazioni datoriali e ai datori di lavoro associati, una posizione di obbligo o di garanzia sul concreto rispetto della disciplina pattizia.

Le considerazioni del Tribunale sul ruolo attribuito dagli accordi interconfederali ai datori di lavoro sono assolutamente condivisibili e appaiono conformi alla disciplina pattizia.

Gli Accordi Interconfederali, infatti, alla cui osservanza sono obbligate le aziende associate alle organizzazioni datoriali, regolano la costituzione delle RSU esclusivamente all'interno della dialettica sindacale e non consentono alcuna interferenza da parte del datore di lavoro.

Il datore di lavoro non può che limitarsi a prendere atto della "nomina, a seguito di elezione o designazione, dei componenti delle RSU una volta definiti gli eventuali ricorsi" (art. 21 dell'Accordo interconfederale 1-20/12/1993).

L'Accordo interconfederale 1-20/12/1993 detta specifiche regole per risolvere le contestazioni relative alle elezioni delle RSU, mediante il ricorso dapprima alla Commissione Elettorale (art. 19) e poi al Comitato dei garanti (art.20), con implicita esclusione del potere del datore di lavoro di evocare a sé, anche in caso di inerzia, le prerogative attribuite ai predetti organi.

Il Tribunale, quindi, ha correttamente escluso in capo ai datori lavoro dell'obbligo di garantire il rispetto degli Accordi Interconfederali, tesi quest'ultima sostenuta da FIOM CGIL nel proprio ricorso.

La sottoscrizione dell' Accordo interconfederale anche da parte di delle associazioni datoriali, infatti, comporta che le aziende associate diventino "debitrici" nei confronti delle organizzazioni sindacali solo nei limiti delle obbligazioni che nell'accordo stesso vengono poste a loro carico; tra queste obbligazioni vi è certamente quella di riconoscere i risultati delle elezioni proclamati dalla Commissione Elettorale "una volta definiti gli eventuali ricorsi", ma altrettanto certamente non vi è quella di sostituirsi agli organi preposti per la definizione dei ricorsi e, comunque, di risolvere i contrasti insorti tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori.

Il tema del ruolo dei datori di lavoro nell'elezione delle RSU è stato affrontato, con argomentazioni egualmente convincenti, anche in altre recenti pronunce del Tribunale di Bergamo.

Si segnala, in particolare, il decreto del Tribunale di Bergamo in data 7.09.2010, Giudice del Lavoro Dott.ssa Giuseppina Finazzi, con il quale è stata definita la causa n. 906/2010 R.G. introdotta da FIOM-CGIL per un caso analogo a quello trattato dalla sentenza in commento.

Ebbene, nella motivazione della citata

pronuncia si afferma che la disciplina pattizia "(...)attribuisce alla rappresentanza unitaria il carattere di organismo autonomo, protetto da specifici strumenti di garanzia (...) su cui non può incidere l'attività della società datrice di lavoro, neppure per quanto attiene alla sua costituzione".

E' la Commissione Elettorale, dunque, il solo soggetto al quale è attribuito il compito di assegnare i seggi e quindi di proclamare i risultati delle elezioni; al datore di lavoro è invece preclusa qualsivoglia possibilità di intervento sull'operato di tale organo.

Del resto, se si riconoscessero ai datori di lavori, come preteso da FIOM CGIL, poteri di ingerenza o controllo sulla costituzione della RSU, verrebbe pregiudicata l'autonomia attribuita a questo organismo ai fini della realizzazione della sua funzione di rappresentanza dei lavoratori e di protezione dei loro interessi: ciò, come rilevato nella pronuncia in esame, si porrebbe in contrasto con il sistema pattizio di votazione, proclamazione degli eletti e risoluzione delle controversie, pregiudicando l'autonomia delle parti sindacali nella costituzione della RSU.

Sulla base delle argomentazioni sopra richiamate il Tribunale di Bergamo, con il decreto in esame, ha respinto il ricorso di FIOM CGIL, non avendo ravvisato nel comportamento del datore di lavoro una condotta antisindacale sotto il profilo dell'elemento oggettivo. Pertanto, non avendo ritenuto sussistente l'elemento oggettivo, il Tribunale ha ommesso l'esame della condotta datoriale sotto il profilo dell'elemento soggettivo.

* * *

In conclusione, nel caso di contrasto fra le diverse single sindacali in ordine all'esito delle elezioni per la nomina dei componenti le RSU, al datore di lavoro

non competente alcun potere di intervento, controllo ed interpretazione dei risultati elettorali.

Tali compiti spettano in via esclusiva agli organi a ciò preposti dalla disciplina pattizia, ossia alla commissione elettorale ed al comitato dei garanti.

Un intervento da parte dei datori di lavori per la risoluzione dei conflitti sorti in ordine all'interpretazione del risultato elettorale rappresenterebbe un'illegittima interferenza, tale da ledere, questa sì, l'autonomia e le prerogative sindacali.

Pertanto, non può ravvisarsi una condotta antisindacale nel comportamento di quel datore di lavoro che, a fronte d un conflitto fra le diverse sigle sindacali in ordine all'interpretazione dei risultati elettorali per la nomina delle RSU, non riconosca quale membro della RSU un soggetto diverso, nel caso di specie indicato unilateralmente da FIOM CGIL, da quello proclamato eletto dalla Commissione Elettorale.

Nota a cura di:

Studio Legale Gelmini.

Bergamo - Via Masone, 19

Tribunale di Bergamo decreto n. 734 del 26 luglio 2012 - Estensore Corvi (trattamenti retributivi)

La concessione, con pattuizione individuale, di un trattamento retributivo ad un dirigente nettamente superiore ai minimi contrattuali può consentire di ritenere tale importo come destinato a retribuire anche il disagio derivante da numerosi spostamenti che il lavoratore deve effettuare nell'esercizio delle proprie mansioni, quindi inclusivo del compenso previsto dal CCNL a titolo indennitario. (4)

REPUBBLICA ITALIANA

TRIBUNALE DI BERGAMO

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Bergamo in funzione di giudice monocratico del lavoro in persona della dott.ssa Angela Corvi ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa di lavoro n. 1129/2007 R.G. promossa

Da: B.T., con l'avv. ... , giusta procura in calce al ricorso

- ATTORE

Contro: F.I. SPA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con gli avv.ti ... e ... giusta procura a margine della memoria difensiva

CONVENUTA

Oggetto: differenze retributive, impugnativa licenziamento

Conclusioni delle parti: come da rispettivi atti

Causa chiusa a sentenza: il 26-7-2012

Svolgimento del processo:

con ricorso depositato in data 2-7-2007, B.T. esponeva che: 1) aveva lavorato per la convenuta a far data dal 2-1-1998, quale Responsabile dei servizi comuni di stabilimento, con la qualifica di quadro; 2) nello svolgimento della sua attività, rispondeva direttamente all'amministratore delegato della società, ing. M., ed effettuava numerose trasferte all'estero; 3) dal 1-8-2003 veniva formalmente inquadrato come dirigente, e gli veniva assegnato l'incarico di Responsabile settore AFC, presso lo stabilimento di Dubai della convenuta; 4) gli veniva conseguentemente aumentata la retribuzione e otteneva numerosi *fringe benefits*; 5) per tre anni quindi la sua sede di lavoro diventava lo stabilimento di Dubai, dove lavorava 7 giorni su 7 e per 12-13 ore giornaliere; 6) il 2-8-2006 gli veniva comunicata la cessazione del periodo di trasferimento presso lo stabilimento di Dubai; 7) in data 11-8-2006 veniva licenziato. Ciò premesso, il ricorrente

chiedeva che fosse accertata l'illegittimità del trasferimento disposto il 2-8-2006, nonché del licenziamento intimato in data 11-8-2006, con tutte le conseguenze di legge; chiedeva altresì che fosse accertato che egli aveva svolto le mansioni di dirigente anche prima della formale promozione dell'agosto del 2003, con conseguente condanna della convenuta a corrispondergli tutte le differenze retributive, oltre l'indennità per mancato godimento delle ferie e l'indennità di trasferimento *una tantum*. Il tutto, oltre alla rivalutazione e agli interessi e con vittoria di spese.

La F.I. spa si costituiva tempestivamente, contestando la natura dirigenziale delle mansioni svolte dall'assunzione e fino al 1-8-2003 e sostenendo la giustificata del licenziamento intimato al ricorrente; chiedeva quindi il rigetto del ricorso, con vittoria di spese.

Dopo l'istruttoria, la causa veniva discussa e decisa all'odierna udienza, con pubblica lettura della sentenza con motivazione contestuale.

Motivi della decisione

Il dirigente è colui che, preposto alla direzione dell'impresa o di un suo ramo o settore autonomo, esercita funzioni di elevata responsabilità e connotata da ampi poteri decisionali, che lo mettono in condizione di influenzare la vita stessa dell'azienda o di una sua parte autonoma.

In questi termini, ha osservato a più riprese la Corte di Cassazione, che la figura del dirigente è caratterizzata dall'autonomia e discrezionalità delle decisioni e dalla mancanza di una vera e propria dipendenza gerarchica, nonché dall'ampiezza delle funzioni, tali da influire sulla conduzione dell'intera impresa o anche di una parte autonoma di essa.

Nel concetto espresso dalla Suprema Corte, in altre parole, il dirigente si caratterizza per il ruolo eminentemente

direttivo e decisionale delle mansioni ricoperte, che esercita in maniera autonoma e discrezionale, con il solo limite di attenersi alle finalità aziendali, nonché per l'incidenza diretta delle sue decisioni sullo sviluppo e sull'andamento stesso dell'impresa. (v. *ex plurimis* Cassazione 10.03.2010, n. 5809).

Nel caso di specie, dall'istruttoria è emerso che il Brugna, già dalla data di assunzione, svolgeva mansioni riconducibili all'inquadramento dirigenziale, e caratterizzate da ampia responsabilità ed autonomia nella realizzazione degli obiettivi aziendali.

Il teste M., amministratore delegato della convenuta all'epoca dei fatti, a tal proposito ha dichiarato che il Brugna "era responsabile dei servizi comuni di stabilimento, all'interno della direzione logistica - da prima" e cioè precedentemente alla promozione del 2003, "aveva le sue responsabilità, una sua autonomia, faceva le sue scelte aveva delle funzioni sotto di lui (trasporti, logistica, sicurezza). Ad esempio, ha fatto consorzio l'azienda con altre società dell'isola - ciò ha comportato una costituzione di una forma giuridica dinanzi al notaio, egli aveva ideato tutto, anche la forma giuridica, contattando in autonomia gli altri enti. Avrebbe dovuto riferire solo a me e si è mosso in autonomia". Il M. ha pure aggiunto che il B.T. effettuò altre scelte in piena autonomia, pur non ricordando i dettagli delle varie operazioni.

Lo stesso teste ha precisato che la scelta di promuovere il ricorrente solo nel 2003 non dipese dall'assegnazione di nuove e più importanti mansioni, ma dalla necessità di contenere i costi e rispettare gli equilibri fra le figure dirigenziali già esistenti ("la mia tendenza era di non creare troppe figure dirigenziali, per risparmio dei costi e strategie affini Ho dovuto aspettare

l'occasione del distacco a Dubai per il passaggio alla qualifica dirigenziale ... a volte non si creano le condizioni nell'organigramma per creare subito un dirigente e a volte sono scelte politiche").

Queste dichiarazioni sono state in sostanza confermate dagli altri testi (dich. Ricci, direttore generale della FBM: "l'ing. B.T. era responsabile dei nuovi impianti e si occupava degli investimenti nel campo macchinari e attrezzatura. Lui riferiva a me ma aveva la sua autonomia"; dich. Presciuttini: "il ricorrente faceva capo direttamente all'amministratore delegato ing. Manisco - era all'epoca dirigente come me e aveva autonomia decisionale").

Quanto agli eventi dell'agosto del 2006, debbono respingersi tutte le domande relative al ri-trasferimento presso la sede italiana, comunicato il 2-8-2006 (risarcimento danni, indennità una tantum, rimborso spese): se si tratta infatti di circostanze superate dalla missiva del 11-8-2006, con cui la resistente comunicò al B.T. la cessazione del rapporto.

Quanto al licenziamento, è noto che il rapporto di lavoro del dirigente non è assoggettato alle norme limitative dei licenziamenti individuali.

Per classificarne i presupposti si è coniata la nozione di "giustificatezza" posta dalla contrattazione collettiva. Essa non coincide con quella di giustificato motivo di licenziamento, contemplata dall'art. 3 della stessa legge n. 604 del 1966.

Ne consegue che, *"ai fini dell'indennità supplementare prevista dalla contrattazione collettiva in caso di licenziamento del dirigente, la suddetta "giustificatezza" non deve necessariamente coincidere con l'impossibilità della continuazione del rapporto di lavoro e con una situazione di grave crisi aziendale tale da rendere impossibile o particolarmente onerosa tale prosecuzione, posto che il principio di*

correttezza e buona fede, che costituisce il parametro su cui misurare la legittimità del licenziamento, deve essere coordinato con quello di iniziativa economica, garantita dall'art. 41 Cost., che verrebbe realmente negata ove si impedisse all'imprenditore, a fronte di razionali e non arbitrarie ristrutturazioni aziendali, di scegliere discrezionalmente le persone idonee a collaborare con lui ai più alti livelli della gestione dell'impresa" (Cass., sez. lav. 20 dicembre 2006, n. 27197).

Il medesimo principio è stato recentemente ribadito dalla suprema Corte, secondo cui *"il licenziamento individuale del dirigente d'azienda può fondarsi su ragioni oggettive concernenti esigenze di riorganizzazione aziendale, che non debbono necessariamente coincidere con l'impossibilità della continuazione del rapporto o con una situazione di crisi tale da rendere particolarmente onerosa detta continuazione, dato che il principio di correttezza e buona fede, che costituisce il parametro su cui misurare la legittimità del licenziamento, deve essere coordinato con la libertà di iniziativa economica, garantita dall'art. 41 Cost."* (Cass., sez.lav., 8-3-2012, n. 3628).

Dall'istruttoria è emerso che la scelta di licenziare il B.T. fu la conseguenza di una profonda riorganizzazione ai vertici dell'azienda, dovuta la subentro della nuova proprietà malese, la quale decise di modificare la ripartizione delle responsabilità fra le varie figure apicali e di sostituirlle i titolari con altri soggetti (dich. Manisco: *"alla fine del 2005 tutta la F.I. spa è stata venduta interamente alla K..... R. è diventato direttore generale ... io sono stato destituito dalla carica di amministratore delegato [che è] divenuto il sig. L. malese"*; dich. R.: *"con il cambio di proprietà la figura principale diventa il sig. Lee.... a seguito dell'acquisizione, tutte le società sono state ristrutturate, con lo*

sodoppiamento delle responsabilità operative da quelle finanziarie”; dich. Z.: “nel 2006 vi fu una riorganizzazione dello stabilimento di Dubai, a seguito dell’entrata nel capitale sociale della FBM di un’altra azienda la stessa azienda procedette quindi alla riorganizzazione aziendale complessiva - la decisione di mandare via il ricorrente fu una conseguenza della riorganizzazione aziendale”).

Per quanto riguarda in particolare il ricorrente, la sua posizione a Dubai venne eliminata perché di decise di gestire la parte tecnica (di cui il B.T. era responsabile) direttamente dall’Italia, facendo quindi a meno di un referente sul posto. Queste funzioni, sia per Dubai che per Terno D’Isola, vennero accorpate nelle responsabilità del Ricci, direttore generale. Il ricorrente poi non fu sostituito (dich. R. L.).

Il licenziamento deve quindi ritenere giustificato, poiché rientrava certamente nei poteri del nuovo imprenditore, ex art. 41 Cost., riorganizzare l’azienda ed assegnare i ruoli dirigenziali a soggetti che godessero della sua fiducia.

Venendo alle differenze retributive spettanti al ricorrente in ragione dell’effettivo inquadramento, deve in primo luogo respingersi l’eccezione di prescrizione sollevata dalla convenuta, dal momento che, come è noto, il rapporto di lavoro dirigenziale non gode delle garanzie di stabilità.

Il CTU ha quantificato le somme spettanti al ricorrente, in costanza dell’intero rapporto, in € 619.897,76, conteggiando la tredicesima mensilità, l’indennità di preavviso e il TFR.

Da tale somma va detratta l’indennità giornaliera di trasferta, conteggiata dal CTU a partire dall’agosto del 2003.

Ed infatti, l’assegnazione del B.T. alla sede di Dubai, avvenuta in tale periodo, non aveva carattere provvisorio e temporaneo;

si trattava invece di uno spostamento definitivo e senza limiti di tempo, e cioè di un vero e proprio trasferimento. D’altra parte, non si può parlare nemmeno di distacco (come sostiene la resistente), che presuppone l’esistenza di due imprese, aventi distinta personalità giuridica (cfr. art. 30 d.lgs. 276/2003): è dimostrato che, quantomeno al momento dell’inizio del ricorrente negli Emirati Arabi, la sede di Dubai era una articolazione della F.I. e non una società autonoma (cfr. dich.: M. e Z.).

Al ricorrente spetta quindi l’indennità di trasferimento *una tantum*, prevista dall’art. 14 CCNL, mentre non gli è dovuta l’indennità per le ferie non godute, non essendo stato provato il presupposto del diritto.

La somma spettante al ricorrente è quindi pari a € 563.015,95 (€ 619.897,76 - 85.448,78 + 28.566,97).

Tuttavia, lo stesso CTU ha accertato che la convenuta ha corrisposto al Brugna, nel corso dell’intero rapporto, la superiore somma di € 736.316,70: ragione per cui non esistono differenze retributive in favore di quest’ultimo.

Quanto all’indennità per le trasferte precedenti all’agosto del 2003 - non contestate - si osserva quanto segue.

Posto che le parti hanno concordato una retribuzione nettamente superiore ai minimi contrattuali (sulla volontarietà di tale scelta non possono esservi dubbi, dal momento che la FBM non ha mai allegato un proprio errore in tal senso), si deve ritenere che la stessa fosse destinata a retribuire pure il disagio derivante dai numerosi spostamenti all’estero. Per tali motivi, l’indennità di cui al CCNL non è dovuta, dovendosi ritenere assorbita nel compenso concordato.

Infine, non spetta nemmeno il c.d. danno previdenziale, posto che, secondo la consolidata giurisprudenza, questo si verifica solo quando si realizza il duplice

presupposto della inadempienza contributiva del datore di lavoro e della perdita totale o parziale della prestazione previdenziale (tra le altre, Cass., sez. lav., 26-8-2003, n. 12517).

In definitiva, le domande del B.T. vanno respinte. In considerazione della complessità della questione, è dell'accertamento della natura dirigenziale del rapporto già a partire dal 1998, va disposta la compensazione delle spese di lite fra le parti.

Quanto alla CTU, poiché non sono emerse differenze retributive a carico del ricorrente, le relative spese, liquidate come da dispositivo, vengono poste a carico di quest'ultimo.

P.Q.M.

Il tribunale di Bergamo, in funzione di giudice monocratico del lavoro, definitivamente pronunciando il contraddittorio delle parti, ogni altra domanda e/o istanza disattesa, così provvede: 1) respinge le domande di cui al ricorso depositato da B.T. in data 2-7-2007; 2) compensa fra le parti le spese di causa; 3) pone a carico del ricorrente le spese di CTU, che liquida in € 434.68 oltre IVA e contributo al 2% in favore del CTU dott. G.M.

(4) Un lavoratore assunto da una società con la qualifica di quadro, in occasione della sua promozione a dirigente avvenuta nel 2003, veniva trasferito presso lo stabilimento di Dubai della società, ottenendo altresì l'aumento della retribuzione e numerosi fringe benefit. Dopo tre anni dal trasferimento, la società comunicava al dirigente la cessazione del periodo di permanenza all'estero e, dopo pochi giorni, lo licenziava. Sicché, il dirigente agiva in giudizio chiedendo l'accertamento dell'illegittimità del trasferimento in Italia e del licenziamento

e, ancora, chiedeva l'accertamento dello svolgimento delle mansioni di dirigente anche nel periodo della sua qualifica di quadro antecedente al 2003, con conseguente condanna della società al pagamento delle differenze retributive, dell'indennità per mancato godimento delle ferie, dell'indennità di trasferimento nonché delle indennità di trasferta e, infine, instava per la condanna della società al risarcimento del cd. danno previdenziale.

Il Tribunale ha respinto tutte le domande di cui al ricorso, pur avendo accertato che il ricorrente avesse effettivamente svolto mansioni di dirigente anche prima di essere inquadrato come tale.

In particolare, la domanda di accertamento dell'illegittimità del licenziamento è stata respinta - e, quindi, il licenziamento è stato dichiarato legittimo - stante il riconoscimento del corretto esercizio dei poteri di libera iniziativa economica dell'imprenditore sanciti dall'art. 41 Cost., che concedono a quest'ultimo un'ampia discrezionalità in tema di licenziamento del dirigente.

Con riguardo alle domande meramente economiche (aventi ad oggetto le differenze retributive, le indennità di trasferimento e di trasferta) il loro mancato accoglimento si fonda sul fatto che esse sono state tutte assorbite dalla retribuzione percepita dal ricorrente: è, infatti, emerso in causa che la retribuzione corrisposta nel corso dell'intero rapporto lavorativo non solo era nettamente superiore rispetto ai minimi contrattuali, ma era quantitativamente idonea a coprire le predette differenze retributive; l'indennità per ferie non godute, invece, non è stata riconosciuta per mancato soddisfacimento dell'onere probatorio da parte del ricorrente. Il paventato danno previdenziale, infine, è stato ritenuto infondato e insussistente.

Procedendo con l'analisi della domanda di illegittimità del licenziamento, il Tribunale ha ritenuto non sussistenti i presupposti per la declaratoria richiesta dal ricorrente.

E' opportuno premettere che la figura del dirigente presenta delle prerogative che la distinguono da qualsiasi altra categoria di lavoratori: tali specifiche prerogative si sono, ovviamente, estrinsecate in una disciplina dell'istituto altrettanto peculiare.

In primo luogo, il licenziamento del dirigente è sottratto ai limiti legali del licenziamento individuale, in forza dell'esclusione disposta dall'art. 10 L. n. 604/1966, salvo ovviamente il licenziamento discriminatorio.

La ragione di tale deroga è rinvenibile nel vincolo fiduciario che lega le parti, da intendersi non in senso puramente psicologico, bensì alla luce del principio dell'utilizzo della diligenza nell'adempimento della prestazione lavorativa, ai sensi degli artt. 1176 e 2104 cod. civ.- Questo rapporto fiduciario dà rilevanza, da un lato, al rapporto intercorrente tra i risultati conseguiti dal dirigente (suscettibili di valutazione da parte del datore) e le particolari responsabilità affidategli e, dall'altro lato, alla relativa più elevata retribuzione percepita dal dirigente stesso: il che giustifica e si compensa con la (maggiore) libertà di recesso del datore di lavoro.

Nonostante la menzionata deroga legale, il licenziamento del dirigente non è comunque immune da limiti. L'imprenditore, infatti, deve operare nel rispetto della «giustificatezza», unica condizione di legittimità impostagli. Diversamente, il licenziamento del dirigente è valido, ma il datore di lavoro deve corrispondergli una penale.

Il requisito della giustificatezza è stato elaborato e introdotto dalla contrattazione nazionale e fornisce al dirigente la

protezione non concessagli dalla legge. Essa è una clausola «a precetto generico» o «a fattispecie aperta» di cui la giurisprudenza, nel tempo, ha definito il significato mediante l'elaborazione dei criteri a cui essa deve essere parametrata. In particolare, la giustificatezza si identifica con il rispetto da parte del datore di lavoro del principio di correttezza e buona fede, nel rispetto del divieto di licenziamento discriminatorio per motivo illecito e, se presente un inadempimento, nella valutazione della sua gravità secondo il principio di proporzionalità.

Pertanto, il licenziamento del dirigente può essere supportato da qualsiasi motivo lecito, purché giustificato, vale a dire sorretto da motivi veritieri e non arbitrari (fra tutte si veda Cass. 1 febbraio 2012, n 1424).

Il principio della giustificatezza deve, poi, essere coordinato con quello della libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., che, a fronte di effettivi riassetti aziendali, assicura all'imprenditore il potere discrezionale di scegliere le persone a cui affidare ruoli direttivi nell'ambito della società (si veda, fra tutte, Cass. 8 marzo 2012, n. 3628).

Nel caso di specie, il Giudice ha rilevato che il licenziamento del dirigente era scaturito dal subentro di una nuova compagine sociale in azienda, che aveva deciso di operare delle sostituzioni nell'ambito delle figure poste in ruoli apicali.

Infatti, la società - nella sua nuova composizione - ha deciso di abolire la posizione ricoperta dal ricorrente a Dubai sulla scorta del fatto che essa sarebbe stata gestita direttamente dall'Italia, mediante il suo accorpamento con la funzione svolta dal direttore generale in Italia.

Oltretutto, la giurisprudenza ha chiarito che le ragioni oggettive alla base del licenziamento del dirigente non devono

necessariamente coincidere con la definitiva impossibilità della continuazione del rapporto lavorativo, né tantomeno con una situazione di crisi irreversibile della società (Cass. 8 marzo 2012, n. 3628), ben potendo consistere in una riorganizzazione reale e oggettiva.

Sicchè, stante il mutamento della compagine sociale e il diritto alla libera iniziativa economica garantito all'imprenditore dall'art. 41 Cost. e stante, altresì, il rispetto del principio della giustificatezza, il licenziamento è stato dichiarato legittimo.

Passando ad altro profilo, e, cioè, al tema delle differenze retributive, il Tribunale, previo espletamento di CTU, ha accertato che il ricorrente, nel corso dell'intero rapporto lavorativo con la società, aveva percepito una somma di gran lunga superiore ai minimi contrattuali e che detta somma è risultata comprensiva delle differenze retributive pretese dal lavoratore. In sostanza, anche quando il lavoratore era qualificato come quadro e non come dirigente, la società gli corrispondeva già una retribuzione commisurata alle mansioni di dirigente da lui effettivamente svolte.

Il Tribunale, nell'assumere la propria decisione, ha fatto proprio il noto «principio dell'assorbimento» secondo cui, una volta che sia accertata in giudizio l'esistenza di una qualifica del rapporto di lavoro in contrasto con la qualificazione del rapporto operata dalle parti, ai fini della determinazione del trattamento economico dovuto si deve considerare nel suo complesso quanto in concreto sia stato già corrisposto al lavoratore e porlo a raffronto con il trattamento minimo dipendente dalla corretta qualificazione del rapporto. Da ciò consegue che, ove quest'ultimo sia stato già integralmente corrisposto, non possono essere liquidate mensilità aggiuntive commisurate ai compensi periodicamente

erogati. E', infatti, pacifico che il datore di lavoro ha la facoltà di erogare volontariamente ai propri dipendenti paghe superiori ai minimi stabiliti dalla contrattazione collettiva, senza, peraltro, la necessità di fornire motivazioni a riguardo, potendo trattarsi, ad esempio, di offerte al lavoratore, ovvero essere la conseguenza di un'inesatta qualificazione del rapporto tra le parti.

Dunque, il principio generale che si deduce è che la retribuzione spettante al lavoratore subordinato deve essere stabilita sulla base del criterio dell'assorbimento, e non di quello del cumulo dei compensi pattuiti e dei minimi previsti dalla contrattazione collettiva (si veda Cass. 9 marzo 2011, n. 5552, ma anche Cass. 23646/2006, Cass. 1261/2006, Cass. 10824/97, nonché Cass. 359/89).

Lo stesso principio dell'assorbimento è, poi, sotteso anche alla decisione di escludere il diritto alla corresponsione dell'indennità di trasferimento maturata in occasione della dislocazione del dirigente a Dubai nel 2003. A riguardo, il Giudice, ha ritenuto opportuno chiarire che l'indennità maturata per il periodo successivo al 2003, ha natura di indennità di trasferimento e non di trasferta: l'assegnazione del lavoratore alla sede di Dubai, infatti, non aveva carattere provvisorio e temporaneo, ma era stata disposta senza limiti di tempo e, perciò, la relativa indennità è da corrispondersi una tantum, come previsto dall'art. 14 del CCNL applicato.

Sicchè, avendo la CTU dimostrato che anche l'indennità di trasferimento era già stata assorbita dalla retribuzione effettivamente percepita dal dirigente, il Giudice ha respinto la domanda.

Alla medesima conclusione il Tribunale è giunto anche in merito all'indennità richiesta per le trasferte all'estero antecedenti al 2003: la CTU ha, infatti, attestato che le somme percepite dal

ricorrente erano quantitativamente sufficienti ad assorbire anche la predetta indennità e che, anzi, la maggior retribuzione rispetto ai minimi contrattuali era destinata, fra le altre cose, proprio a remunerare il disagio derivante dai numerosi spostamenti all'estero del ricorrente.

E' di ordine processuale, invece, la motivazione alla base del rigetto della domanda relativa all'indennità per mancato godimento delle ferie: il lavoratore, gravato dell'onere probatorio a riguardo, non ha, infatti, dimostrato i presupposti della propria domanda.

Infine, è stata esclusa la sussistenza del danno previdenziale rivendicato dal ricorrente. Sul punto la giurisprudenza è unanime nello stabilire che tale tipologia di danno viene ad esistenza solo nel momento del contemporaneo verificarsi di due presupposti: l'effettiva inadempienza contributiva del datore di lavoro e la perdita totale o parziale della prestazione previdenziale (tra le varie, si veda Cass. 26 agosto 2003, n. 12517); stante il mancato verificarsi dei due presupposti in esame, il Giudice ha opportunamente respinto anche questa domanda.

*Nota a cura di:
Studio Legale Toffoletto De Luca Tamajo
Milano - Via Rovello, 12
Bergamo - Via XX Settembre, 18/b*

Tribunale di Bergamo sentenza n. 207 del 5 marzo 2012 - Estensore Finazzi (somministrazione di lavoro)

E' da ritenersi legittimo il ricorso alla somministrazione di lavoro in presenza di una produzione caratterizzata da ampi margini di incertezza e variabilità tale da escludere la possibilità di una preventiva

pianificazione se non per una parte limitata della produzione. (5)

REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE DI BERGAMO
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice del Lavoro di Bergamo, Dr.ssa GIUSEPPINA FINAZZI ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa iscritta al n. 2812/09, promossa con ricorso depositato in cancelleria in data 16.12.2009

Oggetto: licenziamento

Da

..., elett. Domiciliato in Bergamo presso lo studio dell'avv. ... che lo rappresenta e difende, come da procura a margine del ricorso;

Ricorrente

C O N T R O

... SPA (già ... SPA), in persona del legale rappresentante pro tempore, elett. domiciliata in Bergamo presso lo studio dell'avv. ... che la rappresenta e difende unitamente agli avv.ti ... e ..., come da procura in calce al ricorso notificato.

Resistente

Causa chiusa a sentenza il 01.03.2012

C O N C L U S I O N I

Ricorrente:

Come da ricorso depositato in data 16.12.2009

Resistente:

Come da memoria depositata in data 6.5.2010

**FATTO E MOTIVI DELLA
DECISIONE**

Il ricorrente, sig. ..., dopo aver convenuto in giudizio la società ... s.p.a. (già ... s.p.a.), agisce in giudizio per ottenere l'accertamento della nullità e/o illegittimità dei due contratti di somministrazione ed a tempo determinato, intercorsi con la medesima società, e delle relative

proroghe, a partire dall'11-2-2008 e sino al 30-4-2009, nonché l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato ab origine; chiede pure l'accertamento della non interruzione del rapporto di lavoro e la condanna della società convenuta a riammetterlo in servizio ed a corrispondergli le retribuzioni maturate dall'1 maggio 2009 in poi, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, e con vittoria di spese.

La ... s.p.a. (già ... s.p.a.) si è costituita tempestivamente in giudizio ed ha resistito alla domanda.

La domanda non è risultata fondata.

Quanto ai fatti, la documentazione versata in causa dalle parti prova che:

- 1) Il ricorrente, in data 8 febbraio 2008, ha concluso un contratto di somministrazione a tempo determinato con la ... s.p.a., con destinazione presso la ... s.p.a., sede di Dalmine, "per esigenze produttive apparecchi dei mesi di febbraio, marzo e aprile, quantificate (o) in circa 35 milioni di € (con incremento dell'8% rispetto allo stesso periodo del 2007) pari a circa 800 interruttori a settimana di distribuzione primaria, 200 interruttori a settimana di distribuzione secondaria e 200 contattori a settimana. Tali incrementi sono coperti ad oggi per il 45% da ordini cliente e per il 55% sono a fronte di previsioni di ordini non ancora acquisiti da clienti" (cfr.doc. 1 fasc.ric.);
- 2) Il contratto è stato prorogato una prima volta sino al 30 agosto 2008 e una seconda volta sino al 17 dicembre 2008 (cfr.doc.2 fasc.ric.);
- 3) In data 12 gennaio 2009, il ricorrente ha concluso un nuovo contratto di somministrazione, con decorrenza dal 13 gennaio 2009 e sino al 30 aprile 2009, "per esigenze produttive area

apparecchi per l'anno 2009 in crescita (secondo le previsioni di budget 2009) del 3% rispetto al 2008". (cfr. doc.3 fasc.ric).

A fronte di questi fatti, giova premettere che il lavoratore in questa sede contesta la legittimità del contratto di somministrazione da lui stesso concluso con la società di somministrazione e pertanto il contratto concluso ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. 276/2003 (e non invece il contratto commerciale intervenuto tra la società di somministrazione, la ..., e la ...).

In linea di diritto, vale la pena di osservare che l'art. 20, comma 4, del d.lgs. 276/2003, sancisce che la "somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore".

La norma revoca l'espressione contenuta nell'art. 1, comma 1, del d.lgs. 368/2001, in materia di contratto a termine in generale (normativa questa che, tra l'altro, è espressamente richiamata, in quanto compatibile, dall'art. 22, comma 2, del d.lgs. 276/2003, appunto per la disciplina del rapporto di somministrazione a tempo determinato, tra somministratore e lavoratore).

Sono state dunque indicate le stesse causali generali previste dal cit.art.1 del d.lgs. 368/01, secondo cui l'apposizione del termine alla durata del contratto di lavoro subordinato è vincolata a ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo.

Entrambe le norme individuano quattro ampie fattispecie, possibili motivazioni della - legittima - conclusione di un contratto a termine.

L'ampiezza delle ipotesi e la previsione espressa nel caso della somministrazione a termine, depongono per una *ratio* di

sostanziale mancanza di eccezionalità e straordinarietà del ricorso al termine, e, dall'altro, lasciano comprendere la volontà del legislatore di farvi rientrare la molteplicità delle previsioni contrattuali nel frattempo intervenute.

A questa ampiezza di ipotesi, riferibili anche all'ordinaria attività d'impresa, si contrappone, com'è logico e com'è insistito nel concetto stesso di termine, il fatto che deve trattarsi pur sempre di ipotesi per loro natura temporanee, e cioè tali da non richiedere per la loro soddisfazione l'assunzione di unità a tempo indeterminato.

E' ovvio, tuttavia, che in caso di contestazione da parte del lavoratore dell'effettiva ricorrenza della causa giustificativa del termine, i parametri di verificabilità della stessa restano il contratto individuale, prima, e le modalità di svolgimento del rapporto che in conseguenza dello stesso si è instaurato, poi.

Questo perché, in primo luogo, per espressa previsione normativa, occorre dare contezza per iscritto delle ragioni del termine, sia con riferimento al contratto a termine, sia con riferimento alla somministrazione a termine: *“l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1”* (art. 1, comma 2, del d.lgs. 368/2001, come visto richiamato dall'art. 22 del d.lgs. 276/2003, in materia di contratto concluso tra lavoratore e somministratore); *“il contratto di somministrazione di manodopera è stipulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi: c) i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20 ...”* (art. 21, comma 1, del d.lgs. 276/2003).

La ratio delle previsioni è, all'evidenza, quella di consentire la verifica della causa del termine e precisamente se la causa indicata a fondamento del termine sia concretamente esistente e soprattutto se giustifichi una determinata durata del contratto piuttosto che una durata diversa.

E perché questo controllo sia possibile ed efficace, è indubbio che l'indicazione dei motivi del ricorso al termine, oltre ad essere scritta, deve essere anche sufficientemente specifica, in modo da permettere, già sulla carta ed ex ante, una verifica della stretta correlazione tra la ragione del termine, da un lato, ed il tipo di prestazione lavorativa svolta ed i tempi della stessa, dall'altro lato.

Quanto poi all'onere probatorio in ordine alla sussistenza in concreto della ragione del termine, è indubbio che lo stesso sia a carico del soggetto che sostiene la legittimità della relativa apposizione, il quale dovrà fornire la dimostrazione, anche soltanto in giudizio, della obiettiva esistenza delle ragioni che giustificano l'apposizione del termine (indicate nel contratto) e l'eventuale proroga del termine medesimo. In altri termini, la possibilità di stipulare contratto a termine o di somministrazione a termine con riferimento a variegata e generali ipotesi non si fonda comunque su di un fatto generale e necessario, ma su di un fatto tecnico - organizzativo, per quanto ampio, pur sempre relativo e variabile, il quale postula, in ogni caso, un rapporto preciso tra una situazione generale, invocata dal datore di lavoro o dell'utilizzatore, e la necessità di sopperirvi con uno o più contratti a termine.

Con la conseguenza che spetta a colui che sostiene la legittimità dell'apposizione del termine dimostrare la correlazione tra le ragioni della singola stipulazione a termine e le ragioni sottese alla previsione astratta legittimante la stipulazione medesima.

In definitiva, superato il vaglio di validità ed efficacia della clausola in esame, in quanto stipulata per iscritto e per una delle ragioni generali indicate dalla normativa, permangono comunque a carico del datore di lavoro o dell'utilizzatore l'onere di provare la sussistenza delle condizioni concrete che rendono legittima l'apposizione del termine.

Nel caso di specie, il riferimento, contenuto in entrambi i contratti di assunzione in somministrazione a termine conclusi dal ricorrente, a ragioni di carattere produttivo ben individuate, è sufficientemente specifico e tale da consentire un controllo ex post della loro effettività e dalla coerenza della durata del contratto alle stesse (d'altro canto, il ricorrente, evidentemente consapevole di ciò, non ha censurato i contratti da questo punto di vista).

Precisamente, al di là delle elaborate difese del ricorrente come esposte nelle note difensive, il primo contratto motiva, sulla carta (e salva evidentemente una prova diversa dai fatti), il ricorso al termine con incrementi produttivi nel settore degli apparecchi, dovuti, in parte e nella misura del 45%, ad ordini di clienti già pervenuti ed, in parte e nella misura del 55%, ad ordini in previsione di acquisizione, ordini complessivamente comportanti un aumento dell'8% del fatturato dell'anno 2008, rispetto al fatturato dell'anno 2007.

Il secondo contratto, giustifica il ricorso al termine, sempre con esigenze produttive nel settore degli apparecchi per l'anno 2009, settore in crescita, secondo le previsioni di budget, del 3% rispetto all'anno 2008.

In sostanza, è esposta in entrambi i contratti l'esigenza produttiva da affrontare in un determinato settore, quello degli apparecchi, giustificata da dati precisi del relativo budget, incrementato rispetto al passato.

Non resta pertanto che passare all'esame della sussistenza, anche nei fatti, delle causali indicate nel contratto.

Questo il quadro emerso dall'istruttoria, testimoniale e documentale.

La ... produce, tra l'altro, interruttori e contattori di media tensione, che poi sono inseriti nei quadri elettrici (dep..., ... e ...).

Il reparto dedicato a questa attività è quello degli apparecchi, e pacificamente il ricorrente ha lavorato in questo reparto, alla produzione di interruttori base, con mansioni di addetto al montaggio (dep...).

Il settore degli apparecchi è caratterizzato da tempi di consegna molto rapidi, nell'ordine di 15-20 giorni, e da fluttuazioni della domanda molto elevate nell'arco dell'anno (dep..., ... e ...).

Si tratta di una produzione a commessa, che quindi segue esattamente la domanda del mercato, e il fatto che i tempi di consegna siano assolutamente brevi, al di sotto del mese, comporta un'altissima variabilità nei volumi produttivi (dep...).

Inoltre, sempre per via dei brevi tempi di consegna, il fatturato e l'ordinato più o meno coincidono, con uno sfasamento di due o tre settimane (dep...).

Accade così che vi è un andamento della produzione che ogni anno ricalca lo stesso profilo, ma poi a questo andamento, di anno in anno, si sommano fenomeni di picchi o di crolli molto variabili, che globalmente portano il profilo della domanda e degli ordini ad essere abbastanza imprevedibile (dep...).

In correlazione, vi è una base permanente di forza lavoro che serve per coprire la "normalità" e poi vi è la forza lavoro esterna (in somministrazione) che serve per coprire i picchi, che si riescono a prevedere (dep...).

Può anche succedere che la previsione sia stata sottostimata o sovrastimata, ma questo lo si può capire soltanto in tempo reale (dep...).

Si è pertanto di fronte a livelli di produzione caratterizzati da ampi margini di incertezza, tanto più alti, quanto più alta è la quota di produzione previsionale (dep....).

L'anno 2008 ed i primi mesi dell'anno 2009, sono stati contrassegnati, per quanto riguarda gli apparecchi e quindi gli interruttori, da notevole incremento della domanda (dep....).

Specificamente, con riferimento ai mesi di vigenza del primo contratto di somministrazione concluso dal ricorrente e delle sue proroghe (periodo complessivamente compreso tra l'11 febbraio ed il 17 dicembre 2008), il grafico allegato al doc.2 a fasc...., confermato dai testi indotti dalla società ed in particolare dal teste ..., che lo ha predisposto, riscontra evidenti picchi di produzione, soprattutto per quanto attiene agli interruttori, nei mesi da febbraio ad aprile 2008, e dimostra altresì che nel mese di aprile 2008 (data della preventivata scadenza del contratto concluso dal ricorrente e dalla successiva proroga), il picco produttivo era ancora elevato.

Ed ancora, il medesimo grafico prova che dopo un calo di produzione verso la fine dell'anno 2008, agli inizi dell'anno 2009 (data di stipulazione del secondo contratto concluso dal ricorrente per il periodo compreso tra il 13 gennaio e il 30 aprile 2009) e almeno sino al mese di marzo, permaneva un picco produttivo, anche se meno intenso rispetto a quello dell'anno 2008.

Il prospetto riportato nel doc.4 fasc.... dimostra poi che la produzione degli apparecchi nel mese di aprile 2008 aveva avuto un incremento dell'8,97%, rispetto alla produzione degli apparecchi negli stessi mesi nell'anno 2007.

Parallelamente, il prospetto riportato nel doc.6b fasc...., riscontra che nei primi tre mesi dell'anno 2008 l'ordinato si era

incrementato dell'11,84%, rispetto all'ordinato dei primi tre mesi dell'anno 2007.

Infine, il business plan allegato al doc.9 fasc.... (confermato dal teste ...), rivela che nel budget dell'anno 2009, che fu predisposto a settembre 2008 (dep....), era stato previsto un incremento del 3% degli ordini.

Alla luce di questi dati, deve ritenersi sufficientemente dimostrato che in ..., con riferimento al reparto apparecchi, al quale il ricorrente è sempre stato pacificamente addetto, la produzione consente una pianificazione pacifica soltanto per una parte (la fascia per così dire base e normale), sulla scorta degli ordini già acquisiti, laddove vi è una pianificazione previsionale per la parte residua, sugli ordini che si preventiva saranno acquisiti.

E non potrebbe essere diversamente, atteso che si tratta di pezzi da produrre che hanno tempi di consegna assolutamente brevi e inusuali (dai 15 ai 20 giorni), per cui se la società non anticipasse la produzione previsionale non sarebbe poi in grado di evadere, nei suddetti tempi ristretti, gli eventuali ordini nel frattempo acquisiti.

Si è dunque in presenza di una attività produttiva molto peculiare, caratterizzata da ampia aleatorietà, con continui e ravvicinati picchi in ascesa ed in discesa, e con impossibilità di programmazione sul lungo periodo.

E l'assunzione in somministrazione a termine del ricorrente si cala proprio in questa realtà produttiva ed è dalla stesa giustificata.

Si è detto che il ricorrente fu assunto nel febbraio 2008, appunto, per un incremento produttivo nei primi tre mesi dell'anno, nel settore apparecchi, incremento coperto al momento dell'assunzione per il 45% da ordini di clienti già acquisiti e per il restante 55% da ordini preventivati d in via di acquisizione....

Effettivamente, come visto, la ... ha documentato che nel periodo in questione vi fu realmente un picco di produzione, che, seppure con andamento non uniforme e in calo nella seconda metà dell'anno, si mantenne tale sino almeno a novembre 2008.

Ed infatti, per questa ragione, a partire dal mese di aprile, il contratto del ricorrente fu prorogato.

Il ... fu poi riassunto il 13 gennaio 2009, perché l'azienda prevenì un'ulteriore crescita produttiva (e di fatturato) nel settore degli apparecchi rispetto al precedente 2009, crescita che effettivamente si realizzò.

Né ha senso, a fronte di questi dati, disquisire sull'effettivo incremento di fatturato e dell'ordinato, come pare fare la difesa del ricorrente nelle note difensive.

Avendo il prodotto in esame tempi di consegna molto ristretti, l'ordinato ed il fatturato praticamente finiscono per coincidere ovvero per avere uno scostamento contenuto in due o tre settimane al massimo (ed effettivamente i dati di cui si è detto fino ad ora rispecchiano questa situazione).

Ciò che rileva è invece il preventivato e la pianificazione della produzione, sia alla luce degli ordini già acquisiti, sia alla luce degli ordini acquisibili.

Ed è chiaro che questi elementi (preventivato e pianificazione) comportano sovrastime o sottostime, le quali influenzano ovviamente anche l'andamento, assolutamente alternato, della produzione.

L'assunzione del ricorrente a termine risulta dunque adeguatamente giustificata (è appena il caso di osservare che le dichiarazioni dei testimoni indotti dal ricorrente non hanno scalfito il quadro probatorio sopra descritto, contenendo le stesse, semmai, ulteriori elementi di conferma dello stesso, essendo stati tutti

quanti unanimi nel descrivere un andamento assolutamente variabile della produzione, con picchi in ascesa ed in discesa).

Per quanto attiene poi alle proroghe, risulta in atti che le stesse siano state comunicate per iscritto al ... e da lui accettate (cfr.doc.2 fasc.ric.).

<l'srt. 22, comma 2, del cit.d.lgs.276/2003, prevede espressamente che il termine inizialmente posto al contratto di lavoro possa essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo.

La ... ha versato un causa il CCNL dei lavoratori temporanei (cfr.doc.12), cje consente la proroga del contratto di somministrazione al massimo per 4 volte, purché la durata complessiva non superi i 24 mesi.

Nella specie, all'evidenza, queste prescrizioni sono state rispettate.

Da ultimo, in ordine all'applicabilità nella specie dell'art. 1 bis del CCNL del 2003, ossia in ordine alla sussistenza di limiti percentuali per il ricorso alla somministrazione, merita condivisione l'orientamento di questo Tribunale e anche della Corte D'Appello di Brescia, secondo cui il limite introdotto dal CCNL del 2003 si applica alla diversa fattispecie della fornitura di lavoro temporaneo ai sensi della l.196/97, in vigore all'epoca e testualmente presa in considerazione nella previsione pattizia, e non alla somministrazione, introdotta successivamente.

Ne costituisce una riprova la circostanza che le parti sociali, con la contrattazione collettiva del 2008, quanto già era in vigore la nuova disciplina della somministrazione, non hanno previsto alcun limite quantitativo per il ricorso al lavoro somministrato.

In definitiva, il ricorso non può essere accolto.

Motivi di equità, tenuto conto della complessità dell'istruttoria e della circostanza che il lavoratore difficilmente, in assenza della stessa, avrebbe potuto rendersi conto della effettiva sussistenza delle ragioni indicate a giustificazione del termine, inducono a dichiarare interamente compensate tra le parti le spese di lite.

p.q.m.

Il Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, definitivamente rigetta il ricorso proposto da ... nei confronti della società ... s.p.a. (già ... s.p.a.); dichiara interamente compensare tra le parti le spese di lite.

(5) *La decisione in esame si inserisce nella copiosa produzione giurisprudenziale formata in materia di contratto di somministrazione, segnalandosi per le interessanti argomentazioni circa la natura delle esigenze poste a base del contratto e per le conclusioni cui perviene in materia di specificazione della causale e possibilità di ricorso a tale istituto in presenza di un andamento altamente variabile ed altalenante dell'attività produttiva.*

In particolare, per quanto attiene la natura delle esigenze poste a base della stipulazione del contratto, la sentenza sottolinea come la nuova disciplina dettata dagli artt. 20 e seguenti del D. Lgs. n. 276/2003, non richiede, ai fini della legittima stipulazione del contratto, che le esigenze poste a base dello stesso abbiano carattere "straordinario o eccezionale", bensì solo carattere temporaneo (nello stesso senso Tribunale Torino 24 settembre 2011 n. 2777; Tribunale di Roma 1 marzo 2010).

Il Ministero del lavoro con circolare n. 7 del 22 febbraio 2005 aveva già sottolineato come la somministrazione a termine non fosse da ritenersi collegata alla necessità di soddisfare una esigenza

eccezionale o straordinaria dell'utilizzatore altresì che "il termine della somministrazione non dipende dalla necessità di soddisfare un'esigenza temporanea o straordinaria dell'utilizzatore ... (omissis) ... il termine costituisce la dimensione in cui deve essere misurata la ragionevolezza delle esigenze tecniche, organizzative, produttive o sostitutive poste a fondamento del contratto di somministrazione. Si potrà, pertanto, fare ricorso alla somministrazione a tempo determinato in tutte le circostanze, individuate dall'utilizzatore sulla base di criteri di normalità tecnico-organizzativa ovvero per ipotesi sostitutive, nelle quali non si potrà esigere, necessariamente, l'assunzione diretta dei lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore, e nelle quali quindi, il ricorso alla somministrazione di lavoro non assume la finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo".

Nonostante il chiaro tenore della norma (cui si rinvia) e la circolare ministeriale sopra richiamata non sono mancate decisioni di segno opposto a quella in esame che hanno ritenuto legittimo il ricorso alla somministrazione solo in presenza di esigenze di carattere straordinario/eccezionale.

Lo stesso Tribunale di Bergamo aveva ritenuto che: "il ricorso alla somministrazione a tempo determinato deve essere dettato da motivi eccezionali e transitori posto che la finalità dell'istituto è quella di creare occupazione aggiuntiva" (Trib. Bergamo 10 marzo 2011).

La sentenza in esame è poi sicuramente condivisibile e apprezzabile nella parte in cui - coerentemente con l'esclusione del carattere eccezionale/straordinario dell'esigenza posta a base della stipulazione del contratto - ha sottolineato che il ricorso al lavoro somministrato a fronte di ragioni di

carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo deve ritenersi legittimo anche in presenza di ragioni "riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore".

E' la stessa disciplina legale, infatti, a sancire in maniera inequivocabile ed incontestabile che il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato è possibile anche laddove le ragioni legittimanti facciano capo ad esigenze "ordinarie" dell'impresa, anche sotto il profilo dell'oggetto delle prestazioni, poiché rientranti nel cd. "core business" aziendale.

Per quanto riguarda l'esame dei motivi legittimanti il contratto la sentenza ha escluso la genericità della causale posta a base del contratto fra somministratore e azienda utilizzatrice sul piano formale evidenziando come la causale indicata nel contratto deve essere sufficientemente specifica da consentire un controllo ex ante sulla correlazione tra le ragioni del ricorso alla somministrazione a termine e il tipo di prestazione lavorativa svolta e i tempi della stessa ed ex post sulla verifica della effettività delle ragioni poste a base del contratto e della coerenza della durata del contratto stesso a tali esigenze.

Passando, quindi, all'esame dell'effettiva sussistenza della motivazione posta a base della stipulazione del contratto, ha ritenuto legittimo il ricorso alla somministrazione di lavoro in presenza di una produzione caratterizzata da ampi margini di incertezza e variabilità tale da escludere la possibilità di una preventiva pianificazione se non per una parte limitata della produzione.

La sentenza in esame ha ritenuto, cioè, legittimo il ricorso alla somministrazione in presenza di picchi, continui e ravvicinati in ascesa e in discesa, della produzione non programmabili a priori.

In proposito si deve rilevare come anche la più recente giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto legittima sotto il profilo formale una causale quale "punte di più intensa attività", osservando, in proposito, che "le "punte di intensa attività" non fronteggiabili con il ricorso al normale organico risultano sicuramente ascrivibili nell'ambito di quelle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore", che consentono, ai sensi del D. Lgs. n. 276 del 2003, art. 20, comma 4, il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato e che il riferimento alle stesse ben può costituire valido requisito formale del relativo contratto, ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. c, della legge stessa" (Cass. 21 febbraio 2012 n. 2521).

Il Tribunale di Bergamo è pervenuto a conclusioni identiche rispetto a quella qui in commento nella precedente sentenza del 26 gennaio 2012 n. 61 (sentenza confermata dalla Corte d'Appello di Brescia con dispositivo del 8 novembre 2012 del quale non è ancora disponibile la motivazione) e nella recente sentenza del 27 settembre 2012 n. 789.

Nota a cura di:

Studio Legale Trifirò & Partners

Milano - Via San Barnaba, 32

Tribunale di Bergamo sentenza n. 393 del 24 aprile 2012 - Estensore Cassia (somministrazione di lavoro)

"Nella somministrazione le ragioni giustificatrici devono essere indicate in modo sufficientemente specifico sia nel contratto di somministrazione che nel contratto di lavoro somministrato e comunicate per iscritto dal somministratore

al lavoratore al più tardi al momento dell'invio presso l'utilizzatore.

Con riferimento alla somministrazione a tempo determinato, il difetto di specifica indicazione delle ragioni giustificatrici nel contratto di lavoro somministrato priva di effetti il termine e il contratto si deve intendere stipulato a tempo indeterminato; la deduzione della prestazione lavorativa a tempo indeterminato nell'oggetto e nella causa del connesso contratto tra somministratore e utilizzatore determina la qualificazione di quest'ultimo quale somministrazione a tempo indeterminato. In tale situazione il lavoratore può esperire l'azione ex art. 27 d.lgs. 276/2003 per ottenere la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore sin dall'inizio della somministrazione in ragione dell'irregolarità della somministrazione sia in caso di stipulazione del contratto nel periodo di abolizione del tipo della somministrazione a tempo indeterminato (ex l. 247/2007), che in difetto dei casi di ricorso legittimo alla stessa di cui all'art. 20 comma 3 del d.lgs. 276/2003. (6)

**IL TRIBUNALE DI BERGAMO
SEZIONE LAVORO**

in composizione monocratica in persona del dott. Sergio Cassia in funzione di Giudice del Lavoro ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa di lavoro n. 2958/11, promossa con ricorso depositato il 23 novembre 2011 da

..., con il proc. dom. avv. L. B. - attrice -
contro

... s.p.a., con sede a ..., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con i procc. domm. avv. M. C. e M. G.

... s.p.a., con sede a Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con il proc. avv. ...- convenute -

Oggetto: somministrazione.

Causa chiusa a sentenza il 24 aprile 2012.

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 23 novembre 2011, ... esponeva:

- di avere prestato attività lavorativa presso ... s.p.a. dal 14 aprile 2008 al 30 luglio 2011, con brevi soluzioni di continuità, in forza di cinque contratti di somministrazione e relative proroghe;
- di avere sempre svolto mansioni di operaia (VI livello, CCNL Alimentaristi);
- che i contratti di somministrazione erano illegittimi;
- che ... s.p.a., con accordo sindacale del 23 novembre 2010, si era impegnata ad assumere la ricorrente dall'1 gennaio 2011. Tanto premesso, ... conveniva avanti a questo Tribunale le convenute in epigrafe per ivi sentire:

- a) condannare ... s.p.a., previo accertamento dell'illegittimità dei contratti di somministrazione e di lavoro somministrato e della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze della società utilizzatrice dal 15 aprile 2008, alla riammissione in servizio e al pagamento delle retribuzioni maturate sino alla riammissione;
- b) in subordine, accertare la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato dall'1 gennaio 2011.

Si costituivano in giudizio le società convenute, contestando la fondatezza della domanda.

Escussi due testi, la causa veniva discussa e decisa all'udienza odierna.

Motivi della decisione

La domanda principale è fondata e va, pertanto, accolta nei termini seguenti.

Gli artt. 20 ss. d.lgs. 276/2003 disciplinano un'operazione negoziale trilatera, realizzata mediante la conclusione di due contratti tra loro collegati, causalmente orientati alla fornitura di prestazioni lavorative: il

contratto di somministrazione (tra somministratore e utilizzatore) e il contratto di lavoro c.d. somministrato (tra somministratore e lavoratore).

A mente dell'art. 20 c. 4 d.lgs. 276/2003, il contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato "è ammess[o] a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore".

Tali ragioni devono essere "contenute", ex art. 21 d.lgs. 276/2003, nel contratto di somministrazione, stipulato in forma scritta. Il difetto di "indicazione" di tali ragioni non è - ai sensi del c. 4, come modificato dall'art. 5 c. 1 d.lgs. 251/2004 - causa di nullità del contratto di somministrazione.

Il contratto di lavoro c.d. somministrato a tempo determinato, collegato al contratto di somministrazione, costituisce un'ipotesi speciale di contratto a tempo determinato, caratterizzato dalla scissione tra titolarità formale del rapporto (in capo al somministratore) e destinazione della prestazione (in favore dell'utilizzatore), in deroga al generale divieto di rapporti interpositori (ricavabile dagli artt. 2082 c.c. e 27, 28, 29 c. 3 *bis* e 30 c. 4 *bis* d.lgs. 276/2003). L'art. 22 c. 2, coerentemente, assoggetta il contratto di lavoro somministrato "alla disciplina di cui al d.lgs. 368/2001, in quanto compatibile".

Ebbene, in deroga al principio generale di cui all'art. 1 c. 01 d.lgs. 368/2001, il ricorso a un tipo contrattuale a durata determinata è ammissibile solo in presenza di esigenze, atipicamente previste dalla legge e anche riferibili all'ordinaria attività imprenditoriale del datore di lavoro (o, nella specie, dell'utilizzatore), ma pur sempre di natura temporanea, tali cioè da non potere essere soddisfatte mediante l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato. Le suddette "ragioni"

contribuiscono, infatti, secondo la previsione legale, a formare la causa complessiva del programma negoziale: solo laddove vi sia coerenza tra la regolamentazione del rapporto (apposizione di un termine di durata al rapporto) e le esigenze imprenditoriali (da prospettare, pertanto, in termini temporalmente determinati), sarà legittima la stipula di un contratto lavorativo a tempo determinato.

L'art. 21 c. 1 d.lgs. 276/2003, come già osservato, prevede che il contratto di somministrazione, stipulato in forma scritta, contenga "le ragioni ex art. 20". Ex art. 21 c. 3, tali ragioni devono essere comunicate per iscritto dal somministratore al lavoratore al momento della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore (previsione, quest'ultima, che costituisce un'eccezione alla regola, di cui all'art. 1 c. 2 d.lgs. 368/2001, di necessaria contestualità tra stipulazione del contratto, apposizione del termine e specificazione delle ragioni, salvo l'obbligo di consegna di copia dell'atto scritto, per cui è previsto, ex c. 3, il termine di 5 giorni). La previsione dell'art. 21 c. 1 d.lgs. 276/2003 risponde al fine di consentire, attraverso l'immutabile evidenza documentale dell'accordo tra somministratore e utilizzatore, la corretta e trasparente informazione del lavoratore e il controllo, *ab externo*, dell'effettiva sussistenza della causale prospettata.

La lettura combinata delle suddette disposizioni, in uno con quanto previsto dal d.lgs. 368/2001, comporta che l'apposizione del termine al contratto di lavoro deve comunque essere accompagnata, al massimo entro l'invio del lavoratore presso l'utilizzatore, dalla "specificazione" delle ragioni, cioè della loro indicazione in modo sufficientemente specifico (cfr. C. Cost. 214/2009; cfr. anche Cass. 2521/2012, relativa all'ammissibilità

dell'istruttoria sulle esigenze, solo allorché queste siano "nel contratto adeguatamente specificate"), al fine di consentire il controllo, *ex ante* ed *ex post*, delle parti - compreso il lavoratore - e del giudice in ordine all'effettiva ricorrenza delle ragioni imprenditoriali e alla coerente esecuzione del programma negoziale (medesima *ratio* ha la "specificazione" delle ragioni nella disciplina generale del contratto a termine; posto che la locuzione "ragioni contenute" di cui l'art. 21 c. 1 d.lgs. 276/2003 non risulta affatto palese nel senso di richiedere un *minus* di specificazione, a mente dell'art. 12 disp. prel. l'interpretazione della disposizione va condotta alla luce della sua *ratio*).

In caso di difetto di specifica indicazione, "l'apposizione del termine è" nulla, e quindi "priva di effetto" *ex art.* 1 c. 2 d.lgs. 368/2001.

Il carattere di specificità delle ragioni investe anche l'indicazione delle stesse nel contratto di somministrazione, atteso che, come ricavabile dall'art. 21 c. 3, vi deve essere identità tra le ragioni comunicate per iscritto dal somministratore al lavoratore e quelle che rientrano nella forma-contenuto del contratto di somministrazione.

Sulle conseguenze del difetto di (specifica) indicazione delle ragioni, si osserva quanto segue.

L'art. 27 c. 1 d.lgs. 276/2003 (rubricato "somministrazione irregolare") prevede che "quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli art. 20 e 21 c. 1 lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere ... la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze [dell'utilizzatore], con effetto dall'inizio della somministrazione".

La somministrazione è, in primo luogo, "irregolare" in caso di difetti della forma-contenuto *ex art.* 21 c. 1 lett. a) - e).

A ciò non osta la disposizione (novellata) dell'art. 21 c. 4 (a mente della quale la mancata indicazione degli "elementi" *sub* lettere a) - e) non determina la nullità del contratto di somministrazione); infatti, l'art. 27 (rimasto immutato) disciplina direttamente e compiutamente l'azione costitutiva in capo al lavoratore e ne individua i presupposti in difetti di natura puramente formale del contratto di somministrazione (mancanza degli estremi dell'autorizzazione, numero di lavoratori da somministrare, ...).

In secondo luogo, la somministrazione è "irregolare" in caso di violazione dell'art. 20 d.lgs. 276/2003.

Ciò può accedere laddove sia solo il contratto di lavoro somministrato a non indicare specificamente le ragioni di ammissibilità.

Essendo, infatti, nulla l'apposizione del termine, il contratto di lavoro permane, *ex art.* 1419 c. 2 c.c., efficace a tempo indeterminato. Di conseguenza, l'oggetto del contratto di somministrazione e la causa della complessiva operazione negoziale vengono a essere, a decorrere dall'invio presso l'utilizzatore (termine ultimo per la specificazione delle ragioni), la fornitura di lavoro a tempo indeterminato, *ex se* illecita se stipulata durante il periodo di "abolizione" del relativo tipo contrattuale *ex art.* 1 c. 46 l. 247/2007 (1 gennaio 2008 - 1 gennaio 2010) ovvero illecita in difetto dei presupposti *ex art.* 20 c. 3 276/2003 (come disciplinati *ante l.* 247/2007 o *post l.* 191/2009).

Il lavoratore potrà pertanto chiedere, *ex art.* 27 d.lgs. 276/2003, la costituzione del rapporto direttamente in capo all'utilizzatore (e salva l'eventuale responsabilità del somministratore nei confronti di quest'ultimo per inadempimento all'obbligo di fornire

prestazioni lavorative a tempo determinato).

Nel caso in esame, dalle allegazioni delle parti e dall'esame dei documenti depositati, è possibile accertare che:

- a) la ricorrente ha prestato attività lavorativa, per lo svolgimento delle medesime mansioni di addetta alla macchina di selezionatura delle uova per un lungo periodo di tempo (14 aprile 2008 - 30 luglio 2011), intervallato da brevissime soluzioni di continuità (18 maggio - 29 luglio 2008; 1 gennaio 2009; 13 settembre - 4 ottobre 2009);
- b) la causale apposta ai contratti di lavoro somministrato è sempre stata "esigenze di lavoro aggiuntivo ricomparse ad un aumento degli ordinativi";
- c) parte convenuta ha allegato che l'esigenza imprenditoriale sottesa al ricorso al lavoro a termine era connessa alla cadenza settimanale e "imprevedibile" degli ordinativi avanzati dai clienti della grande distribuzione.

Ebbene, ricordato che la formulazione della causale deve consentire la riconoscibilità e verificabilità della ragione imprenditoriale addotta e che la valutazione della stessa deve essere condotta con "un certo grado di elasticità" e secondo "criteri di congruità e ragionevolezza" (cfr. Cass. 1577/2010), si osserva che nel caso in esame la causale apposta, pur facendo *prima facie* riferimento ad una ragione temporanea ("aumento degli ordinativi"), appare - anche alla luce della formulazione priva di specifici riferimenti alle commesse e alla sua costante e sostanzialmente insolita ripetizione - del tutto incompatibile - già a livello formale - con il necessario carattere di temporaneità.

Accertata la nullità del termine apposto al contratto di lavoro e l'illegittimità della somministrazione a tempo indeterminato (nel regime *post* l. 247/2007 e *ante* l. 191/2009, *ratione temporis* applicabile al primo rapporto di somministrazione), va costituito un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato tra la società convenuta e la ricorrente (VI livello, CCNL Alimentaristi) dal 15 aprile 2008 e ... s.p.a. va condannata a pagare a ... le retribuzioni perdute (pari a € 1.732,03 mensili; *quantum* non contestato dalla società convenuta) dalla data di messa in mora (27 settembre 2011; cfr. doc. 19 ...) sino alla riammissione in servizio, con interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo.

Quanto all'*aliunde percipiendum*, dall'istruttoria esperita sono emersi unicamente alcuni elementi relativi all'indisponibilità della lavoratrice - manifestata alla convenuta ... s.p.a. - a una nuova assunzione, prospettata in termini ipotetici; non vi è, invece, alcuna prova relativa al rifiuto di una attuale e concreta offerta di lavoro. Di talché, non vi è prova del danno (mancata percezione di retribuzione *aliunde percipienda*) derivante dall'allegato inadempimento all'obbligo *ex art. 1227 c. 2 c.c.*

L'art. 32 c. 5 l. 183/2010 non è applicabile alla presente fattispecie.

La norma ha carattere eccezionale (limitando il danno risarcibile ovvero determinandolo *a priori* in favore del lavoratore nel caso in cui non vi siano conseguenze dannose ovvero le stesse siano di consistenza inferiore) e prevede l'indennità "omnicomprensiva" come conseguenza della semplice azione di accertamento della nullità del termine. Non vi è, pertanto, spazio per l'estensione analogica all'azione costitutiva di un nuovo rapporto in capo al soggetto utilizzatore. Inoltre, si osserva che quando il legislatore

ha inteso prendere in considerazione anche i rapporti di somministrazione lo ha fatto espressamente (come nell'art. 32 c. 4 lett. d), che richiama espressamente l'art. 27 d.lgs. 276/2003), mentre il c. 5 richiama esclusivamente il "contratto a tempo determinato".

Le spese seguono la soccombenza, liquidate come da dispositivo.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese tra la ricorrente e Dimensione del Lavoro s.p.a., tenuto conto della complessa disciplina normativa del rapporto di somministrazione e del carattere generico delle causali apposte ai contratti di lavoro somministrato.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, così provvede: 1) dichiarata la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze di Cascina Italia s.p.a. dal 15 aprile 2008, condanna Cascina Italia s.p.a. al risarcimento del danno derivante dalla mancata percezione della retribuzione mensile dal 27 settembre 2011 sino alla riammissione in servizio, con interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo; 2) condanna ... s.p.a. a pagare a ... la somma di € 2.500,00, oltre a IVA e CPA, a titolo di spese e compensi professionali; 3) compensa le spese di lite tra ... e ... s.p.a.

(6) Il caso all'esame del Giudice del Lavoro del Tribunale di Bergamo riguarda la prestazione di attività lavorativa resa a beneficio di un unico utilizzatore in forza di una serie di contratti di somministrazione a tempo determinato nel corso di un lungo periodo e con brevi intervalli. Il ricorso al tipo contrattuale - formalmente giustificato con riferimento a "esigenze di lavoro aggiuntivo riconnesse a un aumento degli ordinativi" è stato impugnato dalla lavoratrice somministrata al fine di chiedere

giudizialmente, in via principale, l'accertamento della sussistenza di rapporto di lavoro a tempo indeterminato in capo all'impresa utilizzatrice a far tempo dall'inizio della prima somministrazione, con riammissione in servizio e condanna dell'utilizzatrice al pagamento delle retribuzioni non percepite.

La motivazione della sentenza con cui il Giudice ha accolto la domanda della ricorrente è introdotta da una ricostruzione degli aspetti della disciplina contenuta nel d.lgs. 276/2003 dell'istituto della somministrazione rilevanti ai fini della decisione. Opportunamente (sarà questo uno snodo centrale del ragionamento seguito dal Giudice) la sentenza ricorda che la somministrazione ha struttura trilaterale e si realizza mediante il collegamento tra il contratto "commerciale" di somministrazione in senso stretto (concluso tra somministratore e utilizzatore) e il contratto di lavoro somministrato (tra somministratore e lavoratore). Il contratto di somministrazione può essere legittimamente concluso a termine o a tempo indeterminato, rispettivamente in presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore (art. 20 c. 4), ovvero nei casi elencati alle lettere da a) a i-bis) dell'art. 20 c. 3. E' utile ai fini dell'analisi della sentenza ricordare che la somministrazione a tempo indeterminato (anche detta "staff leasing") è stata oggetto di abolizione da parte dell'art. 1 comma 46 della legge 247/2007 e quindi ripristinata con alcune modifiche dall'art. 2 comma 143 della legge 191/2009. Sul piano formale l'art. 21 c. 1 impone la conclusione per iscritto del contratto di somministrazione e l'indicazione, tra l'altro, dei "casi" e delle "ragioni" di cui ai predetti commi 3 e 4 dell'art. 20. Ai sensi del comma 3, tali informazioni sono altresì

oggetto di obbligo di comunicazione dal somministratore al lavoratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro o dell'invio presso l'utilizzatore, e se ne richiede adeguata specificazione, al fine di consentire il controllo ad opera delle parti e del giudice. Alla luce della ratio della previsione, non vi sono ragioni per ritenere che lo standard di specificazione possa essere inferiore a quello richiesto dalla disciplina generale del contratto a termine; viene al proposito richiamata recentissima pronuncia della Cassazione civile, sezione lavoro (n. 2521 del 21.2.2012), secondo la quale solo in presenza di adeguata specificazione delle esigenze nel contratto di somministrazione (peraltro, osserviamo incidentalmente, ivi riscontrata con riferimento all'impiego come causale della locuzione "punte di intensa attività") è possibile la verifica giudiziale della "pertinenza e congruità" delle ragioni legittimanti il ricorso alla fattispecie.

Per quanto attiene al contratto di lavoro somministrato, le previsioni testé citate si combinano con quelle del d.lgs. 368/2001: l'art. 1 c. 1, che a sua volta consente l'apposizione del termine alla durata del contratto di lavoro solo a fronte di "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", che anche in questo caso possono essere riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, ma che secondo l'interpretazione giurisprudenziale dominante devono esprimere il carattere temporaneo dell'utilizzazione del lavoratore e della connessa sottostante esigenza aziendale (Cassazione civile, sez. lav. 27.4.2010, n. 10033, *RIDL*, 2011, II, 41); nonché il comma 2, che priva di effetto l'apposizione del termine nel caso in cui non sia data adeguata specificazione per iscritto delle ragioni che la legittimano.

La premessa si completa, tornando al d.lgs. 276/2003, con la considerazione dell'art. 22 c. 1 che, in caso di

somministrazione a tempo indeterminato, assoggetta il contratto di lavoro somministrato alla disciplina generale (e ne consente pertanto la conclusione tanto a tempo indeterminato quanto a termine), mentre ai sensi del c. 2 nella somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro è regolato dalla disciplina del d.lgs. 368/2001 (e dunque è necessariamente a termine), per quanto compatibile.

La sentenza in commento esamina quindi, con un chiaro approccio sistematico, le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di dare specifica indicazione delle "ragioni" della somministrazione, nelle sue diverse possibili declinazioni:

(a) anzitutto, preliminarmente, distingue (e non considera ai fini della decisione) il caso della nullità della somministrazione, fattispecie che, per previsione espressa dell'art. 21 c. 4 del d.lgs. 276/2003 come novellato dal d.lgs. 251/2004, non ricorre a fronte di mancata indicazione (e a fortiori di indicazione non specifica) delle ragioni di cui all'art. 20 c. 4, bensì presuppone il vizio assai più grave della mancanza della forma scritta del contratto (per apprezzare gli effetti concreti della distinzione, si consideri che alla nullità consegue la costituzione ex lege del rapporto in capo all'utilizzatore, non condizionata all'iniziativa giudiziale del solo lavoratore e senza salvaguardia degli effetti liberatori dei pagamenti effettuati dal somministratore);

(b) con riferimento invece all'azione prevista dall'art. 27 c. 1 d.lgs. 276/2003, a fronte di un'ipotesi di censura per inadeguatezza dell'indicazione delle ragioni del contratto commerciale di somministrazione a tempo determinato ricorrerebbe in modo abbastanza lineare il caso della somministrazione "irregolare"

per violazione delle condizioni formali richieste dall'art. 21, c.1 lettera c;

(c) ma la motivazione della sentenza appunta la propria attenzione soprattutto sull'ulteriore ipotesi della somministrazione che avvenga al di fuori delle condizioni di liceità di cui all'art. 20 (nella fattispecie concreta il vizio formale riguardava il solo contratto di lavoro somministrato): in tale prospettiva, l'inadeguatezza dell'indicazione concerne in via diretta le ragioni dell'apposizione del termine, e ne fa venir meno gli effetti ex art. 1 c. 2 d.lgs. 368/2001, sicché il contratto di lavoro deve considerarsi a tempo indeterminato. Il corollario è che, per l'effetto, il rapporto di lavoro a tempo indeterminato deve ritenersi dedotto nell'oggetto e nella causa del contratto tra somministratore e utilizzatore, che pertanto a sua volta viene riqualificato come somministrazione a tempo indeterminato. In tal modo, il contratto risulta al di fuori delle condizioni di liceità di cui all'art. 20 c. 3 del d.lgs. 276/2003 (e dunque è irregolare), sia perché concluso durante il periodo in cui l'art. 1 c. 46 della legge 247/2007 aveva abolito il tipo contrattuale (come ricordato supra), sia per la presunibile inesistenza ovvero mancata indicazione dei casi elencati dal predetto art. 20 c. 3; su tali presupposti, il lavoratore è legittimato a esercitare l'azione per la costituzione del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione ex art. 27 d.lgs. 276/2003.

Si tratta di argomentazione originale, coerente con gli orientamenti dottrinali che - con riferimento alla fornitura di lavoro temporaneo ex l. 196/1997 - hanno ipotizzato l'esistenza di un collegamento "necessario" o "univoco" fra i due contratti: il contratto tra somministratore e utilizzatore postulerebbe la stipulazione di uno o più contratti di lavoro specificamente

destinati alla sua esecuzione, o viceversa (cfr. in argomento, seppure in senso critico, P. Ichino, "Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco", in *Il nuovo mercato del lavoro, commentario*, Bologna, 2004, 291 e ss.). In giurisprudenza si segnala per un raffronto la massima di Cassazione civile, sez. lav. 27.2.2003 n. 3020 (in materia di rapporto di lavoro interinale), secondo la quale il contratto di lavoro temporaneo costituisce la fonte esclusiva della disciplina normativa del rapporto di lavoro (cd. "contratto - base") e al suo contenuto va fatto riferimento per accertare l'assoggettamento dell'impresa utilizzatrice alla sanzione - prevista dall'art. 10 comma 3 l. cit. - della trasformazione del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato (in ipotesi di superamento del termine convenuto e di contrasto in proposito fra i termini indicati nel contratto di lavoro e in quello di fornitura) con effetto anche nei confronti dell'impresa utilizzatrice "perché ad essa si estende per effetto di una fattispecie caratterizzata da due autonomi negozi - ontologicamente fra loro collegati - che danno luogo ad un rapporto - indivisibile - trilaterale". Come osservato in precedenza, la rilevanza pratica del recupero del vizio formale dell'indicazione della ragione del termine nel contratto di lavoro somministrato quale motivo di irregolarità ai sensi delle condizioni legittimanti la somministrazione (a tempo indeterminato) pare ipotizzabile soprattutto con riferimento a ipotesi di incongruenza tra le indicazioni contenute nel contratto di lavoro e in quello di somministrazione. Al tempo stesso, peraltro, la motivazione in analisi offre un convincente e diretto supporto per giustificare il fatto che la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore ai sensi dell'art. 27 del d.lgs. implichi anche l'eliminazione del termine, effetto che la norma non prevede espressamente (cfr.

Tribunale Parma, 28.1.2008; Tribunale Brescia 30.4.2008, est. Magnoli; Tribunale Bergamo 19.12.2008, est. De Risi, in ADL 2009 505 e ss. con nota di D. Casale).

E' notevole, sempre per la rilevanza pratica, il fatto che nella sentenza in commento l'indicazione della causale apposta ai contratti di lavoro somministrato ("esigenze di lavoro aggiuntivo riconosciute a un aumento degli ordinativi") sia stata considerata - a motivo del mancato riferimento alle specifiche commesse e alla sua "costante e sostanzialmente insolita ripetizione" (sul punto, cfr. Tribunale di Bergamo, 19.12.2008, cit.) - formalmente incompatibile con il necessario carattere della temporaneità; in altri termini, mutuati dalla citata Cass. civ. 21.2.2012, n. 2521, non "pertinente" né "congrua" in misura sufficiente a fondare una successiva verifica giudiziale della sussistenza delle ragioni, così da permettere al Giudice di arrestare l'indagine al rilievo formale.

Residua infine lo spazio per dedicare soltanto un cenno a due ultimi aspetti meritevoli di considerazione: l'impresa utilizzatrice, a fronte delle domande risarcitorie della ricorrente commesse con la costituzione del rapporto, ha sostenuto che la lavoratrice avrebbe concorso alla determinazione del danno per aver rifiutato la proposta di una nuova assunzione, ma l'eccezione è stata rigettata in quanto la manifestazione dell'indisponibilità della lavoratrice a una nuova assunzione prospettata in termini ipotetici non è stata ritenuta prova del rifiuto di un'attuale e concreta offerta di lavoro, condizione per ritenere che la ricorrente avrebbe potuto evitare parte dei danni usando l'ordinaria diligenza, ex art. 1227 c. 2 c.c.

La convenuta ha altresì invocato l'applicazione al caso di specie dell'indennità omnicomprensiva prevista dall'art. 32 comma 5 l. 183/2010 come conseguenza dell'accertamento della nullità

del termine. Il Giudice ha rigettato anche tale richiesta, motivando con il carattere eccezionale della norma invocata e il suo riferimento esplicito al solo accertamento della nullità del termine nel contratto a tempo determinato, osservando che ove il legislatore ha invece inteso estendere la disciplina anche alla somministrazione, lo ha fatto espressamente (conforme: Tribunale Bergamo, est. Bertoncini, 10.3.2011).

Nota a cura di:

*Studio Legale Zonca, Briolini, Felli
Bergamo - Viale Vittorio Emanuele, 12*

Sezione aggiuntiva: altre corti di appello

Tribunale di Milano sentenza n. 2958 del 13 giugno 2012 - Estensore Cipolla (differenze retributive e responsabilità solidale)

Il rigoroso onere della prova inerente la richiesta di pagamento di differenze retributive invocando l'art. 29 del D.Lgs. 276/2003 grava sul lavoratore il quale se non è in grado di dimostrare nel corso del giudizio, la fondatezza delle proprie pretese relative, nello specifico, all'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato full time con la Società ex datrice di lavoro, al pagamento delle differenze retributive maturate nel corso del rapporto stesso e alla sussistenza della responsabilità solidale delle altre Società coinvolte nell'appalto, nulla può essergli riconosciuto e, pertanto, nessun credito può essere dallo stesso vantato e/o preteso.
(7)

Repubblica Italiana
In nome del popolo italiano
IL GIUDICE DI MILANO

Dr.ssa Sara Cipolla quale giudice del lavoro
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa promossa

da

M.B. con l'avv.to **D. T.**, Ricorrente

Contro

J.D. quale titolare della omonima ditta

individuale con l'avv.to **M.T.N.**, Resistente

J.D.I. S.r.l. in persona del legale

rappresentante sig. **J. D.** con l'avv. **M.T.N.**,

Resistente

P. S.p.A. in persona del legale

rappresentante sig. **M.P.** con l'avv. **F.S.**,

Resistente

S.I. S.r.l. in persona del legale

rappresentante sig. **M. B.** con l'avv.to **G. I** e

con l'avv. to **T. R.**, Resistente

A. S.r.l. in persona del legale

rappresentante sig. **G L.** con l'avv.to **E.S.**,

con l'avv.to **G.B.** e con l'avv. **E.L.**,

Resistente

I.L. in persona del legale rappresentante

dott. **A.G.R.** con l'avv. **M.B.**, Resistente

A. O. S. in persona del legale

rappresentante dott. **M. O** con l'avv. **P. B.**,

Resistente

Oggetto: art. 29 d. lgs. 276/2003.

All'udienza di discussione i procuratori
delle parti discutevano come in atti.

IN FATTO

Con ricorso depositato in data 14.02.2011

M.B. - premesso di aver svolto attività di

lavoro per il sig. **MB.** dal 06.09.2004 sino

al 17.01.2008, con inquadramento al **II**

livello CCNL metalmeccanici industria; per

J.D.I. S.r.l. dal 18.01.2008 al 15.03.2010

con inquadramento al **II** livello CCNL

metalmeccanici industria; di aver svolto

attività di lavoro inquadrabile nel **V** livello

CCNL metalmeccanici industria essendosi

occupato di installazione di impianti di

condizionamento con "autonomia

esecutiva e con particolare competenza

tecnico-pratica" e precisamente svolto

attività di realizzazione di opere murarie e

della macchina frigorifera,

programmazione della centralina

elettronica, posizionamento e

programmazione degli split all'interno dei

locali; di aver lavorato nei cantieri di **R.** e di

M. della **S. S.r.l.**, nel cantiere **S.** di **C.**

appaltato alla **A. S.r.l.** e da **I.L. S.p.A.**,

presso l'aeroporto di **M.**, presso i cantieri

di **P.** e di **M.**, zona **G.**; di aver osservato da

lunedì a venerdì il seguente orario di

lavoro: dalle 7 alle 12:30 e dalle 13 alle

18:30, il sabato dalle 7 alle 12 e una

domenica al mese dalle 7 alle 13; che in

data 15.03.2010 rassegna le proprie

dimissioni; di non aver percepito il TFR e

le altre spettanze di fine rapporto - adiva il

Tribunale di Milano al quale chiedeva di

accertare e dichiarare la sussistenza di un

rapporto di lavoro subordinato, full time

con il sig. **M. B.** titolare della omonima

ditta individuale con diritto

all'inquadramento nel **V** livello CCNL

metalmeccanici per l'intero periodo

decorrente dal 06.09.2004 al 17.01.2008 e

per l'effetto chiedeva di condannare ai

sensi dell'art. 29 d. lgs. 276/2003 e art.

1676 cc le convenute solidamente tra loro

al pagamento di € 86.283,04 a titolo di

differenze retributive oltre interessi legali e

rivalutazione monetaria delle singole

scadenze al saldo; chiedeva inoltre di

accertare la sussistenza con l'impresa **J. D.**

I. S.r.l. di un rapporto di lavoro

subordinato, full time con diritto

all'inquadramento nel **V** livello CCNL

metalmeccanici per l'intero periodo

decorrente dal 18.01.2008 al 15.03.2010 e

per l'effetto chiedeva di condannare ai

sensi dell'art. 29 d. lgs. 276/2003 e art.

1676 cc le convenute solidalmente tra loro

al pagamento di € 53.610,88 a titolo di

differenze retributive oltre interessi legali e

rivalutazione monetaria dalle singole

scadenze al saldo. Il tutto con vittoria di

spese da distrarsi a favore del procuratore

antistatario.

In diritto invocava l'applicazione dell'art. 29 d. ls. 276/2003 e l'art. 1676 cc.

Si costituivano il sig. M. J. Titolare della omonima ditta individuale e la J. D. I. S.r.l. i quali chiedevano il rigetto del ricorso perché infondato in fatto ed in diritto, contestando lo svolgimento da parte del ricorrente di mansioni riconducibili al V livello rivendicato, nonché l'osservanza dell'orario come allegato precisando che il sig. B. aveva lavorato nei cantieri O. S. C. (solo nel mese di aprile 2009), M. zona G. (solo nei mesi di settembre, novembre 2009 e febbraio 2010) e presso il cantiere M. (solo nel mese di febbraio 2010) da lunedì a venerdì dalle 8 alle 12 e dalle 13 alle 17. Si costituiva l'A. O. S. di C. la quale eccepiva il difetto di legittimazione passiva non avendo mai assunto obbligazioni contrattuali come appaltante o cedente; nel merito chiedeva il rigetto del ricorso perché infondato. Si costituiva I. L. S.p.A. la quale chiedeva dichiararsi il difetto di legittimazione passiva e nel merito chiedeva il rigetto del ricorso perché infondato. Si costituiva A. S.r.l. chiedendo il rigetto del ricorso perché infondato. Si costituiva S. S.r.l. la quale chiedeva il rigetto del ricorso perché infondato. Si costituiva P. S.p.a. la quale chiedeva dichiararsi il difetto di legittimazione passiva e nel merito chiedeva il rigetto del ricorso perché infondato.

Fallita la conciliazione, interrogate le parti, assunta la prova testimoniale, udita la discussione orale dei procuratori delle parti, il Giudice decideva come da sentenza di cui dava lettura.

IN DIRITTO

Il ricorso non è fondato e come tale non merita accoglimento.

Il ricorrente agiva per ottenere l'accertamento del diritto al pagamento delle numerose ore di lavoro straordinario allegate, nonché l'accertamento del diritto all'inquadramento nel V livello CCNL metalmeccanici per l'attività di lavoro

svolto dapprima, per il periodo 06.09.2004 sino al 17.01.2008 per il sig. M. J. Titolare dell'omonima ditta individuale e per il periodo 18.01.2008 sino al 15.03.2010 per J. D. I. S.r.l. nell'ambito dei cantieri di R. e di M. della S. S.r.l., nel cantiere S. di C. appaltato dalla A. S.r.l. e da I. L. S.p.A., presso l'aeroporto di M., presso i cantieri di P. e di M., zona G. Chiedeva inoltre, di accertare la responsabilità solidale ex art. 29 d. lgs. 276/2003 e ex art. 1676 cc delle società convenute.

Nel corso dell'interrogatorio libero, il sig. M. B. precisava di non aver mai lavorato nei cantieri di R. e P., di aver lavorato "al cantieri S.... Ho lavorato nel 2009... G.... gli ultimi tre mesi del 2008 e i primi mesi del 2009... M. nel 2009".

Riferiva inoltre di aver lavorato anche in numerosi altri cantieri nemmeno allegati nel ricorso.

Con riferimento alle mansioni svolte, precisava: "Se mi dicevano di spostare il materiale, io lo spostavo, se mi dicevano di montare la linea di area condizionata io vi provvedevo con l'aiuto dei colleghi, non facevo altre mansioni"

Con riguardo all'orario svolto, riferiva: "Al cantiere S. ho lavorato dalle 7:30 alle 18... G. dalle 7 alle 17, con mezz'ora di pausa... Ho lavorato a M. solo per otto ore...".

Al fine di verificare l'effettivo svolgimento della prestazione di lavoro nei tempi e con gli orari indicati presso i cantieri S. di C. e cantiere G. in M. è stata ammessa la prova testimoniale.

Non è stata ammessa la prova testimoniale con riguardo agli orari e giorni di lavoro svolti presso il cantieri di M. avendo il ricorrente precisato di aver ivi lavorato solo per otto ore giornaliera.

Non è stata ammessa la prova testimoniale per la verifica del diritto del ricorrente al superiore inquadramento rivendicato, tenuto conto delle precisazioni rese dallo stesso nel corso dell'interrogatorio libero,

sostanzialmente confermate alle allegazioni contenute nella memoria della resistente M.J.E.J.D.I. S.r.l. (cfr. capitolo 5 della memoria).

Dallo svolgimento della prova testimoniale emergeva che presso il cantiere G., tutti i dipendenti della J.D.I. S.r.l., tra i quali il ricorrente, avevano lavorato dalle 8 alle 12 e dalle 13 alle 17, da lunedì a venerdì (confronta G.); analoga circostanza con riferimento al cantiere S. di C., è stata riferita dal teste V. che confermava l'osservanza da parte del ricorrente di tali orari, che anzi spesso arrivava in ritardo e dal teste G. che aveva escluso lo svolgimento di attività di lavoro il sabato e la domenica presso il cantiere G.

Sulla base delle risultanze della prova testimoniale deve quindi escludersi che il ricorrente, onerato della prova, sia riuscito a dimostrare la fondatezza delle allegazioni svolte con riferimento agli orari e giorni di lavoro svolto presso i cantieri S. di C. e G. di M.

Nessun credito retributivo può dunque vantare verso la parte resistente datoriale.

Ai sensi dell'art. 29 del d. lgs. 276/2003, secondo comma, il committente, appaltatore ed eventuali ulteriori subappaltatori sono responsabili solidalmente per "i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti".

Nella specie, non sussistendo i criteri retributivi del ricorrente verso il datore di lavoro, nessuna responsabilità solidale può essere fatta valere dal ricorrente verso le convenute nei confronti delle quali, la parte ricorrente, a fronte delle puntuali contestazioni svolte, nemmeno ha provato la sussistenza di un contratto di appalto per i periodi di causa.

Il regolamento delle spese di lite segue il criterio della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

Assorbita ogni altra questione, eccezione, difesa

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente a corrispondere a ciascuna parte resistente € 1.000,00 oltre accessori.

(7) *La sentenza in esame analizza attentamente e puntualmente il valore e la portata dell'onere probatorio posto in capo al lavoratore nel momento in cui lo stesso chiede, dinanzi all'autorità giudiziaria, il riconoscimento di differenze retributive, sia nei confronti del proprio (ex) datore di lavoro, sia nei confronti delle Società coinvolte nel contratto di appalto sottoscritto, in virtù della responsabilità ex art. 29 d. lgs. 276/2003.*

Nel caso di specie, il lavoratore ricorrente, nell'adire l'autorità giudiziaria, aveva sostenuto l'esistenza e la (conseguente) debenza di differenze retributive dovute allo svolgimento di attività lavorativa straordinaria (oltretutto inquadrabile nel V livello del CCNL di riferimento, visto il grado di autonomia esecutiva e la particolare competenza tecnico - pratica esercitata.

Vi erano quindi, a detta del ricorrente, tutti i presupposti per il riconoscimento dei crediti retributivi maturati e non versati, e per la (ulteriore) condanna delle Società coinvolte nel contratto di appalto sottoscritto, vista la responsabilità solidale disciplinata ai sensi dell'art. 29 d. lgs. 276/2003 e dell'art. 1676 cod. civ.. Come detto i presupposti parevano essere incontrovertibili e a favore dell'accoglimento delle pretese avanzate dal lavoratore ma tali presupposti si sono rivelati del tutto infondati nel corso dell'attività istruttoria. Già con l'interrogatorio libero del ricorrente sono emerse realtà fattuali differenti rispetto a quelle prospettate nel ricorso presentato dinanzi al Giudice. Il riferimento è all'ammissione da parte del ricorrente

stesso del mancato impiego in alcuni dei cantieri segnalati nell'atto con il quale era stato richiesto l'intervento dell'autorità giudiziaria ovvero all'impiego in altri (diversi) cantieri, nemmeno segnalati nel ricorso presentato. Non solo, anche le mansioni dichiarate dal lavoratore non sono certo parse caratterizzate da quella "autonomia esecutiva" e dalla quella "particolare competenza tecnico - produttiva" inizialmente sostenuta e pure l'orario di lavoro rispettato, a detta del lavoratore, era, almeno in un caso, pienamente conforme alle 8 ore contrattualmente previste, senza alcuna aggiunta di sorta.

Alla luce di quanto emerso dal predetto interrogatorio, il Giudice ha dunque inteso verificare l'effettivo svolgimento della prestazione di lavoro con riferimento a quegli unici cantieri nei quali la presenza del lavoratore ricorrente risultava pacifica (ammettendo per essi la prova testimoniale) e di non prestare alcuna cura alla verifica dell'inquadramento rivendicato, vista l'ammissione (semplici mansioni, pienamente rientranti nel II livello del CCNL applicabile) dello stesso ricorrente in ordine alle caratteristiche dell'attività lavorativa prestata.

Nel corso dell'interrogatorio dei diversi testimoni chiamati, nulla è però stato provato in questo senso, al contrario, le persone che hanno reso la loro testimonianza non hanno potuto fare altro che dichiarare la conformità alle disposizioni contrattuali, dell'attività lavorativa così come si è realizzata.

In particolare, da nessuno dei testimoni sentiti nel corso delle udienze tenutesi è emersa la circostanza che, nell'unico cantiere considerato, il ricorrente svolgesse la propria attività lavorativa oltre l'orario (8 ore) previsto.

Sulla base delle risultanze dell'attività istruttoria correttamente espletata, il

Giudice ha pertanto ritenuto opportuno escludere la dimostrazione di una qualche fondatezza con riferimento alle allegazioni svolte in ordine allo svolgimento di prestazioni lavorative in orari e in giornate particolari con modalità differenti da quelle previste e disposte.

Dunque il lavoratore, onerato della prova ex lege, nulla è riuscito a dimostrare né attraverso i documenti allegati al proprio ricorso né attraverso l'escussione dei testi chiamati a riferire su quanto avvenuto.

Pertanto la mancanza di una prova certa e rigorosa (così come richiesta dalla giurisprudenza maggioritaria chiamata a pronunciarsi su questioni del tutto simili) di quanto asserito in riferimento all'espletamento di ore di lavoro straordinario, oltre alla mancanza di una qualsivoglia possibilità per il Giudice adito di pervenire a (eventuali) quantificazioni in via equitativa delle pretese, porta all'inevitabile conseguenza che nessun credito retributivo può essere vantato (e riconosciuto) dal ricorrente verso la parte resistente datoriale.

E se, come nel caso di specie, nessun credito retributivo può essere vantato nei confronti della Società datrice di lavoro, nessuna responsabilità solidale può essere fatta valere verso le ulteriori convenute anche perché, come sottolineato dal Giudice adito, non è stata provata alcuna sussistenza del contratto di appalto per i periodi di causa.

Recita infatti l'art. 29 d. lgs. 276/2003, al secondo comma, che il committente, l'appaltatore e gli eventuali ulteriori subappaltatori sono responsabili solidalmente per "i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti".

Ovvio quindi che nel momento in cui tali trattamenti retributivi e contributivi non sono dovuti (perché correttamente versati) dal datore di lavoro - appaltatore, non sono dovuti nemmeno dagli eventuali

committenti presenti. La sentenza in commento ribadisce pertanto il valore fondante dell'onere probatorio posto in capo al soggetto procedente (in questo caso il lavoratore) e la circostanza che se tale onere non viene adeguatamente esercitato, allora nulla può essere accolto. In quale altro modo l'autorità giudiziaria potrebbe infatti cogliere la realtà dei fatti, così come si sono verificati e succeduti, se non con la corretta e tangibile prova degli stessi?

Il Giudice giunge quindi alla sola conclusione possibile, rigettando il ricorso presentato a causa della mancanza di allegazioni concrete e credibili e a causa della univocità delle testimonianze sentite, tutte evidentemente di senso contrario rispetto alle pretese avanzate.

Da ultimo, dalla pronuncia analizzata emerge come, ovviamente, la responsabilità solidale descritta dall'art. 29 d. lgs. 276/2003 è tale e produce i suoi effetti solo ed esclusivamente nel momento in cui la sussistenza di un rapporto committente - appaltatore viene provata e (solo poi) laddove, in virtù di un effettivo contratto di appalto, viene provata anche la reale sussistenza di crediti retributivi.

Se mancano tutti gli elementi sopra descritti (come nel caso di specie) manca, inevitabilmente, anche la possibilità di veder accolte le proprie domande, perché, semplicemente, non provate.

Nota a cura di:

*Studio Legale Caffi, Maroncelli & Ass.
Bergamo - Via G. Verdi, 4*

Tribunale di Milano sentenza n. 12391 del 27 febbraio 2012 - Estensore Di Leo (contratto a termine)

La clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione

dei rischi ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 626/1994, e successive modifiche, è nulla per contrarietà a norma imperativa e il contratto di lavoro si considera a tempo indeterminato. Il compito del giudice di merito è quello di accertare, attraverso un'adeguata valutazione, la sussistenza del presupposto dell'art. 3, lett. d), del d.lgs. n. 368/2001 la cui ratio è quella di garantire una più intensa protezione dei lavoratori rispetto ai quali la flessibilità dell'impiego riduce la familiarità con l'ambiente e gli strumenti di lavoro. Da ciò ne discende che nel giudizio instaurato ai fini del riconoscimento della sussistenza di un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato, sul presupposto dell'illegittima apposizione al contratto di un termine finale ormai scaduto, affinché possa configurarsi una risoluzione del rapporto per mutuo consenso, è necessario che la comune volontà delle parti di porre definitivamente fine al rapporto lavorativo sia accertata sulla base del lasso di tempo trascorso dopo la conclusione dell'ultimo contratto a termine, nonché del comportamento tenuto dalle parti e di eventuali circostanze significative. (8)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE LAVORO

Il dott. NICOLA DI LEO in funzione di
giudice del lavoro ha pronunciato la
seguinte
SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. 12391/2011 R.G. promossa da:, con il patrocinio dell'avv. e con elezione di domicilio in VIALE (...) 20122 MILANO presso e nello studio dell'avv. ...

....

ATTORE

contro:

POSTE ITALIANE S.p.A. (C.F. (...)), con

il patrocinio dell'avv., con elezione di domicilio in VIA (...) POSTE IT. DIREZ. AFFARI LEGALI 20123 MILANO, presso e nello studio dell'avv.
CONVENUTO

OGGETTO: mancanza del documento di valutazione rischi con riferimento al CSI, illegittimità del termine del contratto di lavoro stipulato ai sensi dell'art. 2, co. 1 bis, del D.Lgs. n. 368/01, domanda riammissione e di risarcimento danni.

Fatto

Con ricorso al Tribunale di Milano, quale giudice del lavoro, depositato in cancelleria il 9.8.11, ha esposto di essere stato assunto dalle POSTE ITALIANE S.p.A. il 31.1.08, con un primo e unico contratto di lavoro a tempo determinato stipulato ai sensi dell'art. 2, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 368/2001.

Ha, in particolare, allegato la parte attorea come la novella legislativa di cui si tratta sarebbe da disapplicarsi per il contrasto con la Direttiva 99/70/CE o, altrimenti, si rivelerebbe incostituzionale per la violazione degli artt. 3, 10, 11, 41, 76, 87 e 117 Cost.

Per asseverare le proprie tesi, la parte ha dedotto che la disciplina della successione dei contratti a termine, contenuta nell'art. 5 del dlgs. 368/01, non sarebbe applicabile ai contratti contemplati nell'art. 2. Inoltre, la stessa parte ha rilevato come, quand'anche la norma si dovesse reputare conforme all'ordinamento costituzionale e comunitario, non sarebbe, ad ogni modo, stata rispettata dalla POSTE ITALIANE S.p.A. la soglia massima del "15 per cento dell'organico aziendale, riferito al 1° gennaio dell'anno cui le assunzioni si riferiscono" stabilita dallo stesso art. 2, co. 1 bis ed, inoltre, non sarebbero state effettuate la valutazione rischi di cui al D.Lgs. n. 626/94 e le comunicazioni delle richieste di assunzione alle organizzazioni sindacali provinciali di categoria previste

dalla medesima disposizione. In particolare, con riferimento alla percentuale del 15% di cui alla norma in parola, la difesa di parte ricorrente ha osservato come non potrebbe essere riferita all'intero organico aziendale, ma dovrebbe rinvenire una base di calcolo solo nell'ambito del personale effettivamente dedicato al settore postale, visto che la convenuta si occuperebbe anche di altre attività commerciali che si porrebbero come ulteriori e non pertinenti per tale disposizione.

Secondo la stessa parte, infatti, una soluzione ermeneutica differente verrebbe a determinare che presso la POSTE ITALIANE S.p.A. il canone per cui il contratto a tempo indeterminato è la regola, mentre quello a termine è l'eccezione, verrebbe invertito, con impossibilità della previsione di cui all'articolo 2, comma 1 bis di produrre alcun effetto, poiché sarebbe invocata in una situazione di abuso del diritto. Ancora, nello stesso senso, secondo la tesi attorea, si profilerebbe un caso di abuso di posizione dominante, vietato ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE, qualora si ammettesse, che la convenuta, pur operando anche in settori diversi da quello postale, possa assumere ai sensi dell'articolo 2, co. 1 bis, nella percentuale del 15% riferita all'intero organico aziendale, con, cioè, violazione dei diritti di libera concorrenza delle altre aziende che, parimenti, come la POSTE ITALIANE S.P.A., trattino i prodotti differenti da quelli postali.

Infine, il ricorrente ha sostenuto che poiché sarebbe stato adibito presso il CSI di Milano e poiché detta unità produttiva, costruita ex novo alla fine del mese di ottobre 2007 affinché vi venisse svolta la lavorazione della posta estera, sarebbe stata priva del documento di valutazione rischi, la apposizione del termine al contratto

sarebbe stata illegittima ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 368 del 2001. Per queste ragioni, asserendo, così, a tal punto, la illegittimità della durata determinata del rapporto, la parte istante ha chiesto il relativo accertamento giudiziale della nullità parziale del negozio, con la conseguente dichiarazione che tra le parti sia sorto un rapporto di lavoro a tempo indeterminato fin dall'inizio. Con accessori e vittoria di spese.

Costituendosi ritualmente in giudizio, con articolata memoria difensiva, la POSTE ITALIANE S.p.A. ha contestato la fondatezza delle domande, chiedendone il rigetto. Con vittoria di spese.

Al riguardo, ha, in primo luogo, sostenuto che poiché il ricorrente avrebbe atteso due anni e otto mesi senza effettuare alcuna contestazione alla convenuta, la sua condotta inerte dovrebbe essere qualificata come idonea a configurare un mutuo consenso dei contraenti alla cessazione del rapporto di lavoro.

Poi, ha dedotto come il contratto di lavoro di cui si tratta sarebbe stato stipulato legittimamente ai sensi dell'art. 2, co. 1 bis, del D.Lgs. 368/01 che regola la materia ed affermato che, alla stregua di tale disciplina e dell'art. 5, co. 4 bis del D.Lgs. 368/01, dovrebbe ritenersi legittima la apposizione di un termine di durata al rapporto anche in assenza della specificazione delle causali di cui all'art. 1 dello stesso decreto delegato, non contrastando la disposizione con alcun precetto costituzionale o comunitario.

Inoltre, la convenuta ha osservato come sarebbe stata effettuata la "valutazione dei rischi" del CMP Milano CSI, unità produttiva di applicazione del ricorrente e che, comunque, le lavorazioni della CSI e del CMP sarebbero state identiche, con l'unica differenza che il primo riguarderebbe la corrispondenza internazionale, mentre il secondo quella

nazionale. In più, il CSI non sarebbe stato una autonoma unità produttiva per cui sarebbe stata necessaria la valutazione rischi, potendo essere sufficiente per il CSI quella già effettuata per il CMP, nel quale sarebbero esplesate attività identiche, con macchine identiche.

Con riferimento a una diversa argomentazione del ricorrente, ancora la POSTE ITALIANE SPA, dopo aver sostenuto come, nell'ipotesi, non vi sarebbe alcun caso di abuso del diritto o di posizione dominante, ha, infine, eccepito come, anche in caso di accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, le retribuzioni dovute dovrebbero, comunque, considerarsi dalla costituzione in mora della convenuta (secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale), tenendosi altresì conto dell'aliunde perceptum dal lavoratore da altri datori di lavoro dopo la scadenza del contratto a termine in parola. All'udienza di discussione, tentata inutilmente la conciliazione, uditi alcuni testimoni, la causa è stata oralmente discussa e decisa come da dispositivo pubblicamente letto.

Diritto

Le domande attrici sono risultate fondate per la violazione dell'articolo 3 del decreto legislativo 368 del 2001, non ritenendosi dimostrato che la convenuta abbia effettuato una "valutazione rischi" per il Centro di Smistamento di posta Internazionale (CSI) per cui ha lavorato il ricorrente.

Non è, infatti, in contestazione che il ricorrente abbia lavorato presso il CSI e che questo costituisca un edificio, costruito ex novo nel quale veniva trattata la corrispondenza internazionale, con attività iniziata alla fine dell'anno 2007. Neppure è controverso che, precedentemente, detta corrispondenza

internazionale veniva gestita all'interno del CMP e che, dopo la costruzione dell'edificio del CSI, i lavoratori dedicati alla posta internazionale si sono trasferiti nel nuovo stabile.

Parimenti, non è in contestazione che fino al maggio del 2008 non sia stato realizzato un autonomo documento di valutazione rischi per il CSI (datato, peraltro novembre 2008, prodotto quale doc. 5 res.). Dunque, fino al maggio (o novembre) del 2008, in un intero edificio della convenuta, quello del CSI, si è operato senza che risulti provato che sia stata effettuata la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo 626 del 1994. Non appare, poi, di rilievo il fatto che detto edificio costituisca una "unità operativa", posto come l'articolo 4 del D.Lgs. 19-09-1994, n. 626 preveda che "il datore di lavoro, in relazione alla natura dell'attività dell'azienda ovvero dell'unità produttiva, valuta tutti i rischi per la sicurezza e per la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro. 2. All'esito della valutazione di cui al comma 1, il datore di lavoro elabora un documento contenente:

- a) una relazione sulla valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute durante il lavoro, nella quale sono specificati i criteri adottati per la valutazione stessa;
 - b) l'individuazione delle misure di prevenzione e di protezione e dei dispositivi di protezione individuale, conseguente alla valutazione di cui alla lettera a);
 - c) il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza.
3. Il documento è custodito presso l'azienda ovvero l'unità produttiva (...)".

Il contenuto di detta norma, infatti, appare chiaro nel senso che il datore di lavoro valuta tutti i rischi per la sicurezza e per la salute dei lavoratori analizzando, tra l'altro, la "sistemazione dei luoghi di lavoro". Ciò è da intendersi, con interpretazione teleologica volta a porre in rilievo lo scopo della tutela della sicurezza dei lavoratori, nel senso che "ogni luogo" di lavoro, sia che faccia parte del complessivo ambito aziendale o di un'unità produttiva (non importa, cioè, la distinzione tra ambito aziendale complessivo e unità produttiva e in tal senso va inteso il riferimento di cui al comma uno dell'articolo 4 citato alla "attività dell'azienda ovvero dell'unità produttiva"), deve essere esaminato per la "sistemazione concreta di luoghi di lavoro", senza escludere alcuna parte. Cioè, ogni luogo dove operano i lavoratori deve essere sottoposto a "valutazione rischi" e, con riferimento all'analisi del medesimo, deve essere redatto il relativo documento attestante l'effettuazione di detto esame. Per dette osservazioni, quand'anche la lavorazione svolta nel CSI fosse stata prospettata con modalità identiche a quelle consone ai lavoratori del CMP (riguardando l'uno la posta internazionale e l'altro quella nazionale) e con macchinari identici, rimarrebbe, comunque, che non è stato esaminato lo stato dei luoghi di un intero edificio della convenuta, quello del CSI in cui lavorava il ricorrente. La resistente, infatti, non ha potuto produrre alcun documento di valutazione rischi che fosse successivo alla costruzione dell'edificio del CSI (non potendo contemplare un esame di detto palazzo, evidentemente, i documenti di valutazione rischi anteriori alla sua costruzione e, perciò, neppure quello del CMP di Milano) e precedente a quello del novembre del 2008, che, tra l'altro, con la sua formazione, viene a confermare come per detto immobile fosse necessaria

un'apposita valutazione rischi (cfr. i doc. 5 e 5/1 res.).

La esposta soluzione ermeneutica, del resto, corrisponde al disposto dell'articolo 29 del D.Lgs. 09-04-2008, n. 81 (ossia, la normativa che è seguita al decreto legislativo 626 del 1994, che pur regola la fattispecie, per cui è possibile confrontare l'art. 63, co. 5) che prevede che "la valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata, nel rispetto delle modalità di cui ai commi 1 e 2, in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità".

Non vi è chi non veda, infatti, come non si possa che considerare una "significativa modifica del processo produttivo" il fatto che addirittura si costruisca un palazzo a fianco a quello di origine e si trasferiscano nello stesso i lavoratori con nuovi macchinari, tanto che, anche qualora si considerasse il CSI come parte del CMP, la valutazione rischi sarebbe stata da rielaborare con riferimento all'intero nuovo edificio, non potendosi riferire la precedente (dedicata al solo CMP) al CSI e restando identica la violazione dell'articolo 3 del decreto legislativo 368 del 2001. Dunque, la convenuta non ha dimostrato che, per il periodo di operatività del contratto a termine di cui si tratta, fosse stato elaborato un documento di valutazione rischi con riferimento all'attività svolta nel CSI dove lavorava il ricorrente e il negozio a tempo determinato in parola deve, perciò, essere considerato illegittimo per la violazione dell'articolo 3 del decreto legislativo 368 del 2001.

Per ciò si deve dichiarare l'illegittimità del contratto a termine stipulato tra le parti e la sussistenza di un rapporto a tempo indeterminato tra le stesse fin dall'origine.

B) L'ECCEZIONE DI SCIoglIMENTO DEL CONTRATTO A TEMPO INDETERMINATO PER MUTUO CONSENSO.

Una volta valutata l'illegittimità del termine e che tra le parti si doveva reputare esistente un rapporto a tempo indeterminato, per decidere la presente causa, è necessario, ancora, procedere ad esaminare l'eccezione di scioglimento del rapporto per mutuo consenso proposta dalla convenuta.

Tale eccezione deve essere rigettata. Per meglio chiarire, occorre ricordare che è ormai consolidato orientamento della giurisprudenza del Supremo Collegio il principio secondo cui (in un giudizio instaurato per il riconoscimento di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per la nullità del termine del contratto di lavoro) per la configurabilità di una risoluzione per mutuo consenso, è necessario accertare - sulla base del lasso di tempo lasciato trascorrere dopo la conclusione dell'ultimo contratto a termine, nonché alla stregua delle modalità di tale conclusione, del comportamento tenuto dalle parti e di eventuali altre significative circostanze - che sia presente una volontà chiara e certa delle stesse di porre definitivamente fine ad ogni rapporto lavorativo (cfr. Corte di Cassazione sent. n. 15403 del 2.12.00).

Si ricorda, oltremodo poi, che la Corte di Cassazione nella sentenza n. 13370 del 2003 ha precisato che è configurabile la risoluzione per mutuo consenso del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 1372, comma primo, cod. civ., anche in presenza non di dichiarazioni, ma di "comportamenti significativi" tenuti dalle parti. In particolare, è suscettibile di una siffatta

qualificazione il comportamento delle stesse che, alla scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto, determinino la cessazione della funzionalità di fatto del rapporto per una durata e con modalità tali da evidenziare il loro completo disinteresse alla sua attuazione. In via generale, quindi, si può intendere che la Suprema Corte ha affermato che un primo indice per interpretare la volontà delle parti è ravvisabile nel lungo tempo lasciato trascorrere dopo la conclusione dell'ultimo contratto a termine e prima di tentare di ottenere il riconoscimento di un rapporto a tempo indeterminato, chiarendo, altresì, che tale dato di per sé solo non è però sufficiente: al fine di accertare il mutuo consenso dei contraenti alla risoluzione del vincolo, oltre al decorso del tempo dalla scadenza del termine, si deve ritenere necessaria la sussistenza di ulteriori elementi idonei a far qualificare in tal senso la mera inerzia delle parti, dovendosi valutare il complessivo comportamento significativo tenuto dalle stesse (cfr., tra le altre, Cass. 29 marzo 1995, n. 3753; Cass. 14 marzo 1997, n. 2290 e Cass. 15 dicembre 1997, n. 12665). Venendo, allora, all'esame del caso in parola, è da rilevare che, in seguito alla disdetta del 31.3.08, la parte ricorrente ha atteso due anni otto mesi senza effettuare alcuna contestazione alla convenuta, avvenuta, poi, con la costituzione in mora del 27/11/10 (cfr. doc. 15 di parte attorea). Nel caso in esame, è stato provato (cfr. la scheda professionale del ricorrente) che il dipendente ha intrattenuto, in questo periodo, unicamente due brevissimi rapporti di lavoro (di meno di un mese uno, e di tre giorni l'altro) con altri datori di lavoro e si deve rilevare come questo non possa costituire una prova sufficiente per denotare un disinteresse verso una qualsiasi forma di prosecuzione del rapporto di lavoro con le POSTE ITALIANE S.p.A.

(cfr., anche, l'interrogatorio del ricorrente nel verbale di causa che ha giustificato detta attesa nel costituire in mora la convenuta, tra l'altro, con seri problemi familiari). La brevità e la precarietà degli impieghi assunti dal lavoratore non può, così, esprimere una sua volontà di rinunciare al precedente rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la resistente, ma solo la necessità di trovare una momentanea e brevissima occupazione per far fronte alle proprie quotidiane esigenze di vita. L'eccezione della convenuta deve, quindi, essere rigettata e deve riconoscersi, stante la nullità del termine apposto al contratto del 2008 e l'impossibilità di riscontrare una volontà di interruzione del rapporto di lavoro, la continuità dello stesso e la sua natura indeterminata a far data dal 31/1/08. C) LE CONSEGUENZE GIURIDICHE. In accoglimento del ricorso, deve essere, pertanto, dichiarata la nullità del termine finale apposto al contratto stipulato e, conseguentemente, che tra le parti intercorre un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a far tempo dal 31/1/08 (cfr. doc. 2 ric.) e mai cessato.

Quanto alle conseguenze economiche a favore della parte attorca, in applicazione dell'art. 32 della legge n. 183/10, accertata la conversione a tempo indeterminato del rapporto, si deve condannare la POSTE ITALIANE S.p.A. a corrispondere alla ricorrente 3,5 retribuzioni mensili globali di fatto, considerata la breve durata della relazione lavorativa e il numero di dipendenti della convenuta, oltre rivalutazione ed interessi di legge dalla sentenza al saldo.

La convenuta, da ultimo, deve essere condannata, in ragione della soccombenza, a rimborsare al ricorrente le spese di lite determinate in Euro 1.600,00, oltre accessori di legge, in virtù della durata e del valore del giudizio.

P.Q.M.

Dichiara la nullità del termine finale apposto al contratto stipulato tra le parti il 31.1.08; dichiara che tra le parti intercorre un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato da tale data; condanna la convenuta a ripristinare il rapporto di lavoro ed a corrispondere al ricorrente, ex art. 32 della legge n. 183/10, 3,5 retribuzioni globali di fatto, oltre rivalutazione ed interessi di legge dalla sentenza al saldo; condanna la società convenuta a rimborsare al ricorrente le spese di lite che liquida in Euro 1.600,00, oltre accessori di legge. Sentenza esecutiva e motivazione a 60 giorni.

(8) *Il caso all'esame del Giudice del Lavoro del Tribunale di Milano riguarda l'istituto giuridico del contratto di lavoro a tempo determinato stipulato ai sensi dell'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. n. 368/2001, ossia dalle imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste.*

Il ricorso a tale tipologia contrattuale - non richiedente i requisiti valevoli in generale relativi all'indicazione di specifiche ragioni temporali, bensì il rispetto di una durata massima e di una quota percentuale dell'organico complessivo - è stato impugnato dal lavoratore al fine di chiedere giudizialmente l'accertamento della nullità parziale del negozio, con la conseguente dichiarazione della sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato fin dall'inizio.

A seguito di istruttoria testimoniale, il Giudice del Lavoro ha accolto la domanda del ricorrente.

La motivazione della sentenza è introdotta da una ricostruzione degli aspetti della disciplina relativa all'inammissibilità

del contratto a termine, contenuta nell'art. 3 del d.lgs. n. 368/2001, e alla risoluzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso tacito ex art. 1372 c.c.

Occorre innanzitutto rilevare che, nel caso in esame, il Giudice del Lavoro ha tralasciato, considerandole del tutto infondate, le eccezioni sollevate dal ricorrente relative al presunto contrasto dell'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. n. 368/2001 con la direttiva 99/70/CE, oltre che con i precetti costituzionali sanciti dagli articoli 3, 10, 11, 41, 76, 87 e 117.

Non è stato ravvisato, quindi, alcun contrasto tra la previsione relativa alla stipulazione, da parte delle aziende che operano nei servizi relativi alla concessione postale, di un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato senza necessità della puntuale indicazione, volta per volta, delle ragioni giustificatrici del termine, con la direttiva comunitaria sopra richiamata. Tale atto vincolante dell'Unione Europea, infatti, non pone un vincolo causale all'iniziale contratto a termine bensì solo al suo rinnovo (in tal senso, Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04), rispecchiando, peraltro, lo scopo della stessa direttiva che è quello di garantire il rispetto del principio di non discriminazione e di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato. Si tratta, in sostanza, dello stesso obiettivo che il nostro Legislatore ha inteso perseguire con la recente riforma del mercato del lavoro (legge 92/2012) che, con la lettera b) dell'art. 1, comma 9, ha introdotto all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 il comma 1-bis, stabilendo che il requisito del comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 (cioè che un contratto a termine per essere legittimo debba essere stipulato per una specifica ragione di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo) non sia richiesto

nell'ipotesi di un primo rapporto a tempo determinato di durata non superiore a 12 mesi.

Alla luce di quanto sopra richiamato e considerato che, nel caso in esame, è stato stipulato solo un primo ed unico contratto di lavoro a tempo determinato, il Giudice ha ritenuto che nessuna violazione della normativa comunitaria si è configurata.

D'altra parte, anche la lesione delle disposizioni costituzionali non è stata ravvisata, considerato che la stessa Corte costituzionale, con sentenza dell'8 luglio 2009 n. 214, ha chiarito che "...la garanzia alle imprese in questione, nei limiti indicati, di una sicura flessibilità dell'organico, è direttamente funzionale all'onere gravante su tali imprese di assicurare lo svolgimento dei servizi relativi alla raccolta, allo smistamento, al trasporto ed alla distribuzione degli invii postali, nonché la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica i quali "costituiscono attività di preminente interesse generale. Non è, dunque, manifestamente irragionevole che ad imprese tenute per legge all'adempimento di simili oneri sia riconosciuta una certa flessibilità nel ricorso (entro limiti quantitativi comunque fissati inderogabilmente dal legislatore) allo strumento del contratto a tempo determinato".

Ritornando alle questioni affrontate dalla sentenza de qua, il Giudice del Lavoro ha innanzitutto esaminato le conseguenze sul contratto di lavoro a termine derivanti dalla mancata effettuazione della valutazione dei rischi ai sensi del d.lgs. n. 626/1994 e successive modifiche.

Sul punto, la sentenza in commento espressamente ha richiamato la disposizione di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 626/1994 in base alla quale il contratto di lavoro a termine è inammissibile nel caso in cui il datore di lavoro ometta la

valutazione dei rischi sulla sicurezza. Ebbene, il Giudice del Lavoro, in applicazione di tale principio, e a fronte della mancanza di prove da parte della resistente in merito all'effettuazione della valutazione dei rischi nell'edificio presso cui il ricorrente ha prestato la propria attività lavorativa, ha dichiarato illegittimo il contratto a termine stipulato tra le parti.

Tale decisione rispecchia il prevalente orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte che, anche in recentissime pronunce, ha sostenuto che la clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione di rischi, è nulla per contrarietà a norma imperativa e il contratto di lavoro si considera a tempo indeterminato (in tal senso, Cass., sez. lav., del 2 aprile 2012, n. 5241).

Il Giudice del Lavoro, attraverso tale pronuncia, ha così attribuito assoluto rilievo alle norme in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, richiamando espressamente, in materia di valutazione dei rischi, sia la disposizione dell'art. 4 del d.lgs. n. 626 del 1994 sia quella successiva di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 81 del 2008.

Il divieto di stipulare contratti di lavoro a termine per le imprese che non hanno effettuato la valutazione dei rischi si pone, evidentemente, a tutela dei lavoratori meno esperti che hanno acquisito minore familiarità con gli ambienti lavorativi e che quindi sono potenzialmente più esposti agli infortuni.

Dunque, il datore di lavoro che intenda stipulare dei contratti di lavoro a tempo determinato, è tenuto a fornire una prova certa in merito all'esatto adempimento della valutazione dei rischi derivanti dalle mansioni lavorative. Tale onere, il cui mancato assolvimento costituisce una pattuizione contra legem, deve essere, chiaramente, effettuato in

epoca antecedente alle assunzioni a termine.

Conseguentemente, il Giudice del Lavoro, in forza del principio di nullità parziale ex art. 1419 c.c., ha stabilito che la conseguenza derivante dall'illegittimità del contratto a termine è la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra le parti fin dall'inizio.

Tale pronuncia rispecchia, altresì, la ratio delle disposizioni di legge relative alla valutazione dei rischi sulla sicurezza orientata alla protezione del lavoratore, quale contraente debole del rapporto contrattuale. Una diversa previsione delle conseguenze derivanti dalla mancata valutazione dei rischi, nel caso della stipulazione di un contratto a termine, non avrebbe di certo potuto assicurare al lavoratore quella protezione che il legislatore ha inteso attribuirgli.

Esaminando, ora, l'altra questione su cui la motivazione della sentenza concentra la propria attenzione, occorre innanzitutto precisare che l'eccezione di scioglimento del rapporto per mutuo consenso proposta dalla resistente è stata sempre di estremo interesse, considerato che sulla stessa sia la dottrina che la giurisprudenza si sono pronunciate più volte con soluzioni varie e diverse, rendendo così difficile individuare un orientamento univoco.

Più precisamente, il Giudice del Lavoro, nel caso in esame, ha dovuto interpretare il comportamento del lavoratore che ha atteso due anni e otto mesi prima di esercitare l'azione per il riconoscimento dell'invalidità del termine apposto al suo contratto di lavoro.

Ebbene, con la decisione de qua, il Giudice del Lavoro ha chiaramente manifestato di aderire a quell'orientamento giurisprudenziale, ormai prevalente, in base al quale la mera inerzia del lavoratore, a seguito della cessazione del rapporto di lavoro, e la ricerca da parte dello stesso di

una nuova occupazione per far fronte al proprio sostentamento non costituiscono dei fatti storici su cui poter fondare la sussistenza della volontà risolutiva del rapporto da parte dello stesso lavoratore (nello stesso senso, Cass., sez. lav., del 2 aprile 2012, n. 5240). Nella sentenza in commento è stato, dunque, sostenuto il principio in base al quale la risoluzione per mutuo consenso del rapporto di lavoro è configurabile solo quando venga accertata, in modo chiaro e preciso, la comune volontà delle parti di porre definitivamente fine al rapporto lavorativo intercorso tra le stesse. A tal fine è necessario valutare una serie di elementi tra cui il lasso di tempo trascorso dopo la conclusione del contratto a termine, il comportamento tenuto dalle parti ed altre eventuali circostanze significative (in tal senso, Cass., sez. lav., del 16 marzo 2011, n. 6252).

Il Giudice del Lavoro, coerentemente all'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, ha valutato il comportamento posto in essere dal lavoratore successivamente alla scadenza del termine nullo, sostenendo priva di rilievo la mera inerzia tenuta dal lavoratore. Lo stesso Giudice ha altresì rilevato che la ricerca di nuovi lavori da parte del ricorrente, occupazioni peraltro precarie e con brevissime durate, è stata chiaramente imposta dall'elementare necessità di sopperire comunque ai bisogni della vita quotidiana. D'altra parte, l'inerzia del lavoratore, nel caso di specie, è stata giustificata, secondo il Tribunale di Milano, anche dall'insorgere di seri problemi familiari del ricorrente, così come è emerso nel corso dell'interrogatorio dello stesso.

In conclusione, il Tribunale di Milano ha rigettato l'eccezione della convenuta ed ha riconosciuto, considerata la nullità del termine apposto al contratto e l'impossibilità di riscontrare una volontà di interruzione del rapporto di lavoro, la

continuità dello stesso a tempo indeterminato fin dall'inizio.

In riferimento, invece, alle conseguenze giuridiche previste in caso di conversione del contratto a tempo determinato, la sentenza in commento ha applicato i principi di diritto contemplati dall'art. 32, co. 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183, secondo cui il lavoratore deve essere risarcito con un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Anche in relazione a tale aspetto, le eccezioni sollevate dalla convenuta (calcolo delle retribuzioni dal momento della costituzione in mora del lavoratore, dedotto l'aliunde perceptum) sono state rigettate dal Tribunale di Milano. La decisione del Giudice del Lavoro risulta esser coerente con le successive pronunce della Corte di Cassazione che, seguendo l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale con sentenza 303/11, ha statuito che l'indennità ex art. 32, co. 5, della legge 183/2010 costituisce una sorta di penale ex lege a carico del datore di lavoro che ha apposto il termine nullo (in tal senso, Cass. n. 3056/2012).

Pertanto, l'importo dell'indennità è stato liquidato dal Giudice del Lavoro a prescindere dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito dal lavoratore (senza riguardo, quindi, all'aliunde perceptum, come invece è stato richiesto dalla convenuta) in quanto si tratta di un'indennità "forfetizzata" e "onnicomprendente" per i danni causati dalla nullità del termine nel periodo cosiddetto "intermedio" dalla scadenza del termine alla sentenza di conversione (in tal senso, Cass. n. 3056/2012). Tale ultima interpretazione è stata avallata anche dall'art. 1, co. 13, della legge n. 92/2012 in

base al quale l'art. 32, co. 5, del Collegato lavoro si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore per il periodo compreso dalla scadenza del termine fino alla sentenza del giudice di ricostituzione del rapporto, per cui il lavoratore non potrà pretendere ulteriori risarcimenti o il pagamento dei contributi previdenziali per tale periodo. Ovviamente, dal momento della sentenza con la quale viene ordinata la ricostituzione del rapporto di lavoro, qualora il datore di lavoro non ottemperi ad essa, spetterà in favore del lavoratore il risarcimento del danno parametrato alle retribuzioni non percepite.

La sentenza evidenzia pertanto un orientamento del Tribunale di Milano allineato con la giurisprudenza della Suprema Corte. Dall'analisi è evidente che il datore di lavoro deve prestare una particolare attenzione alla valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui gli stessi prestano la propria attività lavorativa. L'adempimento di tale obbligo da parte del datore di lavoro è di fondamentale importanza in quanto solo l'individuazione di adeguate misure di prevenzione e di protezione consente di migliorare nel tempo i livelli di salute e di sicurezza dei lavoratori.

Nota a cura di:

Studio Legale Fava & Associati - Lawyers
Milano - Via Durini, 2

Parte II[^] - Problemi e soluzioni: le linee guida del Coordinamento giuridico dell'area Lavoro e Previdenza di Confindustria Bergamo

Le valutazioni di seguito riportate rappresentano una rielaborazione, da parte degli uffici dell'area Lavoro e Previdenza di Confindustria Bergamo, delle indicazioni emerse dal confronto con gli studi legali che partecipano al coordinamento giuridico. Le considerazioni espresse hanno carattere generale, necessariamente da adeguare alle specifiche situazioni riscontrate.

Riunione di ottobre 2012: Le clausole accessorie inseribili nei contratti di lavoro autonomo, a progetto, per prestazioni professionali

Studi legali partecipanti: Calli, Maroncelli & Ass., Del Conte, Cicolari & Ass., Fava & Partners, Gelmini, Minervini, Toffoletto-De Luca Tamajo

In riferimento alle tre modalità maggiormente diffuse, presso le imprese industriali operanti nel territorio, di ricorso a prestazioni di lavoro non subordinato, rappresentate rispettivamente dal contratto di lavoro autonomo occasionale ex art.2222 c.c., dal contratto a progetto ex art.61 e ss. del D.Lgs. n.276 del 10 settembre 2003, infine dagli accordi non tipizzati di regolamentazione a tempo determinato di prestazioni professionali (accordi quadro di regolamentazione di successivi contratti di lavoro autonomo in regime di partita IVA), le clausole accessorie di maggiore utilità per i committenti sembrano identificabili nel patto di non concorrenza e nel patto determinativo delle conseguenze sanzionatorie gravanti sul lavoratore per le ipotesi di recesso anticipato.

Il primo accordo è da ritenersi disciplinato dall'art.2596 c.c., stante la non estensibilità della regolamentazione, più limitativa, di cui all'art.2125 c.c. ai rapporti di lavoro non subordinato, secondo gli orientamenti prevalenti anche a livello locale e come recentemente confermato da Cass. n.10403 del 6 maggio 2009 in riferimento ai co.co.co. In particolare:

1) la norma consente l'apposizione del patto e la decorrenza del vincolo anche durante lo svolgimento del rapporto, oltreché dopo la sua risoluzione, per la durata massima complessiva di 5 anni. L'eventuale decorrenza anticipata rispetto alla cessazione del contratto è da valutare in ragione del vigente quadro normativo, ai sensi del quale: a) il contratto di lavoro subordinato è assoggettato, in corso di esecuzione, all'obbligo di fedeltà di cui all'art.2105 c.c., ai sensi del quale il prestatore di lavoro "non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore" Si consideri poi che nell'elaborazione giurisprudenziale il vincolo opera anche in mancanza di un danno attuale od effettivo, essendo sufficiente (per interventi plurimi della Corte di Cassazione, cfr. Cass. 1° giugno 1988, n. 3719; Cass. 20 gennaio 1987, n. 495; Cass. 5 aprile 1986, n. 2372) un danno meramente potenziale od un pericolo; b) il contratto a progetto è assoggettato all'esplicito divieto di concorrenza di cui all'art.64 comma 2 del D.Lgs. n.276 del 10 settembre 2003, da intendersi in senso ampio in quanto correlato al divieto di "compiere, in qualsiasi modo, atti in pregiudizio dei committenti"; c) viceversa ai rapporti di lavoro non subordinato non riconducibili al contratto a progetto è invece applicabile solo il più restrittivo divieto di concorrenza sleale di cui all'art.2598 c.c., rimanendo altrimenti libero il lavoratore di operare comportamenti potenzialmente lesivi degli interessi economici del committente.

2) Per quanto attiene l'ambito di applicazione, il patto può essere riferito anche solo ad una determinata zona o ad una determinata attività, in quanto le due limitazioni, identificate espressamente dall'art.2596 c.c., non devono essere necessariamente compresenti.

3) Per ragioni prudenziali è inoltre opportuno procedere alla sottoscrizione del patto in forma specifica, considerandolo una clausola vessatoria ex art.1341 c.c..

4) Infine, pur non essendo prevista espressamente dall'art.2596 la spettanza di un corrispettivo per il lavoratore, può essere utile, per ragioni di equo contemperamento dei contenuti del rapporto, precisare nel contratto che trattasi di un elemento accessorio compensato anch'esso dal trattamento economico complessivamente erogato. La Corte di Cassazione con sentenza n.9802 del 2 ottobre 1998 ha precisato infatti, in riferimento al contratto di agenzia ma con impostazione estensibile alle altre tipologie di rapporto non subordinato, che le parti possano legittimamente stabilire, a carico della società proponente, un obbligo di versamento di un corrispettivo quale controprestazione dell'obbligo di non concorrenza disciplinato dall'art.2596 c.c.. In aggiunta, per quanto attiene i tempi di corresponsione dell'emolumento concordato, l'attribuzione almeno di una quota rilevante del valore complessivo del medesimo solo al completamento dell'incarico affidato, unitamente all'apposizione di una clausola penale ex art.1382, determinerebbe un effetto dissuasivo rilevante *versus* eventuali inadempienze del collaboratore. La clausola penale consente infatti la preconstituzione del valore del danno subito dal committente "in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento", ponendo a carico dell'altro contraente una "determinata prestazione", quale l'erogazione di un risarcimento, sicché posticipando l'erogazione dell'emolumento dovuto per l'esecuzione del contratto si renderebbe possibile, a fronte dell'inadempienza del collaboratore, la compensazione diretta dell'onere risarcitorio concordato tramite trattenuta della penale dal corrispettivo dovutogli, evitando al committente l'avvio altrimenti di un procedimento esecutivo e le relative complicazioni.

Il secondo accordo consente di realizzare in qualche modo, nei rapporti a tempo determinato soggetti al regime del lavoro autonomo o parasubordinato, gli effetti prodotti in riferimento al lavoro subordinato dai patti di durata minima garantita della prestazione lavorativa ex art.1322 c.1 c.c., rispetto ai quali la giurisprudenza di legittimità sembra consentire anche l'apposizione del vincolo nel solo interesse del datore di lavoro (Cfr. Cass. n.1435 dell'11 febbraio 2008), pur difettando a tutt'oggi un orientamento definitivamente consolidato. Considerato che, per il lavoro non subordinato, l'apposizione di un termine di durata, espressamente identificato o comunque desumibile dal riferimento al risultato oggetto del contratto, determina di per sé un onere risarcitorio nell'ipotesi di recesso anticipato da parte del collaboratore, trattandosi di una inadempienza della prestazione concordata, salvo che tale facoltà non sia stata espressamente definita dalle parti, la formula più efficace per rafforzare l'impegno già connaturato al contratto è rappresentato da una clausola penale ex art.1382 c.c.. In particolare la quantificazione dell'importo dovuto a titolo di penale potrebbe essere effettuata in base all'esito della collazione degli oneri, oggettivi e documentabili, gravanti sul datore di lavoro in caso di mancata esecuzione dell'attività dedotta nel contratto (penali da erogare a clienti, valore della produzione resasi irrealizzabile etc.), con riserva di rivendicazione comunque del maggior danno subito. L'art.1382 c.c. ultimo periodo infatti limita la risarcibilità dell'inadempimento al valore predefinito dalle parti solo "se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore". L'art.1384 c.c. peraltro comporta, nell'ipotesi di sproporzione tra gli effetti dell'inadempienza ed il valore definito dalle parti a titolo di penale, la sola riduzione della stessa, anche d'ufficio, da

parte dell'organo giudicante interessato dalla controversia, non la nullità del patto. La penale infatti "può essere equamente diminuita dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare (...) è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento". La formula di computo sopra richiamata, basata su evidenze documentali, consentirebbe di ricostruire con modalità oggettive l'interesse del committente, contenendo il rischio di riduzione della penale e comunque non si genererebbe la nullità del patto per indeterminatezza dei contenuti del medesimo.

Riunione di dicembre 2012: i compensi variabili nei contratti di lavoro autonomo e nei rapporti di collaborazione

Studi legali partecipanti: Caffi Maroncelli & Ass., Del Conte, Cicolari & Ass., Gelmini, Toffoletto-De Luca Tamajo

In riferimento alla possibilità di inserire, nei contratti di lavoro autonomo e parasubordinato, clausole che prevedano importi variabili correlati al raggiungimento di obiettivi assegnati individualmente, si è proceduto ad una ricognizione normativa e di giurisprudenza all'esito della quale è stata condivisa l'opportunità di considerare separatamente le due fattispecie, osservando quanto segue:

Lavoro autonomo. Se la clausola con la quale le parti adottano un trattamento variabile rappresenta, per le modalità di impostazione, una indubbia obbligazione di risultato, ossia è istitutiva di un corrispettivo economico la cui erogazione dipende esclusivamente dalla piena realizzazione di un'opera o di un servizio, non dal mero tentativo di realizzazione o dal relativo studio di fattibilità, è possibile che il trattamento concordato sia completamente variabile. In tale ipotesi può quindi anche legittimamente verificarsi che l'attività eseguita dal lavoratore autonomo non produca alcuna erogazione, per la mancata realizzazione del risultato, quand'anche l'incarico abbia comportato un elevato impegno e dedizione di tempo e di spese ancorché rilevanti e documentabili. L'eventuale formula di computo del trattamento variabile può essere liberamente impostata, non essendoci vincoli normativi, quindi può anche identificare un emolumento aggiuntivo ad un trattamento fisso o consistere in un importo in percentuale parametrato al valore economico del risultato realizzato ossia al risparmio o al guadagno effettivamente conseguito. Nella diversa ipotesi di trattamento economico ricondotto dalla clausola istitutiva alla realizzazione di una analisi di fattibilità di un intervento, non all'effettivo conseguimento di un risultato, il corrispettivo risulterebbe invece pienamente dovuto indipendentemente dal conseguimento dell'obiettivo atteso dal committente, mentre in presenza di un risultato parziale, salvo differenti intese tra le parti chiaramente identificative della correlazione tra il trattamento e il risultato completo oggetto dell'incarico, il compenso spetterebbe in misura riproporzionata. Analoghe valutazioni possono essere ragionevolmente riferite alle co.co.co non eseguite con modalità a progetto, in quanto escluse dall'ambito di applicazione degli artt. 61 e ss D.Lgs. n.276 del 10 settembre 2003.

Collaborazioni a progetto. In ragione del disposto dell'art.63 del D.Lgs. n.276 del 10 settembre 2003, come modificato dall'art.1 comma 23 della Legge n.92 del 28 giugno 2012, che ha introdotto l'obbligo di correlazione tra l'erogazione dedotta nel contratto a progetto e la

“quantità” del lavoro prestato dal collaboratore, risulta ora contestabile l’eventuale oggettiva incongruità tra la quantità di prestazione che - in base ai generali criteri di buona fede e correttezza - è da ritenersi necessaria per l’ottenimento del risultato ed il corrispettivo concordato dalle parti, con onere della prova a carico del collaboratore nell’ipotesi di contenzioso. Tale criterio di determinazione del corrispettivo trova applicazione indipendentemente dalla effettiva durata e dalla effettiva onerosità dell’attività svolta dal collaboratore, che potrà essere maggiore o minore rispetto a quella eventualmente condivisa e inserita nel contratto senza che ne derivino conseguenze, in quanto la gestione dei tempi rientra nella responsabilità del collaboratore ed il medesimo non può essere assoggettato a vincoli di orario. La sussistenza di tale criterio, che condiziona la quantificazione del compenso e non è disponibile dalle parti, rende quindi comunque incerta la congruità dei trattamenti concordati, in quanto non si possono escludere controversie ed azioni di accertamento. Ciò, unitamente alla difficoltà di interpretazione del riferimento ai “minimi salariali applicati nel settore medesimo” previsti dalla contrattazione collettiva per i lavoratori subordinati, che il testo di legge individua come parametro obbligatorio per la determinazione dell’importo, rende attualmente inopportuno pattuire, in caso di stipula di un co.co.pro., trattamenti aggiuntivi legati al buon esito delle attività oggetto di incarico, in quanto trattandosi di obbligazioni di risultato non assorbirebbero eventuali rivendicazioni che il collaboratore potrebbe promuovere per la presunta incongruità tra corrispettivo e durata della prestazione normalmente necessaria. L’incentivazione legata al risultato, quando ritenuta comunque indispensabile, andrebbe piuttosto gestita con erogazioni premiali unilaterali.

Parte III[^] - Dottrina - Focus: I rapporti di lavoro autonomo e di collaborazione***Approfondimenti***

Riepilogo schematico delle principali novità introdotte dalla Riforma Fornero in tema di rapporti di collaborazione e di lavoro autonomo

La riforma del lavoro (Legge 92/2012) ha modificato in modo significativo le regole che consentono di utilizzare, nei rapporti di lavoro, il contratto di collaborazione coordinata e continuativa, introducendo una serie di condizioni stringenti e elementi di presunzione al verificarsi dei quali il rapporto diventa subordinato, salvo prova contraria da parte del committente.

A dette modifiche si aggiungono quelle apportate alle disposizioni che regolano i rapporti di lavoro autonomo (rapporti con soggetti titolari di partita IVA) che non rispettano le condizioni che stanno alla base di tale contratto, presumendo che gli stessi diventino rapporti di collaborazione, ovvero, mancando il progetto, rapporti di lavoro subordinato.

Dette modifiche legislative, con particolare riferimento alle condizioni che regolano la presunzione della corretta tipologia contrattuale utilizzata, hanno riflesso anche sugli obblighi assicurativi (previdenziali e infortunistici)

Fatte dette premesse, di seguito sono evidenziate:

- le predette novità, alla luce di quanto precisato dal Ministero del lavoro con le circolari 29 e 32 del 2012,
- le tipologie contrattuali di lavoro autonomo e coordinato utilizzabili;
- le obbligazioni contributive con particolare riferimento a quelle assicurative infortunistiche.

Collaborazioni coordinate e continuative (lavoro autonomo coordinato)

Classificazione - Le collaborazioni coordinate e continuative si suddividono in due categorie:

- collaborazioni tipiche (i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e i partecipanti a collegi e commissioni);
- collaborazioni atipiche, che a sua volta si suddividono in:
 - collaborazioni con obbligo del progetto (co.co.pro.);
 - collaborazioni senza l'obbligo del progetto (co.co.co.);
 - collaborazioni occasionali, c.d. mini co.co.co.

Collaborazioni coordinate a progetto (co.co.pro.) - Il contratto di lavoro a progetto (art. 61 e ss., D.Lgs. 276/2003), per essere lecito deve essere redatto in forma scritta e deve contenere, ai fini della prova, i seguenti elementi (art. 62 del D.Lgs. 276/2003):

- la durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro;
- il progetto e il risultato da conseguire;
- il corrispettivo (compenso), i criteri della sua determinazione, i tempi e le modalità di pagamento nonché la disciplina dei rimborsi spese;
-

- le forme di coordinamento del lavoratore con il committente (in ogni caso non devono pregiudicare l'autonomia del lavoratore nell'esecuzione della prestazione);
- le misure (eventuali) per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore (le regole sono contenute nel D. Lgs. 81/2008 - T.U. sicurezza).

Il collaboratore a progetto, salvo diverso accordo tra le parti, può svolgere la sua attività a favore di più committenti (può quindi essere concordata un'esclusiva) e non deve svolgere attività in concorrenza con i committenti né, in ogni caso, diffondere informazioni attinenti ai programmi, né di compiere atti in pregiudizio all'attività dei committenti (v. art 66 del D.Lgs. 276/2003).

Il collaboratore ha altresì i seguenti diritti:

- in caso di invenzione di essere riconosciuto autore della stessa;
- in caso di gravidanza, malattia e infortunio (documentati) il contratto non può essere risolto (si sospende senza erogazione del corrispettivo). La malattia e l'infortunio (salvo diversa previsione contrattuale) non determinano la proroga della durata del contratto. Il contratto si risolve in anticipo se l'assenza dura per un periodo superiore a un sesto della durata stabilita nel contratto (quanto la durata è determinata) ovvero superiore i 30 giorni nei contratti in cui la durata è determinabile. In caso di gravidanza, invece la durata del contratto è prorogata per un periodo di 180 giorni (vedere anche il D.M. 12.7.2007, art. 4). Vengono fatte salve le disposizioni di miglior favore concordate contrattualmente.

Le novità apportate dalla legge di riforma del lavoro - L'art. 1, commi da 23 a 25, della legge 92/2012, ha apportato significative modifiche alle disposizioni che regolano l'utilizzo del contratto di collaborazione con obbligo del progetto (si veda anche la circolare 29/2012 del Ministero del lavoro), in particolare (dai contratti stipulati dal 19.7.2012 e che verranno stipulati successivamente):

- il contratto non può più avere come riferimento, per la sua genuinità, il programma o fase di esso, ma esclusivamente uno o più progetti;
- Il progetto (funzionalmente collegato a un risultato), oggetto del contratto, non può consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale, vale a dire viene regolamentato quanto già elaborato in precedenza dalla giurisprudenza di merito in ordine alla "specificità del progetto". Il progetto può rientrare nel ciclo produttivo dell'impresa (Trib. Milano 18.7.2011) e insistere in attività che rappresentano il c.d. "core business" aziendale ma deve essere caratterizzato da una autonomia di contenuti e obiettivi;
- nel contratto deve essere specificato: contenuto del progetto; risultato finale da conseguire;
- dal contratto sono escluse le mansioni meramente esecutive (da definirsi dai CCL);

La circolare Min. Lav. 29/2012, individua, a titolo esemplificativo e non esaustivo, nell'ambito del predetto concetto tra l'altro le seguenti figure.

- addetti alle pulizie;
- autisti e autotrasportatori;
- commessi e addetti alle vendite;
- custodi e portieri;
- facchini;

- magazzinieri;
- manutentori;
- piloti e assistenti di volo;
- addetti alle attività di segreteria e terminalisti;
- prestazioni rese nell'ambito dei call center per servizi c.d. *in bound*
etc.

-
- presunzione del carattere subordinato della prestazione in caso di attività svolta con modalità analoghe a quelle svolte dai dipendenti del committente (fatte salve le prestazioni di elevata professionalità, individuabili anche dai CCL);
 - non possono più essere inserite nel contratto clausole individuali che consentono il recesso del committente ante tempo (fatta eccezione per la giusta causa, oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore e cessazione del progetto);
 - il lavoratore può recedere ante tempo, con preavviso, se previsto dal contratto;
-

Si ritiene che in ogni caso, anche se non specificato dalla norma, le parti, di comune accordo, possono recedere anticipatamente dall'obbligazione contrattuale.

- Al lavoratore deve essere corrisposto un compenso che, in assenza di contrattazione collettiva specifica (I CCL stabiliscono minimi in ciascun settore) , non può essere inferiore, a parità di estensione temporale dall'attività oggetto della prestazione, alle retribuzioni minime previste dai CCNL applicati nel settore di riferimento. Il riferimento alle retribuzioni minime dei CCNL va inteso alle retribuzioni minime tabellari e non a tutto il complesso delle voci retributive eventualmente previste da tali contratti

Collaborazione occasionale (c.d. mini co.co.co) - I requisiti per considerare un contratto di collaborazione c.d. "mini co.co.co" (art. 61 del D. Lgs. 276/2003), per il quale non necessita l'individuazione di un progetto (risulta possibile escludere tutte le disposizioni specifiche riguardanti il contratto a progetto) sono:

- Compenso complessivamente percepibile con lo stesso committente non superiore a € 5.000/anno e durata del rapporto non superiore a 30 giorni/anno;
- Nell'ambito dei servizi di cura e assistenza alla persona, compenso complessivamente percepibile con lo stesso committente non superiore a € 5.000/anno e durata del rapporto non superiore a 240 ore/anno

Collaborazioni coordinate e continuative senza progetto (co.co.co) - Sono escluse dall'obbligo del progetto, e dalle relativa regolamentazione (art. 61, c.3, D. Lgs. 276/2003, e successive modificazioni), 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 (per interpretazione autentica vedi "lavoratori autonomi partite IVA"), 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 dall'obbligo del progetto i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e i partecipanti a collegi e commissioni (c.d. collaborazioni tipiche), nonché coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia (secondo le nuove regole dettate dalla riforma delle pensioni).

Tipologia di contratto - Le collaborazioni coordinate si inseriscono comunque nell'ambito del lavoro autonomo.

Lavoro autonomo non coordinato

Il codice civile (art. 2222) stabilisce che si ha rapporto di lavoro autonomo quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente.

Per l'individuazione di tale figura occorre, in sintesi, rispettare le seguenti condizioni:

- a) elementi essenziali: promessa di un risultato; realizzazione dell'opera o del servizio con propria organizzazione; esistenza del rischio professionale;
- b) elementi che non devono essere presenti: potere direttivo del datore di lavoro/committente; osservanza di un orario di lavoro; applicazione del potere disciplinare da parte del datore di lavoro/committente.

La giurisprudenza ha altresì individuato alcuni indici che stanno alla base per la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. In particolare, un rapporto di lavoro non può essere classificato autonomo qualora siano presenti i seguenti elementi: assoggettamento gerarchico al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro (che si realizza nell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa con conseguente limitazione dell'autonomia del lavoratore); osservanza di un certo orario di lavoro, il pagamento a scadenze fisse di una retribuzione prestabilita, il coordinamento effettuato dal datore di lavoro e l'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale, continuità della prestazione, utilizzazione di strumenti del datore di lavoro, svolgimento della prestazione in ambienti messi a disposizione del datore di lavoro e, infine, l'applicabilità di sanzioni disciplinari (Cass. n. 12033 del 6.11.1992; n. 5508, 18-3-2004; n. 9812, 14-4-2008 - n. 5079, 3.3.2009; n. 6086 del 29.5.1991, n. 7608 del 10.7.1991, n. 17549 del 19-11-2003, n. 15001 del 21.11.2001, n. 2842 del 13-2-2004, n. 26986 del 22.12.2009 e n. 2728 del 8.2.2010).

Alcuni dei predetti indici, quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario, la localizzazione della prestazione e la cadenza e la misura fissa della retribuzione assumono natura meramente sussidiaria e non decisiva nella valutazione del carattere della prestazione. A tale proposito, va precisato che la Cassazione (sent. 5845/1998) ha evidenziato che al fine della distinzione tra lavoro subordinato e autonomo, ove l'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile in ragione del concreto atteggiarsi del rapporto, caratterizzato dalla presenza di elementi compatibili con l'uno e con l'altro tipo di rapporto, non può prescindersi dall'effettiva volontà delle parti (caso in cui la volontà delle parti acquisisce notevole importanza).

L'art. 30 del Collegato lavoro (L. 183/2010), in materia di certificazione dei contratti ha precisato quanto segue: qualora il contratto risulti certificato a norma del D. Lgs. 276/2003, il giudice non può, nella valutazione della qualificazione dello stesso, discostarsi dalla volontà espressa dalle parti in sede di certificazione, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto,

di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. In pratica viene rafforzato il valore vincolante (anche nei confronti del giudice) dell'accertamento effettuato in sede di certificazione dei contratti

Classificazione - Il lavoro autonomo, oltre all'attività di artigiano, commerciante e agricolo, può essere così classificato:

- contratti d'opera e/o professionali (artt. 2222 e ss. del c.c.), titolari di partita IVA;
- contratti d'opera occasionali (Art. 2222 c.c.) esclusi dall'obbligo IVA;
- associati in partecipazione con apporto di lavoro (art. 2359 e ss. del c.c.)

Presunzione del carattere coordinato o subordinato di particolari rapporti di lavoro sorti come autonomi (partite IVA) - L'art. 1, commi 26 e 27, della legge 92/2012 ha introdotto le seguenti novità nell'ambito del lavoro autonomo (vedere anche Min. Lav. circ. 32/2012) che hanno influenza nel contratto a progetto e conseguentemente sugli obblighi assicurativi (previdenziali e infortunistici):

- Presunzione del carattere coordinato della prestazione tutte le volte che ricorrono almeno due delle seguenti condizioni: il contratto duri più di 8 mesi annui per due anni consecutivi (invece che per un solo anno, come previsto nel testo originario - modifica introdotta dalla legge di conversione del DL 83/2012, L. 134/2012, c.d. Decreto Sviluppo); il corrispettivo annuo superi l'80% del fatturato complessivo per due anni solari consecutivi (al posto di uno solo, come previsto nel testo originario - modifica introdotta dalla legge 134/2012 di conversione del DL 83/2012, c.d. Decreto Sviluppo); il lavoratore utilizzi una postazione fissa presso il committente. E' a carico del committente provare il contrario.

- La presunzione (dai contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della riforma - Per i contratti in corso c'è tempo 12 mesi per uniformarsi) di cui sopra non opera qualora la prestazione lavorativa: - sia connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività; - sia svolta da soggetto titolare di un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali (2013 = € 18.663 più rivalutazione).

- Detta presunzione non opera, altresì, con riferimento alle prestazioni lavorative svolte nell'esercizio di attività professionali per le quali è richiesta l'iscrizione ad un ordine professionale, ovvero ad appositi registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati (per la ricognizione delle attività in esame si attende un decreto ministeriale).

- Applicata la presunzione, di cui sopra, gli oneri contributivi dovuti alla Gestione Separata si ripartono 1/3 collaboratore e 2/3 committente (il collaboratore, che ha sostenuto l'intero onere, ha facoltà di rivalsa nei confronti del committente). Scatta anche l'obbligo assicurativo.

- La mancata prova comporta la trasformazione del contratto in collaborazione coordinata e continuativa, alla quale, mancando il progetto, si applica l'art. 69 del D.Lgs. 276/2003, vale a dire la collaborazione a sua volta si trasforma in contratto di lavoro subordinato.

- L'esclusione dalle norme in materia di co.co.pro (interpretazione autentica dell'art. 61, c. 3, D. Lgs. 276/2003) riguarda le sole collaborazioni coordinate e continuative il cui contenuto concreto sia riconducibile alle attività professionali intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali. In caso contrario, l'iscrizione del collaboratore a albi professionali non è circostanza idonea di per sé a determinare l'esclusione dal campo di applicazione di dette norme.

Le novità si applicano ai rapporti instaurati dopo l'entrata in vigore della riforma (dopo il 18.7.2012). Per i rapporti in corso a tale data le nuove disposizioni si applicano decorsi 12 mesi dalla data di entrata in vigore della riforma.

L'obbligo assicurativo INAIL

L'INAIL, nel proprio sito INTERNET, precisa che sono assicurati (tutelati dall'Istituto) contro gli infortuni e le malattie professionali, oltre ai lavoratori dipendenti (impiegati nelle lavorazioni c.d. tutelate) anche, nell'ambito del lavoro autonomo, gli artigiani, i lavoratori autonomi dell'agricoltura e, a norma dell'art. 5, del d. Lgs. 38/2000, i lavoratori (c.d. parasubordinati) che svolgono attività di collaborazione coordinata e continuativa (tipica ed atipica).

Collaborazioni coordinate e continuative - A norma del citato art. 5 del D.Lgs. 38/2000 sono soggette all'obbligo assicurativo INAIL tutte le collaborazioni coordinate e continuative tipiche (amministratori, sindaco o revisore di società/associazioni/enti, componenti collegi e commissioni, ecc.) e atipiche (collaboratori a progetto, collaboratori non a progetto, collaborazioni occasionali, c.d. mini co.co.co), qualora svolgano le attività previste dall'art. 1 del T.U. degli infortuni (DPR 1124/1965), integrate dalla conduzione personale di veicoli a motore dei quali i lavoratori in commento si avvalgono, non in via occasionale, per l'esercizio delle proprie mansioni e dall'uso diretto di strumenti mossi da energia elettrica (computer, macchine d'ufficio, ecc.). In pratica le attività rischiose oggetto di tutela sono quindi le stesse che già danno luogo all'obbligo assicurativo per i soggetti individuati all'art. 4 del medesimo T.U.. Tale obbligo scatta qualora dette attività non vengano attratte dall'oggetto dell'arte e professione esercitata (si veda la circolare INAIL n. 32 dell'11.4.2000 e nota 26.1.2001).

Tutti gli adempimenti, previsti dal citato T.U., devono essere assolti dal committente.

La denuncia dei lavori e cessazione- Il committente, è tenuto ad assicurare il collaboratore, presentando la denuncia d'esercizio, attraverso l'ordinaria procedura telematica ("comunica" oppure, ove previsto, il canale telematico diretto dell'INAIL - punto cliente - INAIL circ. 59/2009 - nota 3.3.2010), per l'apertura della relativa posizione assicurativa, qualora l'attività, effettivamente svolta dal lavoratore, non rientri già tra le lavorazioni denunciate (per esempio posizione assicurativa, per la medesima attività, già aperta per i lavoratori dipendenti). In quest'ultimo caso non deve essere effettuata alcuna denuncia.

All'Istituto deve essere altresì comunicata, sempre attraverso i canali telematici, la cessazione della lavorazione, nei termini stabiliti, finalizzata alla chiusura della relativa posizione assicurativa, se specificatamente accesa per l'attività svolta dal lavoratore parasubordinato.

Il collaboratore, la posizione assicurativa e il periodo assicurato verranno segnalati, in ogni caso, nel modello 770 semplificato, prospetto lavoro dipendente e assimilato sezione INAIL.

Centro per l'impiego - Il committente è obbligato a comunicare al centro per l'impiego l'instaurazione del rapporto di collaborazione (a progetto - non a progetto - mini co.co.co.) attraverso la procedura telematica delle comunicazioni obbligatorie (UnificatoLav). La comunicazione deve essere effettuata entro le ore 24 del giorno precedente l'inizio della prestazione lavorativa. La modifica del rapporto e la cessazione dello stesso devono essere comunicate al centro per l'impiego, entro 5 giorni dall'evento. Dette comunicazioni, per effetto della loro pluriefficacia, hanno valore anche nei confronti dell'INAIL.

Sono esclusi del predetto obbligo i rapporti di collaborazione con gli amministratori.

La denuncia d'infortunio - Per il lavoratore parasubordinato, regolarmente assicurato INAIL, il committente, in caso di infortunio, è tenuto ad inviare, nei termini e con le modalità disciplinate per i lavoratori subordinati dal T.U. sugli infortuni. L'indennità temporanea giornaliera corrisponde a un trecentesimo del minimale di rendita.

Libro unico del lavoro - Il committente, ha l'obbligo, a norma dell'art .39 del D.L. 112/2008 (L. 133/2008), di registrare i titolari di contratto di collaborazione coordinata e continuativa (anche occasionale - mini co.co.co) nel libro unico del lavoro (Min. Lav. circ. 20/2008 - vademecum 5.12.2008).

Il premio assicurativo - Per i collaboratori per i quali vige l'obbligo assicurativo contro gli infortuni e le malattie professionali, il committente deve provvedere a versare i relativi premi assicurativi, tenendo conto che un terzo degli stessi risulta a carico del collaboratore (da trattenere dai compensi - registrazione nel libro unico del lavoro).

Il premio assicurativo è calcolato, in base al tasso applicabile all'attività svolta (segnalato dall'INAIL all'atto dell'apertura della posizione e annualmente, in funzione dell'andamento infortunistico - oscillazione del tasso - attraverso il mod. 20SM) sull'ammontare dei compensi (imponibile secondo il regime fiscale dei redditi assimilati al lavoro dipendente) nel rispetto del minimale e massimale di rendita (art. 116, c. 3 del T.U. sugli infortuni), vale a dire entro i limiti di retribuzione minimo e massimo fissati per le rendite nell'industria, rivalutati, ordinariamente, il 1° luglio di ogni anno (fatta eccezione per i caso in cui, al verificarsi delle relative condizioni, la rivalutazione decorre al 1° gennaio).

Considerato che il rapporto di collaborazione coordinata e continuativa non prevede una prestazione a tempo, il minimale ed il massimale di rendita devono essere divisi in mesi (anziché in giorni), al fine di confrontare il minimale ed il massimale mensile con il compenso medio mensile, ottenuto dividendo i compensi effettivi per i mesi, o frazioni di mesi, di durata del rapporto di collaborazione.

L'importo mensile, risultante da questo confronto, va poi moltiplicato per i predetti mesi, o frazioni di mesi, di durata del rapporto.

Il valori attualmente in vigore fino al 30.6.2013 sono i seguenti (INAIL circ. 16/2012 e 42/2012): minimale annuo € 15.514,80 (mensile € 1.292,90); massimale annuo € 28.813,20 (mensile € 2.401,10).

Va altresì rilevato che, a differenza dei regimi fiscale e contributivo INPS, per i quali vige il principio di cassa per l'applicazione delle relative obbligazioni, per i premi INAIL si applica il principio di competenza. Situazione queste che complica un po' la vita ai committenti, in funzione del fatto che i limiti minimi e massimi cambiano, in via generale, in corso d'anno (al 1° luglio) e che i compensi (specialmente quando si tratta di amministratori) possono essere corrisposti in periodi diversi da quelli corrispondenti alla prestazione resa (anche in periodi d'imposta successivi).

L'INAIL ha precisato (circ. 32/2000) che detti limiti si riferiscono a tutti i compensi percepiti dal lavoratore parasubordinato per l'attività di collaborazione coordinata e continuativa svolta nel corso dell'intero anno, derivanti anche da più rapporti siano essi contemporanei o susseguenti, intrattenuti con lo stesso ovvero con committenti diversi. I succitati parametri annuali sono, peraltro, divisibili in tanti dodicesimi per quanti sono i mesi, o frazione di mese, di durata del rapporto di collaborazione. Ai fini della determinazione della base imponibile da assoggettare a contribuzione, si rende pertanto necessario distinguere, precisa l'INAIL, le ipotesi di compensi derivanti da:

a) un unico rapporto intrattenuto con un solo committente: la base imponibile sulla quale determinare il premio dovuto è pari alla misura dei compensi corrisposti, nei citati limiti. Diversamente, per i rapporti di lavoro di durata inferiore all'anno, la misura dei compensi deve essere preliminarmente ripartita per i mesi, o frazione di mese, di durata del rapporto. Se il compenso medio mensile così ottenuto è di importo compreso fra i limiti del minimale e massimale mensile di riferimento, esso, moltiplicato per i mesi di durata del rapporto, costituirà la base imponibile per il calcolo del premio. Qualora il compenso medio mensile risulta, invece, di importo inferiore o superiore al minimale o massimale mensile, la base imponibile sarà comunque pari a detto minimale o massimale, moltiplicato per i mesi di durata del rapporto;

b) due o più rapporti intrattenuti con committenti diversi: in tale ipotesi il collaboratore è tenuto a comunicare a ciascuno dei committenti i compensi stabiliti per ogni rapporto contemporaneamente intrattenuto. Conseguentemente, ciascuno dei committenti dovrà determinare l'imponibile contributivo per la quota di competenza. A tale scopo, egli procederà: a determinare il compenso medio mensile, calcolato suddividendo l'importo complessivo dei compensi stabiliti per i mesi o frazione di mese di durata del rapporto; a sommare l'importo così ottenuto con i compensi medi mensili relativi agli altri committenti; a denunciare, nel caso in cui detta somma risulti essere compresa fra i citati limiti, quanto effettivamente stabilito per ciascun mese di durata del rapporto di collaborazione; ovvero a denunciare, qualora la medesima somma risulti essere inferiore all'imponibile minimale mensile, quota parte del minimale mensile medesimo determinata in base alla stessa percentuale derivante dal rapporto tra i compensi globali mensili spettanti al lavoratore e quanto mensilmente stabilito per il rapporto di collaborazione; ovvero a denunciare, qualora la somma stessa risulti essere superiore all'imponibile massimale mensile, quota parte del medesimo massimale mensile determinata in base alla stessa percentuale derivante dal rapporto tra i compensi globali mensili spettanti al lavoratore e quanto mensilmente stabilito per il rapporto di collaborazione;

c) due o più rapporti intrattenuti con un unico committente: in questa ipotesi il committente determinerà la base imponibile relativa a ciascun rapporto di collaborazione seguendo i criteri come sopra già evidenziati al precedente punto b), nel rispetto dei menzionati limiti minimo e massimo, tenendo peraltro conto della totale o parziale coincidenza di durata dei rapporti stessi.

Pagamento dei premi e denuncia dei compensi – I premi assicurativi vanno versati, in sede autoliquidazione, con i medesimi criteri previsti per i lavoratori dipendenti, entro il 16 febbraio (regolazione rata anno precedente più rata anticipata anno in corso). I compensi vanno dichiarati (nel campo retribuzioni complessive, in sommatoria con le retribuzioni dei lavoratori dipendenti e i compensi e/o massimali e/o retribuzioni di ragguglio degli altri assicurati), attraverso la prevista procedura telematica. La denuncia annuale dei salari va presentata entro il 16 marzo di ogni anno (vedere opuscolo autoliquidazione 2012/2013).

Per effetto che per i premi INAIL si applica il criterio di competenza e considerata la specificità dei rapporti di collaborazione in argomento, per i quali è più frequente che i compensi o parte di essi siano corrisposti successivamente al 31 dicembre, per consentire l'eventuale integrazione della regolazione del premio dovuto in base al tasso in vigore nell'anno di competenza, i committenti dovranno procedere alla rettifica delle denunce dei compensi già presentate ed al ricalcolo del dovuto entro il giorno 16 del secondo mese successivo al pagamento degli ulteriori compensi erogati.

In ogni caso nell'anno di competenza i premi devono essere versato sul minimale di rendita.

Associato in partecipazione con apporto di lavoro - Nell'assicurazione infortuni sono espressamente inclusi i lavoratori che, pur non essendo dipendenti, sono considerati meritevoli di tutela, tra questi vi rientrano gli associati in partecipazione che svolgono attività manuale o sovrintendono al lavoro (C.Cost. sentenza n. 332 del 15 luglio 1992 - INAIL, circ. n. 28/74, 7.5.1993; Min. Lav. nota 7.7.2003, prot. n. 5/259441/70 - DPR 1124/1965). Sono quindi assicurabili gli associati che svolgono un'attività che rientra tra quelle a cui risulta obbligatoria l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali.

Gli obblighi sono in capo all'associante e, per tale fine, valgono le ordinarie disposizioni (si veda quanto già precisato per le collaborazioni coordinate e continuative)

Premio assicurativo - L'obbligo contributivo è in capo all'associante. Conseguentemente i premi assicurativi devono essere calcolati sulla retribuzione cosiddetta di ragguglio che corrisponde al minimale di rendita. Il valori attualmente in vigore fino al 30.6.2013 (INAIL circ. 16/2012 e 42/2012) è pari a € 15.514,80 (mensile € 1.292,90 - giornaliero € 51,72). Per le modalità di versamento e di denuncia dei salari vale quanto precisato per le collaborazioni coordinate e continuative .

Centro per l'impiego - L'associante è obbligato a comunicare al centro per l'impiego l'instaurazione del rapporto di associazione in partecipazione, attraverso la procedura telematica delle comunicazioni obbligatorie (UnificatoLav). La comunicazione deve essere effettuata entro le ore 24 del giorno precedente l'inizio della prestazione lavorativa. La modifica del rapporto e la cessazione dello stesso deve essere comunicata al centro per l'impiego, entro 5 giorni dall'evento. Dette comunicazioni, per effetto della loro pluriefficacia, hanno valore anche nei confronti dell'INAIL.

Libro unico del lavoro - Il committente ha l'obbligo di registrare gli associati in partecipazione (con apporto di lavoro) nel libro unico del lavoro di cui all'art. 39 del D.L. 112/2008; legge 133/2008 (Min. lav., circ. n. 20/2008 - Min. lav. nota 5.12.2008 vademecum).

Contratti d'opera - Il committente non ha alcun obbligo di assicurare all'INAIL i lavoratori con i quali sottoscrive un contratto d'opera e/o professionale (art. 2222 e ss. del c.c.), sia titolare di partita IVA sia per il soggetto con contratto di prestazioni occasionali escluso dal campo IVA.

L'obbligo assicurativo previdenziale

Collaborazioni coordinate e continuative - Il committente, per ogni lavoratore a progetto (non a progetto o mini co.co.co), è tenuto a versare la prescritta contribuzione alla gestione separata presso l'INPS (art. 2, c. da 26 a 32, L. 335/1995; DD.MM. n. 281 e n. 282 del 2 .5.1996.

L'obbligo contributivo ha avuto decorrenza dall'1.4.1996 per i soggetti non iscritti a forme pensionistiche obbligatorie e dal 30.6.1996 per i soggetti pensionati o iscritti a forme pensionabili obbligatorie (art. 1 c. 214, L. 662/1996).

Il contributo, finalizzato all'estensione dell'AGO per l'IVS, è versato dal committente (attraverso l'UniEmens e il mod., F24), con obbligo di rivalsa sul collaboratore per quota a carico del collaboratore stesso, alla gestione pensionistica separata istituita presso l'INPS.

Il contributo di finanziamento della predetta gestione, a decorrere dall'anno 2013, è così fissato:

CATEGORIE	Aliquota % per l'anno 2013			Massimale imponibile euro
	IVS (1)	Malattia Maternità ANF	TOTALE aliquota (2)	
PENSIONATI titolari di pensione diretta e/o ISCRITTI ad altra forma pensionistica obbligatoria	20,00	0,00	20,00	96.149,00 più rivalutazione 2013
NON pensionati e NON iscritti ad altra forma pensionistica obbligatoria	27,00	0,72	27,72	
(1) L'art. 2, c. 57, della l. 92/2012 (riforma del mercato del lavoro), e successive modificazioni, ha fissato un graduale adeguamento dell'aliquota contributiva IVS, in particolare: NON pensionati e NON iscritti ad altra forma pensionistica: 28,72% per il 2014; 30,72% per il 2015; 31,72% per il 2016; 32,72% per il 2017; 33,72% dal 2018 - Le aliquote comprendono lo 0,72% per le assistenze; PENSIONATI titolari di pensione diretta e/o ISCRITTI ad altra forma pensionistica obbligatoria: obbligatoria: 21% per il 2014; 22% per il 2015; 24% per il 2016. (2) Due terzi a carico committente e un terzo a carico collaboratore.				

I versamenti alla gestione separata devono essere eseguiti dal committente (autorizzato a rivalersi sul collaboratore per le somme a suo carico, pari a un terzo), entro il 16 del mese successivo a quello di erogazione dei compensi, utilizzando il mod. F24 (INPS, circ. 18.12.1998, n. 259 e 4.12.2000, n. 201). Il committente è tenuto ad effettuare il versamento anche se il collaboratore non ha provveduto all'iscrizione presso la gestione separata INPS. I codici contributo per il modello F24 sono i seguenti: C10 , per i collaboratori iscritti ad altra forma di previdenza obbligatoria; CXX per i collaboratori privi di altra copertura previdenziale

Associati in partecipazione - L'associante è altresì tenuto a versare la contribuzione alla gestione separata INPS. Per le aliquote e il massimale contributivo e pensionabile si rinvia alla tabelle dei collaboratori coordinati e continuativi, tenendo però presente che la ripartizione del contributo è fissata nelle seguenti misure: 55% associante; 45% associato.

Contratti d'opera - Il committente ha l'obbligo di versare la contribuzione alla gestione separata INPS (addebitando un terzo della contribuzione al lavoratore) per i rapporti autonomi di tipo occasionale e solo per i compensi eccedenti € 5.000 annui (con riferimento al lavoratore, conseguentemente contano anche i compensi percepiti da altri committenti). Per le aliquote e il massimale contributivo, vedere la tabella dei collaboratori coordinati e continuativi. Per i titolari di partita IVA non iscritti ad una propria forma di previdenza obbligatoria sono tenuti ad iscriversi alla gestione separata e a versare direttamente la relativa contribuzione con la possibilità di addebitare al committente il 4% della contribuzione dovuta.

Gabriele Bonati
 MG Consulting Srl
 Lodi, 21.12.2012

Riepilogo delle principali disposizioni amministrative concernenti il regime contributivo dei lavoratori a progetto

Ricognizione

Per esaminare il profilo previdenziale delle collaborazioni a progetto occorre analizzare il più ampio contesto della disciplina previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative.

Come è noto, la legge 335/1995 istituì presso l'Inps una nuova forma di previdenza obbligatoria destinata a tutelare le figure professionali emergenti e in costante crescita nel mercato del lavoro, prive di appositi Albi, oppure quelle attività che la giurisprudenza definisce atipiche, quali le collaborazioni coordinate e continuative cd. "parasubordinate". Con l'art. 2 comma 26 Legge 335/1995 (conosciuta come legge Dini) si affermò, pertanto, che "a decorrere dal 1 gennaio 1996, sono tenuti all'iscrizione presso una apposita Gestione separata, presso l'INPS, e finalizzata all'estensione dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, di cui al comma 1 dell'articolo 49 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, di cui al comma 2, lettera a), dell'articolo 49 del medesimo testo unico e gli incaricati alla vendita a domicilio di cui all'articolo 36 della legge 11 giugno 1971, n. 426. Sono esclusi dall'obbligo i soggetti assegnatari di borse di studio, limitatamente alla relativa attività."¹ Con il successivo comma 30 della medesima legge si stabilì che "Con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale di concerto con i Ministri delle finanze e del tesoro, da emanare entro il 31 ottobre 1995, sono definiti le modalità e i termini per il versamento del contributo stesso, prevedendo, ove coerente con la natura dell'attività soggetta al contributo, il riparto del medesimo nella misura di un terzo a carico dell'iscritto e di due terzi a carico del committente dell'attività espletata ai sensi del comma 26". Il decreto ministeriale che conteneva il regolamento recante modalità e termini per il versamento del contributo previsto fu il 281 del 2 maggio 1996. Venne stabilita la decorrenza dell'obbligo assicurativo per i soggetti già in attività: al 1 aprile 1996 per i soggetti che non sono pensionati o non iscritti a forme pensionistiche obbligatorie, con conseguente spostamento del termine per l'iscrizione alla gestione separata al 30 aprile 1996; al 30 giugno 1996 per coloro che risultano già pensionati o che sono iscritti a forme pensionistiche obbligatorie con conseguente spostamento del termine per l'iscrizione alla gestione separata al 31 luglio 1996.

Si stabilì inoltre che il contributo fosse dovuto nel limite del massimale contributivo annuo di cui all'art. 2, comma 18, della legge n. 335/1995 e che il pagamento di tale contributo gravasse sul committente nella ripartizione sopra enunciata e quindi comprensiva della quota a carico del collaboratore. Prescindendo dall'evoluzione della legislazione dal 1995 al 2006, la L. 296/2006 ha introdotto ulteriori importanti innovazioni riguardanti l'obbligo contributivo alla gestione², definendo le seguenti aliquote:

¹ Art. 2, comma 26, L. 335/1996.

² Vedi PICCININNO, *Subordinazione e lavoro a progetto, 2009, Utet Giuridica, pag. 383.*

dal 1.1.2007:

- per gli iscritti ad altre forme di obbligatorie di previdenza: 16%; per i non iscritti ad altre forme obbligatorie di previdenza: 23%;

dal 1.1.2008:

- per gli iscritti ad altre forme di obbligatorie di previdenza: 17%; per i non iscritti ad altre forme obbligatorie di previdenza: 24%;

In riferimento a quest'ultima percentuale era inoltre stata disposta dall'art. 1, comma 79, L. 247/2007 che crescesse nel 2009 al 25%, nel 2010 e 2011 al 26%. Per la tutela di malattia, di maternità e per gli assegni nucleo familiare era inoltre risultata dovuta l'ulteriore aliquota dello 0,72%.

La L. 92/2012 all'art. 2, comma 57, ha poi previsto, a decorrere dal 1° gennaio 2013 un ulteriore incremento progressivo dell'aliquota contributiva pensionistica sia per gli iscritti in via esclusiva alla gestione separata Inps, sia per i soggetti iscritti ad altre forme pensionistiche³. Il Decreto Sviluppo L. 134/2012, entrato in vigore il 12 agosto 2012, con l'art. 46-bis, comma 1, lett. g) ha modificato a sua volta le disposizioni contenute nell'art. 2, comma 57, L. 92/2012, rimodulando le aliquote dei lavoratori iscritti alla Gestione separata. In particolare per i lavoratori non assicurati presso altre forme obbligatorie è stata confermata l'aliquota del 27% per l'anno 2013, incrementata progressivamente al 28% a partire dall'anno 2014 sino ad arrivare al 33% a decorrere dal 2018. Per i lavoratori assicurati anche presso altre forme obbligatorie è stata aumentata l'aliquota per l'anno 2013 al 20%, incrementando progressivamente l'aliquota al 21% a partire dall'anno 2014 sino ad arrivare al 24% a decorrere dal 2016⁴.

I trattamenti attualmente spettanti

A fronte della contribuzione sopra riportata, il legislatore, sin dove era possibile, volle progressivamente estendere agli iscritti alla gestione separata un sistema di tutele similari a quelle dei lavoratori dipendenti. Si tratta tuttavia di un risultato che non è stato compiutamente realizzato, sia perché l'aliquota contributiva versata alla gestione separata è rimasta comunque inferiore rispetto all'aliquota dell'assicurazione generale dei lavoratori subordinati, sia perché non trova applicazione il principio che commisura la prestazione alla retribuzione dovuta anche se in tutto o in parte non erogata⁵. Inoltre l'aliquota di computo delle pensioni (percentuale che viene applicata al reddito di ogni anno per determinare i contributi accumulati così da ottenere il cosiddetto montante contributivo individuale sul quale sarà calcolata la pensione con il sistema contributivo) e l'aliquota contributiva erano rimaste diversificate sino al 31 dicembre 2007. Solamente dal 1 gennaio 2008, per effetto della L. 247/2007 le aliquote di computo sono state stabilite nella stessa misura delle aliquote contributive.

Più specificamente, per quanto concerne i trattamenti spettanti ai collaboratori si osservi che:

Regime pensionistico: l'art. 1 del decreto ministeriale emanato ai sensi del comma 32 del citato art. 2 Legge 335/1995 dispose che gli iscritti alla nuova gestione avessero diritto a: pensione di vecchiaia; assegno di invalidità; pensione ai superstiti, secondo le previsioni per la gestione

³ Per una disamina dettagliata si rinvia agli altri contributi inseriti in rivista.

⁴ Art. 46-bis, comma 1, lett. g) L. 134/2012

⁵ Vedi PICCININNO, *Subordinazione e lavoro a progetto, 2009, Utet Giuridica, pag. 384.*

previdenziale degli esercenti attività commerciali, di cui alla legge 2 agosto 1990, n. 233, come modificata dalla legge 8 agosto 1995, n. 335.⁶

Indennità Una Tantum: l'art. 2, comma 51, della L. 92/2012, afferma che a decorrere dall'anno 2013, è riconosciuta un'indennità ai collaboratori coordinati e continuativi di cui all'art. 61, comma 1, del D. Lgs. n. 276/2003⁷, iscritti in via esclusiva alla Gestione separata INPS di cui all'art. 2, comma 26, della L. 335/1995, con esclusione dei soggetti individuati dall'art. 1, comma 212, della L. 662/1996⁸, i quali soddisfino in via congiunta le seguenti condizioni:

- a) abbiano operato, nel corso dell'anno precedente, in regime di monocommittenza;
- b) abbiano conseguito l'anno precedente un reddito lordo complessivo soggetto a imposizione fiscale non superiore al limite di 20.000 euro, annualmente rivalutata sulla base della variazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenuta nell'anno precedente;
- c) con riguardo all'anno di riferimento sia accreditato, presso la predetta Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della L. 335/1995, un numero di mensilità non inferiore a uno;
- d) abbiano avuto un periodo di disoccupazione ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera c), del D. Lgs. 21 aprile 2000 n. 181, e successive modificazioni, ininterrotto di almeno due mesi nell'anno precedente;
- e) risultino accreditate nell'anno precedente almeno quattro mensilità presso la predetta Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della L. 335/1995; per gli anni 2013, 2014 e 2015 tale requisito è ridotto da quattro a tre mesi.

Tale indennità sarà pari ad un importo del 5% (per gli anni 2013, 2014 e 2015 l'importo dell'indennità è elevato dal 5% al 7%) del minimale annuo di reddito di cui all'art. 1, comma 3, della L. 233/1990⁹, moltiplicato per il minor numero tra le mensilità accreditate l'anno precedente e quelle non coperte da contribuzione. L'indennità sarà liquidata in un'unica soluzione se pari o inferiore a 1.000 euro, oppure in importi mensili pari o inferiore a 1.000

⁶ *Circ. Inps n. 112 del 25 maggio 1996 preceduta dalla Circ. Inps. n. 318 del 29 dicembre 1995 con la quale si fornirono le prime istruzioni in merito.*

⁷ *Art. 61, comma 1, D. Lgs. 276/2003. Ferma restando la disciplina per gli agenti e i rappresentanti di commercio, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409, n. 3) c.p.c., devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore. Il progetto deve essere funzionalmente collegato a un determinato risultato finale e non può consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente, avuto riguardo al coordinamento con l'organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa. Il progetto non può comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi, che possono essere individuati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.*

⁸ *S'intendono i soggetti titolari di redditi di lavoro autonomo di cui all'articolo 49, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi quali, ad esempio, collaboratori occasionali, lavoratori autonomi occasionali, ecc.*

⁹ *In base alle disposizioni contenute nell'art. 1, comma 3 della L. 233/1990, tale minimale annuo di reddito è ottenuto moltiplicando per 312 il minimale giornaliero di retribuzione da utilizzare per il calcolo dei contributi in favore degli operai dei settori artigianato e commercio in vigore al 1° gennaio di ogni anno. Esempio 312 moltiplicato per euro 45,70 (valore anno 2012) risultato 14.258,40 sul quale andrà calcolato poi il limite del 5%. L'indennità mensile, pertanto, sarà pari ad euro 712,92.*

euro se superiore. Agli stessi collaboratori coordinati e continuativi di cui sopra, in via sperimentale per gli anni 2009¹⁰, 2010, 2011 e 2012¹¹ all'art. 19, comma 2, D.L. 185/2008 convertito in L. 2/2009, era riconosciuta, nei soli casi di fine lavoro¹², ed entro 30 giorni da quest'ultima, una somma liquidata in un'unica soluzione, pari al 30% del reddito percepito l'anno precedente e comunque non superiore a 4.000 euro se venivano rispettate congiuntamente le seguenti condizioni:

- a) operino in regime di monocommittenza;
- b) abbiano conseguito l'anno precedente un reddito lordo non superiore a 20.000 euro e non inferiore a 5.000 euro;
- c) con riguardo all'anno di riferimento (anno in cui l'evento «fine lavoro» si è verificato) sia accreditato, presso la predetta Gestione separata, un numero di mensilità non inferiore a uno;
- d) risultino senza contratto di lavoro da almeno due mesi;
- e) risultino accreditate nell'anno precedente almeno tre mensilità presso la predetta Gestione separata.

Assegno per il nucleo familiare: l'art. 4 del D.M. del 28 maggio 1998, in attuazione dell'art. 59, comma 16 della L. 449 del 1997, disciplinò, a decorrere dal 1 gennaio 1998, il diritto alla percezione dell'assegno per il nucleo familiare di cui alla L. n. 153 del 13 maggio 1988 agli iscritti in via esclusiva alla Gestione separata, purché i soggetti stessi non fossero iscritti ad altre forme pensionistiche obbligatorie e non fossero pensionati. La disciplina dell'ANF relativa ai parasubordinati fa rinvio alla attuale normativa in vigore per i lavoratori dipendenti, per quanto non disposto espressamente. Pertanto, ad eccezione della norma relativa al requisito minimo del 70 per cento di reddito da lavoro dipendente sul reddito familiare complessivo, sostituito da quello derivante da lavoro parasubordinato, restano pienamente operanti tutte le disposizioni in vigore in materia di assegno per il nucleo familiare.¹³ Va tenuto in considerazione il fatto che l'erogazione della prestazione in questione è strettamente collegata alle modalità di attribuzione dei contributi e ai relativi criteri di accredito. Vale il criterio di cassa e non di competenza, pertanto i contributi, versati per l'anno in cui il lavoratore ha percepito gli emolumenti, sono accreditati a decorrere dal mese di gennaio dello stesso anno di percezione degli emolumenti, di conseguenza l'assegno verrà erogato per i mesi dell'anno che risulteranno coperti dalla specifica contribuzione. Ai fini del reddito di riferimento (regola medesima per i lavoratori dipendenti) se l'anno in cui sono accreditati i contributi è ad esempio il 2012, il reddito familiare a cui fare riferimento sarà quello conseguito nel 2010 per gli anf da erogare per il primo semestre 2012 e quello percepito nel 2011 per la corresponsione degli anf relativi al secondo semestre 2012.¹⁴

Va precisato inoltre che la liquidazione potrebbe non essere definitiva nell'ipotesi di ritardo nel versamento contributivo rispetto all'ultimo termine di scadenza previsto (16 gennaio). La domanda per ottenere l'assegno, prima del 1 ottobre 2011, doveva essere presentata all'INPS, compilando il modello ANF/Gest.Sep., a decorrere dal 1 febbraio dell'anno successivo a quello

¹⁰ *Circ. Inps n. 74 del 26 maggio 2009 Mod. CoCoPro - COD. SR82 per l'anno 2009.*

¹¹ *Circ. Inps n. 36 del 9 marzo 2010 Mod. CoCoPro - COD. SR92 per l'anno 2010, 2011 e 2012.*

¹² *Circ. Inps n. 36 del 9 marzo 2010 "... dell'evento «fine lavoro», rilevabile dalle comunicazioni obbligatorie che il committente è tenuto ad inviare anche nei casi di cessazione del rapporto di lavoro."*

¹³ *Circ. Inps n. 47 del 1 marzo 1999.*

¹⁴ *Circ. Inps n. 47 del 1 marzo 1999.*

in cui sono stati corrisposti gli emolumenti e per periodi non anteriori al 1 gennaio 1998 nei limiti, comunque, della prescrizione quinquennale. A decorrere dal 1 ottobre 2011 la presentazione delle domande di autorizzazione nonché di corresponsione degli assegni per il nucleo familiare da parte degli iscritti alla Gestione Separata deve avvenire esclusivamente per il tramite del canale telematico, utilizzando uno dei seguenti canali¹⁵: tramite web- utilizzando il servizio di invio on-line; tramite patronato; tramite contact center.

Tutela della maternità e della paternità: dalla stessa data di decorrenza dell'assegno per il nucleo familiare, 1 gennaio 1998, alle madri lavoratrici iscritte alla Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della L. 335/1995, e tenute al versamento della contribuzione dello 0,50 per cento (oggi pari allo 0,72 per cento) di cui all'art. 59, comma 16 L. 449/1997, è corrisposta un'indennità di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto ed i tre mesi successivi alla data stessa (tre mesi successivi all'effettivo ingresso in famiglia del minore, nei casi di adozione e affidamento) a condizione che, nei dodici mesi precedenti i due mesi anteriori alla data del parto, risultino attribuite almeno tre mensilità di contribuzione.¹⁶

Con la stessa decorrenza ed in presenza dei requisiti sopra citati, anche al padre lavoratore è corrisposta un'indennità di paternità per i tre mesi successivi alla data effettiva del parto, o per il periodo residuo che sarebbe spettato alla lavoratrice madre, in caso di morte o grave infermità della madre o di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre oppure in caso di adozione o affidamento in alternativa alla madre lavoratrice che non ne faccia richiesta. L'indennità è fissata in misura pari all'80 per cento di 1/365 del reddito, derivante da attività di collaborazione coordinata e continuativa, prendendo a riferimento il periodo dei dodici mesi precedenti l'inizio del periodo indennizzabile. Nel caso in cui l'anzianità assicurativa sia inferiore ai dodici mesi, il periodo di riferimento verrà determinato proporzionalmente in relazione in relazione alla data di decorrenza della anzianità stessa.¹⁷ Con la circolare n. 93 del 26 maggio 2003, l'Inps ha fornito indicazioni ai fini di una corretta determinazione del reddito medio giornaliero effettivamente percepito nel periodo di riferimento dai collaboratori coordinati e continuativi. I redditi ai quali si fa riferimento sono sempre e soltanto quelli utili ai fini contributivi, nei limiti, cioè della contribuzione annua riferita al minimale e al massimale annuo di reddito (per il 2012 il minimale di reddito è pari ad euro 14.930,00 con contributo annuo pari a 4.138,60 e contributo mensile pari a euro 344,88; il massimale di reddito per il 2012 è pari a euro 96.149,00 con contributo annuo pari a euro 26.652,50). La circolare sopra citata chiarisce che laddove il mese di iscrizione alla gestione separata sia precedente al mese in cui è iniziata la percezione del reddito, ai fini dell'individuazione del numero dei mesi e/o giorni per i quali va diviso il reddito, si deve tener conto non solo dei mesi e/o giorni di percezione del reddito stesso, ma dei mesi e/o giorni decorrente dall'iscrizione ovvero, in mancanza, dal 1° versamento contributivo. Nel caso di corresponsione da parte del committente di emolumenti arretrati, vigendo il principio di cassa, ai fini della determinazione del reddito medio giornaliero questi verranno presi in considerazione, purché percepiti nell'anno in cui cade in tutto o in parte il periodo di riferimento. Si precisava poi con circ. Inps n. 138 del 29 luglio 2002 che “diversamente da quanto previsto per le lavoratrici dipendenti, per le lavoratrici iscritte alla gestione separata dei collaboratori coordinati e continuativi non sussiste, proprio per le caratteristiche del lavoro svolto, l'obbligo di astensione dal lavoro nei due mesi precedenti e nei

¹⁵ Vedi Circ. Inps n. 101 e 103 del 4 agosto 2011 e circ. Inps n. 125 del 29 settembre 2011.

¹⁶ Vedi art. 1 DM 4 aprile 2002.

¹⁷ Vedi art. 4, comma 4, DM 4 aprile 2002.

tre mesi successivi al parto”. Pertanto non erano ipotizzabili indennità per “interdizione anticipata”. Con D.M. 12 luglio 2007 si decise di estendere anche ai committenti di lavoratrici a progetto e categorie assimilate iscritte alla gestione separata il divieto di adibire le donne al lavoro per i periodi di cui all’art. 16 e 17 del D. Lgs. 151/2001 e i correlativi trattamenti economici di cui all’art. 22 della medesima normativa. Fu quindi esteso anche a tali lavoratrici l’obbligo di astensione dall’attività lavorativa oltre che per il periodo di congedo ordinario anche da eventuali periodi di interdizione anticipata e/o prorogata.¹⁸ Tenuto conto delle differenti tipologie di attività lavorativa che danno titolo alla iscrizione alla gestione separata, il D.M. 12 luglio 2007 ha previsto l’applicazione integrale della norma contenuta nell’art. 17 T.U. in favore di collaboratrici a progetto (e assimilate) ed limitando agli esercenti attività libero professionale l’applicazione dell’interdizione alla sola ipotesi di “gravi complicanze nella gestazione o pregresse forme morbose”. L’estensione di tale disciplina anche alle lavoratrici a progetto, comportò la necessità di individuare i 12 mesi di periodo di riferimento, utile ai fini del calcolo dell’indennità di maternità, precedenti al periodo indennizzabile in relazione alla data presunta del parto (e non a quella effettiva). Si stabilì anche che i periodi di astensione dall’attività lavorativa per i quali è corrisposta l’indennità di maternità sono coperti da contribuzione figurativa ai fini del diritto alla pensione e della determinazione della misura stessa (art. 6, D.M. 12 luglio 2007). Sempre nello stesso anno lo stesso decreto ministeriale del 12 luglio 2007, attuativo della finanziaria per il 2007 L. 296/2006, dispose, relativamente alle sole lavoratrici/lavoratori a progetto e categorie assimilate, a far data dal 1° gennaio 2007, di corrispondere un’indennità per congedo parentale limitatamente ad un periodo di tre mesi entro il primo anno di vita del bambino oppure entro il primo anno dall’ingresso in famiglia del minore adottato o affidato¹⁹. Anche i periodi di astensione lavorativa per i quali è corrisposta l’indennità per congedo parentale sono coperti da contribuzione figurativa ai fini del diritto e della determinazione nella misura della pensione, secondo quanto disposto dall’art. 35, comma 1, D. Lgs. 151/2001. L’introduzione di questo congedo pose dei problemi di coordinamento con la proroga di 180 giorni del rapporto a progetto di cui all’art. 66, comma 3, del D. Lgs. 276/2003: “in caso di gravidanza, la durata del rapporto è prorogata (ex lege) per un periodo di 180 giorni, salva più favorevole disposizione del contratto individuale”. Tale tutela contrattuale è limitata alle sole ipotesi di gravidanza, in quanto la sospensione del rapporto di lavoro per malattia e infortunio, non comporta una proroga della durata del contratto, ma l’estinzione al termine inizialmente prefissato (art. 66, comma 2, D. Lgs. 276/2003)

Indennità di malattia in caso di degenza ospedaliera²⁰: anche la tutela relativa alla malattia in caso di degenza ospedaliera (anche in regime di day hospital²¹) è rivolta soltanto ai soggetti iscritti alla Gestione Separata che non risultano contemporaneamente iscritti ad altra gestione pensionistica obbligatoria e che non sono già titolari di pensione (trattasi dei soggetti per i quali è previsto l’ulteriore contributo dello 0,72%). Tale tutela è stata riconosciuta a decorrere dal 1 gennaio 2000 per effetto del D.M. 12 gennaio 2001 in attuazione dell’art. 51, comma 1, L. 488/1999. Le condizioni per il diritto alla prestazione sono: 1) almeno 3 mesi, anche non continuativi, di contribuzione accreditata, nei 12 mesi precedente la data iniziale del ricovero; 2) nell’anno solare che precede quello in cui è iniziato l’evento, il reddito individuale assoggettato a

¹⁸ Vedi *Circ. Inps n. 137 del 21 dicembre 2007*.

¹⁹ Vedi *Circ. Inps n. 137 del 21 dicembre 2007*.

²⁰ Vedi *Circ. Inps n. 147 del 23 luglio 2001*.

²¹ Vedi *Circ. Inps n. 95bis del 6 settembre 2006 al punto 4) lett. b)*.

contributo alla predetta gestione separata non sia superiore al 70% del massimale contributivo annuo di cui all'art. 2, comma 18, della legge n. 335/1995, valido per lo stesso anno. In pratica, ad esempio, per la degenza iniziata nell'anno 2012, il limite di reddito per l'indennizzabilità è pari ad € 65.535,40²². L'indennità giornaliera va calcolata, con percentuali diverse a seconda della contribuzione accreditata nei 12 mesi precedenti il ricovero, dividendo il massimale contributivo valido per l'anno nel quale ha avuto inizio l'evento per 365 (nell'esempio precedente massimale annuo anno 2012 pari a € 96.149,00/365=263,42). In particolare e, ad esempio per l'anno 2012, l'indennità giornaliera sarà pari:

- all'8% di 263,42 (euro 21,07), se nei 12 mesi precedenti la data di inizio del ricovero risultano accreditate da 3 a 4 mensilità di contribuzione;
- all'12% di 263,42 (euro 31,61), se nei 12 mesi precedenti la data di inizio del ricovero risultano accreditate da 5 a 8 mensilità di contribuzione;
- all'16% di 263,42 (euro 42,15), se nei 12 mesi precedenti la data di inizio del ricovero risultano accreditate da 9 a 12 mensilità di contribuzione.

L'indennità spetta fino ad un massimo di 180 giorni nell'anno solare, per tutte le giornate di ricovero (comprese le dimissioni e le festività) presso strutture ospedaliere pubbliche o private convenzionate SSN. A decorrere dal 1 aprile 2012, dopo un periodo transitorio, la presentazione delle domande di malattia/degenza ospedaliera da parte degli iscritti alla Gestione Separata deve avvenire esclusivamente per il tramite del canale telematico, utilizzando uno dei seguenti canali²³: tramite web- utilizzando il servizio di invio on-line; tramite patronato; tramite contact center.

Indennità di malattia: la tutela relativa alla malattia è stata introdotta dall'art. 1, comma 788, L. 296/2006 (finanziaria 2007), che ha previsto, a decorrere dal 1° gennaio 2007 una speciale indennità giornaliera di malattia a favore dei "lavoratori a progetto e categorie assimilate iscritti alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della L.335/1995, non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie"²⁴. Tali soggetti, pertanto, a decorrere dal 1 gennaio 2007, sono stati sottoposti all'onere di presentare o inviare all'Inps ed al committente, entro il termine perentorio di 2 giorni dal rilascio, il certificato e l'attestato di malattia compilato dal medico curante²⁵, pena la perdita dell'intera indennità relativamente alle giornate di ritardo, nonché alle disposizioni in materia di fasce orarie di reperibilità e di controllo dello stato di malattia. Se da un lato è stata applicata la medesima regolamentazione prevista per i lavoratori dipendenti in materia di fasce orarie di reperibilità e di controllo dello stato di malattia, non risulta peraltro praticabile una tutela del committente sul piano del rapporto di lavoro nel caso in cui il collaboratore non sia stato reperibile in sede di visita fiscale. Le condizioni per il diritto alla prestazione sono le medesime riferite all'indennità per degenza ospedaliera alle quali vanno aggiunte la sussistenza di un rapporto di lavoro ancora in corso di validità nel periodo in cui si colloca la prognosi contenuta nel certificato medico e l'effettiva astensione dall'attività lavorativa.

²² *Pari al 70% del massimale anno 2011, corrispondente ad € 93.622,00 (Circ. Inps n. 30 del 9 febbraio 2011).*

²³ *Vedi Circ. Inps n. 52 del 6 aprile 2012.*

²⁴ *Vedi Circ. Inps n. 76 del 16 aprile 2007.*

²⁵ *Si fa presente che a partire dal 3 luglio 2010, dopo un periodo transitorio, è entrata in vigore la nuova normativa in materia di trasmissione telematica delle certificazioni di malattia da parte del medico curante. Si veda Circ. Inps n. 60 del 16 aprile 2010.*

Sono esclusi dalla tale tutela gli eventi morbosi di durata inferiore a 4 giorni. La misura della prestazione è pari al 50% dell'importo corrisposto a titolo di indennità per degenza ospedaliera. In particolare e, ad esempio per l'anno 2012, l'indennità giornaliera sarà pari:

- all'4% di 263,42 (euro 10,54), se nei 12 mesi precedenti la data di inizio del ricovero risultano accreditate da 3 a 4 mensilità di contribuzione;
- all'6% di 263,42 (euro 15,81), se nei 12 mesi precedenti la data di inizio del ricovero risultano accreditate da 5 a 8 mensilità di contribuzione;
- all'8% di 263,42 (euro 21,07), se nei 12 mesi precedenti la data di inizio del ricovero risultano accreditate da 9 a 12 mensilità di contribuzione.

L'evento di malattia è indennizzato per un numero massimo di giornate (tutte le giornate comprese le festività) pari ad 1/6 della durata complessiva del rapporto di lavoro²⁶ e comunque per un periodo non inferiore a 20 giorni e non superiore a 61 giorni (1/6 di 365). Per gli eventi indennizzati a tale titolo non è previsto l'accredito della contribuzione figurativa. Per quel che concerne la presentazione della domanda per l'indennità in questione si rimanda a quanto scritto sulla indennità per degenza ospedaliera.

Considerazioni conclusive

Dal quadro delle prestazioni non pensionistiche sopra esposte non è chiaro quale criterio sia alla base dell'aumento progressivo, già dall'anno 2013, delle aliquote dei soggetti iscritti ad altre forme di previdenza obbligatoria nonché dei titolari di pensione disposto dalla Riforma Fornero, in seguito modificata dal Decreto Sviluppo. Va ricordato infatti che, nei confronti dei soggetti iscritti alla Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335/1995, non opera il c.d. principio dell'automatismo delle prestazioni previdenziali sancito per i "prestatori di lavoro" dall'art. 2116 del cod. civ., giacché, come riepilogato dalla Circolare INPS n. 95-bis del 2006, si tratta di lavoratori la cui attività è giuridicamente qualificabile come autonoma, per cui il mancato o irregolare versamento dei contributi obbligatori impedisce la maturazione del diritto alle prestazioni e la conseguente corresponsione, in favore degli stessi, delle prestazioni medesime. Nonostante l'assenza dell'automatismo, negli anni è notevolmente accresciuta la contribuzione relativa alle collaborazioni coordinate e continuative a progetto, senza una corrispondente maggior tutela previdenziale/assistenziale rivolta a tale tipologia di prestatori. La maggior parte delle garanzie, tra cui l'assegno per il nucleo familiare, la maternità/paternità, indennità di malattia in caso di degenza ospedaliera, sono infatti tutele di vecchia data, coem illustrato nei precedenti paragrafi. Solo il congedo parentale e l'indennità per malattia sono di istituzione più recente (dal 2007) ma comunque precedente l'ultimo intervento riformatore del 2012. Allora cosa c'è di nuovo nel panorama delle tutele tale da giustificare l'ulteriore incremento delle aliquote contributive?

Roxana Radulescu
Confindustria Bergamo
1.12.2012

²⁶ Per "durata complessiva del rapporto di lavoro" deve intendersi il numero delle giornate lavorate o comunque retribuite, nell'ambito dei rapporti di collaborazione in essere nei 12 mesi precedenti l'inizio della malattia, lo stesso periodo preso a riferimento per la verifica dei requisiti contributivi e reddituali", come specificato dalla Circ. Inps n. 76 del 16 aprile 2007.

La risoluzione ante tempus dei rapporti di lavoro a progetto

Premessa

L'art. 67 del d.lgs. 276/2003 contiene la disciplina dell'estinzione del contratto di lavoro a progetto ed è stato oggetto di modifica - in forma diretta - da parte dell'art. 1 comma 23 lettere d) ed e) della legge n. 92/2012 (Legge Fornero). A norma della disciplina transitoria dettata dalla Legge Fornero (art. 1 comma 25), le nuove regole relative a "estinzione" del contratto di lavoro a progetto e a "preavviso" trovano applicazione ai contratti stipulati a partire dal 18 luglio 2012, data di entrata in vigore della legge, mentre per i contratti conclusi anteriormente a tale data, ove ancora compatibili con la nuova disciplina del lavoro a progetto, si continuerà ad applicare la previgente disciplina della risoluzione.

A fini di chiarezza e semplicità espositiva è opportuno affrontare il tema con una premessa di carattere "schematico".

Innanzitutto, la disciplina contenuta nell'art. 67 del d.lgs. 276/2003 deve essere integrata con il riferimento a principi cardine del contratto a progetto che trovano la loro espressione negli articoli 61 e 62 del d.lgs. Più esattamente, la definizione del lavoro a progetto contenuta nell'art. 61 postula la riconducibilità della collaborazione "a uno o più progetti specifici determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore" e un collegamento funzionale del progetto (o dei progetti) con un "determinato risultato finale". L'art. 62, a sua volta, a proposito della forma del contratto impone tra i contenuti, ai fini della prova, l'indicazione espressa della "durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro".

Premesso dunque che la durata della prestazione lavorativa nella fattispecie in considerazione deve necessariamente avere un termine, sia esso fissato con riferimento a una data o a un evento certo, ovvero determinabile con riferimento al conseguimento del risultato finale cui è funzionale il progetto, passiamo a considerare le specifiche discipline, *ante* e *post* novella, del momento estintivo del rapporto contrattuale. Ai sensi dell'art. 67 del d.lgs. 276/2003 nella formulazione *ante* Legge Fornero:

*"1. I contratti di lavoro di cui al presente capo si risolvono al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto.
2. Le parti possono recedere prima della scadenza del termine per giusta causa ovvero secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale".*

Infine, secondo l'art. 66 comma 2 del d.lgs. 276/2003, in caso di malattia o infortunio del collaboratore "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".

Dunque, sempre perseguendo l'intento dichiarato in apertura, si può affermare in modo estremamente schematico che il contratto:

a.

(1) si risolve per la realizzazione del progetto (o del programma, o della fase di esso, allorché anche questi ultimi costituivano, nel regime *ante* riforma, legittimo termine di riferimento per la collaborazione rientrante nel Titolo VII capo I del decreto legislativo 276/2003), anche prima della scadenza del termine della prestazione lavorativa espressamente previsto nel contratto²⁷;

(2) ovvero, si risolve per la scadenza del termine di durata della prestazione lavorativa espressamente previsto nel contratto;

b.

si risolve, prima del verificarsi delle ipotesi *sub a.(1)* o *a.(2)*, in conseguenza del recesso del committente ovvero del collaboratore per giusta causa;

c.

si risolve, prima del verificarsi delle ipotesi *sub a.(1)* o *a.(2)*, in conseguenza del recesso del solo committente a fronte del protrarsi oltre 1/6 della durata di un contratto con durata determinata, ovvero oltre 30 giorni in caso di durata determinabile, della sospensione del rapporto dovuta a malattia o infortunio del collaboratore (art. 66 comma 2).²⁸

d.

(1) si risolve, prima del verificarsi delle ipotesi *sub a.(1)* o *a.(2)*, in conseguenza del recesso del committente ovvero del collaboratore per le “diverse causali” stabilite dalle parti nel contratto individuale;

(2) ovvero, con le “diverse modalità” sempre determinate dall’autonomia delle parti, tra cui il preavviso.

e.

infine, in conformità con i principi generali in materia contrattuale, può risolversi, prima del verificarsi delle ipotesi *sub a.(i)* o *a.(ii)*, per mutuo consenso delle parti (artt. 1321 e 1372 c.c.);

Come cambia questo schema a seguito della novella dell’art. 67? Letteralmente:

“1. I contratti di lavoro di cui al presente capo si risolvono al momento della realizzazione del progetto che ne costituisce l’oggetto.

2. Le parti possono recedere prima della scadenza del termine per giusta causa. Il committente può altresì recedere prima della scadenza del termine qualora siano emersi oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto. Il collaboratore può recedere prima della scadenza del termine, dandone preavviso, nel caso in cui tale facoltà sia prevista nel contratto individuale di lavoro”.

Rivisitiamo con riferimento alla disciplina novellata le ipotesi dello schema sopra delineato:

A.

(1) il primo comma dell’art. 67 risulta dunque modificato solo limitatamente al fatto che la fattispecie a seguito della novella non è più riconducibile ad altro che a uno o

²⁷ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. *Cicolare n. 1 2004*, pubb. in *Gazzetta Ufficiale del 14 gennaio 2004 n. 10*, 3: “Del tutto coerentemente, del resto, ai sensi dell’art. 67, comma 1, il contratto si risolve al momento della realizzazione del progetto o del programma di lavoro o della fase di esso”.

²⁸ G. LEONE, *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, in *Riv. giur.lav.*, 2004, I, p. 111.

più progetti specifici, ma la sostanza non cambia rispetto a quanto innanzi illustrato sub a.(1);

(2) la situazione è assolutamente immutata rispetto all'ipotesi sub a.(2), relativa alla scadenza del termine di durata della prestazione lavorativa espressamente previsto nel contratto;

B.

Nulla si modifica (almeno in modo diretto, come si dirà) rispetto a quanto previsto *supra* nell'ipotesi b: il contratto si risolve, prima del verificarsi delle ipotesi *sub* A.(1) o A.(2), in conseguenza del recesso del committente ovvero del collaboratore per giusta causa;

C.

(1) Nessuna modifica alla previsione della facoltà del solo committente di recedere *ante tempus* a fronte del protrarsi oltre i limiti stabiliti della sospensione del rapporto in dipendenza da malattia o infortunio del collaboratore (art. 66 comma 2).

(2) a questa ipotesi il nuovo comma 2 dell'art. 67 affianca una facoltà di recesso prima del verificarsi delle ipotesi *sub* A(1) o A(2) riservata al solo committente a fronte dell'emersione di "oggettivi profili di inidoneità professionale" del debitore della prestazione lavorativa, tali da rendere "impossibile" la realizzazione del progetto;

D.

rispetto al regime precedente, la disciplina si differenzia per committente e collaboratore: la facoltà di recedere con preavviso *ante tempus*, prima accessibile a entrambe le parti, è invece ora riservata solo al collaboratore, sempre a condizione che sia prevista nel contratto individuale (art. 67, comma 2); nel prosieguo si dirà della possibilità che il recesso sia soggetto all'onere della convalida.

E.

l'ipotesi sub e. non è oggetto di alcuna modifica diretta; deve ritenersi ancora legittima, salvo ipotizzare che il mutuo consenso delle parti avente ad oggetto l'estinzione del rapporto possa integrare disposizione da parte del collaboratore di un proprio diritto inderogabile previsto da disposizione di legge, e dunque ricadere nell'ambito di operatività dell'art. 2113 c.c., nonché salvo ipotizzare l'applicabilità della convalida.

Il recesso per giusta causa.

Come detto, almeno in apparenza il recesso *ante tempus* per giusta causa non è stato modificato dalla novella della disciplina del lavoro a progetto. E' interessante, per istituire un confronto con la disciplina di un'area limitrofa, osservare che la giusta causa ricorre anche nella disciplina del contratto d'opera intellettuale (art. 2237 c.c.) quale condizione per il recesso del solo prestatore d'opera (che in tal caso ha diritto al rimborso delle spese fatte e al compenso per l'opera svolta, da determinarsi con riguardo al risultato utile che ne sia derivato al cliente, mentre al cliente è consentito recedere senza alcun obbligo di esternarne i motivi.²⁹

²⁹ Il riferimento al risultato utile secondo A. PERULLI *Il lavoro autonomo, Trattato di diritto civile e commerciale CICU - MESSINEO, XXVII Milano, 1996, 733* costituirebbe smentita della teoria dell'obbligazione di mezzi: il recesso è irretroattivo o retroattivo, o in altre parole il compenso spetta o meno, a seconda che la parte di lavoro svolta abbia o non abbia conseguito un risultato utile per il committente.

La giusta causa è espressione che permette al giudice, in caso di impugnazione del recesso, l'apprezzamento delle diverse situazioni concrete e del pregiudizio che esse comportano all'interesse dedotto in contratto dal recedente, anche tenendo conto che, nella formulazione originaria dell'art. 67 comma 2 la giusta causa veniva posta in esplicita alternativa con - tra le "modalità" del recesso di fonte convenzionale - il preavviso, e che dunque la giusta causa deve legittimare la cessazione con effetto immediato del contratto a progetto.³⁰

Questa considerazione consente il riferimento analogico alla definizione contenuta, con riguardo al lavoro subordinato, nell'art. 2119 c.c., secondo il quale "*ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*". Se è certo per un verso che la nozione include i casi di inadempimento della parte cui viene comunicato il recesso (e che dunque subisce la risoluzione del rapporto), è stato al contrario sollevato il dubbio che, a differenza della conclusione cui è pervenuta l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in materia di lavoro subordinato, non possa costituire valida ragione di recesso dal contratto a progetto un qualsiasi evento o accadimento atto a menomare la fiducia del creditore nell'esattezza della prestazione, ove non costituente inadempimento.³¹ In senso negativo depone appunto la modifica apportata dalla legge n. 92/2012 con l'introduzione della facoltà di recesso, riservata al committente, ove nell'esecuzione del contratto emergano "*oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto*": poiché quest'ultima fattispecie non pare riferirsi - certamente non in modo esclusivo - a inadempimenti del collaboratore, la sua autonoma previsione risulterebbe del tutto pletorica laddove la nozione di giusta causa l'assorbisse in sé, comprendendo già anche i motivi diversi dall'inadempimento.

E' opportuno riflettere circa il fatto che la fattispecie dell'inidoneità professionale è prevista esclusivamente a favore del committente, e non del collaboratore. Da ciò potrebbe quindi sorgere, in ragione di quanto appena osservato, l'interrogativo se l'interpretazione restrittiva della nozione di giusta causa, testé ricavata *a contrario*, debba valere anche in relazione al recesso del collaboratore. In caso di risposta affermativa (che per ragioni di coerenza sistematica parrebbe la più verosimile) ciò produrrebbe la conseguenza di tracciare una sorta di "asimmetria" rispetto al diritto potestativo delle parti di recedere dal contratto a progetto: laddove al committente è consentito recedere *ante tempus* sia per inadempimento del collaboratore che per altri fatti, anche diversi dall'inadempimento, sintomatici dell'inidoneità professionale del collaboratore, per quest'ultimo le ipotesi di legge legittimanti il recesso *ante tempus* sono per così dire ristrette ai casi di grave inadempimento degli obblighi del committente.³² In termini pratici, seguendo questa impostazione potrebbe essere esclusa la possibilità del collaboratore di recedere a fronte del fallimento, o più verosimilmente dell'omologazione del concordato preventivo, del committente, laddove beninteso - in termini pratici - una tempestiva reazione del collaboratore ai riflessi dell'insolvenza sull'esecuzione degli obblighi di pagamento del corrispettivo non abbia

³⁰ V. PINTO, *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 34/2005, 62-63, nonché in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari, Cacucci, II edizione.

³¹ V. PINTO, *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.it, 151/2012, 29.

³² V. PINTO, *op. ult. cit.*, 30-31.

comunque già consentito di ritenere integrati gli estremi dell'inadempimento costituente giusta causa di recesso.

Recesso con preavviso.

L'asimmetria del potere di recesso delle parti sopra rilevata, nel caso in cui si affermasse l'interpretazione restrittiva della nozione di giusta causa sopra proposta, è solo apparentemente controbilanciata dalla seconda modifica introdotta dalla legge n. 92/2012, che come detto ha riservato al collaboratore, escludendo la precedente legittimazione anche del committente, la facoltà di recesso con preavviso prima della scadenza del contratto (decorso del termine ovvero conseguimento del risultato in funzione del quale è determinato il progetto). Apparentemente, perché la predetta facoltà deve essere espressamente prevista dalle parti nel contratto individuale, e dunque non modifica in termini "sostanziali" il giudizio innanzi espresso a proposito della disciplina del recesso di fonte puramente legislativa; l'effettività della previsione sarà infatti verosimilmente condizionata dal presumibilmente diverso potere negoziale delle parti, in rapporti per definizione pur sempre appartenenti all'area della para-subordinazione.³³

Sempre con riferimento al recesso con preavviso del collaboratore con effetto prima della scadenza del termine o della risoluzione del contratto per conseguimento del risultato, va osservato che la disposizione deve ritenersi derogabile, non ovviamente nel senso che le parti possano prevedere l'estensione della simmetrica facoltà in favore del committente, reintroducendo il regime *ante* riforma, quanto piuttosto nel senso che l'assenza di limiti espliciti o impliciti (se non quello della difficile configurabilità in concreto di un interesse rilevante in tal senso) parrebbe consentire alle parti, oltre che di determinare liberamente la durata del preavviso (in difetto dovendosi verosimilmente ritenere dovuto il termine evincibile dagli usi o secondo equità, ex art. 2118 c.c.), anche di escluderlo del tutto, attribuendo al collaboratore una facoltà di recesso non subordinata ad alcun onere, nemmeno quello del preavviso.

Il recesso del collaboratore (in generale, non distinguendosi a questo proposito tra quello con preavviso e quello per giusta causa) peraltro pone un dubbio, con conseguenze di carattere pratico non secondarie, derivante dal coordinamento con altre disposizioni della legge 92/2012. L'art. 4 della legge ha introdotto infatti l'onere della convalida per tutte le dimissioni rassegnate dal "lavoratore" o dalla "lavoratrice", nonché per le risoluzioni consensuali di cui gli stessi siano parti. La circolare n. 18 del 18 luglio 2012 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, che ha fornito alcune precisazioni sull'argomento, non chiarisce se l'intervento riguardi soltanto il rapporto di lavoro subordinato, cui è certamente *in primis* rivolto, ovvero se si possa considerare applicabile all'ambito dei rapporti di natura autonoma, e in particolare al lavoro a progetto. L'estensione non sembra poter essere esclusa sulla base della considerazione dei termini impiegati dal legislatore: "lavoratrice", "lavoratore", "prestatore", "contratto di lavoro" e "rapporto di lavoro". Come già ricordato nella schematizzazione che precede, il dubbio riguarda sia il recesso *ante tempus* del collaboratore, sia la risoluzione consensuale. Anzi, è verosimile ritenere che i dubbi sull'applicabilità o meno dell'onere della convalida, ove non venissero sciolti rapidamente e in modo definitivo, condizioneranno pesantemente il consenso dei committenti a introdurre nei contratti individuali la previsione della facoltà di recesso *ante tempus* del collaboratore.

L'asimmetria delle parti rispetto al recesso è ribadita anche da fonte diversa dalla legge 92/2012 e che non è intervenuta direttamente sul *corpus* della disciplina del lavoro a progetto contenuto

³³ V. PINTO, *op. ult. cit.*, 31.

nel d.lgs. 276/2003: si tratta della legge 183/2010 (c.d. “Collegato Lavoro”), che ha previsto per il collaboratore a progetto (art. 32 comma 3 lett. b) i medesimi oneri posti a carico del lavoratore subordinato per la valida impugnazione del licenziamento: il collaboratore a progetto (ma non il committente) è dunque tenuto, a pena, in difetto, di decadenza, a impugnare il recesso entro 60 giorni dalla comunicazione dello stesso ovvero dalla comunicazione dei motivi, ove non contestuale, con atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del collaboratore, anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale, nonché a scongiurare la perdita di efficacia dell'impugnazione mediante deposito di ricorso avanti il Giudice del Lavoro ovvero comunicazione al committente della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato entro il successivo termine di 270 giorni, con onere, in tal caso, di depositare il ricorso entro 60 giorni dal rifiuto della conciliazione o dell'arbitrato ovvero dal mancato accordo necessario al loro espletamento.

L'asimmetria, per un verso, consiste nel fatto che l'impugnazione da parte del committente del recesso del collaboratore non è invece assoggettata ad alcuna decadenza o termine breve di prescrizione. D'altra parte, nella medesima disciplina del Collegato Lavoro si rinviene l'unico riferimento alla forma del recesso dal contratto a progetto, previsione questa volta “a carico” del solo committente: nel senso che i termini decadenziali per l'impugnazione e la promozione dell'azione decorrono soltanto dalla comunicazione scritta del recesso del committente ovvero (sempre in forma scritta) dei suoi motivi, se non contestualmente comunicati. Ciò non equivale a dire che l'efficacia e la validità del recesso del committente dal contratto a progetto sono condizionate dal rispetto della forma scritta,³⁴ ma piuttosto che in difetto della stessa - a prescindere dalle difficoltà di prova e dai rischi connessi in caso di contenzioso - viene meno il più severo regime decadenziale cui è altrimenti soggetto il collaboratore, e le parti sono di nuovo pienamente parificate a questo proposito.

Il dibattito sul recesso (di fonte convenzionale) *ad nutum* e la sua residua rilevanza.

L'art. 67 comma 2 prima della novella, come ricordato, consentiva a entrambe le parti di recedere “secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale”. La dottrina si è divisa sull'interrogativo se la disposizione legittimasse o meno le parti a introdurre nel contratto individuale la previsione di una facoltà di recesso *ad nutum*.³⁵ Il recesso a-causale soggetto alla sola condizione del preavviso, peraltro,

³⁴ Parla peraltro di “necessità” della forma scritta della comunicazione di recesso V. PINTO, *op. ult. cit.* 31.

³⁵ In senso negativo, G. CANNELLA, *Un (lavoro a) progetto mal riuscito*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2004, 729; M. PEDRAZZOLI, *La disciplina delle collaborazioni ricondotte a progetto e dei contratti di lavoro a progetto*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 825; A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *Dir. lav.*, n. 6, 2003, p. 638; M. FEZZI, *I contratti a progetto nella legge Biagi (d. lgs.276/03. Alcuni dubbi interpretativi*, in *Riv. critica dir. lav.*, n.1, 2004, p. 24; F. LUNARDON, *Artt. 61-68*, in P. Bellocchi, F. Lunardon, V. Speciale (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali, certificazione dei rapporti di lavoro, IV, Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004, p. 34, secondo la quale la soluzione affermativa sarebbe da escludere per contraddizione con il fatto che il termine di durata del rapporto è fissato nell'interesse del collaboratore. A favore M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto, anticipato in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 27/2004*, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca.p.10; A. BELLAVISTA, *Sub Art. 67*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del*

costituisce (o costituirebbe) istituto del tutto peculiare anche dal punto di vista sistematico: esso è infatti comunemente previsto e tradizionalmente giustificato a fronte di vincoli contrattuali a tempo indeterminato, quale rimedio alla tendenziale perpetuità del rapporto. Nel caso del contratto a progetto, invece, interpretando l'espressione "*le parti possono recedere prima della scadenza del termine (...) secondo le diverse (...) modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto individuale*" come autorizzazione a risolvere il rapporto senza una causale, con la sola osservanza di un preavviso la cui durata non è peraltro nemmeno espressamente etero-determinata, si accostano tra loro recesso ordinario e durata a tempo determinato. Peraltro, a favore della tesi del recesso *ad nutum* paiono effettivamente deporre le scelte terminologiche compiute dal legislatore, che ha accostato, separandole con la disgiuntiva "o", "causali" e "modalità", cioè ragioni a giustificazione del recesso e aspetti procedurali dello stesso semplicemente concordati tra le parti, tra i quali ultimi è espressamente indicato appunto il preavviso. Il legislatore pare in tal modo davvero autorizzare le parti a omettere l'esternazione di qualsivoglia motivazione del recesso, purché si dia preavviso all'altra parte.³⁶ Si noti che quanto appena osservato non significa – specie laddove, come nel caso del contratto a progetto, non sia nemmeno indicata una durata del periodo di preavviso – che l'eventuale illiceità del motivo del recesso non possa essere oggetto di sindacato. Attraverso il richiamo alla disciplina generale dei contratti, consentito ai sensi dell'art. 1324 c.c., per un atto negoziale qual è il recesso, nei limiti della compatibilità con la sua struttura unilaterale, a fronte della funzione tipicamente assolta, che è appunto quella di realizzare l'interesse di una delle parti a sottrarsi all'impegno contrattuale, i motivi sono destinati a restare irrilevanti salvo che siano illeciti e determinanti.³⁷ La modifica al testo dell'art. 67 comma 2 del d.lgs. 276/2003 apportata dalla legge 92/2012, per un verso potrebbe aver reso meno "acceso" il contrasto dottrinale testé citato, essendo venuta meno nella più recente versione della norma la possibilità per il committente di ottenere – facendo valere in sede precontrattuale la propria maggior forza negoziale – la previsione nel contratto individuale della facoltà del proprio recesso acausale con preavviso (come detto, anche brevissimo). Peraltro, da un punto di vista sistematico, la possibilità (seppur condizionata dall'inclusione espressa della previsione nel contratto individuale) del recesso del solo collaboratore segna un notevole distacco rispetto alle discipline del recesso dal contratto d'opera (art. 2227 c.c.: "*il committente può recedere dal contratto, ancorché sia iniziata l'esecuzione dell'opera, tenendo indenne il prestatore d'opera delle spese, del lavoro eseguito e del mancato guadagno*") e a quella del contratto d'opera intellettuale (art. 2237 c.c., "*il cliente può recedere dal contratto, rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta*"), che legittimano invece al recesso *ad nutum* il committente e non il prestatore d'opera. *Resta infine da chiedersi, come già rilevato, se sul recesso ad nutum del collaboratore a progetto siano destinati a riverberarsi gli effetti della prescrizione della convalida delle dimissioni*

mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali, Cedam, Padova, 2004, p. 777; G. SANTORO PASSARELLI, Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto, in Argomenti dir. lav., 1, 2004, 44; A. VISCOMI, "Lavoro a progetto e occasionale: osservazioni critiche, in G. Ghezzi (a cura di) Il lavoro tra progresso e mercificazione, Ediesse, Roma, 2004, p. 328; U. GARGIULO, Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti, in Argomenti dir. lav., 3, 2004, 895. Nonché, infine, R. DE LUCA TAMAJO, Dal lavoro parasubordinato al lavoro a "progetto", WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 25, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp, § 8, anche se per ragioni di "opportunità".

³⁶ M. MAGNANI, S. SPATARO, *op. cit.*, p. 10; U. GARGIULO, *op. cit.* 16.

³⁷ U. GARGIULO, *op. cit.* 17.

del lavoratore e della lavoratrice ai sensi della previsione introdotta dall'art. 4 della legge 92/2012.

Matteo Luzzana
Studio Zonca Briolini Felli
Bergamo
1.1.2013

La regolamentazione dell'orario di lavoro nei contratti a progetto

Una rapida lettura dei contenuti degli articoli da 61 a 69-bis del decreto legislativo n. 276/2003, porzione del decreto medesimo che disciplina le collaborazioni coordinate e continuative nelle modalità 'a progetto'³⁸, sembrerebbe indicare il disinteresse verso il fattore tempo nella caratterizzazione della tipologia di collaborazione citata. Impresione che parrebbe, poi, asseverarsi già scorrendo le prime illustrazioni ufficiali della riforma del 2003, allorché, a ribadire la genuina autonomia del rapporto di collaborazione di cui all'art. 61 D.Lgs 276/2003, si trovano espressioni nel senso dell'irrelevanza del tempo impiegato per l'esecuzione della prestazione³⁹.

Tale lettura, tuttavia, rischierebbe di scaderne da rapida in superficiale se da subito non si intendesse come la durata della prestazione assuma, invero, una posizione centrale sin dalla definizione del campo di applicazione della disciplina del lavoro a progetto. Si ponga mente, in questo senso, come proprio anche in virtù della durata vengano a definirsi occasionali talune collaborazioni⁴⁰ e in ragione di detta occasionalità esse vengano escluse dalla disciplina di cui al capo I, titolo VII decreto citato. Oppure, si consideri come la durata stessa, la cui indicazione viene richiesta quale contenuto del contratto di lavoro a progetto da stipularsi in forma scritta⁴¹, concorra nei fatti, nella sua determinazione o determinabilità, a quella caratterizzazione specifica

³⁸ Vedi TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili tecnico-ricostruttivi in Guida al Lavoro 1/01/2004 - Speciale n. 1 pagg. 14 e ss.*

³⁹ Vedi Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Circolare 8 gennaio 2004, n. 1. Vedi in questo senso anche in TIRABOSCHI, *op. cit.* nota 38: "[...] l'oggetto del contratto, e in particolare la prestazione lavorativa eseguita in autonomia, deve essere sin dall'inizio precisata nelle sue caratteristiche specifiche e nelle concrete modalità esecutive in funzione del risultato e indipendentemente dal tempo necessario per il suo raggiungimento. [...]".

⁴⁰ Vedi art. 61, c. 2 D.Lgs 276/2003: "2. Dalla disposizione di cui al comma 1 sono escluse le prestazioni occasionali, intendendosi per tali i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare ovvero, nell'ambito dei servizi di cura e assistenza alla persona, non superiore a 240 ore, con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivamente percepito nel medesimo anno solare sia superiore a 5 mila euro, nel qual caso trovano applicazione le disposizioni contenute nel presente capo".

⁴¹ Vedi art. 62, c. 1, lett. a) D.Lgs 276/2003: "1. Il contratto di lavoro a progetto è stipulato in forma scritta e deve contenere, ai fini della prova, i seguenti elementi: a) indicazione della durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro; [...]".

dell'oggetto del contratto e delle modalità di esecuzione della prestazione nella cui predeterminazione consensuale delle parti l'art. 61 intende ritrovare una traccia presuntiva della reale autonomia⁴².

Altro dal tempo-durata - a questo punto - del progetto e, quindi, del rapporto stesso, che sia il tempo-orario di lavoro, come periodo in cui il *collaboratore* sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività⁴³, ad essersi meritato il silenzio del legislatore?

Che l'ordito normativo sul lavoro a progetto di cui al titolo VII, capo I D.Lgs 276/2003 manchi di qualsivoglia riferimento ad aspetti regolativi dell'orario di lavoro è una verità che rischia di non esaurire una consapevolezza compiuta dell'istituto. In realtà, le stesse qualità della continuità e della coordinazione richiamano un modello contrattuale che è connotato, nel proprio svolgimento, oltre che nella personalità della prestazione da parte del collaboratore, da caratteri intrinsecamente definiti nel proprio rapporto con il corso del tempo, quali, ad esempio la durezza nel tempo, la costanza nell'impegno, l'integrazione nell'organizzazione aziendale anche nei tempi di essa⁴⁴.

Tale natura, pertanto, già da sé produce il senso di un approfondimento necessario dell'esatto rapporto tra lavoro a progetto e disciplina in materia di orario di lavoro, proponendo interrogativi in ordine, almeno, a quattro temi, di cui i primi due di classe più generale e i secondi due di classe più specifica, con riferimento a espressioni particolari della disciplina di legge. Essi, oggetto della presente disamina, possono essere sintetizzati nelle domande seguenti: il collaboratore a progetto è soggetto alla disciplina in materia di orario di lavoro ex decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 e se sì in che termini? In che termini rileva l'inciso 'a parità di estensione temporale' contenuto al comma 2, dell'art. 63 D.Lgs 276/2003 così come recentemente sostituito dall'art. 1, comma 23, lett. c) legge 28 giugno 2012, n. 92? In che termini un orario di lavoro descritto in un contratto a progetto o comunque agito dal collaboratore possa suggerire e di lì integrare gli estremi della subordinazione? Cosa dobbiamo intendere per coordinamento 'anche temporale' di cui all'art. 62, c. 1, lett. d) D.Lgs 276/2003, tra i vari elementi che compongono per iscritto un contratto di lavoro a progetto?

Lavoro a progetto e disciplina del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66

Al contrario di quanto disposto dalla previgente disciplina in materia di orario di lavoro, che circoscriveva il campo di applicazione della stessa a ogni forma di lavoro, salariato o stipendiato, svolto alle dipendenze e sotto il controllo altrui⁴⁵, l'attuale normativa sull'orario di lavoro non

⁴² Vedi TIRABOSCHI, *op. cit.* nota 38.

⁴³ Vedi art. 1, c. 2, lett. a) D.Lgs 66/2003 che definisce l'orario di lavoro come "qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni".

⁴⁴ Vedi Cass. 19 aprile 2002, n. 5698, richiamata in MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali in Guida al Lavoro 1/01/2004 - Speciale n 1* pagg. 6 e ss.

⁴⁵ Vedi art. 1, c. 1 Rdl 692/1923: "1. Orario massimo normale di lavoro. - La durata massima normale della giornata di lavoro degli operai ed impiegati nelle aziende industriali o commerciali di qualunque natura, anche se abbiano carattere di Istituti d'insegnamento professionale o di beneficenza, come pure negli uffici, nei lavori pubblici, negli ospedali ovunque è prestato un lavoro salariato o stipendiato alle dipendenze e sotto il controllo diretto altrui, non potrà eccedere le otto ore al giorno o le 48 ore settimanali di lavoro effettivo".

opera alcun richiamo al vincolo di subordinazione, con ciò quasi deponendo, è stato rilevato, per una estensione della propria sfera di efficacia anche al lavoro parasubordinato⁴⁶.

Lo scarto che il legislatore italiano ha operato nel proprio ordinamento, peraltro, sarebbe venuto a collocarsi in piena coerenza con le previsioni delle direttive comunitarie in materia di orario di lavoro che sono all'origine dell'intervento stesso. Si veda, in questo senso, come l'assenza di qualsiasi menzione alla natura subordinata o meno dei lavoratori destinatari della disciplina già insista all'art. 1, par. 3 della Direttiva della Comunità Europea 23 novembre 1993, n. 104/93⁴⁷, oggi direttiva n. 2003/88/CE, nonché agli articoli 2, par. 1 e 3, par. 1, lett. a) di cui alla direttiva 89/391/CEE cui i contenuti della direttiva del 1993 fanno espresso rinvio⁴⁸.

L'integrazione tra le due direttive citate, operata tramite rinvio, ha fortificato in taluno la convinzione circa l'allargamento ai lavoratori parasubordinati delle tutele in materia di orario di lavoro, secondo l'argomento per cui così come l'obbligo di sicurezza - di cui occupasi la direttiva n. 89/391/CEE - grava su datore di lavoro nei confronti di tutti i collaboratori di cui egli si avvalga nell'ambito della propria azienda, indipendentemente dalla loro qualificazione come lavoratori subordinati o autonomi, allo stesso modo i vincoli in materia di orario (posti anch'essi dall'ordinamento comunitario esclusivamente in funzione della tutela della salute e sicurezza delle persone) devono probabilmente considerarsi applicabili in tutti i rapporti aventi per oggetto una attività a carattere continuativo, inserita nell'organizzazione aziendale del datore, indipendentemente dalla sussistenza o no di quell'assoggettamento pieno a etero direzione, al quale peraltro solo alcuni ma non tutti gli ordinamenti interni degli Stati membri condizionano l'applicazione della legislazione protettiva⁴⁹.

Già i termini e gli avverbi della riflessione sopra riportata riflettono, tuttavia, un'incertezza che permane circa la possibilità di addivenire ad una soluzione incontrovertibile della questione sollevata.

Anzitutto, infatti, nessun collegamento tra disciplina del lavoro a progetto e normativa in materia di orario di lavoro viene operato in alcun testo di legge e, anzi, già tenendo per buono il perimetro tracciato dal commentatore menzionato, vien naturale rilevare che se proprio in materia di sicurezza il legislatore ha voluto specificare espressamente le garanzie in capo al collaboratore nulla è stato prescritto in materia di orario di lavoro⁵⁰.

⁴⁶ Vedi *PUTATURO DONATI, L'orario di lavoro in BONILINI-CONFORTINI-(a cura di)PESSI, Codice del lavoro commentato, Milano, 2011, cap. 2 Il campo di applicazione e le zone franche di esenzione, pagg. 515 e ss.*

⁴⁷ Cfr. art. 1 cit.: "3. La presente direttiva si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici [...]".

⁴⁸ Cfr. art. 2 cit.: "1. La presente direttiva concerne tutti i settori d'attività privati e pubblici (attività industriali, agricole, commerciali, amministrative, di servizi, educative, culturali, ricreative, ecc.)"; cfr. art. 3 cit.: "Ai fini della presente direttiva si intende per: a) lavoratore: qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro, compresi i tirocinanti e gli apprendisti, ad esclusione dei domestici".

⁴⁹ Vedi *ICHINO, Il contratto di lavoro, II, Milano, 2003, pag. 358.*

⁵⁰ Vedi art. 66, c. 4 D.Lgs 276/2003: "4. Oltre alle disposizioni di cui alla legge 11 agosto 1973, n. 533, e successive modificazioni e integrazioni, sul processo del lavoro e di cui all'art. 64 del D.Lgs 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ai rapporti che rientrano nel campo di applicazione del presente capo si applicano le norme sulla sicurezza e igiene del lavoro di cui al D.Lgs n. 626 del 1994 e successive modifiche e integrazioni, quando la prestazione lavorativa si svolge nei luoghi di lavoro del committente, nonché le norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, le norme di cui all'art. 51, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e del

V'è chi, al riguardo, ha avanzato una soluzione mediana, facendo perno sulle previsioni dell'art. 17, comma 5 del D.Lgs 66/2003. A tal riguardo, viene sostenuto che la chiusura operata dal citato articolo, che non rende applicabili una serie di disposizioni caratterizzanti la normativa in materia di orario di lavoro⁵¹ a quei lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi, purché vengano comunque rispettati i principi generali della protezione della sicurezza e della salute, spiegherebbe una tutela generale anche con riferimento ai collaboratori continuativi⁵². In luogo dell'estensione integrale della disciplina, è stato da altri rilevato nel senso medesimo, potrebbe essere quanto meno applicata in via analogica la regola di chiusura dell'art. 17, c. 5, in forza della quale sono comunque fatti salvi i principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, anche per quei rapporti nei quali l'orario di lavoro non è fissato o controllabile in modo rigido, e tra i quali ben potrebbero rientrare anche le collaborazioni continuative⁵³.

A dire il vero, una lettura dell'art. 17, c. 5 meno orientata all'esigenza di contemperare necessariamente i due poli della discussione sembra offrire soluzioni decisamente meno comode, restituendo un principio ben più netto. Colpisce sin da subito, infatti, come il dettaglio quale quello contenuto al comma 5 sia così raffinato da prevedere deroghe dai dirigenti ai lavoratori a domicilio, passando dai lavoratori nel settore liturgico alla manodopera familiare, ma non così avveduto, bensì dimentico, di ogni accenno alla anche solo numericamente significativa categoria dei lavoratori parasubordinati⁵⁴. Ecco che, in questa direzione, la soluzione più lineare sembra scaturire, anche superando eventuali impedimenti letterali, da quell'ostacolo concettuale all'estensione della disciplina sull'orario di lavoro ai collaboratori continuativi, e cioè che questi ultimi non sono giuridicamente soggetti ad alcun vincolo d'orario - ché anzi, si tratta di uno degli elementi di differenza coi lavoratori subordinati - di guisa che è difficilmente concepibile un limite all'orario stesso, quale che sia⁵⁵. Assunto per altri chiaro sin da principio, ossia nel senso che la nozione di orario di lavoro enunciata dall'art. 1, comma 2, lett. a) D.Lgs 66/2003 sembra fugare ogni dubbio sull'esclusiva riferibilità delle nuove norme ai lavoratori subordinati, in quanto oltre a utilizzare esplicitamente l'espressione 'datore di lavoro', allude chiaramente al vincolo di soggezione al potere direttivo che si concretizza, con riguardo ai risvolti temporali della subordinazione, nello 'stare a disposizione'⁵⁶.

La 'quantità' e l'estensione temporale' della prestazione svolta

La *quantità* dell'orario di lavoro, peraltro, è motivo che non solo rientra nelle previsioni del rinnovato art. 63, ma anzi costituisce della novella del giugno 2012 motivo di particolare

decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale in data 12 gennaio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 71 del 26 marzo 2001".

⁵¹ L'esclusione citata ha come oggetto gli articoli 3,4,5,7,8,12 e 13 D.Lgs 66/2003.

⁵² Vedi MARCUCCI, *Orario di lavoro e riposi*, Milano, 2012, pag. 8.

⁵³ Vedi MARIANI, *Decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 in GRANDI-PERA, Commentario breve alle leggi di lavoro*, Padova, 2009, pag. 2197.

⁵⁴ A titolo puramente indicativo il numero di lavoratori parasubordinati attivi in Italia è stato stimato in circa 1.422.000, Fonte Isfol riportata in *Corriere della Sera* del 10 maggio 2012.

⁵⁵ Vedi MARIANI, *op. cit.* nota 16, pag. 2198.

⁵⁶ Vedi BELLOMO, *sub art. 3, L'ambivalenza funzionale dell'orario normale di lavoro, tra dimensione retributiva e delimitazione dell'impegno lavorativo ordinario in LECCESE (a cura di), L'orario di lavoro. La normativa italiana attuativa delle direttive comunitarie*, Milano, 2004, pag. 146.

interesse⁵⁷. Ribadito il principio di proporzionalità del compenso rispetto alla quantità (e qualità) del lavoro svolto, è certamente nel riferimento ai minimi stabiliti in modo specifico per ciascun settore di attività, eventualmente articolati per i relativi profili professionali tipici e in ogni caso sulla base dei minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati, dalla contrattazione collettiva nazionale ovvero, per delega di questa, ai livelli decentrati e non più ai compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto che si misura il disegno di rafforzamento delle dimensioni economica del corrispettivo per il lavoro a progetto convenuto⁵⁸. Rafforzamento reso ancora più solido dalla formulazione ‘non può essere inferiore’ con cui regolare i nuovi parametri, in luogo di ‘deve tenere conto’ nella previsione previgente, e poi ulteriormente strutturato dalla previsione del comma 2 laddove in assenza di contrattazione collettiva specifica il compenso non può essere inferiore, a parità di estensione temporale dell’attività oggetto della prestazione, alle retribuzioni minime previste dai CCNL applicati nel settore di riferimento per figure analoghe per competenza e esperienza⁵⁹.

Non è semplice commentare le innovazioni riferite, stante la evidente giovinezza delle stesse e in una situazione di necessaria assenza di specifiche pronunce della giurisprudenza mentre di recente è stato emanato un primo e prezioso intervento ministeriale di cui è opportuno tenere conto⁶⁰.

E’ di certo coerente chi assegna alla norma finalità di realizzazione di obiettivi di equità di natura lavoristica e sociale⁶¹, posto che dovrà essere valutato nel concreto quanto queste introduzioni non spingano invece verso la deflazione di tali forme di collaborazione, con il venire meno di un’opzione comunque rilevante tra le varie proposte dal mercato del lavoro o con la fuga ad altre e più anomale forme di interazione tra aziende e lavoratori.

Sul fronte tecnico-giuridico, è comunque possibile avanzare almeno tre ordini di considerazioni. La prima è relativa alla definizione di quantità della prestazione, riferimento già presente nella versione originaria dell’art. 63. Le indicazioni della prassi a riguardo furono sin da subito nette,

⁵⁷ Vedi art. 63 D.Lgs 276/2003 così come sostituito dall’art. 1, comma 23, lett. c) L. 92/2012: “1. Il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro eseguito e, in relazione a ciò nonché alla particolare natura della prestazione e del contratto che la regola, non può essere inferiore ai minimi stabiliti in modo specifico per ciascun settore di attività, eventualmente articolati per i relativi profili professionali tipici e in ogni caso sulla base dei minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati, dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria ovvero, su loro delega, ai livelli decentrati. 2. In assenza di contrattazione collettiva specifica, il compenso non può essere inferiore, a parità di estensione temporale dell’attività oggetto della prestazione, alle retribuzioni minime previste dai contratti collettivi nazionali di categoria applicati nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza e esperienza sia analogo a quello del collaboratore a progetto”.

⁵⁸ Vedi art. 63 D.Lgs, testo previgente L. 92/2012: “1. Il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro eseguito, e deve tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto”.

⁵⁹ Vedi nota 57.

⁶⁰ Vedi Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Circolare 11 dicembre 2012, n. 29.

⁶¹ Vedi LODI, *Co.co.co e parasubordinazione in Diritto & Pratica del Lavoro* n. 38/2012, pag. 2385

affermando che la quantificazione del compenso dovesse avvenire esclusivamente in base ad una valutazione sulla natura e durata del progetto e soprattutto in funzione del risultato che il collaboratore avesse a raggiungere⁶². Altri suggerirono che il termine quantità si riferisse ai due criteri tratti dall'art. 2225 cod. civ., ossia al risultato ottenuto e al lavoro necessario per ottenerlo, che costituiscono una combinazione tra gli interessi di entrambe le parti contrattuali⁶³. In altri termini la quantità rilevava come elemento connaturato anzitutto al risultato, cristallizzato nel progetto e nelle sue caratteristiche, certo anche temporali ma non precipuamente tali. A questo punto la domanda diviene: questa definizione viene messa in crisi dalla innovazioni apportate dalla L. 92/2012? In effetti, quanto disposto dal comma 2 sembrerebbe suggerire una risposta positiva e ciò in ragione dello schiacciamento, di fatto, sull'elemento temporale causato dal rimando del giudizio di proporzionalità circa la quantità (e qualità) della prestazione dedotta al mero riferimento della estensione temporale in assenza di interventi della contrattazione collettiva specifica.

Il secondo ordine di riflessioni attiene il riferimento ai minimi contrattuali. Se già in passato il legislatore aveva indicato un parametro desumibile dalle disposizioni fissate dai contratti collettivi di categoria⁶⁴, quanto operato dalla riforma del giugno scorso segna un'ulteriore e progressivo avvicinamento al modello del lavoro subordinato del lavoro a progetto, non tanto e non solo nelle sue implicazioni economiche, quanto e soprattutto per l'osservazione - peraltro coerente con lo svolgimento circa la definizione di quantità sopra operato - che la parametrizzazione dei minimi contrattuali è anzitutto in ragione dell'elemento orario della prestazione.

Il terzo ordine di considerazioni è relativo alla ricorrenza o meno, per il lavoro a progetto, del principio di sufficienza della retribuzione, tutelato già a livello costituzionale per il lavoro subordinato ai sensi dell'art. 36. Con riferimento al testo previgente, la dottrina maggioritaria affermava che essa norma riproducesse unicamente il parametro della proporzionalità ma non quello della sufficienza espresso dall'art. 36 della Costituzione e che, pertanto, esso non risultasse applicabile alle collaborazioni a progetto⁶⁵. L'osservanza del principio di sufficienza, è stato inoltre notato, è escluso in ragione della mancanza nel settore delle collaborazioni a progetto di una contrattazione collettiva che fissi i minimi salariali e ciò significa che il compenso spettante al collaboratore dovrà essere stabilito proporzionalmente rispetto alla quantità e qualità del lavoro svolto, ma che esso non dovrà necessariamente risultare sufficiente per fronteggiare le esigenze di vita proprie e della propria famiglia, secondo quanto disposto dall'art. 36 per la retribuzione del lavoro subordinato⁶⁶. Commentando il rinvio ad una specifica contrattazione collettiva di cui al comma 1 dell'art. 63, è la nota ministeriale sopra citata a stabilire il superamento di quanto testé riportato, affermando che il compenso minimo del collaboratore a progetto va individuato, dalla contrattazione collettiva, sulla falsariga di quanto avviene per i rapporti di lavoro subordinato, in applicazione dei principi di cui all'art. 36⁶⁷. Pare di potere

⁶² Vedi *Min. lav. circ. cit. nota 39*.

⁶³ Vedi *PEDRAZZOLI, Tipologie contrattuali a progetto e occasionali in AA.VV., Il mercato del lavoro, Bologna, 2004, pag. 779*.

⁶⁴ Vedi art. 1, c. 772 L. 296/2006.

⁶⁵ Per ampia rassegna, vedi *SANTORI, Il compenso del collaboratore a progetto in BONILINI-CONFORTINI (a cura di) PESSI, Codice del lavoro commentato, Milano, 2011, cap. 2 Il concetto di proporzionalità del compenso, pag. 1659*.

⁶⁶ Vedi *PEDRAZZOLI, op. cit. nota 63, pag. 776*.

⁶⁷ Vedi *Min. lav. circ. cit. nota 62*.

aggiungere che, per quanto la sistemazione della circolare inviti a considerare l'effetto descritto come riservato al caso in cui sia attivata la contrattazione di cui al comma 1, non vi siano elementi per ritenere che esso non scaturisca anche ai sensi del rinvio operato dal comma 2, e cioè quando la contrattazione risultasse assente, soluzione peraltro perfettamente in linea con il percorso di adeguamento giudiziario operato ai sensi dell'art. 2099, c. 2 cod. civ.. In questo senso, si potrebbe già parlare del nuovo art. 63 come atto ad attribuire un diritto immediatamente azionabile, finalizzato a richiedere in giudizio il pagamento della differenza tra il compenso ricevuto e quello minimo previsto, non operando alcuna distinzione tra comma 1 e 2. Un compenso sufficiente, ricostruito in ragione della estensione temporale della collaborazione ma non solo. Se infatti il criterio di sufficienza si informa nelle necessità di sussistenza del lavoratore, viene da sé che una collaborazione che abbia carattere di esclusività, in quanto l'orario prestato produca l'impossibilità dell'attivazione di ulteriori collaborazioni o impieghi, parrebbe comportare la possibilità di rivendicare un livello di compenso a prescindere dal contenuto del progetto stesso e, anzi, regolato unicamente dall'orario di lavoro seguito - ancorché - nella genuinità piena del contratto di collaborazione.

Orario del collaboratore e subordinazione

Un dovere di osservanza dei vincoli in materia di orario di lavoro, anche in forma larga e cioè con riferimento ai principi generali così come affermato dall'art. 17, c. 5 D.Lgs 66/2003, impatterebbe con esiti incerti se si riflette su come risulti successivamente impegnativo registrare un incastro puntuale tra soggezione del lavoratore a progetto ancorché finalizzata alla tutela dello stesso attraverso prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro⁶⁸ e caratteri di autonomia che devono comunque contraddistinguere le collaborazioni nelle modalità a progetto. Questione, questa, di non scarso peso se si considera che l'autonomia di regolazione dei tempi della prestazione caratterizza in maniera pregnante, come di qui in poi si vedrà, il discrimine tra autonomia e subordinazione di un rapporto a progetto dato.

E' orientamento, che è possibile definire consolidato della Suprema Corte, che ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di lavoro subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo⁶⁹. Ai fini della distinzione del rapporto di lavoro subordinato da quello autonomo, costituisce requisito fondamentale il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il quale discende dall'emanazione di ordini specifici, oltre che dall'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative e l'esistenza di tale vincolo va concretamente apprezzata con riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione⁷⁰. In questo quadro, sempre nelle letture della Corte di Cassazione, è stato precisato che lo svolgimento di controlli da parte del datore di lavoro, compatibile con ambedue le forme di rapporti, assume rilievo ai fini della qualificazione del rapporto come subordinato solo quando per oggetto e per modalità i controlli siano finalizzati all'esercizio del potere direttivo e, eventualmente, di quello disciplinare: altri elementi, quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario, la localizzazione della prestazione e la cadenza e la misura fissa della retribuzione assumono natura meramente sussidiaria e non decisiva⁷¹. Sempre nelle

⁶⁸ Vedi art. 1, par. 1 Direttiva Comunità Europea 4 novembre 2003, n. 88/2003.

⁶⁹ Vedi Cass. 3 aprile 2000, n. 4036.

⁷⁰ Vedi Cass. 2 maggio 2012, n. 6643.

⁷¹ *Idem*.

parole della Corte, sono elementi - quali ad esempio la collaborazione, l'osservanza di un determinato orario, la continuità della prestazione lavorativa, l'inserimento della prestazione medesima nell'organizzazione aziendale e il coordinamento con l'attività imprenditoriale, l'assenza di rischio per il lavoratore e la forma delle retribuzione - con carattere sussidiario e funzione meramente indiziaria, i quali, lungi dal surrogare la subordinazione, possono, tuttavia, essere valutati globalmente come indizi della subordinazione stessa, tutte le volte che non ne sia agevole l'apprezzamento diretto a causa di peculiarità delle mansioni, che incidano sull'atteggiarsi del rapporto⁷². Natura sussidiaria e non decisiva, tuttavia, capace di costituire indici rilevatori della subordinazione idonei anche a prevalere sull'eventuale volontà contraria manifestata dalle parti, ove incompatibili con l'assetto previsto dalle stesse⁷³.

La continuità della prestazione e l'osservanza di un orario, insieme agli altri citati, pertanto, possono essere debitamente sistemati nelle parole del giudice di merito per il quale solo laddove vi siano difficoltà nell'indagare l'eterodirezione del lavoratore, che metta a disposizione del datore di lavoro le proprie energie assoggettandosi al potere organizzativo, direttivo e disciplinare dello stesso, con conseguente limitazione della propria autonomia e inserimento nell'organizzazione aziendale, può farsi ricorso, in via sussidiaria, alla valutazione combinata degli stessi, i quali, se considerati *uti singuli* non assumono valenza decisiva, ma possono tuttavia disegnare un quadro complessivo di indizi gravi, precisi e concordanti della subordinazione⁷⁴.

Il riferimento ad una valutazione, tra le altre, di un giudice di prime cure è opportuno. Posto che spetta alla Corte di Cassazione sigillare in via generale gli orientamenti interpretativi per le corti di merito ma a fronte del rilievo che in sede di legittimità è censurabile unicamente l'assunzione e l'individuazione da parte del giudice di merito del parametro dell'assoggettamento o meno del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, mentre l'accertamento degli elementi, che rilevano l'effettiva presenza del parametro stesso nel caso concreto attraverso la valutazione delle risultanze processuali e sono idonei a ricondurre la prestazione al suo modello, costituisce apprezzamento di fatto, che, se immune da vizi giuridici e adeguatamente motivato, resta insindacabile⁷⁵, è in questa sede di merito, in effetti, che maggiormente si apprezza l'importanza che assume l'osservazione delle modalità orarie della collaborazione, nonché differenti modelli argomentativi di interpretazione delle stesse. In questo senso, potrà bastare la rilevazione, anzitutto, di come pressoché ogni controversia di merito valutata rechi a fondamento delle pretese di riconoscimento di un rapporto subordinato in luogo di uno autonomo la individuazione dell'osservanza di un puntuale orario di lavoro⁷⁶. In secondo luogo, è affatto interessante rilevare approcci diversi nella valutazione dei rilievi in materia d'orario sopra citati: dalla mera ricognizione della ricorrenza di un orario fisso⁷⁷ alla

⁷² Vedi Cass. 27 febbraio 2007, n. 4500.

⁷³ Vedi Cass. 9 marzo 2009, n. 5645.

⁷⁴ Vedi Tribunale Perugia sentenza 11 ottobre 2010, n. 735.

⁷⁵ Vedi Cass. 6 agosto 2004, n. 15275.

⁷⁶ Tra le altre, vedi a titolo esemplificativo: Tribunale Bologna sentenza 16 dicembre 2011, n. 1155; Tribunale Perugia sent. cit. nota 38; Tribunale Modena sentenza 30 gennaio 2008, n. 58; Tribunale Milano sentenza 17 novembre 2007, n. 3787; Tribunale Firenze sentenza 28 giugno 2007, n. 866; Tribunale Roma sentenza 10 maggio 2007, n. 12333; Tribunale Roma sentenza 26 aprile 2007, n. 11027; Tribunale Genova sentenza 5 aprile 2007. Per ampia disamina in argomento vedi D'ANDREA, *Il coordinamento temporale del lavoratore a progetto nella giurisprudenza di merito in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro n. 6/2007*, pagg. 442 e ss.

⁷⁷ Vedi Trib. Milano sent. cit. nota 76.

definizione di articolazioni di orario in sé incompatibili con l'autonomia⁷⁸. Interessante, tra le altre, una pronuncia del Tribunale di Bologna che, evitando l'equazione tra presenza costante e subordinazione, ha sancito il respingimento della del ricorso della lavoratrice in quanto non essere stata provata non già la presenza pure continuata e per tutto il giorno della stessa presso l'azienda convenuta ma che la medesima presenza in ufficio le fosse stata imposta⁷⁹.

Il coordinamento 'anche temporale'

Sono le parole del ministero del lavoro a indicare che è nella predeterminazione delle parti, secondo le previsioni dell'art. 62, c. 1, lett. d) ai sensi delle quali tra le forme di coordinamento dell'esecuzione della prestazione sono comprese anche forme di coordinamento temporale, che stabiliscono quelle pattuizioni su dette forme di coordinamento all'interno delle quali sarà l'autonomia del collaboratore a progetto ad esplicarsi pienamente, quanto al tempo impiegato per l'esecuzione della prestazione⁸⁰. Che tale elemento contenutistico del contratto abbia carattere tangenziale o meno⁸¹, esso rinvia di fatto ad uno tra i caratteri distintivi del contratto, ossia la coordinazione.

In generale, tale è l'elemento che, nella definizione di alcuni, distinguendo la prestazione del collaboratore a progetto tanto da quella del lavoratore subordinato quanto da quella del prestatore d'opera, esprime il collegamento funzionale derivante da un protratto inserimento del collaboratore nell'organizzazione aziendale⁸². Requisito parimenti definito da altri nel ricorso alle espressioni della Suprema Corte, con l'aggiunta della caratterizzazione dell'ingerenza del committente nelle attività del prestatore⁸³. Nella distinzione tra lavoro subordinato e collaborazione, v'è chi ha affermato come se nel lavoro subordinato la continuità è intrinseca alla prestazione e coincide con la disponibilità funzionale del prestatore di lavoro sia nello spazio che nel tempo e dunque, in concreto, si identifica con la persistenza nel tempo dell'obbligo primario di prestazione, il coordinamento non è qualificato nella disponibilità continuativa della prestazione in quanto la continuità del rapporto di lavoro autonomo coordinato non costituisce un connotato intrinseco dell'attività del collaboratore ma inerisce, invece, all'interesse del committente⁸⁴. Particolarmente efficace, poi, la sintesi di chi riflette come il coordinamento non sia una sorta di soggezione debole⁸⁵.

Stringendo la prospettiva al particolare del coordinamento temporale della prestazione, le posizioni presentano minore omogeneità. Agli esiti di una lettura combinata di diverse pronunce della giurisprudenza – per lo più di merito e, peraltro, non recentissima – si propone la divaricazione netta tra chi considera il contratto di collaborazione a progetto caratterizzato essenzialmente dall'elevata autonomia del collaboratore anche per quanto riguarda la gestione del tempo di lavoro e chi ritiene non doversi attribuire alcun rilievo distintivo ad altri elementi

⁷⁸ Vedi Tribunale Torino 15 aprile 2005 in D'ANDREA, *op. cit.* nota 76.

⁷⁹ Vedi Trib. Bologna sent. cit. nota 76.

⁸⁰ Vedi Min. lav. circ. cit. nota 39.

⁸¹ Vedi LUNARDON, *La forma del contratto a progetto in CARINCI (a cura di), Commentario al D.Lgs 10.9.2003, n. 276, Milano, 2003, pag. 50.*

⁸² Vedi PEDRAZZOLI, *op. cit.* nota 63, pag. 706.

⁸³ Vedi Cass. cit. nota 44.

⁸⁴ Vedi D'ANDREA, *op. cit.* nota 76.

⁸⁵ Vedi PALLADINI, *Il lavoro parasubordinato o a progetto in PERSIANI (diretto da), I nuovi contratti di lavoro, Milano, 2010, pag. 133.*

quali la predeterminazione di un orario⁸⁶. Per quanto riguarda il profilo del coordinamento temporale della prestazione si afferma, nelle parole di altri, che in sede contrattuale le parti possono anche prevedere che la prestazione del collaboratore sia sottoposta a verifiche periodiche del committente sullo stato di esecuzione del progetto, non essendo tale predeterminazione idonea a escludere l'autonomia del rapporto tra i contraenti⁸⁷. Di contro v'è chi ritiene che si debba fare riferimento ad una nozione più stringente di coordinamento temporale, da realizzarsi anche nella forma della fissazione di un orario di lavoro, che detta il tempo in cui il lavoratore debba svolgere la sua prestazione⁸⁸. Nell'esigenza di una definizione capace di assumere la varietà dei casi riscontrabili, risulta interessante la posizione di quell'autore per il quale il coordinamento che dà luogo a parasubordinazione andrebbe inteso in un'accezione più indefinita, tendendo ad assumere un significato molto elastico, dalla limitandoci ai tempi della prestazione, carenza di qualsivoglia coordinamento temporale, alla perimetrazione della collaborazione entro confini temporali di massima, senza alcun vincolo di orario, sino alla necessità, meramente generica, di frequenti contatti tra collaboratore e committente per ricordare in termini puramente indicativi la prestazione dell'uno all'organizzazione dell'altro⁸⁹.

Una sintesi ragionevole degli argomenti esposti potrebbe muovere dalle seguenti considerazioni. Se il coordinamento temporale deve realizzare un difficile equilibrio perché, da un lato, può rischiare di trasformarsi in una messa a disposizione da parte del lavoratore, come avviene nel lavoro subordinato, e, dall'altro, l'attività del collaboratore a progetto è condizionata dagli orari dell'impresa con cui collabora, così come l'esigenza di una preventiva comunicazione delle assenze e dei permessi è dettata dalla necessità di coordinarsi con l'organizzazione del committente e ferma l'eterogeneità dei rapporti negoziali compresi nell'area del lavoro a progetto, possono darsi nell'esperienza fattuale sia casi in cui si necessiti, ai fini del raggiungimento dello scopo della prestazione (progetto), di una presenza e un orario prefissati, sia casi in cui queste modalità di coordinamento possono divenire particolarmente stringenti⁹⁰, altro non può essere che la considerazione del progetto, la cui identificazione viene ulteriormente raffinata dalla riforma del giugno 2012, alla base della collaborazione a registrare l'equilibrio detto. In questo senso, almeno pare di intendere, insiste quel ragionamento della Corte per il quale valutando quanto disposto dalla corte territoriale come motivato adeguatamente e non contraddittoriamente assume come la presenza, pressoché costante, negli uffici e nel magazzino all'indomani della cessione dell'azienda trovava logica spiegazione nei fatti accertati in causa senza che ciò integrasse la circostanza che il collaboratore fosse tenuto ad osservare un orario di lavoro⁹¹.

Conclusioni

Il fattore tempo è centrale nella definizione del lavoro a progetto e ciò sia con riferimento alla struttura dello stesso, ossia la durata, che concorre a delimitare il perimetro della disciplina nonché identifica, connaturandosi ad esso, il progetto stesso, sia con riferimento alle modalità

⁸⁶ Vedi D'ANDREA, *op. cit.* nota 76.

⁸⁷ Vedi CASTELVETRI, *Il lavoro a progetto in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, Padova, 2005, pag. 559.*

⁸⁸ Vedi PEDRAZZOLI, *op. cit.* nota 26, pag. 767.

⁸⁹ Vedi ICHINO, *op. cit.* nota 12, I, pag. 298 e ss.

⁹⁰ Vedi D'ANDREA, *op. cit.* nota 76.

⁹¹ Vedi Cass. *cit.* nota 70.

orarie attraverso le quali viene a svolgersi la collaborazione. Dette modalità orarie hanno costituito l'oggetto della analisi sopra svolta, che si è rivolta all'approfondimento di quattro temi, due, in particolare, di ordine più generale - rapporto tra lavoro a progetto e normativa sull'orario di lavoro di cui al decreto legislativo n. 66 del 2003 e rapporto tra orario lavorativo del collaboratore e subordinazione - e due di carattere più specifico, cioè legate a passaggi determinati presenti nel corpo della disciplina sul lavoro a progetto quali le forme di coordinamento anche temporale di cui all'art. 62, c. 1, lett. d) e la quantità e l'estensione temporale di cui all'art. 63, commi 1 e 2.

Nel tentativo di trarre una sintesi dagli svolgimenti operati si ritiene non possa essere omessa la già ricordata osservazione secondo la quale con l'introduzione della disciplina sul lavoro a progetto, il legislatore non ha provveduto a tipizzare una nuova figura contrattuale ma, molto più semplicemente, a definire una modalità peculiare - quella appunto 'a progetto' - di svolgimento di una serie di rapporti eterogenei aventi comunque ad oggetto prestazioni di lavoro, a carattere prevalentemente personale, rese in forma coordinata e continuativa, ancorché senza vincolo di subordinazione. Il lavoro a progetto, quindi, non come fattispecie contrattuale tipica e unitaria ma come categoria che lega una serie di rapporti di lavoro diversi e senza vincolo di subordinazione in ragione delle particolari modalità di svolgimento di esse.

E' proprio nel senso di questa osservazione che, circa il rapporto tra lavoro a progetto e prescrizioni di cui al D.Lgs 66/2003, è possibile concludere secondo due ordini di considerazioni. Il primo è che per quanto le ragioni di chi insiste per l'applicazione al lavoro a progetto, che sia piena o meno, dei precetti in materia di orario di lavoro di cui al decreto ricordato rechino un fondamento e una struttura non trascurabili, l'interpretazione letterale delle disposizioni in causa, che non prevede espressamente alcun incrocio tra di esse, e la ribadita natura autonoma del lavoro a progetto, a fronte di una normativa sull'orario di lavoro improntata alle categorie caratterizzanti il lavoro subordinato, a parere di chi scrive, avvertendo quasi il senso che al fine qualcosa manchi al coordinamento compiuto tra art. 61 e ss D.Lgs e D.Lgs 66/2003, consigliano per la ricorrenza in caso di lavoro a progetto di quanto previsto in materia di orario di lavoro. Altro, ed è il secondo ordine di considerazioni, è ritenere che una regolazione corretta delle modalità di svolgimento del progetto, specialmente in quei casi in cui i contenuti dello stesso comportino un'assiduità e un'integrazione importanti e significative rispetto all'organizzazione, anche con riferimento ai tempi, del committente, possa opportunamente avere a riferimento - per esempio in materia di continuità e/o consecutività delle attività nell'arco del giorno o della settimana o di prestazioni notturne - quanto previsto per il lavoro subordinato.

D'altronde, il tentativo di progressiva assimilazione del lavoro a progetto rispetto al lavoro subordinato è più che un'ipotesi di studio quanto alla commisurazione del corrispettivo dovuto. In particolare, ciò si apprezza significativamente valutando i contenuti dell'art. 63, integralmente sostituito dalla L. 92/2012. Al riguardo, si è potuto osservare non solo l'innovazione data dall'introduzione di una delega ad una contrattazione collettiva specificatamente dedicata all'individuazione di minimi per ciascun settore d'attività o il rilievo della dimensione dell'orario della prestazione assume sia nel significato di *quantità* di cui al comma 1 che nella considerazione, in assenza di contrattazione collettiva specifica, della estensione temporale in riferimento alle retribuzioni minime previste dai ccnl. Si nota, soprattutto la delineazione di un vero e proprio principio di sufficienza del compenso per il lavoro a progetto. In questo senso, se è vero che tutto quanto detto viene costruito in un rimando chiaro alle categorie del lavoro subordinato e pertanto nell'affermazione e nella conferma implicita della natura autonoma del

lavoro a progetto, è altrettanto lampante uno scivolamento dei parametri di quantificazione del compenso sempre più verso il principale riferimento per la definizione della retribuzione per lavoro subordinato e cioè il tempo.

Con riferimento alla rilevanza delle modalità orarie delle prestazioni rese dal collaboratore a progetto ai fini della configurazione di un indice di subordinazione, non sono da segnalare particolari scostamenti da parte di giurisprudenza e dottrina dalle posizioni tradizionalmente assunte. Se ai fini della distinzione del rapporto di lavoro subordinato da quello autonomo, costituisce requisito fondamentale il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, è solo laddove vi siano difficoltà nell'indagare l'eterodirezione del lavoratore che può farsi ricorso, in via sussidiaria, alla valutazione combinata degli stessi, i quali, se considerati *uti singuli* non assumono valenza decisiva, ma possono tuttavia disegnare un quadro complessivo di indizi gravi, precisi e concordanti della subordinazione. In argomento, in particolare, la valutazione delle diverse esperienze delle corti di merito prima ancora che rilevare ai fini della definizione di linee interpretative più o meno unitarie, è importante per la misura con cui segnala la centralità che assume l'osservazione delle modalità orarie della collaborazione nei ricorsi finalizzati al riconoscimento della natura subordinata della attività.

La valutazione delle modalità orarie delle collaborazioni, infine, rimanda alla valutazione della sede in cui le parti dovrebbero regolare le stesse individuata dalla legge con le previsioni dell'art. 62, comma 1 e lett. d). L'analisi di quanto ivi previsto non ha per oggetto questioni attinenti alla mera forma del contratto di collaborazione a progetto ma tiene in primo piano uno tra gli elementi caratterizzanti la fattispecie, la coordinazione, nella declinazione degli aspetti temporali di essa. E' nelle forme del coordinamento temporale che si deve realizzare il difficile equilibrio tra semplice messa a disposizione da parte del lavoratore, come avviene nel lavoro subordinato, e genuina determinazione delle modalità orarie del collaboratore e altro non può essere che la considerazione del progetto, la cui identificazione viene ulteriormente raffinata dalla riforma del giugno 2012, alla base della collaborazione a registrare l'equilibrio detto.

In conclusione, è possibile affermare come le tendenze di dottrina e giurisprudenza nonché i più recenti interventi legislativi in materia di lavoro a progetto non richiedano, per una corretta regolamentazione dell'orario di esso, doversi abbandonare i riferimenti e gli strumenti propri del lavoro autonomo. Ciò non di meno, proprio in materia regolamentazione dell'orario di lavoro, non può non intravedersi uno scenario tecnico-normativo e una progressiva evoluzione dello stesso sempre più ricco e sfaccettato di variabili, di opzioni e di intrecci con discipline tradizionalmente più tipiche del lavoro subordinato.

Federico Parea
Confindustria Bergamo
1.12.2012

Disamina aggiornata del regime sanzionatorio per le violazioni della normativa sui contratti di lavoro non subordinato

Si evidenzia di seguito innanzitutto l'apparato sanzionatorio correlato e operante in presenza di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa a progetto che risultano essere viziati, in riferimento anche alle novità introdotte dalla c.d. Riforma Fornero Più specificamente, per quanto attiene alle possibili inadempienze rispetto al dettato normativo si delinea quanto di seguito.

1) Come è noto, già il D.lgs. n. 276 del 2003 all'art. 69, comma 1, prevedeva che “*i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso*⁹² *ai sensi dell'art. 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto*”.

Secondo un'interpretazione letterale della norma sembrava che il legislatore volesse intendere che la trasformazione del rapporto di collaborazione, privo di progetto, in rapporto di lavoro subordinato, dovesse avvenire sempre, anche nelle ipotesi in cui il rapporto in questione, nonostante si presentasse comunque privo di progetto, si svolgesse con le modalità tipiche dell'autonomia, prevedendo in tal modo l'introduzione di un'ipotesi di presunzione assoluta⁹³ di rapporto subordinato, nel senso che in ogni caso, senza ammetterne la prova contraria, il rapporto si sarebbe trasformato in subordinato sin dalla sua costituzione quale sanzione di un contratto a progetto viziato. Tuttavia tale interpretazione è stata oggetto di ampio e approfondito dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza. In dottrina, da un lato, dando valore al dato letterale della norma, si sottolineava come ogni tentativo di alleggerimento della previsione normativa e dunque di introduzione di una presunzione relativa andasse a scontrarsi con lo stesso dettato normativo apparentemente molto chiaro⁹⁴; dall'altro lato, si proponeva un'interpretazione certamente più flessibile che andava, tuttavia, a sottolineare sia il possibile

⁹² Parte oggi abrogata dall'art. 1, comma 23, della legge 28 giugno 2012 n. 92.

⁹³ Le presunzioni legali possono essere:

- *iuris et de iure ed allora si dicono assolute, laddove non ammettono prova contraria; quando la legge stabilisce una presunzione assoluta più che di prova indiretta dovrebbe parlarsi di sufficienza del fatto-base a produrre l'effetto ricollegato al fatto-presunto, che, in realtà, diventa irrilevante dal momento che, in presenza del fatto-base non è ammessa la prova che il fatto presunto non si è verificato.*
- *iuris tantum ed allora si dicono relative, laddove ammettono prova contraria.*

Così TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, ANELLI F.e GRANELLI C. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2009.

⁹⁴ BELLAVISTA A., *Commento sub artt. 66-69, Altri diritti del collaboratore a progetto, rinunzie e transazioni, divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, in GRAGNOLI G., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e nuovi modelli contrattuali*, Commentario al D.lgs. n. 276/2003, Padova, 2004, pagg. 787 e ss.; DE MARINIS N., *Lavoro a progetto e subordinazione: una contiguità senza residui*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 12, pag. 892. DEL PUNTA R., *Co.co.co in transizione*, in *www.lavoce.info*, 2004..

contrasto con la lettura rigida dell'art. 69, comma 1 e la previsione dell'art. 62, che richiedeva l'indicazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso solo ai fini della prova, sia il possibile conflitto con i principi della Carta Costituzionale⁹⁵. In giurisprudenza, le prime sentenze⁹⁶ interpretavano la norma ritenendo che la presunzione in oggetto non fosse assoluta, ma relativa ovvero il rapporto a progetto, senza l'indicazione di uno specifico progetto, programma o fase di esso si sarebbe trasformato in rapporto di lavoro subordinato a meno che il datore di lavoro non avesse dimostrato che il rapporto stesso non si fosse realizzato con le forme tipiche del lavoro autonomo. La presunzione avrebbe così operato nel campo dell'inversione dell'onere della prova in quanto non sarebbe stato il lavoratore a dover provare la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato, ma il datore di lavoro a provare in concreto l'autonomia del rapporto. Nelle sentenze citate si ritenne che qualora si fosse sostenuto che l'art. 69, comma 1, avesse introdotto una presunzione assoluta ciò si sarebbe potuto porre in contrasto con gli artt. 3, 41, 101 e 104 della Costituzione. Già la Corte Costituzionale con le sentenze n. 115/1994 e n. 121/1993 aveva precedentemente dichiarato, in una circostanza di fatto contraria, l'illegittimità costituzionale di una norma che introduceva una presunzione assoluta di autonomia di un rapporto, in quanto la stessa presunzione poteva sottrarlo alle inderogabili garanzie del lavoro subordinato, qualora concretamente realizzatosi in termini di subordinazione⁹⁷. In questo senso, la tesi della presunzione assoluta si poneva in totale contrasto con i principi generali espressi dalla Corte Costituzionale nelle pronunce precedenti. L'accoglimento della tesi che interpretava la presunzione come relativa peraltro, sebbene sembrasse ad un primo sguardo porsi in contrasto con il dato letterale della norma, si sarebbe avvicinata alla *ratio* della normativa della legge n. 30 del 2003 in quanto l'art. 4, comma 1, lett. c), n. 5 prevedeva l'introduzione di un regime sanzionatorio adeguato, mentre quello della presunzione assoluta sarebbe apparso decisamente sproporzionato. La stessa Corte

⁹⁵ MARESCA A., *la nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in AA.VV., *Riforma Biagi - Le nuove collaborazioni*, in *Guida al lavoro*, 2004, spec. n. 1, 11; VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Padova, 2006, pagg. 25-27; MISCIONE M., *Collaborazioni a progetto e prestazioni occasionali nelle circolari amministrative*, in *Diritto & Pratica del Lavoro (DPL)*, 2004, pag. 463.

⁹⁶ Tribunale di Torino 5 aprile 2005; Tribunale di Ravenna 25 ottobre 2005; Tribunale di Torino 17 maggio 2006 e 23 marzo 2007 che ha ritenuto "di ribadire sul punto il proprio precedente orientamento interpretativo nel senso che l'art. 69 stabilisce una presunzione relativa e non assoluta"; Tribunale di Genova 7 marzo 2007.

⁹⁷ "Se non è consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità di norme inderogabili previste in attuazione di principi e garanzie dettati dalla Costituzione, a maggior ragione è da escludere che il legislatore possa autorizzare le parti ad impedire, direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità di tali norme e garanzie ai suddetti rapporti. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti e pertanto, allorché il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento - eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il nomen iuris enunciato- siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile".

costituzionale con la sentenza n. 144 del 12 aprile 2005⁹⁸ in riferimento ad altra normativa aveva dichiarato incostituzionale una sanzione comminata sulla scorta di una presunzione assoluta. La soluzione interpretativa meno rigida è stata accolta anche dal Ministero del Lavoro⁹⁹ e dall'Inps¹⁰⁰ in tal modo attenuando il dibattito creatosi precedentemente. Il Ministero del lavoro ha sostenuto trattarsi di una presunzione relativa che può essere superata qualora il committente fornisca in giudizio prova dell'esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo. L'Inps ha poi confermato quanto già espresso dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, asserendo che la norma è da intendersi nel senso di una presunzione relativa dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, salvo la facoltà del committente di dimostrare, con inversione dell'onere della prova, che si tratti di un rapporto di natura parasubordinato.

Giungendo alla riforma del giugno 2012, l'art. 1, comma 24, della legge 92/2012, con interpretazione autentica dell'art. 69 comma 1¹⁰¹, ha definitivamente chiarito che l'individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del contratto la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato¹⁰² sin dalla sua originaria costituzione, accogliendo sul punto in questione la tesi del riconoscimento di una presunzione assoluta. L'introduzione di questa interpretazione autentica ha quindi posto fine al dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che si era innestato a partire dall'entrata in vigore del D.lgs. n. 276 del 2003, in merito alla sussistenza alternativamente di una presunzione relativa o di una presunzione assoluta¹⁰³.

2) Ai sensi dell'art. 69, comma 2, D.lgs. n. 276 del 2003 come modificato dalla legge 28 giugno 2012 n. 92 art. 1, co. 23, lett. g) *“qualora venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato ai sensi dell'art. 61 sia venuto a configurare un rapporto di lavoro subordinato, esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto*

⁹⁸ *“E” costituzionalmente illegittimo, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione, l'art. 3, comma 3, del decreto legge 22/2/1992, n. 12, convertito in legge dall'art. 1 della legge 23.4.2002, n. 73, nella parte in cui non ammette la possibilità di provare che il rapporto di lavoro irregolare ha avuto inizio successivamente al primo dell'anno in cui è stata constatata la violazione. Premesso che rientra nella discrezionalità del legislatore la individuazione delle condotte punibili come pure la scelta e la quantificazione delle sanzioni, tanto penali che amministrative, salvo il limite della non manifesta irragionevolezza, tuttavia, il meccanismo di tipo presuntivo previsto dalla norma censurata, con finalità di ulteriore inasprimento della sanzione, determina la lesione del diritto di difesa, in quanto preclude all'interessato ogni possibilità di provare circostanze che attengono alla propria effettiva condotta, idonee ad incidere sulla entità della sanzione che dovrà subire, determinando, altresì, la irragionevole equiparazione, ai fini dell'applicazione della sanzione, di situazioni tra loro diseguali, con riferimento a soggetti che utilizzano i lavoratori irregolari da momenti diversi e per i quali la constatazione della violazione sia, in ipotesi, avvenuta nella medesima data”.*

⁹⁹ Circolare n. 1 del 2004 poi confermato Circolare n. 4 del 2008.

¹⁰⁰ Circolare Inps n. 9 del 2004

¹⁰¹ L'Art. 69 comma 1 del d.lgs. 276/2003, dispone che *“i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto”.*

¹⁰² SANTORO-PASSARELLI G., *op. cit.* nota 4.

¹⁰³ GHEIDO M.R., CASOTTI A., *Lavoro a progetto: nuovi requisiti in DPL n. 28/2012, pagg. 1749 e ss.*

realizzatosi tra le parti. Salvo prova contraria a carico del committente, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, sono considerati rapporti di lavoro subordinato sin dalla data di costituzione del rapporto nel caso in cui l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell'impresa committente, fatte salve le prestazioni di elevata professionalità che possono essere individuate dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale”.

Il comma in esame, prendendo in considerazione un'ipotesi diversa rispetto a quella configurata nel comma precedente, disciplina le conseguenze dell'esistenza di un rapporto di collaborazione a progetto eseguito con modalità proprie del lavoro subordinato. Il legislatore ribadisce che la presenza di un progetto non risulta assolutamente sufficiente ad identificare un lavoratore a progetto quando questi operi, nello svolgimento del rapporto, come un lavoratore subordinato. Viene chiaramente introdotta dal legislatore una presunzione relativa che riconosce al committente la facoltà di dimostrare, attraverso la prova contraria a carico dello stesso, che si sta avvalendo di un lavoratore a progetto e non di un lavoratore subordinato. Restano invece escluse dall'operatività della presunzione di subordinazione sopra esposta le prestazioni di elevata professionalità che, come afferma il dettato normativo a chiusura del secondo comma, possono essere individuate dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

3) La riforma, proseguendo nell'intento di una più completa razionalizzazione dell'istituto in esame, ha introdotto inoltre un'ulteriore importante novità concernente il compenso che deve essere corrisposto al lavoratore a progetto stabilendo all'art. 1, comma 23, lett. c) che esso *“..deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro eseguito e, in relazione a ciò nonché alla particolare natura della prestazione e del contratto che la regola, non può essere inferiore ai minimi stabiliti in modo specifico per ciascun settore di attività, eventualmente articolati per i relativi profili professionali tipici e in ogni caso sulla base dei minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati, dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria ovvero, su loro delega ai livelli decentrati. 2. In assenza di contrattazione collettiva specifica, il compenso non può essere inferiore, a parità di estensione temporale della attività oggetto della prestazione, alle retribuzioni minime previste dai contratti collettivi nazionali di categoria applicati nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza e di esperienza sia analogo a quello del collaboratore a progetto”.* La formulazione introduce certamente un elemento di criticità apportando un insolito paragone tra l'individuazione del valore economico di una prestazione svolta in regime di lavoro autonomo e una prestazione svolta in regime di lavoro subordinato. Più specificatamente, per quanto attiene alle sanzioni in capo al committente in conseguenza della violazione di tale disposizione, si evidenzia che l'articolo 63 del D.Lgs n.276/2003, come modificato dalla disposizione succitata, attribuisce al collaboratore a progetto un diritto immediatamente azionabile e pertanto, qualora in fase di giudizio il collaboratore stesso riesca a provare di aver subito un pregiudizio economico rispetto ai parametri dettagliati dalla nuova normativa, potrà richiedere il pagamento della differenza tra il compenso ricevuto come risultante dal contratto stipulato dalle parti e quello minimo individuato dai contratti collettivi come richiamati dalla disposizione dell'art. 63 medesimo. Sembrerebbe invece escludersi, almeno in via immediata e diretta, che dalla violazione della

disposizione in esame possa derivare la conversione del rapporto di collaborazione a progetto in rapporto di lavoro subordinato.

Dopo aver analizzato gli aspetti riferiti alla disciplina lavoristica dei rapporti di collaborazione a progetto, si accennano di seguito le implicazioni sanzionatorie di carattere previdenziale che coinvolgono un contratto a progetto viziato.

Come è noto, mentre i titolari di un rapporto di lavoro subordinato devono essere iscritti alla Gestione Ordinaria dell'Inps, i titolari di un contratto di lavoro a progetto sono iscritti alla Gestione Separata¹⁰⁴ Inps che prevede la ripartizione dei contributi suddivisa in 2/3 a carico del committente e 1/3 a carico del collaboratore. Il D.L. 22 giugno 2012 n. 83 (cd. Decreto Sviluppo) convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012 n. 134¹⁰⁵ è intervenuto sulla materia, senza toccare le quote di ripartizione, prevedendo, fino al 2018, un incremento progressivo dell'aliquota contributiva pensionistica per i collaboratori a progetto che sono iscritti in via esclusiva alla gestione separata Inps dal 27% al 33% mentre, per i collaboratori iscritti anche ad altre forme pensionistiche, l'incremento progressivo è previsto dal 18% al 24%.

In particolare, un problema di natura previdenziale potrebbe emergere nel caso in cui un rapporto di lavoro a progetto viziato dovesse essere convertito in un rapporto di lavoro subordinato, integrando una omissione contributiva. In merito alla qualificazione di tale inadempienza peraltro sono sorti in passato contenziosi interpretativi, sino a che l'Inps, con specifica circolare¹⁰⁶, ha definitivamente precisato che, per la qualificazione ai fini sanzionatori civili del disconoscimento della collaborazione coordinata a progetto o di esercizio di lavoro autonomo e conseguente trasformazione dello stesso in rapporto di lavoro subordinato, la fattispecie integrasse una omissione contributiva e non una evasione contributiva.

La sanzione che trova applicazione in tale circostanza è quindi quella - inferiore alla sanzione concernente l'ipotesi di evasione - prevista all'art. 116, comma 8, lett. a), della legge 23 dicembre 2000 n. 388: *“nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti percentuali; la sanzione civile non può essere superiore al 40 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge”*.

In tema poi di lavoro più propriamente autonomo, la Riforma Fornero è intervenuta sulle cd. partite iva che riguardano, pur appartenendo per le loro caratteristiche all'ordinamento di diritto tributario, l'alveo del diritto del lavoro in relazione a quei lavoratori che si legano ad un committente mediante un contratto ex art. 2222 c.c.¹⁰⁷. Il legislatore sostanzialmente ha preso atto dei molteplici utilizzi impropri di questa fattispecie di rapporto e, con il chiaro intento di contrastare ulteriori comportamenti fraudolenti, ha introdotto il nuovo art. 69 bis rubricato

¹⁰⁴ Di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335 del 1995.

¹⁰⁵ Art. 46 bis, comma 1, lett. g.

¹⁰⁶ Circolare Inps n. 74 del 2003.

¹⁰⁷ Art. 2222 c.c. *“Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV”*. ANASTASIO G., *Partite Iva: disciplina e prospettive di riforma*, in DPL n. 29/2012.

“Altre prestazioni lavorative rese in regime di lavoro autonomo” nel D.lgs. n. 276 del 2003. Questo articolo è stato poi oggetto di ulteriore e successiva modifica ad opera dell’art. 46 bis, comma 1, lett. c), della legge 7 agosto 2012 n. 134. Il nuovo art. 69 bis, frutto delle predette modifiche, prevede che *“le prestazioni lavorative rese da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell’imposta sul valore aggiunto sono considerate, salvo che sia fornita prova contraria da parte del committente, rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, qualora ricorrano almeno due dei seguenti presupposti:*

- a) *che la collaborazione con il medesimo committente abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi;*
- b) *che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d’imputazione di interessi, costituisca più dell’80% dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell’arco di due anni solari consecutivi;*
- c) *che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente”.*

Nel caso in cui ricorrano almeno due dei presupposti indicati dalla norma le prestazioni rese in regime di partita iva vengono considerate rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, comportando conseguentemente l’integrale applicazione della disciplina regolante il lavoro a progetto, salvo che sia fornita prova contraria da parte del committente dell’esistenza di un effettivo rapporto di lavoro autonomo. Laddove però il committente non riuscisse a fornire la prova contraria il rapporto di lavoro autonomo verrebbe attratto nella disciplina del lavoro parasubordinato e quindi, in assenza di uno specifico progetto, ai sensi dell’art. 69, comma 1 del D.lgs. n. 276 del 2003, il rapporto stesso si trasformerebbe in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Risulta evidente che il committente può tenere sotto controllo solo due delle predette condizioni: la durata del rapporto e l’assegnazione della postazione fissa presso il committente stesso. Decisamente meno agevole per lo stesso committente è tenere sotto controllo la condizione prevista alla lettera b) legata all’incidenza annua del valore del contratto e i ricavi complessivi del lavoratore autonomo¹⁰⁸.

La trasformazione del rapporto in collaborazione coordinata e continuativa implica l’applicazione di tutte le norme che disciplinano tale contratto, incluse quelle relative al regime previdenziale. In particolare, operando la presunzione succitata, nel caso in cui il committente non riuscisse a dimostrare la genuinità del contratto si verificherebbe la trasformazione da rapporto di lavoro autonomo a rapporto di collaborazione e in presenza di un progetto il sorgere del correlato obbligo contributivo alla gestione separata. Più specificamente l’obbligo contributivo nei confronti dell’Inps sarebbe da ripartire un terzo in capo al collaboratore e due terzi in capo al committente. Questa situazione comporta che il collaboratore, qualora abbia sostenuto l’intero onere previdenziale durante la vigenza del contratto di lavoro autonomo, ha facoltà di rivalsa nei confronti del committente con diritto di rivendicare il pagamento dei due terzi della contribuzione. Se poi dall’applicazione della predetta presunzione il rapporto non possa essere trasformato in contratto di collaborazione per mancanza di uno specifico progetto legato alla prestazione resa, il rapporto di lavoro diventa di carattere subordinato secondo quanto disposto dall’art. 69, comma 1 del d.lgs. n. 276 del 2003¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BONATI G., in *Guida al lavoro*, n. 40/2012, pag. 15.

¹⁰⁹ BONATI G., *ibidem*.

Bisogna tener presente che è lo stesso art. 69 al secondo comma a prevedere dei casi di esclusione per i quali non opera la presunzione di cui al comma 1 *“La presunzione, di cui al comma 1, non opera qualora la prestazione lavorativa presenti i seguenti requisiti:*

- a) *sia connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero di capacità tecnico pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività;*
- b) *sia svolta da soggetto titolare di un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali di cui all'art. 1, comma 3, della Legge 2 agosto 1990, n. 223.*

Tali ipotesi di esclusione devono probabilmente ritenersi fra loro disgiunte, stante il tenore letterale della norma. Per evitare la presunzione, inerente la natura parasubordinata del rapporto di lavoro, risulterà quindi essere sufficiente che sussista per la prestazione lavorativa il requisito delle competenze teoriche di grado elevato ovvero delle capacità tecnico pratiche qualificate previsto dalla lettera a) oppure il requisito della soglia di reddito prevista dalla lett. b). Ulteriormente, il terzo comma prevede che la presunzione di cui al comma 1 non operi con riferimento alle prestazioni lavorative svolte nell'esercizio di attività professionali per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad un ordine professionale, ovvero ad appositi registri, albi o ruoli o elenchi professionali qualificati e detta specifici requisiti e condizioni. È la stessa norma a disporre che alla ricognizione delle predette attività si provvederà mediante Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali da emanare entro 3 mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione ma che, ad oggi, non è stato ancora emanato. Infine, la presunzione prevista al primo comma, che determina l'integrale applicazione della disciplina in esame, si applica ai rapporti instaurati successivamente all'entrata in vigore della norma, mentre per i rapporti che sono in corso a tale data, al fine di consentire gli opportuni adeguamenti, le predette disposizioni si applicheranno decorsi 12 mesi dalla data di entrata in vigore della disposizione.

La riforma del lavoro è poi intervenuta, in modo tutt'altro che marginale, anche ridefinendo l'ambito di applicazione dell'associazione in partecipazione.

Come è noto l'articolo 2549 c.c., che disciplina il contratto di associazione in partecipazione, prevede che l'associante attribuisca all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto. L'art. 1, comma 28 della legge 28 giugno 2012 n. 92 intervenendo sull'istituto aggiunge un ulteriore comma all'art. 2549 c.c. secondo il quale *“qualora l'apporto dell'associato consista anche in una prestazione di lavoro, il numero degli associati impegnati in una medesima attività non può essere superiore a tre, indipendentemente dal numero degli associanti, con l'unica eccezione nel caso in cui gli associati siano legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo. In caso di violazione del divieto di cui al presente comma, il rapporto con tutti gli associati il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato”*.

Analizzando il disposto normativo si nota che lo stesso ha introdotto un preciso limite al numero degli associati che possono essere impegnati in una medesima attività definendo che non può essere superiore a tre indipendentemente dal numero degli associanti. E' lo stesso comma 28 della riforma ha prevedere un'eccezione nel caso in cui gli associati siano legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il

secondo. Preso atto dei confini posti dal limite numerico, il primo nodo interpretativo della norma in esame riguarda la definizione del concetto di medesima attività; la Circolare del Ministero n. 18/2012, che è intervenuta dopo l'entrata in vigore della riforma, non ha certamente aiutato a sciogliere il dubbio sul significato di questa espressione contenuta nella legge. Sul punto in discussione, si potrebbe ritenere, accogliendo in tal modo una lettura meno restrittiva, che con il concetto di medesima attività debba intendersi l'unità produttiva o il punto vendita in cui è svolta l'attività dell'associante. Se riferissimo l'espressione attività, e quindi il vincolo dei tre associati, al punto vendita dotato di autonomia funzionale, può sopravvivere un modello di business nel quale imprenditore e associato partecipano entrambi al rischio d'impresa, l'uno con il capitale e l'altro con l'apporto di lavoro. Infatti, in questa prospettiva, l'associato continua a condividere il rischio in relazione al risultato economico non dell'intera azienda, ma del singolo punto vendita in cui opera, sul quale effettivamente può incidere positivamente o meno con il proprio apporto di lavoro. Ulteriormente, anche sul piano strettamente giuridico un'interpretazione più restrittiva non convince: i termini attività e azienda, infatti, non sono sinonimi, dal momento che un'azienda ben può svolgere più attività¹¹⁰. Tuttavia, l'interpretazione meno restrittiva prima esposta sembrerebbe essere poco aderente alla norma dal momento che l'espressione utilizzata dal legislatore non circoscrive un luogo, bensì la natura della prestazione. Per questo motivo è condivisibile, in via prudenziale e attendendo chiarimenti dal Ministero, l'idea che il nuovo limite di tre associati in una medesima attività debba essere applicato facendo riferimento all'intera azienda, indipendentemente da dove è svolta l'attività, qualora l'attività sia la medesima¹¹¹. A chiusura del comma 28 dell'art. 1, il legislatore dispone che in caso di non ottemperanza al limite numerico imposto, il rapporto con tutti gli associati il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Dall'utilizzo, da parte del legislatore, dell'espressione "si considera" scaturisce una chiara previsione di presunzione assoluta, che non consente la prova contraria¹¹². La previsione appare di dubbia legittimità costituzionale sotto il profilo della evidente limitazione delle scelte dell'imprenditore riguardo le forme mediante le quali svolgere la sua iniziativa economica. Le perplessità di ordine costituzionale derivano anche dalla qualificazione imposta *ex lege*, infatti, nel nostro ordinamento, il legislatore può solo indicare gli elementi della fattispecie astratta "lavoro subordinato" ma non può imporre al giudice di ricondurle una fattispecie concreta prescindendo dalla sussistenza in essa di tali elementi; non può dunque sottrarre al giudice il potere, che funzionalmente gli compete, di operare la qualificazione in relazione alla specificità di ogni concreto apporto, sia pure con riferimento alla fattispecie legislativa individuate¹¹³. Sul campo delle presunzioni legali interviene anche il comma 30 dell'art. 1 della riforma stabilendo che "*I rapporti di associazione in partecipazione con apporti di lavoro instaurati o attuati senza che vi sia stata un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'art. 2552 del Codice Civile, si presumono, salva prova contraria, rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato*". Tale intervento si innesta sul disposto, ora esplicitamente abrogato dal comma 31, dell'art. 86, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003 che stabiliva che in caso di

¹¹⁰ BRISCIANI M., *Associazione in partecipazione: le novità per le aziende in Guida al lavoro 39/2012*, pag. 14.

¹¹¹ DI FUSCO E., *Il Sole 24 ore - norme e tributi 31/7/2012*, pag. 18.

¹¹² IVELLA F.S., *Limitato il numero degli associati in partecipazione con apporto di lavoro, in La riforma del lavoro, Guida pratica alla legge 92/2012*, Milano, 2012, p. 44.

¹¹³ TOSI P., in *DPL n. 33/2012*, p.142.

rapporti di associazione resi senza un'effettiva partecipazione e adeguate erogazioni agli associati fosse riconosciuto agli stessi il diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto in posizioni corrispondenti.

La nuova disposizione, introducendo una presunzione relativa, percorre dunque una strada che porta nella direzione di aggravare il regime sanzionatorio. Tale presunzione opera anche qualora l'apporto di lavoro non presenti i requisiti previsti dall'art. 69-bis, co. 2, lett. a), D.Lgs. n. 276/2003 introdotto dalla legge 92/2012, ovvero non sia connotato da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto dell'attività. Si pone quindi, specialmente in capo all'associante, l'onere di dimostrare, con ogni mezzo di prova ammesso dall'ordinamento, che la situazione eventualmente contestata dall'associato non integra la presunzione legale e che si è in presenza, invece, di un genuino rapporto di associazione in partecipazione. Qualora la prova venisse raggiunta la presunzione verrebbe meno e non si avrebbero riflessi ulteriori, diversamente, opererà la presunzione e, quindi, il contratto verrà convertito in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

La normativa al comma 29 ha previsto, per mitigare in parte l'impatto delle novità sulle aziende che ampiamente hanno attinto a tale istituto, un regime transitorio attraverso il quale i contratti in essere che, alla data di entrata in vigore della legge di riforma, siano stati certificati ai sensi degli artt. 75 e ss. Del D.lgs. n. 276 del 2003 potranno continuare ad essere gestiti secondo la precedente disciplina e saranno conseguentemente esclusi dall'applicazione della nuova disciplina fino alla loro cessazione. Oltre all'introduzione delle nuove restrizioni, sui contratti di associazione che sopravviveranno peserà anche il progressivo aumento dei contributi pensionistici previsto per la gestione separata Inps che, nel 2018, saranno pari al 33% per i soggetti non iscritti ad altre forme assicurative e al 24% per gli iscritti. Si ricorda che per il contratto di associazione in partecipazione, le predette aliquote, da calcolarsi entro il massimale contributivo e pensionabile sono ripartite nella percentuale del 55% a carico dell'associante e 45% a carico dell'associato.

A conclusione della disamina sopra esposta si rileva quindi che la riforma del mercato del lavoro si è posta il prioritario obiettivo di predisporre misure e interventi tesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico favorendo l'instaurazione di rapporti più stabili e considerando, quale forma comune e dominante del rapporto di lavoro, il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato¹¹⁴. Si riscontra quindi, come conseguenza immediata dell'intento ispiratore della riforma, un deciso potenziamento delle presunzioni, siano esse relative o assolute, di subordinazione e l'introduzione di un novero articolato di criteri che determinano la conversione automatica del rapporto da lavoro autonomo in lavoro subordinato¹¹⁵. E' in tale ottica che si devono evidentemente interpretare gli interventi legislativi riguardanti il lavoro a progetto, le partite Iva, l'associazione in partecipazione. Per il legislatore l'intervento sanzionatorio sembra essere il principale rimedio per assicurare l'attuazione dei diritti e delle tutele dei lavoratori non subordinati nel nuovo quadro regolatorio, come peraltro esplicitamente espresso nella prima prassi amministrativa (circolare n. 18 del 18 luglio 2012)¹¹⁶. Nella valutazione di un generale inasprimento del quadro sanzionatorio, a seguito del

¹¹⁴ Art. 1 legge 28 giugno 2012 n. 92.

¹¹⁵ BONALDA F., *La settimana fiscale*, n. 31/2012, pag. 41.

¹¹⁶ RAUSEI P., *Il diritto sanzionatorio nella legge Fornero - Le sanzioni della nuova riforma del Lavoro*, in DPL 33/2012.

succedersi delle nuove disposizioni normative, avranno inoltre prevedibilmente una notevole incidenza anche le modifiche inerenti l'aumento delle aliquote contributive per la gestione separata Inps, che contribuiranno a disincentivare l'uso degli istituti esaminati.

M.Mariani/M.Bonetti
Confindustria Bergamo
6.12.2012

Risposte a quesito

Quesito rivolto a Gabriele Fava e Daniele Colombo – Studio Legale Fava & Associati Lawyers
Milano, via Durini 2.

Si chiede una ricognizione degli indici che identificano, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità ed in riferimento anche ai contenuti della recente “riforma Fornero”, la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra due soggetti, indipendentemente dalla qualifica attribuita dalle parti.

Premessa

Un'attività lavorativa può esplicarsi in diverse forme (lavoro subordinato, autonomo, parasubordinato, collaborazioni a carattere continuativo o saltuario) ed i confini tra le stesse non sono sempre facili da definire. Nella previsione del codice civile del 1942, il diritto del lavoro subordinato rappresenta la tipologia contrattuale a cui, di regola, bisogna far riferimento. Sulla base di tale tipo di relazione è stata pensata e realizzata, nel codice civile e nelle leggi speciali, la disciplina relativa alla tutela del lavoratore che, in talune situazioni, si è cercato di evadere ricorrendo ai contratti di lavoro autonomo o parasubordinato. E', dunque, compito della giurisprudenza stabilire, qualora sorgano contestazioni in merito alla genuinità di un rapporto di lavoro, se il tipo contrattuale prescelto sia corretto o meno, facendo riferimento agli indici presuntivi sulla natura subordinata del rapporto stesso.

Ricognizione

Il codice civile considera subordinato un rapporto di lavoro qualora il lavoratore si obblighi a prestare la propria opera alle dipendenze e sotto la direzione del datore di lavoro, dietro corresponsione di una determinata retribuzione (art. 2094 c.c.). E' necessario, dunque, che sussistano alcuni elementi ben precisi quali lo svolgimento di una prestazione lavorativa manuale o intellettuale, la retribuzione e la subordinazione del lavoratore al datore di lavoro. Con particolare riferimento all'elemento retributivo, una sua eventuale mancanza può dar luogo ai rapporti di lavoro gratuito, mentre una totale assenza o contrarietà alla legge dello stesso, rendono invalido il rapporto di lavoro. Il requisito della subordinazione, invece, è inteso quale assoggettamento del prestatore di lavoro al potere direttivo, organizzativo e gerarchico del datore di lavoro che si esplica nell'emanazione di precisi ordini e nell'attività di vigilanza e controllo.

Nella pratica può risultare, in alcuni casi, difficile riconoscere il vincolo di subordinazione, in quanto l'eterodeterminazione, ossia la soggezione alle altrui decisioni e direttive, potrebbe manifestarsi in modo marcato anche nell'ambito di rapporti di lavoro aventi ad oggetto un'attività considerata in senso lato lavorativa. Tale situazione potrebbe verificarsi, ad esempio, in riferimento al contratto d'opera che consente un'ingerenza, seppur tecnica, del committente nell'esecuzione dell'opera stessa oppure in relazione al contratto d'appalto in cui l'ingerenza può arrivare fino alla nomina da parte del committente di un direttore dei lavori. D'altro canto, invece, può risultare assai complesso riconoscere il vincolo di subordinazione, che può assumere forme piuttosto attenuate (in tal senso, Cassazione 5 maggio 2004 n. 8569), come nel caso del lavoro intellettuale, dirigenziale e delle prestazioni estremamente elementari.

Ciò significa che la qualificazione autonoma o subordinata attribuita dalle parti, al momento della costituzione del rapporto e nell'esplicazione della propria autonomia privata, non costituisce di certo un ostacolo decisivo al successivo insorgere di controversie in merito all'esatta natura dello stesso rapporto di lavoro. In merito, la giurisprudenza di legittimità ha efficacemente osservato che il "*nomen juris*" non è di fondamentale importanza, in quanto deve esser valutato, sul piano dell'interpretazione della volontà delle parti, il comportamento complessivo tenuto dalle stesse, compreso quello successivo alla conclusione del contratto. In caso di contrasto tra i dati formali e quelli fattuali relativi alle caratteristiche e alle modalità della prestazione, è necessario far prevalere questi ultimi (in tal senso, Cassazione civile, sezione lavoro, del 20 marzo 2007, n. 6622).

E' evidente, quindi, che, per identificare nell'accordo tra le parti i caratteri dell'autonomia o, piuttosto, quelli della subordinazione, è necessaria una specifica indagine in merito agli elementi costitutivi ed attuativi dell'accordo stesso.

Tale verifica, però, non sempre è agevole in quanto, come più volte sottolineato dalla Suprema Corte, "*l'esatta identificazione del paradigma normativo proprio del rapporto di lavoro subordinato alla luce delle generiche indicazioni di legge si è rivelato nel tempo, con la profonda evoluzione della realtà economico-produttiva e sociale che ha caratterizzato la seconda metà del secolo scorso e i primi anni del 21^o, una operazione interpretativa di elevata problematicità*" (in tal senso, Cassazione civile, sezione lavoro, del 3 marzo 2009, n. 5079).

Conseguentemente, la difficile individuazione di una nozione generale ed onnicomprensiva di subordinazione ha indotto la giurisprudenza ad elaborare una serie di indici desunti dalla figura socialmente prevalente di lavoratore subordinato e dalla normale disciplina del relativo rapporto. Infatti, la giurisprudenza, trovandosi di fronte ad un rapporto di lavoro di incerta natura autonoma o subordinata, è tenuta ad effettuare un confronto i cui termini di paragone sono costituiti, da un lato, dalle peculiarità dello specifico rapporto e, dall'altro, da quelle del modello di lavoratore subordinato socialmente prevalente, ex art. 2094 c.c., le cui principali caratteristiche sono rappresentate dalla collaborazione e dal vincolo di dipendenza gerarchica. La prima consiste nell'inserimento del prestatore di lavoro nell'impresa in modo continuativo e sistematico, mentre la seconda peculiarità attiene all'esercizio di una costante vigilanza del datore di lavoro in merito allo svolgimento della prestazione lavorativa.

Sulla base di tale comparazione deve, quindi, esser qualificato lo specifico rapporto di lavoro, tenendo conto della sua maggiore o minore approssimazione al modello normativo come sopra descritto.

Tra i principali indici presuntivi della natura subordinata del rapporto di lavoro elaborati dalla giurisprudenza, al fine di dirimere le frequenti questioni circa la genuinità del rapporto stesso, assume fondamentale importanza l'esercizio da parte del datore di lavoro del potere disciplinare, direttivo e di controllo.

In merito, il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità e di merito ha sostenuto che, ai fini della distinzione tra lavoro subordinato ed autonomo, è di fondamentale importanza il requisito della subordinazione, intesa quale vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, che si concretizza nell'emanazione di ordini specifici e nell'esercizio di una costante attività di vigilanza e di controllo nell'esecuzione delle prestazioni lavorative.

E' stato quindi affermato che, qualora risulti difficile accertare il principale elemento della subordinazione, come sopra delineato, è possibile far riferimento ad indici qualificati come sussidiari, aventi funzione meramente indiziaria, che, indirettamente, accertano l'esistenza di un

rapporto di lavoro subordinato (in tal senso, *ex multis*, Cassazione civile, sezione lavoro, 25 marzo 2009, n. 7260; Tribunale Napoli, sezione lavoro, 6 luglio 2012, n. 20177 e 24 novembre 2011, n. 30771; Tribunale Milano, sezione lavoro, 16 gennaio 2012, n. 128; Corte d'Appello Firenze, sezione lavoro, 21 novembre 2011, n. 1190).

Tali elementi, come osservato dalla Suprema Corte, solitamente, possono essere riscontrati sia in relazione alle prestazioni lavorative dotate di maggiore professionalità e di contenuto intellettuale e creativo (quali ad esempio quelle del giornalista) sia in riferimento alle mansioni estremamente elementari e ripetitive: si tratta, in entrambi i casi, di attività che, proprio per la loro natura, non richiedono un costante potere gerarchico, direttivo e di controllo da parte del datore di lavoro (in tal senso, Cassazione civile, sezione lavoro, 5 maggio 2004, n. 8569; Cassazione civile, sezione lavoro, 27 novembre 2007, n. 24903).

Nello specifico, i criteri sussidiari sono:

- l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale, con conseguente assenza di un'organizzazione imprenditoriale in capo allo stesso e con relativo assoggettamento al potere gerarchico del datore di lavoro (in tal senso, Cassazione civile, sezione lavoro, 19 aprile 2010, n. 9251; Cassazione civile, sezione lavoro, 17 giugno 2009, n. 14054);
- lo svolgimento della prestazione lavorativa con materiali ed attrezzature del datore di lavoro. Tale criterio, in alcuni casi, ha determinato una presunzione di subordinazione unitamente allo svolgimento della prestazione lavorativa, a titolo oneroso, all'interno dei locali dell'impresa e con modalità tipiche proprie di un lavoratore subordinato (in tal senso, Cassazione civile, sezione lavoro, 6 settembre 2007, n. 18692);
- la mancanza di un rischio di impresa da parte del prestatore di lavoro;
- la predeterminazione ed il relativo pagamento a scadenze periodiche della retribuzione;
- l'osservanza di un orario di lavoro. In merito, è stato precisato che la predeterminazione di un rigido orario è indice pressoché certo della natura subordinata di un rapporto di lavoro solo se tale elemento è espressione dell'autonomia decisionale dell'imprenditore, considerato che la prestazione lavorativa, per sua natura, deve essere espletata in tempi non modificabili a cui anche il lavoratore autonomo è chiamato ad attenersi (in tal senso, Cassazione civile, sezione lavoro, 9 dicembre 2002, n. 17534);
- la collaborazione intesa come continuità e sistematicità della prestazione. Deve essere in ogni caso precisato che anche un lavoro saltuario può avere carattere subordinato per cui va riconosciuta l'indoneità del carattere saltuario delle prestazioni a consentire di per sé la loro qualificazione nel senso dell'autonomia. Ciò si evince dalla circostanza che un rapporto di lavoro subordinato non comprende tra i suoi elementi caratteristici la permanenza nel tempo dell'obbligo del lavoratore di tenersi a disposizione del datore di lavoro (in tal senso, Cassazione civile, sezione lavoro, 1 agosto 2008, n. 21031). E' stato altresì osservato che la natura subordinata di un rapporto di lavoro non viene esclusa neppure nel caso di discontinuità, saltuarietà ed occasionalità della prestazione lavorativa, se l'esecuzione prevede mansioni in cui assumono rilievo il coordinamento con i colleghi e l'assoggettamento alle direttive del datore di lavoro (in tal senso, Cassazione civile, sezione lavoro, 7 gennaio 2009, n. 58). Nello stesso senso è stato osservato che anche la qualifica di amministratore di una società commerciale non è di per sé incompatibile con la condizione di lavoratore subordinato, alle dipendenze della stessa società, se si verificano le seguenti condizioni: - chi intende far valere la natura subordinata del rapporto non riveste la carica di amministratore unico della società in cui opera; - lo stesso è in grado di provare, in modo certo, il requisito della subordinazione che, nel caso in esame, attiene all'effettivo assoggettamento dell'amministratore, nonostante la carica rivestita, al potere

direttivo, di controllo e disciplinare dell'organo di amministrazione della società nel suo complesso (in tal senso, Tribunale Genova, sentenza n. 1203/2009).

Questi sostanzialmente sono gli elementi sussidiari o accessori che, secondo la giurisprudenza di legittimità e di merito, devono considerarsi ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come autonomo o subordinato. Tali criteri devono esser valutati nell'ambito di un apprezzamento complessivo dell'intero rapporto, tenendo conto delle concrete modalità di esecuzione della prestazione o dello svolgimento intrinseco di essa (in tal senso, Cassazione civile, sezione lavoro, 16 giugno 2011, n. 13146; Cassazione civile, sezione lavoro, 7 settembre 2009, n. 19271).

Al contrario, sempre secondo la giurisprudenza di legittimità e di merito, non possono considerarsi significativi ulteriori indici tra cui:

- la circostanza che il lavoratore svolga autonomamente la propria prestazione. Ciò si spiega con il contenuto tecnico professionale della prestazione lavorativa richiesta per alcune figure professionali quali quella dell'avvocato, dell'ingegnere, ecc...;
- la flessibilità dell'orario di lavoro, in quanto un rapporto di lavoro potrebbe anche essere part-time, considerato che lo svolgimento effettivo della prestazione deve essere correlato al suo contenuto tecnico professionale;
- la non continuità della presenza fisica in azienda che, chiaramente, è strettamente connessa con la flessibilità dell'orario di lavoro;
- il *nomen juris*, ossia la denominazione attribuita dalle parti al rapporto di lavoro poiché, come osservato precedentemente, per qualificare un rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, è necessario ricercare la reale ed effettiva volontà delle parti. Tuttavia, nel caso in cui venga riscontrata la presenza di elementi compatibili sia con il rapporto di lavoro autonomo che con quello subordinato, in assenza di elementi tipici della subordinazione, non si può prescindere dalla qualificazione formale attribuita dalle parti al rapporto (in tal senso, Cassazione civile, sezione lavoro, 17 giugno 2009, n. 14054; Tribunale Catania 19 ottobre 2010, n. 4469).

Conclusionione

Alla luce delle precedenti considerazioni, si può chiaramente concludere che se un lavoratore intende contestare la qualificazione data dalle parti, in sede di stipulazione del contratto, l'unica strada percorribile è quella di adire il giudice del lavoro al fine di chiederne la riqualificazione.

A seguito di una riqualificazione del rapporto di lavoro, le principali conseguenze attengono alle differenze retributive, all'indennità per la cessazione del rapporto e alla regolarizzazione della posizione contributiva.

In merito al primo aspetto, i compensi percepiti dovranno essere riqualificati come "retribuzione" con conseguente diritto del lavoratore di percepire le eventuali differenze retributive, nell'ipotesi in cui il compenso di fatto percepito sia stato inferiore rispetto al minimo tabellare previsto dal CCNL di riferimento, per la relativa categoria e livello di inquadramento. E' altresì chiaro che il lavoratore non avrà diritto ad alcuna mensilità aggiuntiva se, a seguito di un confronto tra quanto in concreto è stato corrisposto nel suo complesso ed il trattamento minimo previsto dal CCNL, quest'ultimo risulti esser stato corrisposto per intero (in tal senso, Cassazione civile, sezione lavoro, 9 marzo 2011, n. 5552).

Per quanto riguarda il secondo aspetto, invece, in caso di riqualificazione del rapporto, il lavoratore, indipendentemente dalla causa di cessazione dello stesso, avrà diritto al TFR in merito al quale non trova applicazione il sopra menzionato principio dell'assorbimento. E'

inoltre previsto l'assoggettamento della comunicazione di recesso a tutti i requisiti formali e sostanziali previsti dalla legge, quale il diritto al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva, se il recesso è intervenuto per volontà del datore di lavoro, oppure, in caso di recesso illegittimo, il diritto alla tutela reale o obbligatoria.

Relativamente alla regolarizzazione della posizione contributiva, in caso di riqualificazione, il datore di lavoro sarà tenuto a versare all'INPS, a tale titolo, la contribuzione sociale nella misura dovuta per il lavoro subordinato, oltre al pagamento delle sanzioni per evasione contributiva, calcolate in riferimento all'ammontare dei contributi omessi (in tal senso, Cassazione, Sezioni Unite, 7 marzo 2005, n. 4808).

Gabriele Fava/Daniele Colombo
Fava & Associati Lawyers, Milano
14.12.2012

Quesito rivolto a "Studio Gheido", Alessandria, via A. Da Brescia 16.

Si richiede una ricognizione della normativa e della prassi in ordine alla possibilità di ricongiunzione e di totalizzazione dei contributi per gli iscritti alla Gestione Separata

Risposta:

Il sistema previdenziale è dotato di strumenti che consentono all'assicurato di integrare la contribuzione obbligatoria o di supplire alla sua mancanza migliorando la propria posizione assicurativa. Atti allo scopo sono la prosecuzione volontaria, la ricongiunzione, la totalizzazione, il riscatto. Con il termine "ricongiunzione" si indica la facoltà riconosciuta ad un lavoratore, anche autonomo o libero professionista, di cumulare e utilizzare periodi contributivi accumulati in gestioni previdenziali diverse al fine di acquisire i requisiti utili al riconoscimento del diritto alle prestazioni pensionistiche, o per incrementarne la relativa misura. In alternativa alla ricongiunzione opera la possibilità di acquisire un trattamento pensionistico in regime di "totalizzazione" che ha, però, numerosi vincoli che si contrappongono al vantaggio della gratuità proprio di questo tipo di intervento. La totalizzazione è, infatti, sempre gratuita, mentre la ricongiunzione è prevalentemente onerosa stante che la pensione viene calcolata secondo il criterio in essere nel Fondo presso cui la ricongiunzione viene chiesta, mentre con la totalizzazione ogni Fondo calcola la propria quota di prestazione secondo il criterio vigente in quel Fondo. Non tutti questi strumenti, però, valgono anche per gli iscritti alla Gestione separata del lavoro autonomo contraddistinta dalla totale applicazione del regime contributivo e da alcune regole particolari che ne consentono l'affiancamento ad altri regimi di previdenza obbligatoria.

La ricongiunzione

Una delle caratteristiche della ricongiunzione è che, al contrario della totalizzazione, non impone come regola generale l'adozione del metodo contributivo, consentendo pertanto di salvaguardare l'applicazione delle regole di calcolo vigenti durante i periodi in cui sono stati

versati i contributi. Alla ricongiunzione sono interessati tutti i periodi di contribuzione non più attivi maturati presso le gestioni previdenziali obbligatorie, ma fa eccezione la contribuzione versata alla Gestione Separata Inps. Non possono, infatti, essere ricongiunti i contributi versati alla Gestione Separata Inps il cui Regolamento di attuazione (D.M. n. 282/1996) non prevede alcun trasferimento, ad altri Fondi, dei montanti contributivi. L'articolo 3 del citato D.M. prevede che *"Gli iscritti alla gestione separata che possono far valere periodi contributivi presso l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, le forme esclusive e sostitutive della medesima, le gestioni pensionistiche dei lavoratori autonomi di cui alla L. n. 233 del 1990, hanno facoltà di chiedere nell'ambito della gestione separata il computo dei predetti contributi, al fine del diritto e della misura della pensione a carico della gestione stessa, alle condizioni previste per la facoltà di opzione di cui alla L. n. 335 del 1995, art. 1, comma 23"*. E' pertanto consentito portare nella Gestione separata i contributi versati in altre gestioni pensionistiche, ossia quelli versati nella gestione dei lavoratori dipendenti, (o nelle forme esclusive e sostitutive), o anche quelli versati nelle gestioni dei lavoratori autonomi, ai fini del diritto e della misura della pensione a carico della medesima Gestione separata.

Si è detto che la ricongiunzione è, di regola, onerosa, fatta eccezione (fino al 30 giugno 2010) per il caso di ricongiunzione nel Fondo pensioni lavoratori dipendenti Inps dei periodi contributivi maturati in ordinamenti pensionistici alternativi. In tal caso, infatti, la ricongiunzione avveniva senza oneri per il richiedente. Dal 1° luglio, per effetto della legge 122/2010, anche la ricongiunzione presso il Fpld è richiesta a titolo oneroso e l'entità dell'onere è tanto maggiore quanto più l'assicurato è vicino alla pensione. La ricongiunzione, al contrario della totalizzazione, non impone l'adozione del metodo contributivo, e quindi consente di salvaguardare l'applicazione delle regole di calcolo vigenti durante i periodi in cui sono stati versati i contributi. Dal 1° luglio 2010, per effetto della legge 122/2010, questa forma di ricongiunzione presso il Fpld, può essere richiesta solo a titolo oneroso ed il relativo onere, che tiene conto dell'età del richiedente, anzianità contributiva, sesso, importo della pensione che spetterebbe senza la ricongiunzione, è molto alto, potendo arrivare a diverse decine di migliaia di euro. L'unica agevolazione prevista dalla legge è che il richiedente può pagare in unica soluzione, entro 60 giorni dalla richiesta, oppure può chiedere la rateizzazione (in alcuni casi può chiedere di pagare con trattenuta sulla pensione).

Anche se l'istituto non è, al momento, fruibile dagli iscritti alla Gestione Separata appare utile evidenziare che la materia è disciplinata dall'articolo 2 della legge n.29/1979, in base al quale il lavoratore che possa far valere periodi di iscrizione nell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, ovvero in forme obbligatorie di previdenza sostitutive dell'assicurazione generale obbligatoria predetta o che abbiano dato luogo all'esclusione o all'esonero da detta assicurazione, ovvero nelle gestioni speciali per i lavoratori autonomi gestite dall'INPS, può chiedere in qualsiasi momento, ai fini del diritto e della misura di un'unica pensione, la ricongiunzione presso la gestione in cui risulti iscritto all'atto della domanda, ovvero presso una gestione nella quale possa far valere almeno otto anni di contribuzione versata in costanza di effettiva attività lavorativa, di tutti i periodi di contribuzione obbligatoria, volontaria e figurativa dei quali sia titolare. La gestione o le gestioni interessate trasferiscono a quella in cui opera la ricongiunzione l'ammontare dei contributi di loro pertinenza maggiorati dell'interesse composto al tasso annuo del 4,50 per cento. La gestione assicurativa presso la quale si effettua la ricongiunzione delle posizioni assicurative pone a carico del richiedente il cinquanta per cento della somma risultante dalla differenza tra la riserva

matematica, determinata in base ai criteri e alle apposite tabelle, necessaria per la copertura assicurativa relativa al periodo utile considerato, e le somme versate dalla gestione o dalle gestioni assicurative a norma del comma precedente. Il pagamento della somma di cui al comma precedente, può essere effettuato, su domanda, in un numero di rate mensili non superiore alla metà delle mensilità corrispondenti ai periodi ricongiunti, con la maggiorazione di interesse annuo composto pari al 4,50 per cento. Il debito residuo al momento della decorrenza della pensione potrà essere recuperato ratealmente sulla pensione stessa, fino al raggiungimento del numero di rate indicato nel comma precedente. È comunque fatto salvo, il trattamento previsto per la pensione minima erogata dall'INPS.

Il cumulo dei periodi contributivi

Gli iscritti alla gestione separata possono però chiedere, ai fini del diritto e della misura della pensione, il computo di periodi contributivi maturati presso altre Gestioni dell'INPS (art. 3 del D.M. n. 282/1996), alle condizioni previste per la facoltà di opzione di cui all'articolo 1, comma 23, della legge n. 335/95, ovvero in presenza di 15 anni di contribuzione di cui almeno 5 versati con il sistema contributivo (dal 1° gennaio 1996).

Non è invece possibile chiedere a carico delle altre Gestioni dell'INPS il riconoscimento dei periodi maturati nell'ambito della Gestione separata.

La totalizzazione

L'articolo 1 del D.lgs.n.42/2000 consente agli iscritti a due o più forme di assicurazione obbligatoria o alle forme sostitutive, esclusive ed esonerative della medesima, nonché alle forme pensionistiche obbligatorie (comprese le casse di categoria professionali), che non siano già titolari di trattamento pensionistico autonomo presso una di dette gestioni di cumulare i periodi assicurativi non coincidenti al fine del conseguimento di un'unica pensione. Il comma 19 dell'articolo 24 del D.L.201/2011 ha soppresso qualsiasi requisito temporale minimo per i periodi contributivi, inizialmente fissato in sei anni e successivamente ridotto a tre. La ricongiunzione dei periodi può, ora, essere chiesta indipendentemente dalla brevità degli stessi. Espressamente il richiamato articolo 1, ultimo periodo stabilisce che: "*Tra le forme assicurative obbligatorie di cui al periodo precedente sono altresì ricomprese la gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n.335*". La richiesta di totalizzazione deve riguardare tutti i periodi assicurativi di cui dispone l'assicurato, e la facoltà può essere esercitata a condizione che:

a) il soggetto interessato abbia compiuto il sessantacinquesimo anno di età e possa far valere un'anzianità contributiva almeno pari a venti anni ovvero, indipendentemente dall'età anagrafica, abbia accumulato un'anzianità contributiva non inferiore a quaranta anni;

b) sussistano gli ulteriori requisiti, diversi da quelli di età ed anzianità contributiva, previsti dai

Ovviamente, se è stata esercitata la facoltà di chiedere la restituzione dei contributi versati, non potrà essere richiesta la totalizzazione dei periodi contributivi.

La facoltà di totalizzazione può essere esercitata anche per la liquidazione dei trattamenti pensionistici per inabilità assoluta e permanente e ai superstiti di assicurato quantunque quest'ultimo sia deceduto prima di aver acquisito il diritto a pensione.

Possono, pertanto, esercitare la facoltà di totalizzare i periodi assicurativi, per ottenere un'unica pensione, i lavoratori iscritti:

- a due o più forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti;

- alle forme sostitutive, esclusive ed esonerative dell'assicurazione generale obbligatoria;
- alle forme pensionistiche obbligatorie gestite dagli Enti previdenziali privatizzati di cui al decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509;
- agli appositi albi o elenchi, gestiti dagli Enti previdenziali privati costituiti ai sensi del decreto legislativo 10 febbraio 1996, n. 103;
- *alla gestione separata* dei lavoratori parasubordinati, introdotta dall'articolo 2, comma 26, della Legge 8 agosto 1995, n. 335;
- al fondo di previdenza per il clero secolare e per i ministri di culto delle confessioni religiose diverse dalla cattolica.

La totalizzazione può essere chiesta anche in caso di contribuzione alla sola Inps, in presenza per esempio di contribuzione da lavoro dipendente e/o da lavoro autonomo con versamento nella gestione separata.

Dal sito Inps:

Il diritto alla pensione di vecchiaia in regime di totalizzazione si perfeziona:

- *raggiungimento dei 65 anni di età, sia per gli uomini sia per le donne;*
- *anzianità contributiva complessiva di almeno 20 anni (1040 contributi settimanali);*
- *sussistenza degli ulteriori requisiti, diversi da quelli di età ed anzianità contributiva, eventualmente previsti dai singoli ordinamenti per l'accesso alla pensione di vecchiaia (cessazione del rapporto di lavoro, ecc.).*

L'anzianità contributiva deve essere accertata sommando le settimane accreditate per periodi non coincidenti possedute in due o più forme assicurative di iscrizione.

I requisiti anagrafico (65 anni) e contributivo (20 anni) previsti per il riconoscimento del trattamento pensionistico di vecchiaia in regime di totalizzazione prescindono da eventuali diversi requisiti di età e di anzianità contributiva prescritti dagli ordinamenti di tutte le gestioni interessate per il diritto alla pensione di vecchiaia.

Il diritto alla pensione di anzianità in regime di totalizzazione si perfeziona:

- *con un'anzianità contributiva di almeno 40 anni di contributi (2080 contributi settimanali) sommando i periodi non coincidenti versati nelle diverse gestioni;*
- *se sussistono gli ulteriori requisiti, diversi da quelli di età ed anzianità contributiva, eventualmente previsti dai singoli ordinamenti per l'accesso alla pensione di vecchiaia (cessazione del rapporto di lavoro, ecc.).*

Il requisito contributivo (40 anni) deve essere raggiunto escludendo i contributi figurativi accreditati per disoccupazione e per malattia.

Il lavoratore può totalizzare i contributi per la pensione di inabilità se:

- *si trova nell'assoluta e permanente impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa;*
- *matura i requisiti di assicurazione e di contribuzione richiesti nel fondo pensionistico in cui è iscritto al momento in cui si verifica lo stato di inabilità.*

Per la pensione di inabilità non è richiesto il possesso del requisito minimo contributivo dei tre anni in ogni gestione previdenziale.

Se il titolare di assegno ordinario di invalidità viene riconosciuto inabile, può richiedere la pensione di inabilità in totalizzazione

La totalizzazione resta invece preclusa, in caso di trasformazione dell' A.O.I. in pensione di vecchiaia.

Il familiare superstite, avente diritto, può chiedere la pensione in regime di totalizzazione per i contributi versati dal daute causa, ancorché deceduto prima di aver acquisito il diritto a pensione, se:

- *il decesso è avvenuto in data successiva al 2 marzo 2006;*

matura i requisiti di assicurazione e di contribuzione richiesti nella forma pensionistica in cui era iscritto il deceduto al momento del decesso.

Con messaggio del 12 ottobre 2012, n. 16583 l'Inps ha chiarito che qualora il richiedente abbia già raggiunto, in una gestione a carico di enti previdenziali pubblici, i requisiti minimi per il conseguimento del diritto ad una autonoma pensione, il relativo "pro quota" va calcolato con il sistema di computo previsto dall'ordinamento della predetta gestione. Secondo l'Istituto va, infatti, considerato che, dettando l'art.4 comma 2 del Dlgs n. 42/2006 la regola generale ai fini della determinazione della misura del trattamento a carico degli enti previdenziali pubblici attraverso il richiamo alla disciplina introdotta dal D.lgs 30 aprile 1997 n. 180, la disposizione contenuta nella direttiva ministeriale è posta a tutela dell'assicurato e può trovare effettiva applicazione, a fronte di domanda di liquidazione in totalizzazione col sistema contributivo, solo ove realizzi in concreto quella funzione. "Pertanto, in presenza di una specifica domanda da parte degli interessati, opportunamente informati di tale possibilità, le Sedi in indirizzo avranno cura di liquidare con il sistema di calcolo contributivo, ove più favorevole, le pensioni in totalizzazione, anche nei casi in cui sia stato raggiunto il diritto ad un'autonoma pensione in una gestione ed il sistema di calcolo del pro-quota secondo le regole della gestione sarebbe stato retributivo o misto". La totalizzazione dei periodi assicurativi avviene su domanda del lavoratore o del suo avente causa, presentata all'ente gestore della forma assicurativa a cui da ultimo il medesimo è, ovvero è stato, iscritto. E' questo l'ente che promuove il procedimento, le gestioni interessate determinano il trattamento *pro quota* in rapporto ai rispettivi periodi di

iscrizione maturati, ciascuna per la parte di propria competenza. L'onere dei trattamenti è, pertanto, a carico delle singole gestioni anche se il pagamento degli importi liquidati dalle singole gestioni è effettuato dall'INPS, che stipula con gli enti interessati apposite convenzioni. Peraltro, è opportuno qui segnalare che, a seguito della riforma del sistema pensionistico, per i lavoratori autonomi la cui pensione è liquidata a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, nonché della gestione separata in argomento, il requisito anagrafico è determinato in 66 anni. Il diritto alla pensione di vecchiaia è conseguito in presenza di un'anzianità contributiva minima pari a 20 anni, a condizione che l'importo della pensione risulti essere non inferiore, per i lavoratori con riferimento ai quali il primo accredito contributivo decorre successivamente al 1° gennaio 1996, a 1,5 volte l'importo dell'assegno sociale di cui all'articolo 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335. Si prescinde dal predetto requisito di importo minimo se in possesso di un'età anagrafica pari a settanta anni, ferma restando un'anzianità contributiva minima effettiva di cinque anni. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 2 del decreto-legge 28 settembre 2001, n. 355, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 novembre 2001, n. 417, all'articolo 1, comma 23 della legge 8 agosto 1995, n. 335, le parole ", ivi comprese quelle relative ai requisiti di accesso alla prestazione di cui al comma 19," sono soppresse.

La prosecuzione volontaria

Con la prosecuzione volontaria gli assicurati, che perdono il diritto all'iscrizione obbligatoria ad una forma previdenziale pubblica, possono continuare i versamenti al fine di raggiungere i requisiti per un trattamento pensionistico o per migliorarne la misura. L'articolo 5 del D.M. 2/5/2996 n. 282, emanato ai sensi dell'art. 2, comma 32, della legge n. 335/1995) circoscrive la possibilità di proseguire volontariamente l'assicurazione presso altre forme di previdenza obbligatoria e contemporaneamente versare la contribuzione dovuta alla gestione separata, soltanto ai soggetti già autorizzati alla prosecuzione volontaria prima dell'insorgenza dell'obbligo assicurativo presso la gestione separata.

La possibilità di proseguire volontariamente l'assicurazione presso altre forme di previdenza obbligatoria e contemporaneamente versare la contribuzione dovuta alla gestione separata è stata caldeggiata anche dal Consiglio di indirizzo e vigilanza dell'Inps, con un ordine del giorno trasmesso al Ministero del Lavoro nel maggio 2003, e nonostante la legge delega sulla riforma delle pensioni (Legge 23 agosto 2004, n. 243) avesse previsto (all'art. 1, c. 2, lettera t) un decreto attuativo che garantisse la prosecuzione volontaria per gli iscritti alla gestione separata dei parasubordinati presso altre forme di previdenza obbligatoria, il decreto legislativo non è mai stato emanato. Torna ad occuparsene il pacchetto "semplificazioni" tra le misure in materia di lavoro e previdenza prevedendo la possibilità di chiedere la prosecuzione volontaria in una delle forme di previdenza obbligatoria pur in costanza di iscrizione alla gestione separata. Stante l'approssimarsi del termine della legislatura non è affatto sicuro che il provvedimento trovi attuazione.

Come nelle altre gestioni, la prosecuzione volontaria può essere chiesta dagli iscritti alla gestione separata che, per un qualsivoglia motivo cessino l'attività che ha dato titolo all'obbligo contributivo.

Le modalità di prosecuzione volontaria sono disciplinate dall'art. 2 del Dm n. 282 del 2 maggio 1996 e dal Dlgs n. 184/1997, che prevedono che l'autorizzazione ai versamenti volontari può essere richiesta dai lavoratori che sono stati iscritti alla gestione separata in qualità di collaboratori (coordinati e continuativi, a progetto), associati in partecipazione e lavoratori autonomi, nonché dai lavoratori autonomi se:

- hanno cessato l'attività lavorativa;
- non versano contributi nella gestione separata.

Per ottenere l'autorizzazione alla prosecuzione volontaria il richiedente deve far valere:

- almeno un anno di contribuzione effettiva nel quinquennio antecedente la data di presentazione della domanda (Inps, circ. n. 112 del 25 maggio 1996);
- in alternativa, a partire dall'1.1.2001 (art. 60, comma 10, della legge n. 388/2000), cinque anni complessivi di contribuzione (Inps, circ. n. 96 del 3 giugno 2003).

Il requisito contributivo deve essere perfezionato sulla base della sola contribuzione versata nella Gestione separata (Inps, circ. n. 96 del 3 giugno 2003).

Il lavoratore può, attualmente, ottenere l'autorizzazione alla prosecuzione volontaria, in altra gestione previdenziale (obbligatoria o autonoma), solo con decorrenza anteriore all'obbligo di iscrizione alla gestione separata. L'autorizzazione ai versamenti volontari decorre:

- dal mese di presentazione della domanda, se risultano perfezionati tutti i requisiti di assicurazione e di contribuzione ed è cessata l'attività lavorativa;
- dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda ovvero alla cessazione dell'attività lavorativa, se la richiesta di autorizzazione è stata presentata prima della cessazione dell'attività lavorativa nella gestione separata.

La contribuzione obbligatoria versata nella gestione separata per attività lavorativa cessata nel corso dell'anno in cui è stata presentata la domanda di autorizzazione alla prosecuzione volontaria deve essere attribuita al solo periodo di iscrizione anche se l'importo versato sarebbe sufficiente a coprire l'intero anno perché superiore al minimale annuo di contribuzione previsto nella gestione commercianti (Inps, circ. n. 96 del 3 giugno 2003).

È possibile, inoltre, versare i contributi volontari per il semestre antecedente la data di decorrenza dell'autorizzazione se non risulta versata contribuzione obbligatoria ovvero accreditata contribuzione figurativa.

L'autorizzazione ai versamenti volontari, se concessa, non è soggetta a decadenza ed è valida fino al momento del pensionamento.

I versamenti volontari effettuati nella gestione separata possono essere sospesi e ripresi, successivamente, senza l'obbligo di presentare nuova domanda anche nel caso in cui il lavoratore vuole ricominciare ad effettuare i versamenti volontari dopo aver iniziato una nuova attività in qualità di collaboratore o lavoratore autonomo, nuovamente interrotta.

I versamenti devono essere sospesi durante i periodi di attività lavorativa svolti con l'obbligo di iscrizione ad altre forme di previdenza obbligatorie e non sono ammessi per periodi successivi alla liquidazione di pensione diretta a carico dell'assicurazione generale obbligatoria dei lavoratori dipendenti, a carico di una delle forme di previdenza sostitutive, esonerative ed esclusive della stessa ovvero delle gestioni speciali dei lavoratori autonomi.

L'importo dovuto è calcolato applicando, all'importo medio dei compensi percepiti nell'anno di contribuzione precedente la domanda, l'aliquota di finanziamento prevista per i lavoratori tenuti al versamento obbligatorio e non iscritti ad altra forma di previdenza (per il 2012 il 27%) . L'importo del contributo minimo mensile è determinato applicando l'aliquota di finanziamento al minimale di reddito vigente nella Gestione speciale commercianti per l'anno di riferimento.

L'importo del contributo è mensile ma il versamento è trimestrale deve essere effettuato alle normali scadenze previste per la generalità dei lavoratori dipendenti e autonomi (entro il 31 marzo, 30 giugno, 30 settembre e 31 dicembre di ogni anno). I versamenti effettuati in ritardo oltre i previsti termini di scadenza sono nulli e rimborsabili, mentre quelli versati in misura

inferiore rispetto al dovuto comportano una riduzione dell'anzianità contributiva utile ai fini del calcolo della pensione.

Il riscatto

I titolari di redditi di collaborazione coordinata e continuativa possono riscattare i periodi antecedenti l'entrata in vigore dell'obbligo contributivo, a condizione che tali periodi siano documentati da atti certi.

Lo prevede l'articolo 51 della legge n. 488/1999, con oneri a carico dell'interessato che può far valere fino ad un massimo di cinque annualità. L'aliquota di riferimento per il riscatto dei periodi pregressi è quella in vigore al momento della domanda. Se dall'atto risulta lo svolgimento dell'attività e non la durata, l'anzianità contributiva è convenzionalmente attribuita per l'intero anno quando i compensi percepiti sono pari o superiori al reddito minimo stabilito per gli iscritti alla Gestione dei commercianti. L'INPS ha regolato la materia con la circolare n. 117/2002.

E' possibile anche riscattare i corsi universitari di laurea, ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 30 aprile 1997 n. 184, applicando le aliquote contributive di finanziamento vigenti alla data di presentazione della domanda. Possono essere riscattati:

- il diploma universitario;
- il diploma di laurea;
- il diploma di specializzazione post-laurea;
- il dottorato di ricerca.

Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale assunto, di concerto con i Ministri del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e delle finanze, il 2 ottobre 2001 (in G.U. n. 297 del 22 dicembre 2001) è stata stabilita la disciplina della facoltà di riscatto, coerentemente con il decreto legislativo 16 settembre 1996, n. 564.

La possibilità di riscatto dei periodi di laurea è stata ampliata e facilitata dalla legge n. 247/2007 che consente di riscattare tali periodi in dieci anni e di farlo anche precedentemente l'inizio dell'attività lavorativa. In tal caso, l'onere di riscatto è dato dal versamento di un contributo, per ogni anno da riscattare, pari all'importo che si ricava applicando, all'imponibile minimo della gestione previdenziale dei commercianti, l'aliquota di computo del Fondo pensioni lavoratori dipendenti. Si vedano a tal proposito la circolare INPS n. 29/2008 ed il messaggio n. 7425/2008. In particolare, l'art. 1, comma 77, della legge n. 247/2007 ha introdotto i commi 4bis, 5bis e 5ter all'art. 2 del decreto legislativo n. 184/1997 relativo al riscatto dei corsi universitari di studio.

Il nuovo comma 4bis stabilisce che gli oneri da riscatto per periodi in relazione ai quali trova applicazione il sistema retributivo ovvero contributivo possono essere versati ai regimi previdenziali di appartenenza in unica soluzione ovvero in 120 rate mensili senza l'applicazione di interessi per la rateizzazione.

Ai sensi del comma 5bis, la facoltà di riscatto di cui all'art. 2, comma 5, del decreto legislativo n. 184/1997 può essere esercitata anche dai soggetti non iscritti ad alcuna forma obbligatoria di previdenza che non abbiano iniziato l'attività lavorativa.

La disposizione in esame si riferisce a coloro che, al momento della domanda, non risultino essere stati mai iscritti ad alcuna forma obbligatoria di previdenza, inclusa la Gestione Separata di cui all'art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995 n. 335.

Ne consegue che in tutti i casi di pregressa iscrizione ed anche se, all'atto della presentazione della domanda, l'interessato risulti "non iscritto" ad alcuna gestione previdenziale, troveranno invece applicazione le disposizioni di carattere generale che disciplinano la materia.

Peraltro, l'inoccupato che abbia riscattato solo in parte il periodo di studi avvalendosi della nuova norma e che, successivamente, si sia occupato ed abbia pertanto contribuzione obbligatoria in posizione assicurativa, potrà riscattare il rimanente periodo con le regole generali, valide per gli iscritti.

Maria Rosa Gheido
 Studio Gheido
 Alessandria 4.12.2012

Quesito rivolto a "Studio Caffi, Maroncelli e Associati", Bergamo, via G.Verdi 4.

Si richiede una valutazione sulla possibilità e sull'opportunità di inserire nei contratti di lavoro autonomo e/o parasubordinato delle clausole penali ex art.1382 e ss. c.c.

Risposta:

Il presente contributo si pone il fine di (tentare di) fornire alcune considerazioni generali inerenti le clausole penali che potrebbero essere inserite all'interno di contratti di lavoro autonomo e/o parasubordinato.

La presente informativa non può non prendere in considerazione, innanzitutto, gli aspetti giuridici generali inerenti la disciplina della "clausola penale".

Attesa la complessità della materia e la difficoltà di fornire precise indicazioni che possano adattarsi agli eterogenei casi che nella realtà possono presentarsi, il presente contributo esaminerà, in via sintetica, solo alcuni dei molteplici aspetti inerenti le clausole penali e il loro inserimento nei contratti di lavoro autonomo (artigiani, commercianti, ecc.) e/o parasubordinato (inerenti le collaborazioni coordinate e continuative, il lavoro a progetto e, in taluni casi, anche il contratto di agenzia).

Non verranno invece affrontati gli aspetti relativi ai rapporti tra la clausola penale e i patti modificativi della responsabilità civile (art. 1229 cod. civ.).

1. Sulla clausola penale (cenni generali).

E' opportuno, a parere di chi scrive, prima di introdurre la definizione di clausola penale e prima di esplicitare quali siano le funzioni e le cause tipiche di questa clausola, effettuare un breve cenno alle ragioni sottese all'introduzione, nel nostro ordinamento, della clausola penale. Tale breve sguardo sull'evoluzione storica della penale consente di comprendere meglio la funzione, la struttura e la disciplina attuale della citata clausola.

Il “*filio unificante*”¹¹⁷ che, nella sua evoluzione storica, lega tale istituto può essere individuato nella necessità, sempre presente, di dare effettività alle norme e ai rapporti giuridici ponendo delle sanzioni che, reagendo ad inadempimenti, tendono a ristabilire l’equilibrio violato oltre a porre un argine a taluni comportamenti. In altre parole la clausola penale, affidata alla volontà dei privati, assume, nei termini sopra indicati, una rilevanza notevole in ragione del fatto che le parti stesse possono, nell’ambito di un rapporto contrattuale, proteggere i propri interessi prevedendo, in caso di comportamenti antiggiuridici, determinate sanzioni che saranno certamente più stringenti rispetto a quelle previste dallo Stato in quanto meglio adattate al caso singolo e concreto.

Con la previsione di una clausola penale i contraenti disciplinano infatti gli effetti dell’inadempimento in modo diverso da quello stabilito dalla legge, concordando una preventiva e convenzionale liquidazione del danno¹¹⁸.

Questa è la ragione principale per la quale la clausola penale è stata utilizzata come tecnica sanzionatoria per l’adempimento di obbligazioni contrattuali sin da epoche precedenti il diritto romano¹¹⁹.

Con tale clausola infatti la reazione ad eventuali inadempimenti (reazione che viene tipicamente ed usualmente affidata allo Stato) viene “consegnata” ai privati che possono modularla sulla base dei propri e specifici interessi.

A tal proposito è possibile sostenere (nonostante quanto si dirà nel seguito della presente breve trattazione) che la clausola penale è una specifica pattuizione contrattuale collegata ed accessoria rispetto ad una o più obbligazioni principali¹²⁰.

¹¹⁷ Con espressione utilizzata da Massimiliano De Luca “*Il Diritto Privato Oggi*” serie a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editore.

¹¹⁸ Cfr. Cass. 26 giugno 2002 n 9295.

¹¹⁹ Il riferimento, diffuso presso i romani, va alla c.d. *stipulatio poenae* che assumeva l’aspetto di una pattuizione condizionata all’inadempimento di un’obbligazione. Attualmente le clausole penali sono prevalentemente diffuse nei paesi di civil law (Francia, Spagna e Germania) mentre nei paesi di common law non sono tendenzialmente consentite (le penali vengono definite “*penalties*”) risultando invece in tali paesi accettate le liquidazioni anticipate dei danni (le c.d. “*liquidated damages*” o LADs clause). Per mera completezza espositiva si segnala che le clausole penali sono disciplinate dai principi Unidroit dai PECL e dal Codice Europeo dei Contratti. Per un approfondimento in tema di clausola penale nel diritto comparato, Santaroni, “*Spunti comparatistica in tema di clausola penale*”, in “*Studi in onore di Rodolfo Sacco*”, Torino, 1994, p. 1059 e ss.. Da ultimo si precisa che la giurisprudenza italiana ha escluso la riconducibilità della clausola penale di cui all’art. 1382 cod. civ. all’istituto dei c.d. *punitive damages*, di diffusione prevalentemente americana, connotati da una tipica finalità sanzionatoria e punitiva e nulli ai sensi del diritto italiano (cfr. Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183: “*La clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant’è che se l’ammontare fissato nella clausola penale venga a configurare, secondo l’apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell’autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta. Pertanto, deve escludersi che la clausola penale prevista dall’art. 1382 c.c. possa essere ricondotta all’istituto proprio del diritto nord-americano dei punitive damages avente una finalità sanzionatoria e punitiva che è incompatibile con un sindacato del giudice sulla sproporzione tra l’importo liquidato e il danno effettivamente subito*”).

¹²⁰ Cfr. Cassazione civile, sez. III, 26/09/2005, n. 18779: “*Stante la natura accessoria della clausola penale rispetto al contratto che la prevede, l’obbligo che da essa deriva non può sussistere autonomamente rispetto all’obbligazione principale; ne consegue che, se il debitore è liberato*

Con la clausola penale le parti convengono infatti che in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento il debitore sarà tenuto ad una certa prestazione, di norma consistente nella dazione di una somma di denaro¹²¹. Essa svolge la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di stabilire, in via preventiva, la prestazione dovuta per il caso di inadempimento o ritardo, con l'effetto di determinare e limitare a tale prestazione (sempreché non sia stata pattuita la risarcibilità del danno ulteriore) la misura del risarcimento dovuto, indipendentemente dalla prova della concreta esistenza del danno effettivamente sofferto¹²².

2. Sulla disciplina codicistica.

La disciplina della clausola penale trova la propria regolamentazione negli articoli 1382 e seguenti del Codice Civile.

L'art. 1382 al suo primo comma dispone infatti che la clausola penale è un accordo tra le parti per il quale il contraente inadempiente ovvero in ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale è tenuto ad una determinata prestazione nei confronti dell'altro¹²³.

La penale produce inoltre un "effetto tipico"¹²⁴ secondo il quale la stessa è dovuta indipendentemente dalla prova del danno (cfr. art. 1382 secondo comma cod. civ.) ed un "effetto naturale"¹²⁵ di "limitare il risarcimento alla prestazione promessa" (cfr. art. 1382 primo comma cod. civ.), qualora non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore¹²⁶.

E' possibile sostenere che la clausola penale configura una liquidazione preventiva del danno derivante dall'inadempimento, liquidazione concordata preventivamente al fine di esonerare il creditore dalla prova della sussistenza e dell'ammontare del danno.

Ciò detto è necessario effettuare le seguenti precisazioni.

Molto si è discusso e si discute nella letteratura giuridica italiana sulla funzione della clausola penale.

Senza entrare in modo dettagliato nel merito delle diverse ricostruzioni teoriche esistenti sulla clausola penale è possibile individuare, in buona sostanza, due filoni principali all'interno dei quali si manifestano differenti e diversificate sfumature: il primo¹²⁷, che pare essere il prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, attribuisce all'istituto la funzione principale di agevolare la

dall'obbligo di adempimento della prestazione per prescrizione del diritto del creditore a riceverla, quest'ultimo perde anche il diritto alla prestazione risarcitoria prevista in caso di mancato adempimento del predetto obbligo".

¹²¹ Cfr. Gazzoni, "Manuale di diritto privato", 2000, pag. 631 e ss.; Venezia, "Gli strumenti contrattuali per le reti di vendita", 2004, pag. 279 e ss..

¹²² Cfr. Cass. 6 novembre 1998, n. 11204.

¹²³ Cfr. art. 1382 cod. civ.:

"[I] La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento [1218], uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore [1223].

[II]. La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno."

¹²⁴ Cfr. Sacco De Nova, *Il Contratto*, Torino, 1993, 160.

¹²⁵ Cfr. quanto già indicato nella nota che precede.

¹²⁶ *Intendendosi per ulteriore quel danno effettivamente prodottosi ed accertato e il cui ammontare ecceda i limiti dell'importo dedotto nella clausola.*

¹²⁷ Cfr. C.M. Bianca, *Diritto Civile, vol V. La Responsabilità*, Milano, 1994, p. 221 e ss.; F. Galgano, *Della clausola penale e della caparra*, in F. Galgano - G. Visintini.

liquidazione del danno (svolgendo dunque una funzione eminentemente risarcitoria¹²⁸ - che rappresenta peraltro l'unica funzione ammessa nei paesi di *common law*). In questa prima ipotesi il creditore è sollevato dall'onere di provare il danno con tutte le inevitabili conseguenze (e vantaggi) in tema di riduzione dei tempi di individuazione dell'ammontare del danno stesso. Secondo taluni tuttavia tale ricostruzione sarebbe criticabile poiché nella clausola penale coesisterebbero due funzioni, quella risarcitoria e quella sanzionatoria. Coloro che sostengono tale tesi¹²⁹ traggono elementi di fondamento alla stessa dalla circostanza che l'art. 1384 secondo comma cod. civ. esonera il creditore dalla prova del danno nonché dal fatto che l'articolo testè citato prevede altresì la possibilità di riduzione - *ad equitatem* - dell'ammontare della clausola.

Il secondo filone ritiene invece che lo schema tipico della clausola penale sia caratterizzato essenzialmente dalla funzione punitiva (con conseguente tipizzazione, secondo alcuni, di una "*clausola penale pura*" e di una "*clausola penale non pura*").

Non mancano infine ulteriori orientamenti tra i quali si annoverano coloro che intravedono nella clausola penale una pluralità di funzioni¹³⁰.

Non pare essere questa la sede per effettuare, sul punto, ulteriori approfondimenti restando sufficiente, a parere di chi scrive, segnalare l'esistenza di differenti scuole di pensiero in merito alle funzioni svolte dalla clausola penale.

3. Sul carattere autonomo della clausola penale.

Un secondo punto che è stato oggetto di discussione riguarda il carattere autonomo o meno della clausola penale.

In base all'opinione tradizionale la clausola penale avrebbe carattere accessorio (all'obbligazione principale) e potrebbe conseguentemente riferirsi esclusivamente ad obbligazioni di carattere contrattuale. Da ciò consegue l'impossibilità di prevedere penali in materia di fatti illeciti e obbligazioni naturali. Tale opinione è prevalente anche in giurisprudenza: secondo la Suprema Corte infatti la clausola penale ha carattere accessorio all'obbligazione principale¹³¹.

E' tuttavia necessario precisare che la conclusione testè esposta non gode del favore della dottrina¹³² che, viceversa, afferma il carattere autonomo della clausola penale con conseguente possibilità di prevedere penali anche in materia di fatti illeciti e così via.

La distinzione tra carattere autonomo oppure accessorio della clausola penale non è meramente teorico, ma presenta una rilevanza pratica importante, ad esempio, dal punto di vista della forma che deve presentare la clausola, dal punto di vista dei mezzi di sua prova, ma anche considerando la disciplina della prescrizione. Al solo fine di esplicitare meglio tale ragionamento si consideri, ad esempio, che se la clausola penale venisse qualificata quale elemento accessorio di una obbligazione principale la stessa sarebbe inapplicabile al di fuori dell'ambito contrattuale; ove, invece, si ritenga possibile prevedere penali anche in materia di fatti illeciti sarebbe preferibile ammettere la natura autonoma della stessa (come era, d'altronde, la già citata *stipulatio poene* nel diritto romano).

¹²⁸ Cfr. Cass. 4 giugno 1991, n. 6306.

¹²⁹ De Cupis, "Il Danno", Milano, 1979, I, 521, V.M. Trimarchi, "La Clausola Penale", Milano, Zoppini, "La pena contrattuale", Milano, 1991, 99 e ss..

¹³⁰ Cfr. Sacco - De Nova, "Il Contratto", cit. p. 160.

¹³¹ Cfr. Cass. 30 marzo 1951, n. 725, Cass. 11 ottobre 1955, n. 3030, Cass. 26 settembre 2005, n. 18779.

¹³² Cfr. Trimarchi VM, cit. 22, 32; Magazzu, cit., 189; Zoppini in "I contratti in generale", 1016.

Come già brevemente accennato il carattere accessorio o autonomo della penale pone taluni dubbi interpretativi anche in relazione alla forma della clausola penale: ove infatti si consideri la penale un patto autonomo ne consegue che le eventuali forme prescritte per il contratto a cui accede non si estendono ad essa mentre tali conclusioni mutano qualora la penale sia considerata una clausola accessoria.

Da ultimo si precisa che, ad eccezione dei contratti stipulati con i consumatori, la giurisprudenza ritiene che le clausole penali non debbano - per lo più - essere considerate vessatorie tenuto conto della loro riducibilità¹³³. Ma anche in questo caso è importante verificare i singoli casi, soprattutto sotto il profilo della limitazione della facoltà di proporre eccezioni (art. 1341, 2° co. cod. civ.¹³⁴).

4. Sull'oggetto e sui presupposti.

Come abbiamo già avuto modo di anticipare, solitamente la clausola penale ha come oggetto una somma di danaro. Secondo parte della dottrina la clausola penale non potrebbe avere ad oggetto beni determinati o prestazioni di altra natura, tenuto conto della riducibilità delle penali eccessive. Tale ultima considerazione è stata in realtà fortemente criticata poiché pare possibile che l'oggetto della clausola penale possa essere costituito da elementi differenti rispetto alle prestazioni pecuniarie.

La penale può essere prevista per il ritardo o per l'inadempimento (la dottrina aggiunge anche il c.d. cattivo adempimento, nonché la deficienza qualitativa ed i vizi della cosa). Ed infatti, in ossequio al principio dell'autonomia contrattuale, *“le parti hanno facoltà di predeterminare con una clausola penale l'entità del risarcimento sia per l'ipotesi di inadempimento, sia per quella di ritardo nell'adempimento, nonché, cumulativamente, per entrambe, con la conseguenza che l'effetto proprio della clausola “de qua” (e cioè quello di limitare l'onere del risarcimento dei danni alla misura predeterminata dalle parti) non può operare se non con riferimento all'ipotesi prevista dalle stesse parti, sicché, ove la penale sia stata pattuita solo in funzione dell'inadempimento ed il creditore, interessato a conseguire (anche tardivamente) la prestazione dovuta, insti (come nella specie) per l'adempimento, legittimamente egli può domandare anche il risarcimento dei danni da ritardo, di talché la relativa liquidazione non dovrà necessariamente essere contenuta nei limiti predeterminati dalle parti con la clausola penale, dovendo per converso essere operata secondo i normali criteri di liquidazione”*.¹³⁵

In linea generale se la penale è prevista per il ritardo non occorre che si tratti di un termine essenziale essendo sufficiente che il debitore non abbia adempiuto entro i termini previsti¹³⁶.

Se è prevista una penale per l'inadempimento non occorre che risulti integrato il requisito della non scarsa rilevanza di cui all'art. 1455 cod. civ. (ciò è invece richiesto per la risoluzione del

¹³³ Cfr. Cass. 14 maggio 1983, n. 3314, Cass. 23 maggio 1985, n. 3120, Cass. 26 giugno 2002, n. 9295, Cass. 26 ottobre 2004, n. 20744.

¹³⁴ Cfr. Mirabelli, *“L'Atto non negoziale nel diritto privato italiano”*, Napoli, 1955, 343. Cfr. Cassazione civile, sez. III, 26/10/2004, n. 20744: *“La clausola penale, espressamente prevista dagli art. 1382 e ss c.c., non è riconducibile ad alcuna delle ipotesi di clausole vessatorie tassativamente previste dall'art. 1341 c.c. (Fattispecie antecedente all'introduzione dell'art. 1469 bis c.c.)”*.

¹³⁵ Cfr. Cassazione civile, sez. II, 22/11/2002, n. 16492

¹³⁶ Cfr. Cass. 30 gennaio 1982, n. 590, Cass. 4 marzo 2005, n. 4779. Cassazione civile, sez. II, 06/10/2011, n. 20481.

contratto ma, appunto, non per il risarcimento del danno¹³⁷). E' peraltro evidente che l'inadempimento debba comunque essere imputabile¹³⁸ poiché la forza maggiore e il caso fortuito legittimano l'inadempimento ed escludono dunque l'obbligo di risarcire i danni; ne consegue che anche la clausola penale non possa operare¹³⁹. In tal senso infatti la giurisprudenza ha statuito che *“la pattuizione di una clausola penale non sottrae il rapporto alla disciplina generale delle obbligazioni, per cui deve escludersi la responsabilità del debitore quando costui prova che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, sia determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, essendo connotato essenziale di tale clausola la sua connessione con l'inadempimento colpevole di una delle parti e non potendo, pertanto, essa configurarsi allorché sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile alla parte obbligata”*¹⁴⁰.

In conformità ai principi generali anche la clausola penale può essere sottoposta a termini e condizioni.

5. Sulla determinabilità.

La prestazione oggetto della penale deve essere determinata o determinabile (art. 1346 cod. civ.) oltre a dover essere, ovviamente, possibile e lecita.

La clausola penale non può infatti esplicare la sua funzione ed è affetta da nullità ove non risulti determinata la prestazione dovuta in caso di inadempimento ovvero quando la determinazione della stessa sia rimessa alla mera volontà del creditore.

6. Sulle Parti.

Le parti dell'intesa sono normalmente le stesse del rapporto fondamentale. In linea di principio dunque la penale non può essere promessa da persona diversa dai contraenti, salva la possibilità di prevedere garanzie, sia di carattere personale che reale e, in conformità ai principi generali ove si tratti di prestazione fungibile, potrà essere adempiuta dai terzi (art. 1180 cod. civ.).

7. Sul divieto di cumulo.

Ai sensi dell'art. 1383 cod. civ. il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo. Pertanto non è possibile chiedere congiuntamente la penale e la prestazione principale.

Le parti potrebbero tuttavia prevedere due diverse penali, l'una per il ritardo e la seconda per l'inadempimento¹⁴¹.

¹³⁷ Cfr. Cassazione civile, sez. I, 20/07/2000, n. 9532: *“In materia di clausola penale, non è consentito al giudice di dare rilievo alla scarsa importanza dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento per escludere il diritto alla prestazione della penale, essendo l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento, quale che sia la sua importanza, condizione sufficiente a far sorgere tale diritto”*.

¹³⁸ Cfr. Cass. 5 aprile 1984, n. 2221.

¹³⁹ Cfr. Paolo Gallo *“Trattato del Contratto”*, Utet, 2010.

¹⁴⁰ Cfr. Cassazione civile, sez. II, 10/05/2012, n. 7180.

¹⁴¹ Cfr. Cassazione civile, sez. II, 13/01/2005, n. 591: *“In tema di clausola penale, volta al rafforzamento del vincolo contrattuale e alla liquidazione preventiva del danno, l'art. 1383 c.c., nel vietare il cumulo della penale pattuita per l'inadempimento con la prestazione principale, non esclude che la penale per il ritardo possa cumularsi, nel caso di risoluzione del contratto con il risarcimento del danno da inadempimento; in tale ipotesi peraltro, per evitare un ingiusto sacrificio dell'obbligato ed il correlativo indebito arricchimento del creditore, dovrà tenersi conto, nella*

Si consideri inoltre che nel caso in cui l'obbligazione principale sia costituita da una obbligazione di durata, di dare o di fare o di non fare, *“il divieto di cumulo tra esecuzione in forma specifica della prestazione e clausola penale riguarda le sole prestazioni già maturate e non adempiute e non quelle non ancora maturate, per le quali permane l'obbligo di adempimento. (Nella fattispecie la Cassazione ha confermato la condanna al pagamento della penale per la violazione del patto di non concorrenza e al rispetto del patto stesso fino alla scadenza del termine pattuito)”*¹⁴².

L'eventuale condanna al pagamento della penale non presuppone necessariamente la risoluzione del contratto¹⁴³ (fermo restando che la domanda di risoluzione è compatibile con la richiesta della penale).

La penale, come già detto, è dovuta indipendentemente dalla prova del danno e, se non è stata convenuta la risarcibilità dell'ulteriore danno, essa ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa (non trovando dunque applicazione la disciplina del danno evitabile ex art. 1227 2° co. cod. civ.¹⁴⁴).

L'obbligo di devolvere la penale costituisce un debito di valuta con la conseguenza che saranno dovuti gli interessi moratori e l'eventuale maggior danno di cui all'art. 1224 cod. civ.¹⁴⁵.

*

8. Sulla riduzione.

L'art. 1384 cod. civ. statuisce che *“La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento”*.

In altre parole tale articolo prevede che le penali possano essere ridotte nei seguenti due casi: (a) quando la prestazione principale è stata in parte eseguita nonché (b) quando l'ammontare di essa è manifestamente eccessivo. La norma è inderogabile con la conseguente inammissibilità di

liquidazione della prestazione risarcitoria, dell'entità del danno per il ritardo, che sia stato già autonomamente considerato nella determinazione della penale”.

¹⁴² Cfr. Cassazione civile, sez. lav., 21/06/1995, n. 6976.

¹⁴³ Cfr. Cassazione civile, sez. II, 17/01/2003, n. 625: *“La condanna della parte inadempiente al pagamento della penale convenuta non presuppone necessariamente una pronuncia di risoluzione del contratto”*.

¹⁴⁴ Cfr. Cassazione civile, sez. II, 21/05/2001, n. 6927: *“La pattuizione di una clausola penale con funzione di preventiva liquidazione del danno conseguente all'inadempimento della obbligazione primaria esclude la operatività della disciplina relativa alla evitabilità del danno ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1227, comma 2, c.c.”*

¹⁴⁵ Cfr. Tribunale Roma, sez. IX, 08/04/2011, n. 7351: *“La penale di cui all'art. 1382 c.c. costituisce debito di valuta e non di valore. Da ciò consegue che ove la prestazione oggetto della penale non sia eseguita o sia eseguita in ritardo, per essa sono dovuti, ricorrendone le rispettive condizioni, gli interessi moratori e l'eventuale maggior danno di cui all'art. 1224 c.c. A ciò non osta l'effetto, proprio della clausola penale, di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore, atteso che la penale, pur essendo obbligazione accessoria, ha una sua autonomia identità quale obbligazione pecuniaria, mentre la prevista limitazione del risarcimento attiene all'inadempimento o al ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale.”*

una rinuncia preventiva nonché la nullità del patto con cui le parti abbiano disposto l'irriducibilità della penale ¹⁴⁶.

La norma prevede la riduzione (che potrà essere disposta anche d'ufficio dal Giudice coinvolto) della penale eccessiva ¹⁴⁷ ma non l'eliminazione della stessa (come ad esempio avviene in Francia).

Per poter domandare la riduzione della penale è sufficiente che la stessa presenti un carattere manifestamente eccessivo rappresentando la riduzione un istituto di tutela della giustizia contrattuale che opera oggettivamente sulla base della prova del solo carattere eccessivo della penale stessa.

Dal punto di vista "operativo" non sempre è agevole individuare il carattere "manifestamente eccessivo" della penale con le conseguenti difficoltà, anche probatorie.

*

9. Sulle principali clausole penali inseribili nei contratti di lavoro autonomo/parasubordinato.

In linea generale è necessario precisare che l'autonomia nell'esecuzione della prestazione (che caratterizza i rapporti di lavoro autonomo/parasubordinato) non è incompatibile con l'inserimento, all'interno dei relativi documenti contrattuali, di clausole penali che tutelino, ad esempio e a certe condizioni, la durata minima del rapporto, la riservatezza, la non concorrenza, ecc..

Se escludiamo i rapporti di agenzia (per i quali vi sono alcune disposizioni previste dagli AEC applicabili in tema, ad esempio, di patto di non concorrenza) le clausole penali (integrabili) negli altri rapporti autonomi e/o parasubordinati dovranno essere di volta in volta attentamente

¹⁴⁶ Cfr. tra le tante, Cassazione civile, sez. II, 21/04/2010, n. 9504 "Il principio della riducibilità della penale eccessiva ha carattere generale ed è, pertanto, applicabile a tutti i contratti nei quali sia inserita la clausola penale, in essi compresa la transazione".

¹⁴⁷ Nell'ambito del contratto di agenzia è un'ipotesi tipica l'inserzione di tali clausole collegate all'adempimento di obblighi di non concorrenza specie dopo la cessazione del contratto. Sul punto, il Tribunale in via preliminare ha sottolineato che la domanda di applicazione di tale clausola va opportunamente distinta da quella di risoluzione del contratto per inadempimento giacché a suo avviso "la clausola penale si configura causalmente e negozialmente autonoma sia rispetto all'inadempimento, sia rispetto al danno"(v. ex plurimis Cass. 25 gennaio 1997, n. 771). Nel caso in esame, il Tribunale ha quindi accertato che l'agente ha svolto attività lavorativa per conto di una diretta concorrente del preponente durante il periodo oggetto del patto di non concorrenza (circostanza peraltro mai contestata dal convenuto), attività che "costituisce di per sé inadempimento del patto di concorrenza", e per gli effetti ha condannato l'agente al pagamento della penale in questione quantificata in una somma pari al 30% delle complessive provvigioni maturate nel corso dell'ultimo anno del rapporto intercorso tra le parti. Sul medesimo punto, il Tribunale ha respinto la richiesta di riduzione della penale attribuita dall'art. 1384, ritenendola non manifestamente eccessiva stante il "danno economico potenzialmente derivante dalla sottrazione di clienti e dal conseguente notevole interesse della creditrice all'adempimento". Sul punto la giurisprudenza ritiene che la valutazione dell'eccessività della penale debba avere natura oggettiva, dovendosi tener conto non della situazione economica del debitore e del riflesso che la penale possa avere sul suo patrimonio, ma solo dello squilibrio tra le posizioni delle parti, avendo il riferimento all'interesse del creditore la funzione di indicare lo strumento per mezzo del quale valutare se la penale sia, o meno, manifestamente eccessiva, e dovendo la difficoltà del debitore riguardare l'esecuzione stessa della prestazione risarcitoria (ove, ad esempio, venga a mancare una proporzione tra danno, costo ed utilità), senza che occorran ragioni di pubblico interesse che ne giustifichino l'ammontare.

valutati alla stregua dei principi generali, dei principi costituzionali e di quanto previsto dal codice civile (ad esempio in relazione all'art. 1322 cod. civ. oppure all'art. 2596 cod. civ., ecc.). Fermo quanto sopra è peraltro evidente che le parti potranno addivenire alla pattuizione di una clausola penale per raggiungere, tra gli altri, i seguenti fini:

- creare convenzionalmente una sanzione altrimenti non garantita dall'ordinamento;
- indurre il debitore ad adempiere, prevedendo un predeterminato risarcimento del danno. In altre parole le parti porranno in capo al debitore (incentivandolo dunque all'adempimento) un "*prezzo*" da pagare al contraente adempiente nel caso di inadempimento. Sul punto è evidente come la quantificazione della penale assuma un ruolo fondamentale e debba essere attentamente valutata tenendo in considerazione sia i costi che il debitore deve sopportare per adempiere diligentemente sia il danno prevedibile in conseguenza del suo comportamento scorretto.
- Evitare controversie sulla misura del danno o, comunque, su una parte di esso e, quindi, evitare l'applicazione delle tradizionali regole risarcitorie.

Si consideri inoltre che l'eterogeneità di impiego della clausola penale nei vari rapporti negoziali testimonia come l'istituto risulta molto utilizzato nella prassi contrattuale, rappresentando uno strumento efficace per la soddisfazione degli interessi delle parti che lo utilizzano.

L'estrema adattabilità della clausola penale ne consente l'utilizzo anche in quel tipo di contratti, quali quello di lavoro (anche subordinato), in cui vi è molta attenzione per l'equilibrio tra le parti e per la tutela del lavoratore, considerato la "*parte debole*" del rapporto (ad esempio si pensi alle clausole di stabilità minima garantita o di clausola penale nel caso di recesso anticipato dal contratto).

All'interno dei contratti di lavoro autonomo e/o parasubordinato le principali clausole penali che - nel rispetto di quanto sopra riferito - possono essere inserite sono le seguenti:

- una clausola penale nel caso di inadempimento e/o di ritardo nell'adempimento;
- una clausola penale nel caso di violazione del patto di non concorrenza;
- una clausola penale nel caso di violazione di un patto di riservatezza;
- una clausola penale nel caso di violazione dell'eventuale vincolo di esclusiva;
- una clausola penale nel caso di violazione di un eventuale periodo di durata minima del rapporto ovvero, per determinate e specifiche attività, di presenza minima in azienda.

Alla luce di quanto sopra esposto e, soprattutto, in relazione alle eterogenee dinamiche sulla base delle quali vengono predisposti i vari contratti di lavoro e i differenti interessi delle parti coinvolte, diviene, a parere di chi scrive, difficilmente ipotizzabile redigere una clausola penale che possa essere utilizzata per i vari casi.

Gianantonio Barelli
 Studio Legale Caffi, Maroncelli e Associati
 Bergamo, 9.1.2013

Parte IV[^] - AppendiceConfindustria Bergamo e Ordine degli Avvocati di Bergamo
Concorso di elaborazione dottrinale su tematiche lavoristiche - Prima edizione

Si riporta il parere elaborato dalla Dott.ssa Valeria Merisio, vincitrice dell'edizione 2012

Quesito:

L'art. 1, comma 24, della legge n. 92/2012 (Riforma Fornero) stabilisce che l'articolo 69, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 si interpreta nel senso che l'individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. *Questa norma deve ritenersi applicabile, in quanto norma interpretativa, anche ai rapporti instaurati precedentemente alla entrata in vigore della legge n. 92/2012? Overo va interpretata quale norma innovativa, con la conseguenza che fino alla entrata in vigore della legge n. 92/2012, l'art. 69, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, deve leggersi alla stregua di una presunzione iuris tantum? In tale caso, quale strategia difensiva potrebbe profilarsi per il datore chiamato in giudizio dal lavoratore?*

* * *

Parere:

La figura contrattuale del lavoro a progetto, introdotta e disciplinata dal d.lgs. n. 276/2003, precisamente dagli artt. 61 e ss., rappresenta un tema ampiamente discusso in dottrina ed un argomento sul quale i giudici si sono, in molte occasioni, pronunciati. Le zone d'ombra e taluni dubbi applicativi ed interpretativi presenti nella riforma Biagi, avente quest'ultima l'unico e preciso scopo di reprimere gli abusi nell'area grigia del lavoro coordinato e continuativo¹⁴⁸, hanno determinato notevoli difficoltà esegetiche che la recente riforma, meglio nota come riforma Fornero (legge n. 92/2012), pare voglia arginare.

Uno dei nodi sul quale l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale si è maggiormente soffermata attiene la natura e la portata del regime sanzionatorio delineato all'art. 69, comma 1, del decreto legislativo; com'è noto, il testo della norma recita: *"i rapporti di collaborazione coordinata continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto [...] sono considerati rapporti di lavoro subordinato [...]"*.

Si tratta di un'ipotesi di "subordinazione tecnica" prevista direttamente dal legislatore in ragione della quale parte della dottrina ha parlato di *"collaborazione a progetto come contratto a causa*

¹⁴⁸ M. Tiraboschi, *Il lavoro a progetto: profili teorici-ricostruttivi*, tratto da *Studi in onore di Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005; *Sulla regolamentazione delle collaborazioni coordinate continuative come pietra angolare della riforma*, ID, *Il decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro - Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, Milano, 2004.

*c.d. rigida o tipo contrattuale vincolato*¹⁴⁹.

Strettamente connessa alla presunzione di subordinazione è la questione riguardante la portata della nozione di progetto poiché in tutti i casi in cui esso corrisponda a quanto richiesto è esclusa l'applicabilità dell'art. 69, comma 1, del decreto legislativo; il progetto costituisce così la pietra angolare o per meglio dire, riprendendo la dialettica hegeliana degli opposti, il progetto è la negazione di una negazione e, quindi, l'affermazione della sua necessità.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in ragione alla portata percettiva da attribuire alla nozione di progetto [o programma (locuzione eliminata per effetto della riforma)] ha generato l'identificazione di una serie di caratteristiche ritenute indispensabili affinché il "progetto" individuato nel contratto potesse realmente essere qualificato come tale. Si è sostenuto, in riguardo, la necessaria indicazione di una precisa attività delimitata in un arco temporale, altrettanto preciso, e collegata ad un risultato escludendosi, per converso, l'esistenza di un progetto qualora l'attività del prestatore sia descritta in modo generico¹⁵⁰. In altre occasioni la specificità è stata elevata a requisito fondamentale del progetto, da intendersi non nel senso di attività avente carattere altamente specialistico o di contenuto professionale particolare ma nella variante che il progetto non deve coincidere con l'attività aziendale in sé stessa o con l'oggetto sociale perseguito dalla committente¹⁵¹. Parimenti, la dottrina ha letto il termine progetto come evocativo di un elemento di novità, di un'attività creativa elaborata da professionisti con capacità elevate¹⁵² mediante la quale avviene la realizzazione dell'ideazione.

Il dibattito pare essere superato dall'intervento legislativo di riforma operato all'art. 61, comma 1, del decreto legislativo il quale specifica la nozione di progetto individuando una serie di caratteristiche che esso, per essere tale, deve possedere. La norma prevede in maniera pressoché specifica, quali elementi caratterizzanti del progetto, la specificità, il collegamento di esso ad un risultato finale, la non coincidenza con l'oggetto sociale nonché l'identificazione della prestazione in compiti non meramente esecutivi e ripetitivi che possono essere individuati anche dalla contrattazione collettiva nazionale.

L'intervento di riforma, pertanto, potrebbe essere giudicato positivo poiché astrattamente finalizzato ad eludere l'indeterminatezza della locuzione normativa ma, appare evidente, come esso incide notevolmente sul modello organizzativo aziendale.

Inoltre, il riferimento alla contrattazione collettiva nazionale, essendo del tutto eventuale, non risolve il problema di ottenere un grado di certezza più elevato, rimanendo aperti i dubbi di contenuto del progetto in caso di inerzia della contrattazione collettiva medesima. Era, pertanto, preferibile, a parere di chi scrive, un intervento che avesse consentito alla contrattazione collettiva l'identificazione di quali attività possano essere svolte attraverso la figura contrattuale in questione.

¹⁴⁹ E. Ghera, *Manuale di diritto del lavoro*, Bari, 2004.

¹⁵⁰ Trib. Milano, 2 agosto 2006, in www.cgil.it/giuridico, ove si afferma che non può ritenersi adeguatamente formulato il progetto mediante: "semplice descrizione del contenuto delle mansioni attribuite [...] senza alcun accenno all'obiettivo che si intende raggiungere ed alle attività ad esso prodromiche e funzionali al suo conseguimento".

¹⁵¹ Trib. Genova, 7 aprile 2006, ove si afferma: "il progetto non presuppone necessariamente un'attività di natura altamente specialistica o di particolare contenuto professionale e può comprendere anche attività identiche a parte dell'attività aziendale, assumendosi come requisito minimo del progetto medesimo quello della specificità".

¹⁵² M. Miscione, *Il collaboratore a progetto*, il LG, 2003, 812-824; M. Magnani, S. Spataro, *Il lavoro a progetto*, Working paper C.S.D.L.E. "M. D'Antona", 2004, n. 11.

Accantonando i dubbi riguardanti l'art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 e la portata ermeneutica della nozione di progetto, la natura della presunzione di subordinazione, ut supra tratteggiata, rappresenta un punto nodale attorno al quale si lega l'intera disciplina del contratto di lavoro a progetto.

Considerata il baricentro della disciplina sanzionatoria, la presunzione di subordinazione del rapporto lavorativo, qualora non vi sia un progetto oppure vi sia l'esistenza di un progetto fittizio, non assume in alcun modo il rilievo di una presunzione iuris et de iure, almeno per quella parte della scienza giuridica che considera il progetto non elemento costitutivo della fattispecie bensì mera modalità di esecuzione del lavoro¹⁵³.

In mancanza di uno specifico progetto ossia dell'esistenza di un progetto fittizio il rapporto si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato ma il datore di lavoro ha l'onere processuale di provare l'esistenza di un vincolo caratterizzato dall'autonomia¹⁵⁴. La posizione appena descritta ha trovato accoglimento dalla giurisprudenza prevalente che riconosce la presunzione prevista all'art. 69, comma 1, del decreto legislativo quale presunzione legale semplice che, pertanto, ammette la prova contraria.

Si allontanano da tale impostazione le isolate sentenze del Tribunale di Milano¹⁵⁵ che, al contrario, ne hanno asserito la natura assoluta; l'assenza di un progetto ovvero la determinazione di un piano di lavoro artificioso genera la conversione del contratto medesimo in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. La suddetta conversione opera automaticamente senza alcuna necessità di prova a carico del datore del lavoro circa l'esistenza di un vincolo caratterizzato dall'autonomia e non dalla subordinazione.

Precisamente, i giudici milanesi¹⁵⁶, riferendosi al principio di conservazione dei negozi giuridici ex art. 1419 c.c. e all'art. 69 del d.lgs., hanno negato la nullità del contratto stipulato tra le parti, privo del progetto, affermandone la conversione in un contratto di lavoro subordinato, leggendo così la norma in questione in una chiave puramente sanzionatoria, o meglio la conversione "non si pone come presunzione ma come vero e proprio imperativo"¹⁵⁷.

Verificata, dunque, l'assenza di un progetto individuato in modo preciso "non è nemmeno richiesto l'accertamento delle modalità con cui la prestazione si è svolta, perché una volta esclusa la presenza di quell'elemento qualificante scatta l'automatismo e si presume invincibilmente la sussistenza di un lavoro subordinato"¹⁵⁸.

¹⁵³ G. Proia, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Arg. Dir. lav.* 2003.

¹⁵⁴ R. Continisio, *I contratti di collaborazione coordinata continuativa fra riforme e giudici*, in M. Tiraboschi (a cura di), *la riforma Biagi del mercato del lavoro cit.*; L. Castelvetti, *Il lavoro a progetto*, in M. Tiraboschi (a cura di) *La riforma Biagi del mercato del lavoro, cit.*; L. Tartaglione, *Il contratto a progetto nella riforma Biagi*, in *Giuda al lavoro*, n. 42/2003; A. Maresca, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in *G. lav.* 2004, 1, 6 ss; in giurisprudenza, *Corte d'appello di Brescia*, 22 febbraio 2011, in *D.L. Riv. critica dir. lav.*, 2011, 2, 362.

¹⁵⁵ *Trib. Milano*, 10 novembre 2011, in *D.L. Riv. critica dir. lav.*, 2011, 4, 874.

¹⁵⁶ *Trib. Milano*, 28 giugno 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, 3, 456.

¹⁵⁷ *Trib. Milano*, 5 febbraio 2007, in *Riv. it. Dir. lav.* 2007, 4, II, 809 ove si afferma: "la norma configura [art. 69 d.lgs], più che una presunzione, una vera e propria disposizione imperativa sostanziale, rispetto alla quale la pronuncia del giudice ha valore di mero accertamento".

¹⁵⁸ *Trib. Milano*, 5 febbraio 2007, cit. In dottrina vedasi, M. Napoli, *Riflessioni sul contratto a progetto*, in *Av. VV. Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, 1413-1431; P. Ichino, *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *CG*, 2005, n.

Tale ultima impostazione, di recente, è stata avallata dal Tribunale di Bergamo. Ne è un esempio la sentenza n. 706/11 con la quale, il Giudice del Lavoro, considerando il progetto elemento essenziale del contratto de quo, ha sostenuto la natura assoluta della presunzione¹⁵⁹ contrastando la posizione in precedenza assunta in merito¹⁶⁰. La stessa Corte di Appello di Brescia ha aderito all'indirizzo secondo il quale l'art 69 del d.lgs. n. 276/2003 avrebbe introdotto una presunzione iuris et de iure. In C. App. 3.2.2011 si legge, a tale riguardo: "ritiene la Corte che la disposizione non contenga una mera presunzione semplice di subordinazione, ma attui una e vera e propria qualificazione del rapporto, in difformità dalla volontà dichiarata dalle parti [...]".

Nessun valore è stato attribuito, nel caso specifico, alla certificazione della Commissione istituita presso l'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia che mediante l'atto di certificazione ha attestato la natura autonomia del rapporto, non avendo quest'ultimo alcuna efficacia vincolante¹⁶¹. A sostegno dell'individuazione di una presunzione iuris tantum è intervenuta parte della giurisprudenza¹⁶² che, facendo leva sul c.d. principio dell'indisponibilità del tipo, ha negato la

4.

¹⁵⁹ Trib. Bergamo, 21 luglio 2011, n. 706, in *Quad. Giur. del lav.*, 2, 2012, in cui si afferma: "pertanto non essendo possibile ritagliare nel nostro ordinamento (salve le eccezioni di legge) un rapporto di collaborazione coordinata continuativa privo di progetto, automaticamente il rapporto sottostante il progetto non adempiuto, ricade nel rapporto subordinato, a prescindere da ogni indagine sulle sue modalità di svolgimento e dal fatto che lo stesso si sia svolto, o meno, secondo i canoni tipici della subordinazione [...] proprio perché il rapporto di collaborazione coordinata continuativa è costruito e si fonda sul progetto (quale elemento essenziale) la mancanza di questo fa venir meno la possibilità di configurare un alternativo rapporto di collaborazione continuativa (non più esistente nell'ordinamento giuridico)".

¹⁶⁰ Trib. Bergamo, 20 maggio 2010, n. 416 ove, nei motivi della decisione si legge: "è quindi condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui va ritenuto illegittimo l'impiego dello schema del contratto a progetto nelle ipotesi in cui il progetto stesso, pur incluso, nel testo contrattuale, risulti però del tutto generico e coincidente con l'oggetto della committente, e siano rinvenibili nella situazione concreta gli indici tipici della subordinazione. Ne consegue l'applicazione dell'art. 69 del D.lgs n. 276 del 2003 che pone una presunzione semplice di subordinazione, salva la prova contraria".

¹⁶¹ Corte d'Appello di Brescia, 3 febbraio 2011, in *Riv. it. Dir. lav.* 2011, 4, II, 1159, con nota di Rota, *Sull'inefficacia dell'attiva della certificazione nel contenzioso sulla qualificazione del rapporto di lavoro, ove vengono messi in rilievo l'inutilità della certificazione nel sistema giuridico nonché la violazione del diritto europeo ad opera dell'assetto normativo italiano che riconosce alla certificazione un ruolo più rilevante. Per ciò che attiene al primo aspetto si afferma che l'autorevolezza del Certifier non basta a creare una sorta di moral suasion nei confronti del giudice adito per la ri - qualificazione di un contratto di lavoro e per il secondo aspetto, si configura la violazione dell'art. 8, comma 2, dir. 91/53/CEE nonché con l'art. 30 della Carta di Nizza.*

¹⁶² Trib. Genova, 7 aprile 2006, cit.; Trib. Ravenna, 24 novembre 2005; Trib. Torino, 17 maggio 2005; Trib. Torino 5 aprile 2005, in *Lavoro nella giur. (II) 2005*, 651, con nota di Fili; ove si afferma "se è pur vero che tale presunzione assoluta non andrebbe a scontrarsi con le inderogabili garanzie di cui all'art. 36 e 38 cost., resterebbe a parere di questo giudice, un grave vulnus al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, potendo arrivare ad imporre le specifiche e forti tutele del lavoro subordinato ad attività che in nessun modo abbiano concretamente presentato le caratteristiche che tali garanzie giustificano"; Trib. Torino, 13 aprile 2007, in *Giur. Piemontese*, 2007, 2, 281 con nota di Fracchia; Trib. Torino, 23 marzo 2007, in *Riv. it. Dir. lav.* 2007, 4, II, 809 con

natura assoluta della presunzione, affermando: "secondo i principi più volte espressi dalla Corte Costituzionale, al legislatore è interdetto qualificare in astratto un rapporto di lavoro come autonomo o subordinato".

Il giudice delle leggi ha infatti censurato una disponibilità del tipo legale del lavoro subordinato disconoscendo a carico delle parti, per il tramite della loro dichiarazione contrattuale, un potere di sottrarre un rapporto alla disciplina inderogabile del lavoro subordinato¹⁶³. In una distinta occasione la Corte¹⁶⁴ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma che poneva una presunzione assoluta di autonomia di un rapporto, senza alcuna valutazione circa la reale natura del medesimo.

La direzione espressa dal giudice delle leggi è, dunque, quella di sottrarre alla contrattazione privata ed al legislatore un qualsiasi potere di decisione in merito alla qualificazione di un rapporto lavorativo, ovvero di poter identificare un rapporto di lavoro subordinato all'interno di una fattispecie che in concreto non abbia i caratteri della subordinazione¹⁶⁵ bensì dell'autonomia. La scelta di identificare nella norma in questione una presunzione di natura assoluta in termini di sanzione diverge, peraltro, con una recente pronuncia della Corte Costituzionale¹⁶⁶ che ha dichiarato incostituzionale una norma che prevedeva l'irrogazione di una sanzione sulla base di una presunzione legale assoluta che prescinde, quindi, da un qualsiasi accertamento.

nota di Chiantera; Corte d'Appello di Brescia, 22 febbraio 2001, in D.L. Riv. critica Dir. Lav., 2011, 2, 362 ove la Corte assume una posizione più che discutibile e "confusa" negando, da un lato, la configurazione della presunzione quale presunzione legale semplice ma, dall'altro, ammettendo a carico del datore di lavoro la prova circa l'esistenza di un rapporto diverso ovvero sia "l'art. 69, comma 1, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 il quale non contiene una presunzione semplice di subordinazione, ma attua una vera e propria qualificazione del rapporto in difformità della volontà dichiarata dalle parti, riconducendo al rapporto di lavoro subordinato prestazioni che non abbiano le caratteristiche richieste. L'onere di provare l'esistenza di un rapporto diverso non è solo a carico del datore di lavoro ma è anche circoscritto alla prova della sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro autonomo ex art. 2222 c.c."; in dottrina, M. D'Antona, Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro, in ADL, 1995, 63; R. Scognamiglio, La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato, in RIDL, 2001, 95; A. Vallebona, Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento, in ADL, 2004, 293-297; P. Tullini, Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno, in DLRI, 2008, 423 e ss...

¹⁶³ Corte Costituzionale, 29 marzo 1993, n. 121, in Giur. cost. 1993, 1004; Lavoro e prev. Oggi, 1993, 1236; in Foro it., 1993, I, 2432; in Informazione previd., 1993, 490; in Rass. avv. Stato, 1993, I, 29; in Riv. corte conti, 1993, fasc. 2, 201; in Riv. giur. polizia locale, 1993, 619.

¹⁶⁴ Corte Costituzionale, 31 marzo 1994, n. 115 in RIDL, 1995 II, secondo cui "i principi, le garanzie ed i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti. Affinché sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, esso debbono trovare attenzione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico - sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti".

¹⁶⁵ A. Corvino, Dalla giurisprudenza ulteriori conferme agli indirizzi del Ministero del lavoro in merito al lavoro a progetto, in Dir. relaz. Ind. 2007, 3, 822, ove si legge: "il principio della indisponibilità del tipo che governa il diritto del lavoro non può essere inteso solo nel senso di tutelare i rapporti che concretamente abbiano assunto caratteri di subordinazione, nonostante la diversa qualificazione ad essi data dalle parti, ma anche nel senso inverso di non attribuire indebitamente la tutela del lavoro subordinato a prestazioni che dello stesso non hanno alcuna caratteristica [...]".

¹⁶⁶ Corte Costituzionale, 12 aprile 2005, n. 144, in Giur. it., 2005, 1809.

La violazione dei principi espressi nella Carta Costituzionale¹⁶⁷, esattamente agli artt. 3, 41, 101, e 104¹⁶⁸, paventata dalla dottrina maggioritaria ed, in questa sede, condivisibile, pare tuttavia non tramontare alla luce delle recenti riforme che il legislatore ha introdotto in riguardo alla figura contrattuale del lavoro a progetto.

La nuova interpretazione che l'art. 1, comma 24, della legge n. 92/2012 prevede con riferimento all'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, ossia alla stregua di una presunzione assoluta, comporta il sorgere di dubbi in merito alla legittimità costituzionale delle scelte operate dall'organo legislativo.

Le considerazioni sopra svolte in relazione all'illegittimità costituzionale derivante dall'eventuale interpretazione della presunzione come legale assoluta ossia in chiave sanzionatoria appaiono più certe.

La negazione a favore del committente di provare in giudizio che il rapporto lavorativo instaurato, pur in assenza di un progetto o in presenza di un progetto artificioso, si sia svolto in realtà con autonomia ed "imponendo" l'instaurazione di un rapporto con subordinazione lede, in primo luogo, il diritto alla difesa *ex art. 24 Cost.*. A ciò si aggiunga che al legislatore non è concesso qualificare in astratto un rapporto come subordinato o autonomo, né tantomeno alle parti contrattuali è riconosciuto tale potere¹⁶⁹. Se così non fosse, pregiudicato sarebbe il potere del giudice di valutare e di interpretare autonomamente i fatti rilevanti ed attinenti il rapporto al fine di operare un'esatta qualificazione del rapporto lavorativo medesimo. Qualora si contesti la legittimità del lavoro a progetto, la prova della subordinazione, intesa quale assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, di controllo nonché disciplinare del datore di lavoro, deve essere adeguatamente provata in giudizio.

La scelta del legislatore di avallare la posizione assunta da quella parte della giurisprudenza (fra cui, come ricordato, quella milanese e, più recentemente, anche da quella bergamasca) che ha interpretato la presunzione quale presunzione legale assoluta lede i principi sanciti dalla Costituzione ed, a parere di chi scrive, era preferibile l'opzione opposta.

L'intervento operato dalla riforma ha trascurato di esplicitare, inoltre, a quali contratti la norma possa essere applicata ovvero se essa debba interpretarsi alla stregua di una norma interpretativa o innovativa.

¹⁶⁷ *La dottrina che propende per la tesi della presunzione assoluta ha replicato in merito al paventato contrasto con i principi costituzionali che "l'applicazione delle tutele del lavoro subordinato a tale rapporto privo di progetto non comporta alcun problema sul piano costituzionale, perché se è vero che le qualificazioni giuridiche operate dal legislatore non devono determinare l'esclusione o la violazione di tutele previste dalla Costituzione, è altrettanto vero che, nel caso, ciò non si verifica, essendovi un innalzamento del livello di tutela per il lavoratore"; vedasi E. De Fusco, L. Cacciapaglia, P. Pizzuti, Le collaborazioni dopo la riforma del mercato del lavoro, in Guida al lavoro, n. 42/2003.*

¹⁶⁸ *M. D'Antona, Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro, in ADL, 1995, n. 1, 63; F. Chiantera, Meccanismi di conversione delle collaborazioni prive di progetto e criteri di liceità degli appalti ad alta intensità di lavoro, in Riv. it. dir. lav., 2007, 4, 820, ove esprime: "estremamente pericolose dal punto di vista della legittimità costituzionale appaiono, in effetti, le conseguenze dell'interpretazione più severa, cui aderisce la sentenza del Tribunale di Milano; non possono, infatti, tacersi le preoccupazioni circa una sostanziale lesione dell'autonomia contrattuale delle parti, cui verrebbe impedita, in violazione dell'art. 41 Cost., la libera determinazione della struttura della prestazione lavorativa [...]"; A. Vallebona, La riforma dei lavori, Padova, 2004, pag. 23 e ss. .*

¹⁶⁹ *L. Tartaglione, op. cit.*

L'art. 1, comma 25, l. n. 92/2012 prevede che le nuove disposizioni si applicano solamente ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della riforma con l'ovvia conseguenza che per le collaborazioni in corso continueranno a trovare applicazione le norme vigenti. Alla stregua di quest'ultima disposizione, quindi, la presunzione assoluta di subordinazione troverebbe applicazione nei confronti di quei soli rapporti instaurati dopo l'entrata in vigore della norma.

Sennonché, la riforma legislativa è intervenuta in un assetto giurisprudenziale e dottrinale controverso in relazione alla natura della presunzione accogliendo, nondimeno, la posizione minoritaria.

La variante privilegiata dal legislatore costituisce una delle possibili opzioni esegetiche che l'incertezza del dato normativo ed i criteri legali di ermeneutica rendevano plausibile; per effetto della disposizione di riforma il dato testuale originario dell'art. 69, comma 1, del decreto legislativo non ha subito alcuna modifica avendo operato, l'art. 1, comma 24, l. 92/2012 un'intervento sul suo significato normativo imponendo una delle possibili scelte esegetiche.

Codesto rilievo esclude di poter interpretare l'art. 1, comma 24, l. 92/2012 quale norma innovativa e considerarla alla stregua di una norma interpretativa che opera, pertanto, retroattivamente.

Il sopravvenire della norma interpretante non ha infatti generato il venir meno della norma interpretata bensì si è venuto a creare un precetto normativo unitario¹⁷⁰.

Né si può ravvisare, optando per l'interpretazione dell'art. 1, comma 24, l. 92/2012 quale norma interpretativa, alcuna illegittimità costituzionale poiché la norma di interpretazione autentica non può dirsi irragionevole qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto ovvero una delle possibili letture del testo originario¹⁷¹.

Per effetto di tale posizione, a parere della scrivente, ai giudizi pendenti troverà applicazione la nuova disposizione normativa ovvero sia l'interpretazione secondo cui la presunzione ex art. 69, comma 1, d.lgs. 276/2003 è da intendersi quale presunzione legale assoluta e la conversione del contratto di lavoro a progetto in un contratto di lavoro subordinato opera automaticamente.

Pertanto, ritenuta la disposizione di cui all'art. 1, comma 24, l. n. 92/2012 quale norma interpretativa essa troverà applicazione retroattivamente, anche ai rapporti instaurati precedentemente la sua entrata in vigore. Il datore di lavoro, chiamato in giudizio dal lavoratore

¹⁷⁰ Corte Costituzionale, 23 novembre 1994, n. 397; Corte Costituzionale, 30 marzo 1995, n. 94; Corte Costituzionale, 12 luglio 1995, n. 311; Corte Costituzionale, 17 novembre 1992, n. 455. Corte Costituzionale, 7 luglio 2006, n. 274, in *Giur. Cost.*, 2006, 4; Corte Costituzionale, 21 ottobre 2001, n. 271, in *Giur. Cost.* 2011, 5, 3517.

¹⁷¹ Corte Costituzionale, 7 luglio 2006, n. 274, *cit. ove la corte spiega:* "premesso che nel giudizio sulla legittimità costituzionale delle norme di interpretazione autentica non è decisivo verificare se la norma abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva) ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva, in quanto il divieto di retroattività della legge non è stato elevato a dignità costituzionale, salva per la materia penale la previsione dell'art. 25 cost. E premesso che il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare sia disposizioni di "interpretazione autentica, che determinano - chiarendola - a portata percettiva della norma interpretata fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso dalla stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti [...] la norma di interpretazione autentica non può ritenersi irragionevole, limitandosi ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto".

al fine di ottenere una pronuncia di conversione del contratto in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, potrà promuovere un giudizio incidentale di legittimità costituzionale avente ad oggetto la norma di riforma, attesa la sua contrarietà con i principi costituzionali. In primo luogo per la violazione dell'art. 24 cost. poiché al datore di lavoro sarebbe preclusa la possibilità di provare in giudizio il reale rapporto intercorso tra le parti, imponendo, così, allo stesso l'instaurazione di un vincolo con subordinazione; in secondo luogo per la violazione degli artt. 3, 41, 101 e 104 cost. atteso che né al legislatore né alle parti contrattuali è riconosciuto alcun potere di decisione in ordine alla qualificazione, in termini astratti, di un rapporto come autonomo o subordinato; identificare in una prestazione lavorativa un vincolo di subordinazione o riconoscere in essa margini di autonomia spetta unicamente al giudice che gode di un autonomo potere di valutazione dei fatti rilevanti ai fini dell'esatta qualificazione del rapporto.

Solo l'esistenza, in concreto, di un rapporto di lavoro subordinato può giustificare infatti le tutele e le garanzie che l'ordinamento giuridico riconosce per quel tipo di rapporto.

Dott.ssa Valeria Merisio

Periodico iscritto al Tribunale di Bergamo con Decreto n. 24/11 del 7/12/2011
Redazione: Coordinamento Giuridico dell'Area Lavoro e Previdenza di Confindustria Bergamo
Segreteria di redazione: Nicoletta Cortinovis
Coordinamento scientifico: Maurizio Del Conte
Editore: Confindustria Bergamo, via Camozzi 70, 24121 Bergamo
Stampa: Tecnostampa srl, via Nazionale 101, 24068 Seriate (BG)
Direttore responsabile: Stefano Malandrini