



ACADEMIA BRASILEIRA
DE DIREITO DO TRABALHO

Studium et Labor



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE
ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A cura di

Giuseppe Ludovico, Alberto Levi,
Luciano Dorea Martinez Carreiro, Thereza Christina Nahas

I CONTRATTI DI LAVORO FLESSIBILE NEGLI ORDINAMENTI ITALIANO E BRASILIANO



Milano University Press



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO TRABALHO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO
E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A cura di
Giuseppe Ludovico, Alberto Levi,
Luciano Dorea Martinez Carreiro, Thereza Christina Nahas

**I CONTRATTI DI LAVORO FLESSIBILE
NEGLI ORDINAMENTI
ITALIANO E BRASILIANO**



Milano University Press

I contratti di lavoro flessibile negli ordinamenti italiano e brasiliano / a cura di Giuseppe Ludovico, Alberto Levi, Luciano Dorea Martinez Carreiro, Thereza Christina Nahas. Milano University Press, 2021. (Studi Italo-Brasiliani di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale; 2).

ISBN 979-12-5510-071-3 (print)

ISBN 979-12-5510-073-7 (PDF)

ISBN 979-12-5510-074-4 (EPUB)

DOI 10.54103/sdlps.148

Questo volume e, in genere, quando non diversamente indicato, le pubblicazioni della collana di Studi Italo-Brasiliani di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, sono valutate, riviste e approvate dal Comitato Scientifico, che si fa garante dei contenuti scientifici delle pubblicazioni.

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 – CC-BY-SA, il cui testo integrale è disponibile all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:
<https://libri.unimi.it/index.php/sdlps/index>.

© The Author(s) 2023

© Milano University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Milano University Press

Via Festa del Perdono 7 – 20122 Milano

Sito web: <https://milanoup.unimi.it>

e-mail: redazione.milanoup@unimi.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da Ledizioni (www.ledizioni.it).

STUDI ITALO-BRASILIANI DI DIRITTO DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

ESTUDOS ITALO-BRASILEIROS DE DIREITO DO TRABALHO
E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Direttori

Prof.ssa Thereza Christina Nahas Prof. Giuseppe Ludovico
Prof. Luciano Dorea Martinez Carreiro Prof. Lucio Imberti

Comitato Scientifico

Prof. Alexandre Agra Belmonte Prof. Ilario Alvino
Prof. Carlos Henrique Bezerra Leite Prof. Guido Canavesi
Prof. Georgenor de Souza Franco Filho Prof.ssa Maria Teresa Carinci
Prof.ssa Yone Frediani Prof.ssa Silvia Ciucciovino
Prof.ssa Maria Cristina Ingoyen Peduzzi Prof. Stefano Giubboni
Prof. Vitor Salino de Moura Eça Prof. Alberto Levi

Comitato di Redazione

Prof.ssa Alessandra Ingrao
Prof.ssa Naiara Posenato

Volumi della collana

1. G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T. C. NAHAS, *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano, Milano University Press, 2021
2. G. LUDOVICO, A. LEVI, L. DOREA MARTINEZ CARREIRO, T.C. NAHAS, *I contratti di lavoro flessibile negli ordinamenti italiano e brasiliano*, Milano, Milano University Press, 2023
3. G. LUDOVICO, A. LEVI, L. DOREA MARTINEZ CARREIRO, T.C. NAHAS, *Contratos de trabalho flexível nos sistemas jurídicos italiano e brasileiro*, Milano, Milano University Press, 2023

Indice

Prefazione di Luiz Carlos Amorim Robortella 9

PARTE I

I CONTRATTI DI LAVORO FLESSIBILE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

MICHELE SQUEGLIA, Collaborazioni coordinate e continuative 15

GABRIELE FRANZA, Contratto di lavoro a tempo determinato 27

GIUSEPPE PELLACANI, Contratto di lavoro a tempo parziale 47

MAURIZIO FALSONE, Contratto di lavoro intermittente 61

FRANCESCA MARINELLI, Lavoro occasionale e accessorio 75

FABIOLA LAMBERTI, Apprendistato 85

ILARIO ALVINO, Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e determinato 103

LUCIO IMBERTI, GIUSEPPE LUDOVICO, Appalti e responsabilit  solidale 117

ALESSANDRA INGRAO, Il lavoro nelle piattaforme digitali 135

ALBERTO LEVI, Lavoro agile 153

PARTE II

I CONTRATTI DI LAVORO FLESSIBILE NELL'ORDINAMENTO BRASILIANO

YONE FREDIANI, Lavoro autonomo e parasubordinazione 171

GUILHERME GUIMAR ES FELICIANO, Contratto di lavoro a tempo parziale 189

ANDR  ARAÚJO MOLINA, Contratto di lavoro a tempo determinato 203

CAROLINA TUPINAMB , Contratto di lavoro intermittente 217

LUCIANO DOREA MARTINEZ CARREIRO, <i>Apprendistato</i>	231
THEREZA CHRISTINA NAHAS, <i>Lavoro temporaneo ed esternalizzato</i>	249
ALEXANDRE AGRA BELMONTE, <i>Il lavoro nelle piattaforme digitali</i>	271
GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG, <i>Telelavoro</i>	289
GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO, <i>Lavoro e politiche pubbliche in Amazzonia</i>	307
Notizie sugli Autori	317

Prefazione

«Non so quasi nulla, ma dubito di molte cose»

Guimarães Rosa

Sono onorato di scrivere la prefazione di questa straordinaria opera giuridica, risultato della collaborazione tra l'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro e l'Università degli Studi di Milano, Italia. I suoi coordinatori – non meno illustri – sono i professori brasiliani Luciano Dórea Martinez Carreiro e Thereza Cristina Nahas, e gli italiani Giuseppe Ludovico e Alberto Levi.

I capitoli, firmati da grandi nomi del diritto brasiliano e italiano, offrono al lettore un'ampia e ricca analisi delle numerose tipologie contrattuali, ispirate alla duttilità dogmatica dei tradizionali principi e istituti di tutela del lavoro.

Le forme flessibili di lavoro, qui studiate con rigore scientifico e senza attaccamento alle ideologie, rifiutano l'errata visione manichea della flessibilità, etichettata dal conservatorismo come pozione malefica o diabolica.

Queste nuove modalità – alcune non tanto – consacrano il trionfo del reale sul formale, della realtà sulla fantasia.

Ripudiano il vecchio ed elementare collettivismo che qualifica i lavoratori come un gruppo omogeneo da tutelare con un rigido archetipo contrattuale.

La flessibilizzazione è un imperativo del mercato globalizzato e dell'internazionalizzazione delle operazioni economiche, che richiedono competitività, efficienza e qualità.

Tecnologie e nuovi modi di produrre, sommati alle crisi economiche cicliche, hanno un grande impatto sull'occupazione, potendosi stimare almeno duecento milioni di persone senza lavoro.

I modelli contrattuali presentati in questo bel libro aggiornano tecniche di protezione sociale inclusive che favoriscono la competitività economica.

Gli oppositori considerano questi modelli un vero e proprio attacco ai diritti dei lavoratori, basato sul sistema di mercato liberale in vigore in Inghilterra, Olanda, ecc.

Nonostante le polemiche, alcune idee sembrano consolidate, come ad esempio:

- a. la creazione di posti di lavoro è la migliore forma di protezione sociale e di riduzione della povertà;
- b. la regolamentazione del mercato del lavoro non può inibire lo sviluppo di nuove imprese e la creazione di posti di lavoro;
- c. i contratti flessibili migliorano il rapporto tra vita professionale e vita familiare, soprattutto per le donne;
- d. i contratti a tempo indeterminato dovrebbero essere resi più flessibili.

Un capitolo a parte è dedicato alla crisi della subordinazione giuridica come presupposto della tutela del lavoro, a dimostrazione di come la sua ispirazione fordista e taylorista non si adatti ai ritmi e agli imperativi dei sistemi produttivi.

Non è stato dimenticato il lavoratore privo di subordinazione e anche di autonomia, la cui qualificazione suscita polemiche. Si tratta del lavoratore para-subordinato, espressione coniata in Italia e corrispondente al *coordinated freelance worker*, *employee-like person*, *quasi self-employed worker* o lavoratore autonomo economicamente dipendente.

Il lettore vedrà che il lavoro a progetto è esaminato con grande perspicacia.

Le nuove tecnologie e il dinamismo del mercato richiedono una crescente qualificazione e riqualificazione professionale, richiedendo tipologie contrattuali adeguate a promuovere l'inclusione.

Questa è la questione sociale, politica ed economica del XXI secolo: inclusione contro esclusione.

Il diritto del lavoro ha come principio fondante la tutela del lavoratore, ma ne sta promuovendo la sua revisione dogmatica di fronte alle nuove realtà.

In Brasile, storicamente, il Consolidato delle leggi sul lavoro adotta il falso presupposto che ogni dipendente sia contrattualmente debole in termini economici e giuridici.

Ora, quasi il 50% dei veri "iposufficienti", cioè dei lavoratori con salari e qualifiche basse, lavora nell'ombra dell'informalità, invisibili o sommersi.

I prestatori di servizi, spesso con piena convinzione di legittimità in ragione delle caratteristiche del lavoro, li escludono dalla legislazione. Altri assumono consapevolmente il rischio per ridurre i costi.

Il sistema delle garanzie dei dipendenti classici ha spinto gli altri verso la periferia. Ciò significa che l'alto livello di tutela garantito ad alcuni va a discapito degli esclusi, ai quali restano gli avanzi.

I lavoratori intellettuali, altamente qualificati e senza fragilità economica, spesso costituiscono volontariamente persone giuridiche e in questo modo si inseriscono nel mercato. Non vogliono né hanno bisogno di sottomettersi alle tutele lavoristiche.

Molte forme di assunzione sono considerate atipiche perché non rientrano nel classico rapporto di lavoro. Tuttavia, data la loro molteplicità e quantità, costituiscono dati fenomenologici incompatibili con l'atipicità.

Il telelavoro si avvale delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, è decentralizzato e flessibile, senza luogo né tempo.

È anche un modo per esportare manodopera perché ci sono professionisti di tutto il mondo che lavorano in rete.

Infatti, quando il patrimonio intellettuale viene valorizzato, il lavoratore diventa proprietario di una porzione determinante dei mezzi e dei modi di produzione, compromettendo la tradizionale visione dicotomica. Maggiore è il livello di professionalizzazione e qualificazione, maggiore è l'autonomia sul lavoro.

I giudici incontrano difficoltà nel classificare tali figure intermedie alla luce della legislazione protezionistica. Spesso, per mancanza di norme concretamente applicabili, finiscono per estendere la legislazione del lavoro. È un processo intuitivo, caso per caso, che varia da un giudice all'altro, causando instabilità e insicurezza nel sistema dei rapporti di lavoro.

Con la diminuzione o la fine della subordinazione in varie mansioni, è naturale scegliere altre modalità di assunzione.

Viviamo nella società dell'informazione. Il lavoratore con formazione elevata, giovane, con spirito imprenditoriale, si sente a disagio nel rapporto di lavoro.

Il Rapporto Supiot ha confermato la tendenza alla scomparsa o alla trasformazione della subordinazione fordista che aveva sempre caratterizzato il rapporto di lavoro.

Infatti, quando la prestazione diventa intellettualizzata, la subordinazione si attenua perché la libertà è maggiore.

La subordinazione è un concetto in fase di ricostruzione per adattarsi alle realtà dell'attività economica, così come il principio di protezione.

L'attuale dinamica della produzione rende molto variabile il fabbisogno di manodopera delle imprese.

La maggior parte dei posti di lavoro creati negli ultimi anni nel mondo si inserisce nelle diverse modalità trattate in questo libro, che sollevano prospettive diverse.

L'ottimista esalta l'autonomia, le qualifiche più elevate, la maggiore possibilità di sviluppare altre relazioni professionali e sociali, oltre a una migliore qualità della vita familiare.

Il pessimista pensa che l'autonomia diventi controllo rigido, alienazione sociale e sindacale, orari di lavoro lunghi e senza limiti, lesione del rapporto con la famiglia e la società.

Tuttavia, i cambiamenti giuridici sono inesorabili affinché la legislazione del lavoro non perda il suo contenuto fenomenologico.

Il diritto del lavoro, nella concezione moderna, è uno strumento di sintesi degli interessi comuni al capitale, al lavoro e alla società.

Non mira solo a compensare l'inferiorità economica del lavoratore, ma si apre anche all'organizzazione della produzione. Accanto alla tutela e alla redistribuzione della ricchezza, è il diritto alla produzione e alla regolazione del mercato del lavoro, che deve adottare tecniche via via aggiornate.

L'azienda attuale ha una struttura molto diversa da quella alle origini del diritto del lavoro. Si avvale in maniera intensa della terziarizzazione e si trova circondata da dozzine o centinaia di fornitori di beni e servizi. E utilizza sovente i contratti di lavoro a tempo determinato o precari.

Anche nei tradizionali lavori a tempo pieno si manifestano profondi cambiamenti attraverso tecniche di gestione partecipativa e remunerazione flessibile.

Un altro tema importante affrontato in questo libro è il capitalismo delle piattaforme, dove vi sono aspetti sicuramente preoccupanti:

- a. aumento dell'informalità e dell'assenza di protezione;
- b. difficoltà di auto-organizzazione;
- c. mobilitazione del disagio;
- d. nascita della nuova classe sociale chiamata "precariato".

È vero che nelle piattaforme predomina il lavoratore indipendente provvisto di propri mezzi di produzione, ma sussistono segnali di subordinazione in alcune attività.

Ciò non significa essere subordinati classici in modo da attrarre l'applicazione di tutta la legislazione lavoristica. In verità, sono figure che obbligano a riformulare il valore del lavoro senza datori, orari e luoghi di lavoro, perché questo ci riserva il futuro.

È stato inoltre già rilevato come gli stessi lavoratori siano consumatori. Del resto, attraverso le piattaforme consumano porzioni del mercato del lavoro.

Non avremo più produttori, lavoratori e consumatori come categorie indipendenti. Tutti saranno consumatori di piattaforme digitali.

Di qui l'importanza, oltre all'intervento dello Stato, della responsabilità sociale dell'impresa, richiesta e controllata da tutta la società, in particolare dai consumatori.

In poche parole, il diritto non può ignorare le strutture sociali ed economico, pena l'ingiustizia e l'inefficacia.

Come disse il grande maestro Miguel Reale:

«E poi mi viene in mente una frase, che viene dal Medioevo, passando per Lutero e anche Carnelutti, e cioè che il giurista che è solo giurista, è una cosa povera e triste. Il giurista che pensa che la Legge sia tutto e che risponda a tutto, in realtà non ha piena comprensione della sua missione storica» (*Direito Natural e Direito Positivo*, San Paulo, Saraiva, 1984, p.78).

Saluto ancora una volta i coordinatori di questa magnifica opera di maestri brasiliani e italiani, che sicuramente illuminerà la dottrina lavoristica con il suo realismo, saggezza e lungimiranza.

San Paolo, inverno 2023

Luiz Carlos Amorim Robortella
Presidente dell'Accademia brasiliana di diritto del lavoro

PARTE I
I CONTRATTI DI LAVORO FLESSIBILE
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Collaborazioni coordinate e continuative

Michele Squeglia

SOMMARIO: 1. Definizione dell'ambito di indagine. – 2. Le collaborazioni organizzate dal committente. – 2.1. L'applicazione dall'esterno della “disciplina del rapporto di lavoro subordinato”. – 2.2. Le deroghe ammesse. – 2.3. L'estensione della disciplina alle collaborazioni etero-organizzate che si avvalgono di piattaforme anche digitali: rinvio. – 3. Le collaborazioni organizzate dal collaboratore “di comune accordo” con il committente. – 3.1. La riqualificazione del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa in prestazione di lavoro subordinato. – 3.2. La stabilizzazione dei collaboratori e titolari di partita IVA.

1. Definizione dell'ambito di indagine

A seguito delle modifiche operate dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101, convertito con modificazioni nella legge 2 novembre 2019, n. 129, la collaborazione coordinata e continuativa da intendersi, alla stregua dell'art. 409, n. 3, c.p.c., come una tipologia contrattuale «(...) che si concreta in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato», ha assunto una rinnovata centralità, tanto alla possibilità di instaurazione quanto al regime di tutela, nella disciplina della cd. “parasubordinazione”¹, dopo alcune stagioni vissute all'ombra, prima delle collaborazioni a progetto (*ex artt.* 61-69 d.lgs. n. 276/2003) e, successivamente, delle collaborazioni etero-organizzate (*ex art.* 2, d.lgs. n. 81/2015).

Il d.lgs. n. 81/2015, nell'intento di riordinare le tipologie contrattuali nel lavoro subordinato ed autonomo, se da un lato aveva posto fine, dal 1° gennaio 2016, all'esperienza delle collaborazioni a progetto² – di cui agli artt. 61-69 *bis* del d.lgs. n. 276/2003 – , dall'altro lato, aveva introdotto una variante o,

1 Trattasi, come è noto, di una categoria funzionale di tipo teorico elaborata dalla dottrina per designare una vasta tipologia dei rapporti non definiti univocamente che presenta caratteristiche proprie tanto del lavoro autonomo quanto del lavoro subordinato. Per un'ampia letteratura sul tema, si veda G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1975; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989; G. GHERA, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in *Dir. Lan.*, 2004, p. 1103 ss.

2 Per la disciplina del soppresso lavoro a progetto, sia consentito rinviare a M. SQUEGLIA, *Lavoro a progetto, co.co.co. e prestazioni occasionali dopo la Riforma Fornero*, Esselibri, Napoli, 2013.

comunque, un sotto-tipo, della collaborazione coordinata e continuativa nel momento in cui stabiliva che «ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato» (art. 2, comma 1).

Sembrava dunque che il legislatore, prendendo riferimento dal tradizionale concetto di “coordinamento” presente nella collaborazione coordinata e continuativa – da intendersi come un collegamento funzionale tra la prestazione predeterminata contrattualmente e la struttura organizzativa del committente e, dunque, come una ingerenza non invasiva nell’attività del collaboratore³ – avesse voluto tracciare un solco tra la collaborazione di cui all’art. 409, n. 3, c.p.c. e le collaborazioni etero-organizzate, di cui all’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, posto che per queste ultime l’autonomia del collaboratore, in ordine al «quando», al «come» e al «dove» svolgere la prestazione, non doveva semplicemente modellarsi sul piano funzionale all’organizzazione del committente, bensì doveva soggiacere ad una dipendenza, per l’appunto, “organizzativa” al fine di fornire un *opus* (o più *opera*) morfologicamente più prossimo, ma pur sempre differente, al lavoro subordinato.

La dottrina italiana si è presentata da subito divisa in ordine alla linea di confine della nuova collaborazione etero-organizzata con la subordinazione e con l’autonomia: se per alcuni commentatori, il legislatore italiano aveva introdotto una nuova fattispecie di subordinazione – precisamente “dei rapporti di collaborazione etero-organizzati”, anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro – che si affiancava, puntualizzandola, alla tradizionale fattispecie dei rapporti di lavoro eterodiretti di cui all’art. 2094 c.c.⁴; per altri, la norma offriva due differenti schemi contrattuali di lavoro autonomo (il primo, costruito sulla base della previsione contenuta nell’art. 409, n. 3, c.p.c. ed il secondo, formulato alla stregua dell’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015)⁵.

In effetti, l’art. 2, d.lgs. n. 81/2015 palesava, nel confronto con l’art. 2094 c.c., diverse ambiguità che finivano per rendere sovrapponibili i modelli contrattuali. Si trattava di distinguere non solo il coordinamento dalla subordinazione, ma anche il coordinamento dalla nuova nozione di “etero-organizzazione”.

3 V., ad esempio, Cass. civ., n. 3485/2001.

4 Cfr. P. TOSI, *Autonomia, subordinazione e coordinazione in Labour*, 17, p. 245 ss.; secondo L. NOGLER (*La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell’autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 47 ss.) si tratterebbe di una presunzione assoluta di subordinazione.

5 Per tale posizione A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate continuative e le prestazioni organizzate dal committente*, in A. PERULLI - L. FIORILLO (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2016, p. 320; A. ZOPPOLI, *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, p. 33 ss.

Quando una collaborazione poteva dirsi solo «prevalentemente personale» e quando invece «esclusivamente personale»? Quando le «modalità di esecuzione individuate dal committente» invadevano l'organizzazione del collaboratore? Quando il tempo o il luogo di lavoro stabiliti dal committente erano segnali di una collaborazione non genuina? Era sufficiente per la configurazione dell'etero-organizzazione che il committente avesse indicato puntualmente, ed in maniera unilaterale, l'orario di lavoro del collaboratore? E ciò anche se avesse indicato solo delle fasce orarie di riferimento nelle quali coordinarsi con la sua organizzazione? E se l'oggetto della prestazione si fosse svolto nel luogo del committente, anche nei casi in cui non potesse oggettivamente svolgersi in luoghi diversi, era comunque indice di etero-organizzazione? Il riferimento alla "prestazione di lavoro" e non alla "prestazione d'opera", come invece previsto dall'art. 409, n. 3, c.p.c., estendeva il requisito della continuità e, dunque, lo riconduceva anche a prestazioni non collegate alla realizzazione di un *opus*, ma anche di attività?

Le incertezze sul piano interpretativo, rivelandosi particolarmente insidiose tanto sul piano strutturale quanto su quella funzionale, hanno spinto il legislatore italiano, da un lato, ad introdurre nuovi elementi utili alla fattispecie dell'art. 409, n. 3, c.p.c. e, dall'altro, a meglio definire, tanto sul piano esegetico quanto su quello qualificatorio, quella introdotta dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, senza però in definitiva incidere sulla definizione dell'ambito di applicazione dell'etero-organizzazione sia rispetto al lavoro subordinato sia alle collaborazioni coordinate e continuative.

Cosicché, se l'art. 15, d.lgs. 22 maggio 2017, n. 81 ha aggiunto un nuovo capoverso all'art. 409, n. 3, c.p.c., chiarendo che «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa»; il d.l. n. 101/2019, convertito con modificazioni nella legge n. 121/2019, ha modificato ulteriormente i requisiti delle collaborazioni etero-organizzate di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, prevedendo che la prestazione lavorativa del collaboratore etero-organizzato, ai fini della sua riconduzione alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato, deve essere, oltre che continuativa, "prevalentemente personale" (e dunque non più esclusivamente personale), ed organizzata dal committente senza più tenere conto del riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

La nuova formulazione delle due norme amplia, e non marginalmente, la discrezionalità dell'interprete in sede di sussunzione del caso concreto nella fattispecie. Stiamo dunque assistendo in Italia ad un processo evolutivo che arricchisce di forme e contenuti nuovi il vigente assetto del diritto del lavoro. Il lavoro subordinato seguita a costituire la figura centrale dell'ordinamento giuridico del lavoro mentre i modelli emergenti di rapporti di lavoro che si vanno delineando a suo fianco, senza poterlo sovrachiare, prospettano ad onta dell'autonomia

gestione dell'attività lavorativa, situazioni di dipendenza economica ed organizzativa tali da sollecitare misure, anche di genesi previdenziale e assistenziale, derivate in parte dalla disciplina del lavoro subordinato.

L'operazione complessiva, che ne è derivata, ha imposto di definire i requisiti di genuinità di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa attraverso una lettura combinata tra l'art. 409 c.p.c. e l'art. 2 D. Lgs. n. 81/2015; cosicché se la prima disposizione declina i requisiti civilistici che deve possedere una collaborazione coordinata e continuativa genuina, la seconda individua gli elementi che possono determinare lo scivolamento nella disciplina della subordinazione.

Il che ci porta a concludere che le (anche) le collaborazioni etero-organizzate (al pari delle collaborazioni coordinate e continuative), conservano la loro natura di lavoro autonomo⁶, dal momento che resta salvo l'assetto negoziale stabilito dalle parti in sede di stipulazione del contratto, posto che la legge, come si avrà modo di riferire più avanti, si limita ad imporre l'intervento correttivo dell'estensione delle tutele previste per i rapporti di lavoro subordinato nel solo caso in cui si constata l'assenza dei requisiti per essa espressamente previsti (personalità, continuità ed etero-organizzazione).

Da questo ragionamento, ne deriva anche un importante risvolto in chiave segnatamente applicativa: l'estensione della disciplina del lavoro subordinato al collaboratore etero-organizzato, configurandosi come un meccanismo di tutela del singolo lavoratore, non incide sugli istituti normativi e contrattuali connessi alle soglie dimensionali dell'azienda (si pensi, ad esempio, agli obblighi derivanti dal collocamento mirato di cui alla legge n. 68/1999)⁷.

2. Le collaborazioni organizzate dal committente

Nell'una e nell'altra tipologia di collaborazione occorre indagare sul significato dei requisiti previsti per ciascuno dei due schemi contrattuali, al fine di operare il raffronto tra una collaborazione genuina da quella che, pur ispirata da un *animus* di libertà di dipendenza organizzativa, "scivola" nel regime della subordinazione. Ebbene, l'osservazione rivela che è solo il requisito dell'etero-organizzazione a differenziare i due schemi, posto che tanto il requisito della prevalente personalità quanto quella della continuità non sembrano in grado di tipizzare l'una rispetto all'altra.

Si è già riferito della novella operata dal d.l. n. 101/2019 che ha eliso dall'art. 2, c.1, del D. Lgs. n. 81/2015 il riferimento a prestazioni «esclusivamente personali»; dacché ne consegue che, al pari di quanto sancito dall'art. 409, n. 3 c.p.c.,

6 Parla di «figura trans-tipica di lavoro autonomo», M. T. CARINCI, *Tutele crescenti e lavoro etero-organizzato al vaglio delle alte Corti*, in M. T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2020, p. 82.

7 Cfr. circ. Ispettorato Nazionale del Lavoro n. 7 del 30 ottobre 2020.

anche per le collaborazioni etero-organizzate è sufficiente che la personalità della prestazione sia «prevalentemente personale».

La *prevalente personalità* riguarda il profilo soggettivo del collaboratore e, precisamente, è da circoscrivere alla possibilità di avvalersi di assistenti, di aiutanti o di sostituti nell'esecuzione della prestazione dedotta in contratto. Sono prevalentemente personali le prestazioni che siano svolte anche con l'ausilio di altri soggetti, dal momento che è sufficiente la prevalenza del lavoro personale del collaboratore, nonché le prestazioni che vengono rese mediante l'utilizzo di strumentazione o di mezzi nella sua disponibilità⁸. Vale invece ad escludere la prevalente personalità lo svolgimento di un'attività non da parte di una persona fisica, ma da una società, anche se di persone o irregolare ovvero di fatto⁹.

Quanto alla *continuità* della prestazione professionale, essa indica che la prestazione non deve essere occasionale (o istantanea o episodica e, dunque, limitata ad una opera specifica e determinata), bensì si deve protrarre per un arco temporale che prevede l'impegno costante del collaboratore a favore del committente¹⁰.

Cosicché non potrà parlarsi di occasionalità, allorché la ripetizione di una medesima prestazione lavorativa sia oggetto o presupposto del contratto, anche laddove non sia definito l'arco temporale di esecuzione. Sotto tale aspetto, quindi, non rileva tanto la misurazione della durata del rapporto di lavoro, bensì rileva il perdurante interesse del committente al ripetersi della prestazione lavorativa da parte del collaboratore. Ad esempio, è proprio il difetto di continuità a caratterizzare il rapporto di procacciamento di affari, la cui raccolta consiste nella raccolta di proposte o di ordinazione dei clienti da trasmettere in via successiva al proponente da cui il procacciatore ha ricevuto il relativo incarico.

È indubbio che i due requisiti, presentandosi in entrambi i modelli di collaborazione, non assumono efficacia dirimente: rispetto alla collaborazione coordinata e continuativa, nell'etero-organizzazione il collaboratore opera all'interno di una organizzazione aziendale rispetto alla quale è tenuto ad osservare direttive impartite dallo stesso committente. Questa lettura è stata accolta dalla Corte di Cassazione nel caso Foodora (24 gennaio 2020 n. 1663) nella quale i giudici di legittimità definiscono il requisito della etero-organizzazione come «da modulazione unilateralmente disposta dal committente delle modalità esecutive della prestazione lavorativa in modo tale che, possa inserirsi ed integrarsi nell'organizzazione d'impresa del committente stesso»¹¹. Sulla stessa lunghezza d'onda

8 Cfr. Cass. civ. 26 febbraio 1996, n. 1495.

9 Cass. civ. 21 aprile 2011, n. 9273; Cass. civ. 25 settembre 1997, n. 2509.

10 Cfr. Cass. civ. 19 aprile 2002, n. 5698; Cass. civ., 20 agosto 1997, n. 7785.

11 La sussistenza di una collaborazione etero-organizzata non determina una riqualificazione della fattispecie, fatte salve ovviamente le ipotesi in cui la etero-organizzazione sconfini in una vera e propria etero-direzione. Ne consegue che è esclusa l'applicazione delle sanzioni previste per la violazione degli obblighi connessi all'instaurazione di rapporti di

anche una recente interpretazione dei tecnici ministeriali secondo cui sussiste etero-organizzazione quando l'attività del collaboratore è pienamente integrata nell'attività produttiva del committente e questo elemento risulta indispensabile per rendere la prestazione lavorativa¹².

Il che contribuisce a spiegare lo sforzo, operato dal nuovo capoverso dell'art. 409 n.3, c.p.c., di qualificare come genuina la sola collaborazione coordinata e continuativa la cui prestazione di lavoro è concordata tra le parti, ovvero è da esse convenzionalmente stabilita, prima dell'esecuzione della prestazione (v. *infra*). In sostanza, la collaborazione coordinata genuina si caratterizza per il requisito preliminare dell'autonomia nell'esecuzione della prestazione correlata alla responsabilità e all'assunzione di rischio in capo al collaboratore. Ciò significa che nella collaborazione coordinata e continuativa genuina le parti si accordano al fine di rendere utile la prestazione dedotta in contratto. Precisamente, nella cd. programmazione negoziale concordata il collaboratore svolge la propria attività, concordando con il committente le modalità di esecuzione della sua prestazione, in modo che la medesima si presenti funzionalmente integrata nel ciclo produttivo dell'impresa del committente pur senza vincoli di alcuna tipologia o natura¹³.

2.1. L'applicazione dall'esterno della “disciplina del rapporto di lavoro subordinato”

Giunti a questo punto, occorre soffermarsi, sia pure brevemente, al caso in cui la collaborazione autonoma etero-organizzata si presenti non genuina e sconfini nella subordinazione.

Come si è già riferito, verificandosi tale circostanza, l'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015 sancisce l'applicazione «(...) della disciplina del rapporto di lavoro subordinato».

Tale previsione ha suscitato un vivace dibattito in giurisprudenza¹⁴ e in dottrina tra coloro che ritengono l'art. 2, comma 1, una “norma di fattispecie” che incide cioè sul tipo lavoro subordinato¹⁵ ed altri che la inquadrano quale “norma

lavoro subordinato, quali la comunicazione preventiva e la consegna della dichiarazione di assunzione.

12 Cfr. circ. Ispettorato Nazionale del Lavoro n. 7 del 30 ottobre 2020.

13 Secondo la Corte Costituzionale (sent. 30 luglio 1997, n. 293) è proprio il pieno coinvolgimento del collaboratore nell'organizzazione del committente a giustificare le diverse modalità di svolgimento della prestazione rispetto a quelle proprie del regime di autonomia.

14 Trattasi delle note pronunce Trib. Torino 7 maggio 2018 in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 283 ss., nt. P. Ichino; Trib. Milano 10 settembre 2018 in *Guida Lav.*, 2018, n. 37, p. 16 ss.; App. Torino 4 febbraio 2019, n. 26 in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 340 ss., nt. di M.T. CARINCI e di R. DEL PUNTA.

15 Per tale posizione, R. GRECO, *Le prospettive di applicazione dei criteri di distinzione fra lavoro autonomo e subordinato dopo il D.Lgs 81/15*, in *Var. temi dir. lav.*, 2016, p. 265 ss.; G. SANTORO

di disciplina”, offrendo dunque una lettura non in chiave estensiva del tipo legale, quanto della relativa disciplina protettiva¹⁶.

Così, ad esempio, la Corte di Cassazione (nel testo precedente alla novella contenuta nel d.l. n. 101/2019), prendendo atto del fatto che il legislatore non vi ha provveduto in maniera esplicita, ne trae la conseguenza che deve ritenersi applicabile l'intera disciplina del rapporto di lavoro subordinato con il solo limite delle disposizioni «ontologicamente incompatibili con le fattispecie da regolare che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ.». In sostanza, tale rinvio è inteso come rinvio alla disciplina legale e contrattuale concretamente applicabile¹⁷.

Su cosa consiste questa “estensione” della disciplina del lavoro subordinato non è dato comprendere, dato l'assenza di ogni indicazione ad opera del

PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 278/2015; E.M. TERENCEZIO, *La riaffermata centralità della subordinazione*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, p. 131 ss.

- 16 A questo proposito v. la lettura di M. MAGNANI, *La riforma dei contratti e del mercato del lavoro nel c.d. Jobs Act. Il codice dei contratti*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 961 ss.; C. LAZZARI, *Contrattazione collettiva e lavoro autonomo dopo il D.Lgs 81/15*, in *Var. temi dir. lav.*, 2016, p. 311 ss.; A. PERULLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, p. 11 ss.; F. STOLFA, *Il ritorno alla co.co.co.*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, p. 395 ss.; R. VOZA, *La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 318/2017; A. ZOPPOLI, *La collaborazione eteroorganizzata. Fattispecie e disciplina*, cit., p. 33 ss. Altre opinioni fanno leva sulla effettiva efficacia ed utilità della norma: in particolare, secondo P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1117 ss. si tratterebbe di una norma meramente apparente che collega ad una fattispecie preesistente gli effetti che le sono già propri.
- 17 Il giudice di appello aveva ritenuto che non fosse «praticabile un'estensione generalizzata dello statuto della subordinazione», dovendosi optare «per un'applicazione selettiva delle disposizioni per essa approntate, limitata alle norme riguardanti la sicurezza e l'igiene, la retribuzione diretta e differita (quindi relativa all'inquadramento professionale), i limiti di orario, le ferie e la previdenza ma non le norme sul licenziamento» (il corsivo è dell'autore). Di tali argomentazioni la Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi nel successivo giudizio di legittimità, non ne trae la (logica) conclusione del lavoro etero-organizzato come *tertium genus* di contratto di lavoro, “avente caratteristiche tanto del lavoro subordinato quanto di quello autonomo, ma contraddistinto da una propria identità, sia a livello morfologico, che funzionale e regolamentare”. Anzi la Suprema Corte, dissentendo in merito alle conclusioni formulate dal giudice di secondo grado, ricorda che il legislatore “ha stabilito che quando l'etero-organizzazione, accompagnata dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio della applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato” (Cass. civ. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *CED Cassazione*, 2020). Per un'analisi della soluzione interpretativa sul caso Foodora, cfr. i contributi di M.T. CARINCI e di A. TURSI nel volume degli stessi autori, *Licenziamento subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 57 ss. e 65 ss.

legislatore. Ed è evidente che il risultato si presenta diverso a seconda che si accolga la riconduzione delle collaborazioni etero-organizzata a norma di fatti-specie oppure di tutela.

In altre parole, si tratta di scegliere se applicare l'intera disciplina del lavoro subordinato o solamente un nucleo di essa, dal momento che il legislatore non ha indicato un'alternativa al problema qualificatorio, bensì ha imposto una soluzione «senza prevedere alcuna clausola di salvezza»¹⁸.

Ma al di là che si protenda per l'una o per l'altra impostazione, si può ad ogni modo convenire di applicare lo statuto protettivo del lavoro subordinato con riferimento alla retribuzione, alla contribuzione, alle ferie e ai permessi, ai limiti legali e contrattuali all'orario di lavoro, alle pause e riposi; alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro; alla parte normativa del contratto collettivo di riferimento con riferimento agli istituti del lavoro subordinato compatibili con la natura del particolare rapporto di lavoro.

Quanto poi al profilo contributivo va anzitutto ricordato che la Corte di Cassazione, nel far proprie le argomentazioni della Corte di Appello di Torino, ha evidenziato che «il lavoratore etero-organizzato resta tecnicamente “autonomo” ma per ogni altro aspetto ed in particolare per sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita (e quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza, il rapporto è regolato nello stesso modo». Ne consegue che la base imponibile va calcolata secondo il criterio generale dei minimi contrattuali previsti dai contratti collettivi (art. 1, comma 1, D.L. n. 338/1989), applicando le aliquote previste per i lavoratori subordinati dal Fondo Pensione Lavoratori Dipendenti¹⁹.

Ai lavoratori etero-organizzati vanno, inoltre, applicate le tutele connesse alla cessazione del rapporto di lavoro, l'indennità di malattia, di maternità e gli assegni al nucleo familiare nella misura riconosciuta ai lavoratori dipendenti.

2.2. Le deroghe ammesse

Non tutte le collaborazioni etero-organizzate sono attratte nella disciplina del lavoro subordinato perché alcune tipologie di collaborazioni sono escluse dall'applicazione dell'art. 2 per espressa previsione legislativa.

In particolare, all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015 sono individuate alcune ipotesi per le quali non si applica il primo comma: a) le collaborazioni disciplinate dai contratti collettivi nazionali di lavoro in ragione delle particolari esigenze produttive e organizzative del relativo settore, con specifica definizione del trattamento economico e normativo da applicare ai collaboratori; b) le

18 Così R. RIVERSO, *Cambiare si può. Nuovi diritti per i collaboratori* in *Questione Giustizia* 15 novembre 2019.

19 È il caso di sottolineare che, laddove si registri l'avvenuto versamento da parte del committente di contributi presso altra gestione previdenziale, gli stessi dovranno essere scomputati dall'ammontare dei contributi dovuti.

collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; c) le attività prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni; d) le collaborazioni rese 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 riconosciuti dal C.O.N.I., come individuati e disciplinati dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

Tra le deroghe previste, quella riconosciuta alla contrattazione collettiva nazionale di lavoro presenta profili di indubbio interesse, non fosse altro perché, se adeguatamente esercitata, consentirebbe di recuperare le forme di lavoro sottoprotette, presenti sul mercato, ed incanalarle in schemi che riconoscano una specifica tutela normativa ed economica²⁰.

2.3. L'estensione della disciplina alle collaborazioni etero-organizzate che si avvalgono di piattaforme anche digitali: rinvio

La legge n. 128/2019, di conversione al d.l. n. 101/2019, nell'ambito delle modifiche operate al primo comma dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, ha stabilito che le disposizioni sulle collaborazioni etero-organizzate si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali, nelle quali rientrano le prestazioni svolte dai ciclofattorini che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui (i cd. *riders*)²¹. Sul punto si rinvia alla specifica trattazione contenuta nel saggio di Alessandra Ingrao in questo volume.

3. Le collaborazioni organizzate dal collaboratore “di comune accordo” con il committente

Una volta chiarita la portata dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, possiamo ora soffermarci sulle collaborazioni coordinate e continuative di cui al nuovo art. 409, n. 3, c.p.c. La disposizione, come è noto, estende le garanzie processuali e sostanziali alle categorie di lavoratori che, pur in assenza di formale subordinazione, prestano un rapporto di lavoro che si esplica in una prestazione di lavoro, manuale o intellettuale, che si presenta coordinata, continuativa e

20 V. anche Tribunale di Roma, 6 maggio 2019, n. 4243.

21 Differentemente da altri paesi europei che si presentano divisi tra la ricerca di una soluzione qualificatoria all'interno delle tipizzazioni esistenti e l'opportunità di un intervento legislativo *ad hoc*. Ad esempio, per un approfondimento della vicenda spagnola in merito alla riconduzione dell'attività dei ciclo-fattorini nella fattispecie della dipendenza economica all'interno del lavoro autonomo, si rinvia a M. SQUEGLIA, “*Quante miglia deve camminare un uomo prima di sapere di essere un uomo?*”. *La vicenda irrisolta dei riders in Spagna: analisi di un dibattito de iure condendo*, in *Mass. givr. lav.*, 2, 2020, p. 423 ss.

prevalentemente personale. Siamo dunque di fronte ad uno schema contrattuale trasversale nel quale la generica indicazione di *genus a sé* stante non è sufficiente a preservarlo dal rischio di una diversa qualificazione giuridica. In esso sono identificabili una gamma di rapporti di lavoro, in parte avvicinati al lavoro subordinato e in parte al lavoro autonomo puro, ma che se ne distaccano per alcuni profili caratterizzanti la figura.

Tale è la ragione per cui in dottrina si parla di “parasubordinazione”²², la quale, presentandosi come una zona grigia di frontiera, si affiancherebbe all’area della subordinazione e dell’autonomia, presentando elementi e caratteristiche proprie, tali da essere riconducibile ad un *tertium genus*. Una ricostruzione che è però respinta legislativamente, dal momento che l’individuazione di una terza area non è stata mai oggetto di una specifica codificazione, ma anche dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, la quale ha costantemente sostenuto negli anni che la nozione di parasubordinazione non rappresenta un *tertium genus* nell’ordinamento italiano, assumendo di volta in volta le diverse colorazioni di cui si può naturalmente tingersi il rapporto di lavoro autonomo²³.

Al di là di tali posizioni, resta il fatto che la ricostruzione della figura del collaboratore coordinato e continuativo è affidata ad una attenta valutazione dei compiti a lui devoluti e, soprattutto, dell’invasione, o, se si preferisce, dell’ingerenza, del committente nello svolgimento della sua prestazione.

Ebbene, ai fini dell’inquadramento di una genuina collaborazione coordinata e continuativa occorre allora porre attenzione alle citate modifiche introdotte dalla d.l. n. 101/2019, e dunque alla circostanza che la prestazione, svolgendosi in assoluta autonomia, deve svolgersi nel quadro delle finalità e delle necessità organizzative concordate per iscritto con il committente²⁴. Ciò significa che l’effettiva autonomia del collaboratore, rispetto alle modalità della prestazione, andrà valutata non tanto dal punto di vista soggettivo quanto piuttosto da quello oggettivo, dal momento che il risultato della collaborazione si inserisce nell’organizzazione aziendale del committente senza alcun vincolo né di spazio né di tempo.

Cosicché il collaboratore non ha nessun vincolo riguardo al luogo dove esegue l’incarico e può scegliere di volta in volta se svolgere la prestazione lavorativa presso i locali in propria disponibilità oppure presso i locali aziendali. Allo stesso tempo, non sarà vincolato al rispetto di orari predeterminati né di tempi

22 Per un’ampia panoramica sull’argomento, si v. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2003; F. ROSELLI, *Il lavoro parasubordinato* in G. SANTORO PASSARELLI (diretto da), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2000; V. BALLESTRERO, *L’ambigua nozione della parasubordinazione*, in *Lav. Dir.*, 1987, p. 417 ss.

23 Cass. civ. 7 novembre 1995, n. 11581; Pret. Napoli, 23 gennaio 1989.

24 Cass. civ. 19 aprile 2002, n. 5698; Cass. civ. 8 gennaio 1989, n. 92.

di durata della prestazione che saranno liberamente scelti, al più sulla base degli accordi di coordinamento e di condivisione pattuiti con il committente.

Non è dunque escluso che il committente fornisca delle direttive al collaboratore sempreché ciò avvenga nei limiti dell'autonomia professionale del collaboratore stesso e, comunque, di quanto preventivamente concordato con lo stesso; in ogni caso, non può essere pretesa una prestazione o un'attività che esuli da quanto originariamente pattuito con il collaboratore, né può privare il collaboratore della sua autonomia nello svolgimento della prestazione. In particolare, il committente non deve esercitare un controllo sull'attività svolta del collaboratore. La prestazione non deve presentarsi meramente occasionale, bensì continuativa e resa in misura apprezzabile nel tempo.

Conseguentemente, l'accordo fra le parti deve comportare lo svolgimento costante da parte del collaboratore a favore del committente di una serie precisata di attività e di prestazioni. Esulano, pertanto, da tali rapporti quelli che, estrinsecandosi in una relazione occasionale con il committente, sono destinati ad esaurirsi con il compimento dell'unica prestazione oggetto dell'accordo delle parti.

Trattandosi di una prestazione prevalentemente personale, il collaboratore potrà avvalersi anche di altri soggetti, sempreché non perda la preminenza della sua personale partecipazione, né l'unicità della responsabilità su di lui ricadente²⁵.

Infine, accanto a questi elementi ve ne sono altri, sussidiari, di una collaborazione genuina, quali la corresponsione di una retribuzione periodica prestabilita, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. c) *bis* del D.P.R. n. 917/1986, oppure l'iscrizione alla Gestione Separata istituita presso l'INPS per effetto dell'art. 2, comma 26, della legge n. 335/1995.

3.1. La riqualificazione del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa in prestazione di lavoro subordinato

Nel caso di assenza dei citati requisiti (continuità, coordinamento, personalità), per iniziativa del collaboratore o a seguito di vigilanza ispettiva, alla pseudo collaborazione coordinata e continuativa si applicheranno le conseguenze legate alla riqualificazione in sede giudiziale del rapporto di lavoro da autonomo in prestazione di lavoro subordinato. Cosicché i compensi erogati dal committente al collaboratore andranno riqualificati come "retribuzione", e come tali commisurati agli specifici emolumenti previsti dal contratto collettivo nazionale applicabile per la relativa categoria.

Peraltro, il recesso del committente comporterà per il collaboratore il diritto al preavviso e ove il recesso è illegittimo, alle forme di tutela reale od obbligatoria. Senza trascurare che il committente, a seguito della riqualificazione del rapporto, sarà tenuto al versamento della contribuzione sociale nella misura dovuta

25 Cass. Civ. 26 febbraio 1996, n. 1495.

per il rapporto di lavoro subordinato e le sanzioni per evasione contributiva, calcolate sulla base dell'ammontare dei contributi omessi.

3.2. La stabilizzazione dei collaboratori e titolari di partita IVA

Il d.lgs. n. 81/2015, nell'intento di promuovere la stabilizzazione dell'occupazione mediante il ricorso a contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e di garantire il corretto utilizzo dei contratti di lavoro autonomo, ha introdotto una «sanatoria» delle “dubbie” collaborazioni coordinate e continuative e delle prestazioni svolte dalle cosiddette partita IVA.

In particolare, l'art. 54 del d. lgs. n. 81/2015 ha previsto che dal 1° gennaio 2016, i datori di lavoro privati che assumono con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato soggetti titolari di partita IVA o di contratti di collaborazioni coordinate e continuative, anche a progetto, potranno vedersi estinguere gli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali connessi all'erronea qualificazione del rapporto di lavoro instaurato²⁶.

Affinché vi sia l'effetto estintivo previsto dalla procedura di stabilizzazione debbono, tuttavia, essere rispettate due specifiche condizioni: a) i lavoratori devono sottoscrivere atti di conciliazione in «sede protetta» (vale a dire in una delle sedi di cui all'art. 2113, c. 4, c.c., ovvero innanzi alle commissioni di certificazione di cui all'art. 76 del d. lgs. n. 276/2003); b) il datore di lavoro non può procedere al licenziamento nei 12 mesi successivi, salvo che per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo.

La norma fa in ogni caso salvi eventuali illeciti accertati dagli organi di vigilanza prima dell'assunzione del lavoratore.

26 Sul punto, si v. la circ. Min. Lav. 22 gennaio 2016, n. 2.

Contratto di lavoro a tempo determinato

Gabriele Franzà

SOMMARIO: 1. La natura speciale del lavoro a tempo determinato – 2. L'evoluzione della disciplina dal codice del 1865 fino al controllo sindacale della flessibilità. – 3. La direttiva 99/70/Ce e il suo recepimento nell'ordinamento italiano. – 4. Dal limite della giustificazione del termine al sistema dei limiti quantitativi. – 5. Il “decreto dignità” e l'emergenza sanitaria. – 6. Il lavoro a tempo determinato nell'impiego pubblico.

1. La natura speciale del lavoro a tempo determinato

Il contratto di lavoro a tempo determinato (cosiddetto a termine) è una specifica tipologia del contratto di lavoro subordinato.

La particolarità di questo contratto dipende dalla automatica estinzione del rapporto di lavoro alla scadenza pattuita dalle parti, appunto individuata nel termine finale¹. Pertanto, per la cessazione del rapporto al momento della scadenza del contratto non occorre un atto di recesso, cioè la manifestazione unilaterale di volontà di estinguere il rapporto da parte del datore di lavoro (il licenziamento) o del lavoratore (le dimissioni)². Si dice che il contratto scade per spirare naturale del termine (*dies interpellat pro homine*).

Da un punto di vista macroeconomico, il lavoro a termine rappresenta una rilevante variabile delle politiche occupazionali³. Ne deriva un accentuato interesse verso la regolazione della materia, fermo restando il dibattito sulla opportunità di creare una occupazione che, se non si trasforma in impiego stabile, tende a manifestarsi come stato di precarietà.

1 Il termine finale deve essere certo almeno nell'*an*, cioè nel suo verificarsi. Invece il termine non deve necessariamente essere certo nel *quando*, come a volte accade per un contratto stipulato al fine di sostituire un lavoratore che è assente, ma ha diritto alla conservazione del rapporto.

2 La giurisprudenza italiana afferma che la comunicazione con cui si rappresenta al lavoratore l'imminente scadenza del contratto è soltanto un atto ricognitivo. Pertanto, questa dichiarazione di scienza va distinta dalla manifestazione di volontà di interrompere il rapporto, che integrerebbe gli estremi di un licenziamento.

3 Negli ultimi venti anni, la quantità di contratti a termine attivati in Italia si è sempre attestata su una percentuale superiore al 10 per cento della complessiva occupazione di natura subordinata.

Sul piano individuale, peraltro, la precarietà non dipende soltanto dal singolo rapporto di lavoro in quanto destinato a cessare. Infatti, occorre anche evitare che, attraverso lo strumento del contratto a termine, un unico rapporto sia frazionato nel tempo, ad esempio mediante la ripetizione di più contratti temporanei con lo stesso lavoratore.

Negli ultimi decenni, tuttavia, il legislatore italiano ha dovuto prendere atto che la grave crisi occupazionale non può essere contrastata limitando qualsiasi forma contrattuale che sia diversa da quella *standard*, cioè quella rappresentata dal contratto di lavoro a tempo indeterminato. Pertanto, all'obiettivo di protezione del lavoratore a termine si è accompagnata una attenuazione della rigidità che caratterizzava la materia. Di recente, anzi, la normativa italiana si era spinta verso una sorta di "liberalizzazione" dell'istituto. Le ultime riforme, benché condizionate dall'emergenza sanitaria, hanno però ripristinato alcuni limiti di carattere qualitativo, che dovrebbero confermare la natura speciale di questa forma di lavoro.

Sempre sul piano del rapporto individuale, è comunque evidente che la riconduzione di questo contratto all'ambito di quelli definiti flessibili è strettamente collegata alla mancata applicazione della disciplina dei licenziamenti e ad alle annesse tutele in favore del lavoratore subordinato⁴. Ne consegue che, salvo casi eccezionali, la flessibilità garantita dal lavoro a tempo determinato è voluta esclusivamente dai datori di lavoro.

2. L'evoluzione della disciplina dal codice del 1865 fino al controllo sindacale della flessibilità

Come anticipato, l'evoluzione della disciplina dell'istituto è stata molto travagliata.

Originariamente, l'ordinamento italiano addirittura vietava la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, in quanto considerati simili al lavoro servile. Nella logica della *locatio operarum*, infatti, un rapporto di lavoro poteva essere costituito soltanto a termine. Tuttavia, già all'inizio del secolo scorso la giurisprudenza dei collegi dei probiviri aveva ritenuto legittimi i contratti di lavoro a termine di lunga o lunghissima durata.

Con la definitiva affermazione del concetto giuridico di subordinazione, intesa in senso tecnico-funzionale ed incentrata sulla previsione di limiti ai poteri del datore di lavoro, si è affermata la regola per cui il contratto di lavoro subordinato è normalmente stipulato a tempo indeterminato. Infatti, tale

4 Occorre però ricordare che si è in presenza di un vero licenziamento (o, rispettivamente, di dimissioni del lavoratore) quando il recesso di una parte del contratto avviene *ante tempus*, cioè prima della scadenza pattuita. Questo recesso anticipato è tuttavia consentito solo a fronte di una giusta causa, come prevede l'art. 2119, c. 1, c.c.

caratteristica garantisce al prestatore di lavoro la continuità dell'occupazione e, dunque, del reddito.

Di conseguenza, già nel codice civile del 1942 la possibilità di apporre un termine al contratto di lavoro era ammessa in relazione alla "specialità del rapporto" (art. 2097 c.c.).

A causa della elasticità ed ambiguità del concetto, in seguito il legislatore italiano individuava una serie di ipotesi tipiche, impropriamente chiamate "causali", che corrispondevano a precise esigenze organizzative e produttive, considerate idonee a giustificare l'apposizione del termine ad un contratto di lavoro. Ad esempio, la stipulazione di un contratto a tempo determinato era consentita per sostituire un altro dipendente che avesse diritto a conservare il rapporto, oppure per lo svolgimento di attività stagionali, o ancora per la realizzazione di specifiche opere. Si trattava, dunque, di ipotesi caratterizzate dalla inevitabile temporaneità dell'occasione di lavoro, in quanto destinata con certezza a cessare (c.d. temporaneità intrinseca).

Al di fuori di queste ipotesi, la stipulazione del contratto di lavoro era consentita esclusivamente a tempo indeterminato (art. 1, l. n. 230/62). Pertanto, un rapporto di lavoro costituito a termine, ma senza la concreta esistenza di una esigenza tra quelle espressamente previste dalla legge, si considerava instaurato a tempo indeterminato sin dalla stipula del contratto. Il lavoratore poteva quindi ottenere un tale accertamento in sede giudiziale, con diritto alla riammissione in servizio, oltre al risarcimento per le retribuzioni perdute a causa della illegittima cessazione materiale di un rapporto che, invece, giuridicamente risultava ancora vigente.

A queste previsioni si accompagnava una rigida disciplina sia della proroga del contratto a termine, che consiste nel differimento della scadenza inizialmente pattuita ed era ammessa per una sola volta; sia della prosecuzione di fatto del rapporto, cioè oltre la scadenza pattuita; sia dei contratti a termini successivi, vale a dire di nuovi rapporti a termine tra lo stesso lavoratore e lo stesso datore di lavoro. In particolare, ogni contratto successivo, impropriamente qualificato anche come "rinnovo", doveva comunque essere giustificato in base alle esigenze tipizzate dal legislatore e, inoltre, poteva essere stipulato soltanto nel rispetto di un breve intervallo di non lavoro rispetto al contratto precedente e scaduto (art. 2, l. n. 230/62).

Tuttavia, si deve ricordare che, all'epoca, questa complessiva regolazione non generava grandi problemi. Infatti, i datori di lavoro potevano ancora licenziare i dipendenti, se assunti a tempo indeterminato, ai sensi dell'art. 2118 c.c., vale a dire con il solo obbligo del preavviso e senza necessità di una giustificazione. Pertanto, rispetto al modesto costo retributivo del preavviso, per le imprese non era conveniente correre il rischio di stipulare contratti a termine illegittimi, come tali soggetti al sistema sanzionatorio sopra riferito.

La situazione cambiava sensibilmente con l'introduzione dell'obbligo di giustificazione del licenziamento (art. 1, l. n. 604/66)⁵. Infatti, alla violazione di quest'obbligo l'ordinamento italiano riconduce un complesso apparato di tutele, peraltro mutato nel tempo, che comunque rappresenta un costo indiretto, aggiuntivo a quello del preavviso. I datori di lavoro hanno, dunque, tutto l'interesse ad evitare quel costo.

Come conseguenza di questa stratificazione normativa⁶, negli anni Settanta si assisteva ad un rapido incremento del contenzioso giudiziale in merito all'utilizzo del contratto a tempo determinato. Questo contenzioso era basato sul tentativo delle imprese di interpretare in senso estensivo le ipotesi tipizzate dalla legge. Tuttavia, la giurisprudenza italiana propendeva per un'applicazione tendenzialmente restrittiva di quelle stesse ipotesi, ad esempio negando che un lavoratore potesse essere assunto a termine per sostituire un altro lavoratore in ferie, oppure che il concetto di stagionalità includesse le cosiddette punte di attività, che sono quelle normalmente registrate in prossimità di alcune festività nazionali⁷.

Nello stesso momento storico, la questione si combinava con l'improvvisa crisi economica, che generava una diffusa disoccupazione. Il legislatore italiano, convinto che tale stato di disoccupazione fosse solo congiunturale, interveniva allora con una regolazione ritenuta di carattere emergenziale⁸.

Quanto all'istituto in esame, l'obiettivo era quello di alleggerire i limiti all'utilizzo del lavoro a termine derivanti dalla legge del 1962. E così, oltre all'introduzione per via legale di ulteriori ipotesi tipiche, per il settore aeroportuale veniva consentito l'utilizzo del lavoro a termine a fronte di soli limiti quantitativi, di carattere sia temporale rispetto all'anno, sia percentuale in relazione all'organico aziendale. Si è parlato, in proposito, di flessibilità "pura"⁹, in quanto svincolata da qualsiasi esigenza tipica.

5 L'obbligo di giustificazione del licenziamento è considerato necessario in base ai principi costituzionali e, quindi, non può essere eliminato dal legislatore ordinario. In questo senso Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45; Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46; Corte cost. 10 febbraio 2006, n. 56.

6 G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 383.

7 Per la ricostruzione delle vicende e la loro successiva evoluzione cfr., tra i molti, L. MONTUSCHI, *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 901 ss.; L. MENGHINI, *Il lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 1980; M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in M. ROCCELLA, P.A. VARESI, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro. Artt. 2096-2097*, in Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, 1990.

8 A. MARESCA, *Le innovazioni legislative in tema di contratti a termine*, in R. DE LUCA TAMAJO, VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, Napoli, 1979, p. 375 ss.

9 Tuttavia, rispetto ad alcuni periodi temporali si è detto che la flessibilità si fondava su una presupposizione legislativa di stagionalità: L. MENGHINI, *Il termine*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Torino, 1998, p. 428.

Più tardi, nell'ambito della nuova disciplina delle riduzioni collettive di personale, è stata invece tipizzata la cosiddetta "causale soggettiva". Veniva dunque consentita l'assunzione a termine giustificata dal solo fatto che un lavoratore si trovasse in stato di mobilità, in quanto licenziato a seguito di procedure di riduzione del personale.

Tuttavia, l'intervento più significativo in materia era rappresentato dalla delega, conferita dal legislatore ai sindacati, per individuare altre causali, aggiuntive a quelle previste dalla legge (art. 23, l. n. 56/87). L'ampiezza di tale rinvio è stata comunque molto discussa. Soltanto nel 2006 le Sezioni Unite della Cassazione la hanno qualificata come delega "in bianco", in pratica ammettendo, almeno sul piano formale, la possibilità che i contratti collettivi potessero introdurre ipotesi di legittimo utilizzo del lavoro a termine anche rispetto ad occasioni di lavoro non intrinsecamente temporanee¹⁰.

In ogni caso, nell'esercizio di questa delega i sindacati erano tenuti ad individuare pure un limite percentuale di ricorso del lavoro a termine rispetto ai lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'impresa (c.d. clausole di contingentamento), secondo una tecnica mutuata da quella già introdotta per il settore aeroportuale. Rispetto alla complessiva azione dell'autonomia collettiva, si è parlato di flessibilità sindacalmente controllata¹¹.

3. La direttiva 99/70/Ce e il suo recepimento nell'ordinamento italiano

Lo stato normativo raggiunto con queste riforme garantiva, anche grazie al ruolo assegnato alle relazioni industriali, un assetto regolativo dell'istituto tendenzialmente stabile.

Senonché, la disciplina del contratto a termine veniva nuovamente destabilizzata dall'intervento di una fonte comunitaria. Infatti nel 1999, dopo lunghissime trattative¹², alcune confederazioni sindacali europee siglavano un accordo quadro per regolare la materia. Questo accordo è stato poi recepito dalla direttiva n. 99/70, tuttora vigente, permettendo di attribuire ai contenuti dell'accordo efficacia vincolante nei confronti degli Stati membri dell'Unione.

Il problema principale posto dall'accordo dipende dalla natura altamente compromissoria di alcune delle sue regole. Peraltro, queste regole mirano soltanto a conseguire degli obiettivi comuni, nella consueta prospettiva di armonizzazione (e non uniformazione) degli ordinamenti nazionali, che l'Unione europea persegue nell'ambito della politica sociale.

10 Cass. Sez. Un. 2 marzo 2006, n. 4588.

11 M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 534.

12 B. BERCUSSON, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 590 ss.

In particolare, gli obiettivi dell'accordo quadro sono due e riguardano, rispettivamente, il principio di non discriminazione e la prevenzione degli abusi rispetto alla successione di contratti a termine.

Il principio di non discriminazione si riferisce al lavoratore a tempo indeterminato comparabile e, in effetti, introduce una piena parità di trattamento, salvo differenze oggettivamente giustificate. Si tratta di una clausola munita di efficacia diretta¹³, che opera immediatamente nei rapporti tra privati ma anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Infatti, l'ambito di applicazione della direttiva n. 99/70 include il pubblico impiego¹⁴.

Quanto al secondo obiettivo, i legislatori nazionali sono obbligati ad adottare misure che impediscano la precarizzazione del lavoratore nel lungo periodo, perlomeno alle dipendenze del medesimo datore di lavoro. E ciò in quanto il contratto a tempo indeterminato costituisce la "forma comune" del rapporto di lavoro, secondo quanto si afferma nel *considerando* n. 6 premesso all'articolato normativo. L'accordo indica alcune possibili misure di prevenzione degli abusi, tra cui la giustificazione della apposizione di un termine al singolo contratto a fronte di ragioni obiettive, oppure la previsione di un periodo di durata massima complessiva dei contratti a termine o di un numero massimo di rinnovi consentiti.

La sanzione per la violazione della misura adottata, tra cui è indicata anche la trasformazione del rapporto in uno a tempo indeterminato, è rimessa alla discrezionalità dell'ordinamento nazionale, ma deve comunque garantire il rispetto dei criteri di effettività e proporzionalità della prescrizione comunitaria. Tuttavia, in questo caso è stato escluso che la clausola dell'accordo europeo abbia efficacia diretta¹⁵. Ciò significa che, se l'ordinamento nazionale non recepisce correttamente la direttiva, l'applicazione delle misure prevenzionistiche dell'accordo europeo non è invocabile nei rapporti tra privati.

Secondo un'opinione diffusa, al momento di entrata in vigore della direttiva n. 99/70, la legislazione italiana era già conforme alle sue prescrizioni. Infatti, la legge n. 230/62 imponeva la parità di trattamento (art. 5) e regolava il sistema delle successioni di contratti (art. 2, commi 3 e 4), sebbene con qualche modifica apportata dalla legge n. 196/97.

13 Corte Giust. UE, 15 aprile 2008, C-268/06. L'efficacia diretta è invocabile anche retroattivamente, per il periodo compreso tra la scadenza del termine per la trasposizione della direttiva e la data di entrata in vigore della disciplina nazionale che ne recepisce le prescrizioni (Corte Giust. UE, 22 dicembre 2010, C-444 e C-456/09). Per ulteriori applicazioni del principio a specifici problemi cfr., tra le molte, Corte Giust. UE, 13 settembre 2007, C-307/05; Corte Giust. UE (ord.), 11 novembre 2010, C-20/10; Corte Giust. UE, 8 settembre 2011, C-177/10; Corte Giust. UE, 18 marzo 2011, C-273/10; Corte Giust. UE, 18 ottobre 2012, C-32/11-35/11; Corte Giust. UE, 7 marzo 2013, C-393/11; Corte Giust. UE, 12 dicembre 2013, C-361/12.

14 Così a partire da Corte Giust. UE, 23 aprile 2009, C-378-380/07

15 Così a partire da Corte Giust. UE, 15 aprile 2008, C-268/06.

Tuttavia, il governo italiano, per alcuni sfruttando l'“occasione” offerta dall'adozione della disciplina comunitaria, decideva di intervenire sostituendo tutta la normativa preesistente con un unico testo legislativo, cioè il d.lgs. n. 368/01.

La regola della parità di trattamento, salvo giustificazioni oggettive, è stata ovviamente confermata (art. 6). Tuttavia, si deve segnalare che la Corte di Giustizia ha sviluppato la portata del principio di non discriminazione previsto dalla direttiva in senso estensivo e diacronico. In particolare, sono state considerate discriminatorie, perlomeno in assenza di limiti o giustificazioni, le legislazioni nazionali che escludono la rilevanza di un periodo di lavoro a termine prestato prima della costituzione, con lo stesso datore di lavoro, di un rapporto a tempo indeterminato¹⁶.

L'attuazione della finalità prevenzionistica indicata dalla direttiva è stata, invece, molto discussa, in quanto realizzata con una modifica al regime di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro, secondo uno schema che avrebbe dovuto corrispondere alla misura comunitaria delle “ragioni obiettive”. Infatti, il legislatore italiano, abrogando la disciplina preesistente, aveva introdotto un'unica generale ipotesi di utilizzo del lavoro a termine, che veniva consentito «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Si è parlato, al riguardo, di “causale generale” o addirittura di un “causalone”.

Al netto di un complesso sistema di deroghe¹⁷, divieti¹⁸ ed esclusioni¹⁹, il principale problema interpretativo posto da questa novità riguardava la natura, temporanea o meno, delle concrete esigenze imprenditoriali idonee ad integrare quella clausola generale. Questo problema era molto rilevante, poiché la eventuale violazione del precetto legale continuava a garantire la conservazione del

16 Corte Giust. UE, 18 ottobre 2012, C-32-35/11; Corte Giust. UE, 7 marzo 2013, C-393/11; Corte Giust. UE, 20 settembre 2018, C-466/17. Per alcune applicazioni nazionali, soprattutto rispetto al pubblico impiego, Cass. civ. 7 novembre 2016, n. 22558; Cass. civ. 6 aprile 2017, n. 8945; Cass. civ. 20 aprile 2018, n. 9859; Cass. civ. 21 settembre 2021, n. 25570. La questione ha interessato anche la trasformazione volontaria del contratto a termine rispetto all'individuazione della disciplina dei licenziamenti applicabile *ratione temporis* (Corte Giust. UE, 17 marzo 2021, C- 652/19).

17 Le deroghe riguardavano sia specifici settori (come quello dei servizi aeroportuali, per il quale veniva confermato il regime acausale preesistente, poi esteso anche ai servizi postali), sia specifiche attività (come quelle stagionali e quelle dei servizi di brevissima durata, cosiddetti *extra*), sia alcune figure professionali (come i dirigenti).

18 Questi divieti, tuttora esistenti (art. 20, d.lgs. n. 81/15), riguardano l'utilizzo del lavoro a termine: per la sostituzione dei lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; a determinate condizioni, nelle imprese che abbiano attivato licenziamenti collettivi o siano ricorse alla cassa integrazione guadagni; nelle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi.

19 Le esclusioni riguardavano sia altre tipologie contrattuali “affini”, ma munite di distinta disciplina, come la fornitura di lavoro e i contratti a contenuto formativo, sia alcuni settori, anch'essi perché munite di regole speciali, tra cui *in primis* quello dell'agricoltura limitatamente agli operai.

contratto di lavoro una volta privato del termine, secondo lo schema già esaminato rispetto alla disciplina del 1962²⁰.

È sicuro che l'idea del legislatore fosse quella di generare occupazione mediante una maggiore flessibilità nella gestione dell'istituto, secondo una impostazione che poi troverà conferma nella moltiplicazione delle tipologie contrattuali, difforni dal lavoro *standard* a tempo pieno e indeterminato, ad opera del d.lgs. n. 276/03. Del resto, il contrappeso a questa flessibilità era costituito dalla necessaria previsione delle ricordate clausole di contingentamento, che il d.lgs. n. 368/01 continuava a demandare alla contrattazione collettiva, ma stavolta in relazione ad una flessibilità introdotta direttamente per via legale²¹.

Tuttavia, soprattutto in relazione alla formula “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo”, restava il dubbio su quale fosse l'elemento distintivo rispetto alle ordinarie esigenze dell'impresa, cioè quelle per le quali si assume a tempo indeterminato.

L'applicazione della norma da parte della giurisprudenza era stata, pertanto, nuovamente di segno restrittivo. Nonostante la varietà delle interpretazioni suggerite in ordine al concetto di temporaneità²², quasi tutte le soluzioni giudiziali hanno infatti sostenuto che questo carattere deve contraddistinguere l'esigenza

20 Per la definitiva conferma Cass. civ. 21 maggio 2008, n. 12985.

21 Nonostante l'abrogazione della delega ai sindacati, l'introduzione di una causale generale di fonte legale non impediva, però, ai contratti collettivi di continuare ad individuare ipotesi specifiche. Sul problema del coordinamento con la sopravvenuta disciplina legale v. M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 93; M. MAGNANI, A. BOLLANI, *I contratti di lavoro a termine nelle recenti riforme*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e al decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 353 ss.

22 Per alcune impostazioni elastiche, secondo cui la temporaneità non sarebbe più stata connotata a situazioni esterne soggettivamente immodificabili, ma sarebbe potuta derivare dalle libere scelte imprenditoriali di organizzazione e modifica di uno specifico assetto aziendale, cfr. S. HERNANDEZ, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, in *Dir. lav.*, 2002, p. 31 ss.; in senso analogo G. PROIA, *Brevi note sulle ragioni che consentono l'apposizione del termine nel contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 191 ss. Per la tesi ancora più estensiva, secondo cui la esigenza specificata nel contratto individuale avrebbe, in realtà, determinato solo una limitazione del potere di modifica delle mansioni, S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 105 ss. Invece, rispetto all'accoglimento di una nozione di temporaneità in senso stretto, il problema interpretativo più grande era rappresentato dalla tipizzazione delle esigenze che, proprio perché caratterizzate da una sicura cessazione dell'occasione di lavoro, consentivano di prescindere dai limiti percentuali di utilizzo del lavoro a termine, in deroga alla regola generale (art. 10, c. 7, d.lgs. n. 368/01). Per le letture contrapposte di questa norma cfr. VALLEBONA, PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2002, p. 27 ss; V. SPEZIALE, *Il contratto a termine*, in Atti Aidlass, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 442 ss.

che giustifica l'apposizione del termine al contratto, sul presupposto per cui il contratto di lavoro subordinato «per sua natura, non è a termine»²³.

Nel frattempo, però, si andava affermando la convinzione che il legislatore italiano avesse in qualche modo frainteso lo scopo perseguito dalla normativa comunitaria. Da un lato, perché le ragioni oggettive, recepite con la causale generale dal d.lgs. n. 368/01, venivano richieste per ogni contratto a termine, mentre la direttiva le prevede soltanto quale misura di prevenzione degli abusi nelle successioni di contratti. Sicché gli Stati membri sarebbero liberi di scegliere se imporre una giustificazione per il primo contratto stipulato dalle parti²⁴. Dall'altro, perché il sistema delle successioni²⁵ continuava ad essere incentrato, anche dopo la riforma, su regole corrispondenti a quelle del 1962, vale a dire sul rispetto di brevi intervalli di non lavoro, i quali, però, adesso si combinavano con la nuova causale generale, al posto delle causali tipizzate dalla legge o dai contratti collettivi. Pertanto, si osservava che pure un carattere necessariamente temporaneo della concreta esigenza giustificativa del termine non avrebbe impedito, in relazione all'ampia portata della clausola generale, la reiterata stipulazione di contratti a termine con lo stesso lavoratore²⁶, cioè anche in forza di esigenze differenti.

Peraltro, in altri Stati membri il recepimento della direttiva era avvenuto attraverso misure di prevenzione diverse da quella delle ragioni oggettive, come la fissazione di un periodo di tempo massimo in cui si consentiva lo svolgimento di lavoro a termine tra gli stessi contraenti. Emergeva, in questo senso, il concetto (non tecnico) di “acausalità”, appunto per indicare l'assenza di una necessaria giustificazione dell'apposizione del termine al contratto²⁷.

La Corte di Giustizia ha poi avallato la legittimità di questa soluzione. I giudici di Lussemburgo hanno infatti riconosciuto che le ragioni oggettive sono soltanto una delle possibili misure di prevenzione degli abusi nelle successioni

23 In questi termini Cass. civ. 21 maggio 2002, n. 7468.

24 Corte Giust. UE 22 novembre 2005, C-144/04, Corte Giust. UE, 23 aprile 2009, C-378-380/07; Corte Giust. UE (ord.), 11 novembre 2010, C-20/10.

25 Un problema ulteriore era costituito dall'istituto della proroga, rispetto al quale non si è mai chiarito se debba considerarsi compreso nella disciplina comunitaria delle successioni. La traduzione italiana dell'accordo europeo si riferisce a contratti “successivi” e a “rinnovi”, ma quella tedesca utilizza il più elastico termine *verlängerung*.

26 G. FERRARO, *L'evoluzione del quadro legale*, in ID. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 8 ss.; in senso analogo già R. DEL PUNTA, *La sfuggente temporalità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, p. 547.

27 Un sistema acausale, incentrato su diverse misure di carattere temporale, era stato adottato in Germania già nel dicembre 2000 (M. CORTI, *L'esperienza tedesca: la persistente centralità del lavoro a tempo indeterminato*, in *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., p. 234) e poi in Belgio (R. BLANPAIN, *The European Agreement on Fixed-term Contracts and Belgian Law*, in *Int. Journ. Comp. Lab. Law*, 1999, vol. 15, n. 2, p. 85 ss.), Olanda (con la modifica dell'art. 668a del codice civile) e Regno Unito (in forza del *The Fixed-Term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002, Part II, n. 8 (Successive fixed-term contracts)*).

di contratti. Si tratta, quindi, di una misura (anche) alternativa alle altre indicate nella direttiva²⁸.

4. Dal limite della giustificazione del termine al sistema dei limiti quantitativi

In questo contesto, con la legge n. 247 del 2007 il legislatore apportava una rilevante modifica al sistema normativo del 2001, per il resto confermato salvo la riconduzione dei diritti di precedenza a regole di fonte legale²⁹.

Infatti, con la dichiarata finalità di contrastare il lavoro precario, veniva introdotto un limite temporale di 36 mesi, inclusivo di proroghe e rinnovi contrattuali, quale durata massima consentita di lavoro a termine con lo stesso datore di lavoro. In sostanza, i periodi di lavoro a tempo determinato, svolto alle dipendenze dello stesso datore di lavoro, dovevano essere cumulati e non potevano eccedere quella soglia temporale, che era comunque derogabile da parte dei contratti collettivi.

Nel caso di stipula di più contratti a termine successivi, tuttavia, questo limite riguardava soltanto i contratti aventi ad oggetto mansioni equivalenti, peraltro da intendere secondo l'accezione di equivalenza in senso professionale, accolta dalla giurisprudenza rispetto al testo dell'art. 2103 c.c. all'epoca vigente.

La scelta delle mansioni equivalenti, come criterio di applicazione della misura temporale di prevenzione degli abusi, generava un ampio dibattito sui pericoli di pratiche elusive attivabili dalle imprese. Ciò nonostante, l'introduzione di questo limite di durata massima in aggiunta a quello delle ragioni oggettive, che erano ancora richieste per la giustificazione del termine apposto a qualunque contratto (incluso il primo) tra le stesse parti, consentiva di ritenere che l'ordinamento italiano fosse oramai conforme alle prescrizioni comunitarie³⁰.

28 Corte Giust. UE, 4 luglio 2006, C-212/04; Corte Giust. UE, 11 settembre 2006, C-53/04. In senso critico rispetto alla soluzione della Corte di Giustizia già M. WEISS, *The Framework Agreement on Fixed-term Work: A German point of View*, in *Int. Journ. Comp. Lab. Law*, 1999, vol. 15, n. 2, p. 97 ss. In ogni caso, la misura delle ragioni oggettive, quando adottata, si riferisce ad esigenze dell'impresa non solo reali, ma anche provvisorie: Corte Giust. UE, 23 aprile 2009, C-378-380/07.

29 Si tratta delle ipotesi in cui al lavoratore, già utilizzato a termine, è riconosciuto il diritto, a determinate condizioni, di essere riassunto a termine o anche a tempo indeterminato, qualora il datore di lavoro effettui nuove assunzioni. Il sistema dei diritti di precedenza è tuttora in vigore (art. 24, d.lgs. n. 81/15). In materia cfr. S. EMILIANI, *Lavoro subordinato e precedenza nelle assunzioni*, F. Angeli, Milano, 2020, p. 231 ss.

30 Per un'ampia disamina cfr. A. MARESCA, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, d.lgs. n. 368/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 300 ss.

Senonché, il repentino cambio di maggioranza parlamentare faceva registrare, negli anni successivi, un deciso cambio di rotta in favore di una accentuata flessibilità nell'utilizzo dell'istituto³¹.

Già nel 2008 si specificava che le esigenze tecniche, organizzative e produttive richieste dal d.lgs. n. 368/01 potevano riferirsi anche alla ordinaria attività dell'impresa. In proposito, va però condivisa l'opinione per cui la modifica risultava in effetti superflua, perché l'evoluzione della disciplina già consentiva di escludere che tali esigenze dovessero essere necessariamente straordinarie o eccezionali.

Molto più importante era, invece, la riforma al regime sanzionatorio, realizzata dall'art. 32, l. n. 183/10. Fino a quel momento, infatti, l'azione svolta per l'accertamento dell'illegittimità del contratto a termine era considerata insuscettibile di prescrizione, trattandosi di azione di nullità della sola clausola contrattuale rappresentata dal termine finale. Inoltre, la rilevante durata dei processi esponeva le imprese, in caso di accertata costituzione di un rapporto a tempo indeterminato per illegittima apposizione del termine, non solo all'ordine giudiziale di ricostituzione materiale del rapporto, ma anche ad un risarcimento. Questo risarcimento corrispondeva alle retribuzioni perdute dal lavoratore fin dal momento della scadenza del contratto o, meglio, dalla successiva offerta delle prestazioni di lavoro, secondo l'istituto della *mora credendi*.

Per prevenire fenomeni speculativi (cioè il ritardo nell'introduzione del giudizio), il legislatore ha quindi introdotto un doppio termine decadenziale per l'impugnazione del contratto. Il lavoratore che contesti l'apposizione del termine al contratto di lavoro deve impugnarlo in via stragiudiziale entro un breve periodo temporale (attualmente pari a 180 giorni) e da quel primo atto deve poi depositare il suo ricorso in tribunale nei successivi 180 giorni³².

31 Sull'evoluzione della disciplina dalla riforma del 2001 fino al 2010 si v. almeno, senza pretese di esaustività ed in aggiunta alle opere già citate, R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, Giuffrè, Milano, 2001; M. BIAGI (cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giuffrè, Milano, 2002; L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002; G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, Torino, 2002; G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Attuazione della direttiva 99/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, CEEP e CES*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002; M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Cedam, Padova, 2008; A. BELLAVISTA, A. GARILLI, M. MARINELLI (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133*, Giappichelli, Torino, 2009; M. D'ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009; se si vuole, G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2010.

32 Ai sensi dell'art. 28, c. 1, d.lgs. n. 81/15, che ha riprodotto questa disciplina nel nuovo articolato normativo (*infra*), l'impugnazione riguarda il contratto a termine, sicché sembra estesa ad ogni suo possibile vizio. Ciò genera alcuni particolari problemi tecnici per il caso delle successioni contrattuali e per quello della prosecuzione di fatto del rapporto.

Inoltre, per evitare che la eccessiva durata dei processi generi un effetto moltiplicatore del danno *medio tempore* risarcibile, il diritto al risarcimento è stato sostituito con il diritto ad una indennità pari, nel massimo, a 12 mensilità di retribuzione. In questo modo, pertanto, la durata del processo diviene irrilevante fino alla sentenza che accerta la costituzione (cosiddetta “conversione”, secondo il linguaggio legislativo) di un rapporto a tempo indeterminato. Questo meccanismo indennitario è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale ed è tuttora in vigore, fermo restando che il lavoratore ha comunque diritto alla ricostituzione del rapporto e, dalla pronuncia della sentenza, anche alle retribuzioni, senza più alcun limite temporale di indennizzo³³.

Due anni dopo, nell’ambito di una più ampia riforma del diritto del lavoro e previdenziale, la legge n. 92 del 2012 era intervenuta sul precetto normativo. In particolare, veniva esclusa la necessità che il primo contratto a termine, purché di durata non superiore a dodici mesi (inclusivi di una sola proroga), dovesse essere giustificato a fronte di concrete ragioni oggettive. Salvo un complicato (e inattuato) regime alternativo, rimesso alla contrattazione collettiva, questo primo contratto era quindi divenuto acausale. Invece per ogni contratto successivo si confermava l’obbligo dell’impresa di giustificare l’apposizione del termine, sempre fino al limite temporale dei complessivi 36 mesi introdotto nel 2007.

Il dibattito su quest’ultima riforma non aveva, però, il tempo di maturare. Infatti, dopo altri due anni, anticipando le riforme realizzate con una serie di decreti noti come *Jobs Act*, il legislatore italiano optava per il passaggio ad un sistema integralmente acausale (art. 1, d.l. n. 34/14, conv. l. n. 78/14).

La regola di giustificazione veniva infatti rimossa per qualsiasi contratto a termine. Pertanto, residuava soltanto il limite temporale di 36 mesi, da riferire sia al singolo contratto sia alle successioni contrattuali, col rischio di una elevata frammentazione del complessivo periodo di lavoro in molteplici rapporti di breve durata. Questo rischio era inoltre aggravato dal fatto che il d.l. n. 34/14 elevava a cinque il numero delle proroghe, da intendersi però, secondo l’opinione preferibile, come numero massimo di proroghe all’interno di una successione e non rispetto ad ogni singolo contratto se inserito in una successione³⁴.

In collegamento con questa modifica, si introduceva infine e direttamente per via legale un limite percentuale di lavoratori a termine consentiti rispetto all’organico a tempo indeterminato. Questo limite, pari al 20 per cento, era comunque derogabile dall’autonomia collettiva.

Poiché la regolazione nazionale risultava oramai estremamente frastagliata, a causa delle ripetute modifiche legislative, proprio con la riforma del *Jobs Act* si decideva di codificarla in un nuovo ed unico testo normativo. Tutta la disciplina

33 Corte cost. 14 luglio 2009, n. 214. In senso critico P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

34 In tema A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 64 ss.

accumulatasi negli anni confluiva dunque, con alcune ulteriori modifiche, nel d.lgs. n. 81/15 (artt. 19 ss.).

In quel momento, il sistema di utilizzo del lavoro a termine risultava, quindi, incentrato su criteri di segno esclusivamente quantitativo, vale a dire i ricordati limiti di durata massima complessiva e di percentuale sull'organico aziendale³⁵. Si perseguiva, in questo modo, una esasperata flessibilità nella cosiddetta fase di "entrata" nel rapporto di lavoro³⁶, a cui peraltro corrispondeva l'obiettivo di allentare le rigidità in uscita dal rapporto, perseguito con la duplice riforma della disciplina dei licenziamenti (art. 1, c. 39 ss., l. n. 92/12 e d.lgs. n. 23/15).

Nella medesima prospettiva, va anche ricordato che la riforma della disciplina delle mansioni (art. 3, d.lgs. n. 81/15, che ha modificato l'art. 2103 c.c.) mutava il significato del parametro dell'equivalenza su cui era (ed è tuttora) incentrato il cumulo dei contratti successivi³⁷. Tuttavia, è necessario osservare che il nuovo riferimento al solo livello di inquadramento e alla categoria legale, in sostituzione della equivalenza professionale, sembra consentire, almeno rispetto alla materia in esame (art. 19, c. 2, d.lgs. n. 81/15), l'utilizzo di un criterio di computo più favorevole ai lavoratori³⁸.

5. Il "decreto dignità" e l'emergenza sanitaria

L'impatto di questa ennesima riforma veniva plausibilmente attutito, nel medio periodo, dall'adozione di una misura di politica economica consistente nell'esonero dal versamento dei contributi, fino ad un rilevante importo annuale, per le assunzioni effettuate dalle imprese a tempo indeterminato. Peraltro, questo esonero era fruibile anche in caso di trasformazione volontaria di un rapporto a termine³⁹.

35 Entrambi, comunque, derogabili dai contratti collettivi, per tali intendendosi quelli «nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria» (art. 51, d.lgs. n. 81/15).

36 Per le critiche in dottrina cfr., tra i molti, A. PRETEROTI, *Contratto a tempo determinato e forma comune di rapporto di lavoro dopo il Jobs Act*, Torino, 2016; P. SARACINI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Napoli, 2017.

37 Contestualmente, peraltro, scompariva ogni riferimento alla possibilità di prorogare il contratto per la stessa attività lavorativa svolta nell'esecuzione del contratto iniziale. In senso critico C. ALESSI, *Il lavoro a tempo determinato dopo il D.lgs. 81/2015*, in G. ZILIO GRANDI, M. BLASI (a cura di), *Commentario breve alla Riforma "Jobs Act"*, Padova, 2016, p. 31.

38 Ma per differenti interpretazioni, soprattutto rispetto alla conformazione alle prescrizioni europee, cfr. V. LECCESE, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la direttiva n. 99/70*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, p. 721; A. OLIVIERI, *Le novità del contratto a tempo determinato tra esigenze di certezza e incoerenze con la regolazione dell'Unione Europea*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 1137; M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 137 ss.

39 Infatti, secondo le regole ordinarie è consentita la volontaria e consensuale trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato, anche prima della scadenza.

In significativa coincidenza con la scadenza di tale beneficio, di durata massima triennale⁴⁰, riemergeva il dibattito politico sull'opportunità di apprestare dei correttivi alla materia del lavoro a tempo determinato, in senso restrittivo rispetto alla flessibilità garantita dagli ultimi decreti.

Il governo italiano, sorretto da una nuova maggioranza, decideva dunque di intervenire con un provvedimento, qualificato come urgente per la «dignità delle persone e delle imprese», noto anche come “decreto dignità” (d.l. n. 87/18, conv. l. n. 96/18).

In realtà, non si tratta di una generale e ulteriore riforma della materia. Infatti, questo decreto si limita a introdurre nuovi limiti all'utilizzo del lavoro a termine nell'ambito della normativa del 2015. Tuttavia, le modifiche hanno un impatto notevole sui margini di fruibilità di questa tipologia contrattuale.

Innanzitutto, viene cambiato il periodo di durata massima complessiva di lavoro a termine alle dipendenze del medesimo datore di lavoro, che è ridotto a 24 mesi, sempre salvo deroghe ad opera della contrattazione collettiva. Il criterio di cumulo dei vari contratti rispetto a questa soglia temporale è, invece, ancora quello del livello di inquadramento e categoria legale, derivante dalla modifica dell'art. 2103 c.c.

Soprattutto, però, il legislatore del 2018 reintroduce un parziale regime causale, solo apparentemente assimilabile a quello del 2012.

Il primo contratto a termine resta infatti acausale, cioè libero da ogni obbligo di giustificazione, fino ad un massimo di dodici mesi.

Le proroghe vengono ridotte al numero massimo di quattro, sempre rispetto al complessivo sistema delle successioni contrattuali, ma ora all'interno del limite massimo dei 24 mesi. Le proroghe del primo contratto non devono essere giustificate, cioè sono anch'esse acausali, nel rispetto della garanzia della acausalità di dodici mesi, propria del primo contratto.

Invece devono essere nuovamente giustificati sia un primo contratto di durata originariamente superiore a dodici mesi (e fino al massimo di 24), sia la proroga del primo contratto che determini l'eccedenza dei primi dodici mesi, sia le proroghe ulteriori, sia un qualsiasi contratto a termine (incluse le sue proroghe) che sia successivo al primo, ma in questo caso anche se il “rinnovo” interviene prima di dodici mesi.

A questo complicato sistema di giustificazioni si accompagna la rigidità delle causali prescelte dal legislatore. Infatti, il “decreto dignità” non ha riproposto la “causale generale” del 2001, tipizzandone due in senso alternativo.

40 Peraltro, relativo ad assunzioni effettuate nel regime del d.lgs. n. 23/15, vale a dire soggette ad una disciplina contro i licenziamenti illegittimi che era incentrata su tutele di carattere indennitario, con minimali modesti e crescenti in modo direttamente proporzionale all'anzianità di servizio maturata. Su questa relazione tra lavoro a termine e licenziamento, cfr. G. LUDOVICO, *Contratto a tempo determinato versus contratto a tutele crescenti. Gli obiettivi e i risultati del Jobs Act tra flessibilità e incentivi economici*, in *Working Paper Adapt*, 2017, n. 14.

La prima è comunque una norma “aperta”, ma stavolta le esigenze che giustificano l'apposizione del termine al contratto sono espressamente definite «oggettive e temporanee». Inoltre, queste esigenze devono essere estranee alla ordinaria attività dell'impresa, anche se non viene esplicitato il criterio di identificazione di ciò che deve essere considerato ordinario.

La seconda ipotesi, altrettanto restrittiva, riguarda esigenze connesse a incrementi dell'attività ordinaria, che tuttavia devono essere temporanei, significativi e non programmabili. In particolare, rispetto a questa causale resta perfino dubbio se possano considerarsi legittime le esigenze consistenti nelle cosiddette punte di attività stagionale le quali, a rigore, andrebbero qualificate come prevedibili, piuttosto che programmabili.

A questo minisistema di causali continuano a fare eccezione le esigenze sostitutive dell'impresa, nonché le attività stagionali, che sono sicuramente temporanee ma pure fisiologicamente ripetibili nel tempo. Per attività stagionali si intendono sia quelle indicate in apposito elenco, risalente al d.P.R. n. 1525 del 1963, sia quelle ulteriori individuate dai contratti collettivi (in questo caso, però, a condizione che si tratti di attività autenticamente stagionali).

Al di là delle consuete contrapposizioni di politica del diritto, la dottrina non ha manifestato particolare apprezzamento per le soluzioni tecniche adottate da questa riforma⁴¹. Invero, la rigidità delle nuove causali e la loro difficile interpretazione, sia letterale che sistematica, generano due problemi opposti e speculari sul piano applicativo. Per un verso, risulta molto complicato utilizzare lo strumento del lavoro a termine in una programmazione aziendale di lunga durata; per altro verso, i lavoratori rischiano di subire un *turn over* annuale da parte delle stesse imprese, cioè di essere utilizzati per il solo tempo massimo in cui è garantito l'utilizzo acausale dell'istituto nei confronti di ogni singolo dipendente.

Il pericolo, in definitiva, è che il prestatore di lavoro non riesca a completare un percorso di stabilizzazione (perlomeno intesa in senso fattuale, a prescindere dai vincoli giuridici di volta in volta fissati dalla legge) alle dipendenze del medesimo datore di lavoro. Mentre sul versante imprenditoriale occorre chiedersi se una disciplina restrittiva, che alimenta l'interesse alla rotazione del personale, non generi anche distorsioni della concorrenza a seconda delle caratteristiche della produzione e dei collegati processi di formazione o aggiornamento professionale.

Ad ogni modo, questa riforma ha prodotto immediate conseguenze anche nell'ambito delle relazioni industriali.

41 Tra i molti, con accenti diversi, cfr. L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, 2018, n. 377; L. FIORILLO, *La rivisitazione delle regole sui contratti temporanei: un tentativo (maldestro) di combattere la precarietà del lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), “Decreto Dignità” e Corte costituzionale n. 194 del 2018. *Come cambia il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 8 ss.

In proposito, si deve ricordare che alcuni anni prima il legislatore italiano aveva consentito ai contratti collettivi aziendali, purché sottoscritti a specifiche condizioni di rappresentatività sindacale, di derogare in alcune materie alle stesse regole poste dalla legge (art. 8, d.l. n. 138/11, conv. l. n. 148/11). Tra queste materie è compresa quella del lavoro a termine⁴².

In realtà, i sindacati non avevano sfruttato questa facoltà, anche perché le riforme del contratto a termine, introdotte negli anni successivi, avevano sostanzialmente realizzato una liberalizzazione dell'istituto, nei limiti insormontabili delle prescrizioni europee.

Con le modifiche di segno contrario apportate dal “decreto dignità” riemerge, invece, l'attenzione nei confronti della contrattazione collettiva che consente la deroga alla legge. Di recente, infatti, sono stati stipulati molti accordi collettivi di livello aziendale, soprattutto da imprese di grandi dimensioni, che rimuovono le modifiche del 2018 e ripristinano il sistema normativo originario del d.lgs. n. 81/15⁴³.

Nello specifico, questi accordi aziendali non si limitano ad ampliare la durata massima complessiva del lavoro a termine alle dipendenze del medesimo datore di lavoro⁴⁴, ma eliminano anche le nuove causali per i vari casi in cui sono richieste dalla legge. Sicché, in definitiva, il sistema viene ricondotto ad un integrale regime di acausalità.

Al fenomeno appena descritto si è peraltro sovrapposta l'emergenza sanitaria, che ha richiesto l'adozione di provvedimenti urgenti anche in materia di lavoro. A salvaguardia dell'occupazione, il legislatore italiano è ricorso a diversi ammortizzatori sociali, tra cui *in primis* una integrazione salariale con causale Covid-19, ed ha vietato i licenziamenti per ragioni economiche, di carattere sia individuale che collettivo.

Poiché l'utilizzo del lavoro a termine è vietato, a determinate condizioni, per le imprese che ricorrono al trattamento di integrazione salariale (art. 20, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 81/15), è stato necessario introdurre un apposito regime in deroga. Si è così voluta favorire la prosecuzione di rapporti a tempo determinato, altrimenti destinati a cessare alla scadenza del contratto.

La deroga non ha quindi riguardato la stipulazione di un primo contratto, che comunque è ancora acausale entro i 12 mesi, ma solo la possibilità di non indicare la causale di proroghe e rinnovi⁴⁵. Per questi ultimi è stato anche escluso

42 Per l'analisi cfr. A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Cedam, Padova, 2013.

43 In tema M. VINCIGI, *La gestione negoziale della flessibilità: uno sguardo critico alla recente contrattazione di prossimità ed alle regole alla disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Variar: t. dir. lav.*, 2020, p. 1119 ss.

44 Spesso anche in cumulo con il lavoro reso in regime di somministrazione di lavoro a termine, che costituisce una differente tipologia negoziale.

45 In realtà, il primo provvedimento d'urgenza in materia non riguardava le causali. A ciò ha posto rimedio l'art. 93, d.l. n. 34/20, conv. l. n. 77/20.

il necessario rispetto degli intervalli di non lavoro⁴⁶. Si è trattato di un regime transitorio, poi prolungato fino al 31 dicembre 2021, che comunque non modificava la durata massima dei rapporti, rimasta consentita entro il limite di 24 mesi (art. 17, d.l. n. 41/21, conv. l. n. 69/21).

A seguito della ripresa della produzione, anche se a pandemia ancora in corso, si è invece cercato di favorire un maggiore utilizzo della tipologia contrattuale in relazione a giustificazioni non riconducibili a quelle fissate dal “decreto dignità”. È stata così introdotta una nuova causale, che sembra riprodurre la delega ai sindacati del 1987. Infatti, la modifica rimette ai contratti collettivi la individuazione di ulteriori specifiche esigenze che, quando richiesto, consentono l'apposizione del termine al contratto (art. 41-*bis*, d.l. n. 73/21, conv. l. n. 106/21)⁴⁷.

Questa nuova causale è strutturale per proroghe e rinnovi, mentre per la stipula di un primo contratto di durata eccedente i dodici mesi (e fino a 24) è solo sperimentale, essendo fruibile, allo stato, entro il 30 settembre 2022.

6. Il lavoro a tempo determinato nell'impiego pubblico

Il lavoro a termine svolto alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è sempre stato governato con regole speciali.

A seguito della privatizzazione dei rapporti di pubblico impiego, avviata negli anni Novanta e completata con il d.lgs. n. 165/01, il legislatore italiano si è mosso in controtendenza alle aperture registrate nel settore privato. Questa scelta è stata motivata da ragioni di efficienza, contenimento della spesa pubblica, trasparenza ed imparzialità.

Tuttavia, poiché i rapporti di lavoro pubblico hanno oramai natura pacificamente contrattuale, si è anche cercato di garantire un coordinamento con le regole del lavoro privato. Occorre infatti considerare che le prescrizioni della direttiva comunitaria si applicano ad entrambi i settori.

In ogni caso, la normativa speciale è prevista dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, che negli anni ha subito molte variazioni, sempre con l'obiettivo di circoscrivere l'utilizzo dello strumento contrattuale in esame.

La attuale disciplina stabilisce che, per soddisfare le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario, le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato⁴⁸. Il ri-

46 La contrattazione collettiva è comunque abilitata (art. 21, c. 2, d.lgs. n. 81/15) a modificare per specifiche “ipotesi” il regime di questi intervalli. Tuttavia, in mancanza di intese preesistenti, l'urgenza ha reso indifferibile l'intervento legislativo.

47 Per una prima analisi M. MARINELLI, *Sostenibilità dell'occupazione rapporto di lavoro privato*, Relazione al XX Congresso Nazionale AIDLASS, *Il Diritto del lavoro per una ripresa sostenibile*, p. 25 ss. del dattiloscritto.

48 Si tratta di una regola molto più stringente di quella presente nel settore privato, che qualifica il rapporto a tempo indeterminato come «forma comune», ripetendo l'espressione presente

corso alle tipologie di lavoro flessibile, incluso il contratto a termine⁴⁹, è invece consentito soltanto «per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale».

In realtà, lo stesso articolo precisa che i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato «possono essere stipulati nel rispetto degli articoli 19 e seguenti del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81», operando quindi un rinvio all'impiego privato. Tuttavia, è indubbio che il richiamo a quella disciplina non consente di sostituire i requisiti di temporaneità o eccezionalità con un regime di segno acasuale, come quello dell'originario testo del 2015, né con quello causale introdotto dal “decreto dignità”⁵⁰.

Pertanto, si deve ritenere che, per il settore pubblico, il rinvio alla disciplina di quello privato valga solo nei limiti di compatibilità con le regole speciali predisposte per questo settore. La conclusione interessa pure i vari rinvii ai contratti collettivi, che per l'impiego pubblico vanno intesi come quelli nazionali sottoscritti dall'ARAN ai sensi dell'art. 36, c. 2-*bis*, d.lgs. n. 165/01.

In ogni caso, pure l'applicazione formale di alcune regole generali, quali quelle relative al sistema di proroghe e rinnovi, risulta indirettamente condizionata, in senso restrittivo, dalle esigenze che devono giustificare ogni singolo contratto a termine. Infatti, i requisiti di temporaneità ed eccezionalità, anche se indicati come alternativi, devono riguardare esigenze di lavoro destinate sicuramente a cessare, o perché eccezionali o perché di carattere “esclusivamente” temporaneo. Semmai, può dirsi che tali esigenze non sono circoscritte alle attività straordinarie dell'amministrazione⁵¹. Ciò in quanto il concetto di fabbisogno ordinario, per la cui soddisfazione si può assumere solo a tempo indeterminato e che è oggetto di programmazione, non si identifica con il concetto di attività ordinaria, la quale può includere anche esigenze imprevedibili.

La disciplina speciale del lavoro pubblico a termine interessa anche il profilo sanzionatorio. La principale differenza col settore privato dipende dalla regola per cui la violazione dei presupposti di legittimo utilizzo della tipologia in esame «non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni» (art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/01).

Questo divieto di trasformazione del rapporto è stato ritenuto legittimo per la necessaria salvaguardia del principio del concorso pubblico, che è sancito dall'art. 97, c. 4, Cost.⁵².

nell'accordo europeo (art. 1, d.lgs. n. 81/15).

49 Fermo l'esperimento delle procedure selettive regolate dal precedente art. 35.

50 Infatti, per evitare ogni ulteriore dubbio interpretativo, il d.l. n. 87 del 2018, essendo sopravvenuto alla ultima modifica dell'art. 36 d.lgs. n. 165/01, ha espressamente escluso che le nuove regole di giustificazione siano applicabili al pubblico impiego.

51 B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella L. n. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2008, n. 79, p. 15.

52 Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89. Questa regola è stata estesa, per legge, alle società a controllo pubblico (art. 19, d.lgs. n. 175/16).

Tuttavia, questo divieto aveva generato un intenso ricorso al lavoro flessibile per sopperire ad esigenze permanenti e durevoli delle pubbliche amministrazioni. Il legislatore era intervenuto mediante uno stringente sistema di responsabilità dirigenziali, di carattere erariale, disciplinare e retributivo. Inoltre, erano stati avviati processi di stabilizzazione per quei soggetti che, lavorando a termine per lunghi periodi, avevano maturato rilevanti aspettative.

Senonché, questi interventi legislativi non hanno evitato un ingente contenzioso giudiziale. Infatti, a fronte del generale divieto di costituzione di rapporti stabili, le regole civilistiche del risarcimento del danno non sono apparse sufficienti⁵³, soprattutto se raffrontate alla differente tutela garantita per situazioni equivalenti nel settore privato.

Sulla questione si è più volte pronunciata anche la Corte di Giustizia. In particolare, oltre a ribadire che il divieto di discriminazione non riguarda settori differenti, la Corte ha precisato che anche per gli abusi nelle successioni di contratti nell'impiego pubblico la sanzione della trasformazione del rapporto non è imposta dalla direttiva n. 99/70. Tuttavia, gli Stati membri devono garantire una tutela alternativa che sia proporzionata, effettiva, dissuasiva ed equivalente⁵⁴.

Per questi motivi, le Sezioni Unite della Cassazione hanno stabilito che, per la violazione delle regole sulla successione di contratti a termine nel pubblico impiego, si applica la tutela indennitaria introdotta dalla l. n. 183/10 (ora prevista dall'art. 28, d.lgs. n. 81/15). È comunque escluso il diritto alla trasformazione del rapporto in uno a tempo indeterminato, ma il lavoratore può chiedere un risarcimento a condizione di dimostrare un eventuale danno "ulteriore", come, ad esempio, quello da perdita di *chance*⁵⁵.

53 Peraltro, secondo le regole generali, un danno andrebbe dimostrato e anzi, rispetto al periodo di lavoro reso in esecuzione di un contratto a termine nullo, sarebbe già compensato dalla retribuzione percepita per la cosiddetta prestazione di fatto, ai sensi dell'art. 2126, c. 2, c.c..

54 Corte Giust. UE, 4 luglio 2006, C-212/04; Corte Giust. UE, 11 settembre 2006, C-53/04; Corte Giust. UE, 1° ottobre 2010, C-3/10; Corte Giust. UE, 12 dicembre 2013 (ord.), C-50/13; Corte Giust. UE, 7 marzo 2018, C-494/16. Per alcuni settori, come quello scolastico, la questione è risultata ancora più complicata a causa dell'esistenza di ulteriori regole speciali. In tema Corte Giust. UE, 26 novembre 2014, C-22/13; Corte cost. 20 luglio 2016, n. 187. La vicenda sembrava parzialmente chiusa dalla legge sulla "buona scuola" (l. n. 107/15), che aveva introdotto un limite di durata massima triennale per le supplenze cosiddette di diritto. Ma questo limite è stato soppresso dal decreto n. 87/18.

55 Cass. civ. Sez. Un. 15 marzo 2016, n. 5072; Cass. civ. 27 novembre 2017, n. 28253, ha però precisato, in linea con le prescrizioni europee, che questa soluzione presuppone l'esistenza di una illegittima reiterazione di contratti, mentre per il singolo contratto nullo il danno risarcibile resterebbe integralmente soggetto alle ordinarie regole di allegazione e prova. In senso conforme, tra le varie, Cass. civ. 7 febbraio 2019, n. 3662; Cass. civ. 11 febbraio 2021, n. 3558.

Contratto di lavoro a tempo parziale

Giuseppe Pellacani

SOMMARIO: 1. La diffusione del lavoro a tempo parziale in Italia. – 2. Il *part-time* tra opportunità e controindicazioni. – 3. Volontarietà del ricorso al contratto di lavoro a tempo parziale e necessaria programmabilità dei tempi di non-lavoro. – 4. (*Segue*) Volontarietà e programmabilità nella fase costitutiva del rapporto. – 5. (*Segue*) Volontarietà e programmabilità nella fase funzionale del rapporto. Modifiche dell'orario e trasformazione da *part-time* a *full-time* e viceversa.

1. La diffusione del lavoro a tempo parziale in Italia

Il lavoro a tempo parziale, ovvero ad orario ridotto rispetto a quello normale a tempo pieno, previsto dalla legge (40 ore settimanali) o dalla contrattazione collettiva, nel nostro paese ha registrato nel corso degli ultimi vent'anni un incremento progressivo e costante: la percentuale di lavoratori part-time è passata dal 12,5% del 1998 (2,6 milioni) al 18,4% del 2021 (4,3 milioni)¹, valore prossimo a quello della media europea. Significativa è peraltro la differenza fra uomini e donne: «In Italia, il 7,9% dei lavoratori ha un impiego part time, contro il 31,8% delle lavoratrici, cioè quasi una donna su tre. La media dei Paesi Ocse è, rispettivamente, del 9,6% e del 25,4%»².

Nel settore pubblico (della cui disciplina in questo articolo non ci si occuperà), secondo le rilevazioni della Ragioneria generale dello Stato la percentuale è invece molto più bassa, inferiore al 6% (uomini 2% e donne 8,5%) rispetto al totale degli occupati, con un record negativo nel comparto scuola dove l'incidenza del part-time femminile è molto bassa, circa il 4%, mentre negli altri comparti supera il 12%. Questi numeri non debbono peraltro trarre in inganno. Nel comparto scuola, infatti, tra i docenti di ogni ordine e grado (esclusi quelli di religione cattolica) le donne sono oltre 700.000 su 850.000 e dunque rappresentano l'82% del totale. Il fatto è che, pur trattandosi di

1 ISTAT, *Il mercato del lavoro*, III trim. 2021, https://www.istat.it/it/files//2021/12/Mercato-del-lavoro-III-trim_2021.pdf

2 Cfr. C. DI CRISTOFARO, *Il Covid ha ucciso il part time. E per le donne può essere una buona notizia*, ne *Ilsole24ore*, 8 marzo 2022, <https://www.ilsole24ore.com/art/il-covid-ha-ucciso-part-time-e-le-donne-puo-essere-buona-notizia-ADP0mINB> ; OECD.Stat, *Employment: Share of employed in part-time employment, by sex and age group*, <https://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=54746>

un'attività a tempo pieno, l'insegnamento è caratterizzato da un orario settimanale ridotto, da un minor numero complessivo di effettive giornate lavorative, da una prevalente collocazione temporale delle attività nella fascia del mattino, da una più ampia disponibilità di tempo nei periodi di sospensione dell'attività (durante i quali vanno goduti la maggior parte dei 30 o 32 giorni di ferie annuali) e quindi consente una più agevole conciliazione fra tempi di lavoro e tempi di vita³, come il *part-time*.

I dati sopra sinteticamente richiamati attestano dunque una decisa propensione delle donne verso forme di occupazione che, in un contesto di perdurante squilibrio nella distribuzione delle incombenze di cura (in senso ampio) tra i sessi, consentono una più agevole conciliazione fra famiglia e lavoro e confermano quindi come questa sia la principale ragione che spinge un numero significativo di lavoratrici a scegliere il *part-time*.

2. Il *part-time* tra opportunità e controindicazioni

La riduzione dell'orario di lavoro, alleggerendo l'impegno e liberando tempo da dedicare ad altre attività, può rispondere a svariate esigenze ed essere funzionale al perseguimento di più obiettivi. Nella prospettiva della Strategia europea per l'occupazione, nell'ambito della Strategia Europa 2020 per la crescita, e della *flexsecurity*⁴, e come evidenziato anche dall'OIL⁵, si rimarca, infatti, anche sulla scia della Direttiva 97/81/Ce, che tale forma contrattuale può costituire uno strumento idoneo a migliorare l'organizzazione del lavoro, rendendola più produttiva e adattabile alle mutevoli esigenze del mercato, ad aumentare il tasso di occupazione, soprattutto femminile, favorendo l'ingresso o la permanenza nel mercato del lavoro dei soggetti più deboli (soprattutto donne, giovani, anziani, pazienti oncologici o affetti da gravi patologie croniche) nonché a migliorare la vita di quei lavoratori che, per svariate ragioni, necessitano di tempo da dedicare ad altre attività.

Il *part-time* può in particolare rispondere all'interesse di chi, ad esempio, ha responsabilità familiari di cura ed assistenza (di figli, di anziani, di disabili, di ammalati), di chi intende completare gli studi o seguire un percorso di formazione o di chi semplicemente ha la necessità di integrare il proprio reddito,

3 In arg. sia consentito rinviare a G. PELLACANI, A. BELSITO, *Il lavoro a tempo parziale*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 670 ss..

4 Cfr. A. BOSCATI, S. FERRARIO, *Il lavoro a tempo parziale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet, Torino, 2010 p. 537 ss.; M. BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, vol. II, in *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2009, pp. 1177-1178.

5 L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 141.

ma anche dei lavoratori con disabilità, dei lavoratori anziani (come scivolo graduale verso la pensione, casomai in combinazione col prepensionamento) e di quelli affetti da gravi patologie (oncologiche o croniche ingravescenti), consentendo loro di rimanere attivi grazie ad un alleggerimento (casomai temporaneo) dei carichi di lavoro⁶.

Siffatte considerazioni valgono peraltro quando il ricorso al *part-time* è il frutto di una libera scelta del lavoratore, non quando sia è un'opzione determinata dalla mancanza di alternative, e a condizione che, nella fase funzionale, sia assicurata al prestatore la programmabilità dei tempi di lavoro e di non lavoro.

A tal riguardo, occorre ricordare che nel mercato del lavoro italiano si registra una marcata incidenza del *part-time* involontario che, ancora una volta, interessa soprattutto le donne⁷.

L'Istituto Nazionale per le analisi delle politiche pubbliche (Inapp) rileva poi come la crescita dell'occupazione dopo la crisi pandemica sia in larga misura "a tempo parziale", ma per lo più involontario, a causa della perdurante incertezza sulla stabilità della ripresa: «sono oltre 3,3 milioni i nuovi contratti attivati ma di questi oltre un milione sono part time il più delle volte "involontario", ovvero non richiesto dal lavoratore ma proposto dalle imprese. Si incrementano le differenze di genere: quasi la metà delle nuove assunzioni di donne è a tempo parziale contro il 26,6% degli uomini»⁸.

Si deve poi ricordare come il *part-time* presenti anche in termini più generali ed in ogni caso delle non trascurabili controindicazioni: trattamento retributivo ridotto, in quanto proporzionato al tempo di lavoro, possibilità di carriera inferiori, minore contribuzione e quindi futura pensione più bassa, comportano un aumento del rischio di povertà e di esclusione sociale, soprattutto delle donne⁹. Non si può infine nemmeno escludere la possibilità di ricorso all'istituto in funzione elusiva: il contratto a tempo parziale potrebbe infatti essere utilizzato per coprire un rapporto che in realtà si svolge a tempo pieno, quindi "mezzo in nero". Siffatte controindicazioni, da un lato, richiedono al legislatore molta cautela nel dosaggio di flessibilità a favore del datore di lavoro, soprattutto (come si dirà) nella fase funzionale e, dall'altro, inducono a guardare con interesse, nella prospettiva del *work-life balance*, ad una diversa figura (ovviamente per quelle attività per le quali è proficuamente utilizzabile): il lavoro agile (o *smart working*), la cui ampia diffusione durante la pandemia ha

6 V. art. 9 c. 2, lett. c, Convenzione OIL 24 giugno 1994, n. 175.

7 ISTAT, *Lavoro e conciliazione dei tempi di vita*, 2021, <https://www.istat.it/it/files/2021/03/3.pdf>

8 <https://old.inapp.org/it/inapp-comunica/sala-stampa/comunicati-stampa/17112021-lavoro-inapp-boom-part-time-rischio-ripresa-non-strutturale%E2%80%9D>

9 A.M. BATTISTI, *Donne (in)visibili e disparità retributiva*, in *Mass. gnr. lav.*, 2019, 3, p. 474.

dato modo ad un gran numero di imprese e lavoratori di testarne l'utilità¹⁰, ma anche i rischi ed i limiti¹¹, e indotto il legislatore ad incentivarne la diffusione¹².

3. Volontarietà del ricorso al contratto di lavoro a tempo parziale e necessaria programmabilità dei tempi di non-lavoro

Il contratto di lavoro a tempo parziale, come si è detto, costituisce un utile strumento di “flessibilità buona” se è voluto, e non subito, dal lavoratore e se, nel corso del rapporto, al lavoratore vengono garantite la certezza della collocazione temporale della prestazione e, conseguentemente, la programmabilità del tempo libero, durante il quale può dedicarsi ad altro (ad un secondo lavoro, alla famiglia, alle cure, allo studio e via dicendo). Siffatta esigenza, com'è evidente, entra inevitabilmente in tensione con l'interesse del datore di lavoro alla flessibilità degli assetti organizzativi, tant'è che la ricerca di un punto equilibrio tra le contrapposte esigenze costituisce l'aspetto cruciale delle discipline che si sono succedute nel corso degli anni a partire dalla prima regolamentazione ad opera della legge 19 dicembre 1984 n. 863.

Il principio del carattere necessariamente volontario del ricorso al lavoro a tempo parziale emerge in modo assolutamente inequivocabile a livello di fonti sovranazionali.

La Convenzione OIL 24 giugno 1994, n. 175 e la coeva Raccomandazione 24 giugno 1994, n. 182 esprimono l'idea che il tempo parziale deve rispondere all'interesse di entrambe le parti del rapporto e devono essere il frutto di una scelta libera del prestatore. Gli Stati, dunque, sono chiamati a rimuovere le normative che ostacolano l'accesso al lavoro a tempo parziale e ad adottare misure per facilitarne l'accesso (anche a rapporto già in corso) in presenza di ragioni che lascino supporre un reale interesse a lavorare ad orario ridotto (familiari, di salute, di formazione) e finanche prevedere in talune circostanze (ad esempio

10 Recentemente, *ex plurimis*, v. L. ZOPPOLI, *Il protocollo sul lavoro agile nel settore privato e “gli altri”*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1/2022, spec. p. 4.

11 Evidenza V. FILI, *Le difficili libertà delle donne tra gender wage gap, soffitti di cristallo e bassa fecondità*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2/2021, p. 4, come durante la pandemia lo *smart working* si sia «trasformato in una trappola, svelando l'altra faccia della medaglia, quella claustrofobica e ossessiva, in cui l'inesistenza dei confini tra tempi di vita e di lavoro ha reso difficilissimo proprio la conciliazione del lavoro con la cura dei figli, specie se in DAD (ormai noto acronimo di “didattica a distanza”)».

12 La legge 30 dicembre 2018, n. 145 prima e il D.Lgs. 30 giugno 2022, n. 105. L'attuale art. 18 della legge 22 maggio 2017, n. 81 impone ai datori di lavoro che stipulano accordi di lavoro agile di riconoscere priorità alle richieste di esecuzione di lavoratrici e lavoratori gravemente disabili, caregivers o con figli fino a dodici anni di età o in condizioni di disabilità.

gravidanza, necessità di prendersi cura di un bambino e di un familiare disabile o malato) un diritto alla trasformazione, con garanzia di reversibilità¹³.

Passando alle fonti comunitarie, la direttiva del consiglio 15 dicembre 1997 n. 81, che recepisce l'accordo quadro 6 giugno 1997, oltre a sancire espressamente il divieto di discriminazione «per il solo motivo di lavorare a tempo parziale»¹⁴, si preoccupa altresì di ribadire il principio della volontarietà del part-time e di sollecitare gli Stati a «favorire la libertà di scelta dei lavoratori riguardo all'estensione temporale del proprio lavoro, mediante il passaggio in costanza di rapporto dal part-time al full time e viceversa»¹⁵, senza peraltro dettare una disciplina di dettaglio, e dunque lasciando ai destinatari un ampio margine di discrezionalità in sede di recepimento.

L'interesse delle istituzioni europee si indirizza in seguito verso il *part-time* come strumento idoneo a favorire, sul fronte datoriale, un'organizzazione adattabile alle esigenze del mercato e, su quello del prestatore, un miglioramento delle condizioni di vita in tutte quelle circostanze in cui si evidenzia un'esigenza di conciliazione (per ragioni familiari, di età, di salute, di studio o formazione)¹⁶.

È peraltro evidente che quanto più il legislatore asseconda l'aspirazione alla flessibilità organizzativa, consentendo al datore di lavoro di variare l'orario, tanto più si comprimono per il lavoratore gli spazi di programmabilità del tempo di non lavoro e quindi la possibilità di dedicarsi ad un'altra occupazione o alle attività che lo hanno indotto ad accettare un impiego ad orario ridotto (gestione dei figli, assistenza ad un familiare ammalato o disabile, studio e così via) e si accresce e il rischio di precarizzazione del prestatore¹⁷.

È dunque corretto chiedersi che cosa deve intendersi per “volontà” e se questa possa risolversi in una mera manifestazione del consenso formale o richieda altro¹⁸.

A tal riguardo, occorre distinguere.

Nel momento genetico, la «libertà di determinare quanto e come lavorare», «assicurata a tutti gli individui dall'art. 4 della Costituzione, che attribuisce a ogni cittadino il diritto — oltre che il dovere — di lavorare “secondo le proprie possibilità e la propria scelta”» e accorda dunque prevalenza (e copertura costituzionale) all'interesse del singolo a negoziare individualmente il proprio tempo

13 Cfr. G. CALVELLINI, *La volontarietà del part-time: un principio dimenticato da riscoprire?*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 152/2016, pp. 673-674.

14 Su cui v. M. BROLLO, *op. cit.*, p. 1215 ss.,

15 V. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Vol. II. *Soggetti e oggetto, sicurezza del lavoro, retribuzione, qualità, luogo e tempo della prestazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2003, p. 359.

16 V. G. CALVELLINI, *op. cit.*, pp. 679-680.

17 M.G. GAROFALO, *Post-moderno e diritto del lavoro. Osservazioni sul Libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro»*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, p. 138

18 G. CALVELLINI, *op. cit.*, p. 671 ss., *passim*.

di lavoro entro i limiti massimi previsti dalla legge¹⁹, impedisce la previsione di qualsivoglia filtro selettivo. Siffatto principio non consente dunque di circoscrivere la possibilità di ricorso al *part-time* alle ipotesi in cui ciò corrisponda ad un effettivo interesse del prestatore (famiglia, studio, cura, e così via), peraltro difficile da determinare a priori, né di predisporre una qualche forma di verifica delle ragioni che stanno alla base della scelta dell'interessato.

Tutt'al più, anche sulla scorta delle indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, è possibile incentivare il *part-time* volontario, ovvero quello determinato da esigenze ritenute giustificate e meritevoli di tutela.

Peso e rilievo ben diverso assumono la certezza e la prevedibilità dell'orario e la garanzia del lavoratore dell'immodificabilità unilaterale di esso da parte del datore di lavoro: d'altra parte, come si è detto, l'utilità del ricorso al tempo parziale dipende innanzitutto da ciò, ovvero dalla possibilità di programmare i tempi di non lavoro.

A tal riguardo, un posto centrale deve assegnarsi alla storica sentenza della Corte costituzionale 11 maggio 1992, n. 210²⁰ che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, secondo comma, della l. n. 863 del 1984, ha sancito una serie di principi di assoluto rilievo:

la prescrizione secondo cui nel contratto di lavoro a tempo parziale devono essere indicate, oltre alle mansioni, anche "la distribuzione dell'orario, con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno" non appare poter essere interpretata nel senso che il legislatore abbia considerato sufficiente l'indicazione della durata della prestazione lavorativa in riferimento ai parametri temporali specificati nella norma (e tanto meno in riferimento ad alcuni soltanto di essi). Il ricorso al termine "distribuzione" ed il riferimento congiunto a tutti i parametri temporali denotano con chiarezza che il legislatore non ha considerato sufficiente che il contratto specifichi il numero di ore di lavoro al giorno (ovvero il numero di giorni alla settimana, al mese o all'anno, ovvero il numero di settimane al mese o all'anno, ovvero il numero di mesi all'anno) in cui la prestazione lavorativa deve svolgersi, ma ha inteso stabilire che, se le parti si accordano per un orario giornaliero di lavoro inferiore a quello ordinario, di tale orario giornaliero deve essere determinata la "distribuzione" e cioè la collocazione nell'arco della giornata; se le parti hanno convenuto che il lavoro abbia a svolgersi in un numero di giorni alla settimana inferiore a quello normale, la "distribuzione" di tali giorni nell'arco della settimana deve essere preventivamente determinata; se le parti hanno pattuito che la prestazione lavorativa debba occupare solo alcune settimane o alcuni mesi, deve essere preventivamente determinato dal contratto quali (e non solo quante) sono le settimane e i mesi in cui l'impegno lavorativo dovrà essere adempiuto. In definitiva, il legislatore ha escluso, appunto, l'ammissibilità di qualunque forma di

19 P. ICHINO, *op. cit.*, p. 360.

20 in *Foro it.*, 1992, I, 3232, con nota di A. ALAIMO, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, con nota di P. ICHINO; in *Giur. it.* 1993, I, 1, p. 277 con nota di M. BROLLO.

contratto c.d. a chiamata o a comando (ove, con tali formule si intenda far riferimento a rapporti nei quali il contratto individuale consente al datore di lavoro di decidere in modo unilaterale quando utilizzare il singolo dipendente);

- è inammissibile «un contratto di lavoro a tempo parziale nel quale sia riconosciuto il potere del datore di lavoro di determinare o variare unilateralmente, a proprio arbitrio, la collocazione temporale della prestazione lavorativa». Una siffatta possibilità

sarebbe del resto in contraddizione con le ragioni alle quali è ispirata la disciplina di tale rapporto. Come ha giustamente rilevato la giurisprudenza della Cassazione, il rapporto di lavoro a tempo parziale “si distingue da quello a tempo pieno per il fatto che, in dipendenza della riduzione quantitativa della prestazione lavorativa (e, correlativamente, della retribuzione), lascia al prestatore d’opera un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità, da parte dello stesso prestatore d’opera, deve essere salvaguardata, anche all’ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente (art.36, primo comma, della Costituzione) a realizzare un’esistenza libera e dignitosa”. E su tali rilievi la medesima giurisprudenza ha basato l’affermazione che “il carattere necessariamente bilaterale della volontà in ordine a tale riduzione nonché alla collocazione della prestazione lavorativa in un determinato orario (reputato dalle parti come il più corrispondente ai propri interessi) comporta che ogni modifica di detto orario non possa essere attuata unilateralmente dal datore di lavoro in forza del suo potere di organizzazione dell’attività aziendale, essendo invece necessario il mutuo consenso di entrambe le parti” (Cass., sez. lav., 22 marzo 1990, n.2382);

- per le stesse ragioni si deve anche

escludere l’ammissibilità di pattuizioni che attribuiscono al datore di lavoro un simile potere. Clausole di questo genere, infatti, farebbero venir meno la possibilità, per il lavoratore, di programmare altre attività con le quali integrare il reddito lavorativo ricavato dal rapporto a tempo parziale. Tale possibilità – come è stato osservato – deve invece essere salvaguardata, poiché soltanto essa rende legittimo che dal singolo rapporto il lavoratore possa ricevere una retribuzione inferiore a quella sufficiente ad assicurare a lui e alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa. Sarebbe inoltre certamente lesivo della libertà del lavoratore che da un contratto di lavoro subordinato potesse derivare un suo assoggettamento ad un potere di chiamata esercitabile, non già entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili, ma ad libitum, con soppressione, quindi, di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall’attività lavorativa.

4. (Segue) Volontarietà e programmabilità nella fase costitutiva del rapporto

A siffatte prescrizioni il legislatore si è attenuto nella formulazione sia dell'art. 2, del d.lgs. n. 61 del 2000 che in quella dell'attuale art. 5 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, il quale, dopo aver previsto che «Il contratto di lavoro a tempo parziale è stipulato in forma scritta ai fini della prova» (comma 1) dispone che «Nel contratto di lavoro a tempo parziale è contenuta puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno» (comma 2), anche quando l'organizzazione del lavoro sia strutturata in turni (comma 3)²¹. In relazione a tale ultima previsione, vi è chi ritiene che la norma autorizzi «il datore di lavoro a provvedere tempo per tempo all'inserimento del lavoratore nei diversi turni sulla base delle contingenti esigenze organizzative, con il solo limite del rispetto delle più ampie “fasce orarie” interessate dalla turnistica», ma una siffatta interpretazione si presta a «riserve di legittimità costituzionale in rapporto all'impostazione di rigorosa salvaguardia del lavoratore rispetto a possibili ingerenze datoriali negli intervalli temporali non impegnati dall'attività lavorativa accolta da Corte cost. n. 210/1992»²². Secondo la giurisprudenza «è legittima la proposta

21 Ai sensi dell'art. 10, comma 1 in difetto di prova in ordine alla stipulazione a tempo parziale del contratto di lavoro (che può essere data mediante confessione o il deferimento del giuramento alla controparte), il lavoratore può chiedere sia dichiarata la sussistenza fra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno (fatto salvo il diritto alle retribuzioni e alla contribuzione pregresse). La medesima conseguenza è prevista anche in caso di mancata determinazione della durata della prestazione lavorativa (comma 2). Per i profili previdenziali e specificamente per l'applicazione del regime contributivo ordinario v. Cass. civ. Sez. Un. 5 luglio 2004, n.12269, in *Dir. relaz. ind.*, 2005, p. 185; recentemente Cass. civ. 10 agosto 2020, n. 16864, in *Diritto & Giustizia*, 2020, 11 agosto, e la giurisprudenza ivi richiamata; App. Firenze sez. lav., 3 novembre 2021, n. 658, in *Dejure*. Cass. civ. 14 maggio 2019, n. 12777, in *Giust. civ. mass.* 2019 ha ritenuto legittimo il licenziamento di un lavoratore che, senza attivare la procedura – ex art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 61 del 2000 – si era rifiutato reiteratamente di adempiere alla prestazione nei giorni e secondo l'orario richiesto, pur osservato pacificamente per sette mesi). Quando manchi l'indicazione della collocazione temporale dell'orario, le modalità temporali di svolgimento della prestazione saranno determinate dal giudice, tenendo conto delle responsabilità familiari del lavoratore e della sua necessità di integrazione del reddito, nonché delle esigenze del datore di lavoro. Per il periodo antecedente alla pronuncia, il lavoratore ha in entrambi i casi diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta per le prestazioni effettivamente rese, a un'ulteriore somma a titolo di risarcimento del danno. In arg. S. BELLOMO, *op. cit.*, p. 672 ss. Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. o) del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, come modificato dal cosiddetto “decreto trasparenza” (d.l. 27 giugno 2022, n. 104) il datore di lavoro pubblico e privato è tenuto a comunicare al lavoratore «la programmazione dell'orario normale di lavoro e le eventuali condizioni relative al lavoro straordinario e alla sua retribuzione, nonché le eventuali condizioni per i cambiamenti di turno, se il contratto di lavoro prevede un'organizzazione dell'orario di lavoro in tutto o in gran parte prevedibile».

22 S. BELLOMO, *Il contratto di lavoro a tempo parziale ed il lavoro ripartito dopo le modifiche e le abrogazioni operate dal d.lgs. 15/06/2015, n. 81*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del*

contrattuale del datore di lavoro che, fin dall'origine, preveda un rapporto di lavoro part-time con una precisa e predeterminata articolazione della prestazione su turni, così da consentire al lavoratore di conoscere con esattezza il tempo del suo impegno lavorativo, entro coordinate temporali contrattualmente definite ed oggettivamente predeterminabili²³, ciò che si verifica anche quando i turni (nel caso di specie le domeniche lavorative) vengano previamente comunicate tramite un calendario diffuso ad inizio anno²⁴.

Prestazioni “imprevedibili”, ulteriori o diverse rispetto a quelle contrattualmente previste, possono essere richieste dal datore di lavoro in due soli casi: come lavoro supplementare o per effetto di una “clausola elastica”.

Ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 81 del 2015 il datore di lavoro ha la facoltà di richiedere «lo svolgimento di prestazioni supplementari, intendendosi per tali quelle svolte oltre l'orario concordato»:

- nel rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi, cui il legislatore attribuisce una sorta di delega in bianco. Resta ovviamente da valutare la legittimità di previsioni che riconoscessero al datore di lavoro margini di discrezionalità tanto ampi da compromettere il diritto del prestatore a svolgere un secondo lavoro o ad attendere alle altre attività in ragione delle quali ha accettato il *part-time*;
- in mancanza di una disciplina contrattuale collettiva, il datore di lavoro può comunque «richiedere al lavoratore lo svolgimento di prestazioni di lavoro supplementare in misura non superiore al 25 per cento delle ore di lavoro settimanali concordate». Il lavoro supplementare è retribuito con una maggiorazione del 15 per cento ma il lavoratore non può rifiutare lo svolgimento del lavoro supplementare se non per «comprovate esigenze lavorative, di salute, familiari o di formazione professionale». L'onere della prova di tali comprovate esigenze ricade evidentemente sul lavoratore ed il rifiuto ingiustificato può costituire condotta disciplinarmente rilevante.
- L'art. 6, comma 4, del d.lgs. n. 81 del 2015 dispone che le parti «possono pattuire, per iscritto, clausole elastiche relative alla variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa ovvero relative alla variazione in aumento della sua durata», nel rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi (di qualsiasi livello). Il lavoratore ha diritto ad un preavviso di due giorni (ma la previsione è derogabile anche con accordo individuale) e a specifiche compensazioni.

lavoro e della previdenza sociale, Tomo primo, Utet, Torino, 2020, pp. 653-654.

23 Cass. 25 luglio 2014 n. 17009, in *Giust. civ. mass.*, 2014.

24 V. Trib. Milano sez. lav., 31 marzo 2021, ne *Ilgiustlavorista.it* 26 agosto 2021, con nota di S. APA, secondo cui «Le lavoratrici erano a conoscenza che avrebbero sicuramente lavorato il venerdì e il sabato e, limitatamente ad alcune occasioni previamente comunicate ad inizio anno, il sabato e la domenica. Non si può quindi ravvisare alcuna incertezza in ordine alla specifica individuazione dell'orario di lavoro».

Una clausola elastica può essere inserita in contratto anche in mancanza di disciplina da parte del contratto collettivo, purché sia stipulata per iscritto avanti alle commissioni di certificazione (art. 6, comma 6). La sede è senz'altro opportuna, in quanto idonea a consentire una verifica dell'effettiva volontà del lavoratore. La pattuizione deve specificare «a pena di nullità, le condizioni e le modalità con le quali il datore di lavoro, con preavviso di due giorni lavorativi, può modificare la collocazione temporale della prestazione e variarne in aumento la durata, nonché la misura massima dell'aumento, che non può eccedere il limite del 25 per cento della normale prestazione annua a tempo parziale». Per le ore ulteriori o per quelle prestate in orario diverso da quello convenuto è riconosciuta al lavoratore una maggiorazione del 15 per cento della retribuzione.

Non è più previsto un diritto di “ripensamento”, se non in presenza di condizioni specifiche e tassative: lavoratore affetto da patologie oncologiche o da gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti, o che assiste un familiare affetto dalle predette patologie o un disabile che richiede assistenza continua, genitore con figlio convivente di età non superiore a tredici anni o portatore di *handicap* (art. 8, commi 3-5, d.lgs. n. 81/2015), lavoratori studenti (art. 10, comma 1, legge 20 maggio 1970, n. 300).

5. (Segue) Volontarietà e programmabilità nella fase funzionale del rapporto. Modifiche dell'orario e trasformazione da *part-time* a *full-time* e viceversa

Al di fuori dalle ipotesi di cui si è detto al paragrafo precedente (lavoro supplementare e clausola elastica), qualsiasi variazione dell'orario di lavoro (in termini quantitativi o di collocazione temporale) richiede l'accordo delle parti, e l'eventuale rifiuto del lavoratore non costituisce giustificato motivo di licenziamento (art. 8, comma 8)²⁵.

A differenza di quanto avviene nel caso di rapporto lavorativo a tempo pieno, ove è configurabile un diritto del datore di lavoro alla determinazione dell'orario di lavoro, espressione del potere di organizzazione dell'attività, che può subire limiti solo in dipendenza di specifici accordi tra le parti²⁶, nei contratti con orario *part-time* «la distribuzione dell'orario della prestazione, con riferimento

25 Sull'illegittimità, ai sensi dell'art. del 5 d.lgs. n. 61 del 2000, del licenziamento del lavoratore per il rifiuto alla trasformazione unilaterale del rapporto di lavoro a tempo parziale in rapporto a tempo pieno, in attuazione di un accordo collettivo aziendale che disponeva la ricollocazione del personale con conseguente riorganizzazione degli orari di lavoro, v. Cass. 26 aprile 2018, n. 10142, in *Foro it.*, 2018, 6, I, p. 2017.

26 V. Cass. 3 novembre 2021, n. 31349, in *Giust. civ. mass.*, 2021; relativamente ai turni Cass. 6 dicembre 2019, n. 31957, in *Dejure*.

al giorno, alla settimana, al mese e all'anno, integra il nucleo del contratto»²⁷ e la programmabilità del tempo libero, eventualmente in funzione dello svolgimento di un'ulteriore attività lavorativa, assume carattere essenziale²⁸. L'orario di lavoro non è dunque suscettibile di modifiche unilaterali, che altererebbero l'equilibrio contrattuale e inciderebbero sulla vita personale del lavoratore²⁹.

Una recente decisione ha persino ravvisato la configurabilità del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603-bis cod. pen.) in un caso in cui i lavoratori, costretti ad accettare le condizioni imposte per la necessità di mantenere un'occupazione, avevano prestato la loro attività per un numero di ore superiore a quello previsto nella contrattazione collettiva e, con la modifica unilaterale del contratto di lavoro, passando da un contratto subordinato "full-time" ad uno "part-time", avevano continuato a lavorare per un numero di ore corrispondenti al contratto a tempo pieno, percependo la retribuzione prevista per i contratti part-time³⁰.

L'accordo è necessario anche per la trasformazione del rapporto da full-time a part-time o viceversa, non essendo configurabile, al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge³¹, alcun diritto del lavoratore in tal senso (e tantomeno un obbligo)³². La legge, al riguardo, si limita a prescrivere che nel primo caso

27 In questi termini, seppur con riferimento alla disciplina della l. n. 863/1984, Cass. 24 giugno 2020, n. 12502, in *Dejure*.

28 Trib. Milano sez. lav., 7 novembre 2018, n. 2787, ne *Ugiuslavorista.it* 3 Dicembre 2018, con nota S. APA.

29 Trib. Milano sez. lav., 31 marzo 2021, cit.; App. Roma sez. lav., 27 settembre 2018, n. 3312, in *Dejure*.

30 Cass. penale sez. IV 10 marzo 2022, n. 24388, in *Guida al diritto* 2022, n. 31-32.

31 Lavoratori affetti da patologie oncologiche o da gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti, per i quali residui una ridotta capacità lavorativa (art. 8, comma 3, d.lgs. n. 81/2015). Nel caso in cui le predette patologie riguardino il coniuge, i figli o i genitori del lavoratore, o quest'ultimo assista una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa grave, o che necessiti di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, oppure abbia un figlio convivente di età non superiore a tredici anni o portatore di handicap, la legge accorda al lavoratore priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale (art. 8, commi 4 e 5). In caso di ripensamento, il lavoratore ha diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto a tempo pieno per l'espletamento delle stesse mansioni o di mansioni di pari livello e categoria legale (comma 6). Un diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché con una riduzione d'orario non superiore al 50 per cento, è riconosciuto, per una sola volta, in luogo del congedo parentale ai sensi del Capo V del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (comma 7). Il congedo parentale è peraltro fruibile anche su base oraria (art. 32, c. 1-bis e 1-ter d.lgs. n. 151/2001), che rappresenta una scelta economicamente più vantaggiosa. In arg. v. S. BELLOMO, *op. cit.*, p. 667 ss.

32 La legge si limita a prevedere che, in caso di assunzione di personale a tempo parziale, il datore di lavoro è tenuto a darne tempestiva informazione al personale già dipendente con rapporto a tempo pieno occupato in unità produttive site nello stesso ambito comunale e a prendere in considerazione le domande di trasformazione a tempo parziale dei rapporti dei dipendenti a tempo pieno. Il fatto è che, come si è detto, il part-time non è amato dalle

(trasformazione da *full-time* a *part-time*) l'accordo deve risultare da atto scritto mentre nulla dispone in relazione al secondo (trasformazione da *part-time* a *full-time*).

Per quanto concerne la trasformazione da *full-time* a *part-time*, dunque, la giurisprudenza, muovendo dall'assunto per cui "la modalità oraria" configura «un elemento qualificante della prestazione oggetto del contratto part-time», ritiene che

la variazione, in aumento o in diminuzione, del monte ore pattuito, costituisca una novazione oggettiva dell'intesa negoziale inizialmente concordata, che richiede una rinnovata manifestazione di volontà, pertanto non desumibile per *facta concludentia* dal comportamento successivo delle parti a norma dell'art. 1362 c.c.³³

Un diverso indirizzo precisa però che la variazione in diminuzione dell'orario possa, seppur non possa essere imposta e richieda un accordo, può essere desunta dal comportamento delle parti, e aggiunge che, alla stregua del principio di effettività, laddove il lavoratore non contesti la variazione ma richieda le differenze retributive in un momento successivo, casomai anche a distanza di anni, la pretesa va rigettata, in quanto la retribuzione spetta soltanto se la prestazione di lavoro venga eseguita, salvo che il datore di lavoro versi in una situazione di *mora credendi*³⁴.

È invece pacificamente riconosciuto che la trasformazione da *part-time* a *full-time* (che pure richiede un accordo e dunque non può essere pretesa o imposta) possa avvenire anche per fatti concludenti, mediante la ripetuta e protratta esecuzione di prestazioni ulteriori, anche risultante dalle buste paga:

l'osservanza di un orario lavorativo pari a quello previsto per il tempo pieno è idonea a comportare, nonostante la difforme iniziale volontà delle parti, l'automatica trasformazione del rapporto part-time in altro a tempo pieno, non occorrendo, a tal fine, l'osservanza di alcun requisito formale.³⁵

aziende in quanto incide negativamente sulla produttività aziendale - potendo "causare inefficienze di coordinamento e comunicazione all'interno delle aziende; oppure una riduzione della produttività individuale del lavoratore dovuta a quelli che in letteratura sono chiamati "start-up costs" - e comporta maggiori costi, in particolare quelle fissi «cioè quelli non legati al numero di ore lavorate ma al numero di lavoratori (per esempio, costi di reclutamento e formazione)» ma anche di gestione amministrativa (prospetti paga, comunicazioni obbligatorie, e così via) (V. F. DEVICIENTI, E. GRINZA, D. VANNONI, *Perché le aziende non amano il part-time*, ne *lavoce.info*, 30 aprile 2019, <https://www.lavoce.info/archives/58841/perche-le-aziende-non-amano-il-part-time/> e gli studi ivi richiamati).

33 Cfr. Cass. 19 gennaio 2018, n. 1375, in *Foro it.*, 2018, 3, I, 897; Cass. 11 dicembre 2014, n. 26109, in *Dejure* (relativamente a vicenda disciplinata dalla l. 863/1984, che richiedeva la forma scritta a pena di nullità); Cass. civ. sez. VI, 6 dicembre 2016, n. 25006, in *Giust. civ. mass.*, 2017.

34 V. Cass. 29 maggio 2019, n. 14684; Cass. 19 gennaio 2018, n. 1375, cit.

35 Così Cass. 25 luglio 2019, n. 20209, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Trib. Torino sez. lav., 24 agosto 2020, n. 703, in *Dejure*. V. anche S. BELLOMO, *op. cit.*, p. 668, e le decisioni ivi richiamate in nota

La decisione, una volta assunta, non è reversibile (ad eccezione dell'ipotesi espressamente prevista dall'art. 8, c. 3, d.lgs. n. 81/2015):

Non è ravvisabile alcun diritto del lavoratore *part time* al ripristino dell'orario originario *full-time*, posto che la variazione, tanto in aumento quanto in diminuzione, nel corso del rapporto di lavoro, del monte ore inizialmente pattuito tra le parti integra gli estremi di una novazione oggettiva dell'intesa negoziale in essere, che postula una rinnovata manifestazione di volontà.³⁶

60 (Cass. ord. 4. Dicembre 2018, n. 31342; Cass. 30 maggio 2011, n. 11905; Cass. 13 ottobre 2010, n. 21160).

36 App. Roma, 18 dicembre 2019, n. 3873, in *Dejure*.

Contratto di lavoro intermittente

Maurizio Falsone

SOMMARIO: 1. La complicata evoluzione della disciplina. – 2. L'inquadramento delle fattispecie. – 3. I requisiti di legittimità. – 4. (*Segue*) I limiti e divieti di utilizzo. – 5. La disciplina dei rapporti di lavoro intermittente.

1. La complicata evoluzione della disciplina

Il contratto di lavoro intermittente è stato disciplinato per la prima volta in Italia nel 2003 con il d.lgs. n. 276, attuativo della legge c.d. Biagi (n. 30/2003). Tale decreto, fra le altre cose, regolava una serie di contratti di lavoro c.d. non standard: fra quelli “a orario ridotto, modulato o flessibile” (Titolo V), il primo ad essere disciplinato era proprio il contratto di lavoro intermittente, comunemente chiamato anche contratto di lavoro a chiamata e, in inglese, *job on call*.

La disciplina è stata oggetto di numerose riforme. Alcune di impatto solo formale o di chiarimento¹, altre di rilevante impatto, sia sul piano sostanziale che su quello politico. Le numerose riforme intervenute sono state di segno opposto, coerentemente con l'alternarsi delle maggioranze parlamentari che hanno caratterizzato la politica italiana nei due decenni a cavallo del 2000. Così, le maggioranze di centro-sinistra sono arrivate anche ad abolire quasi completamente la tipologia contrattuale², mentre le maggioranze di centro-destra, nel giro di pochi mesi, la “resuscitavano”³. Infine, la disciplina del lavoro intermittente è stata riformata in senso restrittivo dall'art. 1 comma 21 l. n. 92/2012 (cd. Legge Fornero) e poi trasposta, con poche modifiche, nel nuovo testo legislativo di riferimento delle forme di lavoro non standard, ovvero il d.lgs. 81/2015, attuativo della l. 81/2014, nota come *jobs act*.

Come si intuisce dai numerosi interventi succedutisi, si tratta di una tipologia contrattuale oggetto di un importante dibattito politico e scientifico. In ragione del grado relevantissimo di flessibilità che connota il rapporto di lavoro, come vedremo nel dettaglio, alcuni lo hanno considerato l'emblema della

1 Cfr., ad esempio, le modifiche apportate dall'art. 10 d.lgs. 251/2004 o dall'art. 1 *bis* d.l. 25/2005.

2 Che veniva fatta salva solo per il settore del turismo e dello spettacolo (cfr. art. 1 commi 45-47 della l. 247/2007 (c.d. legge sul welfare).

3 Cfr. art. 39 comma 11 del d.l. 112/2008 conv. con l. 133/2008.

contrapposizione fra tutela della persona ed esigenze organizzative di flessibilità dell'impresa⁴, altri uno strumento da valorizzare, almeno in certi ambiti e con le dovute accortezze⁵.

2. L'inquadramento delle fattispecie

Prima di analizzare la disciplina vigente (con qualche accenno alle evoluzioni più rilevanti) relativa allo svolgimento del rapporto, è opportuno inquadrare la fattispecie e individuare la qualificazione della tipologia contrattuale. Si tratta di un'operazione non facile o scontata, visto che il contratto di lavoro intermittente presenta un livello di flessibilità organizzativa tale da rendere evanescente la natura del rapporto, fino a mettere in discussione l'esistenza stessa di un rapporto contrattuale vero e proprio⁶.

La definizione stessa di contratto di lavoro intermittente non è, in verità, chiara. Il legislatore afferma che «il contratto di lavoro intermittente è il contratto (...) mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione in modo discontinuo o intermittente (...)» (art. 13 d.lgs. 81/2015). Tuttavia, questa definizione può ricomprendere l'intero fenomeno disciplinato dal legislatore solo se interpretata in modo molto elastico.

Infatti, il legislatore prevede l'erogazione di una “indennità di disponibilità” solo nel caso in cui il lavoratore garantisca l'accettazione delle richieste di prestazione di lavoro discontinue/intermittenti (art. 13 comma 4 e art. 6). Dall'analisi complessiva della disciplina (cfr. anche l'art. 15 comma 1 lett. b e c) su cui *infra*), quindi, si è dedotto che il lavoro intermittente può implicare l'obbligo di accettazione della richiesta di prestazione oppure la libertà di accettazione della richiesta (si parla di solito di lavoro intermittente con obbligo o senza obbligo “di risposta”). Pertanto, l'oggetto del rapporto di lavoro intermittente, ovvero il “porsi a disposizione” cui fa riferimento la definizione del legislatore, andrebbe inteso, oltre che come impegno ad eseguire la prestazione richiesta,

4 P. ALBI, *Lavoro intermittente*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt Labour Studies e-Book series, n. 48, 2015, p. 139 ss., ove i riferimenti all'ampia letteratura critica.

5 M. CERBONE, *Il lavoro intermittente dopo il jobs act: persistono le anomalie*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 4, 2019, spec. p. 833 ove si fa riferimento all'ipotesi di utilizzo del contratto di lavoro intermittente negli studi legali, non solo in riferimento alle attività amministrative e di segreteria, ma addirittura in riferimento alle attività di contenuto professionale per cui è necessaria l'iscrizione agli albi, registri o collegi (attività che però non può essere svolta *de iure condito* in regime di subordinazione).

6 Si è addirittura parlato di “contratto senza contratto” (cfr. L. DE ANGELIS, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?* in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1, 2004, p. 885, R. ROMEI, *op. cit.*, p. 703).

come *impegno ad accettare* le richieste di prestazione oppure, almeno, come *impegno a valutare* tali richieste.

Ciò ha indotto alcuni ad affermare che la disciplina riguardi due tipologie negoziali diverse: alcuni ritengono che la fattispecie ordinaria/principale sia quella del contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta⁷, perché è il rapporto che presenta effetti vincolanti chiari come si addice ai normali rapporti contrattuali, altri a ritenere che lo sia invece quella senza obbligo di risposta⁸, perché la disciplina del d.lgs. 81/2015 sembra trattare l'obbligo di risposta con una clausola eventuale/opzionale del contratto di lavoro intermittente.

A prescindere da ciò, va sottolineato che il lavoro intermittente con obbligo di risposta è stato ricondotto dai più nell'alveo del lavoro subordinato, sul presupposto, oggi acquisito, che il vincolo di subordinazione *ex art. 2094 c.c.* non consiste solo nell'obbligo di prestazione di lavoro ma anche solo nell'obbligo di mettersi a disposizione del datore⁹. Viceversa, il lavoro intermittente senza obbligo di risposta ha posto dei problemi qualificatori più gravi, perché risulta difficile individuare effetti vincolanti come quelli che caratterizzano normalmente i contratti lavoristici *tout court*. Gli sforzi volti a dare consistenza giuridica al rapporto, hanno condotto a diverse ipotesi ricostruttive: alcuni hanno inscritto questo tipo di lavoro intermittente nella categoria dei contratti di lavoro autonomo aventi ad oggetto prestazioni di lavoro occasionale non vincolanti¹⁰, ma si è giustamente obiettato che le singole prestazioni accettate devono essere eseguite secondo i canoni del lavoro subordinato; altri hanno ricondotto la fattispecie nella categoria del contratto normativo, con cui le parti si vincolano a dare un determinato contenuto ad eventuali successivi accordi negoziali¹¹; altri ancora hanno ipotizzato che in entrambi le ipotesi si verifica un vincolo di disponibilità, ma di intensità diversa: nel caso di lavoro intermittente con obbligo di risposta, l'eventuale rifiuto alla chiamata è ammesso solo in presenza di specifiche ipotesi giustificative, mentre nel caso di lavoro intermittente senza obbligo

-
- 7 R. ROMEI, *Il contratto di lavoro intermittente*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 2020, I tomo, p. 684.
- 8 M.G. MATTAROLO, *Tipologie di lavoro a orario ridotto, modulato o flessibile*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, S. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, 6 e 46.
- 9 V. PINTO, *Commento all'art. 13 d.lgs. 81/2015*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 2753.
- 10 F. LUNARDON, *Il lavoro intermittente*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 79, L. BASENGHI, *Co.co.co., lavoro a chiamata, occasionale, e job sharing*, in *Guida al lavoro*, 2003, p. 34. Lo schema è stato usato anche per qualificare il lavoro dei *gig workers* delle piattaforme digitali.
- 11 R. VOZA, *Il lavoro intermittente*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, II, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione, svolgimento*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 1415, A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, CEDAM, Padova, 2004, p. 60, P. E. MERLINO, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro.*, 2007, I, p. 196.

di risposta, l'eventuale diniego è ammesso alla stregua dei canoni di buona fede e correttezza¹². Per il resto la dottrina ha tentato degli accostamenti con altre tipologie contrattuali, come la somministrazione di lavoro¹³, oppure il contratto di lavoro a tempo parziale (*part-time*). Ma gli sforzi di accostamento non hanno avuto molta fortuna; perciò, alcuni preferiscono affermare che il contratto di lavoro intermittente è una tipologia contrattuale a sé stante, che non può essere ricondotta entro altri schemi contrattuali¹⁴.

3. I requisiti di legittimità

La radicale flessibilità che connota il rapporto di lavoro intermittente ha indotto il legislatore ad individuare due requisiti fra loro alternativi in presenza dei quali è possibile stipulare questo tipo di contratto¹⁵.

Un primo requisito si riferisce alla sfera del datore di lavoro (c.d. ipotesi oggettiva) e serve a limitare l'uso dello strumento entro i confini di determinate esigenze organizzative che si presume siano effettivamente connotate da intermittenza/discontinuità e che quindi possono essere oggettivamente soddisfatte meglio con un contratto che consenta prestazioni intermittenti/discontinue. Il secondo requisito, invece, si riferisce alla sfera del lavoratore (c.d. ipotesi soggettiva) e serve ad autorizzare la stipula di questo tipo di contratto con persone che si collocano in una posizione debole nel mercato, in particolare per ragioni anagrafiche.

Per quanto riguarda il primo requisito, in particolare, è previsto che il datore possa utilizzare la prestazione lavorativa in modo discontinuo/intermittente «secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi, anche con riferimento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno» (art. 13, comma 1, d.lgs. 81/2015). Il legislatore ha quindi assegnato alle parti sociali il compito di individuare le esigenze organizzative dei datori di lavoro che giustificano l'utilizzo di un tale tipo di contratto, indicando, solo a titolo di esempio, la possibilità di individuare esigenze che rendano opportuno lo svolgimento delle prestazioni in determinate parti della settimana, del mese o dell'anno¹⁶.

12 L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 890.

13 V. PINTO, R. VOZA, *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro dal libro Bianco al Disegno di L. delega*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2002, I, p. 483

14 R. ROMEI, *op. cit.*, p. 686. Una recente ricostruzione del tipo contrattuale è contenuta ora in App. Roma, 29 settembre 2021, n. 3306 in *OneLegal*.

15 L'alternatività dei requisiti è espressamente sottolineata da Trib. Ravenna, 6 settembre 2017, n. 279 in *De Jure*.

16 In passato la disciplina sembrava distinguere il caso delle esigenze individuate dalla contrattazione collettiva dal caso della predeterminazione dei periodi della settimana, mese o anno entro cui svolgere la prestazione, che è parsa ad alcuni affidata alla contrattazione individuale (M. MARAZZA, *Il lavoro intermittente per periodi predeterminati dall'autonomia individuale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, 4, I, p. 681 ss.).

Ai sensi dell'art. 51 dello stesso d.lgs. 81/2015, il riferimento ai contratti collettivi va inteso nel senso di “contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”. Anche prima del *jobs act* erano i contratti collettivi di qualunque livello ad essere autorizzati ad individuare le esigenze aziendali; tuttavia, la rappresentatività che autorizzava le parti sociali ad intervenire sulla materia del lavoro intermittente andava misurata anche solo territoriale, mentre ora la rappresentatività delle organizzazioni sindacali (o delle loro RSA) deve essere valutata su scala solo nazionale.

Non sono molti i contratti collettivi che hanno individuato le esigenze che autorizzano l'utilizzo dello strumento contrattuale. Qualche esempio può essere utile a capire in che modo le parti sociali interpretano il rinvio legale. Il CCNL per gli studi professionali stipulato il 17 aprile 2015, ad esempio, prevede che il contratto di lavoro intermittente sia utilizzabile

per periodi con una particolare intensità lavorativa come lo sono a titolo esemplificativo le seguenti attività lavorative: – Dichiarazioni annuali nell'area professionale economica – amministrativa e nelle altre attività professionali; – Archiviazione documenti per tutte le aree professionali; – Informatizzazione del sistema o di documenti per tutte le aree professionali.

Il CCNL Turismo, Agenzie di viaggio e Pubblici Esercizi del 23 maggio 2017 (sottoscritto da CISAL) all'art. 84 stabilisce che l'azienda può utilizzare il contratto di lavoro intermittente,

a) per lo svolgimento di mansioni di carattere discontinuo o intermittente e per la temporanea intensificazione di lavori, quali: servizi di portineria, guardiania, ricevimento e accoglienza; fattorino, addetto alla consegna merci, anche con uso di mezzi di trasporto; servizi di antitaccheggio; addetti ai *call center*; promoter e addetti al *merchandising*, attività di cameriere, cuoco, pizzaiolo, panificatore, pasticciere, gelatiere o commesso; attività di animazione e intrattenimento; attività a carattere stagionale in genere; attività a carattere discontinuo; attività di preparazione, manutenzione e pulizie straordinarie richieste per le aperture dei locali soggetti a stagionalità (nei 3 mesi antecedenti alle aperture stesse); attività di chiusura a fine stagione, per messa in sicurezza e ricovero (nei 2 mesi seguenti la chiusura stagionale); b) per i lavori da rendersi: nei fine settimana, nei periodi feriali (pasquali, estivi, natalizi) (...), o in altri eventuali periodi successivamente individuati dalla Contrattazione di secondo livello tra le Parti aziendali.

Vanno segnalati i casi della contrattazione collettiva che disapprova espressamente l'utilizzo del contratto di lavoro intermittente. Il CCNL BBC del 9 gennaio 2021, all'art. 31-ter sulle politiche attive per l'occupazione, stabilisce che «per il periodo di vigenza del presente contratto, le Aziende non utilizzeranno i

seguenti istituti: apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione, contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, lavoro intermittente e lavoro ripartito»; il CCNL trasporti-logistica del 26 maggio 2014, nella Premessa al Capitolo III sul mercato del lavoro, afferma che «per quanto attiene il lavoro a chiamata e la somministrazione a tempo indeterminato, considerata la novità degli strumenti e stante la situazione congiunturale del settore, le parti convengono di non applicarli al settore».

A questo riguardo, è sorto un contrasto interpretativo a proposito della facoltà delle parti sociali di bandire l'utilizzo del contratto di lavoro intermittente. Per un verso, si potrebbe fare leva sulla regola generale secondo cui nel sistema italiano la contrattazione collettiva ha il potere di derogare alla legge in senso favorevole ai lavoratori e che la scelta di escludere l'utilizzo dei contratti di lavoro intermittente va intesa come misura tesa a favorire il reclutamento di lavoratori attraverso contratti di lavoro più tutelanti e sicuri per questi ultimi¹⁷. Per un altro verso, invece, si potrebbe affermare che, in questo caso specifico, il legislatore ha espressamente limitato la delega alla (e la competenza della) contrattazione collettiva, affidando alle parti sociali solo il compito di individuare le esigenze organizzative che permettono l'uso dello strumento contrattuale, ma non anche quello di vietare o legittimare a monte il suo utilizzo, compito che il legislatore avrebbe già compiuto nel senso di introdurre inderogabilmente nel mercato del lavoro questa tipologia contrattuale¹⁸.

A questo riguardo, la Corte di cassazione ha recentemente affermato che la clausola del contratto collettivo che, invece di individuare le esigenze organizzative datoriali, si limita ad escludere l'utilizzo dello strumento contrattuale non inficia la legittimità della stipula delle parti individuali di un contratto di lavoro intermittente, perché la legge è in più punti chiara nel senso di non assegnare alla contrattazione collettiva un tale potere di veto¹⁹.

In effetti, e veniamo ad un altro profilo della disciplina della fattispecie, è significativo che la legge preveda che «in mancanza di contratto collettivo, i casi di utilizzo del lavoro intermittente sono individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali». Infatti, l'intenzione del legislatore sembra quella di impedire che l'inerzia della contrattazione collettiva ostacoli l'uso dello strumento contrattuale; eppure va segnalato che la previsione, a stretto rigore, si riferisce solo al caso in cui la contrattazione collettiva rimanga silente, non al caso in cui questa esprima esplicitamente la volontà di non avallare l'uso del lavoro intermittente.

17 G. CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in *Lavoro e diritto*, 2015, p. 491.

18 Cfr. R. ROMEI, *Vietato vietare: riflessioni sparse su una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2020, p. 609.

19 Cass. 13 novembre 2019, n. 29423, in *De Jure*. Cfr. G. PIGLIALARMÌ, *L'Ispettorato nazionale del lavoro chiarisce il ruolo della contrattazione collettiva nella regolazione del lavoro a chiamata*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2021, p. 555.

Come che sia, bisogna evidenziare in primo luogo che mentre la contrattazione collettiva è chiamata ad individuare le “esigenze” che autorizzano la stipula di contratti di lavoro intermittente, il decreto ministeriale è chiamato ad individuare “i casi di utilizzo”. Sarebbe stato meglio fare riferimento allo stesso tipo di requisito, anche se, in concreto e anche alla luce di come la contrattazione collettiva sta interpretando il rinvio legale, la differenza è sottile e trascurabile.

In secondo luogo, va evidenziato che, mentre nella disciplina precedente al *jobs act* (art. 40 d.lgs. 276/2003) l'intervento suppletivo del decreto ministeriale era previsto solo in caso di inerzia della contrattazione collettiva di livello nazionale, oggi il decreto ministeriale è chiamato a supplire anche all'inerzia dei contratti collettivi territoriali o aziendali, eventualmente applicati in azienda. Ciò vuol dire che oggi il decreto ministeriale è chiamato a colmare la lacuna anche nei casi, non così rari, in cui il datore di lavoro applichi in azienda solo contratti collettivi non nazionali. Va peraltro segnalato un possibile problema operativo nel caso in cui un datore applichi più contratti collettivi di diversi livelli che individuano esigenze datoriali per la stipula di contratti di lavoro intermittente in modo non collimante: nel sistema sindacale italiano, infatti, non esiste una chiara gerarchia delle fonti contrattuali collettive: stando all'orientamento giurisprudenziale prevalente deve individuarsi volta per volta e considerando la dinamica globale delle relazioni intersindacali quali sia la reale volontà delle parti circa la prevalenza di un contratto collettivo su un altro, o viceversa²⁰.

Nonostante il rilievo centrale assegnato ora al decreto governativo, il ministero competente non ha ancora dato seguito al rinvio legale del d.lgs. 81/2015. In virtù di una disposizione transitoria di tale decreto – secondo cui «sino all'emanazione dei decreti richiamati dalle disposizioni del presente decreto legislativo, trovano applicazione le regolamentazioni vigenti» (art. 55 comma 3 d.lgs. 81/2015) – è possibile però fare riferimento al decreto ministeriale emanato in risposta al rinvio legale contenuto nella previgente disciplina del d.lgs. 276/2003 (art. 40)²¹. Tale decreto è stato emanato il 23 ottobre 2004. Questo, invece di individuare i casi di utilizzo del contratto di lavoro intermittente, si limita a richiamare un vecchio decreto regio (n. 2657/1923) che, a fini diversi, elenca le occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia: quindi non elenca esigenze organizzative, né casi, ma profili professionali. Pertanto, attualmente sono le risposte agli interpelli rivolti al Ministero del lavoro che orientano gli interpreti e gli operatori nei casi dubbi, e in mancanza di intervento della contrattazione collettiva²². Va, però, sottolineato che le risposte

20 Si permetta il rinvio a M. FALSONE, *La ricerca della volontà delle parti in caso di conflitto fra contratti collettivi di diverso livello: un approccio da approfondire o un cul-de-sac?*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2, 2016, p. 446.

21 Ma si veda R. ROMEI, *Il lavoro intermittente*, cit., p. 693.

22 Cfr. un elenco di casi ammessi dal ministero riportato da M. CERBONE, *op. cit.*, p. 821.

del Ministero a tali interPELLI non vincolano i giudici, i quali potrebbero quindi giungere a conclusioni diverse circa la legittimità della stipula del contratto.

Veniamo ora al secondo requisito alternativo che legittima la stipula del contratto di lavoro intermittente. Il legislatore prevede che il contratto possa essere stipulato con lavoratori che abbiano meno di 24 anni (purché le prestazioni cessino entro il 25° anno di età) o più di 55 anni (a prescindere dal fatto che beneficino o meno di una prestazione pensionistica²³). Deve cioè trattarsi di lavoratori giovani che possono trarre beneficio anche da attività discontinue, in una fase iniziale della loro vita professionale o di lavoratori anziani che hanno difficoltà di ricollocamento nel mercato del lavoro e/o che si apprestano alla cessazione della loro carriera professionale.

Il problema posto da questo requisito soggettivo riguarda la potenziale discriminazione per età di cui potrebbe essere vittima un giovane lavoratore intermittente che, al compimento del 26° anno, riceva una comunicazione di recesso dal contratto di lavoro intermittente, in ragione del raggiungimento della soglia anagrafica prevista dalla legge. La questione è stata oggetto di una contesa interpretativa perché nell'ordinamento UE la discriminazione in base all'età è vietata (cfr. art. 1 e 2 dir. 2000/78/CE), anche se alcune disparità di trattamento sono giustificate (cfr. art. 6 dir. 2000/78/CE). Ebbene, inizialmente alcuni giudici avevano considerato il requisito anagrafico come incompatibile con il diritto UE e quindi avevano giudicato illegittimo il licenziamento del giovane lavoratore intermittente²⁴. Tuttavia, la Cassazione ha ritenuto la questione dubbia ed ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'UE di valutare la coerenza della disciplina nazionale con quella UE²⁵. La Corte di Giustizia UE ha, infine, sciolto il nodo, ritenendo che la oggettiva disparità di trattamento in base all'età perpetrata dalla legislazione italiana è compatibile con il diritto UE in quanto persegue «una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro» con mezzi «appropriati e necessari»²⁶.

4. (Segue) i limiti e i divieti di utilizzo

Ciò detto in punto di legittimazione a stipulare il contratto di lavoro intermittente, va precisato che il legislatore non distingue fra datore di lavoro imprenditore o non imprenditore; pertanto, il contratto può essere stipulato a prescindere

23 Cfr. Circolare del Ministero del lavoro n. 20 del 1° agosto 2012.

24 App. Milano 15 aprile 2014, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, II, 534 con nota di L. CALAFÀ.

25 Cass. 29 febbraio 2016, n. 3982, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2016, p. 1111 con nota di E. GRAGNOLI.

26 Corte di Giustizia dell'UE, 19 luglio 2017, 143/16, *Abercrombie*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, II, p. 878 con nota di F. MARINELLI. Da ultimo Cass. 21 febbraio 2018, n. 4223, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, II, p. 4129 con nota di M. PERUZZI.

dalla natura imprenditoriale o meno del datore di lavoro²⁷. Viceversa, non ci sono dubbi sul fatto che il contratto di lavoro intermittente non può essere adoperato dalla pubblica amministrazione, ovvero dalla categoria di datori di lavoro elencati all'art. 1 comma 2 d.lgs. 165/2001. Ciò è espressamente previsto all'art. 13 comma 5 del d.lgs. 81/2015, ed è confermato, *a contrario*, dall'art. 36 del d.lgs. 165/2001 che regola il reclutamento del personale assunto con forme di lavoro flessibile e stabilisce che le tipologie di contratti di lavoro non standard sono utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni solo nei limiti e con le modalità in cui il legislatore ne preveda espressamente l'applicazione nelle pubbliche amministrazioni.

È previsto un limite temporale di utilizzo volto ad impedire un uso fraudolento del tipo contrattuale, ovvero quando l'esigenza delle prestazioni sia troppo poco discontinua/intermittente. Il legislatore, infatti, ha previsto che «con l'eccezione dei settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo, il contratto di lavoro intermittente è ammesso, per ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro, per un periodo complessivamente non superiore a quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari».

Il limite sembra riferirsi ad un solo contratto di lavoro intermittente; pertanto, la dottrina ha evidenziato criticamente come esso sia agevolmente aggirabile facendo cessare un contratto e stipulandone uno nuovo con lo stesso lavoratore²⁸. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, sta al giudice valutare di volta in volta se il susseguirsi di contratti di lavoro intermittente celi o meno un unico rapporto di lavoro intermittente e quindi un uso fraudolento della libertà contrattuale delle parti. In caso affermativo, infatti, il giudice sarà autorizzato a sommare le giornate di lavoro effettivo dei diversi contratti per verificare l'effettivo superamento della soglia. In ogni caso, il limite è posto a tutela della genuinità del contratto ma non degli interessi del singolo lavoratore, che potrà stipulare contratti di lavoro intermittente con più datori, senza limiti di tipo quantitativo. A parte ciò, sotto il profilo operativo va evidenziato che, ai fini della soglia dei 400 giorni, la giornata deve essere conteggiata come di lavoro effettivo a prescindere dal numero di ore lavorate, e che i giorni di mera disponibilità non devono essere conteggiati. Il triennio decorre dall'assunzione e non dalla prima giornata effettivamente lavorata, visto che il legislatore si riferisce espressamente al triennio solare.

La violazione di questo ultimo requisito comporta la trasformazione in rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato. Si tratta di un meccanismo sanzionatorio volto ad imporre una costosa conversione del rapporto

27 La disciplina precedente, in qualche punto, faceva riferimento solo all'imprenditore, ma il d.lgs. 81/2015 ha superato ogni dubbio facendo riferimento sempre e solo al datore di lavoro.

28 M. BROLO, *Part-time e lavoro intermittente alla prova dei numeri*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, I, p. 1252.

di lavoro, prescindendo dalla reale volontà delle parti celata dietro la stipula di un contratto di lavoro intermittente illegittimo. Il giudice, quindi, non dovrà verificare se il rapporto, di fatto, si atteggiava secondo altre tipologie contrattuali (come il lavoro *part-time*).

Ancora in materia di limiti all'utilizzo di questo tipo contrattuale, va detto che il legislatore prevede espressamente che il contratto di lavoro intermittente possa essere stipulato a tempo indeterminato o a tempo determinato. In quest'ultimo caso, invero non così raro, non è chiaro se si applichino i limiti di cui alla disciplina del contratto di lavoro a termine²⁹.

Secondo l'interpretazione del Ministero competente, la specialità della disciplina del lavoro intermittente permette di escludere l'applicazione della disciplina speciale del lavoro a termine. Un ulteriore argomento a favore di questa tesi consiste nel fatto che in altri casi analoghi il legislatore ha espressamente previsto l'applicazione contestuale di due discipline speciali per rapporti di lavoro non standard (cfr. art. 34 comma 2 d.lgs. 81/2015 che prevede la parziale applicazione della disciplina del lavoro a tempo determinato al contratto di lavoro somministrato)³⁰.

Si è tuttavia sottolineato che le tutele per il lavoro a tempo determinato sono specificamente legate alla clausola del termine e dovrebbero/potrebbero aggiungersi alle (poche) tutele previste in relazione alla discontinuità della prestazione di lavoro intermittente. A sostegno di questa tesi milita anche la disciplina dell'UE in materia di lavoro a termine, che impone sempre delle misure di tutela in caso di assunzione a tempo determinato, prevedendo delle eccezioni nell'ambito delle quali non è possibile far rientrare il caso del lavoro intermittente (direttiva 1999/70/CE)³¹.

Analizzati i requisiti legittimanti in presenza dei quali è possibile stipulare contratti di lavoro intermittente e i limiti applicativi, veniamo ai casi di divieto posti in negativo, ovvero in presenza dei quali, il ricorso al lavoro intermittente è vietato *tout court* (art. 14 comma 1). Si tratta di casi cui il legislatore fa riferimento per impedire abusi particolarmente gravi di diversi tipi di contratti di lavoro non standard (cfr. l'art. 20 d.lgs. 81/2015 per il contratto di lavoro a tempo determinato e l'art. 32 d.lgs. 81/2015 per il contratto di somministrazione di lavoro).

In primo luogo, non si può ricorrere al lavoro intermittente per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero. Si tratta di un limite che già in passato alcuni interpreti consideravano implicito rispetto a qualunque contratto di lavoro non standard, in virtù della presupposta illegittimità del c.d. crumiraggio esterno, ovvero del reclutamento di personale finalizzato a rimpiazzare i lavoratori scioperanti. Ma tale giudizio di illegittimità non era unanime

29 Cfr. artt. 19-29 d.lgs. 81/2015, su cui G. FRANZA in questo volume.

30 Conf. Trib. Monza 15 ottobre 2012, in *De Jure*.

31 V. PINTO, *op. cit.*, p. 2758.

né in dottrina né in giurisprudenza³². Quindi, la disposizione (insieme alle altre di tenore analogo succitate) ha avuto l'importante funzione sistematica di consacrare l'orientamento che vedeva in tale forma di crumiraggio una violazione sostanziale del diritto costituzionale di sciopero.

Si è proposto di interpretare il divieto nel senso di bandire l'assunzione di lavoratori intermittenti in occasione di uno sciopero, ma non di escludere la chiamata di un lavoratore intermittente già assunto prima dello sciopero³³. Si tratta di un'interpretazione non condivisibile perché l'oggetto del divieto è letteralmente il ricorso al fatto in sé del lavoro intermittente e non solo il ricorso allo strumento contrattuale³⁴.

In secondo luogo, è vietato ricorrere al lavoro intermittente nelle unità produttive nelle quali, nei sei mesi precedenti, siano stati eseguiti dei licenziamenti collettivi oppure si sia ricorso alla cassa integrazione guadagni, rispetto a personale adibito alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente. L'intento del legislatore in questo caso è di politica del mercato del lavoro: non si vuole, infatti, favorire il rimpiazzo di rapporti di lavoro più tutelanti con rapporti di lavoro intermittente³⁵.

Infine, è vietato ricorrere al lavoro intermittente se il datore di lavoro non ha effettuato la valutazione dei rischi in applicazione del d.lgs. 81/2008. In questo caso, il divieto è funzionale sia a promuovere in sé e per sé il rispetto della disciplina sulla salute e sicurezza dei lavoratori, sia ad assicurare che il lavoratore intermittente presti servizio in un contesto lavorativo dove i rischi specifici legati alla tipologia contrattuale non standard sono noti e oggetto di specifici interventi preventivi.

Come si è detto, in caso di violazione del requisito temporale delle 400 ore nel triennio solare è espressamente prevista la conversione in rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato. Viceversa, in caso di violazione di tutti gli altri requisiti legittimanti fin qui passati in rassegna, il legislatore non ha previsto un impianto sanzionatorio specifico, per cui si deve ricorrere ai principi generali.

Sono state prospettate diverse ipotesi: secondo alcuni, si applica comunque la sanzione della conversione a tempo pieno e indeterminato³⁶, anche se ciò espone il lavoratore ad un successivo possibile licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in mancanza di una posizione lavorativa adatta ad un lavoratore standard³⁷. Secondo altri, invece, la violazione comporta una nullità totale

32 Cfr. per tutti i riferimenti M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 424.

33 M.G. MATTAROLO, *op. cit.*, p. 32.

34 Conf. R. ROMEI, *Il lavoro intermittente, cit.*, p. 694.

35 La disciplina previgente autorizzava le parti sociali a derogare a questo divieto di legge. Oggi il divieto è invece inderogabile.

36 Trib. Milano 19 giugno 2017, n. 1806 e 1810, in dottrina S. NAPPI, *I contratti di lavoro intermittente e ripartito*, in *Diritti lavori mercati*, 2004, p. 151 ss.

37 V. PINTO, *op. cit.*, p. 2762.

del contratto, salvi i diritti maturati fino all'accertamento della nullità (*ex art. 2126 cod. civ.*)³⁸, con possibilità di convertire il rapporto (*ex art. 1424 cod. civ.*) ove il negozio sia idoneo a produrre gli effetti di un'altra fattispecie, e previo accertamento, riservato in via esclusiva al giudice di merito, della volontà delle parti³⁹. Quest'ultima sembra l'opzione preferibile, mentre più problematico è l'orientamento che individua nella violazione dei requisiti un caso di nullità parziale del contratto, perché non si capisce quale sia la clausola nulla⁴⁰.

5. La disciplina dei rapporti di lavoro intermittente

La disciplina relativa allo svolgimento del rapporto di lavoro intermittente è esigua e foriera di una serie di problemi interpretativi.

Come si è visto, il rapporto di lavoro intermittente è caratterizzato da una fase di disponibilità (con o senza obbligo di rispondere alla chiamata) e da una fase eventuale di prestazione di lavoro effettiva.

Ebbene il legislatore ha previsto che il lavoratore intermittente *a)* nei momenti di disponibilità, «non matura alcun trattamento economico e normativo», salva l'eventuale indennità di disponibilità in caso di obbligo di risposta (art. 13 comma 4); *b)* per i periodi lavorati, riceve un trattamento economico e normativo almeno pari a quello degli altri lavoratori subordinati, a parità di mansioni e salva naturalmente la necessità di riproporzionare tal trattamento in ragione della prestazione effettivamente eseguita (art. 17).

Il mancato riconoscimento di diritti e tutele nella fase di disponibilità del lavoratore intermittente rappresenta l'aspetto forse più problematico dal punto di vista sistematico e operativo. Siamo di fronte, infatti, ad un lavoratore che è già parte di un rapporto giuridico, ma che non matura diritti e tutele specifiche se non presta attività lavorativa effettiva. Va precisato, tuttavia, che la disciplina vigente esclude solo la maturazione di trattamenti economici e normativi ma non anche la titolarità di diritti *tout court*, come accadeva nel vigore della disciplina contenuta nel d.lgs. 276/2003. Infatti, alcuni diritti possono essere goduti anche durante il periodo di disponibilità, se ed in quanto questi siano maturati durante i pregressi periodi di lavoro effettivo. Ciò vale, ad esempio, per le ferie o il riposo settimanale. Dal punto di vista operativo, è però difficile determinare i periodi di ferie/riposo e regolarli adeguatamente, stante la discontinuità/intermittenza delle prestazioni⁴¹.

38 E. RAIMONDI, *Il lavoro intermittente nelle recenti riforme del mercato del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2014, I, p. 624. Cfr. anche Trib. Bari 16 settembre 2015, n. 4527, *De Jure*.

39 Cfr. Cass. 11 dicembre 2020, n. 28345 in *De Jure*.

40 Trib. Vicenza 19 luglio 2017, n. 343 in *De Jure*.

41 G. PELLACANI, *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2003, I, p. 523 ss., R. VOZA, *op. cit.*, p. 1413.

Il legislatore non precisa se nel periodo di mera disponibilità gravino o meno in capo al lavoratore intermittente gli obblighi collaterali/strumentali del prestatore di lavoro non strettamente connessi con l'esecuzione della prestazione. Si pensi, ad esempio, all'obbligo di fedeltà secondo cui il lavoratore non può trattare affari in concorrenza con il datore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione in modo potenzialmente dannoso per il datore (art. 2105 cod. civ.). La sussistenza di un rapporto di lavoro continuativo (per quanto stravagante per l'incertezza circa la prestazione effettiva) dovrebbe indurre a ritenere sussistenti tali tipi di obblighi; viceversa, ragioni di equilibrio contrattuale autorizzerebbero ad ipotizzare che, visto il mancato riconoscimento di trattamenti economici e normativi, il lavoratore possa ritenersi sollevato da obblighi specificamente lavoristici, salvi i doveri di buona fede e correttezza che devono informare tutti i rapporti contrattuali.

Come detto, in caso di impegno a rispondere positivamente alla chiamata, il lavoratore intermittente matura il diritto ad un'indennità di disponibilità, regolata all'art. 16 del d.lgs. 81/2015.

Sotto il profilo formale, va precisato che l'eventuale obbligo di risposta, il luogo e le modalità di tale disponibilità garantita, così come l'importo della indennità di disponibilità, devono essere precisati nel contratto a forma scritta (art. 15 comma 1 lett. b) e c) d.lgs. 81/2015).

Per certi aspetti l'indennità di disponibilità sembra avere natura retributiva. Il suo ammontare infatti è determinato dalla contrattazione collettiva, non può scendere al di sotto di un importo minimo determinato da un decreto ministeriale⁴² ed è soggetto alla contribuzione previdenziale. Vista la specialità dell'erogazione, tuttavia, all'indennità di disponibilità non si applica il c.d. minimale contributivo applicato di regola ai lavoratori subordinati, ovvero quel meccanismo che impone di versare una contribuzione previdenziale minima a prescindere dall'importo effettivo della retribuzione riconosciuta. A questo riguardo va anche detto che il lavoratore può eccezionalmente versare una contribuzione integrativa libera per i periodi di godimento della sola indennità di disponibilità o in caso di retribuzione per la prestazione effettiva inferiore ad un minimo convenzionale fissato dal decreto ministeriale.

Per altri aspetti, l'indennità di disponibilità non sembra avere natura retributiva. Infatti, essa è esclusa dal computo di ogni altro istituto di legge o di contratto collettivo legato: pertanto, essa non incide sul trattamento di fine rapporto, sulla tredicesima o quattordicesima mensilità.

Il fatto che l'indennità di disponibilità sia considerata di natura retributiva o meno ha un impatto rilevante, perché nell'ordinamento italiano l'art. 36 Cost.

42 Il decreto ministeriale non è ancora stato emanato, ma si ritiene applicabile quello emanato nel vigore della disciplina previgente (d.lgs. 276/2003), in virtù del richiamato art. 55 comma 3 d.lgs. 81/2015. Si tratta del decreto ministeriale 20 marzo 2004 che fissa la soglia minima al 20% della retribuzione prevista nei CCNL applicabili al datore di lavoro.

impone una retribuzione proporzionata ma anche sufficiente. Per questo sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale proprio in riferimento a questo aspetto della disciplina⁴³.

L'indennità di disponibilità, infine, è regolata in modo piuttosto peculiare e poco lineare in riferimento ad eventi imprevisi che impediscano l'accettazione della chiamata con obbligo di risposta. Si prevede infatti che in caso di malattia o di altro evento impeditivo, il lavoratore debba informare tempestivamente il datore di lavoro circa l'impedimento e la sua durata (che però potrebbe non essere nota, a priori). In tale periodo di impedimento l'indennità di disponibilità non matura, né maturano diritti di malattia verso il datore o gli enti previdenziali. Nel caso in cui il lavoratore non comunichi l'impedimento e rifiuti una proposta di prestazione dovuta, è previsto che il lavoratore perda/restituisca l'indennità per 15 giorni, cui si aggiunge la perdita/restituzione dell'indennità per tutti i giorni successivi al rifiuto. Il rifiuto ingiustificato, inoltre, può autorizzare il licenziamento.

43 P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del D.Lgs. n. 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2003, I, p. 887.

Lavoro occasionale e accessorio

Francesca Marinelli

SOMMARIO: 1. Le origini delle prestazioni occasionali di tipo accessorio. – 2. La (tormentata) evoluzione dell'istituto fino alla sua trasformazione nelle prestazioni di lavoro occasionali. – 3. La disciplina vigente: definizione e tutele. – 4. Sulla qualificazione della fattispecie.

1. Le origini delle prestazioni occasionali di tipo accessorio

In Italia le prestazioni occasionali di tipo accessorio sono state introdotte per la prima volta con il d.lgs. n. 276/2003.

In particolare, l'art. 70 del suddetto decreto definiva come tali quelle attività lavorative, eventualmente svolte anche a favore di più beneficiari, caratterizzate dai seguenti requisiti e, cioè, poste in essere:

i) da soggetti fragili (in quanto a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro ovvero in procinto di uscirne) tassativamente indicati dal legislatore¹;

ii) nell'ambito di particolari attività sempre espressamente indicate dal d.lgs. n. 276/2003²;

iii) per una durata non superiore a 30 giorni nel corso dell'anno solare e in ogni caso, non foriere, complessivamente, di compensi superiori a 3 mila euro sempre nel corso di un anno solare³.

Tali prestazioni erano assoggettate ad una scarsa disciplina – di natura dichiaratamente sperimentale⁴ – basata, da un lato, su pochi adempimenti formali⁵

1 *Id est*: disoccupati da oltre un anno, casalinghe, studenti, pensionati, disabili e soggetti in comunità di recupero, lavoratori extracomunitari regolarmente soggiornanti in Italia nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro (cfr. l'art. 71, c. 1 d.lgs. n. 276/2003, testo originario).

2 E cioè: i piccoli lavori domestici a carattere straordinario – compresa l'assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane, ammalate o con *handicap* –; l'insegnamento privato supplementare; i piccoli lavori di giardinaggio, nonché di pulizia e manutenzione di edifici e monumenti; la realizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli; le collaborazioni con enti pubblici e associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza, come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi, o di solidarietà (cfr. l'art. 70, c. 1, d.lgs. n. 276/2003, testo originario).

3 V. l'art. 70 c. 2 d.lgs. n. 276/2003, testo originario.

4 Cfr. l'art. 86, comma 12, d.lgs. n. 276/2003, testo originario.

5 V. l'art. 71, c. 2 e l'art. 72 del d.lgs. n. 276/2003, testo originario.

e, dall'altro lato, sul meccanismo dei c.d. *voucher*. In particolare, questa tipologia contrattuale obbligava le parti ad avvalersi, come strumento di pagamento, di buoni (i c.d. *voucher* appunto), trasformabili in valuta dietro presentazione degli stessi ad apposito concessionario⁶.

Sebbene il valore nominale dei buoni fosse fissato in 7,5 euro⁷, il concessionario, alla riconsegna del buono da parte del lavoratore, doveva trattenere (e versare per conto di quest'ultimo)⁸, da un lato, all'INPS, un contributo pari ad 1 euro per fini previdenziali; dall'altro, all'INAIL una somma pari a 50 centesimi di euro per fini assicurativi⁹. Un importo pari a 20 centesimi di euro veniva, infine, trattenuto dal suddetto concessionario a titolo di rimborso spese di gestione¹⁰. Il compenso netto (pari a 5,8 euro)¹¹ era non solo esente da qualsiasi imposizione fiscale, ma anche ininfluenza sull'eventuale stato di disoccupazione del lavoratore¹².

Tale ingegnosa figura – costruita prendendo libero spunto da un istituto di origine belga¹³ – aveva chiaramente la finalità di contrastare il lavoro irregolare. Essa infatti, offrendo, da un lato, al lavoratore, una entrata non imponibile a fini fiscali in cambio di prestazioni comunque coperte da tutela previdenziale e assicurativa e, dall'altro, all'utilizzatore/committente, di ottenere prestazioni di lavoro svincolate dalle stringenti obbligazioni di regola discendenti dai rapporti di lavoro tradizionali, mirava a incentivare la regolarizzazione di attività che, in quanto marginali, difficilmente finivano per essere dichiarate.

La figura in parola, tuttavia, è rimasta disciplinata nella forma appena descritta per poco tempo. Nel volgere di tre lustri essa, infatti, è stata: dapprima rimaneggiata (tramite interventi diretti sugli artt. 70 e ss. del d.lgs. n. 276/2003); poi “travasata” negli artt. 48-50 del d.lgs. n. 81/2015; successivamente soppressa per mano del d.l. 25/2017 conv. senza mod. in l. 49/2017; e, infine, reintrodotta nell'ordinamento ad opera del d.l. n. 50/2017 conv. con mod. in l. 96/2017.

Alla complessa evoluzione normativa dell'istituto sarà dedicato il prossimo paragrafo. Della disciplina vigente e dei profili qualificatori si dirà invece rispettivamente nei §§ 3 e 4.

6 Individuato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

7 Cfr. Part. 72, c. 1, d.lgs. n. 276/2003, testo originario.

8 Secondo criteri e modalità appositamente predisposti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

9 Cfr. Part. 72, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, testo originario.

10 Cfr. Part. 72, c. 4, d.lgs. n. 276/2003, testo originario.

11 Cfr. Part. 72, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, testo originario.

12 Cfr. Part. 72, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, testo originario.

13 Trattasi del *Chèques ALE* (cfr. sul punto V. PINTO, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018, p. 170).

2. La (tormentata) evoluzione dell'istituto fino alla sua trasformazione nelle prestazioni di lavoro occasionali

Come anticipato in chiusura del paragrafo precedente, le prestazioni occasionali di tipo accessorio sono state oggetto di una tormentatissima evoluzione normativa. Dal 2004 al 2018 tutti i Governi, indipendentemente dall'orientamento, hanno infatti finito per mettere mano all'istituto facendogli alternativamente prendere e dismettere, in modo quasi schizofrenico, le forme più varie¹⁴.

Volendo semplificare una vicenda in realtà assai più complessa, basti qui dire che il legislatore ha finito in appena un decennio per trasformare le prestazioni in parola da mere attività di lavoro marginale aperte solo a determinate categorie di soggetti in limitati settori non imprenditoriali con stringenti limiti temporali e di guadagno (come visto nel § 1), in uno strumento flessibile utilizzabile, di regola, da parte di qualunque lavoratore in tutti i settori (compresi quelli imprenditoriali e le pubbliche amministrazioni) e con limiti temporali e di guadagno assai fluidi.

Questo processo di snaturamento dell'istituto lo ha tuttavia portato ad assumere il ruolo di *competitor* (sleale, vista la sua "inconsistenza" sul piano sia della tutela dei lavoratori, sia fiscale) del contratto di lavoro subordinato *standard*, nonché di altre e ben più protette tipologie di lavoro flessibile¹⁵. Ciò ha indotto la CGIL a presentare nel 2016 una richiesta di *referendum* abrogativo al fine di cancellarlo dall'ordinamento¹⁶.

Da qui la repentina abrogazione dell'istituto in parola¹⁷ (al fine di evitare il *referendum* di cui sopra)¹⁸ e la sua sostituzione, a distanza di pochi mesi, con una figura denominata "prestazioni occasionali" contenuta nell'art. 54-*bis* del d.l. n. 50/2017, conv. con mod. in l. 96/2017 (e ritoccata in modo marginale dapprima dalla l. n. 205/2017 e, poi, dal d.l. n. 87/2018 conv. in l. 96/2018).

Sebbene i promotori del *referendum* dubitassero della originalità della neonata figura rispetto alla precedente, tanto da chiedere il trasferimento del quesito referendario dalla vecchia alla nuova disciplina, l'Ufficio centrale per il *referendum* ha optato per il rigetto della suddetta richiesta. Secondo l'ordinanza, infatti, la

14 Per una ricostruzione dell'evoluzione della figura ci si permette di rinviare a F. MARINELLI, *Il lavoro occasionale in Italia. Evoluzione, disciplina e potenzialità della fattispecie lavoristica*, Giappichelli, Torino, 2017.

15 Sullo strabiliante incremento nell'utilizzo dell'istituto di pari passo con l'allargamento dei confini della figura v. COORDINAMENTO GENERALE STATISTICO ATTUARIALE – INPS, *Lavoro accessorio. Statistiche in breve*, aprile 2018.

16 Richiesta dichiarata ammissibile da Corte cost. n. 28/2017 in *FI*, 2017, I, c. 790.

17 Cfr. art. 1 del d.l. n. 25/2017 conv. senza mod. in l. 49/2017.

18 V. sul punto v. A. VENTURA, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: è "PrestO" fatto*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale. Aggiornamento al decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 c.d. decreto dignità*, Adapt University press, 2018, p. 527 e ss.

nuova figura, avendo recuperato «il requisito della “occasionalità” dell’esigenza lavorativa [... e cioè quell’] elemento fondamentale per garantire all’istituto [...] di non [risultare] alternativo ad altre forme contrattuali già presenti nel panorama lavoristico»¹⁹ appare meritevole di tutela nell’ordinamento.

Una volta ripercorso brevemente l’accidentato processo che ha portato alla trasformazione del lavoro occasionale di tipo accessorio di cui all’art. 70 e ss. del d.lgs. n. 276/2003 nelle prestazioni occasionali di cui all’art. 54-*bis* del d.l. n. 50/2017 e dato conto dell’*endorsement* istituzionale incassato da queste ultime, non resta che analizzarle; lo si farà nel prossimo paragrafo.

3. La disciplina vigente: definizione e tutele

L’art. 54-*bis* al c. 1 qualifica come prestazioni di lavoro occasionali le attività lavorative, da chiunque svolte²⁰, che diano luogo (di regola)²¹ nel corso di un anno civile²²:

- i*) per ciascun prestatore, con riferimento alla totalità degli utilizzatori, a compensi di importo complessivamente non superiore a 5.000 euro²³;
- ii*) per ciascun utilizzatore, con riferimento alla totalità dei prestatori, a compensi di importo complessivamente non superiore (di regola)²⁴ a 5.000 euro;
- iii*) per le prestazioni complessivamente rese da ogni prestatore in favore del medesimo utilizzatore, a compensi di importo non superiore a 2.500 euro o alternativamente alle 280 ore²⁵.

Per ottenere le suddette prestazioni il legislatore ha creato in sostituzione del vecchio *voucher*, un duplice strumentario: da un lato, il c.d. Libretto Famiglia

19 Cass. Ufficio centrale per il referendum, ord. 29 novembre 2017, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, p. 192 e ss., con nota critica CGIL-Ufficio giuridico e vertenze, *La Cassazione sul referendum voucher*.

20 L’unica eccezione contemplata dall’art. 54-*bis* c. 5 è quella per cui non possono essere acquisite prestazioni di lavoro occasionali da soggetti con i quali l’utilizzatore abbia in corso o abbia cessato da meno di sei mesi un qualunque rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata e continuativa.

21 Una speciale definizione è stata introdotta ad opera dell’art. 1, c. 368, lett. a), l. n. 205/2017 per le attività di supporto alla gestione delle tifoserie negli stadi (il c.d. *stewarding*), cfr. sul punto V.F. GIGLIO, *Il lavoro occasionale in ambito sportivo, l’attività degli steward*, in ID. (a cura di), *Il nuovo lavoro occasionale. Disciplina, profili critici e soluzioni operative*, in *Guid. lav. - Inserto* n. 11/2018, p. XXI.

22 *Id est* dal 1° gennaio al 31 dicembre dello stesso anno (come chiarito dalla Circolare INL n. 5/2017).

23 La Circolare INPS n. 107/2017 ha chiarito, al punto 2, che tale importo così come i successivi di cui alle lett. *b*) e *c*) sono da considerare al netto di contributi, premi assicurativi e costi di gestione.

24 Regola diversa vale *ex c.* 8 dell’art. 54 *bis* per alcune tipologie di lavoratori considerati deboli dal legislatore (v. C. CARCHIO, *La tutela del lavoratore occasionale (compenso - orario - sicurezza)*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale, cit.*, p. 574 e s.).

25 Cfr. l’art. 54 *bis*, c. 20.

(d'ora in avanti LF); dall'altro lato, il Contratto di Prestazione Occasionale (d'ora in avanti CPO).

Il LF è un libretto nominativo prefinanziato contenente titoli di pagamento²⁶ acquistabile, attraverso apposita piattaforma informatica INPS o presso gli uffici postali²⁷, da due tipologie di soggetti:

- i) di regola, dalle persone fisiche non nell'esercizio dell'attività professionale o di impresa per soddisfare specifici bisogni familiari nell'ambito dei piccoli lavori domestici (compresi i lavori di giardinaggio, di pulizia o di manutenzione), dell'assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane, ammalate o con disabilità e dell'insegnamento privato supplementare²⁸;
- ii) in via eccezionale, a partire dal 1° gennaio 2018, dalle società sportive di cui alla l. n. 91/1981 e, cioè, dalle società autorizzate ad assumere atleti professionisti, per le attività di supporto alla gestione delle tifoserie negli stadi (il c.d. *stewarding*)²⁹.

Il CPO è invece attivabile versando attraverso apposita piattaforma informatica INPS³⁰ le somme necessarie per pagare le prestazioni³¹ ed è utilizzabile da parte di due categorie di soggetti:

- i) di regola, qualunque utilizzatore privato sempre che presenti le seguenti caratteristiche e, cioè, sia: un soggetto non ammesso ad utilizzare il LF; di piccole dimensioni (e, cioè, che abbia alle proprie dipendenze, non più di cinque lavoratori subordinati a tempo indeterminato)³² e sempre che non operi in settori particolarmente pericolosi (quali: l'edile o affini; quelli nei quali si eserciti attività di escavazione o lavorazione di materiale lapideo; il settore minerario, delle cave e torbiere, nonché, salvo eccezioni, quello agricolo) o nell'ambito dell'esecuzione di appalti di opere o servizi³³.
- ii) in via eccezionale, anche dalle pubbliche amministrazioni. L'art. 54-*bis*, c. 7, prevede infatti che le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, a prescindere dal numero di dipendenti³⁴, possano, nel rispetto dei vincoli previsti in materia di contenimento della spesa per il personale, avvalersi del CPO nel limite delle 280 ore nell'arco dell'anno civile, esclusivamente per rispondere ad «esigenze temporanee o eccezionali» in determinati ambiti quali: i progetti speciali rivolti a specifiche categorie di soggetti in stato di povertà, di disabilità, di detenzione, di tossicodipendenza o che fruiscono di

26 Cfr. l'art. 54 *bis*, c. 10 e ss.

27 Art. 54 *bis*, c. 9.

28 V. il c. 6 lett. a), 10, lett. a), b), c) dell'art. 54 *bis*.

29 V. l'art. 54 *bis*, c. 10, lett. c-*bis*).

30 Cfr. art. 54 *bis*, c. 9.

31 Art. 54 *bis*, c. 6, lett. b) e c. 13 e ss.

32 Ma lo stesso art. 54 *bis*, c. 14 prevede alcune eccezioni.

33 Cfr. art. 54-*bis*, c. 14.

34 IL COMMA 7 DELL'ART. 54-BIS PREVEDE INFATTI IN TAL CASO UNA ESPRESSA DEROGA AL COMMA 14, LETT. A).

ammortizzatori sociali; lo svolgimento di lavori di emergenza correlati a calamità o eventi naturali improvvisi; l'attività di solidarietà, in collaborazione con altri enti pubblici o associazioni di volontariato; l'organizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritative.

Nonostante il silenzio del legislatore circa l'origine contrattuale delle prestazioni ottenute tramite LF, chi scrive, in accordo con l'orientamento dominante³⁵, ritiene indubitabile che anche le prestazioni occasionali tramite LF nascano per opera di un accordo tra le parti.

Da ciò consegue che l'art. 54-*bis* attribuisce al CPO e al LF la medesima struttura negoziale. Ciò appare tanto più plausibile se solo si pone mente al fatto che l'art. 54-*bis* riconosce alle prestazioni attivabili sia tramite LF che tramite CPO il medesimo statuto protettivo consistente:

- i)* nell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti³⁶;
- ii)* nell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali³⁷;
- iii)* nella tutela della salute e sicurezza sul lavoro³⁸;
- iv)* nel riconoscimento di un compenso orario minimo (oggi pari a 8 euro netti utilizzando il LF³⁹ e a 9 euro netti avvalendosi del CPO)⁴⁰;

35 Cfr.: S. CIUCCIOVINO, *Prestazioni di lavoro occasionale*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Treccani, 2018, p. 314 ss.; F. FANTUZZI, *Le prestazioni occasionali. Libretto Famiglia. Contratto di prestazione occasionale*, in M. LANOTTE (a cura di), *Il lavoro autonomo e occasionale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 258; P. MONDA, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, *Working papers CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 346/2017, p. 19; A. VENTURA, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: cit.*, p. 540; S. DONÀ, *Prestazioni occasionali: tutte le novità*, in *Il civilista*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 31. Lo stesso INPS nella Circ. n. 107/2017, punto 1 ha definito il LF come una «tipologia di contratto». *Contra* v. V. PINTO, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, *cit.*, p. 175 e s. che forza in realtà il dato testuale della norma (quanto meno con riguardo al CPO visto che lo stesso art. 54-*bis* lo definisce un contratto) e considera sia il LF che il CPO meri regimi agevolati di assunzione.

36 Con iscrizione alla Gestione separata di cui all'art. 2, c. 26, l. n. 335/1995 (cfr. l'art. 54-*bis*, c. 2).

37 Disciplinata dal d.P.R. n. 1124/1965 (cfr. l'art. 54 *bis*, c. 2).

38 Cfr. l'art. 54 *bis*, c. 3.

39 Cfr. l'art. 54 *bis* c. 11, laddove prevede che i titoli di pagamento contenuti nel LF abbiano un valore nominale di 10 euro e siano «utilizzabili per compensare prestazioni di durata non superiore a un'ora».

40 Cfr. l'art. 54 *bis* c. 16 e c. 17, lett. e), che rispettivamente prevedono per il CPO un doppio limite: «da misura minima oraria [...] pari a 9 euro» e che «il compenso pattuito per la prestazione [...] non possa essere] inferiore a 36 euro per prestazioni di durata non superiore a quattro ore continuative nell'arco della giornata» (ma regole diverse valgono per il settore agricolo). Sempre il comma 16 dell'art. 54 *bis* prevede, infatti, che «nel settore agricolo [...] il compenso minimo è pari all'importo della retribuzione oraria delle prestazioni di natura subordinata individuata dal contratto collettivo di lavoro stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (cfr. sul punto F. FANTUZZI, *Le prestazioni occasionali. Libretto di Famiglia. Contratto di prestazione occasionale*, *cit.*, p. 281).

v) nel diritto ad un riposo giornaliero⁴¹, settimanale⁴² ed alle pause⁴³.

Non solo, anche agli strumenti predisposti al fine di incentivare l'utilizzo dell'istituto appaiono identici sia in caso di utilizzo del LF che del CPO. Essi consistono nel riconoscere che i compensi percepiti tramite tale tipo di lavoro siano:

- i) esenti da qualunque tipo di imposizione fiscale;
- ii) ininfluenti sullo stato di disoccupazione;
- iii) computabili ai fini della determinazione del reddito necessario per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno⁴⁴.

Una volta delineata, seppur per brevi cenni, la disciplina delle prestazioni occasionali non rimane che interrogarsi circa la loro natura.

4. Sulla qualificazione della fattispecie

A ben guardare, l'art. 54-*bis* non si sofferma sulla qualificazione delle prestazioni occasionali, limitandosi ad affermare che, in caso di superamento da parte di un utilizzatore del limite di importo dei 2.500 euro annui o, comunque, delle 280 ore annue ammissibili *ex lege* con lo stesso lavoratore, il relativo rapporto si trasformerà (di regola)⁴⁵, in un rapporto a tempo pieno e indeterminato a far data dal giorno in cui si è verificato il superamento di tale limite⁴⁶.

41 *Id est* il diritto del lavoratore ad undici ore di riposo ogni ventiquattro ore da fruire in modo consecutivo, fatte salve le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata o da regimi di reperibilità (cfr. l'art. 54 *bis*, c. 3, ove richiama l'art. 7 del d.lgs. n. 66/2003).

42 *Id est* il diritto del lavoratore a godere di un periodo di riposo di almeno ventiquattro ore consecutive ogni sette giorni (di regola in coincidenza con la domenica), da cumulare con le ore di riposo giornaliero e calcolato come media in un periodo non superiore a 14 giorni – salvo nel caso in cui si tratti di: a) attività di lavoro a turni ogni volta che il lavoratore cambi turno o squadra e non possa usufruire, tra la fine del servizio di un turno o di una squadra e l'inizio del successivo, di periodi di riposo giornaliero o settimanale; b) le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata; c) per il personale che lavora nel settore dei trasporti ferroviari: le attività discontinue; il servizio prestato a bordo dei treni; le attività connesse con gli orari del trasporto ferroviario che assicurano la continuità e la regolarità del traffico ferroviario – (cfr. l'art. 54 *bis*, c. 3, laddove richiama l'art. 9 del d.lgs. n. 66/2003).

43 *Id est* il diritto del lavoratore a fruire di un intervallo, qualora l'orario di lavoro giornaliero ecceda il limite di sei ore, stabilito dai contratti collettivi o, in difetto di disciplina collettiva, consistente in una pausa, anche sul posto di lavoro, tra l'inizio e la fine di ogni periodo giornaliero di lavoro, di durata non inferiore a dieci minuti e la cui collocazione deve tener conto delle esigenze tecniche del processo lavorativo (cfr. l'art. 54 *bis*, c. 3, ove richiama l'art. 8 del d.lgs. n. 66/2003).

44 Cfr. l'art. 54 *bis*, c. 4.

45 Tale regola non vale per le pubbliche amministrazioni e prevede limiti diversi per il settore agricolo.

46 V. Circ. INL n. 5/2017.

Da qui la diatriba sorta tra gli addetti ai lavori tra: coloro⁴⁷ che collocano le prestazioni occasionali nell'area della subordinazione; coloro⁴⁸ che, al contrario, attribuiscono loro natura autonoma; e, infine, coloro⁴⁹ che, facendo leva da un lato, sulla recente prassi⁵⁰ e, dall'altro, sugli orientamenti dottrinali⁵¹, giurisprudenziali⁵² e amministrativi⁵³ formati in passato con riguardo alla figura del lavoro occasionale di tipo accessorio, lo considerano un tipo contrattuale a sé.

Qualora si concordi con l'orientamento – a quanto consta tuttora consolidato⁵⁴ – che rinviene nella causa lo strumento principe di individuazione del tipo contrattuale, per sciogliere la questione occorrerà chiedersi se lo scambio tra lavoro occasionale e corrispettivo tramite LF e CPO sia riconducibile allo scambio tra retribuzione e prestazione di attività alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore (che è, come noto, la causa del contratto di lavoro subordinato) o, piuttosto, miri a scambiare lavoro autonomo e corrispettivo (che è, come noto, la causa del contratto di lavoro autonomo) o, ancora, dia vita ad un interesse altro.

47 V.: L. VALENTE, *Il lavoro occasionale: precedenti e disciplina*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2017, p. 758; A. VENTURA, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: è "PrestO" fatto*, cit., p. 540; P. MONDA, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, cit., p. 16 e s.; S.P. EMILIANI, *Prestazioni occasionali tra autonomia e subordinazione*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2018, p. 1.

48 Cfr.: F. FANTUZZI, *Le prestazioni occasionali. Libretto di Famiglia. Contratto di prestazione occasionale*, cit., p. 258 e ss.; C. CORDELLA, *Libretto Famiglia e Contratto di prestazione occasionale: individuazione della fattispecie*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, p. 1181.

49 V.: S. CIUCCIOVINO, *Prestazioni di lavoro occasionale*, cit., p. 318, M. FALSONE, *Art. 54 bis*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (continuato da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, p. 3102; F. MARINELLI, *Il lavoro occasionale in Italia*, cit., p. 96 e ss.

50 Cfr. la Circolare INL n. 5/2017.

51 Cfr.: A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, p. 27; F. BASENGHI, *Il lavoro occasionale ed accessorio: spunti ricostruttivi*, in *Diritto del Mercato del Lavoro*, 2004, p. 261; M. DELL'OLIO, *Le nuove tipologie e la subordinazione*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro. D.lgs n. 276/2003, Circ. min. lav. n. 1/2004, Circ. min. lav. n. 3/2004*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 24; T. VETTOR, *Articoli 70-74. Le prestazioni occasionali accessorie*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, p. 348; A. BOLLANI, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. MAGNANI-P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 435; M.C. CATAUDELLA, *Prestazioni occasionali e lavoro subordinato*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2006, p. 777.

52 Cfr. TAR Lombardia-Brescia, sez. II, 7 aprile 2015, n. 490; Trib. Milano, 26 maggio 2016, n. 429.

53 Cfr.: la Circolare INPS n. 88/2009; la Circolare INPS n. 44/2009; la Circolare INPS n. 17/2010, e, infine, la Circolare INPS n. 49/2013.

54 Tra i tanti cfr.: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1950, II ed., p. 179 e ss.; A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Diritto del Lavoro*, 1983, I, p. 81; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in Id. (a cura di), *I contratti in generale*, Utet, Torino, 1999, p. 45 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 430 e s. Come noto, la tesi è stata messa in discussione in particolare da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974.

Ad avviso di chi scrive, non vi possono essere dubbi circa il fatto che nel contratto di lavoro occasionale di cui all'art. 54-*bis* l'interesse sotteso consista nello scambio tra due prestazioni assai peculiari e, cioè, la corresponsione di un corrispettivo obbligatoriamente per il tramite del LF o del CPO *versus* una prestazione di lavoro la cui natura eterodiretta o meno del *facere* appare del tutto irrilevante per il legislatore. Il che significa che la tesi da avvalorare è quella secondo cui l'art. 54 *bis* dà vita ad una tipologia contrattuale a sé stante.

Apprendistato

Fabiola Lamberti

SOMMARIO: 1. Il quadro regolatorio multilivello tra competenza statale, regionale e autonomia collettiva. – 2. Campo di applicazione, limiti legali e tetti di contingentamento – 3. Tipologie di apprendistato e requisiti soggettivi. – 3.1. L'apprendistato per la qualifica ed il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore. – 3.2. L'apprendistato professionalizzante. – 3.3. L'apprendistato di alta formazione e di ricerca. – 4. La disciplina del rapporto. – 4.1. Il contratto, l'orario di lavoro, la durata e la possibilità di cumulo di più contratti di apprendistato. – 4.2. La retribuzione dell'apprendista. – 4.3. La cessazione del rapporto. – 5. La componente formativa. – 5.1. Il Piano Formativo Individuale e l'eventuale Protocollo con l'istituzione formativa. – 5.2. La figura del tutor, l'erogazione della formazione e la certificazione delle competenze. – 6. La copertura assicurativa, le incentivazioni normative e gli sgravi contributivi e fiscali – 7. L'apparato sanzionatorio tra violazione dei principi generali, inadempimento dell'obbligo formativo e onere della prova.

1. Il quadro regolatorio multilivello tra competenza statale, regionale e autonomia collettiva

Il contratto di apprendistato si propone di favorire l'occupazione dei giovani tentando, da un lato, di colmare la distanza tra mondo dell'istruzione e mondo del lavoro e, dall'altro, di adeguare la professionalità del lavoratore alle esigenze di un mercato del lavoro in continua evoluzione. Il sistema è disciplinato da una regolazione multilivello che combina disposizioni di rango diverso: la disciplina di livello nazionale, che fornisce un quadro generale; le discipline regionali che hanno competenza concorrente a regolare il sistema d'istruzione; l'autonomia collettiva che, attraverso accordi interconfederali e contratti collettivi, può intervenire nelle materie ad essa espressamente riservate.

Il d.lgs. n. 81/2015, che disciplina il contratto di apprendistato agli artt. 41-47, rappresenta – con specifico riferimento contratto *de quo* – il punto di approdo di varie discipline che si sono susseguite nel tempo¹ e, in attuazione della

1 In ordine cronologico: L. n. 196/1997; d.lgs. n. 276/2003; d.l. n. 35/2005; L. n. 247/2007; L. n. 133/2008; d.lgs. n. 167/2011 (c.d. TU dell'apprendistato); L. n. 92/2012; d.l. n. 76/2013; d.l. n. 104/2013; d.l. n. 34/2014; d.lgs. n. 81/2015.

delega operata dalla L. n. 183/2014 finalizzata ad adottare un decreto «recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali», ha riscritto completamente la disciplina del contratto di apprendistato, con il duplice obiettivo di semplificarne il quadro normativo e di incentivarne l'utilizzo. L'intervento normativo del 2015 ha avuto, altresì, la finalità di recuperare la componente formativa del contratto poiché, rispetto all'idea originaria sottesa all'istituto – una *locatio operis* nella quale l'opera «fondamentale e fisionomica» era l'insegnamento² – si era progressivamente registrata un'applicazione distorta con la marginalizzazione della componente formativa. In tale ottica, il contratto di apprendistato, che lo stesso legislatore italiano nel d.lgs. 81/2015 all'art. 41 definisce come un «contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e all'occupazione dei giovani»³ è comunemente inteso come il «prototipo di contratto d'inserimento»⁴ dei giovani nel mercato del lavoro attraverso un percorso formativo.

Non *un* contratto, ma *il* contratto migliore per l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro⁵, che però – ancora oggi – rimane poco diffuso perché, forse, eccessivamente burocratizzato⁶.

2 L. BARASSI, *Il contratto di tirocinio*, in L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, SEL, 1915, p. 796-803.

3 *Ex multis*: D. GAROFALO, *L'apprendistato nel decreto legislativo n. 81/2015*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, p. 247-459; M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato dopo il Jobs Act*, in F. CARINCI (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, ADAPT University Press, 2016, p. 306-330; V. LUCIANI, *La riforma dell'apprendistato: rapporto con il contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione*, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, p. 739-759; P.A. VARESI, voce *Apprendistato*, in *Treccani online*, 2017; prima della riforma cfr. F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2012, n. 145; M. D'ONGHIA, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2012, I, p. 211-242; M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini. Commentario al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, e all'articolo 11 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche nella legge 14 settembre 2011, n. 148*, Giuffrè, Milano, 2011; S. FAGNONI, P.A. VARESI, *Apprendistato: il nuovo quadro normativo dopo il Testo Unico ed i più recenti interventi legislativi*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, p. 155-181; S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 103-135.

4 M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 2004, n. 104, p. 581-625.

5 G. IMPELLIZZIERI, *Appunti per una ricerca sull'apprendistato: una prospettiva di diritto delle relazioni industriali*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 2021, p. 746.

6 M. D'ONGHIA, *L'ennesimo (inutile) intervento del legislatore sul contratto di apprendistato*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2014, I, p. 757. Al coacervo di norme si aggiunge la copiosa prassi amministrativa recentemente ricostruita da G. MONTEMARANO, *Apprendistato e prassi amministrativa: un quadro di sintesi*, ADAPT University Press, 2021.

Si tratta, come confermato anche dalla giurisprudenza sia costituzionale⁷ che di legittimità⁸, di uno strumento “complesso”, caratterizzato da una “struttura bifasica” e da una “causa mista”.

In particolare, nel contratto *de quo*, la prima fase è contraddistinta da una causa mista – al normale scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione si aggiunge, con funzione specializzante, lo scambio tra attività lavorativa e formativa – mentre la seconda fase, soltanto eventuale perché (come si dirà meglio infra) condizionata al mancato recesso *ex art.* 2118 c.c., rientra nell’ordinario assetto del rapporto di lavoro subordinato⁹.

2. Campo di applicazione, limiti legali e tetti di contingentamento

Possono assumere lavoratori con contratto di apprendistato, direttamente o indirettamente per il tramite delle agenzie di somministrazione di lavoro, i datori di lavoro appartenenti a qualunque settore produttivo, nel rispetto di alcuni limiti numerici e temporali.

I limiti quantitativi (c.d. tetti di contingentamento), previsti dall’art. 42, c. 7, d.lgs. n. 81/2015, sono funzionali alla finalità formativa dell’istituto in ragione del fatto che l’apprendista deve essere seguito nell’intero percorso formativo e che un numero eccessivo di soggetti in formazione inficerebbe la riuscita stessa dell’apprendimento. Il datore di lavoro nell’assunzione degli apprendisti deve assicurare il rapporto di tre a due rispetto alle maestranze specializzate e qualificate¹⁰ già in servizio e tale rapporto non può superare il 100%, laddove il datore di lavoro occupi un numero di addetti inferiore a dieci unità; mentre i datori che non abbiano alle proprie dipendenze lavoratori specializzati o qualificati, o che comunque ne abbiano in numero inferiore a tre, possono assumere fino a tre apprendisti¹¹. La norma precisa, inoltre, che ai fini del rispetto del contingente si prendono in considerazione anche gli apprendisti in somministrazione, necessariamente a tempo indeterminato¹².

7 C. Cost. 4 febbraio 1970 n. 14, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1970, p. 141 ss., con nota di L. RIVA SANSEVERINO, *Sull’ordinamento applicabile al rapporto di apprendistato*.

8 *Ex multis* Cass. 3 febbraio 2020 n. 2365, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2021, p. 174; Cass. 15 marzo 2016, n. 5051, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, p. 911.

9 Cfr. Cass. 8 giugno 2021 n. 15949; Trib. Roma Sez. Lav. 1 luglio 2020 n. 3921.

10 Figure professionali già formate riferite al datore di lavoro, quindi «lavoratori comunque rientranti nella medesima realtà imprenditoriale, anche se operanti in unità produttive o sedi diverse»; cfr. Ministero del Lavoro Int. n. 11/2010.

11 Tali non si applicano al settore artigiano, per il quale trovano applicazione le norme di miglior favore della L. n. 443/1985. Cfr. Ministero del Lavoro Circ. n. 5/2001 che valorizza la peculiare capacità formativa del settore artigianato.

12 R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 721.

Per quanto concerne le singole “professioni” destinatarie di questa peculiare tipologia, la prassi ministeriale ha escluso la possibilità di attivare contratti di apprendistato per professioni sanitarie «che necessitano di speciali abilitazioni inclusive di tirocinio tecnico-pratico» e, viceversa, ne ha consentito l'utilizzo per docenti già in possesso di abilitazione all'insegnamento a condizione che il piano formativo individui competenze ulteriori rispetto a quelle già maturate ai fini dell'abilitazione¹³.

Il d.lgs. n. 81/2015, all'ottavo comma dell'art. 42, prevede inoltre il cd. onere di stabilizzazione alla stregua del quale l'assunzione di nuovi apprendisti con apprendistato di tipo professionalizzante è subordinata alla prosecuzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, al termine del periodo formativo, di almeno il 20% degli apprendisti dipendenti dallo stesso datore di lavoro nei trentasei mesi precedenti¹⁴.

Gli apprendisti assunti in violazione di detti limiti «sono considerati ordinari lavoratori subordinati a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto di lavoro»¹⁵.

3. Tipologie di apprendistato e requisiti soggettivi

Il d.lgs. n. 81/2015 affida alla fonte legislativa statale la competenza in ordine alla regolamentazione delle specifiche tipologie di apprendistato individuando tre diversi modelli.

3.1. L'apprendistato per la qualifica ed il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore

Per l'apprendistato destinato al conseguimento della qualifica e del diploma professionale (art. 43), diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore (c.d. apprendistato di primo livello), la legge individua tra i destinatari del contratto giovani di età compresa tra i 15 e i 25 anni. Questa tipologia di apprendistato, unitamente all'apprendistato di terzo livello (vedi infra), integra un “sistema duale”, nel quale il conseguimento dei titoli di studio, rispettivamente, del livello secondario di istruzione e formazione e del livello di alta formazione, può avvenire anche attraverso l'apprendimento presso l'impresa, nel tentativo di ridurre il *mismatch* tra domanda e offerta di lavoro attraverso una metodologia di apprendimento esperienziale cd. *'on the*

13 Cfr. Ministero del Lavoro Int. n. 38/2010; Ministero del Lavoro Circ. n. 5/1999.

14 Escludendo dal computo i rapporti cessati per recesso durante il periodo di prova, dimissioni o licenziamento per giusta causa.

15 M. TIRABOSCHI, *Apprendistato: una semplificazione di facciata*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20.05.2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16.05.2014, n. 78*, ADAPT University Press, 2014.

*job*¹⁶. Tali finalità, già enunciate nel d. lgs. 81/2015, sono state recentemente richiamate dal Ministero del Lavoro, in coerenza alle recenti Raccomandazioni del Consiglio dell'Unione Europea¹⁷ che hanno affidato all'apprendistato un ruolo strategico per il rafforzamento dei “sistemi di alternanza scuola-lavoro”, ispirati all'approccio *work-based*.

La finalità è il conseguimento di un titolo di studio della formazione secondaria di secondo grado, tramite un percorso formativo “duale” che si realizza, in parte, presso un'istituzione formativa che eroga la “formazione esterna” e, in parte, presso un'impresa che eroga la “formazione interna”. Elemento essenziale del contratto è la formazione, quale strumento prioritario per sviluppare l'acquisizione di competenze dei soggetti coinvolti, al fine di favorire il loro inserimento nel mercato del lavoro. L'apprendista assume il doppio *status* di studente/lavoratore, in quanto effettua – tramite un'esperienza diretta di lavoro – un Percorso Formativo Integrato (PFI). In disparte l'esame del PFI e del Protocollo, su cui ci soffermeremo nei successivi paragrafi, occorre qui chiarire che il contratto di apprendistato di primo livello deve obbligatoriamente integrare e realizzare due dimensioni: la dimensione formativa, che coincide con la durata ordinamentale dei percorsi formativi e la dimensione lavorativa, cioè l'espletamento delle ore di lavoro. Il monte ore contrattuale deve quindi prevedere – oltre alle ore di formazione – le ore di prestazione lavorativa.

Il d.lgs. n. 81/2015 ed il successivo D.M. 12 ottobre 2015 stabiliscono la durata del periodo formativo in apprendistato e, nel caso di specie, assumono quale termine finale il conseguimento del titolo, e, ferma restando la durata minima di sei mesi generalmente prevista dal d.lgs. n. 81/2015 (art. 42, c. 2; art. 43, c. 2 e 5), la durata massima prevista è individuata in funzione del percorso di studio individuato. Il raggiungimento del termine inizialmente previsto può poi determinare, alternativamente, il recesso o la prosecuzione del contratto come ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato (art. 42, c. 4); l'eventuale proroga (art. 43, c. 4); la trasformazione del contratto di apprendistato di primo livello in apprendistato professionalizzante (art. 43, c. 9).

3.2. L'apprendistato professionalizzante

L'apprendistato professionalizzante (c.d. apprendistato di secondo livello) è destinato a giovani di età compresa tra i 18 e i 29 anni (art. 44, d.lgs. n. 81/2015)¹⁸,

16 I dati dell'ultimo Rapporto di monitoraggio, a cura dell'INAPP, hanno evidenziato che nell'anno formativo 2019/2020, il 96,9% dei contratti di apprendistato in Italia sono di secondo livello e solo il 2,7% di primo livello.

17 Cfr. Ministero del Lavoro Circ. n. 12/2022 richiama la Raccomandazione del 15 marzo 2018 relativa a un quadro europeo per apprendistati efficaci e di qualità e la Raccomandazione del 24.11.2020 relativa all'istruzione e formazione professionale per la competitività sostenibile, l'equità sociale e la resilienza.

18 Sono ammessi contratti di apprendistato di secondo livello anche a favore di giovani di 17 anni, se in possesso di qualifica conseguita *ex d.lgs. n. 226/2005*.

per i quali si pone, in coerenza con quanto indicato in premessa, come principale strumento di ingresso nel mondo del lavoro; ma è altresì destinato, ai sensi dell'art. 47, c. 4, d.lgs. n. 81/2015, a lavoratori beneficiari di indennità di mobilità¹⁹ ed a soggetti percettori di trattamenti di disoccupazione²⁰, senza limiti di età.

Tale estensione rende evidente la precipua finalità occupazionale di tale tipologia contrattuale nella quale rimane, comunque, evidente anche la finalità formativa che si fonda sull'acquisizione da parte del lavoratore delle competenze necessarie a diventare professionalmente qualificato, laddove la professionalità è intesa come sintesi delle competenze maturate in seguito alla concreta esecuzione della prestazione lavorativa dedotta in contratto ed in ragione della formazione teorico-pratica impartita. Se il percorso formativo si conclude con esito positivo, ossia con l'effettiva acquisizione delle suddette competenze e capacità, la professionalità raggiunta diventa vincolante in caso di prosecuzione del rapporto di lavoro oltre il periodo formativo, ai fini di un corrispondente inquadramento contrattuale. Tale riferimento svincola questo tipo di apprendistato dal sistema pubblico dell'istruzione e riserva l'individuazione dei profili e delle qualificazioni professionali alla competenza esclusiva dell'autonomia collettiva. Il ruolo centrale della contrattazione collettiva viene infatti invocato espressamente all'art. 44 che, ai sensi del c. 1, affida alle parti del contratto la determinazione della qualificazione professionale al cui conseguimento il contratto è finalizzato stabilendo che tale determinazione avvenga sulla base di quanto previsto dai sistemi di inquadramento del personale stabiliti dagli accordi interconfederali e dai contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

La formazione di tipo professionalizzante è svolta sotto la responsabilità del datore di lavoro ed è integrata dall'offerta formativa pubblica, interna o esterna all'azienda, disciplinata dalle regioni e dalle province autonome di Trento e Bolzano, sentite le parti sociali. La durata ed i contenuti di tale offerta integrativa – che ha per oggetto competenze di carattere “generale” che prescindono dalla specificità delle mansioni svolte, quali nozioni riguardanti l'adozione di comportamenti sicuri, l'organizzazione e la qualità aziendale, la capacità relazionale e comunicazionale, le competenze digitali, sociali e civiche – sono determinati, sulla base del titolo di studio posseduto dall'apprendista al momento dell'assunzione e decrescono in funzione del maggior titolo posseduto²¹.

19 Le liste di mobilità sono state soppresse dal 1° gennaio 2017.

20 Cfr. Ministero del Lavoro Int. n. 21/2012 secondo cui nei confronti di tali lavoratori, in possesso dei requisiti anagrafici per l'instaurazione di altra tipologia di apprendistato, è possibile scegliere tra la disciplina normale o a quella “speciale” ex art. 47, c. 4, d.lgs. n. 81/2015.

21 Sono previste almeno 120 ore per gli apprendisti privi di titolo (licenza elementare o licenza di scuola secondaria di primo grado); 80 ore per gli apprendisti in possesso di diploma di scuola secondaria di secondo grado o di qualifica o di diploma di istruzione e formazione professionale; 40 ore per gli apprendisti in possesso di laurea o titolo equivalente. Cfr. D.M. 12 ottobre 2015 Definizione degli standard formativi dell'apprendistato e criteri generali per

3.3. L'apprendistato di alta formazione e di ricerca

Per l'apprendistato di alta formazione e ricerca (c.d. apprendistato di terzo livello), la platea dei soggetti interessati è quella dei giovani di età compresa tra i 18 e i 29 anni, già in possesso di diploma di istruzione secondaria superiore o di un diploma professionale, integrato da un certificato di specializzazione tecnica superiore o del diploma di maturità professionale all'esito del corso annuale integrativo (art. 45, d.lgs. n. 81/2015). Il contratto è finalizzato al conseguimento di titoli universitari e dell'alta formazione, compresi i dottorati di ricerca, i diplomi relativi ai percorsi degli istituti tecnici superiori, attività di ricerca, praticantato per l'accesso alle professioni ordinistiche²².

La regolamentazione e la durata di tale tipologia di apprendistato è rimessa alle Regioni, per i soli profili che attengono alla formazione, in accordo con le parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, le Università, gli Istituti Tecnici Superiori e le altre istituzioni formative o di ricerca²³. Questa tipologia di apprendistato si inserisce nei percorsi formativi dell'apprendistato duale e la responsabilità del piano formativo individuale è posta in capo all'istituzione formativa, fermo restando il coinvolgimento dell'impresa. Anche in questo caso il datore di lavoro, come nell'apprendistato di primo livello, sottoscrive un protocollo con l'istituzione formativa a cui lo studente è iscritto o con l'ente di ricerca coinvolto e in tale protocollo vengono definite la durata e le modalità anche temporali della formazione sia interna, da svolgersi presso l'istituzione presso la quale lo studente è iscritto, sia esterna, da svolgersi a carico del datore di lavoro. Per la formazione esterna vengono definiti i crediti formativi riconoscibili a ciascuno studente in ragione del numero di ore di formazione svolte in azienda.

La durata del periodo formativo è, come nell'apprendistato di primo livello, correlata al conseguimento del titolo o alla conclusione dell'attività di ricerca e, ferma restando la durata minima di sei mesi generalmente prevista dal d.lgs. n. 81/2015 (art. 42, c. 2), la durata massima è individuata in funzione della durata ordinamentale dei relativi percorsi o, per le attività di ricerca, nella durata

la realizzazione dei percorsi di apprendistato, e, prima ancora, Linee Guida per l'apprendistato professionalizzante del 20 febbraio 2014; F. BANO, *I contratti a contenuto formativo*, in A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino, 2004, p. 167.

22 M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato di alta formazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 105 ss.; M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016.

23 In assenza delle regolamentazioni regionali, l'attivazione dell'apprendistato di alta formazione e di ricerca è rimessa ad apposite convenzioni stipulate dai singoli datori di lavoro o dalle loro associazioni con le Università, gli istituti tecnici superiori e le altre istituzioni formative o di ricerca. Sulla ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni cfr. D. COMANDÉ, *Il diritto del lavoro al "plurale". Regioni e modelli regolativi differenziati dell'apprendistato professionalizzante*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2008, p. 997 ss.; L. ZOPPOLI, *Stato, Regioni e parti sociali nella regolazione dell'apprendistato: recenti sviluppi (o viluppi?)*, in *Diritto del Mercato del Lavoro*, 2006, p. 193-202.

massima di tre anni, salva la facoltà di prevedere ipotesi di proroga del contratto fino ad un anno in presenza di particolari esigenze legate al progetto di ricerca, mentre per l'accesso alle professioni ordinistiche, è correlata al conseguimento dell'attestato di compiuta pratica per l'ammissione all'esame di Stato.

4. La disciplina del rapporto

Ferme restando le peculiarità delle diverse forme di apprendistato, i primi quattro commi dell'art. 42 d.lgs. n. 81/2015 disciplinano gli elementi del contratto di apprendistato comuni ad ogni tipologia, sui quali non è ammessa alcuna deroga da parte dell'autonomia collettiva²⁴.

4.1. Il contratto, l'orario di lavoro, la durata e la possibilità di cumulo di più contratti di apprendistato

All'art. 42, c. 1, è espressamente previsto che «il contratto di apprendistato è stipulato in forma scritta ai fini della prova». La forma scritta del contratto di apprendistato è, dunque, richiesta *ad probationem* e non come requisito di validità dello stesso contratto²⁵. La mancanza della forma scritta del contratto è punita con una sanzione amministrativa e l'obbligo di formalizzare il contratto per iscritto non può considerarsi adempiuto con la mera consegna della comunicazione di assunzione ai Servizi per l'impiego²⁶. È espressamente previsto, altresì, che il contratto di apprendistato contenga in forma sintetica, il Piano Formativo Individuale, sul quale ci soffermeremo più avanti.

Quanto all'orario di lavoro è possibile affermare che – a livello generale – non sussiste alcuna incompatibilità tra il rapporto di lavoro a tempo parziale e il contratto di apprendistato; tuttavia, tale compatibilità deve essere esaminata caso per caso, dovendo valutare se «da peculiare articolazione dell'orario di lavoro non sia di ostacolo al raggiungimento della finalità tipica di tale contratto», ossia quella formativa²⁷.

La qualificazione normativa, contenuta nell'art. 41, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, del contratto di apprendistato quale «contratto di lavoro a tempo indeterminato», sgombra il campo da qualsiasi perplessità riferita alla riconducibilità di tale contratto nella categoria dei contratti a termine, posto che la predeterminazione della durata è riferita non al contratto complessivamente inteso, ma alla sola componente formativa

24 D. GAROFALO, *L'ennesima riforma dell'apprendistato*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel jobs act 2*, cit., p. 351.

25 M. D'ONGHIA, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, cit., 219; della stessa Autrice *I contratti a finalità formative. Apprendistato e contratto d'inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 278.

26 Cfr. Ministero Lavoro Circ. n. 29/2011.

27 Cfr. Ministero del lavoro Circ. n. 46/2001, Circ. n. 9/2004, Int. n. 4/2007, secondo cui la valutazione della compatibilità va effettuata *ex post*.

dello stesso²⁸. Al fine di rendere effettive le finalità formative insite nell'istituto e di disincentivare un uso improprio del contratto in questione, il legislatore ha fissato dei limiti legali di durata. Innanzitutto, l'art. 42, c. 2, dispone che «il contratto di apprendistato ha una durata minima non inferiore a sei mesi» per tutte le tipologie di apprendistato, salva diversa previsione della contrattazione collettiva per le attività stagionali o con picchi stagionali. La *ratio* sottesa a detta disposizione normativa consiste nella volontà di contrastare l'elusione della finalità formativa del contratto di apprendistato, ritenuto incompatibile con una durata del contratto eccessivamente ridotta²⁹. Enunciato il limite minimo di durata del rapporto, il legislatore si preoccupa di fissare ulteriori limiti di durata, diversificati – come si diceva – in base alle caratteristiche proprie di ciascuna tipologia di apprendistato.

Per l'apprendistato di primo livello l'art. 43 fissa alcuni parametri massimi a seconda della qualifica o del diploma da conseguire: *a*) 3 anni per la qualifica nei percorsi di istruzione e formazione professionale; *b*) 4 anni per il diploma nei percorsi di istruzione e formazione professionale; *c*) 4 anni, a partire dal secondo anno, per diploma di scuola secondaria superiore; *d*) due anni il corso annuale integrativo per l'ammissione all'esame di stato; *e*) un anno per il conseguimento del diploma di istruzione e formazione professionale per chi è già in possesso della qualifica di istruzione e formazione professionale nell'ambito dell'indirizzo professionale corrispondente; *f*) un anno per il conseguimento del certificato di specializzazione tecnica superiore. Per l'apprendistato di terzo livello il quarto comma dell'art. 4 chiarisce che la regolamentazione e la durata di tale tipologia di apprendistato compete alle Regioni per i soli profili che attingono alla formazione e, anche in questo caso la durata massima è individuata in funzione della durata ordinamentale dei relativi percorsi. Diversamente, per l'apprendistato di secondo livello, il secondo comma dell'art. 44 rimanda alla contrattazione collettiva la definizione della durata del rapporto che non può essere comunque superiore a tre anni «ovvero cinque per i profili professionali caratterizzanti la figura dell'artigiano individuati dalla contrattazione collettiva di riferimento». In questo caso il legislatore fissa un limite legale di durata massima del contratto, lasciando, tuttavia, alla contrattazione collettiva la libertà di definire entro tale limite la durata effettiva del rapporto³⁰.

Nessun dubbio circa la possibilità di prolungare il periodo di apprendistato in caso di malattia, infortunio o altra causa di sospensione involontaria del rapporto, laddove l'evento abbia una durata superiore a 30 giorni, sancita dall'art. 42, c. 5, lettera *f*) e circa l'insussistenza di un diritto di precedenza di lavoratori

28 S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 59.

29 S. CIUCCIOVINO, *Ibidem*, L. TESSAROLI, *Il contratto di apprendistato*, in *I nuovi contratti di lavoro*, Maggioli Editore, Rimini, 2015, p. 101.

30 Laddove venisse indicato un termine di durata superiore, la violazione assumerebbe eventuale rilievo solo dopo il superamento del predetto limite legislativo di 36 mesi; cfr. T.A.R. Lazio sez. III, 14 aprile 2017 n. 4625.

assunti a tempo determinato poiché la conferma in servizio dell'apprendista non è equiparabile ad un'assunzione che, piuttosto, è avvenuta già al momento dell'attivazione del contratto di apprendistato³¹.

Con riferimento alla possibilità di successione tra diverse tipologie di apprendistato il Ministero ha precisato che «trattandosi di contratti a finalità formative diverse»³², fermi restando i requisiti anagrafici fissati dalla norma e la valutazione della legittimità del rapporto sulla scorta dei contenuti del Piano Formativo Individuale³³, un rapporto di lavoro preesistente, anche di apprendistato, non pregiudica l'instaurazione di un successivo rapporto formativo, sempre che la qualificazione da raggiungere con il nuovo contratto non sia già posseduta all'atto dell'instaurazione del rapporto, in quanto, in tal caso «il contratto di apprendistato sarebbe nullo per l'impossibilità di formare il lavoratore rispetto a competenze di cui è già in possesso»³⁴.

4.2. La retribuzione dell'apprendista

Il contratto di apprendistato è, come si è visto, un contratto di lavoro a tutti gli effetti e – seppur contraddistinto dalle due finalità tipiche dell'istituto in questione, cioè quella formativa, da un lato, e quella occupazionale, dall'altro – obbliga il datore di lavoro a corrispondere una specifica retribuzione all'apprendista. Per favorire l'assunzione di apprendisti sono stati previsti diversi incentivi e benefici per i datori di lavoro³⁵, tra cui spicca senza dubbio quello relativo al trattamento retributivo.

È, infatti, previsto che all'apprendista, durante il periodo di formazione, venga erogata una retribuzione inferiore rispetto a quella spettante al lavoratore già in possesso della qualifica o con il profilo professionale alla cui acquisizione è finalizzato il periodo formativo. L'art. 42, c. 5, lett. *b*, riconosce alla contrattazione collettiva la possibilità di stabilire la retribuzione, spettante all'apprendista durante il periodo formativo, attraverso la scelta – alternativa e non sovrapponibile – tra due meccanismi di individuazione della retribuzione: il sistema del sottoinquadramento e il sistema della retribuzione percentualizzata rispetto all'anzianità di servizio.

Il primo – il sistema di sottoinquadramento – prevede la possibilità di inquadrare l'apprendista «fino a due livelli inferiori rispetto a quello spettante in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro ai lavoratori addetti a mansioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al cui conseguimento è finalizzato il contratto».

31 Cfr. Ministero del Lavoro Int. n. 17/2007; Int. n. 34/2010; Int. n. 2/2017.

32 Cfr. Ministero del Lavoro Circ. n. 40/2004; Circ. n. 2/2006.

33 M. SQUEGLIA, *Il cumulo dei periodi di apprendistato e il principio di integrazione delle politiche formative*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit.; cfr. Ministero del Lavoro Int. n. 8/2007; Circ. n. 5/2013.

34 Cfr. Ispettorato Nazionale del Lavoro nota n. 1023/2020.

35 V. infra par. 6.

Il sistema di retribuzione percentualizzata, invece, dà la possibilità di stabilire la retribuzione dell'apprendista «in misura percentuale e in modo graduale rispetto alla anzianità di servizio»³⁶.

Per quanto concerne l'«apprendistato duale», inoltre, si prevede che, salvo diversa previsione dei contratti collettivi, per le ore di formazione a carico del datore di lavoro spetterà all'apprendista una retribuzione pari al 10% di quella che gli sarebbe normalmente dovuta ed il datore di lavoro è esonerato da ogni obbligo retributivo per la formazione svolta nell'istituzione formativa (art. 43, c. 7; art. 45, c. 3). Al quinto comma dell'art. 42, lett. a), è previsto, infine, il divieto di retribuzione a cottimo, cioè di corrispondere all'apprendista una retribuzione legata al risultato produttivo, in ragione del pregiudizio correlato alla ridotta capacità produttiva derivante dalla minore esperienza.

4.3. La cessazione del rapporto

La qualificazione del contratto di apprendistato nel *genus* dei contratti a tempo indeterminato non è contraddetta dalla presenza, nel contratto *de qua*, di un termine finale relativo alla formazione professionale, trattandosi di un termine di scadenza non del contratto, quanto, piuttosto, della prima fase del rapporto, se è vero che, allo spirare del suddetto termine, in assenza di disdetta, il rapporto (unico) continua con la causa tipica del lavoro subordinato. Ne consegue l'applicazione della normativa vigente in tema di licenziamenti individuali e collettivi, così come previsto dall'art. 42, c. 3, d.lgs. n. 81/2015.

Nella specie, si distinguono due ipotesi di recesso: il recesso in costanza del periodo di formazione e il recesso al termine del periodo di formazione.

Per quanto concerne la prima ipotesi, l'art. 42, c. 3, dispone che «durante l'apprendistato trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo»³⁷. In altri termini, durante la fase formativa il rapporto di lavoro può estinguersi solo per giusta causa o per giustificato motivo, sia oggettivo che soggettivo³⁸. La Corte Costituzionale³⁹ e la Suprema Corte di Cassazione⁴⁰ hanno sempre confermato che, nonostante la causa mista,

36 Gli Accordi Interconfederali, in modo univoco, hanno optato per il sottoinquadramento nell'apprendistato di terzo livello e per la percentualizzazione nel primo livello. Cfr. AI 18 maggio 2016 Confindustria; AI 19 luglio 2016 Confservizi; AI 26 luglio 2016 Confcooperative, Legacoop, tutti sottoscritti da CGIL CISL UIL.

37 F. OLIVELLI, *Contratto di apprendistato e garanzie del procedimento disciplinare*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2020, I, p. 1158 -1164.

38 Cfr. Ministero del Lavoro Int. n. 79/2009.

39 Cfr. Corte Cost. 28 novembre 1973 n. 169, in *Foro Italiano*, 1974, I, c. 16.; Corte Cost. 4 febbraio 1970 n. 14, in *Giustizia Civile*, 1970, p. 134; Corte Cost. 1 giugno 1995 n. 220, in *Giurisprudenza Italiana*, 1996, I, p. 44; Corte Cost. 25 luglio 1989 n. 427, in *Diritto del Lavoro*, 1989, II, p. 360, con nota di G. PERA e *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1989, p. 389, con nota di R. SCOGNAMIGLIO.

40 Cass. 3 febbraio 2020, n. 2365, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2021, p. 174 – 182, con nota di F. MARINELLI *Ancora una pronuncia della Cassazione sulla natura del contratto di apprendistato*; P.A.

la parte formativa del contratto non si sovrappone, assorbendola totalmente, alla disciplina della prestazione di lavoro: «si tratta di un rapporto complesso, costituito da elementi che, componendosi, non perdono la loro individualità»⁴¹. In tale prospettiva, in particolare, è ormai granitico l'orientamento per il quale, in caso di licenziamento intervenuto nel periodo di formazione a causa di un comportamento negligente o colpevole dell'apprendista, devono trovare applicazione le garanzie procedurali di cui all'art. 7, l. n. 300/1970, che si applicano a tutti i rapporti di lavoro, anche speciali, nel caso in cui il recesso è connesso a ragioni ontologicamente disciplinari⁴².

L'art. 42, c. 3, prosegue specificando che, per la sola tipologia di apprendistato di primo livello costituisce giustificato motivo di licenziamento anche il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi, attestato dall'istituzione formativa. La *ratio* della norma consiste nella esigenza di rendere ancora più saldo il collegamento tra la finalità formativa e quella occupazionale del contratto in esame, esaltando soprattutto la valenza educativa e formativa del lavoro⁴³.

Con riferimento, invece, alla cessazione del rapporto alla conclusione del periodo formativo, l'art. 42, c. 4, dispone che al termine del periodo di apprendistato, ciascuna parte può liberamente recedere dal rapporto con preavviso decorrente dal termine del periodo di formazione a norma dell'art. 2118 cod. civ., eccezion fatta per l'apprendistato rivolto ai lavoratori beneficiari di un'indennità di mobilità o di un trattamento di disoccupazione (art. 47, c. 4) per il quale vige la disciplina del licenziamento individuale sia durante il periodo di formazione sia al termine dello stesso. In tutti gli altri casi, se nessuna delle parti recede, il contratto procede come ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Anche per gli apprendisti valgono, in ogni caso, le disposizioni limitatrici del licenziamento in costanza di malattia e infortunio, nonché tutte le eventuali cause di nullità del licenziamento fermo restando che «al termine dei periodi di divieto, il datore di lavoro può legittimamente esercitare il diritto di recesso»⁴⁴.

5. La componente formativa

La formazione rappresenta il tratto distintivo per eccellenza dell'apprendistato, poiché il datore è obbligato non solo a corrispondere la controprestazione retributiva, ma anche ad impartire all'apprendista la formazione prevista. Ne consegue che, ai fini del giudizio sulla genuinità e validità della causa del contratto

VARESI, *I contratti di lavoro con finalità formativa*, F. Angeli, Milano, 2001, p. 125-189.

41 F. OLIVELLI, *op. cit.*, p. 1160.

42 Cfr. Cass. 6 febbraio 2019, n. 3464, in *Diritto&Giustizia*, 7.02.2019; Cass. 15 marzo 2016 n. 5051, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, p. 911 ss. con nota di D. GAROFALO, *La Cassazione ribadisce (per l'ultima volta?) la natura a tempo indeterminato del contratto di apprendistato*.

43 M. D'ONGHIA, *Il Testo Unico sull'apprendistato*, cit., 211.

44 Ministero del Lavoro Int. n. 16/2012.

di apprendistato, occorre verificare se nell'attuazione concreta del rapporto di apprendistato sia o meno stata alterata la funzione economico-individuale e, in particolare, se sia stata frustrata la funzione di scambio fra lavoro retribuito e addestramento finalizzato alla acquisizione di una più definita professionalità⁴⁵.

In questa prospettiva, il Piano Formativo Individuale ed il Protocollo con l'Istituzione Formativa assurgono ad elementi fondamentali ed imprescindibili per l'attuazione e la verifica della componente formativa.

5.1. Il Piano Formativo Individuale e l'eventuale Protocollo con l'istituzione formativa

La disciplina comune a tutte le tipologie di apprendistato stabilita dall'art. 42 del d.lgs. n. 81/2015, prevede che il contratto di apprendistato – oltre a dover essere stipulato in forma scritta *ad probationem* – deve necessariamente contenere il Piano Formativo Individuale redatto in forma sintetica, anche utilizzando i moduli e i formulari contenuti nella contrattazione collettiva, o predisposti dagli enti bilaterali. Detta disposizione è inderogabile da parte della contrattazione collettiva.

Il PFI deve quindi essere ritenuto parte integrante del contratto stesso e, come il contratto cui accede, dovrà essere redatto per iscritto ai fini della prova. Il PFI deve contenere i dati relativi all'apprendista, al datore di lavoro, al tutor, alla qualificazione/titolo da acquisire al termine del percorso formativo, alla durata del contratto e l'orario di lavoro, al livello di inquadramento (di ingresso e di uscita), ai risultati dell'apprendimento ed alle modalità di valutazione. Si tratta di un documento dinamico che può essere modificato nel corso del rapporto, ferma restando la qualificazione e/o il titolo da conseguire al termine del percorso formativo. Con specifico riferimento all'apprendistato duale è previsto che il PFI venga predisposto «dall'istituzione formativa con il coinvolgimento dell'impresa» prima della sottoscrizione del contratto. La *ratio* della norma è rinvenibile nella volontà di dare preminenza all'aspetto formativo del contratto ed è condivisibile la scelta di affidare all'istituzione formativa il compito di declinare il percorso formativo, in quanto competente a contemperare il diritto dell'apprendista a ricevere una formazione adeguata al titolo da conseguire e l'esigenza dell'impresa di formare un lavoratore nel modo più aderente al settore di riferimento⁴⁶. Diversa, invece, la struttura genetica del PFI nell'apprendistato di tipo professionalizzante dove la formazione si svolge prevalentemente all'interno dell'azienda, sotto la responsabilità del datore di lavoro, ed è finalizzata all'acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche richieste per il raggiungimento della qualificazione professionale cui il rapporto di è diretto. È la contrattazione collettiva a definire le modalità di erogazione della

45 Trib. Roma sez. lav., 4 giugno 2020 n. 2934, parla di vizio parziale genetico di causa.

46 S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 86; A. LOFFREDO, *Diritto alla formazione e lavoro. Realtà e retorica*, Cacucci, Bari, 2012.

formazione aziendale e la sua durata, in ragione dell'età dell'apprendista e del tipo di qualificazione da conseguire, anche in correlazione all'acquisizione delle competenze di base e trasversali. La regolamentazione degli aspetti formativi contenuti nei singoli PFI, benché rimessa alle Regioni e alla contrattazione collettiva, deve essere coerente con i criteri stabiliti dalla legge e degli standard formativi definiti in via generale a livello nazionale con il D.M. 12 ottobre 2015 che ha offerto anche modulistiche liberamente fruibili molto puntuali e specifiche, poi riprese nelle delibere regionali e nei contratti collettivi via via succedutisi.

Oltre al Piano Formativo Individuale, nel caso di apprendistato di primo o di terzo livello, è prevista la sottoscrizione di un 'Protocollo' che consiste nell'accordo sottoscritto dal datore di lavoro e dall'istituzione formativa volto a definire i contenuti, la durata e le modalità della formazione interna ed esterna all'impresa, secondo il modello di protocollo allegato al D.M. 12 ottobre 2015. In tale caso il Protocollo stabilisce anche il numero dei crediti formativi riconoscibili per la formazione a carico del datore di lavoro e il numero dei crediti formativi erogati dalle Università secondo ciascun regolamento didattico⁴⁷.

5.2. La figura del tutor, l'erogazione della formazione e la certificazione delle competenze

Ai fini dell'effettività della funzione formativa, la legge fa obbligo al datore di lavoro di garantire agli apprendisti la presenza di un *tutor* o referente aziendale (art. 42, c. 5, lett. d).

Il già menzionato D.M. 12 ottobre 2015 prevede due distinte figure di *tutor*: il *tutor* formativo e il *tutor* aziendale. Mentre il secondo è presente in ogni tipologia di apprendistato, il *tutor* formativo è previsto nei soli casi di apprendistato di primo e terzo livello. Il *tutor* aziendale «favorisce l'inserimento dell'apprendista nell'impresa, lo affianca e lo assiste nel percorso di formazione interna, gli trasmette le competenze necessarie allo svolgimento delle attività lavorative»; il *tutor* formativo «assiste l'apprendista nel rapporto con l'istituzione formativa, monitora l'andamento del percorso e interviene nella valutazione iniziale, intermedia e finale del periodo di apprendistato» (art. 7, D.M. 12 ottobre 2015). Il *tutor* formativo e il *tutor* aziendale provvedono ad indicare, nel PFI, le attività da svolgere e le competenze da acquisire, nonché i risultati di apprendimento e le eventuali azioni correttive integrative correlate a quanto previsto dagli standard formativi di riferimento. In coerenza con quanto previsto paragrafo 1.2.1. lettera a) delle Linee guida per l'interoperatività degli enti pubblici allegato al Decreto 5 gennaio 2021 recante "Disposizioni per l'adozione delle linee guida per l'interoperatività degli enti pubblici titolari del sistema nazionale di certificazione delle competenze", il *tutor* aziendale e il *tutor* formativo predispongono,

⁴⁷ Non sono ricompresi in questo assetto l'apprendistato per la ricerca e quello per conseguire l'accesso alle professioni ordinistiche, per i quali la formazione esterna non è obbligatoria.

in itinere e a conclusione del percorso, un *Dossier* individuale delle evidenze, funzionale ad un successivo accesso ai servizi di individuazione, validazione e certificazione delle competenze.

Il legislatore individua poi la cornice normativa degli interventi formativi lasciando alla competenza regionale ed all'autonomia collettiva la definizione di dettaglio. Per l'apprendistato duale la norma fissa il principio in base al quale la formazione esterna all'azienda venga svolta nell'istituzione formativa a cui lo studente è iscritto e nell'apprendistato di primo livello fissa il monte ore di formazione da svolgersi nell'ambito del sistema di istruzione e formazione professionale che non dovrà superare il 60% dell'orario "ordinamentale" per il secondo anno ed il 50% per il terzo e quarto anno, nonché per l'anno successivo finalizzato al conseguimento del certificato di specializzazione tecnica (art. 43, c. 6). Parimenti, nel caso di apprendistato di terzo livello, è previsto che la formazione esterna non possa essere superiore al 60 % dell'orario ordinamentale (art. 45, c. 2).

Per quanto concerne l'apprendistato professionalizzante l'art. 44, c. 3, prevede che la formazione venga svolta sotto la responsabilità del datore di lavoro, e sia integrata, nei limiti delle risorse annualmente disponibili, dalla offerta formativa pubblica, interna o esterna alla azienda, finalizzata alla acquisizione di competenze di base e trasversali, di cui si è detto infra. Con riferimento alla possibilità di formazione a distanza (FAD), l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha riconosciuto la possibilità di ricorrere alla modalità di formazione *e-learning*, applicabile però esclusivamente in modalità sincrona, poiché solo attraverso tale sistema si assicura «la tracciabilità dello svolgimento delle lezioni stesse e della partecipazione degli apprendisti»⁴⁸.

In merito alla valutazione e alla certificazione delle competenze, all'apprendista è riconosciuta la garanzia di trasparenza dell'attestazione delle attività svolte e delle competenze acquisite, anche in caso di risoluzione anticipata⁴⁹. Le competenze acquisite in apprendistato e certificate devono (*recte* dovrebbero, vista l'attuale non operabilità del sistema) essere registrate sul libretto formativo del cittadino, a norma dell'art. 42, c. 5, lett. f). A tal proposito l'art. 46, c. 2, distingue tra l'apprendistato professionalizzante e le altre due tipologie di apprendistato: nella prima ipotesi detto adempimento è di competenza del datore di lavoro; nella seconda spetta all'istituzione formativa o all'ente di ricerca⁵⁰.

48 Ispettorato Nazionale del Lavoro Circ. n. 2/2022.

49 D.M. 5.01.2021 "Disposizioni per l'adozione delle linee guida per l'interoperatività degli enti pubblici titolari del sistema nazionale di certificazione delle competenze".

50 Cfr. d. lgs. n. 13/2013 sugli standard minimi del sistema nazionale di certificazione delle competenze, in coerenza con il Quadro europeo delle qualificazioni (EQF) ed il Repertorio delle Professioni.

6. La copertura assicurativa, le incentivazioni normative e gli sgravi contributivi e fiscali

In un'ottica promozionale del contratto di apprendistato, il legislatore ha, da sempre, riconosciuto regimi agevolati ed esenzioni contributive al datore di lavoro che assuma apprendisti. Dal punto di vista normativo si veda, ad esempio, l'art. 47, c. 3, d.lgs. n. 81/2015, in base al quale gli assunti con contratto di apprendistato non rientrano, per tutta la durata del periodo formativo, nella base di calcolo per l'applicazione di particolari istituti previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva. In linea generale, l'azienda che ricorre all'apprendistato può beneficiare di numerose agevolazioni contributive e fiscali, quali ad esempio: la contribuzione agevolata pari al 10% della retribuzione; la deducibilità delle spese e dei contributi dalla base imponibile IRAP; il taglio del costo del lavoro degli apprendisti, operato – come si è visto – o mediante un sotto inquadramento fino a 2 livelli, oppure una percentualizzazione sulla retribuzione ordinaria prevista; una retribuzione ridotta al 10% per le ore di formazione interna nel caso di apprendistato duale. A tali agevolazioni non corrisponde però una riduzione di tutela per l'apprendista a cui si applicano tutte le tutele previste in tema di previdenza e assistenza sociale obbligatoria quali: *a*) assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali; *b*) assicurazione contro le malattie; *c*) assicurazione contro l'invalidità e vecchiaia; *d*) maternità; *e*) assegno familiare; *f*) assicurazione sociale per l'impiego⁵¹. Con l'art. 2 del d.lgs. n. 148/2015 è stata poi estesa la platea dei beneficiari delle integrazioni salariali ricomprendendo per la prima volta i lavoratori con contratto di apprendistato professionalizzante.

Il legislatore ha, inoltre, frequentemente offerto alle imprese che assumono in apprendistato il grande vantaggio di poter beneficiare per tali assunzioni di un ridotto carico contributivo che prevede l'applicazione di un'aliquota contributiva “speciale” rispetto a quella “standard”⁵². Le assunzioni con contratto di apprendistato non sono poi soggette alla disciplina del contributo di licenziamento e sono esonerate dal versamento della contribuzione di finanziamento della NASpI e dal contributo integrativo⁵³. La Legge di Bilancio 2022, inoltre, ha disposto che per i contratti di apprendistato di primo livello stipulati nel 2022 è riconosciuto, ai datori di lavoro che occupano alle proprie dipendenze un numero di addetti pari o inferiore a nove, uno sgravio contributivo del 100%⁵⁴ con riferimento alla contribuzione dovuta per i periodi contributivi maturati nei

51 Nel caso dell'apprendistato duale l'assicurazione contro gli infortuni, compresi quelli *in itinere*, è a carico del datore di lavoro per le ore di lavoro e di formazione interna, mentre è a carico dell'istituzione formativa durante la formazione esterna.

52 Cfr. INPS Mess. n. 1478/2019.

53 Cfr. art. 2, commi 31 e 32, L. n. 92/2012, n. 92; art. 25, c. 4, L. n. 845/1978.

54 Cfr. art. 1, c. 645, L. 234/2021; art. 1, c. 773, quinto periodo, L. 296/2006.

primi tre anni di contratto, fermo restando il livello di aliquota del 10% per i periodi contributivi maturati negli anni di contratto successivi al terzo⁵⁵. Tale sgravio contributivo trova applicazione a fronte della regolarità contributiva accertata con DURC e del rispetto, da parte del datore di lavoro, delle norme a tutela delle condizioni di lavoro e degli altri obblighi di legge e contrattual-collettivi.

7. L'apparato sanzionatorio tra violazione dei principi generali, inadempimento dell'obbligo formativo e onere della prova

L'art. 47, c. 2, d.lgs. n. 81/2015 sanziona la violazione della disciplina generale comune alle tre tipologie di apprendistato prevedendo una sanzione amministrativa⁵⁶ pecuniaria da € 100 a € 600, elevata in caso di recidiva rispettivamente a € 300 e € 1.500, nel caso di violazione: *a)* dell'obbligo di forma scritta ai fini della prova del contratto di apprendistato e la previsione del piano formativo in forma sintetica (art. 42, c.1); *b)* delle previsioni contrattuali collettive che attuano i principi relativi: al divieto di retribuzione a cottimo (art. 42, c. 5, lett. *a*); al sottoinquadramento fino a due livelli inferiori o, in alternativa, alla retribuzione in misura percentuale e proporzionata all'anzianità di servizio, ai sensi dell'art. 42, c. 5, lett. *b*; alla presenza di un tutore o referente aziendale (art. 42, c. 5, lett. *c*).

Diverse e più cogenti sanzioni sono previste per l'inadempimento dell'obbligo formativo. Con riferimento all'oggetto della violazione, ossia «l'inadempimento nella erogazione della formazione», è necessario «l'accertamento di un qualsiasi, ma effettivo e reale, inadempimento nel fornire o nel far fruire all'apprendista la formazione contrattualmente prevista e obbligatoria»⁵⁷. L'art. 47, c. 1, dispone che, in caso di inadempimento del datore di lavoro tale da impedire il raggiungimento delle finalità formative di cui sia esclusivo responsabile, lo stesso è punito con una sanzione amministrativa consistente nel versamento della differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato maggiorata del 100%. Oltre la sanzione amministrativa, l'inadempimento degli obblighi di formazione determina la trasformazione del contratto di apprendistato, fin dall'inizio, in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ove l'inadempimento abbia un'obiettiva rilevanza, concretizzandosi nella totale mancanza di formazione, teorica e pratica, o in una attività formativa carente o inadeguata rispetto agli obiettivi indicati nel PFI e trasfusi nel contratto⁵⁸. Sull'obbligazione di formazione datoriale la giu-

55 Cfr. INPS Circ. n. 70/2022.

56 Cfr. Ministero del Lavoro Circ. n. 29/2011 e Circ. n. 5/2013.

57 P. RAUSEI, *Apprendistato. Assumere, gestire e formare*, Ipsoa, Milano, 2018, p. 95-98.

58 Cass. 17 marzo 2014 n. 6068.

risprudenza è ormai consolidata a che la mancanza dell'insegnamento infirma in radice la causa del contratto e ne determina la conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con inquadramento del lavoratore nella qualifica ordinaria *ab origine*. Pur essendo consentito al datore di lavoro l'uso di una circoscritta discrezionalità nel realizzare il programma di formazione il momento formativo costituisce elemento qualificante ed essenziale del contratto di apprendistato e la violazione dell'obbligo formativo implica che il rapporto debba essere qualificato *ab initio* come di lavoro subordinato a tempo indeterminato⁵⁹.

L'onere della prova della formazione è in capo al datore di lavoro. In particolare, nel caso in cui il lavoratore eccepisca che il rapporto è di lavoro subordinato in quanto mancante l'attività di insegnamento e di formazione, la relativa prova, e segnatamente la prova di avere impartito l'insegnamento e la formazione, grava sul datore di lavoro, in virtù dei noti principi sulla ripartizione degli oneri probatori in tema di inadempimento contrattuale⁶⁰.

59 App. Roma Sez. Lav. 30 novembre 2019 n. 3512; Cass. 3 ottobre 2020, n. 16595; Trib. Parma Sez. Lav. 18 novembre 2019 che richiama Cass. 7 marzo 2018 n. 5375.

60 App. Milano Sez. Lav. 22 marzo 2021 n. 100; Trib. Rieti Sez. Lav. 10 novembre 2018 n. 206.

Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e determinato

Ilario Alvino

SOMMARIO: 1. Breve storia dell'introduzione della somministrazione di lavoro nell'ordinamento italiano. – 2. La direttiva europea sul lavoro tramite agenzia interinale. – 3. La struttura della somministrazione di lavoro: il contratto di somministrazione di lavoro. – 3.1. Il contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. – 3.2. I divieti di ricorso alla somministrazione di lavoro. – 3.3. Le condizioni per il ricorso alla somministrazione di lavoro a termine. – 3.4. Le condizioni per il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. – 3.5. I requisiti di forma del contratto di somministrazione. – 4. La struttura della somministrazione di lavoro: il contratto di lavoro in somministrazione. – 5. La disciplina del rapporto di lavoro in somministrazione: poteri e obblighi delle parti. – 6. Il trattamento economico e normativo del lavoratore in somministrazione. – 7. Le sanzioni previste per la somministrazione irregolare e fraudolenta.

1. Breve storia dell'introduzione della somministrazione di lavoro nell'ordinamento italiano

Il diritto del lavoro italiano ha, tra i suoi principi fondamentali, quello per cui la relazione di lavoro subordinato deve necessariamente instaurarsi tra il lavoratore subordinato e il soggetto (persona fisica o giuridica) che, nei confronti di tale lavoratore, esercita i poteri tipici del datore di lavoro.

Detto con altri termini, non è ammessa, in virtù di una regola oggi implicita nel sistema¹, una interposizione tra il soggetto che acquisisce il lavoro subordinato, inserendolo nella propria organizzazione (ossia il datore di lavoro), e il lavoratore che rende la relativa prestazione.

Il divieto appena ricordato, introdotto nel 1960, mirava a contrastare il fenomeno c.d. del caporalato, molto diffuso soprattutto nel settore agricolo nell'Italia del secondo dopoguerra. In particolare, tale fenomeno consisteva nello

¹ In passato, la legge enunciava esplicitamente tale regola tramite l'art. 1, comma 1, della legge n. 1369/1960. Nonostante la disposizione appena citata sia stata abrogata del 2003, è opinione condivisa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza che il divieto di interposizione sia tuttora vigente, sia pur implicitamente, in considerazione del fatto che le eccezioni a tale principio costituiscono un *numerus clausus*.

sfruttamento della manodopera da parte di imprese che potevano impiegare lavoratori subordinati, senza assumere la veste formale di datore di lavoro e senza quindi farsi carico dei relativi obblighi.

Il divieto di interposizione è sopravvissuto sostanzialmente inalterato fino al 1997, anno della introduzione della c.d. fornitura di lavoro temporaneo ad opera degli artt. da 1 a 11 della legge n. 196/1997 (c.d. Pacchetto Treu).

Con la fornitura di lavoro temporaneo, senza abrogare la legge n. 1369/1960, il legislatore aveva introdotto un'eccezione al divieto di interposizione, consentendo all'impresa di acquisire lavoro subordinato, senza assumere direttamente il lavoratore, il quale le veniva "prestato" da quelle che in gergo furono chiamate agenzie di lavoro interinale.

La fornitura di lavoro temporaneo veniva dunque realizzata attraverso la stipulazione di due contratti, collegati tra loro: il contratto di fornitura di lavoro temporaneo stipulato tra l'impresa fornitrice e l'impresa c.d. utilizzatrice; il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, stipulato, a tempo determinato o indeterminato, tra l'impresa fornitrice e il lavoratore subordinato.

In virtù di tale operazione, si realizzava di fatto una scissione tra la posizione formale di datore di lavoro (in capo all'impresa fornitrice, obbligata all'adempimento degli obblighi retributivi e contributivi nei confronti dei lavoratori) e la relativa posizione sostanziale (in capo all'impresa utilizzatrice). Il lavoratore fornito all'impresa utilizzatrice veniva infatti inserito, per il tempo della fornitura, nell'organizzazione di quest'ultima che lo dirigeva e impiegava alle proprie dipendenze come fosse un proprio lavoratore subordinato (pur rimanendo questi formalmente dipendente dell'agenzia di lavoro temporaneo).

Proprio in ragione della natura della fornitura di lavoro come eccezione ad un principio generale, la legge del 1997 limitava le possibilità di ricorso a tale istituto fissando limiti stringenti che possono essere così sintetizzati: *a)* necessità che l'impresa fornitrice fosse preventivamente autorizzata da parte del Ministero del lavoro a seguito del riscontro del possesso di precisi requisiti di onorabilità e affidabilità economica; *b)* possibilità di fornire lavoratori solo a termine; *c)* fornitura consentita solo per specifiche e circoscritte esigenze temporanee dell'impresa utilizzatrice.

L'introduzione del lavoro temporaneo si ebbe in Italia a valle di un articolato dibattito, anche in dottrina, sulla scorta dell'esperienza maturata in altri ordinamenti, nei quali la fornitura di lavoro temporaneo si era mostrata idonea a produrre effetti positivi per l'occupazione².

2 Sul tema v., per tutti: M.T. CARINCI, *Art. 2127. La fornitura di lavoro altrui: interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, Milano, Giuffrè, 2000; C. ZOLI, *La somministrazione di lavoro dal pacchetto Treu al decreto Poletti: un lungo percorso sulla via della liberalizzazione*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atti del X seminario di Bertinoro-Bologna*, in *Adapt Labour Studies*, n. 40, p. 42 ss.

In particolare, era emerso come lo svolgimento in forma professionale dell'attività di fornitura di lavoro temporaneo, sotto la vigilanza di soggetti pubblici, fosse in grado, al contempo, di favorire l'incontro fra domanda e offerta di lavoro e di permettere alle imprese di fronteggiare le necessità di lavoro discontinuo.

Gli artt. 1-11 legge n. 196/1997 e la legge n. 1369/1960 sono state successivamente abrogate dal d.lgs. n. 276/2003, che, nel riformare la disciplina del mercato del lavoro italiano, non ha però rinnegato né il divieto di interposizione né lo schema della fornitura di lavoro temporaneo.

Il legislatore del 2003, infatti, ha piuttosto inteso valorizzare quest'ultimo istituto, per ampliarne le possibilità di impiego, sostituendolo con la somministrazione di lavoro.

La somministrazione di lavoro riproduce il medesimo schema negoziale in cui consisteva la fornitura di lavoro temporaneo. Ossia la stipulazione di due contratti: il primo, denominato contratto di somministrazione di lavoro, stipulato tra l'agenzia di somministrazione (autorizzata dal Ministero del lavoro) e l'impresa utilizzatrice; il secondo, denominato contratto di lavoro in somministrazione, stipulato, a termine o a tempo indeterminato, tra l'agenzia di somministrazione e il lavoratore subordinato.

Come vedremo nelle pagine che seguono, le condizioni di accesso alla somministrazione di lavoro sono ora molto più ampie che in passato.

A seguito di tale ampliamento, però e come già anticipato, nonostante la sua formale abrogazione, può considerarsi ancora vigente, sia pur implicitamente, il divieto di interposizione di manodopera, sicché la somministrazione di lavoro costituisce una delle due uniche eccezioni³ a tale divieto ammesse dalle regole del diritto del lavoro vigenti.

2. La direttiva europea sul lavoro tramite agenzia interinale

Prima di passare ad esaminare la disciplina italiana della somministrazione di lavoro è necessario richiamare le regole dettate in materia dalla Direttiva n. 2008/104/CE che, per i noti principi del diritto dell'Unione Europea, detta disposizioni alle quali la legislazione degli Stati membri deve uniformarsi, non essendo ammesse norme nazionali contrastanti.

La direttiva citata assume un approccio di favore nei confronti della somministrazione di lavoro, constatando che «il lavoro tramite agenzia interinale risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti»

3 L'altra eccezione al divieto di interposizione è costituita dall'istituto del distacco, attraverso il quale un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa (art. 30, d.lgs. n. 276/2003).

(considerando n. 11). Il medesimo considerando evidenzia altresì che la somministrazione «contribuisce pertanto alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato»⁴.

Ciò non toglie, come pure mette in evidenza la direttiva, che gli Stati membri possono prevedere restrizioni e divieti al ricorso alla somministrazione, se giustificati «da ragioni d'interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi».

In questo quadro, la legislazione europea impone ai legislatori nazionali il rispetto di alcuni limiti, considerati funzionali a realizzare gli obiettivi appena ricordati.

Sintetizzando, si deve ricordare che la direttiva impone innanzitutto l'attuazione in concreto del principio di parità di trattamento tra lavoratori somministrati e lavoratori impiegati alle dirette dipendenze dell'impresa utilizzatrice nello svolgimento delle medesime mansioni. Precisa, infatti, l'art. 5 che «per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgerci il medesimo lavoro».

Ciò non impedisce agli Stati membri di prevedere deroghe a tale principio investendone eventualmente la contrattazione collettiva, purché «sia garantito ai lavoratori tramite agenzia interinale un livello adeguato di protezione».

In questo modo, la direttiva persegue l'obiettivo di evitare che il ricorso alla somministrazione di lavoro sia motivato da esclusive motivazioni di risparmio del costo del lavoro.

Conformemente alla finalità di favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, la direttiva prescrive, da un lato, che i lavoratori in somministrazione debbano essere informati dei posti vacanti nell'impresa utilizzatrice, e, dall'altro, che sia disposta la nullità delle «clausole che vietano o che abbiano l'effetto d'impedire la stipulazione di un contratto di lavoro o l'avvio di un rapporto di lavoro tra l'impresa utilizzatrice e il lavoratore tramite agenzia interinale al termine della sua missione».

La legislazione europea impone, infine, agli Stati membri di limitare il ricorso alla somministrazione di lavoro solo al ricorrere di specifiche esigenze. Al contrario, come si è visto, la somministrazione è vista con favore per gli effetti positivi che la stessa può produrre sull'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

Ciò premesso, la direttiva prescrive però agli Stati membri di adottare le misure necessarie per evitare gli abusi e, in particolare, «per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva» (art. 5, comma 5).

4 Questo approccio è messo bene in evidenza in Corte Giust. UE, 11 aprile 2013, C-290/12, nella quale si evidenzia, tra l'altro, che al rapporto di lavoro a termine tra agenzia di lavoro e lavoratore non trova applicazione la direttiva 1999/70/CE. Sul tema v. A. STIZIA, *Contratto a termine, somministrazione e diritto europeo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 391/2019.

Al riguardo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha recentemente precisato che l'art. 5, paragrafo 5, prima frase, della direttiva 2008/104/CE

deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che non limita il numero di missioni successive che un medesimo lavoratore tramite agenzia interinale può svolgere presso la stessa impresa utilizzatrice e che non subordina la legittimità del ricorso al lavoro tramite agenzia interinale all'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificano tale ricorso.⁵

Gli Stati membri sono però tenuti ad adottare misure utili a «preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale» e ad «evitare l'assegnazione ad un medesimo lavoratore tramite agenzia interinale di missioni successive presso la stessa impresa utilizzatrice con lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva 2008/104 nel suo insieme»⁶. Ciò allo scopo di evitare che il lavoro tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice diventi una situazione permanente per il lavoratore interessato⁷.

Al fine dell'adeguamento alla direttiva europea, quest'ultima non impone però agli Stati membri di limitare il numero di missioni successive di un medesimo lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice o di subordinare il ricorso a detta forma di lavoro a tempo determinato all'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo⁸.

Ha successivamente altresì precisato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che il «termine “temporaneamente” non ha lo scopo di limitare l'applicazione del lavoro interinale a posti non previsti come permanenti o che dovrebbero essere occupati per sostituzione, poiché tale termine caratterizza non il posto di lavoro che deve essere occupato all'interno dell'impresa utilizzatrice, bensì le modalità della messa a disposizione di un lavoratore presso tale impresa»⁹.

3. La struttura della somministrazione di lavoro: il contratto di somministrazione di lavoro

Come anticipato, la somministrazione di lavoro viene attuata tramite il collegamento negoziale instaurato tra due distinti contratti¹⁰.

5 Corte Giust. UE, 14 ottobre 2020, C-681/18.

6 Corte Giust. UE, 14 ottobre 2020, C-681/18.

7 Corte Giust. UE, 14 ottobre 2020, C-681/18, punto. 60.

8 Corte Giust. UE, 14 ottobre 2020, C-681/18, punto. 42.

9 Corte Giust. UE, 17 marzo 2022, C-232/20.

10 M. AIMO, *La somministrazione di lavoro: una fattispecie negoziale complessa*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, pp. 415 ss.

Il primo di tali contratti ha natura commerciale e viene stipulato tra l'agenzia per il lavoro (ossia l'impresa di somministrazione di lavoro, d'ora in poi APL) e l'impresa utilizzatrice (d'ora in poi IU).

Tale contratto realizza lo scambio tra l'obbligazione assunta dalla APL di mettere a disposizione uno o più lavoratori suoi dipendenti e quella assunta dalla IU di pagare un corrispettivo che sarà determinato dalla somma della retribuzione e della contribuzione previdenziale dovuta al lavoratore con la somma dovuta alla IU per il servizio reso.

L'IU può ricorrere alla somministrazione (a tempo determinato o indeterminato) di lavoro nel rispetto di alcuni limiti. Limiti che, come vedremo, per un verso, attengono al soggetto somministratore e, per l'altro, consistono nella determinazione di quantitativi massimi di lavoratori somministrati di cui può avvalersi l'utilizzatore, non assumendo più rilevanza quali siano le motivazioni che hanno indotto l'IU a rivolgersi all'APL¹¹.

3.1. Il contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato

Come anticipato, l'attività di somministrazione di lavoro non può essere svolta da chiunque, ma esclusivamente da soggetti a ciò autorizzati dal Ministero del lavoro, presso il quale è istituito un apposito albo delle APL.

Il Ministero del lavoro è chiamato a rilasciare la relativa autorizzazione a seguito del positivo accertamento di specifici requisiti previsti dalla legge, sulla cui permanenza il medesimo Ministero è poi chiamato a vigilare.

In particolare, la società che ne faccia richiesta può ottenere la relativa autorizzazione solo a seguito del positivo accertamento di specifici requisiti elencati della legge, dei quali i più rilevanti possono essere così sintetizzati:

- costituzione della APL nella forma di società di capitali, di cooperativa o consorzio di cooperative, dotata di un capitale minimo non inferiore a quello previsto dalla legge;
- sede legale o una sua dipendenza nel territorio italiano o di un altro Stato membro dell'UE e la garanzia che l'attività interessi un ambito distribuito sull'intero territorio nazionale e comunque non inferiore a quattro regioni;
- la disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali nel settore delle risorse umane o nelle relazioni industriali;
- assenza di condanne penali da parte di coloro che ricoprono ruoli di vertici e di rappresentanza della APL per delitti di particolare gravità e in ogni caso per delitti previsti da leggi in materia di lavoro e previdenza sociale;
- articolazione organizzativa dell'APL che si sostanzia in distinte divisioni operative nel caso di soggetti che anche svolgono funzioni ulteriori a quella di somministrazione di lavoro;
- regolare adempimento delle obbligazioni contributive e assistenziali;

11 I. ALVINO, *I rinvii legislative al contratto collettivo*, Jovene, Napoli, 2018, p. 105 s.

– rispetto delle regole in materia di trattamento dei dati personali del lavoratore.

A seguito del positivo accertamento del possesso dei predetti requisiti, il Ministero del lavoro rilascia un'autorizzazione provvisoria che, decorsi due anni, può divenire a tempo indeterminato.

3.2. I divieti di ricorso alla somministrazione di lavoro

La legge italiana vieta in ogni caso il ricorso alla somministrazione di lavoro con riferimento ad alcune ipotesi specifiche.

In particolare, ai sensi dell'art. 32, d.lgs. n. 81/2015, è vietato il ricorso al lavoro somministrato:

- a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;
- b) presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato i lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi;
- c) presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro;
- d) da parte di datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

3.3. Le condizioni per il ricorso alla somministrazione di lavoro a termine

L'ipotesi più frequente nella pratica è quella nella quale la IU si rivolga alla APL per chiedere la somministrazione di uno o più lavoratori da impiegare in mansioni specifiche per un periodo di tempo limitato (d'ora in poi STD).

In aggiunta alle limitazioni sopra ricordate, l'art. 31, comma 2, d.lgs. 81/2015 prevede che l'IU possa avvalersi della STD entro il limite del 30 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato direttamente dipendenti dall'utilizzatore¹².

All'interno di tale quota, devono però essere computati gli eventuali lavoratori che operino alle dirette dipendenze dell'IU con contratto di lavoro subordinato a termine, i quali non possono superare il 20 per cento. Per maggiore chiarezza, quindi, laddove l'IU abbia assunto alle proprie dirette dipendenze un numero di lavoratori a termine in misura pari al 20 per cento del personale impiegato a tempo indeterminato, potrà avvalersi di lavoratori in STD per un numero massimo pari al 10 per cento del personale a tempo indeterminato direttamente dipendente.

12 P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 380/2018, pp. 53 ss.

Le percentuali appena indicate possono essere modificate, sia in aumento che in diminuzione, dalla contrattazione collettiva, sia di livello nazionale che territoriale o aziendale, purché sottoscritta dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o dalle loro rappresentanze in azienda.

Al fine di impiegare la somministrazione come leva occupazionale, la legge dichiara esente da limiti la somministrazione a tempo determinato di lavoratori che versino in una condizione di maggiore difficoltà occupazionale (licenziati collettivamente, svantaggiati, che godano da più di sei mesi di ammortizzatori sociali).

3.4. Le condizioni per il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato

Analogamente a quanto previsto per la STD, anche la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (d'ora in poi STI) è soggetta a limiti esclusivamente di carattere quantitativo¹³.

In altri termini, l'IU che intenda richiedere lavoratori in STI può farlo purché il numero dei lavoratori impiegati in somministrazione non ecceda il 20% del numero dei lavoratori dipendenti a tempo indeterminato, calcolato al 1° gennaio dell'anno in questione.

A lungo avversata dalle organizzazioni sindacali, la STI conosce oggi una significativa diffusione nel mercato del lavoro italiano, benché, per le ragioni che meglio saranno messe in evidenza più avanti, l'impiego di lavoratori in somministrazione comporta dei costi maggiori rispetto all'ipotesi in cui il lavoratore sia stato assunto alle dirette dipendenze dell'utilizzatore.

Nella prospettiva dell'IU, la STI presenta indubbi vantaggi.

Il primo di essi è indubbiamente quello per cui, per effetto della somministrazione, l'IU si libera del rischio dell'assenza del lavoratore (per malattia, maternità, infortunio, ecc.), in quanto l'APL sarà tenuta ad assicurare la somministrazione del lavoratore richiesto per tutta la durata del contratto.

Il secondo vantaggio può essere individuato nel fatto che, essendo il lavoratore dipendente formalmente dall'APL, non è necessario procedere al suo licenziamento per interrompere la relazione. Nel caso in cui non abbia più bisogno della prestazione lavorativa offerta dal lavoratore in somministrazione, oppure non gradisca il lavoratore inviato, l'IU potrà limitarsi a comunicare all'APL, rispettivamente, il recesso dal contratto di somministrazione o la richiesta della sostituzione del lavoratore.

Come si vedrà, a fronte del vantaggio che l'IU trae dalla possibilità di impiegare il lavoratore somministrato a tempo indeterminato senza dover assumere l'onerosa veste di datore di lavoro, la legge impone che l'APL fronteggi

13 P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., pp. 53 ss.

L'obbligo di somministrazione impiegando un lavoratore dalla stessa assunto direttamente a tempo indeterminato.

3.5. I requisiti di forma del contratto di somministrazione

Tenuto conto della natura che l'ordinamento attribuisce alla somministrazione di lavoro quale strumento eccezionale di acquisizione del lavoro subordinato in azienda, la legge impone che il contratto di somministrazione di lavoro sia redatto in forma scritta. Requisito di forma la cui mancanza è sanzionata con la dichiarazione di nullità del contratto e l'effetto conseguente per cui i lavoratori devono considerarsi a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 38, comma 1, d.lgs. 81/2015).

In virtù di quanto disposto dall'art. 33, d.lgs. 81/2015, il contratto di somministrazione deve contenere l'indicazione dei seguenti elementi:

- a. gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore;
- b. il numero dei lavoratori da somministrare;
- c. l'indicazione di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e le misure di prevenzione adottate;
- d. la data di inizio e la durata prevista della somministrazione di lavoro;
- e. le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e l'inquadramento dei medesimi;
- f. il luogo, l'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo dei lavoratori.

Poiché i due contratti tramite i quali si realizza la somministrazione di lavoro (contratto di somministrazione di lavoro e contratto di lavoro in somministrazione) sono solo funzionalmente collegati, ma vengono stipulati da soggetti diversi, l'ordinamento si è preoccupato di gravare il somministratore dell'obbligo di comunicare al lavoratore interessato le informazioni riguardanti la "missione" nella quale sarà impiegato.

Prevede infatti l'art. 33, comma 3, d.lgs. 81/2015 che le informazioni contenute nel contratto di somministrazione di lavoro, sopra elencate, nonché la durata prevedibile della missione, devono essere comunicate per iscritto al lavoratore da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio in missione presso l'utilizzatore.

4. La struttura della somministrazione di lavoro: il contratto di lavoro in somministrazione

L'impegno assunto dalla APL con l'IU di inviare in somministrazione uno o più lavoratori è dalla stessa fronteggiato attraverso il proprio personale dipendente.

Detto con altri termini, il lavoratore che svolgerà la propria prestazione di lavoro subordinato alle dipendenze dell'IU è assunto – e dunque è formalmente dipendente – della APL.

Il contratto di lavoro subordinato stipulato tra la APL e il lavoratore che sarà inviato in missione presso l'IU è un normale contratto di lavoro subordinato, a cui si applicano dunque le regole generali relative ai rapporti di lavoro subordinato, sia pur con alcuni adattamenti richiesti dalle peculiarità dell'operazione di somministrazione.

Procedendo con ordine, si deve evidenziare che nel caso di STD, l'APL può fronteggiare la richiesta della IU inviando in missione sia lavoratori a assunti contratto a tempo determinato, sia lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Nel primo caso, che è anche il più ricorrente nella pratica, l'APL, dopo aver stipulato il contratto di somministrazione di lavoro a termine, assumerà a sua volta a termine il lavoratore che invierà in missione presso l'IU. In questo caso, la durata del contratto a termine sarà normalmente ancorata alla durata della STD.

È però qui opportuno precisare che l'art. 34, comma 2, d.lgs. 81/2015 dispone che al rapporto di lavoro a tempo determinato stipulato dalla APL con il lavoratore troveranno applicazione le regole generali in materia di contratti a termine, con alcune limitate eccezioni giustificate dalla peculiarità dell'operazione di somministrazione.

Ne consegue che l'agenzia di somministrazione potrà assumere a termine il lavoratore, per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale, per un periodo massimo di 24 mesi. Tale limite temporale massimo riguarda sia il singolo contratto, sia la somma delle durate di tutti gli eventuali contratti a termine che siano intercorsi tra la medesima APL e il medesimo lavoratore.

Nel caso in cui la durata del primo contratto a termine stipulato tra l'APL e quello specifico lavoratore sia pari o inferiore ai 12 mesi, lo stesso non dovrà riportare l'indicazione delle esigenze che hanno indotto l'APL ad assumere il lavoratore. Al contrario, laddove l'assunzione avvenga per un periodo superiore ai 12 mesi (e per un massimo di 24 mesi), oppure quel lavoratore abbia già lavorato a tempo determinato alle dipendenze della medesima APL (essendo irrilevante la durata del precedente contratto), il contratto di lavoro in somministrazione a termine dovrà recare l'indicazione delle esigenze che sono alla base dell'assunzione e che devono rientrare, a pena di conversione del rapporto di lavoro in un rapporto a tempo indeterminato, tra quelle previste dalla legge, ossia:

- a. esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori;
- b. esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria;

b-bis) specifiche esigenze previste dai contratti collettivi di cui all'art. 51 d.lgs. 81/2015.

Con riferimento all'eventualità in cui il contratto di lavoro a termine debba riportare l'indicazione delle esigenze alla base dell'assunzione, in conformità alle previsioni sopra riportate, il legislatore ha chiarito che tali esigenze devono essere riferite all'organizzazione e all'attività dell'IU (art. 2, comma 1-ter, d.l. n. 87/2018, convertito in legge n. 96/2018). Nel contratto di lavoro a termine, l'APL dovrà dunque far riferimento alle esigenze, rientranti tra quelle previste dalla legge, che hanno indotto l'IU a ricorrere alla somministrazione di lavoratori.

Non trovano invece applicazione al rapporto di lavoro a termine le disposizioni che sono meno compatibili con le peculiarità della somministrazione.

In particolare, per l'agenzia di somministrazione non operano limiti rispetto al numero di lavoratori a termine che la stessa può assumere alle proprie dipendenze, così come non deve intercorrere un intervallo minimo tra un contratto a termine e il successivo con il medesimo lavoratore.

Come anticipato, l'obbligo di somministrare a termine lavoratori può essere adempiuto dall'APL anche tramite l'invio di lavoratori che questa abbia assunto a tempo indeterminato.

Si tratta di un'eventualità, quest'ultima, che ricorre frequentemente nella pratica quando l'APL abbia interesse ad avere stabilmente alle proprie dipendenze un lavoratore dotato di competenze particolarmente richieste dalle IU e/o difficilmente reperibili.

In questo caso, il lavoratore, assunto a tempo indeterminato alle dipendenze della APL, potrà trovarsi a svolgere la propria prestazione nell'ambito di missioni a termine successive presso la medesima o presso diverse IU.

Discorso diverso deve essere fatto nel caso della somministrazione a tempo indeterminato. Come già anticipato, infatti, la legge prescrive che l'APL possa far fronte all'obbligo di somministrare lavoratori a tempo indeterminato solo inviando lavoratori che la stessa abbia a propria volta assunto a tempo indeterminato.

5. La disciplina del rapporto di lavoro in somministrazione: poteri e obblighi delle parti

La somministrazione di lavoro altera la normale dinamica del rapporto di lavoro producendo una suddivisione dei poteri tipici del datore di lavoro (potere direttivo, potere di controllo, potere disciplinare) che vengono ripartiti in capo all'APL e all'IU¹⁴.

In particolare, restano in capo all'APL i poteri e le obbligazioni che sono collegati alla titolarità formale del rapporto di lavoro.

14 L. GIASANTI, *Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014, pp. 500 ss.

L'APL sarà il soggetto tenuto a procedere alle comunicazioni obbligatorie (comunicazione di attivazione, modifica e risoluzione del contratto di lavoro) e ad adempiere agli obblighi retributivi, contributivi e assicurativi che sono connessi alla esecuzione della prestazione lavorativa.

In particolare, sarà l'APL a dover pagare mensilmente la retribuzione al lavoratore e a versare periodicamente i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in ragione della prestazione resa dal lavoratore.

Resterà in capo all'APL anche l'esercizio del potere disciplinare, ossia il potere di irrogare sanzioni disciplinare al lavoratore che non abbia correttamente adempiuto alle obbligazioni nascenti dalla relazione di lavoro.

In ragione del fatto che il lavoratore svolgerà la propria prestazione alle dipendenze della IU, sono invece trasferiti in capo a quest'ultima il potere direttivo e il potere di controllo. Ciò poiché, com'è evidente, essendo il lavoratore inserito nell'organizzazione dell'IU, sarà quest'ultima a doverne organizzare e coordinare la prestazione, avendo anche modo di vigilare sul suo operato.

La scissione della posizione datoriale che si realizza nella somministrazione ha anche degli effetti sugli obblighi e sulle responsabilità previste in materia di tutela della salute e della sicurezza del lavoratore.

In particolare, grava sull'APL l'obbligo di informare il lavoratore somministrato dei rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive presso le quali opererà in missione, nonché l'obbligo di formarli e addestrarli sull'utilizzo delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale sono stati assunti.

L'IU sarà, dal canto suo, tenuta ad adempiere i medesimi obblighi di prevenzione e protezione che sulla stessa gravano nei confronti di tutti i propri dipendenti, potendo anche essere delegata dall'APL all'adempimento degli obblighi di informazione e formazione poc'anzi richiamati.

6. Il trattamento economico e normativo del lavoratore in somministrazione

La disciplina legale mira ad evitare che la somministrazione di lavoro venga utilizzata allo scopo di sottrarsi alle tutele dettate a favore dei lavoratori subordinati e, in particolare, ad evitare che la stessa sia impiegata per risparmiare sul costo del lavoro.

A tal fine, l'art. 35, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 stabilisce che, per tutta la durata della missione presso l'IU, il lavoratore ha diritto a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle riconosciute ai lavoratori che svolgono mansioni di pari livello alle dirette dipendenze dell'IU.

Ciò significa che il trattamento economico e normativo è parametrato a quello in uso presso l'IU e, quindi, normalmente al trattamento previsto dai contratti collettivi da quest'ultimo applicati.

Tale regola ha come conseguenza immediata che, per l'IU, l'impiego di un lavoratore somministrato comporta un costo maggiore rispetto a quello che la stessa dovrebbe sostenere se assumesse quel medesimo lavoratore alle proprie dirette dipendenze. Ciò poiché l'IU, oltre a dover restituire alla APL il valore economico corrispondente al trattamento retributivo, contributivo e assicurativo (non inferiore a quello sostenuto per i propri dipendenti diretti), dovrà versare all'APL altresì il costo del servizio da questa reso.

Allo scopo di rafforzare la posizione creditoria del lavoratore, l'art. 35, comma 2, d.lgs. 81/2015 istituisce poi un regime di responsabilità solidale tra APL e IU, tale per cui quest'ultima è obbligata in solido con l'APL a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e a versare i relativi contributi previdenziali.

Nel caso in cui il lavoratore sia stato assunto a tempo indeterminato alle dipendenze della APL, può accadere che il lavoratore si trovi in un intervallo di inattività, in attesa di essere inviato nuovamente in missione. In tale periodo di attesa, il lavoratore, assunto a tempo indeterminato, rimane in una condizione di "disponibilità", che lo obbliga a rispondere alla chiamata dell'APL. La legge prevede che tale obbligo di rimanere a disposizione venga remunerato tramite il pagamento al lavoratore di una indennità di disponibilità. La misura di tale indennità può essere definita dal contratto collettivo del somministratore o, in mancanza, è determinata dal Ministero del lavoro.

L'ordinamento mira poi ad evitare che i lavoratori somministrati, che si trovano normalmente ad operare "a stretto gomito" con i dipendenti diretti dell'utilizzatore, possano trovarsi in una condizione di disparità di trattamento rispetto a questi ultimi.

In ragione di ciò, l'art. 35, comma 3, d.lgs. 81/2015 stabilisce il diritto dei lavoratori somministrati di accedere ai sistemi di retribuzione incentivante previsti dai contratti collettivi dell'utilizzatore, nonché il diritto a fruire dei servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, esclusi quelli il cui godimento sia condizionato alla iscrizione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio.

Sul piano dei diritti sindacali, l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'IU comporta che il riconoscimento dei diritti sindacali dei dipendenti di quest'ultima. Sicché è espressamente previsto che ai lavoratori somministrati siano riconosciuti i diritti sindacali previsti dallo statuto dei lavoratori (l. 300/1970), nonché il diritto di esercitare presso l'utilizzatore, per tutta la durata della missione, i diritti di libertà e di attività sindacale, nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente delle imprese utilizzatrici (art. 36 d.lgs. 81/2015).

È infine opportuno ricordare che il lavoratore somministrato non è computato nell'organico dell'utilizzatore ai fini della applicazione degli istituti legali e contrattuali, ad eccezione delle disposizioni relative alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

7. Le sanzioni previste per la somministrazione irregolare e fraudolenta

La legge rafforza le regole sin qui illustrate, prevedendo un sistema di sanzioni civili, penali e amministrative per l'eventualità nella quale APL e IU violino alcuni dei limiti esaminati¹⁵.

In particolare, il lavoratore somministrato ha diritto di richiedere la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dirette dipendenze dell'IU, oltre che nell'ipotesi in cui il contratto di somministrazione non sia redatto in forma scritta o all'interno dello stesso siano omesse alcune informazioni, anche nelle ipotesi in cui: non abbia rispettato i limiti quantitativi o la somministrazione sia avvenuta nei casi vietati dalla legge. In tale eventualità, laddove il giudice ravvisi la violazione dei limiti predetti, oltre a costituire il rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, condannerà quest'ultimo anche al pagamento di una indennità risarcitoria compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

Il lavoratore che intenda chiedere la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore è tenuto a manifestare tale volontà entro 60 giorni dalla cessazione della missione presso l'IU attraverso l'invio di un atto di impugnazione stragiudiziale. Tale impugnazione deve poi essere seguita, a pena di decadenza, entro 180 giorni dal deposito del ricorso dinanzi al Tribunale in funzione di giudice del lavoro.

Oltre alle sanzioni civili appena viste, la legge prevede anche l'applicazione di sanzioni amministrative (art. 40 d.lgs. 81/2015), nonché di sanzioni penali nel caso in cui la somministrazione irregolare si svolga in condizioni di sfruttamento (603-bis c.p.) o con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo (art. 38 bis, d.lgs. 81/2015).

15 S. CIUCCIOVINO, *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione dopo il Jobs Act*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2015, pp. 611 ss.

Appalti e responsabilita solidale

*Lucio Imberti, Giuseppe Ludovico**

SOMMARIO: 1. La nozione di appalto nel codice civile e il divieto d'interposizione. – 2. La vigente definizione di appalto a fini giuslavoristici e le sanzioni per il ricorso ad appalti non genuini. – 3.1. Le tutele per i lavoratori dipendenti dagli appaltatori: l'art. 1676 c.c. e la tutela dei crediti degli ausiliari dell'appaltatore. – 3.2. Le tutele per i lavoratori dipendenti dagli appaltatori: la responsabilità solidale *ex art. 29*, comma 2, d.lgs. n. 276/2003. – 4. La responsabilità solidale per il risarcimento dei danni derivanti da infortuni sul lavoro e malattie professionali. – 5. Conclusioni.

1. La nozione di appalto nel codice civile italiano e il divieto d'interposizione

Ai sensi dell'art. 1655 del codice civile italiano del 1942, «l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro».

L'appalto comporta, quindi, un'obbligazione di fare: l'appaltatore si impegna verso il committente a compiere – avvalendosi della propria organizzazione materiale e personale (capitali, strutture, macchine, lavoratori) e con assunzione del rischio d'impresa – un'opera finita o un determinato servizio. Viceversa, con il contratto di somministrazione di lavoro, il somministratore assume un'obbligazione di dare: inviare all'utilizzatore lavoratori perché quest'ultimo se ne avvalga, esercitando il potere direttivo, secondo le proprie necessità¹.

La linea di distinzione tra le due fattispecie è concettualmente e giuridicamente netta, ma il legislatore italiano – a partire dagli anni '50 del secolo scorso – ha dovuto registrare nella prassi l'utilizzo frequentemente distorto del contratto di appalto al solo fine di eludere la disciplina protettiva dei lavoratori subordinati e di ridurre conseguentemente i costi della manodopera. In altri termini, alcuni committenti ricorrevano a contratti di appalto per utilizzare manodopera non assunta direttamente, ma formalmente dipendente da appaltatori privi di

* Pur essendo questo capitolo frutto di una riflessione comune dei due autori, in fase di stesura Lucio Imberti ha redatto i §§ 1, 2, 3. e 3.1; Giuseppe Ludovico il § 4; infine il § 5 è stato redatto congiuntamente e condiviso dai due autori.

1 V. *supra* il capitolo di I. ALVINO.

reale consistenza economica ed organizzativa: questi ultimi, lungi dal realizzare un'opera o un servizio come previsto dall'art. 1655 c.c., si limitavano a mettere lavoratori a disposizione dei committenti.

Nel 1960 – a seguito dei lavori e delle valutazioni di una Commissione Parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia che riscontra la consistente presenza di questo fenomeno di c.d. “appalti di manodopera” – viene emanata la L. n. 1369, contenente «Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi».

Si prevede, in particolare, che sia vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono (art. 1, comma 1) ed è altresì considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante (art. 1, comma 3).

I prestatori di lavoro, occupati in violazione di tali divieti, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni, vale a dire del committente (art. 1, comma 5).

Tale legge è, quindi, drasticamente repressiva della somministrazione di lavoro e comunque diffidente verso l'appalto, visto come strumento contrattuale di decentramento produttivo potenzialmente dannoso per i diritti dei lavoratori².

Tale concezione comincia ad essere superata a cominciare dagli anni '80 del secolo scorso, allorquando in Italia si assiste al progressivo superamento del classico modello fordista di organizzazione dell'impresa – fondato per lo più sull'assunzione diretta dei lavoratori per tutte le funzioni aziendali – a favore di un nuovo modello d'impresa più flessibile dal punto di vista organizzativo e tendenzialmente più concentrato sulla propria specializzazione, con frequente e fisiologico ricorso a contratti con soggetti esterni³ al fine di procurarsi beni e servizi che peraltro possono essere fondamentali per la realizzazione dello stesso *core business* dell'impresa⁴.

2 Sul punto M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2013, p. 3 ss., nonché più ampiamente M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 11 ss.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, t. 2, in *Comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 407 ss.

3 In merito L. CORAZZA, *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 1 ss.; A. PERULLI, *Esternalizzazione dei processi produttivi e nuovi lavori*, in *Dir. lav.*, 2000, I, p. 304 ss.

4 V. R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 49 ss.

A questo nuovo scenario economico, il legislatore – a partire dalla seconda metà degli anni '90 – risponde con una rivisitazione della disciplina in materia di somministrazione di lavoro e di appalto.

Con riferimento alla somministrazione di manodopera, si circoscrive l'iniziale assoluto divieto di interposizione posto dalla l. n. 1369/1960, ammettendo, entro una dettagliata cornice di regole e tutele, la possibilità di fornitura di lavoro altrui (in questo senso la l. n. 196/1997), per poi abrogare la L. n. 1369/1960 (art. 85, d.lgs. n. 276/2003) e disciplinare in modo più ampio la somministrazione di lavoro (artt. 20 ss. del d.lgs. n. 276/2003 ed ora artt. 30-40 del d.lgs. n. 81/2015).

Con riguardo all'appalto, con l'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 se ne definisce meglio la nozione – e, conseguentemente, le ipotesi di ricorso legittimo allo stesso, nonché la distinzione rispetto alla somministrazione di lavoro⁵ – e, al contempo, si apprestano regole a tutela del trattamento economico e normativo dei lavoratori dipendenti dagli appaltatori e dai subappaltatori.

Va, peraltro, chiarito esplicitamente che la legittimità dell'appalto non dipende in alcun modo dal tipo di attività oggetto dello stesso – generica o specialistica, svolta all'interno o all'esterno dei locali del committente, attinente al ciclo produttivo del committente, al suo *core business*, oppure no, tutte ipotesi legittime ai sensi dell'art. 41, comma 1, Cost.⁶ – ma esclusivamente dalle concrete modalità di svolgimento dell'appalto, con particolare riferimento all'utilizzo della manodopera.

A questo proposito, assume rilievo determinante la vigente disciplina di cui all'art. 29, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003, ove è rinvenibile una specifica definizione di appalto ai fini giuslavoristici.

2. La vigente definizione di appalto a fini giuslavoristici e le sanzioni per il ricorso ad appalti non genuini

L'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 stabilisce che «il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa».

5 Cfr. M. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 283 ss., nonché gli scritti pubblicati in A. MARESCA (a cura di), *Somministrazione di lavoro e appalti di servizi. Tra conflitto e competizione*, Franco Angeli, Milano, 2009.

6 «L'iniziativa economica privata è libera.»

Riguardo a tale norma, la dottrina ha ritenuto che non vi sia una nuova nozione di appalto, ma una definizione più specifica dello stesso a fini giuslavoristici: ciò avviene attraverso l'esplicito riconoscimento (sulla scorta della giurisprudenza formatasi nell'interpretazione della L. n. 1369/1960) della legittimità – a determinate condizioni – dei c.d. “appalti *labour intensive*” (quali, ad esempio, appalti di pulizia, appalti di servizi di guardiania e di vigilanza, appalti di servizi informatici, appalti di servizi logistici, ecc.), nei quali l'impatto dei beni materiali componenti il capitale organizzativo dell'impresa è ridotto e diventa rilevante l'organizzazione “leggera” data anche solo dall'esercizio, da parte dell'appaltatore, dei poteri direttivi ed organizzativi⁷.

La ventennale giurisprudenza – di merito e di legittimità – si è poi incaricata di applicare la norma a casi concreti, raggiungendo ormai orientamenti piuttosto consolidati.

Al riguardo, recentemente la giurisprudenza di merito ha ritenuto che due sono i principali indici atti a distinguere un appalto regolare da una illecita fornitura di manodopera: l'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore sui propri dipendenti e l'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore stesso⁸. È stato anche precisato che «la differenza tra la somministrazione e l'appalto di lavoro, ammesso dal d.lgs. n. 276 del 2003 a date condizioni, risiede nell'effettivo esercizio del potere organizzativo della prestazione lavorativa e nell'organizzazione dei mezzi necessari all'impresa da parte dell'appaltatore, mentre è secondaria la mera sussistenza in capo a questi di un potere organizzativo di tipo amministrativo, come ad esempio in tema di ferie o permessi»⁹. Secondo quest'ultima pronuncia, con specifico riguardo agli appalti c.d. “endozieziali”, caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, il divieto d'interposizione opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto, ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo.

In tali casi, occorre pertanto di volta in volta procedere ad una dettagliata analisi di tutti gli elementi che caratterizzano il rapporto instaurato tra le parti allo scopo di accertare se l'impresa appaltatrice, assumendo su di sé il rischio economico dell'impresa, operi in condizioni di reale autonomia organizzativa e gestionale rispetto all'impresa committente; se sia provvista di una propria organizzazione d'impresa; se in concreto assuma su di sé l'alea economica insita nell'attività produttiva oggetto dell'appalto; infine se i lavoratori impiegati per

7 In questi termini: L. CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 93/2009, p. 7 ss.

8 Trib. Alessandria, 7 febbraio 2022, in *Banca Dati De Jure*.

9 Trib. Bari, 13 gennaio 2022, in *Banca Dati De Jure*.

il raggiungimento di tali risultati siano effettivamente diretti dall'appaltatore ed agiscano alle sue dipendenze. Se tali elementi non vengono riscontrati, l'appalto si rivela essere una illecita fornitura di manodopera.

A sua volta la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la distinzione tra l'appalto genuino – di cui all'art. 1655 c.c. e all'art. 29, comma 1, D.Lgs. n. 276 del 2003 – e la somministrazione irregolare di lavoro si individua dalla presenza dei seguenti requisiti (per la sussistenza dell'appalto genuino): organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, con la precisazione, però, che l'organizzazione dell'appaltatore può anche essere minima, con prevalenza dell'apporto di personale specializzato da parte dell'appaltatore; l'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavori utilizzati, da parte dell'appaltatore; l'assunzione da parte dell'appaltatore del rischio di impresa. Mancando tali requisiti si è in presenza di una somministrazione vietata di manodopera, sicché i lavoratori sono considerati alle dirette dipendenze dell'imprenditore appaltante¹⁰.

Peraltro, è stato successivamente precisato «che l'utilizzo di attrezzature e beni della committente non rileva solo ove l'attività appaltata consista essenzialmente nell'esecuzione di un mero servizio organizzativo o logistico e si tratti di materiale di modesto o non apprezzabile valore, potendo in tal caso rilevare, ai fini dell'individuazione di un appalto genuino, l'esistenza di una effettiva ed autonoma organizzazione del lavoro da parte dell'appaltatrice (es. in materia di facchinaggio), mentre laddove si tratti di esecuzione di attività più complesse, non è sufficiente, al fine di escludere l'interposizione fittizia, la mera gestione organizzativa del rapporto (es. ferie, permessi, turni, etc.)»¹¹.

In sostanza – ritiene ancora, in altra pronuncia, la Corte di Cassazione – affinché possa configurarsi un genuino appalto di opere o servizi ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. 276 del 2003, è necessario verificare, specie nell'ipotesi di appalti “*labour intensive*”, che all'appaltatore sia stata affidata la realizzazione di un risultato in sé autonomo, da conseguire attraverso una effettiva e autonoma organizzazione del lavoro, con reale assoggettamento al potere direttivo e di controllo sui propri dipendenti, impiego di propri mezzi e assunzione da parte sua del rischio d'impresa, dovendosi invece ravvisare un'interposizione illecita di manodopera – vale a dire una somministrazione illecita di manodopera – nel caso in cui il potere direttivo e organizzativo sia interamente affidato al formale committente, restando irrilevante che manchi, in capo a quest'ultimo, l'“*intuitus personae*” nella scelta del personale, atteso che, nelle ipotesi di somministrazione illegale, è frequente che l'elemento fiduciario caratterizzi l'intermediario, il quale seleziona i lavoratori per poi metterli a disposizione del reale datore di lavoro¹².

Ai sensi dell'art. 29, comma 3-*bis* del D.Lgs. n. 276/2003, quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dall'art. 29, comma 1,

10 Cfr. Cass. civ., 18 maggio 2021, n. 13143; Cass. civ., 27 aprile 2022, n. 13182.

11 Cass. civ., 7 febbraio 2022, n. 3768.

12 Cass. civ., 25 giugno 2020, n. 12551.

il lavoratore interessato può chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione¹³, vale a dire il committente, nella maggior parte dei casi soggetto più solido dal punto di vista economico ed organizzativo.

Questa sanzione posta in capo al committente spiega perché il contenzioso relativo alla qualificazione del contratto come appalto (lecito) o somministrazione (illecita) sia ancora oggi particolarmente consistente.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno, inoltre, precisato che, in tema di interposizione di manodopera, ove ne venga accertata l'illegittimità e dichiarata l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il committente, l'omesso ripristino del rapporto di lavoro ad opera del committente medesimo determina l'obbligo di quest'ultimo di corrispondere le retribuzioni a decorrere dalla messa in mora¹⁴.

Deve, però, rilevarsi che l'imputazione del rapporto in capo al committente non è applicabile in caso di appalti commissionati dalla Pubblica Amministrazione¹⁵, sia in ragione dell'art. 1, comma 2¹⁶ del d.lgs. n. 276/2003, sia più in generale per il vincolo derivante dall'art. 97, comma 4, Cost., secondo cui «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

Alla sanzione civile si possono poi aggiungere sanzioni di carattere amministrativo (art. 18, d.lgs. n. 276/2003) e di carattere penale (art. 38-*bis*, d.lgs. n. 81/2015; art. 603-*bis*, cod.pen.).

3. Le tutele per i lavoratori dipendenti dagli appaltatori: l'art. 1676 c.c. e la tutela dei crediti degli ausiliari dell'appaltatore

Il legislatore italiano sin dal codice civile del 1942 ha ritenuto opportuno prevedere, anche in caso di legittimo ricorso al contratto di appalto, speciali forme di tutela per i dipendenti dell'appaltatore.

13 Cfr. App. Milano, 8 ottobre 2021, in *Banca Dati De Jure*, secondo cui l'appalto di manodopera configura un negozio indiretto in frode alla legge *ex* art. 1344 c.c. in quanto utilizza uno schema tipico, quello dell'appalto, per realizzare una finalità normativamente vietata ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, con conseguente nullità del rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto interposto e nullità del contratto di appalto, restando valido ed efficace solo il rapporto che nella realtà concreta si è attuato tra il lavoratore e il beneficiario delle relative prestazioni.

14 Cass. civ. Sez. Un. 7 febbraio 2018, n. 2990.

15 Cfr. Cass. civ., 7 febbraio 2022, n. 3768, per l'inapplicabilità della sanzione civile anche alle società c.d. "in house", vale a dire a partecipazione pubblica totale o di controllo.

16 «Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale».

La prima e risalente disposizione di specifica salvaguardia dei «diritti degli ausiliari dell'appaltatore» è appunto l'art. 1676 del codice civile¹⁷, in base al quale «coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda».

L'azione, come ha chiaramente stabilito la giurisprudenza di legittimità, si fonda su quattro presupposti: 1. l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di un imprenditore che, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, esercita un'attività diretta al compimento di un'opera o di un servizio nei confronti di un determinato committente verso un corrispettivo; 2. l'esecuzione della prestazione lavorativa per il compimento di quella particolare opera o di quello specifico servizio commissionati da quel determinato committente; 3. l'esistenza di un credito di lavoro in capo ai suddetti lavoratori, inadempito da parte dell'appaltatore o datore di lavoro; 4. in pari tempo, l'esistenza di un credito dell'appaltatore verso il committente in relazione al compimento dell'opera o del servizio commissionatogli.

Ricorrendo tutti questi elementi, la legge prevede che i lavoratori, mediante l'esercizio di un'azione contro il committente, possano conseguire direttamente da quest'ultimo la minor somma fra quanto loro spetta in conseguenza del rapporto di lavoro e quanto è dovuto dal committente all'appaltatore in relazione al contratto d'appalto¹⁸.

La giurisprudenza di legittimità e di merito ha, peraltro, interpretato in modo restrittivo la norma, ritenendo che l'azione diretta ex art. 1676 c.c. sia prevista con riferimento al solo credito maturato dal lavoratore in forza dell'attività svolta per l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio oggetto dell'appalto, e non anche con riferimento ad ulteriori crediti, pur relativi allo stesso rapporto di lavoro¹⁹.

Alla luce di tali elementi, è stato osservato in dottrina che l'art. 1676 c.c. prevede un'azione eccezionalmente concessa a maggior tutela dei lavoratori nei confronti di chi, pur restando estraneo ai rapporti individuali di lavoro, si è comunque avvalso del risultato della prestazione degli ausiliari dell'appaltatore e

17 V., nella dottrina giuslavoristica, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 474 ss.; L. CORAZZA, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, p. 79-81.

18 Cass. civ., 14 marzo 2001, n. 3559, in *Giur. it.*, 2001, p. 1883, ove si precisa anche che «con l'azione prevista dall'art. 1676 c.c. i lavoratori fanno valere un diritto proprio» e che il committente «diventa diretto debitore dei lavoratori ... in aggiunta all'appaltatore-datore di lavoro, unico originario debitore». V. anche Cass. civ., 24 ottobre 2007, n. 22304, in *Arg. dir. lav.*, 2008, II, p. 518.

19 Cass. civ., 17 dicembre 2019, n. 33407; Cass. civ., 19 novembre 2010, n. 23489; App. Potenza, 16 maggio 2017, in *Banca Dati De Jure*; Trib. Roma, 29 settembre 2021, in *Banca Dati De Jure*.

che «l'uso del termine processuale, ..., presuppone, ..., il diritto sostanziale cioè la facoltà dell'ausiliario di far valere il proprio credito di lavoro direttamente nei confronti del *debitor debitoris*»²⁰, fermo restando naturalmente il diritto del lavoratore di rivolgersi anche contro l'appaltatore²¹.

Peraltro, nonostante la formulazione letterale della norma, si ritiene che la domanda *ex art.* 1676 c.c. possa essere proposta anche per via stragiudiziale²², tramite una formale comunicazione indirizzata all'appaltante che contenga un «espresso richiamo alla responsabilità del committente per debiti di lavoro contratti dall'appaltatore»²³. In seguito alla domanda, il committente si aggiunge all'appaltatore in via solidale nella posizione debitoria²⁴, sia pure nei limiti del debito esistente al momento della proposizione della domanda stessa²⁵. Inoltre, una volta proposta la domanda, il committente non può più pagare all'appaltatore e se paga non è liberato dall'obbligazione verso gli ausiliari dell'appaltatore²⁶.

Particolari problemi genera il possibile conflitto tra la cessione dei crediti relativi all'appalto da parte dell'appaltatore e la domanda *ex art.* 1676 c.c. proposta dagli ausiliari: in ogni caso, secondo l'orientamento prevalente deve ritenersi vincolante per l'appaltante l'atto notificatogli (o comunicatogli) per primo²⁷.

20 In questi termini, B. MIRANDA, *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, in *Lavoro* 80, 1988, p. 842. Cfr., con riferimento all'ipotesi del subappalto, Cass. civ., 9 agosto 2003, n. 12048, ove si afferma che, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, l'art. 1676 c.c. si applica anche ai «dipendenti del subappaltatore (nei confronti del subcommittente o subappaltante). Il subappalto, infatti, altro non è che un vero e proprio appalto, con l'unica particolarità che, quale contratto derivato, lo stesso dipende dal contratto che ne costituisce il presupposto, di identica natura, stipulato a monte». In termini analoghi, più recentemente, Cass. civ., 16 ottobre 2017, n. 24368.

21 V., in proposito, Cass. civ., 10 luglio 1984, n. 4051, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1744.

22 Cass. civ., 19 aprile 2006, n. 9048; Cass. civ., 14 marzo 2001, n. 3559; Pret. Avezzano, 11 luglio 1989, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2192.

23 In questi termini, Trib. Bologna, 8 giugno 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2008, II, p. 517.

24 Cass. civ., 14 marzo 2001, n. 3559.

25 Cfr. Trib. Torino, 11 marzo 2005, in *Giur. piemontese*, 2006, p. 84 dalla cui massima si evince l'irrilevanza dell'eventuale sussistenza di debiti del committente, al momento della presentazione della domanda, riferiti ad altri periodi o ad altre opere o ad altri servizi resi dalla stessa appaltatrice, nonché Trib. Monza, 12 giugno 2002, in *Giur. milanese*, 2002, p. 363, secondo cui spetta all'ausiliario dell'appaltatore provare il debito effettivo del committente al momento della domanda.

26 Cass. civ., 19 aprile 2006, n. 9048; Cass. civ., 14 marzo 2001, n. 3559; Trib. Venezia, 19 gennaio 2022, in *Banca Dati De Jure*. Cfr. Trib. Torino, 15 maggio 2004, in *Giur. piemontese*, 2004, p. 433, che ritiene invece rilevante per individuare la sussistenza e l'ammontare del debito del committente verso l'appaltatore solo il momento della proposizione della domanda giudiziale.

27 V., in proposito, Cass. civ., 14 giugno 2002, n. 8608, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 911: «deve affermarsi che prima della comunicazione della cessione del credito dell'appaltatore, il committente deve pagare ai dipendenti dello stesso, *ex art.* 1676 c.c.; dopo l'avvenuta comunicazione – ... – il committente deve pagare solo al cessionario, perché allora il pagamento a favore dei dipendenti non ha effetti liberatori». Cfr. anche Pret. Avezzano, 11 luglio 1989, cit., secondo

La giurisprudenza di merito e legittimità è poi concorde nell'affermare che l'azione diretta prevista dall'art. 1676 cod. civ. è sottratta alle vicende economiche del contratto di appalto al quale si riferisce, in quanto spettante agli ausiliari dell'appaltatore per un proprio titolo, riconosciuto non in sostituzione del loro debitore, ma direttamente²⁸. Ne risulta che l'interesse creditorio degli ausiliari può essere soddisfatto, per il tramite dell'azione *ex* 1676 cod. civ., in via preferenziale rispetto agli altri creditori dell'appaltatore²⁹.

Di particolare rilievo, infine, è l'ambito di applicazione generale dell'art. 1676 c.c., che riguarda gli appalti pubblici³⁰ e quelli privati, nonché dal lato passivo dell'obbligazione sia i committenti imprenditori e datori di lavoro, che tutti i committenti che non svolgano attività d'impresa o professionale.

3.1. Le tutele per i lavoratori dipendenti dagli appaltatori: la responsabilità solidale *ex* art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003

Allo stato attuale, nelle ipotesi di legittimo ricorso ai contratti di appalto e subappalto, il principale strumento di tutela delle posizioni creditorie dei lavoratori è costituito dalla responsabilità solidale nei confronti dei lavoratori tra il formale datore di lavoro (appaltatore o subappaltatore) e gli altri soggetti (committenti e subcommittenti) che indirettamente si avvalgono della prestazione di tali lavoratori, pur rimanendo estranei al rapporto di lavoro.

L'art. 29, comma 2 del d.lgs. n. 276/2003 stabilisce, infatti, che «in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento».

cui prevale il soggetto che abbia per primo notificato la cessione o la richiesta di pagamento diretto *ex* art. 1676 c.c.

28 Cass. civ., 14 marzo 2001, n. 3559. Cfr. Trib. Roma, 5 ottobre 1988, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 544, secondo cui «l'art. 1676 c.c. ha ... esattamente lo scopo di apprestare ai dipendenti dell'appaltatore una particolare garanzia proprio per il caso di difficoltà, in primo luogo economiche d'impresa, del suo datore di lavoro, consentendogli eccezionalmente il soddisfacimento dei crediti, nei limiti previsti dalla norma, ad opera del committente»; Trib. Grosseto, 3 maggio 2005, in *Lan. giur.*, 2006, p. 193.

29 Cfr. Pret. Avezzano, 11 luglio 1989, cit.; Trib. Roma, 5 ottobre 1988, cit.

30 Cfr. Cass. civ., 28 luglio 2009, n. 17497; Cass. civ. 10 luglio 1984, n. 4051; Corte Appello Firenze, 28 ottobre 2021, in *Banca Dati De Jure*; Trib. Bari, 16 novembre 2021, in *Banca Dati De Jure*.

Come rilevato dalla giurisprudenza di legittimità³¹, si tratta di una speciale responsabilità prevista in capo al committente, che presuppone un'operazione economica del tutto lecita e genuina, nell'ambito della quale il lavoratore resta pur sempre alle dipendenze del datore di lavoro appaltatore: il committente viene, però, coinvolto nella gestione debitoria del rapporto di lavoro in quanto in definitiva l'appalto è diretto alla soddisfazione dei suoi interessi produttivi-organizzativi.

In altri termini, con tale disposizione l'ordinamento ha inteso perseguire l'obiettivo di regolare la catena degli appalti, assicurando anche ai lavoratori delle piccole e micro-imprese subappaltatrici, possibilità di tutela in precedenza non riconosciute, evitando il rischio che i meccanismi di decentramento, e di dissociazione fra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione, vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale³².

Già dal tenore testuale della norma si evince che essa riguarda tutte le ipotesi di prestazioni lavorative rese nell'ambito del contratto d'appalto senza prevedere per il committente alcuna limitazione della responsabilità in termini quantitativi (nell'art. 29, comma 2 non si prevede – a differenza di quanto stabilito dall'art. 1676, c.c. – il limite del debito che il committente ha verso l'appaltatore) e senza alcuna possibilità di esonero dalla stessa responsabilità tramite clausole contrattuali.

La responsabilità solidale opera, quindi, a prescindere dal fatto che il committente abbia contrattualmente vietato il subappalto (e venga poi chiamato a rispondere anche nei confronti dei dipendenti del subappaltatore)³³ oppure della circostanza che non sia a conoscenza della natura subordinata del rapporto lavorativo intercorrente tra l'appaltatore ed il soggetto che rende le sue prestazioni lavorative nell'ambito dell'appalto³⁴, arrivando ad estendersi sino ai rapporti di lavoro subordinato non regolarmente instaurati tra appaltatore e lavoratori effettivamente impiegati nell'ambito dell'appalto.

La *ratio* della norma è, quindi, di ampliare la garanzia patrimoniale fornita ai lavoratori, che possono aggredire sia il patrimonio del datore di lavoro sia quello del committente, e l'equilibrato contemperamento degli opposti interessi si realizza, da un lato, tramite la previsione di un termine decadenziale per l'esercizio dell'azione da parte del lavoratore, dall'altro lato, tramite la limitazione dell'oggetto dell'obbligazione solidale ai trattamenti retributivi e contributivi³⁵.

31 Cass. civ., 25 gennaio 2022, n. 2169.

32 Cass. civ., 21 ottobre 2020, n. 22997.

33 Cass. civ., 25 ottobre 2019, n. 27382.

34 Cfr., nella giurisprudenza di merito, Corte Appello Venezia, 18 ottobre 2022, in *Banca Dati De Jure*, secondo cui la responsabilità solidale è indifferente agli stati soggettivi del committente e prescinde dalla buona fede o dall'affidamento indotto dall'appaltatore.

35 Cfr. ancora Cass. civ., 25 gennaio 2022, n. 2169.

A quest'ultimo proposito la Corte di Cassazione ha ripetutamente affermato che la responsabilità solidale del committente con l'appaltatore deve essere interpretata in maniera rigorosa, nel senso della natura strettamente retributiva degli emolumenti che il datore di lavoro risulti tenuto a corrispondere ai propri dipendenti³⁶ ed ha escluso, per esempio, l'applicabilità del predetto regime di responsabilità solidale alle somme liquidate a titolo di risarcimento del danno da licenziamento illegittimo³⁷, per illegittima unilaterale riduzione dell'orario lavorativo³⁸, ovvero in relazione ai buoni pasto e all'indennità sostitutiva delle ferie³⁹.

Inoltre, secondo la giurisprudenza, a fronte dell'inadempimento, da parte dell'appaltatore, dell'obbligo di presentazione del documento unico di regolarità contributiva (DURC) attestante il regolare versamento dei contributi previdenziali, il committente è legittimato a sospendere il pagamento delle prestazioni, ai sensi dell'art. 1460 c.c., stante la sinallagmaticità del rapporto contrattuale e l'esposizione del committente al rischio di rispondere in solido del versamento degli oneri previdenziali e contributivi *ex* art. 29, comma 2⁴⁰.

Analogamente, il termine di decadenza di due anni è funzionale a conciliare la posizione creditoria del lavoratore con la necessità del committente di limitare temporalmente la permanenza del proprio vincolo⁴¹.

Al riguardo, è stato, però, ritenuto che – in ipotesi di successione senza soluzione di continuità di più contratti di appalto con il medesimo appaltatore – il termine di decadenza biennale previsto dall'art. 29, comma 2 per far valere la responsabilità solidale del committente debba decorrere dalla cessazione del rapporto contrattuale ossia dell'ultimo contratto e non da quella dei singoli contratti tra committente e appaltatore intervenuti in relazione al medesimo appalto. Infatti, l'esigenza di assicurare un'ampia ed effettiva tutela del lavoratore, ha orientato la Corte di Cassazione nel senso di escludere che il *dies a quo* del termine di decadenza biennale possa essere fatto decorrere dalla data di scadenza dei singoli contratti di appalto, sia perché tale data potrebbe non essere conosciuta dal lavoratore sia perché tale soluzione potrebbe prestarsi a pratiche elusive della garanzia apprestata dal legislatore mediante uno "spezzettamento" preordinato del lavoro commissionato, attraverso una pluralità di rapporti contrattuali formalmente autonomi. In coerenza con la *ratio* ispiratrice dell'art. 29, comma 2, il termine biennale di decorrenza per far valere nei confronti del soggetto committente la garanzia in oggetto è stato, quindi, ancorato al dato fattuale,

36 V., recentemente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Venezia, 19 gennaio 2022, cit.

37 Cass. civ., 30 ottobre 2018, n. 27678.

38 Cass. civ., 6 novembre 2019, n. 28517.

39 Cass. civ., 19 maggio 2016, n. 10354.

40 Cass. civ., 9 febbraio 2022, n. 4079.

41 I. ALVINO, *Art. 29, D.Lgs. n. 276/2003*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 2145.

facilmente ed immediatamente percepibile dal beneficiario della garanzia rappresentato dalla cessazione effettiva dell'appalto al quale egli era addetto⁴².

Inoltre, è stato affermato che il termine decadenziale di due anni non è applicabile all'azione promossa dagli enti previdenziali, soggetti alla sola prescrizione, dal momento che l'obbligazione contributiva non si confonde con l'obbligo retributivo⁴³. Infatti, il rapporto di lavoro e quello previdenziale, per quanto tra loro connessi, rimangono del tutto diversi e l'obbligazione contributiva, derivante dalla legge e che fa capo all'Inps, è distinta ed autonoma rispetto a quella retributiva ed ha natura indisponibile.

Peraltro, a differenza di quanto previsto per l'art. 1676 cod. civ., la responsabilità solidale non trova applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale (art. 29, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 276/2003) e per gli appalti conferiti dalla Pubblica Amministrazione⁴⁴. A quest'ultimo riguardo si deve, però, precisare che l'art. 29, comma 2 risulta applicabile alle società con partecipazione pubblica⁴⁵.

Inoltre, la Corte Costituzionale⁴⁶ ha affermato che l'ambito di applicazione della responsabilità solidale ex art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 deve essere esteso anche alla subfornitura di cui alla l. n. 192/1998. Ciò sulla base della considerazione secondo cui «la *ratio* dell'introduzione della responsabilità solidale del committente – che è quella di evitare il rischio che i meccanismi di decentramento, e di dissociazione fra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione, vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale – non giustifica una esclusione ... della predisposta garanzia nei confronti dei dipendenti del subfornitore, atteso che la tutela del soggetto che assicura una attività lavorativa indiretta non può non estendersi a tutti i livelli del decentramento». Tale pronuncia della Corte Costituzionale è, tuttavia, fonte di nuovi dubbi interpretativi⁴⁷, dovuti all'individuazione non univoca delle fattispecie a cui possa ritenersi estesa la responsabilità solidale.

42 Cass. civ., 10 marzo 2022, n. 7815.

43 Cass. civ., 2 settembre 2021, n. 23788, che precisa anche come non sarebbe coerente con l'ordinamento «la possibilità, addirittura prevista implicitamente dalla legge come effetto fisiologico, che alla corresponsione di una retribuzione a seguito dell'azione tempestivamente proposta dal lavoratore non possa seguire il soddisfacimento anche dell'obbligo contributivo solo perché l'ente previdenziale non ha azionato la propria pretesa nel termine di due anni dalla cessazione dell'appalto; si spezzerebbe, in altri termini e senza alcuna plausibile ragione logica e giuridica apprezzabile, il nesso stretto tra retribuzione dovuta (...) ed adempimento dell'obbligo contributivo, con ciò procurandosi un *vulnus* nella protezione assicurativa del lavoratore che, invece, il citato art. 29, ha voluto potenziare». V. anche Cass. civ., 25 agosto 2022, n. 25338; Cass. civ., 25 ottobre 2019, n. 27382.

44 Cass. civ., 7 luglio 2014, n. 15432.

45 Cass. civ., 13 ottobre 2022, n. 30100; Cass. civ., 28 ottobre 2021, n. 30602.

46 Corte Cost., 6 dicembre 2017, n. 254.

47 Cfr. G. LUDOVICO, *La responsabilità solidale oltre il contratto di appalto e di subfornitura*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, p. 497 ss.; I. ALVINO, *Art. 29*, cit., p. 2153 e i relativi riferimenti dottrinali.

4. La responsabilità solidale per il risarcimento dei danni derivanti da infortuni sul lavoro e malattie professionali

Una particolare ipotesi di responsabilità solidale del committente è quella disciplinata dall'art. 26, c. 4, del d.lgs. n. 81/2008 (d'ora in poi T.U.) che ha recepito, con alcune modifiche, la previsione inizialmente contenuta nell'art. 7, c. 3-*bis*, del d.lgs. n. 626/1994 che, a sua volta, era stata introdotta dall'art. 1, c. 910, della l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007). Nella sua attuale formulazione la norma prevede che «Ferme restando le disposizioni di legge vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Inail) o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo (Ipsema)», ad esclusione dei «danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici».

Ad una prima lettura il contenuto della norma risulta fin troppo chiaro, avendo la funzione di rafforzare il credito risarcitorio relativo ai danni per i quali il lavoratore non ha ricevuto alcun ristoro dagli enti previdenziali. Ad un'analisi meno superficiale, tuttavia, la sua formulazione pone rilevanti problemi di ordine interpretativo che è opportuno affrontare partendo, in primo luogo, dalla definizione dei confini applicativi dell'obbligazione solidale, per poi passare in un secondo momento alla individuazione dei suoi presupposti.

Dal primo versante è evidente l'intento legislativo di limitare l'intervento della solidarietà ad alcune tipologie di rischi che vengono però definiti in negativo attraverso l'esclusione dei rischi specifici propri degli appaltatori e subappaltatori. Per poter definire in positivo l'ambito operativo della solidarietà occorre allora individuare i rischi che non sono specificamente propri delle imprese appaltatrici o subappaltatrici. Escluso che possa trattarsi dei rischi specifici propri dell'appaltante, per i quali lo stesso risponderebbe direttamente senza bisogno di solidarietà, è inevitabile concludere che il legislatore ha inteso riferirsi indirettamente ai rischi comuni alle diverse imprese coinvolte nell'appalto che, come tali, non sono specificamente imputabili alle imprese appaltatrici o subappaltatrici.

È bene ricordare infatti che ai sensi dell'art. 26 il committente è chiamato non solo a verificare l'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici (c. 1) e ad esercitare un importante ruolo di promozione e coordinamento dell'attività di prevenzione (c. 2), ma è tenuto altresì ad elaborare un unico documento di valutazione dei rischi dovuti all'interferenza tra le imprese coinvolte nell'appalto, fatta eccezione per i «rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi» (c. 3).

Relativamente al fondamento della responsabilità del committente evidenti ragioni di carattere sistematico inducono a ritenere che l'appaltatore e il subappaltatore siano chiamati a rispondere a titolo di colpa per l'inadempimento dell'obbligo sancito dall'art. 2087 cod. civ.

Se gli appaltatori rispondono a titolo di responsabilità contrattuale, non altrettanto può dirsi invece per l'appaltante che è chiamato a rispondere del fatto altrui secondo una regola di imputazione oggettiva.

Si può dire, quindi, che l'appaltante risponde oggettivamente⁴⁸ a titolo di responsabilità aquiliana⁴⁹ dei danni provocati dall'inadempimento dell'appaltatore, il quale, a sua volta, secondo il medesimo titolo di responsabilità, è chiamato con il primo a rispondere dell'illecito contrattuale del subappaltatore. L'appaltante assume così il «rischio della colpa»⁵⁰ dell'appaltatore che diventa il necessario presupposto della sua responsabilità⁵¹, secondo uno schema che richiama molto da vicino l'art. 2049 c.c., per il quale il datore risponde oggettivamente dell'illecito doloso o colposo dei dipendenti purché commesso nell'esercizio delle loro incombenze⁵².

La solidarietà risarcitoria dell'art. 26, c. 4 T.U. si riferisce, dunque, alla differenza monetaria tra il risarcimento civilistico e le indennità erogate dall'ente previdenziale che corrisponde tanto ai c.d. danni differenziali che si riferiscono ai titoli di danno compresi nella copertura assicurativa, quanto ai c.d. danni

48 Riconoscono l'imputazione oggettiva della responsabilità solidale: G. LUDOVICO, *Sui limiti e contenuti della responsabilità solidale negli appalti per i danni da infortunio e malattia professionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 567 ss.; V. SPEZIALE, *Le aziende sottoposte a procedure concorsuali, la sicurezza del lavoro negli appalti e gli appalti di opere o servizi*, in R. BORTONE, G. FONTANA (a cura di), *La Finanziaria e il lavoro. La tutela dei lavoratori nella legge finanziaria per il 2007*, Ediesse, Roma, 2007, p. 43; S. GIUBBONI, *Note d'attualità in tema di risarcimento del danno da infortunio sul lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, p. 36; F. SCARPELLI, *Le responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in *Note Inf.* 2007, n. 40, p. 32-33; P. PASCUCCHI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 73/2008, p. 117-118.

49 *Contra* P. ALBI, *Art. 2087. Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 199 ss e 202, il quale, configurando i doveri prevenzionistici del committente come obbligazioni contrattuali che integrano *ex lege* il contratto di appalto, riconosce analoga natura alla sua responsabilità solidale. Nello stesso senso, con riguardo alla natura contrattuale degli obblighi prevenzionistici del committente, v. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, *cit.*, p. 154 nonché L. CORAZZA, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 188 ss, che si riferisce alla previsione – identica all'attuale art. 26 – contenuta nell'art. 7 del d.lgs. n. 626/1994.

50 Cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 79.

51 Così anche M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 133-134; L. IMBERTI, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto legge 97/2008)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 72/2008, p. 24; F. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 32.

52 Sulla responsabilità dei padroni e committenti come fattispecie di responsabilità oggettiva per rischio d'impresa v. per tutti P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 57 ss.

complementari che riguardano i danni completamente estranei alla protezione sociale dell'INAIL⁵³.

L'espressione utilizzata dal legislatore per definire i danni solidalmente risarcibili pone ulteriori rilevanti problemi sotto il profilo interpretativo e applicativo. Si tratta di capire, in particolare, se i danni non indennizzati dall'Inail siano soltanto quelli esclusi dalla copertura assicurativa o se in tale categoria siano compresi anche i danni originati da eventi estranei alla tutela indennitaria⁵⁴, quali, ad esempio, l'illegittimo esercizio dello *ius variandi*, del potere disciplinare o di recesso⁵⁵. La risposta negativa sembra essere quella più aderente al criterio di imputazione della responsabilità solidale, la quale non intende gravare il committente di qualunque pregiudizio derivante dal rapporto di lavoro, ma soltanto dei danni provocati da rischi intrinsecamente riferibili all'attività appaltata.

Restano, infine, da chiarire alcune questioni che riguardano la fase successiva all'adempimento dell'obbligazione solidale.

Considerato, infatti, che il principale effetto della solidarietà passiva risiede nella possibilità per il creditore di agire indistintamente nei confronti di qualunque condebitore, senza che possa configurarsi tra essi un litisconsorzio necessario⁵⁶, diventa necessario capire se e in quale misura il debitore che ha adempiuto per l'intero, possa rivalersi nei confronti degli altri condebitori.

Il vero problema è quello di individuare i criteri di comparazione tra i diversi titoli di responsabilità che è di natura oggettiva per il committente e di natura soggettiva per il datore di lavoro appaltatore⁵⁷.

Del problema del concorso tra rischio e colpa si è diffusamente occupata la dottrina civilistica che ha ritenuto di poter detrarre dall'ammontare del risarcimento una somma adeguata a sanzionare la colpa, imputando il danno residuo ai responsabili per rischio secondo l'entità del rischio riferibile a ciascuno di essi⁵⁸.

Analoga soluzione allora potrebbe essere estesa analogicamente alla fattispecie in esame, con il risultato che, ai fini della ripartizione interna del danno, si dovrà tenere conto della gravità della condotta imputabile al datore di lavoro,

53 Sul punto v. G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 1049 ss.; G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 295 ss.

54 In senso affermativo E. BARRACO, *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 1508, nt. 12.

55 Sulla estraneità delle lesioni da *mobbing* alla nozione di rischio assicurato v. G. LUDOVICO, *Mobbing, stress e malattia professionale: l'assicurazione Inail dinanzi ai "nuovi" rischi da lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, p. 381 ss e G. LUDOVICO, *L'INAIL e il mobbing: per il Consiglio di Stato la parola spetta al legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 1042 ss.

56 M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Art. 2055, cit.*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA, BRANCA, *Dei fatti illeciti (artt. 2043-2059)*, Zanichelli-Il Foro It., Bologna-Roma, 1993, p. 741.

57 Per tutti v. P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 298 ss.

58 Per tutti P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 304.

gravando il rimanente risarcimento sull'appaltante e subappaltante che ne risponderanno in ragione della pericolosità dell'attività rispettivamente appaltata, della prevedibilità del danno, dell'affidabilità dei propri appaltatori e di ogni altro criterio utile a dare concreta evidenza della entità del rischio riferibile a ciascuno di essi.

5. Conclusioni

Come rilevato già nei paragrafi precedenti, la normativa italiana in materia di lavoro negli appalti cerca da tempo di definire l'assetto giuridico più opportuno per regolare questa forma di decentramento produttivo. In proposito, la difficoltà maggiore consiste nel raggiungere un equilibrato bilanciamento tra le esigenze dell'impresa – e, nello specifico, la possibilità di definire e mutare liberamente il proprio assetto organizzativo e produttivo alla luce del già citato art. 41, comma 1, Cost. – e gli interessi di tutela dei lavoratori, tra cui soprattutto il riconoscimento di un trattamento economico e normativo adeguato, l'affidabilità del datore di lavoro e la sua capacità di adempiere alle obbligazioni assunte, nonché la garanzia dell'occupazione, profili pure oggetto di tutela costituzionale negli art. 35⁵⁹ e 41, comma 2⁶⁰.

La decisione del legislatore di prevedere la moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità patrimoniale è certamente funzionale a garantire l'effettività della tutela per i lavoratori, quale che sia il punto nella filiera degli appalti in cui si colloca l'impresa o il datore di lavoro da cui dipende il singolo lavoratore. Infatti, proprio alla luce di tale responsabilità, il committente dovrebbe essere indotto a esercitare un effettivo controllo sulla consistenza imprenditoriale o comunque organizzativa dei singoli appaltatori o subappaltatori, nonché sulla loro solidità economica. In base a tale valutazione di costi e benefici economici, il committente – che, in sostanza, diviene il soggetto responsabile per l'intera filiera degli appalti – dovrebbe, quindi, ricorrere al decentramento produttivo in caso di effettiva necessità e rivolgendosi ad altri soggetti di adeguata capacità economica e organizzativa, non invece in funzione puramente contenitiva del costo del lavoro a discapito delle condizioni dei lavoratori⁶¹.

Tale linea di intervento – esemplificata dal testo dell'art. 29, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003 attualmente vigente – si è, quindi, rifatta al tipico canone giuslavoristico di tutela del lavoratore attraverso una catena di soggetti solidalmente

59 «La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni».

60 L'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana».

61 L. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, I, p. 1198; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 33-34; V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 94/2010, p. 24.

responsabili particolarmente consistente. In questo senso, in effetti, la responsabilità solidale costituisce una regola semplice e di consolidata applicazione per regolare e tutelare la complessa situazione dei rapporti di lavoro negli appalti e nei subappalti e trova fondamento nella consapevolezza di come siano insufficienti le tecniche di tutela che imputano tutte le obbligazioni nei confronti dei lavoratori al solo datore di lavoro formale, parte del rapporto contrattuale e titolare di tutte le posizioni giuridiche attive e passive. La responsabilità solidale mira quindi a garantire effettiva protezione ai crediti dei lavoratori impiegati negli appalti e, in particolare, a quelli dipendenti da soggetti imprenditoriali di scarsa consistenza organizzativa, ridotte dimensioni e limitate capacità economiche.

La condivisione-solidarietà negli obblighi – pur senza prevedere un principio di parità di trattamento tra i dipendenti del committente e i dipendenti dell'appaltatore⁶² – sembra costituire un meccanismo di tutela abbastanza incisivo per i lavoratori. Certo, anche con questo meccanismo di rigida corresponsabilizzazione tra committente, appaltatore e subappaltatori, il potenziale incremento della responsabilità patrimoniale configura semplicemente un mezzo di coazione indiretta al controllo della filiera dell'appalto da parte del committente, rimanendo impregiudicata la tradizionale carenza di strumenti preventivi propria del panorama italiano, sostituiti prevalentemente dal solo rimedio risarcitorio. Si può, quindi, affermare che il regime di responsabilità solidali attualmente vigente, se non determina necessariamente e di per sé comportamenti più responsabili, offre quantomeno garanzie economiche di soddisfacimento dei crediti per i lavoratori impiegati negli appalti e nei subappalti.

62 Critico sul punto A. BELLAVISTA, *Appalti e tutela dei lavoratori*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 454/2022, p. 7-8.

Il lavoro nelle piattaforme digitali

Alessandra Ingraio

SOMMARIO: 1. Premessa: eterogeneità del “lavoro nelle piattaforme digitali”. – 2. La prima legge italiana sul lavoro per le piattaforme digitali: il decreto legge n. 101 del 3 settembre 2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 128 del 2 novembre 2019. – 2.1. La parte generale: l'estensione del campo di applicazione del lavoro etero-organizzato. – 2.2. La parte speciale: il Capo V-bis e le tutele previste per i ciclofattorini autonomi. – 2.2.1. Aporie e criticità della parte speciale. – 3. Le interessanti vicende delle relazioni industriali spontanee e di quelle “indotte” dalla l. 128/2019. – 3.1. Il ruolo delle *Union* metropolitane. – 3.2. Movimenti e sub movimenti nazionali e aziendali delle Organizzazioni sindacali confederali. – 3.2.1. La subordinazione “adattata” dei ciclofattorini nei contratti aziendali *Just eat* e *Runner Pizzeria*. – 3.3. Relazioni sindacali “indotte” dalla c.d. legge *riders*: il contratto nazionale Assodelivery-UGL e le reazioni dei giudici.

1. Premessa: eterogeneità del “lavoro nelle piattaforme digitali”

Quello della *gig Economy* è un fenomeno emergente, diffusosi dapprima negli Stati Uniti d'America¹ e successivamente venuto alla ribalta anche nel resto del mondo² sino a raggiungere anche l'Europa e l'Italia, dove sta occupando un posto di prim'ordine all'interno del dibattito relativo alla trasformazione dell'organizzazione del lavoro e ai cambiamenti che la tecnologia introduce nelle imprese digitalizzate.

1 La giornalista statunitense Tina Brown utilizzò per prima questo termine per indicare attività lavorative marginali e frammentate che contribuivano a garantire il *budget* personale di suoi conoscenti. Hillary Clinton si servì del termine Gig Economy nella campagna elettorale per la Presidenza USA nel 2015 proponendo un programma economico che potesse minimizzarne i rischi in termini di protezione dei lavoratori. Il tema è ampiamente trattato, anche in chiave comparata, in G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T.C. NAHAS (coord.), *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano University Press, Milano, 2021, *passim*.

2 Rinvio a A. INGRAIO, *Uberlabour: l'organizzazione “uberiana” del lavoro in Brasile e nel mondo. Il driver è un partner di Uber o un suo dipendente?* in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, n. 2, p. 705 ss. e ivi bibliografia e giurisprudenza citata.

La maggior parte delle piattaforme *labour-based-income* cd. *lean* (leggere)³ – che traggono cioè il proprio profitto dall’intermediazione di lavoretti – propongono un modello di organizzazione del lavoro improntato alla riduzione del lavoro in brevi “task” intermittenti e discontinui (cd. *taskification*) che il prestatore, autonomo, può eseguire se, come e quando desidera secondo il ben noto paradigma dell’imprenditore di sé stesso (si affrettano a rimarcare le piattaforme digitali). «Prima di internet sarebbe stato difficile, trovare qualcuno che lavorasse per te 10 minuti e subito dopo licenziarlo. Con la tecnologia puoi farlo, pagarlo il poco dovuto e sbarazzartene se non ne hai più bisogno». Le parole di Lukas Biewald, amministratore delegato di *Crowdfunder*, una piattaforma d’intermediazione di lavoretti sono davvero esemplificative dei nuovi scenari che alle soglie del terzo millennio si affacciano sempre più prepotentemente, attirando le attenzioni di accademici, politici, giornalisti e anche registi⁴.

Il fenomeno, tuttavia, non è semplice da fotografare essendo al suo interno composito e in costante magmatica evoluzione. L’eterogeneità dei modelli organizzativi delle piattaforme non è sfuggita né agli studi sociologici⁵ né a quelli giuridici⁶, alla prova dei quali è possibile isolare tre sostanziali scenari:

a) piattaforme che si comportano come meri intermediari (*Job board* digitalizzati di *matchmaking* tra domanda e offerta di lavoro, anche digitale); b) piattaforme che danno vita a veri e propri rapporti triangolari, ricalcando il modello della somministrazione di lavoro (ma apportandone modifiche consistenti) (piattaforme del settore *welfare* che erogano servizi di pulizia, *family care*, *baby-sitting* ecc., o anche lavoretti *online*).

c) piattaforme che organizzano l’attività dei prestatori in favore di consumatori finali che restano al di fuori della relazione lavorativa (i ciclo-fattorini).

Insomma, non tutti i *gig workers* sono *riders* che sfrecciano con biciclette su strade per la consegna di pasti o altri generi di consumo.

Eppure, almeno in Italia, il dibattito dapprima e gli sforzi regolativi del legislatore e della contrattazione collettiva poi si sono polarizzati su questa categoria di lavoratori.

Nelle pagine che seguono sarà perciò ripercorsa l’annosa questione della qualificazione dei rapporti di lavoro dei *riders* nel *food delivery*, come autonomi e

3 Secondo la partizione di N. SRNICEK, *Platform Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 2017, p. 36 ss.

4 Si allude al film “*Sorry, We Missed You*” di Ken Loach che costituisce un’autentica denuncia delle condizioni di sfruttamento dei lavoratori prodotte dalla *gig economy*.

5 D.L. ARCIDIACONO, I. PAIS, F. ZANDONAI, *Plat-Firming Welfare: Examining Digital Transformation in Local Care Services*, in E. ARMANO, *Digital Platforms and Algorithmic Subjectivities*, University of Westminster Press, London, 2022, pp. 203-214.

6 Sia consentito rinviare a A. INGRAO, *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano, 2020; M. FAIOLI, *Il lavoro nella gig economy*, in *Il libro dell’anno del diritto* 2019, Treccani, Roma, 2019; A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, BUP, Bologna, 2019.

subordinati e non si tralascerà di analizzare la prima legge italiana che si è fatta carico non solo del problema qualificatorio, ma altresì di ritagliare una disciplina *ad hoc* per i *riders* del *food-good delivery* che restano lavoratori autonomi – la l. 2 novembre 2019, n. 128 di conversione del d.l. 3 settembre 2019, n. 101; infine, saranno approfondite le interessanti dinamiche sindacali e di contrattazione collettiva che questa legge ha innescato.

2. La prima legge italiana sul lavoro per le piattaforme digitali: il decreto legge n. 101 del 3 settembre 2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 128 del 2 novembre 2019

La principale innovazione legislativa italiana destinata a regolare il lavoro su piattaforma, meglio nota come “legge *riders*” – ossia il d.l. 3 settembre 2019 n. 101, convertito con modifiche dalla l. 2 novembre 2019, n. 128 – è suddivisibile idealmente in due parti rilevanti, le quali come si dirà percorrono direzioni diverse e tra loro parallele.

La prima è di carattere generale, riguardando l’ampliamento dell’ambito applicativo dell’art. 2 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, norma diretta a toccare il cuore della cd. para subordinazione – la zona grigia che si colloca al guado tra autonomia (art. 2222 c.c.) e subordinazione (art. 2094 c.c.), dove erano già presenti le collaborazioni coordinate e continuative (art. 409, comma 1, n. 3 c.p.c.). La disposizione, come precisato espressamente nel 2019, è destinata ad applicarsi «anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali» (*infra* par. 2.1).

La seconda innovazione, invece, è di carattere speciale e settoriale e coincide con l’aggiunta di un capo V *bis* (composto di otto articoli dal 47 *bis* al 47 *octies*) al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, rubricato «Tutela del lavoro attraverso piattaforme digitali» e dedicato a garantire «livelli minimi di tutela» esclusivamente per i ciclofattorini che svolgono attività di trasporto di beni, per conto altrui, con biciclette o motorini come lavoratori autonomi (*infra* par. 2.2)⁷.

La trattazione incomincerà dalla parte generale.

2.1. La parte generale: l’estensione del campo di applicazione del lavoro etero-organizzato

Entro i confini interni dell’area del lavoro autonomo coordinato, l’art. 2 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 individua i rapporti giuridici cui estendere in via rimediabile

7 U. CARABELLI, L. FASSINA (coord.), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, Roma, 2020, 3; M. CORTI, A. SARTORI, *Il decreto sui «riders»*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, pp. 15-24.

la disciplina del diritto del lavoro del lavoro subordinato⁸. La norma, sin dalla sua emanazione, conteneva un criterio selettivo che faceva leva sulla presenza simultanea di tre elementi: esclusiva personalità, continuatività ed eterorganizzazione dei tempi e del luogo della prestazione.

Il triplice criterio, nel suo pur breve spazio di vita, è stato modificato dalla l. 2 novembre 2019, n. 129, di conversione del d.l. 3 settembre 2019, n. 101 anche e soprattutto nell'ottica di intercettare un più ampio numero di rapporti autonomi collaborativi instaurati nell'ambito del lavoro su piattaforma, cui estendere le tutele del lavoro subordinato. In particolare, il nuovo testo dell'art. 2 definisce come etero-organizzati quei rapporti di collaborazione che si concretizzano in prestazioni di lavoro *prevalentemente* personali, continuative e le cui modalità esecutive siano organizzate dal committente. Alla norma è poi stata aggiunta la precisazione – a dire il vero pleonastica – secondo cui l'estensione delle tutele del lavoro dipendente opera «anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali».

In sostanza, le due modifiche degne di nota hanno riguardato: a) il carattere della personalità, che non è più «esclusiva» ma «prevalente» e dunque idonea a ricomprendere rapporti come quello dei *riders* in cui il prestatore si avvale di una organizzazione strumentale minimale (lo *smartphone* e la bicicletta o il velocipede); b) il contenuto della posizione di eterorganizzazione esercitata dal committente/piattaforma digitale, la quale può essere dal giudice accertata *anche* quando riguardi elementi estrinseci della prestazione diversi dai tempi e dai luoghi della stessa. È infatti, caduto il riferimento espresso all'eterorganizzazione dei tempi e dei luoghi che nel vigore della norma precedente aveva dato vita a un'opinione detrattrice dell'art. 2, considerata «norma apparente» e «priva di efficacia propriamente normativa»⁹. Secondo questa opinione, la norma avrebbe delineato una fattispecie più circoscritta di quella individuata dall'art. 2094 c.c. che definisce il lavoro subordinato, perché la eterorganizzazione costituirebbe la codificazione degli indici sussidiari, già utilizzati da quella giurisprudenza formatasi sulla nozione di “subordinazione allargata”¹⁰, dove, in assenza di direttive

8 Sulla natura giuridica della eterorganizzazione e sull'art. 2 come norma di disciplina, si rinvia al Capitolo scritto da M. SQUEGLIA in questo volume. Sul punto si veda la fondamentale Cass. 20 gennaio 2020, n. 1663 con nota di M.T. CARINCI, *I contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro alla luce di Cass. n. 1663/2020*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, pp. 50 ss.

9 P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?* in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, n. 6, p. 1117 ss.

10 Come noto, si tratta di tutti quei casi in cui la giurisprudenza ammette il soccorso probatorio degli indici sussidiari (continuità e durata del rapporto, regolamentazione dell'orario, cadenza regolare del compenso ecc.) in assenza di prova dell'eterodirezione, considerato elemento essenziale. Tale ipotesi occorre quando le mansioni risultino predeterminate *ab origine* nelle modalità di esecuzione perché ripetitive, elementari o monotone, v. sul punto Cass. 4 luglio 2017, n. 16377, in *Guida al Diritto*, 2017, n. 39, p. 54, relativa a un caso di fattorini addetti alla consegna a domicilio di pizze; Cass. 10 aprile 2017, n. 9157, in *DeJure*, relativa al caso di addetti alla consegna di quotidiani; Cass. 19 luglio 2013, n. 17718, *invi*, relativa al caso di un

puntuali di natura conformativa della prestazione, ciò che assume rilevanza è il potere che s'indirizza su elementi estrinseci della stessa, quali tempo e luogo della prestazione medesima. La tesi fu poi convalidata dal Tribunale di Torino¹¹ che respinse la domanda dei ciclo-fattorini di Foodora volta all'accertamento della natura subordinata o, in subordine eterorganizzata del loro rapporto di lavoro, ma superata dalla giurisprudenza maggioritaria (in particolare dalla Corte d'Appello¹² e dalla Cassazione¹³) e definitivamente obliterata dal legislatore che, come si è detto, ha eliminato definitivamente dal testo della disposizione il riferimento ai tempi e ai luoghi, sopprimendo al nascere il dubbio che la disposizione fosse inutile e ripetitiva.

In definitiva, qualora il giudice riscontri la presenza simultanea dei tre elementi suddetti, si estenderà ai lavoratori su piattaforma tutta la disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Occorre precisare però che l'intervento modificatore del 2019, ha lasciato impregiudicato il comma secondo dell'art. 2 d.lgs. 81/2015 che, a detta di molti, è la vera innovazione della disposizione, giacché prevede che gli accordi collettivi di livello nazionale, se stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, possano prevedere discipline specifiche sia sul piano economico che su quello normativo. Il potere di operare dato alla contrattazione collettiva è stato definito in dottrina «delega in bianco»¹⁴, dal momento che la contrattazione collettiva non solo può confezionare discipline specifiche e selettive delle tutele del lavoro subordinato, ma può altresì

addeito ad un'agenzia di scommesse ippiche. Cass. 3 maggio 2017, n. 10685, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2017, n. 6, p. 1568, con nota di S. D'ASCOLA, *Sul rapporto di lavoro del collaboratore fisso*.

- 11 Trib. Torino 7 maggio 2018, n. 778, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2018, n. 2, II, p. 283, con nota di P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy* e di E. GRAMANO, *Dalla eterodirezione alla eterorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora*, in *Labor*, 2018, n. 5, pp. 603 ss. M. DEL CONTE, O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2018, n. 3, p. 673 ss.
- 12 App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2019, n. 2, II pp. 340 ss. con nota di M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada ... sulle ruote dei rider di Foodora* e di R. DEL PUNTA, *Sui rider e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente?*
- 13 Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2020, n. 2, M.T. CARINCI, *Il lavoro etero-organizzato secondo cass. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro*, in M.T. CARINCI, A. TURSÌ (a cura di), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile, tra diritto, giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, Torino, 2020 p. 54 e *ivi*, A. TURSÌ, *La disciplina del lavoro eterorganizzato: tra riqualificazione normativa del lavoro subordinato, tecnica rimediale, e nuovo paradigma di protezione sociale*, p. 69 ss.
- 14 G. SANTORO PASSARELLI, *La "delega in bianco" alla contrattazione collettiva sulle collaborazioni etero-organizzate e prime applicazioni concrete*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, n. 4, 1167.

completamente escludere che le tutele del lavoro subordinato si applichino ai lavoratori eterorganizzati su piattaforma¹⁵.

L'ampio margine di manovra su cui la contrattazione può contare si spiega con la necessità di promuovere una transizione «morbida»¹⁶ dal regime pattizio del lavoro autonomo allo statuto protettivo “forte” del lavoro subordinato, articolata secondo *step* «modulati nelle tempistiche e nelle discipline di gestione del rapporto»¹⁷ e comunque senza obbligare gli attori del mercato del lavoro digitale (le piattaforme) ad una transizione rapida e immediata.

2.2. La parte speciale: il Capo V-bis e le tutele previste per i ciclofattorini autonomi

Il capo V *bis* l. 128/2019, sebbene sia rimasto pressoché inapplicato, contiene la vera innovazione legislativa che si è dimostrata un *rebus* sin da subito per gli interpreti (*infra* 2.1.1).

Infatti, il legislatore italiano ipotizza che vi siano *riders* che svolgono consegne di beni in completa autonomia e/o attraverso una collaborazione autonoma in favore della piattaforma priva dei tratti distintivi della eterorganizzazione (art. 2 d.lgs. 81/2015 prevalente personalità, continuità ed eterorganizzazione). Conseguentemente per i ciclofattorini autonomi (notabene: non per tutti i lavoratori su piattaforma) il capo V *bis* stabilisce alcuni diritti specifici dal contenuto minimale.

Occorre premettere che la parte speciale della l. 128/2019 ha una importanza strategica per due ragioni.

La prima è che i diritti ivi previsti costituiscono il primo passo attraverso cui la legge riconosce alcuni bisogni autentici dei ciclofattorini; non essendo per nulla scontato, come in seguito sarà precisato, che tutta la disciplina *standard* del rapporto di lavoro subordinato sia la soluzione delle sfide regolative che pone il lavoro su piattaforma nel *delivery* (*infra* par. 3.2.1.). A mero titolo esemplificativo diritti soggettivi, quali quelli corrispondenti al divieto di disattivazione dell'*account* a causa di un tasso esiguo di accettazione delle consegne – costituiscono tutele aggiuntive rispetto alla disciplina del lavoro subordinato estesa *ex* art. 2 d.lgs. 81/2015 che non contempla divieti di recesso caratterizzati di una simile specificità.

La seconda ragione è che i diritti in questione rappresentano una perfettibile griglia di partenza utile alla contrattazione collettiva, anche in riferimento ad altri lavoratori su piattaforma, la quale potrebbe trovarsi a confezionare «discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo» dei *riders* eterorganizzati (sfruttando la «delega in bianco» conferita dall'art. 2, comma 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, su cui *amplius supra* par. 2.1.). Essi, infatti, dovrebbero essere

15 L. IMBERTI, *L'eccezione è la regola?! Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2016, n. 2, p. 393 ss.

16 R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 282/2015.

17 R. PESSI, *Il tipo contrattuale*, *op. cit.*, p. 14.

considerati standard minimi inderogabili di trattamento che nessun contratto derogatorio/regolatorio dovrebbe poter escludere.

Quanto al contenuto dei diritti, il capo V *bis* stabilisce l'estensione in favore dei fattorini non eterorganizzati delle tutele previdenziali, di alcuni diritti informativi e prevede norme su compenso e salute e sicurezza e una tutela della dignità e libertà dei *rider* rispetto a discriminazioni e intrusioni (indagini e controlli) della piattaforma nella sfera privata e lavorativa.

La l. 2 novembre 2019, n. 128, invece, presenta una lacuna grave che riguarda il riconoscimento dei diritti sindacali e collettivi di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori.

Su forma e contenuto del contratto e sulla tutela della dignità e libertà, al *rider* è riconosciuto il diritto alla stipula di un contratto formale (forma *ad probationem*) che renda trasparenti le condizioni d'ingaggio (che la piattaforma deve provare per iscritto) oltreché «ogni informazione utile per la tutela» dei suoi interessi, diritti e della sua sicurezza¹⁸ (art. 47 *ter*). Il novero dei diritti informativi, poi, avrebbe dovuto essere arricchito con il decreto trasparenza, d.lgs. 104/2022 il quale tuttavia esclude dal suo ambito applicativo i rapporti di lavoro autonomo non collaborativo, proprio la tipologia contrattuale in cui sono inquadrati i *riders*, attualmente.

L'estensione della disciplina antidiscriminatoria e di quella a tutela della libertà e dignità prevista dal Titolo I dello Statuto dei lavoratori per i lavoratori subordinati – con espressa previsione del divieto di esclusione dalla piattaforma o di riduzione delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione – (art. 47 *quinquies*) nonché della disciplina per la protezione della *privacy* delle persone fisiche (art. 47 *sexies*) costituiscono un tentativo di regolare i complessi sistemi algoritmici attraverso cui le piattaforme organizzano e talvolta dirigono il lavoro, stilando classifiche di produttività e fedeltà ed escludendo o penalizzando coloro che non raggiungono determinati standard comportamentali prefissati dalle stesse piattaforme; l'estensione della tutela antidiscriminatoria (già in realtà applicabile ai lavoratori autonomi) costituisce un importante baluardo di difesa contro le discriminazioni che i sistemi algoritmici sono in grado di ingigantire e replicare in modo seriale¹⁹.

18 La violazione dell'obbligo informativo comporta per il committente l'applicazione di una sanzione amministrativa (quella di cui all'art. 4, d.lgs. 26 maggio 1997 n. 152) e per il lavoratore, il diritto a ricevere un equo ristoro attraverso un indennizzo determinato equitativamente dal giudice (in relazione a gravità e durata della violazione), entro il limite dell'importo dei compensi percepiti nell'ultimo anno dal prestatore. È poi previsto – attraverso una disposizione piuttosto sibillina – che la violazione dell'obbligo informativo è valutata come elemento di prova; si tratterebbe in sostanza di una presunzione delle condizioni applicate al rapporto e delle lesioni dei diritti previsti nel capo V *bis*.

19 M. BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 1, n. 7, p. I.1 ss.

Deve poi essere garantita al *rider* la copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, con conseguente obbligo della piattaforma a provvedere a tutti gli adempimenti del datore di lavoro previsti dal D.P.R. n. 1124/1965 e a garantire il rispetto delle norme in materia di prevenzione e sicurezza sul lavoro di cui al D.lgs. n. 81/2008²⁰.

Infine, ma non per importanza, il Capo V *bis* prende posizione sul profilo retributivo (l'art. 47 *quater* posponeva l'entrata in vigore delle previsioni sui compensi al 3 novembre 2020, lasciando un anno alle piattaforme per riorganizzarsi e adeguarsi). La norma è di assoluta importanza soprattutto perché è all'origine di una dibattuta vicenda che riguarda le relazioni industriali e la contrattazione collettiva nel *delivery* (di cui si dirà *infra* par. 3). Ad ogni modo, per comprendere l'impatto pervasivo che avrebbe avuto la disposizione (se non fosse poi stata neutralizzata, come si dirà) occorre intendersi sul fatto che l'alleggerimento degli oneri giuridici ed economici collegati al contratto di lavoro subordinato è tratto comune a quasi tutte le piattaforme digitali. Non deve sorprendere, dunque, che il rischio economico (e d'impresa) sia addossato sui ciclo fattorini, attraverso sistemi di retribuzione a cottimo – seppur affiancati da forme di compensazione oraria – che condizionano la misura del compenso al numero di consegne realizzate (o comunque di prestazioni) in una determinata fascia temporale²¹ e senza tenere in considerazione circostanze parecchio rilevanti per il calcolo di una retribuzione che possa dirsi «proporzionata alla quantità e qualità» del lavoro svolto (art. 36 Cost.).

La retribuzione a cottimo, per definizione, scarica parzialmente il rischio del risultato produttivo sul lavoratore e, dunque, tale sistema retributivo è stato storicamente limitato dalla contrattazione collettiva. Tale esigenza mi sembra ancor più pregnante nel caso in esame, visto che il cottimo incentiva i *riders* a circolare nei centri urbani a gran velocità, senza curarsi del rispetto del codice della strada e mettendo a repentaglio la loro incolumità personale e quella di tutti coloro che si trovano in strada. In altri termini, la scelta del cottimo, se accostata ad un ambiente di lavoro che non coincide col perimetro aziendale, in

20 G. LUDOVICO, *Nuove tecnologie e tutela della salute del lavoratore*, in G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T.C. NAHAS (coord.), *Nuove tecnologie e diritto del lavoro. Un'analisi comparata degli ordinamenti italiano, spagnolo e brasiliano*, Milano University Press, Milano, 2021, p. 79 ss.

21 Il profilo retributivo è collegato a doppio filo con l'organizzazione del lavoro e, più specificamente, con il modello di aggiudicazione dei turni di consegna adottato da ciascuna piattaforma. I turni sono distribuiti in due modi: aggiudicazione preventiva o con prenotazione di slot in calendario settimanale e aggiudicazione ad asta a seguito di *log in* del lavoratore nell'applicativo. Ebbene, le piattaforme che adottano un sistema di retribuzione oraria per il tempo di disponibilità – assumendo il rischio economico di non ricevere ordini – ricorrono di norma al meccanismo di aggiudicazione preventiva; mentre, le piattaforme che fanno ricorso al cottimo, puro o variabile (nel quale cioè alla determinazione del corrispettivo concorrono altri fattori, come ad es. il chilometraggio percorso) tendono a scaricare interamente sul *rider* il rischio di assenza di ordini e, pertanto, ricorrono al meccanismo di aggiudicazione ad asta a seguito di *log in*.

assenza di adeguate protezioni o limitazioni, costituisce un rischio per la salute del lavoratore e per la sicurezza e incolumità di terzi. Tanto che alcuni Comuni avevano avanzato l'idea di obbligare le piattaforme a corrispondere gli oneri di urbanizzazione, per l'occupazione di suolo pubblico, divenuta l'unità produttiva dove sfrecciano i fattorini.

È in questo panorama, alquanto complesso, che l'art. 47 *quater* si occupa di assicurare una garanzia retributiva minima ai *riders* autonomi, distinguendo due ipotesi:

a) nel primo comma si considera l'ipotesi in cui le organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale «possono» addivenire alla stipulazione di un contratto collettivo che definisca criteri di determinazione del compenso complessivo, tenuto conto delle «modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente». S'ipotizza dunque una contrattazione collettiva dedicata e delegata cui il legislatore conferisce un ampio mandato, sino ad ammettere che essa possa determinare il compenso anche introducendo il pagamento a cottimo.

b) nel secondo comma si precisa però che, in assenza di retribuzione (ed organizzazione) contrattata ai sensi del comma primo, i ciclofattorini non possono «essere retribuiti in base alle consegne effettuate». L'inedito divieto legale di cottimo è poi accompagnato da un obbligo per la piattaforma di riconoscere «un compenso minimo orario (...)», parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori «affini o equivalenti».

In ogni caso, il lavoro notturno, festivo o in condizioni meteorologiche sfavorevoli deve essere compensato con un'indennità non inferiore al 10%.

In chiusura, è istituito un osservatorio permanente presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, presieduto dal Ministro o da un suo delegato e composto da rappresentanti delle piattaforme e dei lavoratori designati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale (art. 47 *octies*) a conferma che quello dei *riders* è divenuto un problema politico di primo piano.

2.2.1. Aporie e criticità della parte speciale

L'introduzione della parte speciale della legge *riders* è stata criticata principalmente sotto due profili.

Innanzitutto, è stato considerato da più voci²² irragionevole sotto il profilo del principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.), perché il capo V *bis* garantisce un nucleo essenziale di protezione a un ristrettissimo gruppo di lavoratori – identificati peraltro attraverso dettagliati riferimenti (coloro che «svolgono consegna di beni per conto terzi circolanti in ambito urbano su velocipedi e veicoli a motore a due ruote» – dimenticando che i *riders* rappresentano soltanto la punta di un

22 V. per tutti, M.T. CARINCI, I lavoratori delle piattaforme quali “working poos”, in *Labor*, 2021, n. 6, p. 627 ss.

iceberg, ossia il più eterogeneo fenomeno del lavoro su piattaforma, che avrebbe meritato una considerazione maggiore, dato che questa seconda parte di lavoratori, dimenticata dal legislatore, costituisce quella più numerosa (*supra* par. 1).

V'è dunque chi²³ ha proposto di superare disparità di trattamento con un'interpretazione analogica del capo V *bis* che colmi il vuoto di tutela dell'altra metà del cielo dei *platform worker* sulla base dell'*eadem ratio*, almeno in tutte quelle ipotesi in cui i lavoratori operino consegnando beni all'interno e all'esterno del territorio urbano, anche con l'ausilio di velocipedi e a prescindere dal numero di ruote del mezzo che utilizzano.

In secondo luogo, in relazione al caso dei *rider*, non si può tralasciare che l'ipotesi del capo V *bis* suona quantomeno insolita e bizzarra. Ragionando su tutti i dettagli ormai noti dell'organizzazione algoritmica del lavoro delle principali piattaforme che operano del *food delivery* – le quali come svariate volte la giurisprudenza italiana ha ormai riconosciuto²⁴ esercitano attraverso l'intelligenza artificiale combinata al sistema dei *rating* un innovativo potere direttivo *data driven*²⁵ – è davvero arduo immaginare la ipotizzata “convivenza” di ciclo fattorini eterorganizzati (se non proprio subordinati) con ciclo fattorini autonomi che svolgono la medesima attività alle medesime condizioni unilateralmente imposte.

Per giustificare l'aporia, si è sostenuto che l'unica possibile spiegazione al dilemma è che il legislatore, consapevole del dibattito circa la presunta libertà dei *rider*s di decidere di volta in volta se rispondere o meno alla chiamata della piattaforma, ha previsto una disciplina minima applicabile soltanto a coloro che *non svolgono la prestazione continuativamente*. Vi sarebbero dunque, *rider*s autonomi eterorganizzati e *rider*s autonomi occasionali, cui si applica la disciplina del capo V *bis*. Tale interpretazione giustificherebbe, peraltro, il divieto di esclusione dalla piattaforma e di riduzione delle occasioni di lavoro a causa della «mancata accettazione della prestazione» (art. 47 *sexies*), che si attaglia alla saltuarietà tipica del lavoro autonomo in cui il lavoratore, lontano da condizionamenti sul quando e sul *quantum* della prestazione, resta genuinamente libero di godersi il «principale beneficio connesso all'autonomia»²⁶.

23 D. GAROFALO, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *Law. nella giur.*, 2020, 1, pp. 5 ss.

24 Trib. Milano 20 aprile 2022, n. 1018, con nota di A. Ingraio, *Riders: un altro passo verso la subordinazione*, in *Labour & Law Issues*, 2022, vol. 8, n. 1; Trib. Palermo n. 3570 del 24 novembre 2020, commentata da M. Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders*, in *Labour & Law Issues*, 2020, vol. 6, n. 2, p. R63 ss.; F. CARINCI, *L'ultima parola sui riders: sono lavoratori subordinati*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021; Trib. Torino, 18 novembre 2021, con commento di A. GARILLI, C. DE MARCO, *La qualificazione del lavoro dei rider: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma interponente il reale datore di lavoro*, in *Labor*, 2022, p. 213 ss.

25 L'organizzazione digitalizzata della medesima piattaforma, nella maggior parte dei casi, implementa raffinate raccolte di dati sul comportamento fedele del lavoratore, dati che servono ad esercitare su di essi un quantomeno prerogative organizzative nell'interesse della piattaforma.

26 G. CAVALLINI, *La “carica” del decreto 101: le nuove regole per la gig economy mettono alla prova le piattaforme di food delivery (e non solo)*, in *Sintesi*, novembre 2019, pp. 10 ss.

Tale giustificazione non convince pienamente: occasionalità non è sinonimo di autonomia esecutiva, visto che quest'ultima deve essere verificata in concreto guardando alle effettive modalità di realizzazione della prestazione lavorativa, anche in un lasso brevissimo di svolgimento della prestazione²⁷.

Nei fatti, il capo V *bis* ha trovato un'applicazione residuale se non nulla nell'ipotesi del *food delivery*, complice anche la volontà delle Piattaforme digitali del settore – raggruppatesi nell'associazione di rappresentanza Assodelivery già dalla fine della primavera 2018 – di non dare ad esso applicazione, sostituendogli un contratto collettivo considerato da molti “pirata”, come tra poco si dirà (*infra par. 3.3.*).

3. Le interessanti vicende delle relazioni industriali spontanee e di quelle “indotte” dalla l. 128/2019

Osservare la nascita e l'evoluzione delle relazioni industriali nel settore del *delivery* intermediato dalle piattaforme digitali costituisce una grande opportunità per gli studiosi, dal momento che esse sono nate dal nulla e si sono sviluppate attraverso complessi intrecci tra sindacati metropolitani, cd. *Unions* e Organizzazioni confederali (federazioni di categoria appartenenti a CGIL, CISL e UIL). Esse peraltro sottopongono il diritto sindacale ad una prova di sforzo, dal momento che, al netto di alcune pronunce giurisprudenziali intervenute, i ciclo-fattorini sono considerati dalle piattaforme lavoratori autonomi e le norme di sostegno all'attività sindacale nei luoghi di lavoro (il titolo III dello Statuto dei lavoratori) sono state pensate per essere applicate a rapporti di lavoro subordinato.

Vale dunque la pena nelle pagine che seguono di analizzare le principali tappe che hanno segnato la giovane storia della rappresentanza dei *riders* e i risultati ottenuti dalle rivendicazioni, accompagnate da innovative forme di lotta; senza dimenticare però di puntualizzare i tratti caratterizzanti dei diversi attori scesi in campo.

3.1. Il ruolo delle *Union* metropolitane

Le *Union* metropolitane, nate spontaneamente come forma di auto-organizzazione dei lavoratori su base urbana, hanno contribuito, soprattutto al principio della storia sindacale del settore, alla causa dei ciclofattorini e non solo. Infatti, realtà come Deliverance Milano, Riders Union Bologna e altre forme organizzative hanno giocato in questa partita un ruolo decisivo²⁸.

27 Condivisibili le argomentazioni di V. MAIO, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazioni del rapporto e tutele*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2019, p. 582 ss., spec. 589-591.

28 M. MARRONE, *Rights against the machines! Food delivery, piattaforme digitali e sindacalismo informale: il caso Riders Union Bologna*, in *Labour & Law Issues*, 2019, vol. 5, n. 1, p. 1 ss.

La loro attività sindacale è cominciata – ripercorrendo in un certo senso la storia dei sindacati delle origini – con la rivitalizzazione di forme di mutualismo *taylor made* sulle specifiche esigenze dei *riders*, attraverso la creazione di ciclo officine nelle città – che in ultima analisi costituiscono le unità produttive –, la distribuzione di mappe urbane che indicano punti di ricarica dei cellulari e la solidarietà dei *riders* in punti di ritrovo dopo lavoro. Sul versante dell’attività sindacale, le Union, sfruttando le potenzialità dei *social network* che permettono di dare vita a delle sorte di assemblee permanenti, hanno organizzato mobilitazioni (lo sciopero del 26 marzo 2021 a livello nazionale) i cui risultati si possono solo ricordare per punti.

L’efficacia delle lotte delle Union può essere meglio apprezzata considerando che le mobilitazioni, più che arrecare un danno alle piattaforme del *food delivery*, hanno saputo catturato l’attenzione istituzionale sino a sollecitare l’apertura di tavoli negoziali a livello locale e nazionale che hanno condotto alla stipulazione, dapprima, della “Carta dei diritti fondamentali dei lavoratori digitali nel contesto urbano” siglata a Bologna il 31 maggio 2018 che costituisce una sorta di Dichiarazione generale dei diritti dei ciclo fattorini²⁹ e, successivamente, all’approvazione della cd. legge *riders*, il d.l. 3 settembre 2019 n. 101, convertito con modifiche nella l. 2 novembre 2019, n. 128 (già analizzata *funditus supra* par. 2).

3.2. Movimenti e sub movimenti nazionali e aziendali delle Organizzazioni sindacali confederali

Sulla tortuosa strada, piena di buche, percorsa dai ciclo fattorini e dalle Union metropolitane, in un secondo momento, sono comparse alcune federazioni di categoria appartenenti alle maggiori confederazioni italiane CGIL CISL e UIL, che hanno progressivamente sindacalizzato i ciclofattorini coadiuvando e conferendo maggiore organizzazione e sistematicità, specialmente sotto il profilo della rappresentanza e della contrattazione, alle azioni spontanee delle Union metropolitane, nel frattempo organizzatesi in un coordinamento nazionale denominato “Retexidiritti”.

Le federazioni di categoria cui si è cennato sono quelle già operanti nel settore dei trasporti e della logistica, del commercio oltreché le organizzazioni attive nel capo dei lavori atipici (collaborazioni, somministrazione ecc.).

Le maggiori confederazioni, dunque, non hanno optato per la creazione di una categoria specifica dedicata a tutto il lavoro su piattaforma e non solo ai *riders*³⁰.

29 M. FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, in *Labour & Law Issues*, 2018, vol. 4, n. 1, p. 35 ss.; F. MARTELLONI, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali viaggiano su due ruote*, in *Labour & Law Issues*, 2018, vol. 4, n. 1, p. 16 ss..

30 La CGIL ad esempio sta manifestando qualche difficoltà a decidere se ricondurre i lavoratori su piattaforma a una delle tradizionali categorie (corrispondente ai settori merceologici

Sotto il profilo della contrattazione collettiva nazionale, si evidenzia che le federazioni dei trasporti e della logistica hanno sin da subito, nel luglio del 2018, cercato di ricondurre il lavoro dei *riders* nel contesto normativo e organizzativo del lavoro subordinato, aggiungendo al CCNL Logistica, trasporto merci e spedizioni un importantissimo *addendum*. Nello specifico, con accordo sindacale del 18 luglio 2018, le parti firmatarie – seppure in assenza di Assodelivery, l’associazione di rappresentanza delle maggiori piattaforme digitali del delivery: Glovo, Deliveroo, Just Eat ecc. – hanno precisato il campo di applicazione del CCNL con particolare riferimento alla Distribuzione delle merci con cicli, ciclomotori e motocicli (c.d. *riders*), con la finalità di «cogliere tutte le opportunità di crescita fornite dalla forte implementazione della distribuzione urbana delle merci». Hanno perciò integrato l’accordo di rinnovo del 3 dicembre 2017, includendovi la figura del *rider* «al fine di disciplinare i rapporti di lavoro» nel campo della «distribuzione di merci con mezzi quali cicli, ciclomotori e motocicli (anche a tre ruote) che avvengono in ambito urbano, anche attraverso l’utilizzo di tecnologie innovative (piattaforme, palmari ecc.)».

Nell’*addendum*, in primo luogo, il *rider* è descritto come «lavoratore adibito ad attività logistica distributiva, comprese le operazioni accessorie ai trasporti, attraverso l’utilizzo anche di piattaforme digitali e mezzi di trasporto per i quali non è richiesto necessariamente il possesso di patenti di guida B o superiore».

In secondo luogo, è prevista una disciplina minimale di cui i punti salienti sono il divieto per le piattaforme di utilizzo di sistemi di *ranking* reputazionale, generato da algoritmi (gli eventuali turni potranno essere sì comunicati con una piattaforma digitale ma non potranno essere organizzati in base ad un algoritmo); l’applicazione delle coperture assicurative e previdenziali previste dalla legge e dal CCNL, compresa l’assistenza sanitaria integrativa, la bilateralità contrattuale e l’assicurazione per danni verso terzi; la previsione dell’inquadramento professionale tra i lavoratori adibiti ad attività logistica distributiva (area professionale C relativa alla disciplina del personale viaggiante ai quali non spetta l’indennità di trasferta di cui all’art. 62 del CCNL Trasporti e Logistica 2018 – 2019). In tale ottica, la retribuzione è parametrata in base all’anzianità di servizio e alla tipologia di mezzo utilizzato per la consegna. Quanto all’orario di lavoro viene stabilito un orario ordinario di lavoro corrispondente a 39 ore

tradizionali) – con l’arduo compito poi di scegliere una federazione appropriata (spiegando perché logistica e trasporti in luogo del commercio o del terziario, dato che i ciclo fattorini trasportano beni acquistati nei ristoranti e che negli inquadramenti di questi contratti è prevista la figura del “fattorino”) – o di creare una categoria specifica dedicata possibilmente a tutti i lavoratori digitali o, ancor più ampiamente, a tutti i lavoratori atipici. Tant’è che, non solo, alle trattative per la stipulazione della Carta di Bologna hanno partecipato le Confederazioni sindacali e nessuna loro federazione di categoria, ma soprattutto, il ricorso presentato dalla CGIL contro l’algoritmo *Frank* è stato firmato congiuntamente dai segretari di tre distinte categorie.

settimanali, distribuite su massimo 6 giorni, oltreché una durata media massima, comprensiva delle ore di lavoro straordinario, non superiore a 48 ore.

In terzo e più importante luogo, *l'addendum* del luglio 2018 riserva un ruolo da protagonista alla contrattazione di secondo livello a cui si dà la possibilità di adattare, a livello di singola azienda, la disciplina della subordinazione come prevista dal contratto di settore, alle peculiarità della singola organizzazione del lavoro. La contrattazione nazionale, perciò, riconosce alla eventuale e futuribile contrattazione aziendale di operare specifiche intese autorizzate a derogare anche in senso peggiorativo rispetto alla disciplina contrattuale standard del lavoro subordinato per rispondere alle esigenze di estrema flessibilità richieste dal lavoro su piattaforma.

3.2.1. La subordinazione “adattata” dei ciclofattorini nei contratti aziendali *Just eat* e *Runner pizza*

L'addendum al CCNL del settore trasporto e logistica ha fatto da apripista rispetto alla stipulazione di alcuni contratti di secondo livello che hanno preceduto l'assunzione, come lavoratori subordinati, di numerosi *riders* in tutto il territorio nazionale. La contrattazione aziendale ha dunque dimostrato che le parti sociali possono coniugare estrema flessibilità e tutele del lavoro subordinato, dando vita a una forma di “subordinazione adattata” alle peculiarità del rapporto di lavoro dei ciclo-fattorini del settore del *food delivery*.

L'importanza dei contratti aziendali *Just eat*³¹ e *Runner pizza*³² si apprezza ancor di più, se si pensa che essi sfatano tutte quelle posizioni interpretative che avevano considerato la subordinazione incompatibile con l'estrema flessibilità e la discontinuità del lavoro dei ciclo-fattorini. La subordinazione, seppur nella sua versione “adattata”, deve essere dunque la strada da percorrere, auspicabilmente anche dalle altre piattaforme del *delivery* che – ancora oggi – continuano a puntare sulla triade precarizzazione-cottimizzazione-intensificazione del lavoro

31 Accordo integrativo aziendale 29 marzo 2021, siglato da Takeaway.com Express Italy e Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uil Trasporti, nonché, «ai fini dell'assistenza dei lavoratori che transitano dal lavoro autonomo al lavoro subordinato», da Nidil-Cgil, Felsa-Cisl e Uiltemp-Uil. All'accordo Just Eat-Takeaway è dedicato uno speciale della rivista LLI, 2021, n. 1 curato da M. Barbieri. Per ulteriori rilievi si consenta di rinviare a A. INGRAO, *Le parti e la natura dell'accordo di secondo livello che disciplina la “subordinazione adattata” dei ciclo-fattorini Just eat – Takeaway.com Express Italy*, in *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 7, n. 1, p. R-116 ss. e EAD, *La subordinazione “adattata” dei rider nell'accordo Takeaway.com express – OO.SS.: le relazioni industriali alla conquista della gig economy*, su <https://www.labourlawcommunity.org/dialoghi/la-subordinazione-adattata-dei-rider-nell-accordo-takeaway-com-express-oo-ss-le-relazioni-industriali-alla-conquista-della-gig-economy/contribusto>

32 Si vedano gli accordi di secondo livello siglati da Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uil Trasporti con le società Laconsegna e Montegrappa (affiliate al gruppo Runner Pizza) rispettivamente nelle date del 22 luglio 2019 e del 19 gennaio 2021. Cfr. A. SCELSI, *L'altra contrattazione di secondo livello dei rider: il modello Runner Pizza e il perdurante equivoco fra discontinuità oraria e intermittenza*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2022, p. 555 ss.

autonomo, assicurata dalla perdurante applicazione del contratto collettivo al massimo ribasso *Assodelivery*-UGL (su cui *infra* par. 3.3.).

Non essendo possibile in questa sede trattare con esaustività ogni clausola contrattuale destinata a dar vita alla subordinazione adattata, sia sufficiente limitare il discorso al superamento degli snodi maggiormente problematici del lavoro su piattaforma.

Innanzitutto va compreso che il modello organizzativo contrattato e adottato da entrambe le società elimina in radice l'utilizzo di algoritmi e *ranking* reputazionali – sotto l'egida dell'Addendum 2018 che prevedeva un espresso divieto di tali sistemi – in favore di un'organizzazione e pianificazione delle consegne articolata su turni che presuppone l'applicazione della disciplina dell'orario di lavoro, ivi incluse disposizioni sulla durata massima della settimana lavorativa, riposi, lavoro straordinario *bonus* o premi di risultato, disciplina del *part time*³³ e ferie.

In sostanza, entrambi gli accordi confermano che la flessibilità, o meglio discontinuità e intermittenza, connaturata al modello di organizzazione del lavoro di consegna su piattaforma può essere regolata anche dalla disciplina del lavoro subordinato, assicurando tutele e diritti al prestatore, seppur con qualche adattamento che recepisce le istanze delle piattaforme digitali di conservazione delle esigenze produttive specifiche del settore³⁴. L'assegnazione dei turni non è più dominata dall'algoritmo "cieco" e discriminatorio: il *quantum* lavorato non potrà più dipendere dalla loro produttività, affidabilità o fedeltà registrata e classificata nei *rating*.

Occorre, inoltre, segnalare che entrambe le società assicurano l'applicazione della disciplina in materia di salute e sicurezza (art. 2087 c.c., il TU 81/2008 e T.U. 81/2008) le leggi speciali, obbligandosi a fornire tutti i dispositivi di protezione necessari (casco, strumenti catarifrangenti, mascherine ecc.) ed anche a erogare una formazione digitale adeguata alla pericolosità del lavoro. Inoltre, si

33 V. LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)*, in *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 7, n. 1, p. R-156 ss e ID., *Il part-time e il lavoro intermittente nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)*, in *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 7, n. 1, p. R-143 ss.

34 Due punti particolarmente controversi dell'accordo *Just eat*, che ammette un largo uso di un *part time* che può essere anche di sole 10 ore (in deroga al CCNL e con evidenti ricadute sulla retribuzione), riguardano il lavoro supplementare che è richiesto nel limite del 50%, con deroga alla legge (che prevede il limite del 25 %) e la clausola elastica senza alcun onere per la società, in contrasto dunque a quanto prevede la legge e il CCNL logistica, trasporto merci. Tali pattuizioni, dunque, permettono di qualificare il contratto aziendale in commento quale contratto di prossimità in deroga sia al CCNL (che ammette intese modificative) sia alla legge, si veda M. TIRABOSCHI, *Accordi in deroga ex articolo 8 e loro conoscibilità*. A proposito di un recente contratto aziendale di regolazione del lavoro dei rider e di alcuni orientamenti della magistratura, in *Bollettino ADAPT*, 2021, n. 4.

riconosce ai fattorini, in aggiunta alle coperture INAIL e INPS, un'assicurazione sulla vita, per morte o invalidità permanente.

Infine ai *riders* sono garantiti sia una retribuzione basata sui minimi contrattuali del CCNL trasporto, spedizioni e logistica³⁵ sia i diritti sindacali come previsti dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori.

3.3. Relazioni sindacali indotte dalla cd. legge *rider*: il contratto nazionale Assodelivery-UGL e le reazioni dei giudici

Il 18 settembre 2020 è stato firmato da *Assodelivery* – associazione che rappresenta le principali piattaforme del *food delivery*³⁶ – e UGL, un'associazione sindacale riconosciuta dalla controparte e sedente rappresentante dei *rider* – un contratto collettivo al massimo ribasso – per non dire capestro.

Il cd. CCNL *rider* si pone come scopo ultimo il mantenimento dello *status* di lavoratori autonomi dei *riders*, cercando di svolgere un'attività qualificatoria che contraddice nella sostanza non soltanto l'art. 2 d.lgs. 81/2015, ma anche le numerose sentenze che hanno riconosciuto i *riders* lavoratori subordinati.

In sostanza viene ribadita la tesi delle piattaforme digitali circa il carattere genuinamente autonomo del rapporto al fine di disconoscere le tutele che sarebbero state applicabili ai *rider* in virtù del Capo V *bis* (che come detto *supra* par. 2.2 contiene un *plafond* minimo di tutele applicabili anche ai ciclofattorini autonomi). Infatti, si può ragionevolmente ritenere che questo CCNL «corsaro»³⁷ sia stato indotto dalla stessa l. 128/2019, dal momento che il suo reale obiettivo è evitare le conseguenze dell'applicazione dell'art. 47 *quater* il quale sul fronte retributivo ipotizzava che, qualora una contrattazione delegata non fosse intervenuta a stabilire i criteri di determinazione del compenso complessivo dei fattorini autonomi, si sarebbe applicata la regola del compenso minimo orario parametrato a minimi tabellari stabiliti dai CCNL di settori affini che, in buona sostanza, mascherava un divieto di pagamento a cottimo (*supra* par. 2.2).

Ed in effetti, non soltanto il tempismo della sua stipulazione quasi allo scadere dell'anno di efficacia differita (rispetto all'adozione della l. 128 del novembre

35 Con la precisazione per quanto attiene all'accordo Runner Pizza che «da forma comune (o, quanto meno, prevalente) di lavoro in azienda sembrerebbe essere quella del part-time (...); a ciascun lavoratore spetterebbe, un monte ore settimanale complessivo di almeno 16 ore nell'ambito delle quali l'accordo opererebbe una distinzione, ai fini retributivi, in segmenti temporali di "lavoro effettivo" e di mera "disponibilità"» cfr. *amplius* A. Scelsi, *L'altra contrattazione di secondo livello dei rider*, cit., 565 ss.

36 G. PACELLA, *Le piattaforme di food delivery: un'indagine sulla nascita delle relazioni sindacali nel settore*, in *Labour & Law Issues*, 2019, vol. 3, n. 1, p. 188 ss. a p. 193 PA. definisce Assodelivery un'associazione datoriale «nata come risposta all'azione istituzionale del Governo», essendosi costituita in vista delle ripetute convocazioni delle piattaforme da parte del Ministero del lavoro, sin dall'insediamento dell'ex Ministro del lavoro Luigi Di Maio nella primavera-estate del 2018.

37 F. MARTELLONI, *CCNL Assodelivery-UGL: una buca sulla strada dei rider*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2020.

2019) dell'art. 47 *quater*, ma anche altri indizi hanno convinto i più della non genuinità del CCNL *riders*³⁸.

Fa sospettare non solo il fatto che il CCNL *riders* a livello contenutistico replichi le condizioni generali di contratto stabilite dalla maggior parte di queste piattaforme³⁹, ma altresì la circostanza che *Assodelivery* abbia scelto di stipulare il contratto con un unico sindacato, essendo notorio che diverse e plurali sono le sigle sindacali che rappresentano questi lavoratori.

Lo stesso Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, del resto, a due giorni dalla stipulazione di questo contratto di categoria, emanò una nota – inaugurando una prassi inusuale a dire il vero – nella quale metteva in guardia le parti stipulanti rispetto ad un profilo: le deroghe ammesse dal comma 2, lett. a) art. 2, e 47 *quater* sono pur sempre condizionate alla rappresentatività delle organizzazioni che stipulano, le quali nelle disposizioni sono contemplate al plurale.

Il Ministero dunque stigmatizzava l'accordo, notando l'assenza dei tradizionali indici di rappresentatività del soggetto sindacale stipulante UGL che a) è unico (a dispetto del pluralismo sindacale presente nel settore), b) ha consistenza associativa ridotta (benché di difficile misurazione nel caso dei *riders*) c) non ha mai partecipato né ai tavoli di trattativa con i pubblici poteri in cui si discuteva del contenuto del futuro contratto collettivo né tanto meno agli scioperi organizzati dalle altre organizzazioni sindacali.

La nota ministeriale, che non possiede valore vincolante, costituisce al massimo un *warning* per i giudici che si troveranno a giudicare la legittimità di talune sue applicazioni.

In questa sede basti ricordare infatti quanto avvenuto nel caso di Deliveroo, che aveva imposto l'accettazione della contrattazione collettiva Assodelivery-UGL come condizione indefettibile per continuare a lavorare e successivamente comunicato il recesso ai *riders* che non avevano accettato la suddetta condizione.

Il Tribunale di Bologna con decreto del 30 giugno 2021, accoglieva il ricorso per condotta antisindacale, ordinando alla piattaforma di astenersi dall'applicare l'accordo ai propri *riders*, di reintegrare il lavoratore e condannando Deliveroo Italy alla pubblicazione del provvedimento, a sua cura e spese, sulle edizioni locali dei principali quotidiani. La condanna era poi confermata nel giudizio di

38 *Contra* P. ICHINO, *Contratto per i rider: è davvero pirata?*, in *Lavoce.info*, 21 settembre 2020, che rimarca che «nel nostro regime di libertà sindacale, a differenza di quello corporativo del Ventennio, la categoria sindacale e contrattuale non preesiste al contratto, non è stabilita dalla legge e tantomeno dal Ministero del lavoro (né, come pretenderebbero Cgil, Cisl e Uil e Confindustria nel Patto per la fabbrica del 2018, dal Cnel). Al contrario, la categoria nasce proprio dalla contrattazione collettiva, che sovraneamente la definisce e delimita. Essa è – ed è essenziale che resti – il frutto del libero gioco dell'aggregazione sindacale e della contrattazione tra le parti».

39 Per fare soltanto un esempio, si considera orario notturno la fascia oraria dall'1 alle 7 del mattino, quando cioè quasi tutti i ristoranti sono chiusi, senza contare che nei giorni festivi non sono incluse le domeniche, ma solo le festività nazionali.

opposizione dove il giudice ribadiva che l'onere di provare l'effettiva rappresentatività comparata dell'organizzazione con cui la piattaforma ha stipulato un CCNL ex art. 2, comma 2. D.lgs. 81/2015 ricade sulla piattaforma stessa⁴⁰.

Ancora più in là si è spinto il Tribunale di Firenze, che con sentenza 24.11.21 n. 781 (in riforma del decreto 9 febbraio 2021) giudicando il medesimo caso relativo a Deliveroo ha considerato UGL *riders* un vero e proprio sindacato di comodo ricadente nel divieto di cui all'art. 17 st. lav. Non ne è conseguito un ordine di scioglimento dell'associazione "gialla", ma la condanna della piattaforma per condotta antisindacale.

Queste pronunce unitamente ad altre⁴¹ hanno una importanza decisiva perché rappresentano una prima risposta (positiva) alla questione se sia possibile estendere le regole dello Statuto dei lavoratori attributive di diritti e prerogative sindacali pensate per il lavoro subordinato – tra cui l'azione di repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro – all'area del lavoro non subordinato.

40 Identiche conclusioni raggiunge T. Firenze sentenza 24.11.21 n. 781 «A fronte delle decise contestazioni dei ricorrenti, i quali negano che UGL rider (sigla sindacale che ha firmato il contratto collettivo nazionale applicato in azienda) abbia i requisiti di rappresentatività richiesti dalla norma, sarebbe stato preciso onere della convenuta (che eccepisce la particolare ipotesi di esenzione) dimostrare l'esistenza dei suddetti requisiti. Tale prova non risulta fornita».

41 Cfr. A. DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, in *Labour & Law Issues*, 2021, vol. 7, n. 1, p. R-3 ss.

Lavoro agile

Alberto Levi

SOMMARIO: 1. Il lavoro agile: una possibile declinazione della nuova categoria del “lavoro ibrido”. – 2. Il lungo processo di remotizzazione del lavoro, nell’esperienza giuridica italiana: il lavoro a domicilio ed il telelavoro. – 3. (*Segue*) gli elementi costitutivi della figura del lavoro agile. – 4. La centralità regolativa del patto individuale. – 5. L’esercizio dei poteri datoriali. – 6. L’esplicito riconoscimento del diritto alla disconnessione del lavoratore agile. – 7. La disciplina della sicurezza sul lavoro.

1. Il lavoro agile: una possibile declinazione della nuova categoria del “lavoro ibrido”

La profonda trasformazione delle categorie giuridiche tradizionali del tempo e del luogo di lavoro, così come resa possibile dalla tecnologia e dalle nuove forme di organizzazione del lavoro, ha portato a livello globale alla piena consapevolezza della necessità di valorizzare il cosiddetto “lavoro ibrido”.

Come ben noto, non esiste un modello di lavoro ibrido predefinito in maniera monolitica. Non esiste un prototipo necessariamente identico per tutte le imprese, ma – al contrario – le soluzioni applicative che risultano più adeguate alle singole esigenze organizzative sono diverse da impresa a impresa. C’è però un minimo comune denominatore: l’obiettivo di andare alla ricerca di alchimie di flessibilità spaziale e temporale che lascino ampi margini di autonomia al prestatore di lavoro.

È così, allora, che il lavoro agile rappresenta una tangibile incarnazione di queste nuove esigenze di flessibilità, in quanto tale figura prevede una forte e modulabile dose di flessibilità sia con riguardo al “dove” si lavora, che con riguardo al “quando”.

In particolare, il lavoro agile è stato introdotto in Italia attraverso la legge n. 81 del 2017, cioè ben prima della pandemia. In termini quantitativi, peraltro, fino al febbraio 2020 la diffusione dell’istituto non è stata minimamente paragonabile al vero e proprio *boom* conseguente all’emergenza sanitaria. Fin da subito, infatti, il lavoro agile è stato utilizzato in Italia con una esplicita finalità anticontagio, per remotizzare tutte le attività per le quali era organizzativamente possibile dar corso al distanziamento sociale.

L'emergenza sanitaria è stata, dunque, un fattore di grande accelerazione per l'implementazione dell'istituto. Va tuttavia evidenziato che la disciplina regolativa del lavoro agile durante la pandemia, fissata dai provvedimenti normativi dei primi mesi del 2020, è stata fortemente derogatoria rispetto a quanto stabilito dalla legge n. 81 del 2017. Un esempio per tutti: come si avrà modo di vedere, uno dei pilastri esplicitati nel 2017 è stato quello della volontarietà, nel senso che il lavoro agile non può essere imposto al lavoratore su base unilaterale, ma ha come ingrediente ineliminabile il consenso di entrambe le parti. In particolare, è previsto che la fonte regolativa dell'istituto non possa che essere un patto individuale tra datore e lavoratore, patto del quale si dirà nel successivo paragrafo n. 4. Ebbene, nella regolazione del lavoro agile durante la pandemia questo pilastro è venuto meno, nel senso che è stato fin da subito possibile ricorrere al lavoro agile a prescindere dalla sottoscrizione del patto individuale.

Va anche detto che, a stretto rigore, benché nelle fonti del diritto emergenziale si parlasse esplicitamente di "lavoro agile", in realtà non si è trattato di lavoro agile perfettamente rispondente ai requisiti individuati nella legge n. 81 del 2017 (dei quali si dirà nel paragrafo n. 3), ma piuttosto di una modalità di lavoro nata forse da un'ibridazione tra il lavoro a domicilio, il telelavoro (cioè quella modalità di esecuzione della prestazione che prevede il lavoro a distanza, tramite connessione telematica, anche se non necessariamente da casa) e, appunto, il lavoro agile, così come previsto dalla legge n. 81.

2. Il lungo processo di remotizzazione del lavoro, nell'esperienza giuridica italiana: il lavoro a domicilio ed il telelavoro.

Per sistematizzare l'istituto del lavoro agile, nel quadro articolato del lavoro da remoto, vale dunque la pena di ripercorrere, secondo una prospettiva diacronica, le varie tappe giuridiche compiute dal diritto del lavoro italiano, con riguardo, appunto al lavoro a domicilio prima, al telelavoro poi e, infine, al lavoro agile.

L'attuale regolazione del lavoro a domicilio è stata fissata nel 1973, con la legge n. 877. Il principale obiettivo del legislatore italiano era stabilire quando le regole del diritto del lavoro dovevano applicarsi al lavoratore a domicilio¹. E, a questo proposito, l'art. 1 della legge citata dispone che

è lavoratore a domicilio chiunque, con vincolo di subordinazione, esegue nel proprio domicilio o in locale di cui abbia disponibilità, anche con l'aiuto accessorio di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma con esclusione di manodopera salariata e di apprendisti, lavoro retribuito per conto di uno o più imprenditori,

1 Sul punto, L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, XVIII ed., 2012, p. 202.

utilizzando materie prime o accessorie e attrezzature proprie o dello stesso imprenditore, anche se fornite per il tramite di terzi.²

La dottrina italiana, con riguardo al lavoro a domicilio, mise fin da subito in evidenza che la subordinazione del lavoratore a domicilio si evolveva nel concetto di subordinazione tecnica, nel senso che il lavoratore a domicilio era tenuto a seguire le istruzioni tecniche impartite *ex ante* dal datore di lavoro, nonostante la flessibilizzazione del luogo e del tempo di lavoro. Si è trattato così, fin dagli anni Settanta, di una prima evoluzione necessaria del concetto di subordinazione, evidentemente necessitata dalle spinte in termini di flessibilità organizzativa dei modelli di lavoro subordinato.

Allo stesso modo, negli anni Novanta, la tecnologia ha indotto un ulteriore ripensamento della nozione di subordinazione.

È con la tecnologia, in particolare, che vengono in rilievo modalità di esecuzione della prestazione lavorativa estremamente flessibili, come il telelavoro, in cui le categorie del tempo e del luogo di lavoro sono rese fluide all'ennesima potenza.

Questa può essere considerata la seconda tappa evolutiva. In particolare, con riguardo al telelavoro, il prefisso “tele” serve ad indicare il fatto che tale modalità di lavoro presuppone, appunto, l'utilizzo combinato della telematica e/o dell'informatica.

Il telelavoro dà un fortissimo impulso in termini di flessibilità organizzativa, incidendo sul luogo di lavoro così come classicamente inteso. Esso, infatti, benché sia un istituto estremamente eterogeneo comprendente diverse tipologie di possibili situazioni³, ha una fortissima versatilità in termini di remotizzazione del lavoro⁴, consentendo eventuali esternalizzazioni rispetto al luogo interno all'impresa che solo la tecnologia può realizzare in termini così intensi. Basti pensare al fenomeno del nomadismo digitale, così come oramai in tutto il mondo sta diffondendosi.

È quasi scontato sottolineare che la categoria del telelavoro e del lavoro a domicilio possono anche combinarsi nella figura del telelavoro a domicilio, ma si tratta di una mera eventualità. Infatti, il telelavoro può essere prestato anche da un luogo diverso rispetto al domicilio del lavoratore.

Nell'ordinamento giuridico italiano, il telelavoro ha ricevuto fin dalla fine degli anni Novanta una disciplina differenziata nel settore pubblico, rispetto

2 Sul punto, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, vol. I, Milano, 2000, pp. 329 e seg.

3 Sul punto: Y. FREDIANI, *Nômadés digitaïs*, in corso di pubblicazione nell'opera collettiva in onore del Ministro Sergio Pinto Martins, 2022, p. 2; L. GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Esi, Napoli, 1993, pp. 69 e seg.

4 L. GAETA, *La qualificazione del rapporto*, in L. GAETA, P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 1-2.

al settore privato. In particolare, nel settore pubblico, tale modalità di lavoro è regolata dalla legge⁵, mentre nel settore privato dagli accordi collettivi⁶.

Al di là della diversità delle fonti di regolazione, peraltro, tanto nel lavoro prestato alle dipendenze della pubblica amministrazione, quanto nel lavoro privato sono previste quali tutele fondamentali del telelavoratore: la parità di trattamento economico e normativo, nonché la parità di opportunità anche di carriera, rispetto al lavoratore comparabile che svolge la propria attività all'interno dell'impresa o dell'ente pubblico; il "diritto alla socializzazione", sotto forma di costanti comunicazioni con gli altri lavoratori e con il datore di lavoro; l'esercizio dei diritti sindacali; la tutela della sicurezza e della salute e la tutela della riservatezza.

3. (*Segue*) gli elementi costitutivi della figura del lavoro agile

Veniamo così alla terza tappa evolutiva, cioè quella a cui può essere ricondotto il lavoro agile, giuridificato – come detto – nell'ordinamento italiano nel 2017, con la legge n. 81.

Il legislatore stabilisce che il lavoro agile sia caratterizzato da tre pilastri fondamentali, che entrano a far parte del DNA dell'istituto: l'alternanza tra lavoro svolto all'interno dell'impresa e lavoro svolto all'esterno di essa, la libertà da vincoli di tempo e infine la libertà da vincoli di luogo.

Quanto al primo elemento, si prevede che il lavoro agile è una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato caratterizzata da una necessaria alternanza tra lavoro all'esterno dell'impresa e lavoro svolto all'interno. L'individuazione della quantità di lavoro fuori e di lavoro dentro è rimessa all'accordo individuale tra le parti, il quale, come si avrà modo di vedere nel paragrafo 4, viene stipulato dal datore di lavoro, da un lato e dal singolo lavoratore agile, dall'altro lato⁷.

5 Si vedano: l'art. 4, legge 16 giugno 1998, n. 191 e il Decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 70.

6 A livello europeo, il 16 luglio 2002 è stato stipulato un accordo quadro sul telelavoro fra l'UNICE (associazione europea dei datori di lavoro) e la CES (confederazione di sindacati europei). A livello nazionale, poi, è stato siglato l'accordo interconfederale 9 giugno 2004, firmato da CGIL, CISL e UIL e da tutte le organizzazioni datoriali.

7 Così, per esemplificare, si potrebbe concordare di svolgere il 50% della prestazione complessiva all'interno e il restante 50% all'esterno; oppure il 70% all'interno e il 30% all'esterno, così come percentuali diverse, liberamente determinabili dalle parti, a seconda delle differenti esigenze organizzative che possono porsi.

Inoltre, il datore ed il lavoratore determinano consensualmente la collocazione temporale del lavoro da svolgere dentro e del lavoro da svolgere al di fuori dell'impresa⁸.

Quanto al secondo elemento, la legge n. 81 stabilisce che il lavoro agile comporta l'assenza di "precisi vincoli di orario", pur nel rispetto dei "soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva"⁹. Ciò quando il lavoratore presta la propria attività al di fuori dell'impresa.

Qui è necessaria una riflessione. In particolare, il lavoratore agile, non avendo precisi vincoli di tempo, ha un marcato potere di autodeterminazione con riguardo ai tempi di lavoro, circostanza che inevitabilmente si riflette sul potere direttivo del datore. Quasi a dire che la nozione di subordinazione deve necessariamente adeguarsi, almeno rispetto a come essa è stata concepita nella sua essenza tradizionale.

In ragione di questa marcata autonomia, il lavoro agile è figura contigua rispetto a quella dello *smart work*. A quest'ultimo riguardo, in particolare, si evidenzia l'alto grado di autonomia operativa dello *smart worker*, che è appunto "smart" nella misura in cui riesce a svolgere la propria attività in modo indipendente, cioè senza la necessità di direttive datoriali costanti e puntuali, attraverso l'utilizzazione di competenze trasversali in termini di *problem solving*.

L'elevato grado di autonomia accomuna lo *smart work* al lavoro agile, tanto che quest'ultimo può essere considerato la declinazione italiana del primo.

A ben vedere, però, nello *smart work* manca l'elemento della necessaria alternanza tra lavoro all'esterno dei locali aziendali e lavoro svolto all'interno, tipico invece del lavoro agile, circostanza che – a parere di chi scrive – permette di tenere distinte le due figure, senz'altro contigue, ma differenti¹⁰.

Veniamo al terzo pilastro. La legge n. 81 stabilisce che il lavoratore agile non è assoggettato a "precisi vincoli di luogo di lavoro", quando presta la propria attività al di fuori dell'impresa¹¹.

Questo è un altro riflesso della particolare situazione di autonomia del lavoratore agile, il quale benché subordinato, ha comunque un ampio margine di autodeterminazione anche con riguardo al profilo spaziale, oltre che con riguardo al profilo temporale.

8 Così le parti individuali, esattamente come nel lavoro a tempo parziale, potrebbero avere interesse a declinare la flessibilità in modo da lavorare una parte della giornata all'interno e un'altra parte fuori, oppure alcuni giorni della settimana all'interno e altri fuori, oppure alcune settimane dentro e le altre fuori, oppure alcuni mesi dentro e altri fuori.

9 Si veda l'art. 18, comma 1, della legge n. 81.

10 Da un punto di vista strettamente applicativo, peraltro, va segnalato che oggi in Italia, specie nella contrattazione collettiva, si parla spesso indifferentemente di *smart work* e di lavoro agile, considerando le due locuzioni come sinonimi.

11 Cfr. l'art. 18, comma 1, della legge n. 81.

Pertanto, quando le due parti individuali stipulano il patto di lavoro agile, definiscono il luogo in cui deve essere prestato il lavoro all'esterno, lasciando però un grado di autonomia al lavoratore, che, come si è detto, non è soggetto a precisi vincoli di luogo.

Con riguardo al luogo di lavoro, è necessario evidenziare che la legge n. 81 esplicita due possibili finalità del lavoro agile: l'incremento della competitività dell'impresa e l'agevolazione dei tempi di vita e di lavoro.

Si tratta di due obiettivi che, a parere di chi scrive, possono essere in alternativa, oppure congiunti.

Se da un lato, dunque, il fatto di "agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" fa pensare alla comodità per il lavoratore agile di prestare la propria attività da casa o comunque da un luogo da lui definito, dall'altro lato, non è escluso la sede esterna possa essere, per esempio, un cliente dell'impresa, o comunque un qualsiasi luogo nel quale l'imprenditore potrebbe avere interesse a far lavorare il proprio dipendente. Quindi tale flessibilità topografica può rispondere ad una convenienza a volte del solo lavoratore (come appunto la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro), altre volte dell'impresa (come l'incremento della competitività), altre volte ancora di entrambe le parti.

Oggi, dopo la pandemia, si potrebbe dire che il lavoro agile – oltre che alle due finalità di cui si è detto – possa avere anche l'obiettivo di evitare i contagi. Si tratta, tuttavia, con tutta evidenza, di una finalità che non poteva essere prevista nel 2017, quando è stata adottata la legge n. 81. In questo caso, il luogo di lavoro è scelto – seppure con alcuni limiti¹² – dal lavoratore, come nel caso dell'obiettivo di conciliare i tempi di vita e di lavoro.

C'è altro elemento importante da evidenziare. In relazione al luogo di lavoro, il lavoratore agile – quando è all'esterno dell'impresa – non ha una postazione fissa di lavoro. È questa una prima circostanza che consente di cogliere la differenza tra il lavoro agile e il telelavoro. Il telelavoratore, infatti, nell'ordinamento italiano non ha una postazione di lavoro fissa.

Ma oltre a ciò, sempre con esclusivo riferimento alla parte di lavoro svolto all'esterno dei locali aziendali, la legge n. 81 del 2017 stabilisce che il lavoro agile è prestato con il "possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa". A dire il vero, è verosimile ritenere che nel lavoro agile, da un punto di vista applicativo, sia molto frequente l'utilizzo di tali strumenti tecnologici. Ma – come è dato vedere – l'impiego di tali strumenti è meramente possibile, con la conseguenza che questo profilo non diventa elemento definitivo della fattispecie, come invece accade per il telelavoro. Nel telelavoro, infatti, come si è anticipato, il prefisso "tele" serve proprio a sottolineare l'indispensabilità dell'utilizzo di strumenti telematici ed informatici, che, per converso, nel

12 Così, ad esempio, a parere di chi scrive, il datore di lavoro potrebbe non accettare che il lavoro venisse svolto all'estero, per la difficoltà di riprogrammare un rientro in azienda, in caso di blocco della mobilità internazionale.

lavoro agile può non esserci. Di qui, appunto, la seconda differenza tra il telelavoro e il lavoro agile, istituti ancora una volta contigui, ma differenti.

Il lavoro agile è pertanto una figura che rappresenta una novità per l'ordinamento italiano. Una figura che appartiene ad una nuova epoca. Più autonomia, più flessibilità. Una figura che dimostra come il concetto di “ora lavorata” oggi sia un concetto vecchio.

Nella visione tradizionale del diritto del lavoro, la quantità di tempo che il lavoratore dedica al lavoro è sempre stata un elemento fondamentale per quantificare e conseguentemente remunerare il lavoro subordinato.

Quando peraltro il lavoratore agile presta la propria attività all'esterno dei locali aziendali, diventa difficile assumere come parametro di misurazione dell'attività prestata il tempo di lavoro.

D'altra parte, il lavoratore agile, attraverso il maggior grado di autonomia valutativa di cui dispone, è in grado di conseguire obiettivi in relazione ai quali, appunto, la rilevanza dell'ora lavorata viene svalutata.

In uno scenario futuro, allora, il ricorso sempre più massiccio al lavoro da remoto deve essere ragionevolmente accompagnato da una trasformazione organizzativa, prima ancora che giuridica, nel senso di un ripensamento del lavoro, che deve essere orientato sempre più ai risultati, piuttosto che al tempo dedicato al lavoro.

Si tratta di una svolta epocale, che richiederà importanti sforzi ricostruttivi e che rappresenta un ulteriore profilo di sfaldamento della nozione classica di subordinazione, incentrata sul concetto di obbligazione di mezzi cui è tenuto il lavoratore, in contrapposizione al concetto di obbligazione di risultato, cui invece si vincola il lavoratore autonomo.

La strada da percorrere, già ampiamente delineata dalla scienza organizzativa, pare essere quella del *management by objectives*, che è senz'altro capace di valorizzare tali esigenze di gestione del personale, ma che – da altro lato – presuppone un cambiamento culturale profondo, che va ad incidere sulla stessa nozione di subordinazione, almeno così come essa è stata elaborata nella tradizione giuslavoristica.

Non è evidentemente questa la sede per l'analisi di un tema così ampio, ma quanto meno è possibile cogliere, fin da questa fase che stiamo attualmente vivendo, l'importanza di una riflessione anche giuridica nella direzione indicata.

4. La centralità regolativa del patto individuale

Come si è avuto modo di anticipare, la legge n. 81 ha stabilito che il lavoro agile abbia come presupposto uno specifico accordo tra datore e lavoratore¹³. Da ciò deriva, appunto, la necessaria base consensualistica dell'istituto.

¹³ A questa regola – lo si ribadisce – ha fatto eccezione il periodo pandemico, durante il quale è stato possibile ricorrere al lavoro agile in funzione anticontagio, senza accordo individuale.

Tale accordo deve essere stipulato per iscritto, ai fini della regolarità amministrativa e della prova dell'atto¹⁴.

L'importanza di questo patto deriva dal fatto che esso disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali. In particolare, esso fissa elementi fondamentali nella regolazione del rapporto: i luoghi esterni all'impresa in cui la prestazione è dislocata; la durata della prestazione all'esterno e la sua collocazione temporale; l'individuazione delle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, del potere di controllo e del potere disciplinare (a questo proposito, si rinvia al successivo paragrafo n. 5); l'individuazione dei tempi di riposo del lavoratore; l'indicazione delle misure tecniche ed organizzative necessarie per assicurare il diritto alla disconnessione (di cui si dirà nel successivo paragrafo n. 6); il fatto che il lavoro agile sia previsto a tempo determinato o a tempo indeterminato¹⁵.

Inoltre, il patto di lavoro agile può introdurre un diritto all'apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, oltre che la periodica certificazione delle competenze¹⁶. Si tratta, con tutta evidenza, di una previsione perfettamente in linea con l'epocalità del cambiamento e, di conseguenza, con l'esigenza di accompagnare il lavoratore con una adeguata formazione, che non sia isolata ad un momento specifico, ma che si protragga per tutta la vita lavorativa. È questo un richiamo importante al grande tema della formazione del lavoratore, che – specie in ragione delle innovazioni generate dalla cosiddetta quarta rivoluzione industriale – diventa ormai irrimandabile, come spesso viene testimoniato nella contrattazione collettiva.

Come è dato vedere, dunque, nell'ambito del lavoro agile il patto individuale assume un ruolo regolativo estremamente rilevante.

Da un lato, il fatto che la sede individuata dalla legge in cui formalizzare tali misure di protezione sia l'accordo individuale di lavoro agile lascia lo spazio a possibili differenziazioni richieste dalla specificità delle situazioni. E quindi è questo un fattore di flessibilità individuale.

Da altro lato, però, tale circostanza ha talora destato preoccupazione, in quanto l'asimmetria contrattuale tra datore e lavoratore, tipica della relazione individuale, potrebbe essere superata in sede collettiva.

14 Cfr. l'art. 19 della legge n. 81.

15 Secondo quanto previsto dal legislatore, nell'ipotesi in cui il patto di lavoro agile sia previsto a tempo indeterminato, è sempre possibile il recesso di entrambe le parti con preavviso non inferiore a trenta giorni (in caso di lavoratore disabile, il termine è elevato a novanta giorni, per agevolare le esigenze di riorganizzazione, in relazione alle esigenze di vita e di cura del lavoratore medesimo).

Se sussiste un giustificato motivo di recesso, ciascuno dei contraenti può recedere senza preavviso, laddove il patto sia stato stipulato a tempo indeterminato, oppure prima della scadenza del termine, se il contratto è stato stipulato a tempo determinato.

16 Cfr. l'art. 20, comma 2, della legge n. 81.

È proprio per questa ragione che – nonostante la centralità del patto individuale di lavoro agile – il ruolo dell'autonomia collettiva nel sistema delle fonti è estremamente rilevante.

I sindacati hanno piena consapevolezza della crucialità del ruolo che possono svolgere nella definizione condivisa del lavoro agile e l'impegno fattivo assunto fino ad ora attraverso l'azione collettiva ne è la dimostrazione più tangibile.

Tra l'altro, in piena sintonia con queste considerazioni, anche il "Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile" del 7 dicembre 2021 ribadisce la necessità di "valorizzare la contrattazione collettiva quale fonte privilegiata di regolamentazione (...) della prestazione di lavoro in modalità agile"¹⁷.

5. L'esercizio dei poteri datoriali

Nell'ambito del lavoro agile, i poteri del datore di lavoro, vale a dire il potere direttivo, il potere di controllo ed il potere disciplinare ricevono una specifica regolamentazione.

In particolare, con riguardo al potere direttivo, il legislatore stabilisce che il patto individuale «disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro»¹⁸.

Inoltre l'accordo individuale disciplina «l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4" dello Statuto dei lavoratori»¹⁹.

E, infine, relativamente al potere disciplinare, si prevede che l'accordo individuale «le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari»²⁰.

Tale particolare disciplina dei poteri datoriali, peraltro, come più volte sottolinea il legislatore, è limitata all'attività svolta all'esterno dell'impresa, mentre per l'attività svolta all'interno continuano ad applicarsi le normali regole. Anche al netto di quest'ultima precisazione, comunque, quanto sancito dalla legge è di portata potenzialmente eversiva rispetto ai principi che stanno alla base del diritto del lavoro e della stessa nozione di subordinazione. Ciò che viene sovvertito è, se non proprio la natura unilaterale dei tre poteri tipici del datore di lavoro, sui quali si fonda, appunto, il concetto di subordinazione²¹, quantomeno il loro modello di declinazione, il *quomodo* della loro traduzione nella concreta dinamica del rapporto.

17 Il Protocollo richiamato nel testo è un documento sottoscritto all'esito di un confronto promosso dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali con i Sindacati.

18 Cfr. l'art. 19, comma 1, della legge n. 81.

19 Cfr. l'art. 21, comma 1, della medesima legge.

20 Art. 21, comma 2.

21 In argomento, si veda recentemente A. BAYLOS GRAU, *Poteri privati e diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Lav. Dir.*, 2017, n. 1, p. 7.

In generale, la posizione civilistica di *potere* implica come contraltare la posizione giuridica di *soggezione*.

Invece, nel lavoro agile, il prestatore è legittimato in un certo senso a codeterminare con la controparte le modalità di esercizio dei tre poteri, tanto che una parte della dottrina italiana ha parlato di “subordinazione parzialmente «condivisa» attraverso il *medium* del contratto individuale”²².

Il fatto che tale definizione regolativa avvenga in sede individuale consente di affermare che al lavoratore sono riconosciuti spazi di “negoziabilità concordata”, il che rappresenta un elemento senza dubbio rilevante, tanto che una parte della dottrina italiana ha avanzato l’idea che il lavoro agile sia inquadrabile come rapporto di lavoro speciale, comportante una deviazione causale rispetto allo schema tipico di cui all’art. 2094 del codice civile²³, norma che costituisce il pilastro normativo su cui si fonda la nozione di subordinazione, nel nostro ordinamento giuridico.

D’altra parte, è fuori di ogni dubbio che di fronte ad un mercato del lavoro che cambia rapidamente, è necessario reagire a livello giuridico attraverso un adeguamento delle categorie tradizionali, almeno così come esse sono state classicamente elaborate e la sensazione che si percepisce guardando a quanto previsto dalla legge n. 81 è una sorta di destrutturazione dei tre poteri datoriali.

In particolare, come si è anticipato, al lavoratore agile è richiesta una particolare autonomia valutativa, che si coniuga con quell’anima collaborativa di cui è permeato l’istituto, tanto che una parte della dottrina è giunta a chiedersi se nel lavoro agile non vi sia un’alterazione di quel corollario della subordinazione secondo il quale il rischio deve necessariamente far capo all’impresa²⁴. È, allora, in qualche modo scontato il fatto che il potere direttivo, il potere di controllo e conseguentemente il potere disciplinare subiscano un’alterazione rispetto a quanto avviene nel rapporto *standard*, consentendosi modalità esplicative flessibili della prestazione di lavoro, con una subordinazione rimodulata, così come oggi, in generale, richiede, appunto, la *collaborative economy*²⁵.

22 Così A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *Working Paper “Massimo D’Antona”*, n. 341 del 2017, p. 15.

23 Ancora A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, citato, p. 15.

24 Sul punto, si veda M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Working Paper “Massimo D’Antona”*, n. 335 del 2017, pp. 11-12.

25 In argomento si vedano: C. ROMEO, *Il lavoro agile in ambito privato e pubblico*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 12 del 2017, 826; A. PERULLI, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in *Lav. Dir.*, 2017, p. 259.

6. L'esplicito riconoscimento del diritto alla disconnessione del lavoratore agile

La disciplina introdotta dalla legge n. 81 del 2017 riveste una particolare importanza con riguardo al diritto alla disconnessione del lavoratore, poiché tale diritto è stato regolato per la prima volta in Italia proprio in tale sede.

In generale, a questo proposito, va premesso che l'esistenza di un confine (il più possibile netto) tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro risponde ad un'esigenza fondamentale di tutela della persona del lavoratore, che non si esaurisce nella fisiologica necessità del riposo, ma si estende alla piena e libera fruizione dei cosiddetti tempi di vita.

Viene così ad emersione la matrice regolativa più classica della disciplina dell'orario di lavoro, che ha come obiettivo la perimetrazione del *quantum* temporale dell'attività dedotta in contratto, per evitare pervasività che potrebbero ledere innanzi tutto la dignità del lavoratore.

Il rischio di questa pervasività nel lavoro agile è ancora più insidioso, stante l'assenza di precisi vincoli di orario.

Tale rischio è stato intercettato esplicitamente per il lavoro agile, ma in realtà va ben oltre il raggio applicativo di tale modalità di lavoro, in quanto la fluidità spazio-temporale conseguente ai processi di ri-organizzazione del lavoro generati dalla quarta rivoluzione industriale e fortemente accelerata dalla pandemia fa assumere all'elemento della disconnessione una valenza trasversale e multiforme, che riguarda a ben vedere tutto l'ampio universo del lavoro eseguibile da remoto e non solo²⁶.

Infatti, l'utilizzo ormai massiccio e pressoché generalizzato delle strumentazioni tecnologiche come un semplice *smartphone* o un *tablet* – insieme alle innumerevoli (quanto indiscutibili) positività che caratterizzano ormai il nostro quotidiano non solo lavorativo – porta con sé anche elementi di potenziale criticità, come, appunto, il rischio di una profonda erosione dei tempi di riposo.

Tra l'altro, con specifico riguardo al lavoro agile, il tema del rischio di un'iperconnessione si lega anche al fatto che il lavoro agile – nella sua fisionomia tratteggiata dal legislatore pre-pandemico – ha tra le sue due possibili finalità proprio quella di una migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, accanto a quella dell'incremento della competitività dell'impresa. Per cui il non arginare

26 In proposito, vedi B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *Working Paper "Massimo D'Antona"*, n. 439 del 2021, p. 41; V. FERRANTE, *Il lavoro a distanza e il diritto "alla disconnessione"*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, Milano, 2018, p. 125 ss.; C. LAZZARI, *Alla ricerca di tutele per i gig-workers, fra supplenza giurisprudenziale, regolazione sociale e tentativi di regolazione eteronoma*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, p. 530.

correttamente il rischio di un'eventuale iperconnessione del lavoratore potrebbe dar luogo ad una sorta di eterogenesi di quel fine²⁷.

Con l'ulteriore elemento di attenzione consistente nell'assenza di una "postazione fissa" per il lavoro svolto all'esterno dal lavoratore agile, il quale implica l'elevata «probabilità che la postazione normale sia proprio quella del luogo di vita del lavoratore», con la conseguenza di rendere più facilmente sovrapponibili tempo di vita e tempo di lavoro²⁸.

Ebbene, la legge n. 81 del 2017 stabilisce che l'accordo individuale di cui si è detto nel paragrafo n. 4 individua "le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore (agile) dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro"²⁹.

Tale formulazione, stante la fundamentalità dei valori giuridici sottesi al diritto alla disconnessione, ha indotto una parte della dottrina a ritenere troppo timida la scelta inizialmente adottata dalla legge, nel senso appunto di limitare la disciplina del diritto medesimo ad un mero rinvio all'accordo individuale di lavoro agile³⁰.

Sul punto è intervenuto successivamente il legislatore, con il decreto legge n. 30 del 2021, convertito nella legge n. 61 del 2021, riconoscendo espressamente al lavoratore «il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati»³¹.

Ciò significa innanzi tutto che al lavoratore agile non può esser imposto l'obbligo di restare sempre connesso, anche al di fuori dell'orario di lavoro, quasi a "compensare" la flessibilità derivante dall'assenza di precisi vincoli di orario.

Fatte queste premesse, sul piano delle fonti regolative del diritto alla disconnessione si realizza un intreccio tra legge, autonomia individuale ed autonomia collettiva.

Ebbene, a parere di chi scrive, l'autonomia individuale è senz'altro la sede più adeguata per la regolazione degli aspetti che possono variare soggettivamente da lavoratore a lavoratore³², come, ad esempio, la specificazione dell'attività

27 In tal senso, si veda M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, cit., p. 45.

28 F. CARINCI, *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020, p. 45.

29 Cfr. l'art. 19, comma 1, della legge n. 81.

30 In proposito, si vedano: A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCHI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, n. 2, pp. 317, i quali sottolineano come la legge n. 81 del 2017 non sancisca espressamente e direttamente un "diritto alla disconnessione", contenendo soltanto un riferimento molto generico ed indiretto alla "tecnica protettiva" attraverso cui conseguire l'obiettivo di una tutela adeguata del lavoratore agile.

31 Cfr. l'art. 2, comma 1-ter, del decreto legge n. 30 del 2021.

32 In argomento, si vedano: M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il Lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Bari, 2021, Tomo

richiesta durante l'eventuale reperibilità, nonché la determinazione temporale della reperibilità medesima, da rendere nel caso concreto compatibile con l'ineludibile rispetto della durata massima giornaliera e settimanale.

Mentre più consona alla contrattazione collettiva, specie di secondo livello, è la parte seriale della disciplina del diritto alla disconnessione, come ad esempio l'individuazione delle «misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro»³³. Innanzi tutto, perché, appunto, le soluzioni organizzative e tecniche che vengono individuate hanno un ambito di applicabilità generale, riferibile normalmente alla generalità dei lavoratori interessati. E, in secondo luogo, perché l'asimmetria contrattuale tra datore e singolo lavoratore – di cui si è detto nel paragrafo 4 – potrebbe giocare troppo negativamente sulla effettività del diritto.

Non è un caso, del resto, che le parti sociali si siano fin da subito seriamente impegnate, anche a livello aziendale, nella ricerca di una possibile declinazione concreta del diritto alla disconnessione³⁴.

Così, per esemplificare, la contrattazione collettiva ha in certi casi previsto che «al di fuori dell'orario di lavoro o nell'ambito delle causali legittime di assenza, non potranno essere richiesti, al personale dipendente in modalità lavoro agile, l'accesso e la connessione ai sistemi aziendali»³⁵, con la conseguenza che il lavoratore agile ha diritto a disattivare i propri dispositivi di connessione al termine della prestazione lavorativa e l'eventuale ricezione di comunicazioni aziendali non obbliga il personale dipendente ad attivarsi prima della ripresa dell'attività lavorativa secondo l'orario contrattuale, ferme restando eventuali esigenze oggettive ed eccezionali³⁶.

Oppure, per esemplificare ulteriormente, altre volte la contrattazione aziendale fissa in maniera rigida la disconnessione tra le ore 20 e le ore 8 del giorno successivo³⁷.

In altri casi, è stato previsto che le organizzazioni sindacali abbiano un diritto di informazione sul numero degli accessi ai sistemi aziendali che avvengono al di fuori del normale orario di lavoro, sebbene a fini statistici e in forma

I, p. 372; M. NICOLOSI, *Le sfide del lavoro agile dopo l'emergenza pandemica*, in A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Torino, 2020, p. 113.

33 Art. 19 della legge n. 81.

34 In argomento, si veda V. ZEPPILLI, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, I, pp. 316 e ss.

35 Si veda il punto 25 dell'accordo *smart work* AXA, azienda del settore del credito, del 15 luglio 2021.

36 Si veda ancora, l'accordo AXA del 15 luglio 2021. In senso sostanzialmente analogo, si veda il punto 2 dell'accordo sul lavoro agile SNAM, azienda del settore chimico, del 25 marzo 2021, il quale, appunto, individua nel dettaglio le fasce orarie nell'ambito delle quali il lavoratore agile ha diritto a disconnettersi.

37 In tal senso, cfr. l'accordo GROMART SRL del 4 gennaio 2021, in <http://farecontrattazione.adapt.it/wp-content/uploads/2021/01/Accordo-Gromart-04-1-2021.pdf>.

aggregata³⁸. La condivisione delle informazioni con le parti sociali, del resto, è il primo tassello per il perseguimento di una politica regolativa di stampo partecipativo.

Infine, talvolta i contratti collettivi hanno provveduto ad istituire una commissione paritetica a livello nazionale, proprio con il compito di studiare le modalità più opportune per consolidare un'equilibrata regolazione dell'istituto (anche con riferimento, per esempio, alla pianificazione dei *meeting* virtuali³⁹, che implicano spesso sforamenti di orario non preventivabili e fortemente impattanti sui tempi della vita privata), oppure con il compito di elaborare e pubblicizzare una raccolta di buone pratiche aziendali⁴⁰.

7. La disciplina della sicurezza sul lavoro

Con tutta evidenza, come emerge dal diritto alla disconnessione, un nodo particolarmente rilevante della disciplina del lavoro agile attiene alla tutela della salute e della sicurezza, specie tenuto conto che il prestatore quando è fuori dai locali aziendali si sottrae alla sfera di controllo del datore di lavoro.

La legge n. 81 contiene due norme in proposito: l'art. 18, comma 2 e l'art. 22.

Con la prima, si stabilisce che il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore. Come si è anticipato nel paragrafo n. 3, l'uso di strumenti tecnologici nel lavoro agile è possibile, cioè è meramente eventuale (non è indispensabile come nel telelavoro). Laddove però lo svolgimento dell'attività lavorativa necessita di tali strumenti, la sicurezza ed il buon funzionamento di essi è di competenza del datore di lavoro.

Con la seconda norma, invece, il legislatore sancisce innanzi tutto che il datore garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore agile. A tal fine, in particolare, l'imprenditore è tenuto a consegnare al Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto⁴¹.

Allo scopo di individuare l'effettiva portata della previsione secondo cui il datore di lavoro è tenuto a garantire la salute e la sicurezza del lavoratore agile, pare opportuno osservare come ciò rappresenti – in buona sostanza – una riconferma del principio cardine contenuto nell'art. 2087 del codice civile. Tale norma, che costituisce il baricentro normativo dell'intero scenario antinfortunistico generale, stabilisce che l'imprenditore è tenuto ad adottare le misure di

38 Cfr. l'accordo sul lavoro del GRUPPO GENERALI, del settore assicurativo, del 27 luglio 2021, punto 6.

39 Si veda ancora il punto 5 dell'accordo SNAM del 25 marzo 2021.

40 Si veda l'accordo WIND TRE, del settore telecomunicazioni, del 3 febbraio 2021, punto 7.

41 Cfr. l'art. 22, comma 1, della legge n. 81.

sicurezza che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore subordinato. Dunque, il datore di lavoro deve farsi carico della tutela antinfortunistica del lavoratore agile, anche quando quest'ultimo presta la propria attività al di fuori dell'impresa, magari nel suo domicilio.

Per quanto attiene, invece, all'obbligo di predisporre l'informativa scritta sui rischi generali e sui rischi specifici connessi alle specificità del lavoro agile, può sottolinearsi come esso sia previsto ai fini di un effettivo coinvolgimento partecipativo del Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, soggetto dell'obbligo di sicurezza che ha funzioni consultive e propositive in materia. Infatti, la legge italiana prevede che si tenga una riunione periodica cui partecipano i soggetti che sono debitori di sicurezza. Tra questi soggetti vi è il Rappresentante dei lavoratori, che, appunto, è tenuto a formulare le proprie proposte per migliorare lo *standard* di sicurezza all'interno dell'impresa, tenendo conto anche dei suggerimenti e delle sollecitazioni che vengono evidenziati dai lavoratori. L'informativa scritta, come è dato vedere, presuppone chiaramente il fatto che per un effettivo coinvolgimento è necessario prima di tutto informare adeguatamente, con riguardo, appunto, ai rischi generici ed ai rischi specifici cui è esposto il lavoratore agile.

In particolare, con riferimento ai rischi specifici, potrebbe venire in rilievo, per esempio, l'assenza di un confine netto e preciso tra la vita lavorativa e la vita privata del lavoratore agile, specie quando il proprio lavoro sia prestato da casa.

Oppure, per esemplificare ulteriormente, in certi casi il lavoro da casa potrebbe indurre ad un'intensificazione dei ritmi lavorativi, con l'eventuale insorgenza di uno stato di *stress*.

È fuori di ogni dubbio, comunque, che il tema in questione è molto delicato, in considerazione del fatto che il lavoratore agile, quando presta la propria attività al di fuori dell'impresa, non è soggetto, come si è detto, alla sfera di controllo del datore di lavoro.

È così, allora, che al fine di bilanciare la situazione il legislatore precisa che il lavoratore agile è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dall'imprenditore per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali⁴².

Dunque, un obbligo di cooperazione esplicitamente formulato che va senz'altro a rafforzare il generale obbligo di cooperazione previsto dall'art. 20 del decreto legislativo n. 81 del 2008, in materia di sicurezza sul lavoro. Tale norma prevede che tutti i lavoratori, non soltanto quelli agili, devono prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo

42 Art. 22, comma 2.

di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle loro azioni o omissioni, conformemente alla loro formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro⁴³.

Inoltre, si precisa che i lavoratori devono contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Questa che si è appena citata è la norma generale prevista dal testo Unico in materia di sicurezza e l'obbligo di cooperazione ivi previsto deve ritenersi che si intensifichi con riguardo al lavoratore agile, proprio in ragione, come si è detto, delle specificità insite alla prestazione resa al di fuori dei locali aziendali. Ciò deve tradursi inevitabilmente in una maggiore attenzione e diligenza del lavoratore agile rispetto alla propria sicurezza e a quella degli altri, cosa che del resto è il riflesso del maggior grado di autonomia decisionale di cui egli gode.

43 Art. 20 del decreto legislativo n. 81 del 2008.

PARTE II
I CONTRATTI DI LAVORO FLESSIBILE
NELL'ORDINAMENTO BRASILIANO

Lavoro autonomo e parasubordinazione

Yone Frediani

SOMMARIO: 1. Nozioni introduttive sulla subordinazione classica e le altre forme di subordinazione. – 2. La subordinazione e le sue peculiarità. – 3. L'autonomia e le sue conseguenze. – 4. La parasubordinazione e le sue specificità. – 5. Principali contratti autonomi nell'ordinamento giuridico brasiliano. – 5.1. L'agente immobiliare. – 5.2. Il rappresentante commerciale. – 6. Conclusioni.

1. Nozioni introduttive sulla subordinazione classica e le altre forme di subordinazione

Lo studio del lavoro subordinato, autonomo e parasubordinato nei suoi numerosi attuali sviluppi richiede l'analisi, seppure sintetica, della subordinazione tradizionale, ampiamente utilizzata fin dall'inizio della prima rivoluzione industriale in cui il processo produttivo esige la presenza e la permanenza del lavoratore dipendente presso lo stabilimento del datore di lavoro nell'adempimento della prestazione in lunghi orari di lavoro.

Questo stile nel modo di lavorare che richiede la presenza e la permanenza del lavoratore in azienda è durato durante la seconda e la terza rivoluzione industriale, in cui il processo produttivo e l'erogazione dei servizi sono stati migliorati con l'uso di innumerevoli progressi tecnologici e scientifici in agricoltura, industria, trasporti, commercio e fornitura di servizi, ovvero nei vari rami dell'economia, con lo sviluppo della meccanizzazione, dell'automazione, della robotica, dell'ingegneria genetica e delle biotecnologie, tra le altre scoperte di pari rilevanza, senza modifiche significative per quanto riguarda la subordinazione del lavoratore rispetto al datore di lavoro.

Non sarebbe esagerato affermare che le innovazioni tecnologiche introdotte nei vari ambiti dell'economia, ovvero l'agricoltura, l'industria, il commercio, i trasporti e nella prestazione dei servizi, hanno determinato non solo la frammentazione delle imprese, ma anche il moltiplicarsi delle c.d. imprese “a rete e virtuali”, che, come regola generale, non richiedono più la presenza fisica del lavoratore come avveniva in passato¹.

1 Y. FREDIANI, *Relações de trabalho no terceiro milênio e seus reflexos no mercado de trabalho*, in Y. FREDIANI (a cura di), *A valorização do Trabalho Autônomo e a livre iniciativa*, Lex Magister, Porto Alegre, 2015.

Tuttavia, a partire dagli anni 1990-2000, inizia ad affermarsi la cosiddetta Rivoluzione 4.0, fondata sull'emergere di tecnologie distruttive, ovvero tecnologie che rompono con gli standard, i modelli o le tecnologie fino ad allora esistite, creando un nuovo mercato del lavoro segnato dalla robotica, intelligenza artificiale, nanotecnologie, stampa 3D, internet delle cose, ecc. e, in questo contesto di modernità e di continui mutamenti nel mondo del lavoro, è necessario esaminare le trasformazioni intervenute sulla subordinazione dei lavoratori. L'innovazione tecnologica, quindi, comporterà sempre mutamenti delle condizioni sociali ed economiche, sia minime e praticamente invisibili sia più gravi e drastiche, al punto da alterare il mercato in base alla sua rilevanza².

Gli elementi caratterizzanti della figura del lavoratore si ritrovano nell'art. 3 del Testo Unico sul Lavoro (CLT)³ e alla luce della nozione giuridica risulta che, per la caratterizzazione del rapporto di lavoro subordinato, il lavoro deve essere prestato da persona fisica (personalità), in modo non occasionale (abituale), oneroso (a pagamento) e sotto subordinazione.

Pertanto, è indubbio che il dipendente è soggetto al comando del datore di lavoro, il quale, assumendosi i rischi in relazione all'attività svolta, ammette, paga e dirige la prestazione personale di lavoro, secondo la regola contenuta nell'art. 2 del CLT⁴.

Di conseguenza, la subordinazione che caratterizza il contratto di lavoro è la subordinazione giuridica, caratteristica essenziale che distingue il rapporto di lavoro dalle altre tipologie contrattuali, perché vi sono elementi comuni ad altre forme di prestazione di lavoro in cui sono presenti personalità, regolarità e remunerazione.

Si segnala che l'evoluzione tecnologica provocata dalla c.d. rivoluzione 4.0 ha profondamente alterato le condizioni in cui viene svolto il lavoro e, di conseguenza, ha attenuato la cosiddetta subordinazione classica, attraverso la quale il lavoratore si sottomette al potere di direzione del datore di lavoro rispetto alle modalità di realizzazione dell'attività e all'intensità degli ordini ricevuti.

L'attenuazione della subordinazione classica ha ricevuto classificazioni come diretta, indiretta, integrativa o reticolare⁵ e può essere più spesso rappresentata da:

- a) "subordinazione oggettiva", caratterizzata dall'integrazione del lavoratore nelle finalità e negli obiettivi dell'impresa, risultando in un rapporto armonico del lavoro svolto con le finalità dell'impresa; un rapporto di coordinamento o di partecipazione integrativa o collaborativa attraverso il quale l'attività

2 P.C. BARIA DE CASTILHO, *Subordinação por algoritmo*, LTR, San Paolo 2021.

3 «Si considera lavoratore dipendente qualsiasi persona fisica che presta servizi di natura non contingente al datore di lavoro, sotto la sua dipendenza e dietro compenso».

4 «Un datore di lavoro è una società, individuale o collettiva, che, assumendosi i rischi dell'attività economica, ammette, paga e dirige la prestazione personale di servizi».

5 A.S. ROMITA, *Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho*, LTR, San Paolo, 2013.

del lavoratore segue, in linee armoniche, l'attività dell'impresa, ricevendone l'influenza vicina o remota rispetto alla sua attività⁶.

- b) “subordinazione strutturale” attraverso l'integrazione del lavoratore nelle dinamiche organizzative e operative dell'impresa, indipendentemente dalla ricezione di ordini diretti impartiti dalla stessa: l'essenziale è che sia strutturalmente legata alle dinamiche operative dell'attività dell'impresa⁷; si segnala che l'allargamento dei vari aspetti della subordinazione strutturale, anziché costituire un progresso, genera di fatto un'incertezza giuridica⁸ ove si discuta della qualificazione del rapporto di lavoro tra prestatore e impresa.

Fabio Ulhoa afferma che, ove una qualche ipotesi di integrazione con l'attività d'impresa costituisca una forma di “subordinazione di natura lavorativa”, bisognerebbe riclassificare in termini di lavoro subordinato diversi contratti commerciali, come *franchising*, distribuzione, rappresentanza commerciale, concessione commerciale, provvigione, ecc.⁹.

- c) più recentemente è emersa la “subordinazione algoritmica”, derivante dalle nuove tecnologie che hanno introdotto l'uso di vari strumenti e applicazioni, traducibili in un programma eseguito da un computer, che offre vari servizi ai propri clienti, come visite mediche, trasporto di persone, consegna pasti, trattamenti estetici, esercizi fisici, ecc., risultando che lo scopo di tali applicazioni è quello di mettere in contatto il cliente e il fornitore del servizio attraverso una piattaforma digitale.

L'algoritmo, posto a fondamento di un *software*, è integrato nei programmi informatici appositamente creati per determinate situazioni concrete; nel caso dei servizi di trasporto, il programma identifica l'autista disponibile nel momento in cui l'utente attiva l'applicazione, realizzando la corretta intermediazione con indicazione del valore del servizio e, al momento della conclusione della prestazione, permette di effettuare la valutazione del fornitore; su questa situazione sono intervenute numerose decisioni giudiziarie secondo le quali i fornitori di servizi su piattaforme, anziché esercitare la propria attività in modo autonomo, sarebbero “subordinati all'algoritmo”.

6 P.E. RIBEIRO DE VILHENA, *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, Saraiva, San Paolo, 1975.
 7 M. GODINHO DELGADO, *Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista*, in A. GOULART DE SENA, G. NEVES DELGADO, R. PORTOGALLO NUNES (a cura di), *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*, LTR, San Paolo, 2010.
 8 A. JOBIM AZEVEDO, *Relações contemporâneas de trabalho: observações*, in Y. FREDIANI (a cura di), *op. cit.*.
 9 F. ULHOA COELHO, *Subordinação empresarial e subordinação estrutural*, in Y. FREDIANI (a cura di), *op. cit.*.

Sonia Mascaro Nascimento afferma che la subordinazione all'algoritmo, infatti, non è subordinazione legale, ma solo un modo di gestire la piattaforma di servizi in modo che i consumatori possano usarli con sicurezza e uniformità¹⁰.

Il controllo del lavoro a distanza mediante piattaforme digitali che utilizzano algoritmi, è molto più severo ed efficace di quello svolto personalmente dal capo reparto nelle fabbriche degli anni '70¹¹.

In merito alla disciplina giuridica dei nuovi rapporti di lavoro di fronte alle innovazioni tecnologiche, il primo tentativo è stato quello di riconoscere che la subordinazione per algoritmo è oggi una realtà sociale¹².

La subordinazione algoritmica, pur cercando di dissimularsi, si rivela più densa, più intensa ed efficace della classica subordinazione che avviene tramite ordini diretti, costringendo il lavoratore a svolgere sempre più compiti e valutandoli continuamente e automaticamente attraverso sofisticati sistemi informatici di gestione¹³.

Yuval Noah Harari avverte che «In questo momento gli algoritmi ti stanno guardando. Stanno guardando dove vai, cosa compri, chi incontri. Presto monitoreranno ogni tuo passo, ogni respiro, ogni battito cardiaco»¹⁴.

Con tali considerazioni, sembra che la prestazione di lavoro nell'ordinamento giuridico brasiliano sia classificata come: a) lavoro subordinato, rappresentato dal contratto di lavoro e regolato dal CLT e b) lavoro autonomo, tipizzato come prestazione di servizi autonomi disciplinata dal diritto civile (artt. 593/609) e dalle regole speciali e dalla recente Legge 13467/2017, che ha trattato il lavoro autonomo, con l'inserimento dell'art. 442-B nel CLT¹⁵.

Thereza Nahas afferma che il provvedimento riguarda la possibilità che il lavoratore autonomo abbia la caratteristica di esclusività, ovvero si riferisca al lavoratore economicamente dipendente, ovvero colui che presta servizi ad uno o più datori di lavoro ed è da lui economicamente dipendente. Tuttavia, non è un lavoratore subordinato in senso stretto e conserva autonomia nell'organizzazione del suo tempo e delle sue condizioni di lavoro¹⁶.

10 A. MASCARO NASCIMENTO, *Subordinação por Algoritmo e o novo mercado de trabalho*, in C.R. DE OLIVEIRA, J. NEPOMUCENO BORBA, Y. FREDIANI (a cura di), *Produção em Rede e proteção Social. Social – Estudos em homenagem ao professor Nelson Mannrich*, Editora Mizuno San Paolo, 2021.

11 P.C. BARIA DE CASTILHO, *op. cit.*

12 P.C. BARIA DE CASTILHO, *op. cit.*

13 P.C. BARIA DE CASTILHO, *op. cit.*

14 Y. N. HARARI, *21 lições para o século 21*, Cia das Letras, San Paolo, 2018.

15 Art. 442-B. «L'assunzione del lavoratore autonomo, espletate tutte le formalità di legge, con o senza esclusiva, continuativamente o meno, sottrae la qualità di lavoratore dipendente prevista dall'art. 3» della CLT.

16 T.C. NAHAS, L. PEREIRA, R. MIZIARA, *CLT Comparada Urgente*, Revista dos Tribunais, San Paolo, 2017.

2. La subordinazione e le sue peculiarità

Il lavoro subordinato è svolto dal lavoratore in esecuzione di un contratto di lavoro che implica la disponibilità del lavoratore rispetto al datore di lavoro¹⁷. Si può quindi affermare che nel lavoro subordinato il nucleo centrale ruota attorno al lavoratore e la sua subordinazione giuridica al datore di lavoro costituisce un elemento fondamentale nella qualificazione del rapporto di lavoro.

Secondo Romita, la dipendenza o subordinazione personale resta la caratteristica fondamentale del rapporto di lavoro, nel senso specifico del diritto del lavoro. L'organizzazione dell'impresa richiede un'azione di comando, continua e accentrata nella persona del datore di lavoro, al quale sono subordinati, in misura maggiore o minore, tutti i dipendenti, cioè tutti i lavoratori subordinati¹⁸.

Pertanto, il lavoratore subordinato è l'individuo che mette le proprie energie a disposizione di una persona fisica o giuridica mediante retribuzione e assoggettamento¹⁹.

Il sistema giuridico brasiliano presenta una varietà di situazioni in cui il lavoro viene svolto in subordinazione, coinvolgendo il lavoro rurale, urbano, domestico, a casa, ecc.

Esaminando la questione, Pedro Manus afferma che il tradizionale contratto di lavoro disciplinato dal CLT si applica interamente ai rapporti di lavoro subordinato. Tuttavia, per i nuovi modelli di lavoro che emergono e che non si adattano al modello tradizionale, è necessario che il diritto del lavoro riconosca tali variazioni e presenti le proprie soluzioni giuridiche per ogni nuova realtà contrattuale, per l'assoluta impossibilità del modello tradizionale di conciliarsi con le nuove esigenze²⁰.

Si stima che il classico rapporto di lavoro basato sul lavoro svolto interamente presso la sede del datore di lavoro con una giornata lavorativa rigida, sotto la costante supervisione dell'imprenditore, tenda a essere rapidamente sostituito da un rapporto più flessibile, sia in relazione al luogo in cui si svolge la prestazione, all'orario di lavoro sia, soprattutto, rispetto alle modalità di controllo dei lavoratori²¹.

In senso opposto al lavoro subordinato, esistono anche diverse modalità in cui la prestazione di servizi è svolta al di fuori del normale rapporto di lavoro, come il lavoro occasionale, portuale, diurno e giornaliero nei quali la prestazione è svolta senza continuità. In questi casi possono sussistere gli altri requisiti

17 N. MANNRICH, *Reinventando o Direito do Trabalho: novas dimensões do trabalho autônomo*, in Y. FREDIANI (a cura di), *A valorização do Trabalho Autônomo e a livre iniciativa*, cit..

18 A.S. ROMITA, *A subordinação no contrato de trabalho*, Forense, Rio de Janeiro, 1979.

19 E. G. LOPES ANDRADE, *Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho*, LTR, San Paolo, 2013.

20 P.P. TEIXEIRA MANUS, *A subordinação jurídica no contrato individual de trabalho*, in Y. FREDIANI (a cura di), *op. ult. cit.*

21 Y. FREDIANI, *O porvir da autonomia negocial coletiva*, in M. JORGE, S. NETO (a cura di), *Desafios à Autonomia Negocial Coletiva*, ESPMU, Brasília, 2021.

del rapporto di lavoro, ma non la continuità; il che non impedisce di qualificare il lavoratore come subordinato, sia in ambito urbano che rurale, noto anche con l'espressione *chapa*²².

Tuttavia, la differenziazione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo non è sempre presentata in modo chiaro, in quanto esistono situazioni intermedie, difficili da caratterizzare perché la subordinazione può essere presente o meno o essere attenuata di fronte alle modalità con cui la prestazione è svolta. Il lavoratore autonomo, in quanto privo del presupposto della subordinazione giuridica, si svolge al di fuori dell'egida del diritto del lavoro²³.

Pertanto, la distinzione tra le modalità di esecuzione del lavoro subordinato o autonomo non è sempre facilmente determinabile, dal momento che a causa dell'uso delle nuove tecnologie introdotte dalla cosiddetta quarta rivoluzione industriale, tali aspetti si sono ulteriormente differenziati non solo nella forma di svolgimento dell'attività lavorativa, ma anche nel concetto di impresa che sempre più frequentemente si realizza nella dimensione digitale²⁴.

Thereza Nahas afferma che, nel modello tradizionale di rapporto di lavoro, era possibile definire perfettamente le parti contraenti, con il lavoratore a conoscenza esatta dell'organizzazione di cui faceva parte. Questo modello ha cominciato ad essere diluito con la prestazione di servizi tramite aziende terze che, nella filiera estensiva di produzione, hanno dato luogo alla situazione per cui il lavoratore non ha più la minima possibilità di sapere a chi è destinato il frutto del suo lavoro. E tale diversa organizzazione consente inoltre di frammentare in modo assoluto i rapporti di lavoro, tanto che spesso i lavoratori sono inconsapevoli di coloro che lavorano nel loro stesso ambiente²⁵.

Esistono situazioni concrete dubbie e la caratterizzazione del rapporto di lavoro richiede la dimostrazione in sede giudiziaria dell'esistenza o meno della subordinazione del prestatore di servizi, posto che il lavoratore formalmente autonomo quale il rappresentante commerciale, l'agente immobiliare, i venditori indipendenti, i soci di istituti tra gli altri, possono agire in giudizio al fine di ottenere il riconoscimento dell'esistenza del rapporto di lavoro subordinato, ottenendo il pagamento delle competenze derivanti dal contratto di lavoro eventualmente riconosciuto.

Al contrario, la prestazione di servizi svolta con autonomia dal prestatore e che gli conceda una maggiore libertà nell'esecuzione della prestazione, esclude

22 P.P. TEIXEIRA MANUS, *Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho*, LTR, San Paolo, 2013.

23 A. MONTEIRO DE BARROS, *Curso de Direito do Trabalho*, LTR, San Paolo, 2017.

24 N. MANNRICH, *Direito do Trabalho na era digital*, in T. FERRAZ ANDRADE, F. MAESTER, G. RAVAGNANI (a cura di), *Labor 4.0: direito do trabalho e inovações tecnológicas*, Thomsom Reuters Brasil, São Paulo, 2021.

25 T.C. NAHAS, *Qualificação do vínculo de subordinação*, in G. LUDOVICO, F. FITA ORTEGA, T.C. NAHAS (a cura di), *Novas tecnologias, plataformas digitais e Direito do Trabalho. Uma comparação entre Itália, Espanha e Brasil*, Revista dos Tribunais, San Paolo, 2020.

la partecipazione diretta del committente nell'esecuzione del contratto; esistono tuttavia specifiche situazioni che rivelano che l'eventuale partecipazione e/o direzione del committente non configura la natura subordinata del rapporto di lavoro come si vedrà in seguito.

3. L'autonomia e le sue conseguenze

Lo svolgimento della prestazione in piena autonomia corrisponde al nucleo essenziale del lavoro autonomo che si manifesta nell'esecuzione in proprio di compiti o servizi.

Caratteristiche del lavoro autonomo sono: personalità e autonomia nella prestazione; esercizio di attività economica; abituale o meno nell'esecuzione dell'attività in favore dello stesso contraente; struttura aziendale; indipendenza, seppur relativa, sia dal punto di vista economico che tecnico²⁶.

Nonostante l'esistenza di indipendenza e autonomia, nel rapporto di lavoro autonomo si possono verificare l'esistenza di elementi comuni al contratto di lavoro subordinato, quali la personalità, l'onerosità delle prestazioni fornite ed, eventualmente, l'esecuzione abituale di attività o servizi.

È opportuno precisare che nei contratti di lavoro autonomo il presupposto primario risiede nell'assenza di qualsiasi intenzione da parte dei contraenti di instaurare un vincolo di subordinazione, potendo il lavoratore dedicarsi in tutto o in parte a uno o più committenti, senza che ciò comporti la perdita della relativa autonomia e libertà contrattuale²⁷.

Secondo Alice Monteiro de Barros, nel lavoro autonomo il prestatore di servizi agisce come il proprio capo, senza sottostare ai poteri di comando del datore di lavoro, e, quindi, non fa parte del contesto direttivo e disciplinare di un'organizzazione aziendale²⁸. Da tale connotati deriva che le caratteristiche del lavoro autonomo sono lo svolgimento dell'opera o servizio in maniera libera, indipendente ed autodiretta²⁹.

La distinzione tra lavoro subordinato e autonomo è stata una sfida solitamente definita attraverso azioni legali che mirano al riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato e delle conseguenze che ne derivano nella misura in cui l'ordinamento giuridico brasiliano è caratterizzato dall'alternativa tra subordinazione e autonomia.

In passato l'esercizio del lavoro autonomo era normalmente legato a liberi professionisti che svolgevano le professioni classiche come ingegnere, avvocato, medico o architetto, accanto a coloro che erano lavoratori autonomi in quali,

26 Y. FREDIANI, *Relações de trabalho no terceiro milênio e seus reflexos no mercado de trabalho*, cit..

27 Y. FREDIANI, *op. ult. cit.*

28 A. MONTEIRO DE BARROS, *op. cit.*

29 M. GODINHO DELGADO, *op. cit.*, p. 21.

con o senza alcuna formazione universitaria o liceale, agivano come rappresentanti commerciali, venditori, falegnami, appaltatori, ecc.³⁰.

Tuttavia, oggi, considerando l'uso delle nuove tecnologie, l'emergere di nuove professioni e strutture imprenditoriali, lo sviluppo dell'*outsourcing*, la globalizzazione dei mercati e degli investimenti nella produzione industriale di massa al fine di rendere più economici i prodotti, in particolare legati all'area dell'informatica, della comunicazione, dell'informatica, della robotica, di internet e delle piattaforme digitali, è indubbio che anche l'erogazione di attività di lavoro subordinato e autonomia abbia subito profondi cambiamenti.

La realtà che si presenta oggi è molto diversa a causa della diminuzione dell'attività industriale, con il settore dei servizi che occupa il ruolo centrale del tessuto economico, aggiungendo a tali fatti come cornice di fondo, l'uso irreversibile delle nuove tecnologie nella produzione e nella fornitura di servizi³¹.

Sembra inevitabile che il mercato del lavoro continui a cambiare, con l'inserimento di contratti a termine in sostituzione dei contratti a tempo determinato, che saranno sostituiti anche da contratti per la prestazione di servizi al di fuori della subordinazione, in particolare attraverso piattaforme digitali sempre più utilizzate nella vita quotidiana delle persone e delle aziende, e non c'è dubbio che le attività e le professioni attuali saranno sostituite dalle nuove tecnologie, così come dai posti di lavoro in diversi settori dell'economia.

Come ricorda Yuval Harari: «nessuno dei restanti posti di lavoro umani sarà esente dalla minaccia dell'automazione, perché l'apprendimento automatico e la robotica continueranno a migliorare. Un quarantenne cassiere di Walmart disoccupato che grazie a sforzi notevoli riesce a reinventarsi come pilota di droni potrebbe dover reinventarsi di nuovo dieci anni dopo, quando anche il pilotaggio dei droni potrebbe essere automatizzato. Questa volatilità renderà anche difficile organizzare i sindacati e garantire i diritti dei lavoratori. Se oggi molti nuovi posti di lavoro nelle economie avanzate comportano già un lavoro temporaneo senza protezioni come *free lance* discontinuo, come sindacalizzare una professione che prolifera e scompare nel giro di un decennio?»³².

Alcune attività sono legalmente ricondotte entro l'alveo della subordinazione senza però configurare in realtà un rapporto di lavoro subordinato, come nel caso del rappresentante commerciale, disciplinato dalla l. n. 4886/65, come integrata dalla l. n. 8420/92, le cui obbligazioni nei confronti del rappresentato hanno natura subordinata, senza che il rappresentante perda la sua condizione di libero professionista, con la conseguenza che ogni volta che il lavoratore mette a disposizione di altri la sua forza lavoro, sarà anche soggetto ad una certa

30 Y. FREDIANI, *op. ult. cit.*

31 T.C. NAHAS, Y. FREDIANI, *Relações de trabalho no terceiro milênio e seus reflexos no mercado de trabalho*, in A. AGRA BELMONTE, L. MARTINEZ, T. C. NAHAS, *A valorização do Trabalho Autônomo e a livre iniciativa*, Lacier, Campinas, 2021.

32 Y. N. HARARI, *op. cit.*, p. 54.

dose di subordinazione affinché la prestazione possa raggiungere gli obiettivi proposti.

Parimenti, nell'esecuzione del volontariato regolato dalla l. n. 9608/98, pur nel silenzio di quest'ultima, vi è la presenza dell'elemento della subordinazione perché nell'organizzazione del volontariato è richiesto anche un minimo di ordini per organizzare il lavoro e preparare la lista delle presenze³³. Eppure, l'art. 1 della citata legge prevede espressamente che il volontariato non generi rapporto di lavoro, né alcun obbligo di natura lavorativa, previdenziale o similare.

Un'altra situazione molto tipica si configura nel caso del lavoro dei venditori o rappresentanti indipendenti di cosmetici, un mercato attualmente estremamente sviluppato nel quale, di norma, tali professionisti acquistano prodotti per rivenderli senza alcuna interferenza da parte del produttore, agendo sotto la propria responsabilità anche per quanto riguarda il prezzo di vendita.

Ebbene, tale attività non è sempre svolta personalmente dal rappresentante, che, in pratica, organizza solitamente squadre di venditori in modo da poter raggiungere un numero maggiore di persone nel mercato di vendita e divulgazione del prodotto, cosicché tali lavoratori sono caratterizzati dalla tipica libertà di azione del lavoro autonomo senza alcun assoggettamento a orari, disciplina e regolamentazione del lavoro subordinato, svolgendo l'attività nel proprio esclusivo interesse e nei tempi da loro decisi al pari di quanto avviene per il piccolo commerciante, tenuto conto che l'acquisto di beni per la rivendita costituisce atto di commercio.

Nella stessa situazione si trova il venditore ambulante, disciplinato dalla l. n. 6586/78, definito come il lavoratore che personalmente, per conto proprio e a proprio rischio, svolge una piccola attività commerciale su strade pubbliche o porta a porta. L'esercizio di tale attività richiede l'iscrizione del venditore ambulante nell'assicurazione sociale come lavoratore autonomo, nonché l'iscrizione presso il comune, sebbene in pratica la stragrande maggioranza di tali professionisti svolga la propria attività in completa informalità.

L'esercizio di attività quali parrucchieri, barbieri, estetisti, manicure, pedicure e altri professionisti che svolgono servizi nell'area della cura della persona, è disciplinato dalla l. n. 12592/2012, come modificata dalla l. n. 13352/2016, che autorizza l'esecuzione dei contratti di collaborazione tra gli stabilimenti e questi lavoratori, stabilendo che per la durata della collaborazione, il lavoratore non intrattiene rapporti di lavoro o di società con la rispettiva impresa.

Secondo Ulhoa, ciò che la dottrina lavoristica definisce genericamente come "nuove forme di lavoro" comprende un ampio spettro di attività economiche, dovendosi così ritenere falsa la concezione secondo cui la subordinazione sarebbe un elemento tipico ed esclusivo della realtà disciplinata dal diritto del lavoro.

33 J.A. DALLEGRAVE NETO, *Contrato Individual de Trabalho – uma visão estrutural*, LTR, San Paolo, 1998.

Ciò in realtà non è vero dal momento che vi sono attività svolte in “modo subordinato” che non sono soggette alla disciplina di questo ramo giuridico³⁴.

Il contratto di collaborazione commerciale è caratterizzato dal fatto che uno dei contraenti (l'imprenditore collaboratore) assume l'obbligo di creare, ampliare o consolidare mercati per i prodotti fabbricati o commercializzati dall'altro (l'imprenditore fornitore). In questi contratti sussiste la subordinazione del primo nei confronti del secondo pur non trattandosi di un rapporto qualificato come subordinato³⁵.

Parimenti, il franchisee non è personalmente subordinato al franchisor (anche perché spesso è una persona giuridica); ma la società da lui organizzata, in virtù del contratto di franchising, deve attenersi rigorosamente alle determinazioni del franchisor. La subordinazione, quando riguarda l'impresa, non può esistere nei confronti del franchisor (o del suo socio di maggioranza), ma interessa l'impresa da lui organizzata³⁶.

Di conseguenza, appare irreversibile il moltiplicarsi delle forme atipiche nella prestazione dei servizi, nonché il moltiplicarsi dei lavoratori autonomi, ai quali, certamente, non possono essere applicate le norme di tutela contenute nel CLT, in quanto destinate al lavoratore subordinato³⁷.

A fronte di tali considerazioni, è indubbio che nelle prestazioni di servizi costituisca le circostanze fattuali costituiscano un fattore decisivo per dimostrare se il lavoratore gode di una effettiva autonomia oppure se abbia svolto la propria attività con piena soggezione ai poteri dell'altro contraente.

4. La parasubordinazione e le sue specificità

La dottrina italiana, sensibile all'esigenza di individuare e disciplinare le trasformazioni intervenute nella realtà del lavoro, ha introdotto un modello intermedio tra lavoro subordinato e lavoro autonomo e, cioè, il lavoro parasubordinato o coordinato³⁸.

I lavoratori, in questo caso, non sono subordinati, ma prestano una collaborazione continua e coordinata dal committente e, per ragioni di fatto e di disparità economica, svolgono le loro prestazioni in condizioni di inferiorità attraverso contratti di diritto civile o commerciale, come, ad esempio, nell'edilizia, nei servizi professionali, nei trasporti, ecc., senza godere di effettiva libertà di negoziazione³⁹.

34 F. ULHOA COELHO, *Subordinação empresarial e subordinação estrutural*, in Y. FREDIANI (a cura di), *A valorização do Trabalho Autônomo e a livre iniciativa*, cit..

35 F. ULHOA COELHO, *op. cit.*

36 F. ULHOA COELHO, *op. cit.*

37 Y. FREDIANI, *Relações de trabalho no terceiro milênio e seus reflexos no mercado de trabalho*, cit..

38 A. MONTEIRO DE BARROS, *op. cit.*

39 O. ERMIDA URIARTE, O. HERNANDES ALVAREZ, *Considerações sobre os questionamentos acerca do conceito de subordinação*, in *Rivista Synthesis*, San Paolo, n. 35/33.

È stata proposta per il lavoro parasubordinato una tutela adeguata ma senza l'intensità prevista per il lavoro subordinato e, al contempo, senza l'assenza di una qualche tutela che caratterizza il lavoro autonomo⁴⁰.

L'istituzione del lavoro parasubordinato, accanto al lavoro autonomo e al lavoro subordinato, implica indubbiamente un ridimensionamento del diritto del lavoro. In primo luogo, se questi lavoratori fuggono dall'ambito protettivo del diritto del lavoro, la cosa giusta da fare sarebbe quella di estenderne il campo di applicazione e "perseguire le violazioni" volte ad aggirare gli effetti della subordinazione⁴¹.

Secondo Rodrigues Pinto, la parasubordinazione è una caratteristica della prestazione di lavoro che, pur conservando l'autonomia del lavoratore, lo vincola in maniera così stringente alle esigenze organizzative del committente da determinare una situazione molto simile a quella della subordinazione⁴².

Considerando che la parasubordinazione è un tipo di lavoro che va oltre la subordinazione, Amauri Mascaro Nascimento afferma che il lavoro parasubordinato costituisce una categoria intermedia tra l'autonomo e il subordinato, che copre tipologie di lavoro che non rientrano esattamente in nessuna di queste modalità tradizionali⁴³.

L'individuazione del lavoro parasubordinato può avvenire misurando l'esercizio del potere del committente. Pertanto, quanto più intenso e costante sarà il controllo da parte di quest'ultimo sui dettagli esecutivi della prestazione, tanto più esso sarà vicino al lavoro subordinato. Se meno intenso sarà il controllo sulle direttive impartite per l'esecuzione della prestazione, tendenti alla genericità, tanto più vicino sarà il rapporto alla subordinazione. Si può affermare, quindi, in estrema sintesi, che personalità, continuità, onerosità e dipendenza economica sono tratti comuni del lavoro subordinato e parasubordinato, mentre l'assoggettamento direttivo e il coordinamento esecutivo ne costituiscono i tratti distintivi⁴⁴.

Uriarte afferma che l'istituto del lavoro parasubordinato implica un ridimensionamento del diritto del lavoro stesso al fine di definire le situazioni che ne saranno oggetto, nonché gli istituti del lavoro che vi si applicheranno. L'utilità di questo terzo genere, cioè di questa alternativa, consiste nella possibilità di includere situazioni di confine, localizzate nella cosiddetta "zona grigia", abitate, ad esempio, da lavoratori intellettuali, il cui lavoro comporta situazioni dubbie e di difficile qualificazione. E questo proprio perché non vi è possibilità

40 M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in AA.VV., *Contratto e lavoro subordinato. Scritti in onore di Renato Scognamiglio*, Cedam, Padova, 2000.

41 O. ERMIDA URIARTE, O. HERNANDES ALVAREZ, *op. cit.*

42 J.A. RODRIGUES PINTO, *Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho*, San Paolo, LTR, 2013.

43 A. MASCARO NASCIMENTO, *Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho*, LTR, San Paolo, 2013.

44 J.A. RODRIGUES PINTO, *op. cit.*

di un criterio astratto in grado di individuare esattamente il contenuto della subordinazione⁴⁵.

Le prestazioni di servizi che si trovano in questa zona grigia o di confine, sono svolte da lavoratori che possono essere inquadrati sia come dipendenti che come autonomi, al di fuori della sfera del diritto del lavoro. La giurisprudenza ha sostenuto che la questione deve essere risolta alla luce delle circostanze concrete di ogni caso specifico⁴⁶.

5. Principali contatti autonomi nell'ordinamento giuridico brasiliano

La prestazione di servizi svolta in autonomia dal lavoratore e con ampia libertà nell'esecuzione dell'opera o servizio esclude qualsiasi ingerenza del committente nello svolgimento della prestazione; esistono tuttavia situazioni concrete in cui emerge l'eventuale partecipazione e/o direzione del committente non implica il riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato; alcune di queste fattispecie saranno di seguito esaminate, a partire dalla figura dell'agente immobiliare.

5.1. L'agente immobiliare

L'intermediazione immobiliare, regolata dalla l. n. 650/78, integrata dal decreto n. 81871/78, l. n. 13097/2015 e dagli artt. 722-729 del codice civile, costituisce l'oggetto di un contratto tipico, con forma, oggetto e parti definite, e la relativa attività può essere esercitata da una persona fisica o giuridica, purché intermediata da un tecnico debitamente qualificato per gestire le transazioni immobiliari⁴⁷.

L'onerosità è un elemento caratteristico dell'attività di intermediazione immobiliare che prevede la partecipazione di un terzo nell'attività legale oggetto della transazione, anche se nella pratica vi sono casi in cui la commissione di intermediazione può essere pagata da una società immobiliare.

Nel caso in esame, l'unico elemento atto a distinguere se il prestatore di servizi è lavoratore autonomo o subordinato risiede nell'esistenza o meno della subordinazione, poiché se l'attività dell'agente immobiliare è diretta, disciplinata e retribuita dal committente si configura un rapporto di lavoro subordinato.

Un altro elemento importante nel rapporto in esame riguarda il rischio dell'attività, perché se l'agente immobiliare riceve un compenso solo alla conclusione del contratto di compravendita che ha intermediato, assume il rischio della sua

45 A. MONTEIRO DE BARROS, *op. cit.*

46 A. MONTEIRO DE BARROS, *op. cit.*

47 J. NEPOMUCENO BORBA, *Trabalho autônomo sob a perspectiva dos direitos humanos e atividade de corretagem de imóveis*, in C.R. DE OLIVEIRA, J. NEPOMUCENO BORBA, Y. FREDIANI (a cura di), *op. cit.*

attività, e, nell'assumere il rischio, esclude la configurazione di un contratto di lavoro subordinato con l'agenzia, rappresentando l'esclusione del rischio un suo elemento identificativo⁴⁸.

Tuttavia, il sistema solitamente utilizzato nel contesto immobiliare solleva alcuni dubbi in merito alla subordinazione, trattandosi di un'attività organizzata da parte della società immobiliare a condizioni da essa imposte e che tuttavia non implicano alcuna posizione di soggezione secondo le modalità tipiche di svolgimento della prestazione, posto che nelle attività di intermediazione immobiliare, quali l'acquisto, la vendita, la permuta e la locazione di immobili, l'intermediario può anche esprimere un parere sui vantaggi e gli svantaggi di una particolare operazione e/o investimento nell'area immobiliare⁴⁹.

Il contratto di intermediazione si qualifica come mandato attraverso il quale, da un lato, vengono concordate le condizioni alle quali l'intermediario incaricato svilupperà la propria attività in un rapporto di coordinamento e/o cooperazione al fine di condividere il risultato dell'attività e, dall'altro, il venditore mandante gli attribuisce uno specifico potere di rappresentanza ai fini dell'esercizio di affari relativi a beni immobili di sua proprietà, riconoscendo l'autonomia professionale dell'intermediario come elemento caratteristico della sua attività⁵⁰.

Joselita Borba afferma che, come regola generale, i broker tendono ad organizzarsi sotto la guida di un professionista con maggiore competenza e facilità di attrazione per la vendita del prodotto, vale a dire che il lavoro di squadra è solitamente più produttivo attraverso la condivisione di commissioni. Il lavoro è organizzato dai broker che fanno parte del team che distribuiscono tra loro le attività commerciali e amministrative e, tra queste, l'orario dei turni di lavoro in conformità alla legge, posto che l'attività del broker richiede un processo di acquisizione e valutazione del profilo del cliente, di descrizione tecnica degli immobili disponibili, di orientamento al cliente sulla documentazione necessaria, di visita alle unità immobiliari e, infine, di conclusione del contratto⁵¹.

Le attività di cui sopra si rivelano incompatibili con orari di lavoro rigidi, tenuto conto della possibilità per l'intermediario di lavorare da qualsiasi luogo, anche al di fuori dello spazio fisico della società immobiliare, ed anche dalla propria residenza; si ricorda, inoltre, che il cliente non è sempre disponibile a visitare l'immobile o gli uffici di vendita durante l'orario lavorativo; da qui la necessità di conciliare le reciproche disponibilità con telefonate e visite al di

48 J. MARTINS-COSTA, G. HAICAL, *O corretor autónomo e a empresa de corretagem: entre colaboração e subordinação*, in Y. FREDIANI (a cura di), *A valorização do Trabalho Autónomo e a livre iniciativa*, cit..

49 Art. 3 l. n. 6530/78: «Spetta all'Agente Immobiliare fungere da intermediario nell'acquisto, vendita, permuta e locazione di immobili, e può anche esprimere un parere sulla commercializzazione degli immobili». La legge è stata integrata dal decreto n. 81871/1978 che all'art. 2 ha riprodotto il contenuto di questa norma.

50 J. NEPOMUCENO BORBA, *op. cit.*.

51 J. NEPOMUCENO BORBA, *op. cit.*.

fuori del normale orario lavorativo, trattandosi – come già detto – di lavoro organizzato e non di lavoro subordinato⁵².

L'attività svolta attraverso questo tipo di organizzazione del lavoro che trova esplicito riconoscimento da parte della legge, non deve essere confusa con le caratteristiche del lavoro subordinato, avendo chiarito i giudici che in merito all'accoglimento o al rigetto delle pretese di riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato del broker di compravendita immobiliare rileva la combinazione dei vari elementi citati, oltre alla subordinazione, come l'assunzione dei rischi dell'attività, l'intento delle parti e il concreto svolgimento del rapporto.

5.2. Il rappresentante commerciale

Anche la rappresentanza commerciale, disciplinata dalla l. n. 4886/65 e modificata dalla l. n. 8420/92, configura un contratto tipico, nel quale i diritti e doveri delle parti sono disciplinati in modo dettagliato e specifico. Il codice civile agli artt. 710-721 si occupa di contratto di agenzia e distribuzione, attività assimilabili alla rappresentanza commerciale.

Il primo aspetto da considerare riguarda la persona del rappresentante commerciale, che può essere una persona fisica, cioè il singolo imprenditore, che esplica attività economica senza soci, nella forma dell'art. 966 cod. civ.⁵³ oppure una

52 Tra le tante sentenze che hanno accolto la tesi dell'esistenza del lavoro organizzato, spicca la seguente sentenza che, alla luce delle prove, ha respinto la richiesta di riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato di un intermediario. Ecco i termini: «[...] Cioè, ciò che si ricava da questo atto è che, come risulta dalle prove orali, il pagamento dell'attore è stato effettuato direttamente dal cliente, anche se l'assegno è consegnato presso la sede del convenuto (...). Sempre in ordine al compenso, l'attore conferma che in mancanza di vendita non riceveva alcun compenso, sopportava le spese di trasporto, non percepiva importi fissi e sopportava il costo dei biglietti da visita. (...) Inoltre, il contratto tra le parti e le prove orali prodotte indicano che era possibile il patto *cinquanta e cinquanta*, che finisce per ridurre l'importo della provvigione, legandolo al rischio d'impresa e all'autonomia (...). Il fatto che ci fosse un orario e la convocazione ad un incontro (...) non indica, di per sé, subordinazione, poiché dato il numero di intermediari è naturale che ci sia un'organizzazione in modo da evitare una sovrapposizione tra loro in determinati orari e l'assenza in altri, il che incide direttamente sul loro diritto alle commissioni poiché, se non c'è vendita, non c'è compenso e, di conseguenza, il broker non riceve nulla. (...) Le email (...) hanno un forte contenuto motivazionale, non indicando subordinazione legale. Nota: l'associazione (la l. n. 6530 usa l'espressione "associato") tra intermediario e agente immobiliare è una partnership con guadagni per entrambi e, qui, il fatto che l'intermediario si sia associato ad una grande società immobiliare gli ha garantito il vantaggio di poter raggiungere una più ampia clientela, aumentando le vendite. (...) Non si nega che il confine tra l'intermediazione autonoma e il lavoratore subordinato possa essere sottile, ma quando si sceglie di associarsi ad una società immobiliare è naturale partecipare alla relativa organizzazione al fine di esercitare al meglio l'intermediazione nella vendita [...]». Causa: 1000799-11.5.02.0606, 6th, tribunale del Lavoro di San Paolo, Zona Est, depositato l'8 gennaio 2019, giudice federale del lavoro Thais Tannus de Carvalho.

53 Si considera imprenditore colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata per la produzione o la circolazione di beni o servizi.

persona giuridica, costituita come società d'impresa ai sensi dell'art. 982⁵⁴ del codice civile, assumendo generalmente la forma di società a responsabilità limitata.

La prestazione dei servizi è svolta con abitualità e onerosità dal momento che al singolo atto di mediazione commerciale non si applica la disciplina della rappresentanza commerciale.

Si precisa che il rappresentante commerciale deve svolgere le proprie funzioni secondo le indicazioni ricevute dal suo rappresentato, rilevando l'esistenza di subordinazione tipica del contratto di rappresentanza che non può essere assimilata alla subordinazione di natura personale, in quanto il rappresentante è soggetto alla ricezione delle istruzioni fornite dal rappresentato, impegnandosi a svolgere la propria attività in base alle indicazioni contenute nell'accordo con riguardo, ad esempio, al prezzo, alle condizioni di pagamento, tempi di consegna, ecc.⁵⁵.

Pertanto, il fatto che il rappresentante commerciale segua una formazione per conoscere le qualità del prodotto di cui si propone di sviluppare le vendite, non elimina la sua condizione di autonomia.

Infatti, le istruzioni trasmesse al rappresentante commerciale non possono essere considerate come eventuali ingerenze del rappresentato nell'esecuzione della prestazione attraverso la fissazione di obiettivi, orari di riunioni o produzioni minime, perché l'attività deve essere condotta in completa e autentica autonomia nell'erogazione dei servizi; circostanza che, in linea di principio, esclude la configurazione del rapporto di lavoro tra le parti, non essendovi subordinazione gerarchica del rappresentante al rappresentato, requisito tipico del contratto di lavoro⁵⁶.

Sérgio Pinto Martins afferma che «la caratteristica fondamentale del rappresentante commerciale autonomo è la sua autonomia, tanto che l'art. 1 della Legge 4.886 prevede che non sussistono rapporti di lavoro subordinato tra le parti. Il rappresentante commerciale autonomo non è diretto o supervisionato dal rappresentato e non è obbligato a rispettare l'orario di lavoro, la produttività minima, ad assistere al servizio, ecc. Il lavoratore autonomo non deve obbedire agli ordini o sottomettersi alle determinazioni del datore di lavoro. Agisce in autonomia nell'erogazione dei servizi. Il rappresentante commerciale autonomo riceve solo direttive, linee guida o istruzioni su come svolgere il proprio lavoro, non configurando imposizione o assoggettamento al rappresentato, ma solo su come deve svolgere il proprio lavoro, se vuole vendere i prodotti del rappresentato»⁵⁷.

54 Salvo espressa deroga, si considera impresa una società avente per oggetto l'esercizio dell'attività di imprenditore soggetto ad iscrizione (art. 967) ed altre.

55 Y. FREDIANI, *Considerações apresentadas no 6º Congresso Brasileiro de Direito Comercial*, San Paolo, 2016.

56 Y. FREDIANI, *op. ult. cit.*

57 S. PINTO MARTINS, *Direito do Trabalho*, Atlas, San Paolo, 22a ed. 2006.

Ai sensi di quanto previsto dall'art. 2 della l. n. 4886/65, il rappresentante commerciale per poter svolgere la propria attività è tenuto ad essere regolarmente iscritto al Consiglio regionale dei rappresentanti di commercio, come imprenditore individuale o società d'impresa, perché la mancanza di tale formalità, oltre a non consentire legalmente al rappresentante di svolgere la propria attività, aumenta notevolmente il rischio di riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato.

Le clausole obbligatorie del contratto di rappresentanza commerciale sono elencate nell'art. 27 e, in linea di massima, il rappresentante è remunerato mediante una commissione adeguata al valore degli affari proposti al rappresentato, mediante pagamento mensile, salvo diverso accordo, purché sussistano due condizioni: a) l'accettazione dell'affare e b) il ricevimento del prezzo da parte del rappresentato, poiché la commissione del rappresentante si concretizza solo con l'effettiva conclusione dell'affare.

Parimenti, la previsione o meno dell'esclusività della zona non esclude la condizione di autonomia del rappresentante commerciale in quanto condizione indispensabile per l'esecuzione del contratto di rappresentanza, risultando la variazione dell'intensità della subordinazione direttamente collegata all'attività svolta.

Nel caso in cui la rappresentanza commerciale sia utilizzata per occultare un reale rapporto di lavoro subordinato, con riguardo alla subordinazione e agli altri requisiti del relativo vincolo, il Tribunale del lavoro, applicando il principio del primato della realtà, potrà riqualificare il rapporto tra rappresentante e rappresentato come di lavoro subordinato.

Tuttavia, con una recente decisione del settembre del 2020, il Supremo Tribunale Federale ha riconosciuto, con efficacia generale (tema 550), la competenza della giustizia comune nelle controversie in tema di rappresentanza commerciale: una volta soddisfatti i requisiti di cui alla l. n. 4886/65, spetta al Tribunale comune dirimere le controversie che coinvolgono rapporti giuridici tra rappresentanti commerciali e rappresentati, non sussistendo alcun rapporto di lavoro tra le parti⁵⁸.

6. Conclusioni

Alla luce dei vari aspetti esaminati in tema di subordinazione, parasubordinazione e autonomia, è necessario riconoscere che il mondo del lavoro e il mercato del lavoro sono stati significativamente condizionati dalle nuove tecnologie introdotte dalla rivoluzione 4.0, dalle nuove forme di erogazione dei servizi e di produzione di merce.

Nonostante aspetti così evidenti in tutto il mondo, purtroppo, il Brasile non si è evoluto nei numerosi aspetti legati al mercato del lavoro e alla tutela dei

58 RE 606.003, giudicato in seduta virtuale conclusa il 25/09/2020.

lavoratori, poiché resta ai margini delle innovazioni essenziali nel campo della legislazione del lavoro, continuando ad insistere sulla regolazione di modelli di rapporto tra datore di lavoro e lavoratore degli anni '50 del secolo scorso.

D'altra parte, non si ignora la recente regolamentazione del telelavoro, sebbene le sue direttive non si rivelino sufficienti, tenuto conto soprattutto delle conseguente sul piano sociale, economico e produttivo provocate dalla pandemia da Covid-19.

Ciò che si cerca di rimarcare è che costituisce un dovere dello Stato garantire il lavoro come valore massimo espresso nella Costituzione federale, risultando necessario un ridimensionamento delle tutele dei lavoratori, che dovrebbero essere molto più incentrate sulla loro protezione in caso di loro debolezza quando effettivamente esistente in ragione del grado di subordinazione rispetto al soggetto, persona fisica e giuridica, con il quale ha instaurato il rapporto⁵⁹.

Un altro aspetto importante che merita di essere menzionato è che non si può perdere di vista il fatto che l'azienda, indipendentemente dalla sua dimensione o area di attività, dipende nella sua vita quotidiana da un gruppo di persone per raggiungere i suoi obiettivi, e che la garanzia costituzionale della libertà d'impresa di cui all'art. 170 della Costituzione Federale del 1988, assicura, appunto, la possibilità per l'imprenditore di organizzare la propria impresa e dimensionare la propria struttura amministrativa e produttiva nel modo a lui congeniale, purché siano rispettate le altre norme di legge applicabili alla fattispecie⁶⁰.

Così, tra i partecipanti di questo "piccolo esercito" che integra l'attività imprenditoriale, ci sono i dipendenti, i fornitori di servizi indipendenti e occasionali, i lavoratori che prestano la propria attività in società specializzate come società di trasporto, sorveglianza, pulizia, consulenza logistica, call center e informatica, agenzie pubblicitarie, centri di ricerca e tecnologia, ecc.⁶¹.

Pertanto, è un fatto pubblico e noto che l'azienda raggiunge i propri obiettivi sociali attraverso la molteplicità delle conoscenze e delle attività fornite dai professionisti più diversi, non affidandosi, quindi, solo ai propri dipendenti, perché alcune di queste attività possono essere considerate fondamentali o essenziali, mentre altre semplicemente complementari⁶².

Si attende, pertanto, che lo Stato, consapevole delle attuali esigenze di prestazione di servizi sensibilmente modificate dalle nuove forme di organizzazione delle attività e di produzione in rete e dalle nuove tipologie contrattuali, intervenga con la necessaria tempestività, adottando una nuova tutela nei confronti dei lavoratori attraverso politiche serie ed efficaci di fronte al nuovo assetto economico, garantendo in una prospettiva universale il diritto al lavoro e non necessariamente al contratto di lavoro.

59 Y. FREDIANI, *Relações de trabalho no terceiro milênio e seus reflexos no mercado de trabalho*, cit..

60 Y. FREDIANI, *op. ult. cit.*.

61 Y. FREDIANI, *op. ult. cit.*.

62 Y. FREDIANI, *op. ult. cit.*.

Contratto di lavoro a tempo parziale*

Guilherme Guimarães Feliciano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contratto di lavoro *part-time* nell'ordinamento giuridico brasiliano: idea, ispirazione e critica. – 3. Il contratto di lavoro a tempo parziale di cui al Provvedimento n. 2164-41 del 2001. – 4. Il contratto di lavoro a tempo parziale *ex* Legge n. 13467 del 2017 (Riforma del Lavoro). – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Discutendo della giornata lavorativa, ancor prima della diffusione delle leggi sul lavoro che ne limitavano la durata, Karl Marx ha riflettuto sul fatto che, nel modo di produzione capitalista, il capitalista compra la forza lavoro al suo valore quotidiano, in modo che il rispettivo valore d'uso diventi suo per tutta la giornata lavorativa; acquisiva così il diritto di pretendere dal lavoratore una giornata di lavoro.

La giornata lavorativa, per sua natura, sarebbe “più corta” per ovvi motivi di una normale giornata. Ma – chiede Marx – quanto più corta?¹ E risponde:

«Il capitalista ha il suo punto di vista su questo fattore, la frontiera necessaria della giornata lavorativa. [...] Il capitale è un'opera morta che, come un vampiro, si ravviva succhiando l'opera viva e più succhia, più diventa forte. Il tempo in cui l'operaio lavora è il tempo durante il quale il capitalista consuma la forza lavoro che ha acquistato. [...] Il capitalista si basa sulla legge dello scambio di merci. Come ogni altro acquirente, cerca di trarre il massimo vantaggio possibile dal valore d'uso della sua merce»².

In quest'ordine di idee, se si intende, con Delgado, che l'orario di lavoro è il «[...] lasso di tempo giornaliero in cui il lavoratore si mette a disposizione del datore di lavoro in virtù del rispettivo contratto», configurando «la principale unità di misura del tempo giornaliero» di disponibilità del lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro per effetto dell'adempimento del contratto di lavoro che lo vincola», per cui «l'entità del trasferimento della forza lavoro in favore del datore di lavoro è la misura [...], oggettivamente, del rapporto di lavoro»

* Traduzione a cura di Sara Roccisano.

1 K. MARX, *O capital: crítica da economia política*. Trad. di Reginaldo Sant'Anna, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 22. ed., 2004, Tomo I, Cap. VIII, *passim*.

2 *Id.*, *ibid.*

– essendo, quindi, la «misura del principale del vantaggio aziendale (appropriazione delle prestazioni concordate)»³ –, è evidente che, oltre agli evidenti impatti sulla propria salute (che costituisce il collegamento indelebile tra i commi XIII, XVI e XXII dell'art. 7 della Costituzione della Repubblica Federale del Brasile, d'ora in poi CRFB)⁴, qualunque modifica normativa del regime giuridico della giornata lavorativa, al di fuori dell'ambito dell'art. 7 della CRFB e dell'art. 58 del Testo Unico del Lavoro, tendono ad incidere sulla naturale commutatività del contratto individuale di lavoro.

E, non di rado, ha un impatto negativo (vale a dire, a danno del lavoratore e del suo diritto alla disconnessione, direttamente o indirettamente), facendo ottenere al capitalista guadagni ancora maggiori, senza ricambiare, proporzionalmente o giustamente, il lavoro vivo incorporato nel lavoro morto.

3 M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, San Paulo, 16. ed. 2017, p. 977.

4 E determina, invece, l'incostituzionalità del solo comma dell'art. 611-B del TUF V, al riguardo, G. GUIMARÃES FELICIANO, *Ainda sobre a Reforma Trabalhista: para melhor situar a caverna e os seus habitantes*. Jota. Coluna Juízo de Valor, 8 maggio. 2017. Disponibile su <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juizo-de-valor/para-melhor-situar-a-caverna-e-seus-habitantes-08052017?msclkid=547c9492bb0411ecb0179349114380d1>. Accesso il: 9 apr. 2022. *In verbis*: «[...] Sappiamo tutti, ed è proprio alle origini del diritto del lavoro, che i temi dell'orario di lavoro e delle pause di lavoro sono direttamente intrecciati con il tema della salute e della salute del lavoratore sicurezza. Non a caso, il *Peel Act* (2.6.1802), considerato dagli storici la prima legge propriamente “lavorativa” del nostro tempo, mirava sostanzialmente a limitare il lavoro quotidiano degli apprendisti a dodici ore al giorno, escluse le pause per i pasti (che non potevano essere “retribuite” di comune accordo, come ammetterà l'art. 59-A del progetto); fu chiamato *Peel Act* in onore di Sir Robert Peel, allora Primo Ministro della Gran Bretagna, ma la sua vera denominazione storica era “Health and Morals of Apprentices Act” (= “Legge sulla salute e sulla morale degli apprendisti”) e la sua introduzione fu dovuta allo scoppio di una “febbre malvagia” che uccise diversi apprendisti nel 1784, soprattutto nella città di Radcliffe. [...] Indiscutibile, quindi, la correlazione tra orario di lavoro e salute del lavoratore (soprattutto dei più giovani), sin dagli albori del Diritto del Lavoro. Come d'altronde oggi pacificamente riconosce, al di là di ogni ragionevole dubbio, la stessa Organizzazione Internazionale del Lavoro, di cui il Brasile è Stato membro dal 1919. Cfr. ad esempio, gli articoli 4 e 5 della Convenzione n. 155, ratificata in Brasile con Decreto n. 1.254/1994 [...]. Non è così, invece, nella visione “moderna” del PL n. 6.787/2016 [diventa poi Legge 13.467/2017 – Legge di Riforma del Lavoro]. Il testo dell'articolo 611-B, unico comma, del CLT, dispone che “le regole sull'orario di lavoro e sulle pause non sono considerate norme di salute, igiene e sicurezza sul lavoro ai fini delle disposizioni del presente articolo” (ossia al fine di vietare la prevalenza dell'autonomia negoziale sulla legge). E, quindi, nella prospettiva della prevalenza della norma contrattuale su quella legale, il nuovo articolo 611-A del CLT consentirà, tra l'altro, senza necessità di alcuna autorizzazione tecnica da parte del Ministero del Lavoro, ispettori del lavoro e/o oppure medici e ingegneri del lavoro, che i sindacati professionali “negoziato” con i sindacati dei datori di lavoro o con le aziende, il peggioramento delle condizioni di lavoro su materie come le pause infragiornaliere, “rispettando il limite minimo di trenta minuti per l'orario di lavoro superiore a sei ore” (voce III), l'inquadramento del grado di insalubrità, o la proroga dell'orario di lavoro in ambienti malsani, “senza preventiva autorizzazione delle autorità competenti del Ministero del Lavoro” (voce XIII)... [...] Onestamente, niente di più assurdo. Direi, forse, niente di più “cavernicolo (*sic*)”. Si torna indietro di duecento anni».

Il che ci riporta a Marx, il quale, emulando la voce del lavoratore, afferma: «Quello che guadagni nel lavoro, io lo perdo nella sostanza. L'utilizzo della mia forza lavoro e il suo saccheggio sono cose completamente diverse»⁵.

Non era da meno il cosiddetto “contratto di lavoro a tempo parziale”, originariamente introdotto dal Provvedimento n. 2164-41 del 2001 e successivamente consolidato – e intensificato – dalla legge 13467 del 2017. È mutata la naturale commutatività del contratto individuale di lavoro, tradizionalmente pensato per turni di otto ore (nella vecchia logica della tripartizione delle ore della giornata: otto ore per la vita lavorativa, otto ore per la vita personale, otto ore per il riposo).

E, con l'avvento della proclamata “Riforma del lavoro” del 2017, la relativa perdita salariale del lavoratore si è aggravata.

La differenza – evidente – è che prima, nel 1800, il capitalista promuoveva la riproduzione allargata del capitale, favorendo tra l'altro l'allungamento della giornata lavorativa dei suoi lavoratori: aumentava la giornata lavorativa effettiva (cioè allungava la giornata lavorativa), entro i possibili limiti della giornata naturale di vita. Ora, nel 21° secolo, in considerazione delle ore straordinarie aggiuntive (CRFB, art. 7, XV), si generano meccanismi legali affinché egli possa aumentare il proprio guadagno anche riducendo la giornata lavorativa effettiva, nei limiti stretti della propria necessità (e, quindi, senza perdita di produttività), riducendo i livelli minimi di remunerazione fino ad allora previsti per legge (e, quindi, con aumento di redditività).

Ecco la triste equazione. Ma guardiamo più da vicino.

2. Il contratto di lavoro *part-time* nell'ordinamento giuridico brasiliano: idea, ispirazione e critica

Concettualmente, il lavoratore a tempo parziale è il lavoratore dipendente che, per modifica o adesione, svolge un'attività lavorativa di «durata inferiore a quella dei lavoratori a tempo pieno in situazione compatibile»⁶. Il contratto di lavoro a tempo parziale è, quindi, un istituto legato essenzialmente all'idea di “*pacta sunt servanda*”, cioè dell'autonomia privata individuale. In questo senso, costituisce un'eccezione all'idea che la giornata lavorativa massima legalmente insuperabile – fatte salve le eccezioni legate alla necessità⁷ – debba corrispon-

5 K. MARX, *op. cit.*, *passim*.

6 V. Convenzione 175 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (art. 1). V. ancora M.A.C. VILLATORE, *Trabalho a tempo parcial no direito comparado*, in *Revista Genesis*, Editore Genesis, Curitiba, t. 13, n. 76, pp. 536-537, abr. 1999; C.H. BEZZERRA LEITE, *Curso de Direito do Trabalho*, Saraiva, San Paolo, 2018, 9a ed., p. 563 e ss.

7 Per questo, appunto, le ore eccedenti le otto giornaliere e/o le quarantaquattro ore settimanali sono costituzionalmente dette ore di “servizio straordinario” (CRFB, art. 7, XVI). Tuttavia, la realtà lavorativa ha configurato un vertiginoso processo di “ordinarizzazione”

dere, come “*minimo minimorum*”, ad una retribuzione minima giuridicamente irriducibile. In questa linea di eccezione, tra l’altro, la figura del lavoro intermittente, sancita dagli artt. 443, §3, e 453-A del CLT dalla legge n. 13467 del 2017, costituirebbe la sua massima espressione⁸.

Tuttavia, non sono considerati a tempo parziale i lavoratori per i quali l’orario di lavoro regolare è già obbligatoriamente ridotto, in virtù della Costituzione o delle leggi, indipendentemente dagli accordi individuali, perché, in questi casi, l’orario di lavoro ridotto non è casuale, ma deve, piuttosto, essere ricondotto alle specifiche condizioni del lavoro (come nel caso dei lavori particolarmente degradanti, rischiosi o estenuanti⁹, come turni ininterrotti¹⁰, vigili del fuoco civili¹¹ e attività di televendita o telemarketing¹²), alle caratteristiche peculiari dell’individuo (nel caso dell’apprendista minore¹³) o alle caratteristiche essenziali della professione (spesso dovute a conquiste di classe storicamente consolidate, come nel caso di impiegati di banca¹⁴, giornalisti¹⁵, musicisti professionisti¹⁶ o avvocati¹⁷).

dello straordinario. Cfr., per tutti, G. GUIMARÃES FELICIANO, C.E. OLIVEIRA DIAS, J.A. RIBEIRO O. SILVA, M.C. TOLEDO FILHO, *Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*, LTr, San Paolo, 2018, 2. ed., *passim* (commenti all’articolo 59-B).

8 Visto l’art. 452-A, caput e par. 1, 2 e 5 del TUF, il lavoratore intermittente è remunerato solo per le ore effettivamente lavorate, nel rispetto della retribuzione oraria minima, e, dall’altro, presta l’attività solo quando chiamato dal datore di lavoro, secondo la sua stretta esigenza. Di conseguenza, in assenza di una chiamata, questo “dipendente” può trascorrere mesi legato a un determinato datore di lavoro, senza ricevere un solo centesimo. Tale modello viola, a nostro avviso, la norma costituzionale dell’art. 7, IV e VII, del CRFB. In questo senso, inoltre, v. M. GODINHO DELGADO, G. NEVES DELGADO, *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*, LTr, San Paolo, 2017, pp. 154 e ss. Cfr., inoltre, la Dichiarazione n. 73 del 2° Convegno Nazionale sul diritto sostanziale e processuale del lavoro, dell’Associazione Nazionale Magistrati di Giustizia del Lavoro (Anamatra), tenutosi quando questo Autore lo presiedeva (2018): «Contratto di lavoro intermittente: incostituzionalità. È incostituzionale la disciplina del contratto di lavoro intermittente prevista dall’art. 443, § 3°, e art. 452-A della CLT, per violazione dell’art. 7°, I e VII della Costituzione della Repubblica e per contrasto con il diritto fondamentale del lavoratore ai limiti di durata del lavoro, alla tredicesima e alle ferie retribuite». È ciò che riteniamo a proposito del contratto intermittente.

9 M. GODINHO DELGADO. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 1037 ss.

10 CRFB, art. 7°, XIV.

11 Legge 11.901/2009, art. 5°.

12 Ministero del Lavoro, Normativa n. 17, punto 6.3 (giornata lavorativa di sei ore, comprese le pause, fatta salva la remunerazione).

13 CLT, artt. 432, caput (Vietata la giornata lavorativa di sei ore, la proroga e la compensazione della giornata lavorativa).

14 CLT, artt. 224, caput (sei ore di viaggio).

15 CLT, artt. 303 (cinque ore di viaggio).

16 CLT, artt. 232 (sei ore di viaggio).

17 Legge 8.906/1994, art. 20 (giornata lavorativa di quattro ore, salvo contratto collettivo o convenzione o in caso di dedizione esclusiva).

Né sono lavoratori part-time coloro il cui orario di lavoro regolare è già stato ridotto, per effetto della contrattazione collettiva, anche indipendentemente dai contratti individuali, perché, in questi casi, anche la riduzione dell'orario di lavoro non è casuale, ma è dovuta, anzi, al positivo, generale, astratto e competente esercizio dell'autonomia privata collettiva.

Non sono considerati lavoratori a tempo parziale, in sintesi, i lavoratori a tempo pieno che si trovano in una situazione di “disoccupazione parziale”, cioè colpiti da una riduzione collettiva e temporanea della normale durata della giornata lavorativa, per motivi economici – anche di natura pandemica (come è avvenuto, in Brasile, con il Provvedimento n. 936 del 2020 e il relativo “programma di emergenza per preservare posti di lavoro e reddito”)¹⁸ – e tecnologici o strutturali. Questo è quanto, tra l'altro, prevede l'art. 1, lett. d), della Convenzione ILO n. 175, del 24 giugno 1994, sul lavoro a tempo parziale, oltre a quanto previsto dalla Raccomandazione OIL n. 182, sullo stesso argomento.

Il contratto di lavoro a tempo parziale non è da confondere con il contratto di lavoro temporaneo, disciplinato dalla legge n. 6019 del 1974, che presuppone una triangolazione contrattuale (impresa utilizzatrice/impresa fornitrice/lavoratore terziarizzato) ai fini dell'esternalizzazione di attività *core*, in presenza di regole ben precise, ma che non sfugge alla regola generale delle otto ore al giorno e delle quarantaquattro alla settimana (CRFB, art. 7, XIII). Né può essere confuso con il contratto di lavoro a tempo determinato previsto dalla legge n. 9601 del 1998, che ha definito i diritti sociali fondamentali (come TFR e indennità di licenziamento) e ha anche istituito la banca delle ore senza interferire con le norme costituzionali in materia di giornata lavorativa.

Infine, va detto che la figura del lavoro a tempo parziale, formalmente introdotta nell'ordinamento brasiliano nel 2011 (v. *infra*), sembra essersi ispirata soprattutto alle esperienze normative europee e internazionali.

Dal versante europeo merita un riferimento la Risoluzione del Consiglio Europeo del 18 dicembre 1979, il cui art. 4 già ammetteva il lavoro a tempo parziale – pur ritenendolo inseparabile dall'attuale realtà del mercato del lavoro –,

18 Ha autorizzato, al culmine della pandemia del nuovo coronavirus, la riduzione dei salari – con la corrispondente riduzione proporzionale dell'orario di lavoro – in tre diverse fasce (25%, 50% e 70%), in cambio della cosiddetta “prestazione di emergenza per il mantenimento dell'occupazione” e “reddito”, di natura assistenziale, nella rispettiva percentuale del 25%, 50% e 70% dell'importo dovuto a titolo di assicurazione contro la disoccupazione. Per coloro che hanno ricevuto più di R\$ 12.102,12 (equivalenti, all'epoca, al doppio del valore massimo delle prestazioni del Sistema Generale di Previdenza Sociale), in possesso di un'istruzione superiore, e per coloro che non hanno ricevuto più di R\$ 3.135,00 (tre volte il salario minimo nazionale all'epoca), questa riduzione potrebbe essere negoziata direttamente, anche senza l'intervento del sindacato. Cfr., per tutti, G. GUIMARÃES FELICIANO, R. TRINDADE, Rodrigo. *O governo, a pandemia e o trabalho: crônica de uma judicialização anunciada*, in *Disciplinas da USP: ambiente virtual de apoio à graduação e pós-graduação*, in https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5285350/mod_resource/content/1/MPs%20e%20coronavi%CC%81rus%20-%20FSP.pdf. Accesso l'11.4.2022.

ponendo come presupposti per la sua regolarità (a) la volontarietà e l'accessibilità al lavoro a tempo parziale per uomini e donne, indistintamente; (b) l'impossibilità di imporla a quanti volessero lavorare a tempo pieno; e (c) la necessità per i lavoratori a tempo parziale di godere degli stessi diritti e obblighi dei lavoratori a tempo pieno, fatte salve le caratteristiche specifiche di ciascuna modalità. Dieci anni dopo fu approvata la Direttiva del Consiglio 93/104/CE, del 23 novembre 1993, che stabiliva regole riguardanti vari aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, tra cui la riduzione consensuale dell'orario di lavoro con riduzione proporzionale della retribuzione. E, parallelamente, l'articolo 7. 1, della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali del lavoratore (su "miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro"), adottata dal Consiglio europeo il 9 dicembre 1989, il quale prevedeva che "il completamento del mercato interno deve comportare un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella comunità europea", dato che, in relazione ai lavoratori, sarebbe necessario compiere progressi «principalmente in termini di durata e organizzazione dell'orario di lavoro e forme di lavoro a tempo determinato, part-time, lavoro interinale e lavoro stagionale»¹⁹.

A livello internazionale, invece, la disciplina brasiliana ha chiare radici nella predetta Convenzione n. 175 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, che ha finito per introdurre, a livello internazionale, la figura del lavoro a tempo parziale, con poche riserve e garanzie.

Tra le riserve va menzionata la possibilità che le organizzazioni rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro escludano particolari categorie di lavoratori e/o imprese dalla possibilità di ricorrere al lavoro a tempo parziale, tenuto conto che il regime del lavoro *part-time* può generare, in alcuni ambiti²⁰, «problemi particolari di notevole importanza» (art. 3, 1). In Brasile, questa esclusione settoriale negoziata non è stata utilizzata.

Tra le garanzie, invece, va ricordato l'art. 4°, secondo il quale:

«devono essere adottate misure affinché i lavoratori a tempo parziale ricevano la stessa tutela concessa ai lavoratori a tempo pieno che si trovano in una situazione analoga per quanto riguarda: a) il diritto di organizzazione, il diritto di negoziare la contrattazione collettiva e di agire come rappresentanti dei lavoratori; b) Sicurezza e salute sul lavoro; c) Discriminazione nel lavoro e nell'occupazione».

E l'art. 5 per il quale:

«devono essere adottate misure adeguate, conformemente al diritto e alla prassi nazionale, per garantire che i lavoratori a tempo parziale non percepiscano, per il solo fatto che lavorano a tempo parziale, uno stipendio di base che, calcolato proporzionalmente in base all'ora, al rendimento o a cottimo, è

19 V. a questo proposito, per tutti, M.A.C. VILLATORE, *Trabalho a tempo parcial no direito comparado*, *passim*.

inferiore alla retribuzione base, calcolata con lo stesso metodo, per i lavoratori a tempo pieno in situazione comparabile».

E ai lavoratori part-time sono garantite «condizioni equivalenti a quelle dei lavoratori a tempo pieno che si trovano in una situazione analoga nei seguenti ambiti: a) tutela della maternità; b) cessazione del rapporto di lavoro; c) ferie annuali retribuite e giorni festivi retribuiti; d) Congedo per malattia», in quanto «le prestazioni in denaro possono essere determinate in proporzione alla durata del lavoro o della retribuzione» (art. 7).

A modo suo, la legislazione brasiliana sembra soddisfare tutte queste garanzie. Resta da vedere se, alla luce della Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile, questo sia sufficiente.

3. Il contratto di lavoro a tempo parziale di cui al Provvedimento n. 2164-41 del 2001

Benché la pratica del lavoro abbia già fatto emergere diverse ipotesi di part-time e contratti simili, con o senza l'approvazione sindacale attraverso la contrattazione collettiva, sta di fatto che, fino al 2001, la legislazione brasiliana taceva in materia. La giurisprudenza nazionale, quindi, non si pronunciava a tale riguardo.

Il 24 agosto 2001, invece, l'allora Presidente della Repubblica, Fernando Henrique Cardoso, pubblicò la Misura Provvisoria n. 2164-41, il quale «[a] modifica il Testo unico delle leggi sul lavoro – CLT, al fine di prevedere il lavoro a tempo parziale, la sospensione del contratto di lavoro e il programma di qualificazione professionale, modifica le leggi n. 4923 del 23 dicembre 1965, n. 5889 dell'8 giugno 1973, n. 6321 del 14 aprile 1976, n. 6494 del 7 dicembre 1977, n. 7998 dell'11 gennaio 1990, n. 8036 dell'11 maggio 1990, e n. 9601 del 21 gennaio 1998, e prevede altre disposizioni». L'intento legislativo, allora pressante – il Brasile stava vivendo, fin dal governo precedente del Pres. Collor de Mello, il suo primo sfogo neoliberista dopo la fine della dittatura civile-militare iniziata nel 1964 – era proprio quello di rendere più flessibile l'orario di lavoro dal punto di vista degli interessi delle imprese, riducendone i costi e rendendole più competitive, internamente ed esternamente²¹.

La Misura Provvisoria n. 2164-41 del 2001 introdusse nel Testo unico delle leggi sul lavoro l'articolo 58-A, il quale, nella sua versione originaria, definiva il lavoro a tempo parziale quello la cui durata non superava le venticinque ore settimanali. Era stato altresì previsto, in coerenza con la Convenzione ILO n. 175

21 V., es. B. Jr. SALLUM, *O Brasil sob Cardoso: neoliberalismo e desenvolvimentismo. Dossier FHC: 1° Governo. Tempo social: revista de sociologia*. Dipartimento di Sociologia della Facoltà di Filosofia, Lettere e Scienze umane dell'Università di San Paulo, v. 11, n. 2 ottobre 1999, *passim*. Disponibile su: <https://doi.org/10.1590/S0103-20701999000200003>. Accesso il 5 feb. 2022.

(art. 5), che ai dipendenti in regime di part-time fosse corrisposta una retribuzione proporzionale alla durata della prestazione in relazione ai lavoratori con le stesse mansioni a tempo pieno. In questo modo è stata legalmente ammessa la possibilità di corrispondere a un lavoratore una retribuzione inferiore al salario minimo legale mensile o al livello retributivo della rispettiva categoria professionale, in caso di contratto individuale di lavoro con orario lavorativo inferiore alle quarantaquattro ore settimanali di cui all'art. 7, XIII, della CRFB.

La misura provvisoria aveva stabilito inoltre i parametri per l'esercizio dell'autonomia privata individuale ai fini della convalida del lavoro a tempo parziale. Per i dipendenti che nell'agosto 2001 fossero stati assunti a tempo pieno, l'adozione del regime del part-time poteva avvenire solo attraverso una scelta manifestata dinanzi all'azienda nelle modalità previste dalla contrattazione collettiva. Non era ammessa quindi l'adesione individuale al regime a tempo parziale in assenza di intervento o nelle forme previste dall'autonomia collettiva. Si trattava, senza dubbio, di una buona precauzione a fronte – vale la pena ribadire – di una chiara iniziativa finalizzata alla flessibilizzazione della giornata lavorativa e volta a soddisfare prevalentemente gli interessi delle imprese (nonostante la retorica della giustificazione insistesse anche su altri fattori, come, ad es. le esigenze delle lavoratrici che per ragioni familiari potevano incontrare difficoltà con una durata della giornata lavorativa di quarantaquattro ore settimanali)²².

Inoltre, il comma 4 dell'art. 59 del CLT prevedeva che i dipendenti in regime di part-time non potessero svolgere lavoro straordinario, pena lo snaturamento dello stesso regime di tempo parziale. Si trattava, anche in questo caso, di una garanzia importante, poiché, dal punto di vista del datore di lavoro e del lavoratore, la riduzione consensuale della giornata lavorativa ordinaria – con conseguente e proporzionale riduzione della retribuzione – era giustificata proprio perché, di norma, il datore di lavoro non necessitava di più ore e/o il lavoratore non poteva prestarle. Ammettere lo svolgimento dello straordinario sarebbe stata quindi una evidente contraddizione legislativa, dal punto di vista etico, giuridico e anche puramente razionale. E proprio per questo la giurisprudenza nazionale ha sistematicamente svalutato i contratti di lavoro conclusi in regime di part-time – che significa riconoscere al lavoratore il diritto alla piena retribuzione, al pari del lavoratore a tempo pieno – ogniqualvolta vi fosse l'abituale

22 Confermando e rafforzando, ovviamente, lo stereotipo sessista della “donna casalinga”, unica responsabile del lavoro domestico – tipico lavoro non retribuito – ed esonerando l'uomo da ogni obbligo al riguardo. Dati recenti rivelano che il 75% del lavoro di cura non retribuito nel mondo è svolto esclusivamente da donne, pari a 12 miliardi di ore lavorative giornaliere. INSTITUTO TRICONTINENTAL DE PESQUISA SOCIAL, *CoronaChoque e Patriarcado*, 5 novembre 2020, *passim*. Disponibile in <https://thetricontinental.org/pt-pt/estudos-4-coronachoque-e-patriarcado/>. Accesso il 10 aprile 2022.

ricorso allo straordinario²³. Come diremo in seguito, però, il successivo legislatore nel 2017 (legge n. 13467 del 2017) non ha avuto lo stesso discernimento.

Il nuovo regime del part-time non ha leso soltanto il diritto alla retribuzione ma ha inciso anche sul diritto alle ferie (CRFB, art. 7, XVII). Ai sensi del nuovo art. 130-A del CLT, nella forma di lavoro part-time, dopo ogni periodo di dodici mesi di validità del contratto di lavoro (periodo di maturazione), il lavoratore avrebbe diritto alle ferie calcolate in base alla rispettiva durata settimanale di lavoro, calcolando i giorni di ferie nelle seguenti proporzioni (a partire da diciotto giorni di riposo – le “ferie piene” – e non trenta):

- a) diciotto giorni in caso di durata del lavoro settimanale superiore a ventidue ore fino a venticinque;
- b) sedici giorni in caso di durata del lavoro settimanale superiore a ventidue ore fino a ventidue;
- c) quattordici giorni in caso di durata del lavoro settimanale superiore a quindici ore fino a ventidue;
- d) dodici giorni in caso di durata del lavoro settimanale superiore a dieci ore fino a quindici;
- e) dieci giorni in caso di durata di lavoro settimanale superiore a cinque ore fino a dieci;
- f) otto giorni in caso di durata di lavoro settimanale di cinque ore o meno.

Si prevedeva inoltre che il lavoratore assunto a tempo parziale, che avesse avuto più di sette assenze ingiustificate durante il periodo di maturazione, avrebbe dovuto dimezzare il periodo di ferie. La previsione di un trattamento diseguale ha sollevato, in senso stretto, fondati dubbi di legittimità costituzionale del predetto art. 130-A (ora abrogato) per contrasto con i principi costituzionali di uguaglianza (CRFB, art. 5, caput) e di non discriminazione (CRFB, artt. 3, IV e 5, XLI), anche sul lavoro (CRFB, artt. 7°, XXX, XXXI e XXXII).

Senonché, con l’approvazione dell’emendamento costituzionale n. 32 del 2001, il cui articolo 2 ha previsto che «i provvedimenti provvisori modificati in data antecedente alla pubblicazione del presente emendamento [12.9.2001] restano in vigore fino a che una successiva Misura Provvisoria li revochi esplicitamente o fino a decisione definitiva del Congresso Nazionale» –, si sono

23 V., es. TRT 6° Reg., RO 0001480-55.2012.5.06.0016, rel. Des. Maria das Graças de Arruda França (per il giudizio), j. 25/03/2019, 3° Panel, publ. 29/03/2019. *In verbis*: «Contratto Part-Time. Disconoscimento. È pacifico che la giornata lavorativa 12x12 è stata concordata tra le parti in causa, come si evince dalla clausola 3 del contratto di lavoro (pag. 9 del volume di prova). Tuttavia, il rapporto di lavoro è stato instaurato a tempo parziale, come previsto dal quarto comma, stabilendo il limite legale di 25 ore settimanali (art. 58-A, del CLT). E dalle prove allegate emergeva che l’attore lavorava per un tempo superiore a quello fissato nel contratto di lavoro, poiché oltre alle tre occasioni accertate dall’organo giudicante, le prove testimoniali hanno confermato che regolarmente veniva chiesto il lavoro straordinario. È corretta, pertanto, la declaratoria di nullità decretata nel giudizio *a quo*. Il ricorso del datore di lavoro, al quale è negato un provvedimento favorevole, è respinto nel merito».

perpetuati, nella loro interezza, gli effetti normativi del Misura Provvisoria n. 2164-41 del 2001 fino all'entrata in vigore della legge n. 13467 del 2017.

4. Il contratto di lavoro a tempo parziale *ex lege* n. 13467 del 2017 (Riforma del Lavoro)

Sosteniamo altrove, sulla base dell'elaborazione di Alisson Mascaro, che la riforma del Lavoro del 2017, introdotta dalla legge n. 13467 del 13 luglio 2017, aveva l'obiettivo centrale di promuovere un'antitetica modernizzazione conservatrice, con l'intento di «[...] respingere l'interventismo statale, anche se volto a garantire minimi essenziali. La generazione degli avanzi primari come regola d'oro dell'economia. Protezione sociale sempre più legata all'assistenza e alla carità»²⁴. Così è stato. E ciò si è evidentemente riflesso nel trattamento giuridico che la riforma ha inteso dedicare al tema dell'orario di lavoro, come si è riflesso anche – in maniera visibile – nella nuova disciplina in tema di contratto di lavoro a tempo parziale.

Esaminiamo nel dettaglio.

Con l'approvazione della legge n. 13467 del 2017, il lavoro a tempo parziale è diventato legittimo in due diverse ipotesi. In primo luogo, per i lavori la cui durata settimanale non superi le trenta ore, senza possibilità – in questo caso – di svolgere lavoro straordinario. In secondo luogo, per lavori la cui durata non superi le ventisei ore settimanali, con la possibilità di sommare fino a sei ore settimanali di straordinario. Si è quindi spezzato il tenue filo di coerenza che, nel bene e nel male, aveva plasmato il modello di lavoro a tempo parziale regolato dalla Misura Provvisoria n. 2164-41 del 2001 (*supra*, par. 1.2). A partire dall'11 novembre 2017 (data di entrata in vigore della legge n. 13467 del 2017), in Brasile sono stati ammessi gli straordinari per i lavoratori a tempo parziale, contrariamente al discorso utilitaristico originariamente avallato da questa tipologia contrattuale (vale a dire, l'inutilità, per l'azienda, di impiegare il lavoratore per un maggior numero di ore settimanali, e, per il lavoratore, l'impossibilità o la non convenienza di dedicare più ore durante le singole giornate). Diciamolo molto chiaramente: se lo straordinario – anche regolare – può essere assorbito senza lo snaturamento del regime del part-time²⁵, è perché, a rigor di termini, la funzionalità del nuovo modello non è mai stata realmente finalizzata ad una configurazione più confortevole e adeguata dell'orario di lavoro per dipendenti e datori di lavoro; la sua funzionalità, risiedeva, piuttosto, nell'aumento della

24 G. GUIMARÃES FELICIANO; M. GODINHO DELGADO, *A Reforma Trabalhista de 2017: o passo mais ousado da "modernização conservadora". Prefácio*, in G. GUIMARÃES FELICIANO, M.A.M. TREVISI, S. T. FONTES DE CARVALHO (a cura di), *Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica*, LTr, San Paolo, 2017, *passim*.

25 Ipotesi che, va precisato, potrebbe non trovare esplicito sostegno anche nella Convenzione OIL n. 175, di per sé flessibilizzante.

redditività dell'impresa (mediante la riduzione comparativa dei costi variabili) e con l'aleatorietà della giornata lavorativa nell'interesse del datore di lavoro.

Queste ore di lavoro straordinario spettanti ai lavoratori part-time per i contratti la cui durata settimanale non supera le 26 ore sono ora retribuite con una maggiorazione del 50% rispetto alla normale retribuzione oraria come previsto dalla Costituzione (CFRB, art. 7, XVI), a meno che non siano previste nei giorni festivi o di riposo settimanale (in tal caso la maggiorazione deve essere del 100%, ai sensi del Precedente n. 146 del Tribunale Superiore del Lavoro). In ogni caso possono essere remunerati anche nella settimana immediatamente successiva, ai sensi dell'art. 58-A, §5, del CLT.

Come in precedenza, l'adozione del part-time ha continuato a richiedere che la scelta individuale dei dipendenti impiegati a tempo pieno sia manifestata davanti all'azienda secondo le forme previste dalla contrattazione collettiva. Per le assunzioni effettuate a partire dall'11 novembre 2017, invece, il rapporto di lavoro a tempo parziale può essere immediatamente instaurato nell'una o nell'altra ipotesi di riduzione dell'orario legislativamente previste (CLT, art. 58-A) per tutti i nuovi assunti, indipendentemente da eventuali forme o controlli sindacali.

Si noti che, essendo la giornata costituzionale piena di otto ore, con la rispettiva durata settimanale fissata in quarantaquattro ore – per un totale, secondo prassi legale comunemente accettata, di duecentoventi ore medie mensili (5 x 44 ore), da cui il divisore 220 per il calcolo dello straordinario – si è reso necessario dedurre che, nel lavoro a tempo parziale, a) se la durata è fino a 30 ore settimanali, il totale mensile sarà pari a centocinquanta ore (5 x 30 ore; e, quindi, il divisore per il calcolo degli straordinari sarà centocinquanta); e b) se la durata è fino a ventisei ore settimanali, il totale mensile sarà di centotrenta ore (5 x 26 ore e, pertanto, il divisore per il calcolo delle eventuali ore di straordinario sarà centotrenta).

Per il resto, tutte le altre norme del Testo Unico del Lavoro sono applicabili ai dipendenti assunti a tempo parziale ove non in contrasto con le specifiche regole contenute nell'art. 58-A del CLT. Di conseguenza, i dipendenti part-time hanno diritto, ad esempio, al periodo di preavviso retribuito o lavorato, al riposo settimanale retribuito, alle indennità aggiuntive (ad es. per lavoro notturno, le indennità di rischio, l'indennità supplementare per lavoro insalubre, ecc.) e all'indennità del 40% sul FGTS (legge 8036/1990, art. 18, §1), tra gli altri diritti tipici dei lavoratori; e, inoltre, ai diritti previdenziali e assistenziali di base (quali, ad esempio, l'indennità di malattia, di infortunio, di carcerazione e di maternità).

Sulle ferie, invece, la legge n. 13467 del 2017 ha introdotto una sorprendente "*novatio in melius*". A partire dall'11 novembre 2017 (ossia per i periodi di maturazione non ancora completati al 10 novembre 2017), il diritto alle ferie per i lavoratori a tempo parziale è soggetto alle stesse regole che disciplinano le ferie per i lavoratori a tempo pieno (ossia con durata settimanale di quarantaquattro ore). Pertanto, ai sensi dell'art. 130 CLT (cfr. art. 58-A, §7), le ferie saranno

godute o indennizzate sulla base di periodi variabili da dodici a 30 giorni, a seconda del numero di assenze ingiustificate del dipendente nel periodo di maturazione (senza alcuna incidenza del regime dell'orario di lavoro): dopo dodici mesi di lavoro, matura il diritto a 30 giorni consecutivi di ferie se le assenze ingiustificate nel medesimo periodo sono inferiori a 5; a 24 giorni di ferie in caso di assenze ingiustificate comprese tra 6 e 14; a 18 giorni di ferie se le assenze ingiustificate sono comprese tra 15 e 23; a 12 giorni di ferie in caso di assenze ingiustificate comprese tra 24 e le 32. Oltre questi limiti è prevista la perdita del diritto alle ferie relativo al periodo di maturazione. I lavoratori part-time, invece, possono convertire un terzo delle ferie spettanti in denaro, ai sensi dell'art. 58-A, §6, del CLT.

Con sedici anni di ritardo è stato corretto uno sconcertante trattamento discriminatorio che, in verità, non era mai stato pienamente riconosciuto dalle giurisdizioni superiori.

5. Conclusioni

Fissare la giornata lavorativa – o, *in casu*, la durata settimanale del lavoro – secondo gli interessi dell'azienda ha rappresentato, nei secoli, una strategia eccezionale per i datori di lavoro per aumentare i propri margini di produttività e redditività, senza sopportare il corrispondente aumento della retribuzione del lavoratore. Mentre questa strategia riguardava solo la capacità fisica di aumentare la produzione nella stessa unità di tempo (ad esempio nel corso di una giornata naturale), ci muovevamo ancora all'interno dell'ipotesi marxiana del plusvalore assoluto, accresciuta con l'intensificarsi del ritmo di lavoro e sorveglianza del processo di produzione, tra le altre tecniche. Vi erano limiti imposti dalla natura stessa delle cose, dei tempi e delle dimensioni. Quando, però, la strategia ha iniziato a incorporare alternative tecnologiche e/o giuridico-discorsive per lo stesso incremento (come, ad esempio, l'introduzione di nuovi istituti giuridici dal profilo flessibile), si è cominciato a sconfinare dall'idea stessa di valore aggiunto relativo, in quanto – nella teoria di Marx – i processi tecnici del lavoro e le loro combinazioni sociali sono stati silenziosamente rivoluzionati.

L'istituto del contratto di lavoro a tempo parziale incarna certamente una di queste strategie giuridico-discorsive, poiché, al limite, crea solo opportunità di impoverimento dei lavoratori e di precarietà del lavoro. Questa tendenza è riscontrabile, nel caso brasiliano post-riforma, con un semplice paragone: ai sensi del nuovo testo dell'art. 58-A, *caput*, del CLT, il lavoratore part-time può lavorare per 26 ore settimanali “ordinarie” più sei ore di straordinario, per un totale di 32 ore settimanali; un impiegato di banca, con il suo regolare orario di lavoro (CLT, art. 224, *caput*), lavorerebbe in quello stesso mese solo 30 ore settimanali (sei ore al giorno per cinque giorni lavorativi), ricevendo però l'intero importo della sua retribuzione (a differenza del lavoratore a tempo parziale, che

sarebbe soggetto alla “proporzionalità” dell’art. 58-A, §1, del CLT e dell’art. 5 della Convenzione OIL n. 175, potendo percepire meno di quanto previsto dal minimo salariale di categoria (o anche inferiore al salario minimo nazionale mensile, in contrasto con l’articolo 7, IV, della CRFB).

Alla luce di questo scenario di fatto, volutamente semplificato, sarebbe opportuno chiedersi: cosa impedirebbe ad una banca di sostituire gradualmente la propria massa di dipendenti a tempo pieno – tipici impiegati di banca – con dipendenti *part-time*, siano essi dipendenti di banca o anche dipendenti in *outsourcing* (in particolare dopo la decisione nelle ADIs n. 5685 e 5695), assumendoli ai sensi della legge 13.467/2017 (cioè senza nemmeno la necessità di opzione sotto il controllo o con l’intervento sindacale)? In questo momento si intravede un’unica – e incerta – risposta: *l’intervento correttivo del Tribunale del lavoro*. Ma anche in questo caso la decisione dovrebbe fondarsi su principi generali, come quelli sopra menzionati, in mancanza di un divieto preciso esplicitamente previsto dal legislatore.

Ecco perché, tornando per l’ultima volta a Marx, occorre riconoscergli un’ultima ragione: tra diritti uguali e contrari, tipici della logica liberale – e dell’uguaglianza giuridico-formale moderna –, sarà la forza (e, in particolare, la forza economica) a prevalere. E, in questa ricerca, sotto le arie “moderne” della flessibilizzazione e della deregolamentazione, il meno sarà di più: meno orario di lavoro, più ricchezza accumulata.

Ecco perché la storia della regolamentazione della giornata lavorativa non può più essere, d’ora in poi, solo la lotta per limitare la giornata lavorativa. Deve trattarsi, forse più intensamente, della lotta per mantenere il valore del corrispettivo economico minimo per il lavoro, in parametri assoluti, anche per i rapporti giuridico-lavorativi che si collocano nella zona grigia (si pensi, ad es., ai lavoratori intermittenti, già esaminati altrove, così come ai lavoratori “*on demand*”, attraverso applicazioni digitali, o anche ai lavoratori virtuali in “*crowdworking*”). In ogni caso, è necessaria una retta via ermeneutica senza spazio per sotterfugi legali che servono solo agli interessi della produzione.

Contratto di lavoro a tempo determinato

André Araújo Molina

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La previsione generale del CLT. – 3. Modalità specifiche previste dal CLT. – 3.1. Attività di natura transitoria. – 3.2 Attività commerciali transitorie. – 3.3. Patto di prova. – 3.4. Contratto di apprendistato. – 3.5. Lavoro interinale o supplente. – 4. Modalità previste dalla normativa ordinaria. – 4.1. Contratto per determinati lavori. – 4.2. Contratto per il raccolto agricolo. – 4.3. Lavoro temporaneo. – 4.4. Il contratto dell'atleta professionista. – 4.5. Aumento dei dipendenti attraverso la contrattazione collettiva. – 4.6. Il lavoro domestico.

1. Introduzione

Il Brasile abolì la schiavitù solo alla fine del XIX secolo con la Legge Aurea, approvata il 13 maggio 1888, che aveva rappresentato il suo formale superamento, ancora nel periodo dell'Impero, consolidando un movimento abolizionista che si era andato rafforzando consacrando le conquiste dei decenni precedenti.

Con la proclamazione della Repubblica, il 15 novembre 1889, il Paese iniziò una nuova fase, dal punto di vista giuridico, di graduale sostituzione delle Ordinanze del Regno del Portogallo con una legislazione genuinamente locale, di cui il Codice Civile del 1916 fu il suo più brillante risultato.

Di matrice individualista, patrimoniale e liberale, così come i codici civili dell'epoca, come quello tedesco e francese, il codice civile brasiliano non prevedeva alcun diritto sociale che fosse garantito ai lavoratori, compresi coloro appena affrancati dalla schiavitù¹.

L'art. 1216 permetteva che qualunque genere di servizio o lavoro lecito, materiale o immateriale, potesse essere contrattato in cambio della retribuzione attraverso la locazione di opere. Tuttavia, al fine di evitare un ritorno, per via trasversale, alla schiavitù, l'art. 1220 imponeva un limite alla locazione di opere pari nel massimo a quattro anni, anche nel caso in cui i lavori dedotti nel patto non fossero ancora completati.

La regola dell'epoca era che i contratti di lavoro in senso lato (*rectius*: locazione di opere) potevano essere stipulati solo per un periodo di tempo determinato, senza eccezioni.

1 C. DE CICCO, *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*, Saraiva, San Paolo, 2017.

Fu solo con il riconoscimento dei diritti sociali del lavoro come diritti fondamentali, con la Costituzione del 1934, che il diritto del lavoro acquisì definitivamente autonomia rispetto al diritto civile in Brasile, aprendo la strada all'approvazione del Testo unico delle leggi sul lavoro (CLT) con il decreto-legge n. 5.452, del 1° maggio 1943, a partire dal quale è stata ammessa la stipulazione di contratti di lavoro a tempo indeterminato.

2. La previsione generale del CLT

L'art. 443 del CLT ha stabilito che il «contratto individuale di lavoro può essere stipulato tacitamente o espressamente, verbalmente o per iscritto, a tempo determinato o indeterminato», stabilendo nell'unico comma della norma che si considerava a tempo determinato il contratto la cui vigenza dipendesse da un prestabilito termine finale di durata, dall'esecuzione di specifici servizi o dalla realizzazione di un'opera suscettibile di previsione di durata.

Dal 1943, quindi, i contratti di lavoro iniziarono ad ammettere indistintamente le due forme negoziali relativamente alla durata: a tempo determinato o indeterminato, sfuggendo alla disciplina del codice civile del 1916 in materia di locazione di opere.

Divenne allora diritto soggettivo dei contraenti di scegliere quale modalità, in termini di durata, intendessero adottare, senza che vi fosse una preferenza legislativa per una modalità o per l'altra. Era soltanto richiesto che, in caso di contratto a tempo determinato, questo fosse individuato mediante data certa, l'esecuzione di servizi specifici (opere determinate) o dalla realizzazione di un'opera suscettibile di previsione.

Fu solo con il decreto-legge n. 229 del 28 febbraio 1967, che l'art. 443 del CLT fu riformato, conservando la previsione originaria ma rinumerando l'unico comma ed inserendo un nuovo comma 2 con la seguente dicitura:

- 2 – Il contratto a tempo determinato sarà valido solo nel caso di:
- a) di servizio la cui natura o transitorietà giustifichi la previsione del termine;
 - b) attività imprenditoriali di natura transitoria;
 - c) contratto di esperienza.

La nuova formulazione del 1967 ribaltava la logica precedente, ammettendo il contratto a tempo determinato soltanto in alcuni casi specifici legalmente previsti e privando le parti della facoltà di scelta. Significava, invertendo le modalità deontiche, che il contratto di lavoro a tempo indeterminato diventava la regola generale nel Paese.

A partire da questa modifica la dottrina ha sviluppato, oltre alla mera tecnica di classificazione dei contratti di lavoro, l'idea che la regola generale del

contratto a tempo indeterminato e la pretesa di continuità dello stesso costituissero il fondamento del diritto del lavoro².

Alice Monteiro de Barros ha insegnato che il principio di continuità mira a preservare l'occupazione, con l'obiettivo di fornire sicurezza economica e sociale al lavoratore, integrandolo nell'organizzazione aziendale. Ha ricordato che i contratti di lavoro sono di durata, che non si esauriscono con il compimento istantaneo di un determinato atto, poiché il rapporto di lavoro presuppone un legame che dura nel tempo. Poiché i contratti a tempo indeterminato sono la regola, lo stesso ordinamento ha cercato di preservarli quando ha previsto la sua stabilità decennale, le ipotesi di garanzie provvisorie, l'indennità FGTS in caso di licenziamento ingiustificato e, infine, quando ha stabilito la sua resistenza rispetto al licenziamento arbitrario o senza giusta causa (art. 7, I, Cost. 1988)³.

Il Tribunale Superiore del Lavoro ha sancito il principio di continuità del contratto di lavoro e la regola generale della sua durata indeterminata. La Decisione n. 212, originariamente approvata nel settembre 1985, ma la cui attuale redazione è del novembre 2003, quando la decisione è stata convertita in *Sumula* (Precedente vincolante) n. 212, stabilisce che: «L'onere di provare il termine del contratto di lavoro quando sono controversi lo svolgimento della prestazione e il licenziamento è a carico del datore di lavoro, poiché il principio di continuità del rapporto di lavoro costituisce un presunzione favorevole al lavoratore».

Luciano Martinez, proprio in questo senso, osserva che:

«La regola è diventata l'assunzione senza alcun termine, trasferendo l'assunzione a tempo determinato nel campo delle eccezioni. In questo modo, secondo le norme contenute nella disciplina lavoristica, ogni qualvolta la predetta eccezione venga snaturata, il contratto a tempo determinato si trasformerà in un contratto senza termine finale e più vantaggioso per il lavoratore, vista l'aspettativa di continuità del rapporto e la conservazione del proprio reddito»⁴.

Negli anni, oltre alle specifiche ipotesi dell'art. 443 CLT, la normativa ha continuato a prevedere nuove ipotesi di contratto a tempo determinato, sia attraverso il loro inserimento in altre disposizioni della CLT, sia attraverso l'emanazione di leggi speciali, ma sempre seguendo la logica generale che i contratti a tempo indeterminato sono la regola e quelli a tempo determinato l'eccezione e, pertanto, devono essere supportati da un'espressa disposizione legislativa, a pena della trasformazione in rapporti a tempo indeterminato.

Più recentemente, con la l. n. 13467 del 2017, l'art. 443 CLT è stato, ancora una volta, modificato, ma solo per introdurre, accanto alle modalità a tempo indeterminato o determinato dei contratti di lavoro, la terza modalità di

2 M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, San Paolo, 2019, p. 245-248.

3 A. MONTEIRO DE BARROS, *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, San Paolo, 2005, p. 174.

4 L. MARTINEZ, *Curso de Direito do Trabalho*, Saraiva, San Paolo, 2016, p. 303.

contrattazione del lavoro intermittente⁵, la cui nozione si ritrova nel testo del paragrafo 3 introdotto dalla stessa legge.

Oggi il contratto a tempo determinato può essere stipulato sia direttamente, quando il datore di lavoro è autorizzato a farlo, instaurando il relativo rapporto con il lavoratore, sia indirettamente, tramite un intermediario, in specifiche fattispecie legali, di cui si parlerà nel prosieguo.

Ha sollevato un certo clamore la necessità di una forma scritta per il contratto a termine, al fine di sottolinearne l'eccezionalità, ma è prevalsa l'opinione che l'art. 443 del CLT, ammette la stipulazione verbale per entrambe le tipologie contrattuali relativamente alla durata.

La forma scritta è espressamente richiesta solo per alcune ipotesi di contratto a tempo determinato, ma anche così si raccomanda al datore di lavoro l'adozione della forma scritta anche nelle altre ipotesi, ancorché facoltativa, dal momento che in un eventuale giudizio la presunzione di durata del rapporto di lavoro sancita dal Precedente n. 212 del Tribunale Superiore del Lavoro, peserà a favore del riconoscimento del rapporto a tempo indeterminato ove non sussistano prove sufficienti in senso contrario che dimostrino la ricorrenza del contratto a termine.

L'art. 445 CLT fissa in due anni la durata massima dei contratti a tempo determinato, fatta eccezione del periodo di prova che ha una durata massima di novanta giorni, con la possibilità di una sola proroga, restando esclusa oltre tali limiti l'apposizione del termine a norma dell'art. 451 del CLT.

Per evitare che questi limiti siano aggirati attraverso una pluralità di contratti a termine, l'art. 452 CLT ha imposto il limite che vieta il ricorso ad un altro contratto a termine entro sei mesi dalla scadenza del termine del primo contratto, con la conseguenza che, in caso di inosservanza dell'intervallo minimo, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato, anche in presenza di un documento scritto di segno contrario.

Le eccezioni ammesse si verificano quando il primo contratto è stato stipulato per l'esecuzione di prestazioni specifiche che una volta completate, consentono una seconda assunzione prima della scadenza dell'intervallo di sei mesi, ove si verificano nuove esigenze e sia necessario assumere nuovamente il lavoratore specializzato per l'esecuzione a tempo determinato della nuova prestazione. Questa ipotesi si applica anche ai casi in cui la cessazione del primo contratto sia avvenuta per il verificarsi di determinati eventi prevedibili, che autorizzano un nuovo contratto successivo prima dei sei mesi.

La cessazione dei contratti a tempo determinato conferisce ai lavoratori il diritto a percepire, a titolo di indennizzo, di saldo della retribuzione, di tredicesima e ferie, oltre al diritto alle somme depositate nel Fondo per il TFR

5 L. FERNANDEZ, *Trabalho intermitente*, Juruá, Curitiba, 2020. Sul punto v. in questo volume il Capitolo di C. TUPINAMBÀ FARIA.

Fondo, ma non il diritto al preavviso e all'indennità pari al 40% del medesimo fondo che sarebbero dovute in caso di illegittimo recesso dal contratto a tempo indeterminato.

In caso di recesso *ante tempus* del datore di lavoro dal contratto a tempo determinato, l'art. 479 CLT impone a suo carico il pagamento in favore del lavoratore di un'indennità pari alla metà della retribuzione che il lavoratore avrebbe percepito fino alla naturale scadenza del contratto.

Ove sia invece il lavoratore a recedere prima del termine pattuito, l'art. 480 CLT impone l'obbligo di risarcire il datore di lavoro per i danni subiti, il cui ammontare non può eccedere l'indennità dovuta al lavoratore in caso di recesso anticipato del datore di lavoro.

Tuttavia, l'art. 481 CLT consente alle parti in caso di contratto a tempo determinato di pattuire una clausola che garantisca ad entrambe la facoltà di recedere prima della scadenza del termine, con l'effetto che in tali ipotesi troveranno applicazione le regole riguardanti le indennità dovute in caso di recesso dal contratto a tempo indeterminato.

3. Modalità specifiche previste dal CLT

L'attuale testo del CLT ammette la stipulazione del contratto a tempo determinato in casi ulteriori rispetto a quelle originariamente previste dall'art. 443, le cui ipotesi saranno di seguito esaminate.

3.1. Attività di natura transitoria

La prima ipotesi espressamente prevista dall'art. 443, § 2, lett. *a*), del CLT, consente l'assunzione del lavoratore a tempo determinato quando la prestazione che deve essere svolta è temporanea rispetto alle finalità dell'attività del datore di lavoro.

Una situazione del genere può verificarsi in una moltitudine di casi pratici, come, ad esempio, l'assunzione di un tecnico informatico per controllare e verificare tutti i computer in una grande catena di vendita al dettaglio di prodotti alimentari, con diversi stabilimenti in tutto il Paese.

Si noti che, in questo caso, il lavoratore assunto svolge attività specialistiche che non fanno parte di quelle che costituiscono l'oggetto principale dell'impresa aziendale, giustificando l'apposizione del termine mediante la previsione di una data precisa o rinviando al completamento dell'attività di revisione dei computer della rete dei negozi. In questi casi la transitorietà della prestazione si ricava dal confronto rispetto alle attività proprie del datore di lavoro.

Diverso sarebbe cercare di ottenere le medesime prestazioni attraverso un lavoratore assunto a tempo determinato direttamente da un'azienda specializzata in assistenza informatica, giacché in questo caso l'attività svolta dal lavoratore rientrerebbe nell'attività principale dell'impresa, per cui l'assunzione a termine

non sarebbe autorizzata quantomeno ai sensi dell'ipotesi prevista dall'art. 443, § 2, lett. a), del CLT.

3.2 Attività commerciali transitorie

Se nel caso precedente l'ammissibilità del termine deriva dalla temporaneità dell'esigenza di avvalersi di servizi specializzati, assumendo che l'attività principale del datore di lavoro sia continuativa, l'ipotesi successiva di cui all'art. 443, § 2, lett. b), CLT, si occupa dei casi in cui è l'attività d'impresa ad essere transitoria, giustificando l'assunzione di personale a tempo determinato per il periodo in cui l'attività richiede manodopera anche se riferita all'attività principale dell'impresa.

Basti pensare alle attività commerciali nel settore del turismo o alle presentazioni culturali e artistiche, nelle quali i lavoratori a tempo determinato svolgono prestazioni direttamente legate all'oggetto principale dell'attività dell'impresa che non è di per sé temporanea, come nel caso delle aziende specializzate in pescaturismo (barca alberghiera), che opera solo nel periodo dell'anno in cui l'attività è consentita nella palude del Mato Grosso, solitamente tra marzo e settembre.

Nel caso dell'esempio, non avrebbe senso assumere mediante contratti di lavoro a tempo indeterminato anche nei mesi in cui l'attività imprenditoriale non ha alcuno svolgimento (con conseguente assenza di fatturato e di mansioni), sicché in forza di tale previsione potranno essere assunti a tempo determinato, anno dopo anno, gli stessi lavoratori, anche se il semestre di cui all'art. 452 CLT non è scaduto, proprio perché, in questo caso eccezionale, la cessazione del primo contratto avviene per eventi prevedibili, che autorizzano un nuova pattuizione a termine anche prima di sei mesi.

3.3 Patto di prova

L'art. 443, § 2, lett. c), del CLT fa riferimento al "contratto di esperienza" come forma di contratto a termine. Nella misura in cui, di norma, i contratti di lavoro sono conclusi senza termine, i contraenti possono, dopo un breve periodo, giungere alla conclusione che non sono state confermate le iniziali aspettative, da una parte e dall'altra, e tuttavia il recesso unilaterale – rispettivamente dimissioni o licenziamento senza giusta causa – esporrebbe ai maggiori costi tipicamente previsti in caso di cessazione dei contratti a tempo indeterminato.

Per far fronte a questa prima esigenza di adeguamento del contratto è stata introdotta la previsione legislativa dei patti di prova⁶, per i quali non trova applicazione la regola generale della durata massima di due anni, in quanto la loro durata può essere, al massimo, di novanta giorni, con un'unica proroga entro questo limite massimo.

6 J.L. FERREIRA PRUNES, *Contrato de trabalho com cláusula de experiência*, LTr, San Paolo, 1981.

Se le parti, al termine del periodo di prova, ritengono invece che le aspettative siano state soddisfatte e che continueranno ad essere contrattualmente legate, è sufficiente proseguire lo stesso rapporto di lavoro, che si trasformerà automaticamente a tempo indeterminato, con le relative conseguenze giuridiche.

Per contro, una volta scaduta la prova ove le parti non siano intenzionate a proseguire il rapporto, si procederà alla formalizzazione della cessazione, con l'annotazione della estinzione del contratto sul libro del lavoro e il pagamento delle specifiche somme dovute per questa modalità contrattuale.

3.4 Contratto di apprendistato

La Costituzione federale del 1988, all'art. 7, XXXIII, prescrive che qualsiasi lavoro sia vietato ai minori di anni sedici, salvo che nella condizione di apprendista, a partire dai quattordici anni⁷.

L'art. 428 CLT attua il dispositivo costituzionale, disciplinando il contratto di apprendistato come patto speciale, da stipulare per iscritto e a tempo determinato, con il quale il datore di lavoro si impegna a garantire agli ultraquattordicenni e minori di anni ventiquattro, iscritti ad un programma di apprendistato e di formazione tecnico-professionale, lavori compatibili con il proprio sviluppo fisico, morale e psicologico.

In linea di principio, tutte le diverse attività del datore di lavoro sono suscettibili di svolgimento mediante apprendistato, ad eccezione del lavoro notturno, in ambiente pericoloso o malsano (art. 7, XXXIII, Cost.), e delle attività previste dalla Convenzione n. 182 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro che si occupa delle peggiori forme di lavoro minorile e il cui recepimento è stato realizzato mediante il decreto n. 6481 del 2008.

Il contratto di apprendistato presuppone l'annotazione nel libretto di lavoro e della previdenza sociale dell'apprendista, il pagamento di una retribuzione oraria minima, la regolare frequenza scolastica ove il lavoratore non abbia terminato gli studi superiori, e la sua iscrizione ad un percorso formativo di apprendistato sotto la guida di un ente specializzato in formazione professionale.

La durata massima del contratto di apprendistato è di due anni, salvo il caso di apprendista disabile, in cui sarà possibile una durata superiore così come l'assunzione di un maggiore di ventiquattro anni.

Il mancato rispetto dei requisiti formali sopra esposti renderà nullo il contratto di apprendistato che si trasformerà in contratto a tempo indeterminato con conseguente insorgenza dei relativi diritti in favore del lavoratore.

L'art. 431 CLT prevede che la formazione sia impartita direttamente dal datore di lavoro che ha stipulato il contratto di apprendistato, oppure tramite enti senza scopo di lucro che si occupano di assistenza degli adolescenti e della formazione

7 C. FRANCO SANTOS, *Contrato de emprego do aprendiz*, Juruá, Curitiba, 2010.

professionale, nonché enti sportivi, fermo restando che in quest'ultimo caso non si configura alcun contratto di lavoro con l'ente che presta il servizio.

La giornata lavorativa massima prevista nel contratto di apprendistato è di sei ore giornaliere, ed è vietato prolungare e compensare la giornata lavorativa, salvo nel caso di apprendisti che abbiano già terminato le scuole elementari, per i quali la durata del lavoro giornaliero può arrivare fino a otto ore, incluso il tempo dedicato alla formazione teorica.

L'art. 429 del CLT obbliga le imprese di qualsiasi natura, le cui attività richiedano una formazione professionale, ad assumere apprendisti in numero equivalente compreso tra il cinque e il quindici per cento dell'organico.

Il contratto speciale di apprendistato si risolverà, oltre che nelle ordinarie ipotesi di scadenza del termine o quando l'apprendista raggiunga il limite di età di ventiquattro anni, quando le sue prestazioni siano insufficienti o non sia idoneo all'attività, per la commissione di un grave illecito disciplinare, per assenza ingiustificata da scuola che comporti la perdita dell'anno scolastico o su richiesta dello stesso apprendista.

3.5 Lavoro interinale o supplente

L'art. 475 CLT si occupa degli effetti giuridici sul contratto di lavoro delle pensioni di invalidità concesse ai dipendenti, come nel caso di lavoratori malati o infortunati. Se il lavoratore a tempo indeterminato subisce un infortunio, ove il congedo consigliato per le cure sia superiore a quindici giorni, il primo effetto sarà l'affidamento del lavoratore all'Istituto Nazionale di Sicurezza Sociale (INSS) ente di previdenza sociale con immediata sospensione del contratto di lavoro e ove sia riconosciuta un'inabilità permanente al lavoro, la concessione al lavoratore del pensionamento per incapacità permanente che dopo la modifica costituzionale n. 103/2019, ha sostituito l'istituto della pensione di invalidità.

Durante il periodo di assenza dell'infortunato, anche in caso di pensionamento, il datore di lavoro manterrà sospeso il contratto di lavoro, potendo assumere un altro lavoratore per lo svolgimento delle relative mansioni. Ai sensi dell'art. 43, § 4, della l. n. 8213 del 1991, il pensionato può essere chiamato a sottoporsi ad una visita medica di revisione, con la conseguenza che in caso di recupero della capacità lavorativa al termine del trattamento medico, l'INSS revocherà la pensione e determinerà il ritorno del lavoratore all'attività lavorativa generalmente con il riconoscimento della garanzia temporanea di impiego.

Al momento del ritorno in azienda e in ragione di detta garanzia, il datore di lavoro è tenuto a riassorbire il lavoratore per lo svolgimento delle mansioni per le quali è stato assunto il lavoratore sostituto.

Proprio per questi casi, l'art. 475, § 2, CLT, consente al datore di lavoro di assumere il lavoratore sostituto o interinale a tempo determinato per un periodo corrispondente all'assenza del lavoratore da sostituire in modo che al ritorno di quest'ultimo il contratto a termine si estingue senza ulteriori costi a condizione

che la sostituzione sia esplicita e conosciuta da parte del lavoratore mediante, ad esempio, la relativa annotazione nel suo libretto di lavoro (CTPS).

Considerato che il pensionamento per inabilità permanente può essere rivisto entro un periodo fino a cinque anni, l'assunzione a tempo determinato può assumere la stessa durata, sfuggendo così alla regola generale della durata massima pari a due anni prevista dall'art. 445 CLT.

4. Modalità previste dalla normativa ordinaria

Oltre alle tipologie di contratto a tempo determinato previste dalle disposizioni CLT sopra elencate, anche il legislatore ordinario ha introdotto alcune ipotesi particolari di contratto a tempo determinato, sottraendole alla regola generale del contratto a tempo indeterminato.

4.1. Contratto per determinati lavori

La l. n. 2959 del 1956 ha previsto per gli imprenditori edili la possibilità di assumere a tempo determinato per lo svolgimento di una determinata opera, ammettendo espressamente l'assunzione a termine ai sensi della previsione allora vigente dell'art. 443 CLT in caso di svolgimento di un determinato lavoro o servizio⁸.

Questa ipotesi può ricorrere, ad esempio, nel caso in cui il costruttore che abbia già in forza sufficienti lavoratori a tempo indeterminato per svolgere le attività abituali, abbia stipulato un contratto di appalto per una ulteriore opera con la conseguente necessità di ulteriore manodopera oltre quella già presente in organico da assumere mediante contratto a tempo determinato per l'esecuzione dell'opera, purché sia rispettato il limite generale di due anni, nonché gli altri diritti e limiti formali previsti dal CLT per questo tipo di contratto.

La legge ha previsto il diritto dei lavoratori a percepire un'indennità equivalente a quella di cui all'art. 478 CLT, ridotto del 30%. Tuttavia, dalla creazione del regime FGTS con la l. n. 5107 del 1966 e, successivamente, la sua estensione generalizzata con la Costituzione del 1988, l'originario indennizzo previsto dall'art. 478 CLT è stato superato per tutti gli attuali lavoratori, compresi quelli assunti a termine per lo svolgimento di un'opera determinata.

4.2. Contratto per il raccolto agricolo

La l. n. 5889 del 1973 ha introdotto alcune regole in materia di lavoro agricolo, ampliando le ipotesi di contratto a tempo determinato⁹. L'attuale formulazione dell'art. 14 di detta legge, dopo alcune modifiche introdotte da leggi successive,

8 J. RODRIGUEZ RAMOS, *Contrato de trabalho por prazo determinado – obra certa*, LTr, San Paolo, 2011.

9 J.A. GUILBERNARDT PEREIRA LEITE, *Contrato de trabalho por safra no direito brasileiro*, LTr, San Paolo, 1976.

ammette la possibilità di stipulare appositi contratti di lavoro per l'attività di vendemmia, la cui durata dipende dalle variazioni stagionali dell'attività agraria.

L'art. 14-A, introdotto dalla l. n. 11718 del 2008, estende ai singoli produttori rurali la possibilità di assumere lavoratori agricoli per un breve periodo per lo svolgimento di attività temporanee che devono essere annotate nel libretto di lavoro del lavoratore rurale, ferma restando la stipulazione per iscritto del contratto in duplice copia e l'osservanza dei diritti del lavoratore previsti dalla legge speciale e dal CLT.

L'art. 14-A, § 1, fissa il limite di due mesi per ogni anno per l'assunzione a breve termine dello stesso lavoratore rurale, a pena di nullità del contratto e di conversione del rapporto a tempo indeterminato.

Poiché il limite di due mesi è stato specificamente inserito per i produttori rurali persone fisiche, tale limitazione non dovrebbe applicarsi ai datori di lavoro rurali persone giuridiche, i quali, relativamente ai limiti di durata del contratto per l'attività di raccolto, restano vincolati al periodo massimo di due anni di cui all'art. 445 CLT, applicato in via sussidiaria alla disciplina del lavoro agricolo in virtù dell'art. 1 della l. n. 5889 del 1973, come del resto trovano applicazione gli ulteriori diritti e limiti previsti dal CLT, come il divieto di stipulare un nuovo contratto a tempo determinato prima del decorso di sei mesi dalla scadenza del precedente, pena la sua trasformazione in contratto a tempo indeterminato.

4.3. Lavoro temporaneo

Negli anni '70 del secolo scorso, la possibilità di stipulare contratti a termine era limitata alle tre ipotesi previste dall'art. 443, § 2, del CLT e a quelle relative allo svolgimento di opere determinate e all'attività di raccolto agricolo. È soltanto con la legge n. 6019 del 1974 che il legislatore ha regolato il lavoro interinale¹⁰, ampliando notevolmente le possibilità imprenditoriali di ricorrere ai contratti a termine.

È stato così sancito in modo che non vi fossero ulteriori dubbi che in caso di esigenza temporanea, di sostituzione di personale assente a tempo indeterminato, o per far fronte ad attività straordinarie, era possibile stipulare contratti a tempo determinato.

La grande novità introdotta dalla legge speciale era che il ricorso ai lavoratori a termine era mediato da un soggetto terzo (azienda fornitrice di lavoro interinale), inaugurando un nuovo modello triangolare.

Nella nuova fattispecie contrattuale, i lavoratori sono dipendenti diretti della società di lavoro interinale, che stipula un contratto commerciale con l'impresa utilizzatrice mediante accordo scritto che giustifica l'assunzione a

10 J. MARTINS CATHARIN, *Trabalho temporário*, Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1984.

tempo determinato in modo da garantire a quest'ultima la disponibilità della forza di lavoro senza alcun rapporto diretto con i lavoratori.

Lo stesso dipendente può rimanere a disposizione dell'utilizzatore solo per un periodo di tre mesi, con facoltà di proroghe nei casi previsti dall'art. 2 della l. n. 6019 del 1974 entro il limite massimo di nove mesi.

Alla scadenza del termine, il lavoratore cessa di svolgere la prestazione in favore dell'utilizzatore ma conserva il contratto di lavoro con l'impresa di lavoro temporaneo che potrà inviarlo successivamente presso un nuovo utilizzatore.

In questo rapporto triangolare, dal punto di vista del lavoratore, il contratto di lavoro è a tempo indeterminato, con tutti i diritti inerenti a tale tipologia, mentre dal punto di vista dell'utilizzatore, l'accordo è a tempo determinato e di durata massima pari a nove mesi relativamente all'attività prestata presso l'utilizzatore in coerenza con l'obiettivo principale della legge che era quello di autorizzare il ricorso a questa modalità di lavoro per soddisfare esigenze temporanee.

4.4. Il contratto dell'atleta professionista

Lo sport in Brasile è regolato dalla l. n. 9615 del 1998, che ne disciplina gli aspetti formali e informali ed è sottoposto ai dettami previsti da questa legge e dalle regole di pratica sportiva di ogni specialità, fermi restando i diritti e le garanzie previsti nei trattati e accordi internazionali sottoscritti dal Brasile¹¹.

L'art. 28 della legge prevede che l'attività dell'atleta professionista sia regolata da apposito contratto di lavoro sportivo stipulato tra il professionista e la società sportiva con annotazione nel libretto di lavoro, e che il contratto rispetti alcune norme imperative, compresa la durata a tempo determinato da tre mesi a cinque anni ai sensi dell'art. 30 della citata legge, rendendo in questo modo il contratto a tempo determinato come unica modalità di assunzione degli atleti.

In base agli specifici diritti e obblighi previsti dalla legge speciale, agli atleti professionisti si applicano gli altri diritti e obblighi contenuti nel CLT e, in particolare, quelli relativi ai contratti a tempo determinato.

Più recentemente, la l. n. 10220 del 2001 ha incluso i partecipanti ai rodeo nella categoria degli atleti professionisti, prevedendo che il contratto stipulato tra quest'ultimo e l'ente promotore della competizione contenga una clausola espressa sulla durata che può variare da quattro giorni a due anni, rendendo generale anche per questi lavoratori la modalità di assunzione a tempo determinato.

11 G.A. CAPUTO BASTOS, *Direito desportivo*, Alumnus, Brasilia, 2014.

4.5. Aumento dei dipendenti attraverso la contrattazione collettiva

La l. n. 9601 del 1998, successivamente modificata, ha previsto che il contratto di lavoro a tempo determinato sia autorizzato dalla contrattazione collettiva, oltre che nelle rigide ipotesi previste dall'art. 443, § 2, del CLT, a condizione che gli accordi o contratti collettivi di lavoro lo prevedano per qualsiasi attività svolta dall'impresa e che le relative assunzioni comportino un aumento del numero complessivo dei dipendenti¹².

La contrattazione collettiva ove autorizzi l'assunzione di lavoratori a tempo determinato, al di fuori dei casi previsti dal CLT e dalle leggi speciali, deve stabilire altresì la percentuale massima di contratti a termine sul totale dell'organico aziendale.

La grande novità è che l'art. 1, § 2, della l. n. 9601 del 1998, ha espressamente escluso in questi casi l'applicazione del limite previsto dall'art. 451 del CLT, ovvero il divieto di proroga dei contratti per più di una volta.

In pratica, significa che, pur essendo soggetto alla regola generale dell'art. 445 CLT in merito alla durata massima di due anni, il contratto a tempo determinato non soggiace in questi casi al divieto di proroga o di stipulazione di un nuovo contratto a termine subito dopo la scadenza del precedente per tutte le volte che le parti riterranno convenienti, con la conseguenza della continuazione del rapporto, da un lato, e della disapplicazione, dall'altro, dei diritti derivanti dal contratto a tempo indeterminato.

4.6. Il lavoro domestico

La legge complementare n. 150 del 2015 interviene sul contratto di lavoro domestico¹³, che si riferisce al lavoratore che svolge in modo continuativo, subordinato, oneroso, personale attività in favore della persona o della famiglia, sottraendo al CLT questa particolare tipologia di lavoro.

L'art. 4 della legge consente l'assunzione a tempo determinato del lavoratore domestico in tre ipotesi previste nei suoi due commi.

Il primo, in conformità del CLT, corrisponde al periodo di prova, che non può superare i novanta giorni, con una proroga consentita entro tale limite massimo, a pena di trasformazione in contratto a tempo indeterminato.

La seconda ipotesi si riferisce all'esigenza di soddisfare bisogni familiari di natura transitoria, come nel caso dell'assunzione di una baby sitter a partire dalla nascita del bambino fino alla scadenza del congedo di maternità della madre, quando la famiglia iscriverà il bambino in un asilo nido oppure in caso di attività di giardinaggio per l'abbellimento della nuova residenza fino al completamento

12 F. ANTONIO DE OLIVEIRA, *Novo contrato por prazo determinado: Lei 9.601, de 21.01.1998*, Revista dos Tribunais, San Paolo, 1998.

13 J. TEIXEIRA, *Trabalho doméstico*, Jandaíra, San Paolo, 2021.

del progetto o, ancora, in caso di assunzione di un infermiere per assistere un infortunato durante il recupero dall'intervento chirurgico.

L'ultima ipotesi prevista dalla legge si riferisce alla sostituzione del lavoratore domestico il cui contratto è interrotto o sospeso, ammettendo l'assunzione a tempo determinato del lavoratore sostituito che sia messo a conoscenza della temporaneità dell'impiego fino al rientro del lavoratore sostituito.

L'art. 6 della legge contiene la speciale previsione secondo cui ove il datore di lavoro intenda recedere dal contratto a termine senza giusta causa e prima della sua scadenza, lo stesso sarà tenuto a corrispondere, a titolo di indennità, un importo pari alla metà della retribuzione alla quale il lavoratore avrebbe diritto fino alla conclusione del contratto, applicandosi la stessa regola in caso di recesso immotivato del lavoratore domestico ai sensi dell'art. 7 della stessa legge.

L'art. 8 della l. n. 150 del 2015 si limita invece a confermare l'interpretazione già consacrata dalla giurisprudenza e dalla dottrina in materia di contratti a tempo determinato secondo la quale non è richiesto alcun preavviso per lo scioglimento del contratto alla scadenza del termine in modo che entrambe le parti siano a conoscenza, fin dal momento della stipulazione, della data o dell'evento che determina la cessazione del rapporto.

Contratto di lavoro intermittente

Carolina Tupinambà

SOMMARIO: 1. Evoluzione storica del contratto di lavoro intermittente in Brasile. – 2. La dinamica del modello di contratto di lavoro intermittente. – 3. I diritti del lavoratore nel regime del contratto di lavoro intermittente. – 4. Cautele necessarie nella stipulazione del contratto e nella gestione del rapporto. – 5. Questioni particolari sul lavoro intermittente. – 5.1. Calcolo della retribuzione e modalità della chiamata. – 5.2. Intervallo minimo tra contratto a tempo indeterminato e contratto di lavoro intermittente. – 5.3. Salario di maternità della lavoratrice in gravidanza assunta con contratto di lavoro intermittente. – 5.4. Multa del 50% in caso di accettazione della chiamata e di mancato svolgimento della prestazione. – 5.5. (Im)possibilità di partecipazione del lavoratore intermittente alla CIPA. – 5.6. (Im)possibilità di assunzione e chiamata di lavoratori intermittenti nei periodi di sciopero. – 6. Considerazioni finali.

1. Evoluzione storica del contratto di lavoro intermittente in Brasile

La tipologia contrattuale del lavoro intermittente ha iniziato a diffondersi in Brasile molto prima che fosse regolata dall'ordinamento lavoristico. La prima esperienza del *contratto a zero ore*, sul territorio brasiliano, è avvenuta attraverso la catena di fast food internazionale Mc Donald's.

Questa modalità è stata ampiamente utilizzata dalla catena McDonald's, dal momento che la domanda di lavoro era proporzionale all'aumento dei consumi della clientela, sicché era nell'interesse del datore di lavoro che ci fossero più dipendenti a disposizione nelle ore di punta, risultando invece superfluo mantenerli in servizio negli altri momenti.

La tipologia contrattuale era già applicata nei paesi di *common law*, ma ha incontrato resistenze sul territorio nazionale a causa della scarsa volontà delle parti di adeguarsi al diritto brasiliano.

Il Brasile, tradizionalmente connotato da regole fortemente rigide e da contratti tipici di lavoro con orario e salari fissi, non era un terreno fertile per l'immediata applicazione di una tipologia contrattuale senza orario di lavoro e, di conseguenza, senza alcuna retribuzione predeterminata.

In questo contesto, la soluzione trovata dalla filiera è stata ampiamente criticata, principalmente, dal Ministero del Lavoro Pubblico, che, nel 2005, ha

intentato un'azione civile pubblica contro Arcos Dourados SA, la persona giuridica responsabile della gestione del marchio McDonald's in America Latina.

All'epoca il Pubblico Ministero del Lavoro riteneva illegale la prassi adottata¹, che consisteva nell'assumere lavoratori per un carico di lavoro settimanale compreso tra le otto e le quarantaquattro ore, con retribuzione oraria calcolata in base al numero di ore lavorate.

Non esistendo all'epoca una disposizione di legge che autorizzasse questo tipo di contratto, il Ministero Pubblico aveva sostenuto che la pratica costituisse un pregiudizio e un rischio per il lavoratore a causa dell'incertezza della chiamata al lavoro e, di conseguenza, della retribuzione mensile, che non garantiva il salario minimo, pregiudicando così la dignità del lavoro.

Sia i giudici di primo che di secondo grado si sono espressi per la non fondatezza dell'azione civile pubblica², evidenziando nel processo un verbale ispettivo dello stesso Ministero del Lavoro nel quale si dava atto che i lavoratori erano a conoscenza dei turni di lavoro con ragionevole preavviso e con il pagamento di un importo corrispondente a quello degli altri lavoratori della categoria. In pratica, il lavoro intermittente era svolto con le modalità ora permesse senza utilizzare la relativa denominazione.

Il ricorso presentato dal Ministero è stato accolto invece dall'ottava sezione della Supremo Tribunale del Lavoro. Come pubblicato dalla stessa corte sul proprio sito internet³, il relatore aveva osservato che, sebbene non vi fosse un divieto esplicito per tale tipo di contratto, lo stesso sarebbe lesivo per il lavoratore nella misura in cui lo porrebbe, di fatto, a disposizione del datore di lavoro, con minore retribuzione e maggiori profitti di quest'ultimo.

Si riconosceva così una indebita inversione dell'assunzione del rischio d'impresa che imporrebbe al datore di lavoro, e non al lavoratore, di sopportare il rischio di bassa redditività nei periodi di minor flusso di consumatori.

Nel 2015, nel processo n. TST-E-ED-RR9891900-16.2005.5.09.0004⁴, probabilmente a causa dei mutamenti intervenuti nello scenario mondiale e nazionale, con cambiamenti significativi nella gestione del tempo e nei rapporti di

1 JUSBRASIL, *Jornada móvel e variável adotada pelo McDonald's é ilegal*. Disponibile su: <https://tst.jusbrasil.com.br/noticias/2591931/jornada-movel-e-variavel-adotada-pelo-mcdonalds-e-illegal>. Accesso il 24.03.2022.

2 CONSULTOR JURÍDICO. *TST autoriza funcionários do McDonald's atuem em jornada móvel*. Disponibile su: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-04/tst-autoriza-funcionarios-mcdonalds-atuem-jornada-movel>. Accesso il 24.03.2022.

3 JUSBRASIL, *Jornada móvel e variável adotada pelo McDonald's é ilegal*. Disponibile su: <https://tst.jusbrasil.com.br/noticias/2591931/jornada-movel-e-variavel-adotada-pelo-mcdonalds-e-illegal>. Accesso il 24.03.2022.

4 Supremo Tribunale del Lavoro. Decisione monocrática in Ricorso: E-ED-RR: 9891900162005509 9891900-16.2005.5.09.0004. Relatore: Giudice Renato de Lacerda Paiva. DEJT: 13/05/2013. JusBrasil, 2013. Disponibile a: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23274921/embargos-declaratorios-recurso-de-revista-e-ed-rr-9891900162005509-9891900-1620055090004-tst/decisao-monocratica-23274922> Accesso il 24.03.2022.

lavoro, la posizione assunta dal Supremo Tribunale del Lavoro è stata invece nel senso di consentire la riduzione dell'orario di lavoro e, di conseguenza, un corrispettivo salariale proporzionale, come attestato nella relazione della sentenza n. 358 del SBDI-1⁵.

Questo orientamento si basava sulla modalità organizzative adottate dagli esercizi commerciali la cui attività è soggetta a forti variazioni della clientela ovvero l'assunzione di lavoratore con retribuzione oraria e per un periodo di tempo più breve in modo da rispettare la retribuzione oraria minima e garantire la prevedibilità della giornata lavorativa, punti criticati dal Ministero del Lavoro nell'azione civile pubblica di cui è detto in precedenza.

La storia del lavoro intermittente in Brasile mostra come questa modalità di svolgimento della prestazione fosse già presente da decenni in alcuni settori di attività sebbene l'eccessivo rigore dei tribunali e la rigida tutela riservata ai lavoratori ne abbiano impedito la formalizzazione, generando, al contrario, un lavoro professionale più informale e non tutelato.

2. La dinamica del modello di contratto di lavoro intermittente

Dopo molti dibattiti giudiziari e dottrinali sul lavoro intermittente, il legislatore ha ritenuto opportuno regolarlo con la l. n. 17467 del 2017, la cd. Riforma del Lavoro, che ha modificato sensibilmente l'ordinamento brasiliano del diritto del lavoro. La relativa disposizione è stata introdotta nell'art. 443, § 3, del CLT⁶, che non trova applicazione soltanto al personale aeronautico per il quale resta vietato il ricorso al lavoro intermittente.

Il rapporto di lavoro è caratterizzato dalla subordinazione, dalla abitualità, dall'onerosità e personalità. Il lavoro intermittente, in un certo senso, rende più flessibile il criterio dell'abitualità, poiché l'erogazione dei servizi avviene

5 Orientamento Giurisprudenziale n. 358 della SBDI-1 del Supremo Tribunale del Lavoro: "Salario minimo e salario proporzionale alla giornata di lavoro ridotta. Possibilità (DJ 14.03.2008) Se esiste un contratto per adempiere ad una giornata lavorativa ridotta, inferiore alla disposizione costituzionale di otto ore al giorno o quarantaquattro ore settimanali, è lecito corrispondere il salario minimo o minimo proporzionale al tempo impiegato". Esiste, quindi, la possibilità del pagamento di un importo inferiore al salario minimo costituzionale, a condizione che il calcolo sia effettuato sulle ore effettivamente lavorate in maniera proporzionale.

6 CLT, art. 443. Il contratto individuale di lavoro può essere concordato tacitamente o espressamente, oralmente o per iscritto, a tempo determinato o indeterminato, o per lavoro intermittente. 3. Si considera come intermittente il contratto di lavoro in cui la prestazione di servizi, con subordinazione, non è continuativa, svolgendosi con periodi alternati di prestazione di servizi e di inattività, determinati in ore, giorni o mesi, indipendentemente dal tipo di attività del lavoratore dipendente e del datore di lavoro, fatta eccezione per gli aeronauti, disciplinati dalla propria legislazione.

con subordinazione, ma non in modo continuativo, con alternanza di periodi di prestazione e di inattività.

L'assunzione di lavoratori intermittenti può essere effettuata per prestazioni di ore, giorni o mesi, indipendentemente dall'attività svolta dal datore di lavoro e il lavoratore sarà remunerato solo per il periodo effettivamente lavorato.

Pertanto, l'obiettivo principale dell'introduzione del contratto di lavoro intermittente è quello di ridurre i rapporti di lavoro informali, portando i lavoratori irregolari nella categoria dei lavoratori formali con indicazione nella tessera del lavoro e della previdenza sociale (CTPS), con il dovuto riconoscimento dei diritti del lavoro, anche senza aver svolto una completa giornata lavorativa.

In questo modo, l'intermittenza può essere un importante complemento per le attività con richieste concentrate in determinati giorni della settimana, come hotel, bar e ristoranti, o, in determinati periodi dell'anno, come Pasqua, Natale, festa della mamma, del papà o per lo svolgimento di fiere, congressi, ecc.

La tendenza delle aziende è quella, infatti, di ricorrere al personale in regime tradizionale e al contempo lavoratori con rapporto di lavoro intermittente.

È interessante notare che le caratteristiche principali di questo nuovo rapporto sono, sostanzialmente, l'imprevedibilità e la dinamica della chiamata del lavoratore.

L'imprevedibilità risiede nel fatto che il dipendente giunge a conoscenza di quando sarà svolta la prestazione e della sua durata solo quando e se sarà chiamato a prestarla. È possibile che la chiamata sopraggiunga per una prestazione di durata ragionevole, ma il lavoratore può anche trascorrere più tempo in attesa rispetto a quello trascorso a svolgere la prestazione.

La chiamata del lavoratore non è regolata da norme complesse. Al contrario, il datore di lavoro deve invitare il dipendente a prestare servizio con almeno tre giorni di calendario di preavviso e tale comunicazione può essere effettuata in qualsiasi modo: telegramma, lettera, email, *Whatsapp*, ecc.

Nella chiamata il dipendente deve essere informato della durata della giornata lavorativa da svolgere, non eccedente il limite delle 8 ore giornaliere e 44 ore settimanali.

Il lavoratore ha un giorno lavorativo per rispondere alla chiamata. La norma si è occupata altresì di qualificare il silenzio del lavoratore alla chiamata come rifiuto della prestazione dei servizi.

Infine, la legge non ha stabilito un periodo minimo di lavoro. Il datore di lavoro, pertanto, non è obbligato a convocare il lavoratore per la prestazione; il che può ridurre o addirittura annullare la retribuzione, in quanto, durante il periodo di inattività, il lavoratore non percepirà alcuna retribuzione.

3. I diritti del lavoratore nel regime del contratto di lavoro intermittente

L'art. 452-A, § 6, del CLT⁷ stabilisce che il pagamento della prestazione sia sia immediato, subito dopo la fine del suo svolgimento.

L'ordinanza 349 del Ministero del lavoro, nel suo art. 2, § 2⁸, ha stabilito che il pagamento deve avvenire entro il quinto giorno utile del mese successivo allo svolgimento della prestazione, anche se il lavoratore è in attività da più di un mese. Vale a dire: il dipendente non può mai lavorare per un periodo superiore a trenta giorni successivi ed essere retribuito solo alla fine del periodo.

L'importo da versare riguarda non solo la retribuzione pattuita, ma anche le ferie proporzionali più il terzo costituzionale⁹, il riposo settimanale pagato, la tredicesima, il trattamento di fine rapporto (FGTS), la contribuzione previdenziale e le integrazioni di legge, come, ad esempio, l'indennità per condizioni di lavoro il premio per condizioni di lavoro insalubri.

È importante notare che il godimento delle ferie non si realizza ove le stesse siano monetizzate, sicché nel contratto intermittente, le ferie corrispondono al periodo di trenta giorni, ogni dodici mesi del rapporto di lavoro, in cui il lavoratore non può essere chiamato a prestare servizi per il datore di lavoro.

7 CLT, art. 452-A. Il contratto di lavoro intermittente deve essere stipulato per iscritto e deve contenere specificatamente la retribuzione per ora di lavoro, che non può essere inferiore al valore orario del salario minimo o spettante agli altri dipendenti dello stabilimento che svolgono la stessa funzione in modo intermittente contratto o no.

6. Al termine di ogni periodo di servizio, il dipendente riceverà il pagamento immediato dei seguenti emolumenti: (introdotto dalla l. n. 13467 del 2017)

I - retribuzione (introdotto dalla l. n. 13467 del 2017)

II - ferie proporzionali con aggiunta di un terzo (introdotto dalla l. n. 13467 del 2017)

III - tredicesimo stipendio proporzionale (introdotto dalla l. n. 13467 del 2017)

IV - riposo settimanale retribuito; e (introdotto dalla l. n. 13467 del 2017)

V- addizionali legali.

8 Ordinanza 349 del Ministero del Lavoro, art. 2 Il contratto di lavoro intermittente deve essere stipulato per iscritto e iscritto nella tessera del Lavoro e della Previdenza Sociale, anche se previsto da un accordo collettivo di lavoro o convenzione collettiva, e deve contenere:

I - identificazione, firma e domicilio o sede delle parti;

II - paga oraria o giornaliera, che non può essere inferiore al valore orario o giornaliero del salario minimo, né inferiore a quello dovuto agli altri dipendenti dello stabilimento che svolgono la stessa funzione, assicurando che il lavoro notturno sia remunerato più del lavoro diurno; e

III - il luogo ed il termine per il pagamento del compenso.

2. Nel caso in cui il periodo di convocazione superi il mese, il pagamento degli emolumenti di cui al § 6 dell'art. 452-A del CLT non può avvenire oltre il termine di un mese, e devono essere corrisposti entro il quinto giorno lavorativo del mese successivo a quello lavorato, ai sensi del § 1 dell'art. 459 del CLT.

9 Nell'ordinamento lavoristico brasiliano il "terzo costituzionale" corrisponde a un beneficio aggiuntivo pari a un terzo del valore delle ferie.

Infine, è importante rilevare che per ogni prestazione di servizio deve essere consegnata al lavoratore una ricevuta di pagamento con indicazione specifica di ciascuna prestazione retribuita.

4. Cautele necessarie nella stipulazione del contratto e nella gestione del rapporto

Il contratto di lavoro intermittente, presentando dinamiche diverse rispetto ad altri contratti tipici, richiede una certa attenzione.

Nonostante la flessibilità tipica del modello, il contratto deve essere formalizzato per iscritto e contenere la tariffa oraria.

Interessante notare che il CLT, nel *caput* dell'art. 452-A, prevede che sia indicata la retribuzione oraria contrattata; l'Ordinanza 349 del Ministero del Lavoro, invece, al suo art. 2, II, ammette la possibilità di contrarre anche il valore giornaliero, originariamente non prevista dal CLT.

Si precisa che sia nelle assunzioni orarie che giornaliera, il valore corrispondente non può essere inferiore al salario minimo di categoria, quando esistente, o al salario minimo legale, se applicabile.

La citata Ordinanza ha ammesso la possibilità di assumere per le stesse mansioni un lavoratore intermittente con una retribuzione oraria o giornaliera superiore al lavoratore a tempo pieno. Questa differenziazione è giustificata dal fatto che il lavoratore intermittente può rimanere inattivo per alcuni periodi senza percepire alcuna remunerazione. È un trattamento diverso, ma con fini egualitari.

Questo tipo di contratto è connotato da maggiore dinamismo e richiede maggiore attenzione nel controllo della gestione del rapporto.

Dopo l'assunzione si procede alla gestione del rapporto, che merita molta attenzione, poiché al termine di ogni periodo di erogazione della prestazione il dipendente deve ricevere il pagamento mediante ricevuta dettagliata.

Pertanto, i controlli devono essere organizzati in modo che nella contabilità della retribuzione sia ridotto al minimo il rischio di errori. La gestione di questi rapporti richiede un costante collegamento tra il datore di lavoro e la società che si occupa dei servizi di contabilità dal momento che per ogni prestazione devono essere effettuati i conteggi e i pagamenti, che possono essere di importo inferiore alla mensilità intera.

Inoltre, la giornata lavorativa deve essere ben controllata, anche in maniera più accurata rispetto ai rapporti a tempo pieno in quanto il lavoratore è chiamato a lavorare per un periodo di tempo prestabilito.

Qualora, eventualmente, si superino le ore previste nel contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di meno di otto ore giornaliera o di quarantaquattro ore settimanali, è opportuno procedere al pagamento dello straordinario.

Pertanto, oltre ad un controllo differenziato della giornata di lavoro, della sua cessazione e del calcolo della retribuzione, il datore di lavoro deve essere attento altresì alla regolarità del contratto.

Benché non sussista l'obbligo di presentare la prova documentale di tale rapporto davanti ad alcun organismo specifico, fatta eccezione per le informazioni che devono essere fornite agli enti previdenziali, il mancato rispetto degli obblighi di registrazione del dipendente comporterà per l'azienda una sanzione di R\$ 600,00 (seicento reals) per ogni lavoratore, come previsto dagli artt. 41 e 47-A del CLT¹⁰.

5. Questioni particolari sul lavoro intermittente

5.1. Calcolo della retribuzione e modalità della chiamata

È importante notare che la normativa non contiene alcuna previsione in materia di recesso dal contratto di lavoro intermittente. La Misura Provvisoria n. 808 ha disciplinato questa materia, ma non è stata convertita in legge nei termini previsti, motivo per cui ha perso la sua validità nell'aprile 2018.

Il Ministero del Lavoro ha emanato l'Ordinanza n. 349 nel maggio 2018, nel tentativo di disciplinare con maggiore chiarezza alcuni aspetti della riforma del lavoro e in particolare, per quanto qui interessa, le modalità di stipulazione del contratto di lavoro intermittente.

L'art. 5 della citata Ordinanza ha trattato, tra l'altro, del recesso dal contratto¹¹, salvando la norma già contenuta nell'art. 452-F del CLT¹², rimasta in vi-

10 CLT, artt. 41 - In tutte le attività, l'iscrizione dei rispettivi lavoratori sarà obbligatoria per il datore di lavoro e potranno essere adottati libri, fascicoli o sistemi elettronici, secondo istruzioni che saranno emanate dal Ministero del Lavoro.

Art. 47-A. Nel caso in cui i dati di cui all'unico comma dell'art. 41 del presente CLT non siano comunicati, il datore di lavoro sarà soggetto alla sanzione pecuniaria di R\$ 600,00 (seicento reals) per ciascun lavoratore.

11 Ordinanza del Ministero del Lavoro n. 349. Art. 5° Il TFR e il preavviso saranno calcolati in base alla media degli importi percepiti dal dipendente nel corso del rapporto di lavoro intermittente.

Comma unico. Nel calcolo della media di cui al *caput* verranno presi in considerazione solo i mesi durante i quali il lavoratore ha percepito le quote della retribuzione negli ultimi dodici mesi o il periodo di validità del contratto di lavoro intermittente, se inferiore.

12 CLT, artt. 452-F. Il TFR e il preavviso saranno calcolati sulla media degli importi percepiti dal dipendente nel corso del rapporto di lavoro intermittente. (introdotto dalla Misura Provvisoria n. 808 del 2017) (non convertito).

1. Nel calcolo della media di cui al *caput*, saranno presi in considerazione solo i mesi durante i quali il lavoratore ha percepito le quote della retribuzione negli ultimi dodici mesi o il periodo di validità del contratto di lavoro intermittente, se inferiore (introdotto dalla Misura Provvisoria n. 808 del 2017) (non convertito).

2. Il preavviso sarà necessariamente retribuito ai sensi del § 1 e § 2 dell'art. 487. (introdotto dalla Misura Provvisoria n. 808 del 2017) (non convertito).

gore nel solo periodo in cui la Misura Provvisoria ha avuto applicazione. Come per le altre forme contrattuali, il recesso dal contratto senza giusta causa deve essere preventivamente comunicato e la relativa indennità calcolata sulla base della retribuzione percepita negli ultimi dodici mesi di contratto, se la durata di validità non è inferiore a tale periodo.

Tuttavia, tale regolamentazione non è sufficiente a risolvere tutti i dubbi in materia. La questione del preavviso, ad esempio, non è stata sufficientemente risolta.

L'interpretazione più coerente è che il preavviso deve essere sempre retribuito, proporzionalmente, in base alle ore effettivamente lavorate.

Va inoltre richiamata l'attenzione sul fatto che il calcolo si basa sugli ultimi dodici mesi di lavoro. Il datore di lavoro, che nel corso del primo anno ricorre alle prestazioni di lavoro intermittente, potrebbe non effettuare alcuna chiamata nei dodici mesi successivi senza alcuna maturazione del TFR dal momento che la legge non prevede un intervallo minimo di tempo tra periodi di inattività e attività.

5.2. Intervallo minimo tra contratto a tempo indeterminato e contratto di lavoro intermittente

Altra questione delicata in materia di lavoro intermittente è quella riguardante l'assunzione con questa modalità di un precedente lavoratore a tempo indeterminato. Il dipendente con contratto di lavoro di otto ore giornalieri e quarantaquattro settimanali, che viene licenziato dal datore di lavoro, può essere assunto successivamente con contratto di lavoro intermittente.

Questa prassi è giustificata dal fatto che, forse, non esiste una esigenza costante che giustifichi la conservazione a tempo pieno del lavoratore dipendente, mentre la stessa esistenza sussiste nei momenti di maggior bisogno. Tuttavia, non vi è alcuna disposizione di legge su questa questione, né vi è alcuna giurisprudenza in materia.

A quasi cinque anni dalla riforma del lavoro, sembra che casi come questi non siano giunti dinanzi ad alcuna corte, motivo per cui non è possibile dire con certezza quale sarebbe il limite temporale tra la cessazione del contratto a tempo indeterminato e l'assunzione dello stesso dipendente con contratto di lavoro intermittente.

Il rischio di un brevissimo intervallo tra un contratto e l'altro è quello della possibile configurazione di un unico contratto con annullamento di quello intermittente in base al caso concreto (ad esempio: il lavoratore viene licenziato e riassunto la settimana successiva con contratto di lavoro intermittente). E ciò in quanto il lavoratore continua a lavorare con una frequenza simile a quella precedente, per lo stesso datore di lavoro, nello stesso luogo di lavoro, ma con la possibilità di non essere chiamato a lavorare in qualsiasi momento.

In questa ipotesi, potrebbe sembrare che il contratto, secondo il principio del primato della realtà, caro al diritto del lavoro, viene eseguito con le stesse

modalità precedenti, con la sola differenza di un maggior rischio a carico del lavoratore, che rimane in attesa della stessa retribuzione e dello stesso orario di lavoro, potendo rimanere inattivo in qualsiasi momento nei periodi consentiti dalla legge.

Con la Misura Provvisoria n. 808/17, è stato introdotto in materia l'art. 452-G del CLT¹³. È stato previsto un periodo di dodici mesi per l'assunzione con contratto di lavoro intermittente dopo la cessazione del contratto a tempo indeterminato.

Con la mancata conversione del Provvedimento in legge, la questione rimane aperta, senza essere regolata.

Con ciò, per interpretazione analogica dell'art. 452 del CLT¹⁴, che tratta della nuova assunzione a tempo determinato di un lavoratore precedentemente assunto con analoga tipologia contrattuale, si potrebbe considerare un intervallo minimo semestrale per l'assunzione con contratto di lavoro intermittente dello stesso lavoratore in precedenza assunto con contratto a tempo pieno.

5.3. Salario di maternità della lavoratrice in gravidanza assunta con contratto di lavoro intermittente

Contrariamente al problema sopra esaminato, la questione della retribuzione delle lavoratrici in gravidanza assunte con contratto di lavoro intermittente è disciplinata dall'art. 100-B del decreto n. 3048/99, come modificato dal decreto n. 10410 nel 2020¹⁵.

13 CLT, artt. 452-G. Fino al 31 dicembre 2020 il lavoratore iscritto con contratto di lavoro a tempo indeterminato licenziato non potrà prestare servizio per il medesimo datore di lavoro mediante contratto di lavoro intermittente per un periodo di diciotto mesi, a decorrere dalla data di licenziamento del dipendente (introdotto dalla Misura Provvisoria n. 808, del 2017) (non convertito).

14 CLT, artt. 452. Si considera a tempo indeterminato qualsiasi contratto che subentra, entro 6 (sei) mesi, ad un altro contratto a tempo determinato, salvo che la sua scadenza sia dipesa dall'esecuzione di servizi specializzati o dal verificarsi di determinati eventi.

15 Decreto n. 3048/99, artt. 100-B. La retribuzione di maternità spettante alla lavoratrice intermittente sarà corrisposta direttamente dalla previdenza sociale, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 19-E, e l'importo del contributo previdenziale sarà dedotto dalla rendita mensile del beneficio, secondo quanto previsto dall'art. 198, senza applicazione dell'art. 94 (introdotto dal decreto n. 10410 del 2020).

1. Il salario di maternità di cui al presente articolo è costituito dalla media aritmetica semplice della retribuzione calcolata nel periodo riferito ai dodici mesi precedenti il parto, l'adozione o l'affidamento in adozione (introdotto dal decreto n. 10410 del 2020).

2. In caso di concomitanti impieghi di lavoro intermittente, verrà calcolata la media aritmetica di cui al § 1 in relazione a tutti i lavori e verrà corrisposta una sola indennità di maternità (introdotto dal decreto n. 10410 del 2020).

3. Il contributo previdenziale a carico dell'azienda sarà calcolato sulla somma della retribuzione corrisposta nei dodici mesi precedenti la data di inizio del salario di maternità, divisa per il numero delle mensilità in cui è stata erogata la retribuzione (introdotto dal decreto n. 10410 del 2020).

Lo stipendio di maternità della gestante intermittente è corrisposto direttamente dal sistema della Previdenza Sociale e ciò costituisce una differenza notevole rispetto alle regole applicabili alla lavoratrice in gravidanza con contratto di lavoro a tempo indeterminato. In quest'ultimo caso, come noto, il datore di lavoro corrisponderà la retribuzione di maternità alla gestante e tratterà tale importo dai contributi dovuti alla Previdenza Sociale, in modo che la lavoratrice non debba preoccuparsi di rivolgersi agli uffici pubblici in coincidenza della nascita del bambino.

Tale soluzione non è però adatta alle lavoratrici intermittenti, poiché il valore della retribuzione di maternità non è facilmente calcolabile: è necessario effettuare una media aritmetica delle retribuzioni riferite agli ultimi dodici mesi della prestazione di tutti i possibili datori di lavoro con i quali la lavoratrice ha instaurato un rapporto di lavoro.

Pertanto, l'importo percepito per le prestazioni eseguite in favore di tutti i datori di lavoro da parte della lavoratrice sarà sommato e diviso per i mesi di lavoro; cioè, la lavoratrice in gravidanza che ha lavorato centoventi giorni negli ultimi dodici mesi, percepirà una somma corrispondente alla retribuzione suddivisa non per dodici, ma per quattro, ricevendo sempre una sola indennità di maternità, indipendentemente dal numero di rapporti di lavoro.

Un punto importante da sottolineare è che non vi è alcun obbligo di chiamare al lavoro le lavoratrici in gravidanza. Sebbene la garanzia di stabilità sia conservata, il datore di lavoro può semplicemente non chiamare la lavoratrice e, purtroppo, questa pratica è molto diffusa, soprattutto nelle società commerciali, tipiche datrici di lavoro intermittente.

La donna incinta assunta come intermittente può trascorrere l'intera gravidanza senza effettivamente svolgere alcuna prestazione. Pertanto, l'importo dello stipendio di maternità dipenderà dall'effettiva prestazione nei tre mesi precedenti la gravidanza. Non c'è protezione per questi casi e, in pratica, non c'è nemmeno un adeguato dibattito dottrinale sull'argomento.

In considerazione della lacuna normativa, si raccomanda l'applicazione analogica dell'art. 100-C, § 5, del decreto n. 3048¹⁶, che si occupa della retribuzione di maternità dei dipendenti assunti a tempo parziale nei casi di contribuzione inferiore al minimo mensile.

16 Decreto n. 3048, articolo 100-C. La retribuzione di maternità spettante alla lavoratrice part-time la cui retribuzione imponibile ai fini contributivi sia inferiore al limite minimo mensile, fermo restando quanto previsto dall'art. 19-E, sarà corrisposta direttamente dalla previdenza sociale, e l'importo dell'indennità previdenziale dovrà essere detratto dalla rendita mensile della prestazione, ai sensi di quanto previsto dall'art. 198 (introdotto dal decreto n. 10410 del 2020).

5. Nel caso previsto dal *caput*, l'importo del salario di maternità sarà un salario minimo (introdotto dal decreto n. 10410 del 2020).

In questi casi, la previdenza sociale deve pagare il salario minimo come stipendio di maternità, in modo che la madre e il nascituro non siano privi di tutela.

5.4. Multa del 50% in caso di accettazione della chiamata e di mancato svolgimento della prestazione

L'art. 452-A, § 4, del CLT prevede la sanzione pecuniaria del 50% dell'importo retributivo dovuto in caso di assenza del lavoratore intermittente dopo l'accettazione della chiamata. La formulazione della norma non è sufficiente a risolvere tutti i dubbi riguardanti l'ipotesi di mancato svolgimento della prestazione dopo l'accettazione della chiamata.

L'ipotesi è la seguente: il lavoratore è chiamato a lavorare per cinque giorni, otto ore al giorno; accetta la chiamata e il primo giorno di servizio non si presenta, lasciando il datore di lavoro privo della prestazione aggiuntiva di cui aveva necessità; il giorno successivo, invece, il dipendente si presenta al lavoro.

La domanda è se: (i) il datore di lavoro può sanzionare il lavoratore che non si è presentato il primo giorno?; (ii) la sanzione del 50% sarebbe sufficiente per il lavoratore inadempiente?; (iii) la sanzione è applicata per l'intero periodo di convocazione o solo per il giorno di assenza?; (iv) il datore di lavoro può impedire al lavoratore di svolgere la prestazione per il resto del periodo quando è stato inizialmente assente?; (v) come può essere corrisposto il compenso previsto nel suddetto articolo?

Ci sono numerose domande senza risposta. In ogni caso, si ritiene che la sanzione sia pienamente applicabile nel contratto di lavoro intermittente.

Se il datore di lavoro accetta che il lavoratore sia presente negli altri giorni della chiamata, la sanzione e la multa si riferiranno solo al giorno dell'assenza e non all'intero periodo di convocazione.

Tuttavia, il datore di lavoro avrà facoltà di non accettare che il dipendente lavori nei giorni rimanenti, poiché l'assenza fa sorgere la necessità di progettare una nuova organizzazione del proprio personale. In altre parole, il lavoratore che non si presenta nonostante la sua accettazione genera l'aspettativa dell'assenza anche nei giorni successivi.

Ciò che non sarebbe accettabile sarebbe, ad esempio, che il datore di lavoro accettasse che il lavoratore lavori in altri giorni, addebitandogli una multa calcolata in percentuale anche sul periodo lavorato.

Inoltre, risulta estremamente contraddittoria la possibilità che il pagamento della retribuzione, prevista dalla disciplina, avvenga entro il termine di trenta giorni. La legge sembra indicare che il datore di lavoro possa detrarre la sanzione dalla retribuzione, anche se la stessa ha funzione alimentare, intangibile e inviolabile.

Per contro, nel fissare un termine di trenta giorni per il pagamento dell'eventuale compenso, il lavoratore può, a sua volta, rifiutare il lavoro per i successivi trenta giorni, il che comporterà sicuramente l'impossibilità per il datore di lavoro di riscuotere la sanzione.

Molte domande vengono poste su presupposti ipotetici, ma in pratica, a fronte di un mercato del lavoro ristretto, il dipendente che accetta la chiamata, normalmente rispetta il suo accordo. Inoltre, il lavoratore assente dopo l'accettazione molto probabilmente non sarà più chiamato da quel datore di lavoro a lavorare.

5.5. (Im)possibilità di partecipazione del lavoratore intermittente alla CIPA

In merito alla possibilità di partecipazione dei lavoratori intermittenti alla CIPA (Commissione Interna per la Prevenzione degli Infortuni), non è prevista alcuna regola né nell'Ordinanza n. 349, che disciplina alcuni aspetti della riforma del lavoro, anche relativamente al lavoro intermittente, né nella Norma Regolamentare n. 5, che riguarda la CIPA, entrambe del Ministero del Lavoro.

Il divieto da parte del datore di lavoro di impiegare un lavoratore intermittente può costituire una discriminazione, motivo per cui tale pratica non è raccomandata. I lavoratori intermittenti lavorano nello stesso posto di lavoro di quelli assunti a tempo indeterminato, nelle stesse condizioni ambientali, motivo per cui non vi è alcun impedimento alla loro partecipazione alla Commissione Interna per la Prevenzione degli Infortuni.

Tuttavia, il lavoratore intermittente non è obbligato a presenziare in azienda ogni volta che viene chiamato. Al contrario, può accettare o meno di svolgere la prestazione durante il periodo in cui è chiamato a lavorare, senza che alcun diniego costituisca insubordinazione.

Con ciò il datore di lavoro, al fine di garantire l'effettiva partecipazione del lavoratore intermittente che si candida alla CIPA durante le regolari riunioni mensili, deve pubblicare un avviso indicando la necessità che i dipendenti partecipino a tali riunioni, senza possibilità di rifiutare la partecipazione, come invece è possibile nello svolgimento del rapporto di lavoro intermittente. Si raccomanda che nell'avviso, ad esempio, si stabilisca che l'assenza ingiustificata per due riunioni consecutive, non potendo essere considerata una giustificazione l'assenza dovuto allo svolgimento della prestazione presso altro datore di lavoro, comporti la decadenza dall'incarico.

Infine, una volta eletto, il lavoratore intermittente dovrà essere sicuramente remunerato per le giornate di presenza alle riunioni.

5.6. (Im)possibilità di assunzione e chiamata di lavoratori intermittenti nei periodi di sciopero

La Costituzione federale, all'articolo 9¹⁷, in linea con l'art. 7, comma unico, della legge n. 7783/1989¹⁸ vieta la sostituzione dei dipendenti in sciopero, al fine di non svuotare di significato l'esercizio del relativo diritto.

Poiché l'essenza del contratto intermittente è quella della chiamata nei momenti di maggiore domanda, è evidente che la partecipazione allo sciopero, riducendo il numero di dipendenti effettivamente attivi, comporterebbe una maggiore necessità di altri dipendenti.

Tuttavia, non è possibile assumere nuovi dipendenti, neppure in modo intermittente, per sostituire gli scioperanti, poiché una tale pratica renderebbe lo sciopero innocuo, neutralizzandone gli effetti a carico del datore di lavoro.

Per quanto riguarda la convocazione dei dipendenti intermittenti già precedentemente assunti, va valutata la frequenza con cui verrebbero normalmente chiamati e, cioè, prima dello sciopero. Se il lavoratore intermittente era già chiamato, in media, a lavorare una volta alla settimana, ad esempio, non sembra esserci alcun impedimento al proseguimento di questa pratica, anche in tempo di sciopero. Tuttavia, la chiamata non sarà consentita a condizioni diverse da quelle normalmente svolte, con l'evidente intenzione di sostituire la forza lavoro in sciopero, pratica vietata dalla legge¹⁹.

6. Considerazioni finali

Il contratto di lavoro intermittente nasce nella realtà brasiliana molto prima di essere disciplinato dalla l. n. 17467/17. La necessità di maggiore forza lavoro in determinati orari e giorni, soprattutto negli esercizi con intervalli o picchi di clientela, come ristoranti e snack bar, è culminata nel tentativo di adottare il *contratto a zero ore*, già applicato a livello internazionale, principalmente nei paesi di *common law*.

17 Costituzione federale, art. 9°. Il diritto di sciopero è assicurato e spetta ai lavoratori decidere sull'opportunità di esercitarlo e sugli interessi che attraverso di esso devono difendere.

1. La legge definirà i servizi o le attività essenziali e provvederà alla cura degli inevitabili bisogni della comunità.

2. Gli abusi commessi sottopongono i responsabili alle sanzioni di legge.

18 Legge n. 7783/1989, art. 7. Ferme restando le condizioni previste dalla presente legge, la partecipazione ad uno sciopero sospende il contratto di lavoro, dovendo i rapporti obbligatori, durante tale periodo, essere regolati dall'accordo collettivo, convenzione, lodo arbitrale o decisione del Tribunale del lavoro.

Paragrafo unico. È vietata il recesso dal rapporto di lavoro durante lo sciopero, nonché l'assunzione di lavoratori supplenti, salvo i casi previsti dagli artt. 9 e 14.

19 L. FERNANDEZ, R. PAMPLONA FILHO, *Trabalho intermitente*, Juruá, Curitiba, 2020, p.167.

La resistenza nazionale della dottrina e della giurisprudenza ha lasciato questo tipo di contratto senza possibilità di applicazione fino all'avvento della riforma del lavoro che ha introdotto una specifica disposizione all'ordinamento.

In uno scenario ancora instabile, c'è molta reticenza da parte dei tribunali del lavoro nell'adottare un tale regime.

Il Tribunale Regionale del Lavoro di Minas Gerais, ad esempio, nel 2018 ha ritenuto nullo un contratto di lavoro intermittente di un lavoratore di Magazine Luiza. Si tratta della prima decisione di secondo grado contro il lavoro intermittente nel Paese, con il collegio che ha condannato l'azienda a pagare le differenze salariali e il TFR come se il lavoratore fosse un lavoratore assunto con regolare contratto di CLT.

Nella votazione, il relatore, il giudice José Eduardo Chaves Júnior ha espresso l'opinione che il lavoro intermittente, sebbene legale, secondo la nuova legislazione, dovrebbe essere svolto solo in via eccezionale, per soddisfare la domanda di lavoro intermittente nelle piccole imprese²⁰.

La realtà è che la suddetta decisione è andata oltre quanto previsto dalla legge. Non vi è alcun impedimento per un'azienda, ad esempio, ad assumere solo lavoratori intermittenti. Un'ipotesi del genere non è nemmeno difficile da immaginare: un'azienda che organizza eventi, ad esempio, lavora 24 ore su 24 in base alla domanda. Non vi è, quindi, alcuna necessità di mantenere i lavoratori assunti a tempo normale nei momenti in cui non viene organizzato alcun evento.

Di fronte a tante lacune legislative, regolamentari e giurisprudenziali, è normale che gli imprenditori brasiliani evitino ancora di assumere con questa modalità.

Di conseguenza, il contratto di lavoro intermittente, che mirava ad aumentare il numero dei contratti formalizzati, come regolato in Brasile, non ha ancora raggiunto il suo obiettivo, generando molti dubbi nel settore delle imprese.

Occorre, quindi, che queste tematiche siano meglio approfondite attraverso una disciplina di legge o un contratto più aderente alle esigenze delle parti, in modo che, neutralizzata l'attuale quadro di incertezza del diritto, il contratto di lavoro intermittente acquisisca maggiore forma e vigore nello scenario brasiliano, generando maggiori opportunità nel mercato del lavoro.

20 “Soprattutto, non può essere utilizzato per soddisfare la domanda di attività permanente, continua o regolare. Non è ancora possibile utilizzare un contratto intermittente per svolgere un lavoro effettivo all'interno dell'azienda come in questo caso, trattandosi di una società per azioni con capitale autorizzato, il cui oggetto sociale comprende il commercio al dettaglio e all'ingrosso in generale”, ha affermato TRT/MG 0010454-06.2018.5.03.0097 (ROPS).

Apprendistato

Luciano Dorea Martinez Carreiro

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'apprendistato e il collegamento tra facoltà intellettuali e ambiente. Le prime tappe della legislazione brasiliana. – 2. La natura giuridica del contratto di apprendistato e la sua distinzione dal contratto di tirocinio. – 3. I requisiti di validità del contratto di apprendistato. – 3.1. I requisiti soggettivi dell'apprendista. – 3.2. L'oggetto contrattuale. – 3.3. I requisiti di forma. – 4. L'obbligo di assumere apprendisti. – 5. Diritti minimi degli apprendisti. – 5.1. Sulla durata del contratto. – 5.2. Sulla durata dell'orario di lavoro. – 5.3. Sulla retribuzione minima. – 5.4. Aliquota del FGTS e sua discutibile costituzionalità. – 5.5. Ferie, buoni trasporto, disposizioni contenute in norme collettive e prestazioni di telelavoro. – 6. Conversione del contratto: si possono assumere apprendisti a tempo indeterminato? – 7. Cessazione del contratto di apprendistato. – 7.1. Fattispecie di cessazione del contratto. – 7.2. Inapplicabilità del recesso datoriale. – 8. Come si svolge l'apprendistato nel settore pubblico? – 9. Conclusioni.

1. Introduzione: l'apprendimento e il collegamento tra le facoltà intellettuali e ambiente. Le prime tappe della legislazione brasiliana

L'apprendimento è un processo di acquisizione di informazioni, conoscenze, abilità, attitudini e valori ottenuti attraverso lo studio o l'esperienza interattiva tra le facoltà mentali e l'ambiente. L'apprendimento, come metodologia, è, in sostanza, una reazione a una situazione incontrata, che però non si spiega con tendenze innate o con la maturazione stessa dell'individuo¹.

Nonostante la difficoltà di offrire una definizione unica e invariabile dell'apprendimento, data la sua natura multifattoriale, esso è stato, in generale, assimilato come conseguenza della pratica svolta, come un evento che produce cambiamenti duraturi e trasferibili ad altre situazioni della vita².

La responsabilità di questo apprendimento, tuttavia, è sempre stata diffusa. Molti si sono elevati alla carica di educatori dei bambini in diverse strutture sociali, dalle famiglie, in cui i genitori sono sempre stati le prime e naturali guide, alle istituzioni comunitarie e religiose. Le scuole, invece, sono emerse come i

1 E. HILGARD, *Teorias da Aprendizagem*, San Paolo, EPU, 5a ed., 1973, p. 3.

2 J. POZO, *Aprendizes e Mestres: a nova cultura da aprendizagem*, Artmed, Porto Alegre, 2002, p. 60.

più importanti vettori di apprendimento attribuiti come politica pubblica per la qualificazione dei cittadini.

Proprio per questo divenne consuetudine durante il periodo dell'Impero del Brasile creare, con Decreti, diverse Compagnie di Apprendisti Artigiani, in particolare in ambito militare, con la missione di coinvolgere il giovane apprendista nella vita sociale.

Anche dopo il cambiamento del sistema di governo, la Costituzione repubblicana del 1891 mise in correlazione gli apprendisti con l'attività militare e a riferirli come una forza complementare dell'esercito federale. Il §4 dell'art. 87 della predetta carta costituzionale prevedeva che la Scuola Navale, la Scuola per Apprendisti Marinai e la Marina Mercantile gareggiassero per il personale della Marina Militare mediante sorteggio.

All'alba del XX secolo, la questione sociale è diventata sempre più importante in Brasile. L'apprendistato, quindi, è emerso come un'alternativa alla disuguaglianza sociale, in quanto non soltanto finalizzato a garantire la preparazione iniziale necessaria per svolgere un mestiere o una professione. Lo Stato vedeva nell'apprendistato anche un modo per tenere i giovani lontani dal rischio di soccombere alla criminalità, e questo era molto visibile nel testo del decreto n. 7566, del 23 settembre 1909, che istituì, nei capoluoghi degli Stati della Repubblica, Scuole per Apprendisti Artigiani, per l'istruzione primaria e professionale gratuita.

Nella sua introduzione, il citato decreto affermava: «il costante aumento della popolazione delle città richiede che le classi proletarie siano dotate dei mezzi per superare le difficoltà sempre crescenti della lotta per l'esistenza». Per questo, secondo il testo dell'epoca, era necessario «non solo dotare i figli dei diseredati dell'indispensabile formazione tecnica e professionale, ma anche far loro acquisire abitudini di lavoro fruttuoso che li tenesse lontani dall'ozio ignorante, una scuola del vizio e del crimine». Queste scuole per apprendisti avevano, come si può intuire, più un carattere caritatevole che professionale e quindi predominava una visione caritatevole, per quanto, ovviamente, l'introduzione dei giovani nell'universo della formazione assistita non era disprezzata³.

L'apprendistato era chiaramente legato ad una politica di assistenza e tutela dei minori dal decreto n. 17943-A del 12 ottobre 1927, primo Codice dei Minori del Paese. Quest'ultimo, al §3 dell'art. 211, conteneva un riferimento a tale riguardo nel senso che la formazione professionale era definito come l'apprendimento di un'arte o di un mestiere, adeguati all'età, alla forza e alle capacità dei minori e alle condizioni dell'istituto.

Tuttavia, con l'emergere della politica economica del governo di Getúlio Vargas, incentrata sul sistema industriale, la leadership statale e il ravvicinamento

3 E. G. DE SOUZA, *Relação trabalho-educação e questão social no Brasil: uma leitura do pensamento pedagógico da Confederação Nacional da Indústria - CNI (1930-2000)*, Tesi (dottorato), Università Statale di Campinas, Facoltà di Scienze della Formazione, 2012.

con il capitale straniero⁴, l'apprendistato ha iniziato a svolgere un ruolo ancora più importante nel raggiungimento degli obiettivi di sviluppo. L'apprendistato divenne così un vero e proprio strumento formativo per la crescita economica del Paese⁵.

Lo Stato ha poi assunto un ruolo di primo piano e, attraverso di esso, ha esplicitato nel testo dell'art. 129 della Costituzione del 1937 che sarebbe «dovere della Nazione, degli Stati e dei Comuni assicurare, mediante la fondazione di istituzioni educative pubbliche in tutti i loro gradi, la possibilità di ricevere un'istruzione adeguata alle proprie facoltà, attitudini e tendenze professionali».

Nello stesso art. 129 dello stesso testo costituzionale si affermava categoricamente che era «dovere delle industrie e delle associazioni economiche creare, nell'ambito della loro specializzazione, scuole per apprendisti, destinate ai figli dei loro lavoratori o dei loro associati». Infine, si affermò che la legge regolava l'adempimento di tale dovere e l'estensione dei poteri dello Stato su queste scuole, compresi gli aiuti, le strutture e i sussidi che sarebbero stati concessi.

L'apprendistato manteneva però, come accennato in precedenza, una finalità di riduzione dei problemi sociali che andavano crescendo nel Paese. Il testo del pluricitato art. 129 della Costituzione del 1937 aveva esplicitato tale obiettivo prevedendo che «l'educazione professionale preprofessionale rivolta alle classi svantaggiate è, in termini di educazione, il primo dovere dello Stato».

Da quel momento in poi si è assistito ad un sensibile sviluppo del tema con la creazione di diverse Scuole Tecniche e Servizi Nazionali di Apprendistato, con particolare attenzione al Servizio Nazionale per l'Istruzione dei Lavoratori Industriali (SENAI), istituito con Decreto-Legge n. 4048 del 22 gennaio 1942.

L'apice di questa evoluzione legislativa si ebbe con l'inserimento dell'apprendistato nel corpo del Testo unico delle leggi sul lavoro (CLT) attraverso la pubblicazione del decreto-legge n. 5452 del 1° maggio 1943.

Nel suo testo originario, il CLT iniziò ad imporre, in nome della funzione sociale delle imprese, l'obbligo di assumere apprendisti.

L'art. 429 del citato testo unico prevedeva, fin dalla sua formulazione originaria, che gli stabilimenti industriali di qualsiasi natura, compresi i trasporti, le comunicazioni e la pesca, fossero obbligati – e sono tuttora vincolato – ad assumere e a immatricolare a corsi di formazione professionale.

Si è così stabilito un obbligo di contrattazione, cioè un'ingerenza nella stessa volontà di contrarre, affinché le imprese – ad eccezione di quelle espressamente escluse da tale obbligo nei termini di legge – non potessero sottrarsi alla

4 P.P. ZAHLUTH BASTOS, *A construção do nacionalismo econômico de Vargas*, in P.P. ZAHLUTH BASTOS, P. C. DUTRA FONSECA (a cura di), *A Era Vargas: Desenvolvimentismo, economia e sociedade*, Editrice UNESP, San Paolo, 2012.

5 S. ARGENTO, *Análise da política econômica e do comportamento da economia brasileira durante o período 1929-1939*, in F. R. VERSIANI, J. R. MENDONÇA DE BARROS (a cura di), *Formação econômica do Brasil. A experiência da industrialização*, Saraiva, San Paolo, 1978.

determinazione normativa di assumere apprendisti, osservando, ovviamente, l'impersonalità dell'atto.

La Costituzione brasiliana del 1937 manteneva la logica dell'imposizione dell'apprendistato, prevedendo, all'art. 168, IV, che le imprese industriali e commerciali fossero «obbligate a fornire, in cooperazione, apprendistato ai loro lavoratori minori, nel modo che la legge stabilisca, nel rispetto dei diritti degli insegnanti». Lo stesso trattamento si ritrova nelle Costituzioni del 1967 (art. 170).

La Costituzione del 1988, pur non facendo riferimento all'obbligo dell'apprendistato, faceva riferimento alla “condizione dell'apprendistato” nel suo art. 7, XXXIII, rinviando alla legislazione ordinaria per la relativa disciplina. Tuttavia, è stata prevista all'art. 62 delle Disposizioni costituzionali transitorie, con il chiaro intento di estendere l'apprendistato alle aree rurali, la creazione del Servizio Nazionale per l'Apprendimento Rurale (SENAR) nell'ambito della normativa relativa al Servizio Nazionale per l'Apprendimento Industriale (SENAI) e al Servizio Nazionale Servizio per l'apprendimento del commercio (SENAC).

2. La natura giuridica del contratto di apprendistato e la sua distinzione dal contratto di tirocinio

Il decreto n. 31546 del 6 ottobre 1952, che prevedeva la nozione di apprendista, già chiariva che il contratto di apprendistato costituisce un contratto di lavoro speciale e che tale specialità derivava dalla compenetrazione delle condizioni di lavoratore dipendente e di quelle di apprendista⁶.

Il testo era chiaro in tal senso, prevedendo letteralmente: «“si considera apprendistato il contratto di lavoro individuale tra datore di lavoro e lavoratore di età superiore ai 14 anni e inferiore ai 18 anni, per cui, oltre alle caratteristiche di cui all'articolo 3 del Testo unico del Codice del Lavoro, il primo si impegna a sottoporre il lavoratore ad una formazione professionale metodica nel mestiere o impiego per il quale è stato ammesso ed il minore si impegna a seguire il rispettivo regime di apprendistato».

Tale intesa è stata ribadita nello Statuto dell'infanzia e dell'adolescenza – l. n. 8069 del 13 luglio 1990 – che all'art. 65 dispone che all'apprendista adolescente di età superiore ai quattordici anni sono «assicurati i diritti lavoristici e della previdenza sociale».

La regolamentazione di tale previsione (contenuta nel decreto poi revocato n. 5598/2005) aveva ribadito la logica secondo cui il contratto di apprendistato è un “contratto speciale di lavoro”⁷ (cfr. art. 3), poi confermata nel decreto n.

6 In questo senso, P. DURAND, A. VITU, *Traité de droit du travail*, Dalloz, Parigi, 1950, t. II, p. 344-357.

7 Si tratta di un “contratto di lavoro speciale”, nel suo insieme, e non solo di una “clausola di apprendimento” contenuta nel contratto di lavoro come sostenuto da alcuni, v. H. G.

9579/2018, che, aggiornando la disciplina, ha abrogato il decreto n. 5598/2005 (cfr. art. 45)

Nell'ordinamento giuridico brasiliano, il contratto di apprendistato è, quindi, un contratto di lavoro speciale, stipulato per iscritto e a tempo determinato⁸, attraverso il quale il datore di lavoro offre non solo il lavoro come mezzo di sostegno personale e familiare all'apprendista, ma principalmente l'accesso a una formazione tecnico-professionale metodica, compatibile con il suo sviluppo fisico, morale e psicologico. Si tratta, quindi, di un negozio giuridico con corpo di contratto di lavoro e anima di tirocinio.

Va notato, perché è importante, che l'"idea di apprendimento" può essere racchiusa in ambiti molto diversi, sia nel campo del lavoro che delle attività in senso stretto⁹.

Si noti, in questa prospettiva, che la nozione di apprendimento, in senso lato, compare nei rapporti di lavoro sia per designare la formazione (una fase di assimilazione delle conoscenze richiesta da un neoassunto o da chi cambia ruolo) sia rispetto al contratto speciale di apprendistato. Nell'ambito delle attività in senso stretto, il termine "apprendistato" può trovare applicazione nel contratto di tirocinio, nell'esercizio di compiti svolti dai minori nelle officine dei loro tutori legali o nello sviluppo di attori, cantanti e modelli bambini.

Il contratto di tirocinio, tuttavia, non deve essere confuso con il contratto di apprendistato.

Il contratto di apprendistato è un negozio giuridico di lavoro che, per inciso, mescola i requisiti del contratto di lavoro con le responsabilità inerenti all'attività di studio. Si assiste alla «combinazione di obiettivi educativi e professionalizzanti con quelli lavorativi che ugualmente sono propri di questo contratto»¹⁰.

Il tirocinio, a sua volta, come previsto dall'art. 1 della l. n. 11788 del 25 settembre 2008, non è altro che un "atto educativo scolastico vigilato" che si sviluppa in un ambiente di lavoro, ma che non è effettivamente un lavoro. Contrariamente a quanto si intende con il lavoro – che è il sostegno personale ed eventualmente familiare della persona – il tirocinio è finalizzato all'«apprendimento delle competenze proprie dell'attività professionale e della contestualizzazione curriculare» (cfr. § 2 della predetta legge).

BERNARDES, *Cláusula de aprendizagem nos contratos de trabalho*, Università di Brasilia, Brasilia, 1969.

8 V. il contenuto del c. 3 dell'art. 428 del CLT.

9 Per saperne di più sulle "attività in senso stretto", v. L. MARTINEZ, *Curso de Direito do Trabalho*, Saraiva, San Paolo, 13a ed., 2022, p. 153 ss.

10 M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, San Paolo, 18a ed., p. 688-689.

3. I requisiti di validità del contratto di apprendistato

Il contratto di apprendistato, nell'ordinamento giuridico brasiliano, è soggetto ad alcuni requisiti, senza il rispetto dei quali questo contratto speciale non può essere validamente stipulato. In assenza di uno qualsiasi di essi, sorgerà un contratto comune ovvero un contratto di lavoro ordinario e, di conseguenza, un insieme di effetti lavoristici, civili e penali a carico del datore di lavoro autore della violazione.

Questa è stata la soluzione più volte adottata dalla magistratura brasiliana. Si noti, tuttavia, che, sul piano delle conseguenze dell'attività ispettiva, non vi è alcuna trasformazione automatica del contratto speciale di apprendistato in un contratto di lavoro comune. Questo effetto dipende da un ordine del tribunale e gli ispettori del lavoro, in caso di irregolarità nell'assunzione, applicano solo sanzioni pecuniarie, come previsto dall'art. 434 del CLT.

La validità del negozio giuridico denominato "contratto di apprendistato" richiede i seguenti requisiti:

3.1. I requisiti soggettivi dell'apprendista

L'apprendista deve rientrare nei limiti di età previsti dai §§ 3 e 5 dell'art. 428 del CLT. Si precisa che il limite massimo di età non si applica agli apprendisti con disabilità, visto il contenuto dei §§ 5 e 8 dell'art. 428 del CLT.

Si segnala che l'espressione "apprendista minore", coniata all'epoca in cui l'apprendistato era un contratto esclusivamente per persone di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, è anacronistica. Dall'emanazione della l. n. 11180 del 23 settembre 2005, che ha modificato la formulazione del caput dell'art. 428 CLT, il contratto di apprendistato ha ora ad oggetto i lavoratori-apprendisti di età superiore ai quattordici anni e, ad eccezione dei portatori di handicap, al di sotto dei ventiquattro anni¹¹.

3.2. L'oggetto contrattuale

Il contratto di apprendimento è ovviamente finalizzato all'apprendimento. In tal caso, il contraente deve necessariamente essere iscritto ad un programma di apprendistato formativo tecnico-professionale metodico, compatibile con il suo sviluppo fisico, morale e psicologico.

Su questo punto il §1 dell'art. 428 CLT è estremamente chiaro. Si precisa che il contratto di apprendistato prevede solo l'iscrizione e la frequenza alla scuola dell'apprendista che non ha ancora terminato la scuola superiore (2° grado di studi). Per coloro che hanno già completato questa fase scolastica, è richiesta solo l'iscrizione ad un programma di apprendistato.

11 Ai sensi dell'art. 11 della l. n. 11129 del 30 giugno 2005, che ha istituito il Programma Nazionale di Inclusionione Giovanile – PROJOVEM – e dell'art. 2 della l. n. 11692 del 10 giugno 2008, la gioventù corrisponde alla fascia di età compresa tra i quindici e i ventinove anni.

Si noti, tuttavia, che, ai sensi del § 7 dell'art. 428 del CLT, nei luoghi in cui non vi sia offerta di istruzione secondaria, l'apprendista può essere assunto senza frequentare la scuola, purché abbia già completato almeno gli studi elementari.

Si segnala inoltre che la norma in esame non ammette qualunque programma di apprendimento, dal momento che il progetto deve essere sviluppato sotto la guida di un ente abilitato alla formazione metodologica tecnico-professionale.

Tra questi enti, la legge (artt. 429 e 430 CLT) indica i Servizi Nazionali per l'Apprendimento (SENAI, SENAC, SENAR, SENAT E SESCOOP), le Scuole Tecniche dell'Educazione, gli enti senza scopo di lucro che hanno come obiettivo l'assistenza degli adolescenti e la formazione professionale, iscritti al Consiglio comunale per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, e ancora gli enti sportivi delle diverse discipline affiliati al Sistema sportivo nazionale e ai Sistemi sportivi degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni. Tali enti devono disporre di una struttura adeguata allo sviluppo dei programmi di apprendimento, al fine di mantenere la qualità del processo didattico, e di monitorare e valutare i risultati.

Ci si può ancora chiedere: infine, cos'è la "formazione tecnico-professionale"?

La stessa legge chiarisce la portata dell'oggetto quando, al § 4 dell'art. 428 del CLT, stabilisce che la formazione tecnico-professionale è caratterizzata da attività teoriche e pratiche, organizzate metodicamente in compiti di progressiva complessità sviluppati nell'ambiente di lavoro. Infatti, agli apprendisti che concludono con successo i corsi di apprendistato, sarà consegnato, ai sensi del § 2 dell'art. 430 del CLT, l'attestato di qualifica professionale. Si tratta, quindi, contemporaneamente di contratto di lavoro e di corso di qualificazione professionale.

Si segnala inoltre che la legge ha stabilito un termine massimo per l'espletamento di tale "formazione tecnico-professionale" e lo ha fissato in due anni, salvo per le persone con disabilità che non sono soggette a tale termine. In considerazione di ciò, l'attività legale di apprendistato è iscritta nell'elenco dei contratti a tempo determinato, poiché la relativa durata è considerata per ovvie ragioni come sufficiente a soddisfare le finalità contrattuali. Esistono, invece, contratti di apprendistato di durata inferiore al tempo massimo previsto dalla legge.

Per quanto riguarda gli apprendisti con disabilità, non si può dimenticare che, ai sensi della l. n. 13146 del 6 luglio 2015, il percorso di istruzione deve considerare, soprattutto, le abilità e competenze relative alla professionalità da acquisire.

Occorre infine dare conto della impossibilità giuridica di ricorrere all'apprendistato nell'ambito dei rapporti di lavoro domestici. Non si parla, almeno sotto l'egida delle norme giuridiche attualmente in vigore in Brasile, di apprendisti domestici, poiché le attività svolte negli ambienti domestici non richiedono, per evidenza normativa, la già citata "formazione tecnico-professionale" dei programmi di apprendistato. Inoltre, oltre a ciò, come si evince dall'unico comma

dell'art. 1 della Legge Complementare n. 150 del 2015, «è vietata l'assunzione di persone di età inferiore ai 18 (diciotto) anni per svolgere lavori domestici, ai sensi della Convenzione n. 182 del 1999 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIT) e del decreto n. 6481 del 12 giugno 2008». Il lavoro domestico – occorre ricordare – è tra le peggiori forme di lavoro minorile.

3.3. I requisiti di forma

Il contratto di apprendistato richiede la forma scritta (cfr. *caput* dell'art. 428 del CLT) e, inoltre, «presuppone l'annotazione nella Tessera del Lavoro e della Previdenza Sociale» (CTPS), ai sensi del § 1 dell'art. 428 del CLT. Tali formalità imperative implicano che ogni qualvolta la stipulazione sia effettuata verbalmente o, anche, ogni qualvolta si verifichi l'omissione dell'annotazione nel CTPS, sorgerà la possibilità giuridica di una richiesta giudiziale di conversione del contratto speciale in contratto di lavoro comune. Si noti che non scomparirà il contratto di lavoro, ma le modalità speciali di assunzione a fini di apprendimento.

La forma scritta è qui richiesta in quanto requisito sostanziale dell'atto giuridico complesso (*ad solemnitatem*), e non solo per l'agevolazione della prova (*ad probationem*). Si ricorda che, nell'ordinamento giuridico brasiliano, ai sensi dell'art. 107 doc. civ., «la validità della dichiarazione di volontà non dipende dalla forma speciale, a meno che la legge non lo richieda espressamente». E in tal caso, la legge richiede espressamente l'apposita forma scritta.

4. L'obbligo di assumere apprendisti

In linea di principio, tutti gli imprenditori, di qualsiasi natura, sono tenuti ad assumere e ad iscrivere ai corsi dei Servizi Nazionali di Apprendistato un numero di apprendisti pari almeno al 5% (cinque per cento) e al 15% (quindici per cento), al massimo, dei lavoratori occupati in ogni stabilimento, le cui mansioni richiedano una formazione professionale. Questa regola ha delle eccezioni, come si vedrà in seguito.

Si precisa che, per definire le mansioni che richiedono una formazione professionale, occorre considerare la Classificazione Brasiliana delle Occupazioni (CBO), predisposta dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale. Tuttavia, le mansioni che richiedono un'istruzione superiore e tecnica e gli incarichi di fiducia non sono incluse in questo calcolo.

Ad esempio: una tipografia, poiché dispone di diverse stazioni di servizio che richiedono una formazione professionale, è, in linea di principio, obbligata ad assumere apprendisti. Se la tipografia ha 100 (cento) dipendenti regolari, deve assumere un numero che varierà da cinque a quindici apprendisti.

Si segnala inoltre che esistono due importanti eccezioni alla regola dell'assunzione obbligatoria degli apprendisti:

Prima eccezione:

Le microimprese e le piccole imprese, ai sensi dell'art. 51, III, della Legge Complementare n. 123/2006, sono esentate dall'assunzione di apprendisti. Si segnala che la predetta disposizione di legge è ambigua e, a differenza di quella inserita nella revocata l. n. 9841/99, suggerisce, con una imprecisa formulazione, che le microimprese e le piccole imprese sarebbero esonerate dall'assumere "i propri apprendisti" e dall'iscriverli ai corsi offerti dai Servizi Nazionali per l'Apprendistato. È quanto si evince dal testo della norma: «Art. 51. Sono esentate le microimprese e le piccole imprese: [...] III — dall'assumere ed iscrivere i propri apprendisti ai corsi offerti dai Servizi Nazionali per l'Apprendistato».

Sarebbe più corretto dire invece che le microimprese e le piccole imprese sono esentate dall'adempimento dell'obbligo previsto dall'art. 429 del CLT. Affermando che le aziende citate sono esentate dall'assumere e iscrivere "i propri" apprendisti (il pronome possessivo) ai corsi dei servizi di apprendimento, si produce un'idea sbagliata nel senso che le microimprese e le piccole imprese potrebbero avere apprendisti senza rispettare le norme di legge applicabili alle altre imprese.

In conclusione, con riguardo a questa prima eccezione, è importante sottolineare che, nonostante la sua formulazione imprecisa, l'art. 51, III, della Legge Complementare n. 123 del 2016, ha esonerato le micro e piccole imprese dall'obbligo di assumere apprendisti. Ciò è confermato dall'art. 3, I, dell'Istruzione Normativa n. 146 della Segreteria dell'Ispettorato del lavoro del 25 luglio 2018.

Seconda eccezione:

I limiti percentuali (minimo e massimo) non si applicano quando il datore di lavoro è un ente senza scopo di lucro, il cui obiettivo è la formazione professionale. Pertanto, queste entità non possono assumere apprendisti o, se desiderano assumere, possono superare il limite del 15% (quindici per cento) del numero di lavoratori in ciascun stabilimento. Questa è l'interpretazione che si può trarre dal testo contenuto nel § 1-A dell'art. 429 CLT, secondo il quale «il limite sancito in questo articolo non si applica quando il datore di lavoro è un ente senza scopo di lucro, il cui obiettivo è la formazione professionale».

Si può anche mettere in dubbio la circostanza che il dispositivo si riferisca alla parola "limite" al singolare, e non ai "limiti" al plurale. Ma il riferimento ad una sola percentuale (quella minima o massima) creerebbe un nuovo problema interpretativo: quale sarebbe il limite che il legislatore dichiara inapplicabile? La soluzione più coerente con le finalità dell'istituto, data l'imprecisione legislativa, è quella allora di ritenere inapplicabili entrambi i limiti alla fattispecie in esame.

Vale la pena richiamare l'attenzione su un aspetto singolare della disciplina e cioè sul fatto che, ai sensi dell'art. 431 del CLT, l'assunzione dell'apprendista

può essere effettuata dall'impresa presso la quale si svolgerà l'apprendistato (ad esempio dalla SENAC o dalla SENAI), da enti senza scopo di lucro, il cui obiettivo è l'assistenza agli adolescenti e la formazione professionale, iscritti nel Consiglio comunale per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza o, ai sensi della l. n. 13420, del 13 marzo 2017, dagli enti sportivi delle varie discipline aderenti al Sistema Sportivo Nazionale e dai Sistemi Sportivi degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni, senza instaurare un rapporto di lavoro con i predetti enti. Quindi, a scopo illustrativo, se la stessa scuola-ristorante della SENAC decide di assumere apprendisti durante il percorso formativo, in questo caso non si tratterà di instaurare un rapporto lavorativo con la stessa scuola-ristorante, e lo stesso può essere instaurato dagli altri enti promotori dell'apprendistato.

È importante notare, invece, che, ai sensi della l. n. 13840/2019, che ha inserito il § 3 nell'art. 429 CLT, le imprese obbligate a impiegare e immatricolare gli apprendisti possono offrire posti vacanti agli adolescenti assistiti dal Sistema nazionale delle politiche pubbliche in materia di droga – SISNAD a condizione di essere disposti a forme di cooperazione tra gli stabilimenti e i gestori locali preposti alla prevenzione del consumo di droga, abuso, e al reinserimento sociale dei consumatori di droghe e tossicodipendenti.

Si segnala, invece, che gli enti pubblici non sono obbligati ad assumere apprendisti, date le particolarità del regime giuridico di diritto pubblico che li disciplina. Per il principio di stretta legalità, le amministrazioni federali saranno obbligate solo a ciò che la legge impone loro espressamente.

L'“obbligo di assunzione” nell'impiego privato qui esaminato, pur costituendo una forte ingerenza nell'autonomia negoziale delle parti, deve essere interpretato alla luce del principio costituzionale di impersonalità. Ciò che viene effettivamente imposto è l'assunzione di apprendisti, qualunque essi siano, e non persone specifiche e singolarmente considerate.

La disposizione contenuta nell'art. 429 CLT si fonda quindi sul valore sociale del lavoro e sulle opportunità che questo può apportare allo sviluppo e all'educazione dei cittadini. Proprio per questo è previsto un limite alla durata dei contratti di apprendistato in modo che tutti coloro che desiderano svolgere questa esperienza di formazione tecnico-metodica abbiano la possibilità di accedervi.

Concludendo l'argomento, si rileva che le misure di tutela giuridica per l'infanzia e l'adolescenza (art. 611-B, XXIV, del CLT) non possono essere oggetto di contrattazione collettiva, incluse le quote relative alle assunzioni di apprendisti. Questa, tra l'altro, è stata l'interpretazione della Sezione Specializzata in Contrattazione Collettiva del TST, accolta nell'Azione per l'annullamento di un contratto collettivo registrato con il numero AACCC-1000639-49.2018.5.00.0000, del novembre 2020.

5. Diritti minimi degli apprendisti

Gli apprendisti, in quanto dipendenti, hanno, in linea di principio, gli stessi diritti spettanti a qualsiasi lavoratore comune, con, tuttavia, alcune particolarità ed eccezioni che meritano attenzione e riflessione.

Ovviamente in nessun caso questo tipo di contratto può escludere il diritto ad ottenere una metodica formazione professionale ai fini dell'apprendimento del mestiere o professione per il quale è stato stipulato. È questo il c.d. diritto essenziale dell'apprendista, mentre gli altri diritti, derivanti dalla particolare tipologia di contratto di lavoro, sono la logica conseguenza della sua condizione di lavoratore, nel rispetto delle particolarità che riguardano l'integrazione lavoro-apprendimento. Soffermiamoci in particolare su questi aspetti.

5.1 Sulla durata del contratto

Il contratto di apprendistato è a tempo determinato e ha una dimensione temporale compatibile con la necessità di conseguire una formazione tecnico-professionale. Una diversa lettura del termine previsto dalla legge potrebbe giustificare l'intenzione del datore di lavoro di utilizzare l'istituto di apprendistato in modo distorto. Al termine del periodo di apprendistato (o molte volte anche prima, come si vedrà nel prossimo paragrafo), il lavoratore non potrà continuare a qualificarsi come apprendista e riceverà o meno, a seconda della sua capacità, l'attestato di qualifica professionale. Si precisa che, ai sensi del §2 dell'art. 430 CLT, solo «agli apprendisti che concludono con successo i corsi di apprendistato sarà rilasciato un *attestato di qualifica professionale*» (il corsivo non è presente nell'originale).

5.2. Sulla durata dell'orario di lavoro

Ai sensi dell'art. 432 del TUF, la durata del lavoro dell'apprendista non può superare le sei ore giornaliere, ed è vietata la continuazione e la retribuzione del lavoro straordinario. Si precisa che il limite di lavoro settimanale dell'apprendista, inferiore alle venticinque ore, non si applica al lavoro a tempo parziale di cui all'art. 58-A del CLT (cfr. § 2 dell'art. 60 del decreto 22 novembre 2018, n. 9579). Il limite di sei ore può essere esteso a otto ore giornaliere ai sensi del § 3 dell'art. 432 del CLT.

5.3. Sulla retribuzione minima

All'apprendista è garantita, ai sensi del § 2 dell'art. 428 del CLT, salvo condizioni più favorevoli, la retribuzione oraria minima. Si intende, infatti, condizione più favorevole quella prevista dal contratto di apprendistato o da un contratto o accordo collettivo di lavoro, in cui è stabilito uno stipendio più favorevole per l'apprendista, così come il livello retributivo regionale previsto dalla Legge complementare n. 103 del 14 luglio 2000. Il diritto ad un livello

minimo di retribuzione deriva da una modifica prevista dalla l. n. 10097 del 19 dicembre 2000.

Prima di quest'ultima, nonostante la Costituzione del 1988 avesse vietato i salari al di sotto del minimo legale, era in vigore l'assurda previsione contenuta nel testo dell'art. 80 del CLT. Ai sensi di tale disposizione poi abrogata dalla citata l. n. 10097/2000, all'apprendista non poteva essere corrisposto un salario inferiore alla metà di quello minimo durante la prima metà di durata massima prevista per l'apprendistato nella rispettiva impresa, e nella seconda metà di durata, per lo meno, due terzi del medesimo livello salariale.

5.4. Aliquota del FGTS e sua discutibile costituzionalità

Conformemente a quanto previsto dal § 7 dell'art. 15 della l. n. 8036/90 (aggiunto dalla l. n. 10097 del 19 dicembre 2000), nei contratti di apprendistato il pagamento al Fondo di Garanzia per Tempo di Servizio (FGTS) è effettuato nella misura del 2% (due per cento) della retribuzione corrisposta o spettante nel mese precedente.

Prima dell'emanazione di tale norma, gli apprendisti erano destinatari di una percentuale di retribuzione dovuta al FGTS identica a quella degli altri lavoratori, ovvero l'8% (otto per cento) della retribuzione corrisposta o dovuta nel mese precedente. Si potrebbe allora desumere una disparità di trattamento? La risposta non può che essere positiva, perché nulla giustifica questa riduzione percentuale, circostanza che suggerisce l'idea non solo della suddetta disparità di trattamento, ma anche della violazione del principio costituzionale di uguaglianza.

5.5. Ferie, buoni trasporto, disposizioni contenute in norme collettive e prestazioni di telelavoro

Le ferie dell'apprendista, ai sensi dell'art. 68 del decreto n. 9579 del 22 novembre 2018, devono coincidere preferibilmente con le vacanze scolastiche ed è fatto divieto al datore di lavoro di fissare un periodo diverso da quello definito nel programma di apprendistato. All'apprendista è altresì garantito il diritto al beneficio di cui alla l. n. 7.418, del 16 dicembre 1985, che riconosce l'indennità di trasporto. In tal senso, si veda l'art. 70 del citato decreto.

L'art. 69 del pluricitato decreto n. 9579 del 22 novembre 2018 prevede inoltre che i contratti collettivi e gli accordi estendano le proprie clausole sociali all'apprendista solo quando espressamente previsto purché non escludano o riducano la portata delle disposizioni di tutela ad essi applicabili.

La l. n. 14442/2022 garantiva un diritto che difficilmente poteva essere negato agli apprendisti ovvero quello di poter adottare il regime di telelavoro o lavoro da remoto.

6. Conversione del contratto: si possono assumere apprendisti a tempo indeterminato?

Il contratto di apprendistato ha natura speciale come si evince chiaramente dalla formulazione del primo comma dell'art. 428 del CLT. L'apprendimento nell'ambiente aziendale è una chiara manifestazione della sua funzione sociale, sia per il suo carattere obbligatorio, sia per la particolarità che l'apprendista è l'unico favorito da questa politica sociale.

Il contratto dura, infatti, il tempo necessario all'acquisizione metodica delle conoscenze professionali, senza poter eccedere, salvo il caso di portatori di handicap, i limiti previsti dai §§ 3 e 5 dell'art. 428 del CLT. La limitazione della durata dei contratti di apprendistato mira a democratizzare l'accesso all'opportunità di formazione tecnico-metodica per tutti coloro che intendono usufruirne.

Gli assunti mediante l'apprendistato non godono del principio della continuità del rapporto a tempo indeterminato, poiché ciò che è richiesto non è altro che una formazione pratica nell'esercizio di funzioni specifiche. Se fosse possibile sottoscrivere contratti a tempo indeterminato agli apprendisti, ciò renderebbe impossibile la formazione di tanti altri che lo desiderassero.

Immaginate che una certa azienda avesse il monopolio dello svolgimento di un'attività economica o il controllo esclusivo di un'importante tecnica di produzione. Ebbene, se gli apprendisti potessero essere assunti a tempo indeterminato o trasformati a tempo indeterminato, scomparirebbe l'esigenza speciale di addestrare molti alle particolari tecniche produttive di questa singolare impresa.

Nei contratti di apprendistato non vi è alcuna possibilità giuridica di superare i termini per la conversione di quello che era un vincolo di apprendistato in un vincolo di lavoro ordinario. Si supponga ora che il contratto di apprendistato sia stato trascritto nella tessera del lavoro (CTPS) e che in prossimità della sua scadenza il datore di lavoro abbia la disponibilità di un contratto a tempo indeterminato per l'apprendista il cui contratto sta per scadere. Cosa farà il datore di lavoro?

Registrerà nel CTPS la fine del ciclo di apprendistato e, quindi, promuoverà una nuova annotazione nel CTPS del precedente apprendista, ma ora assunto a tempo indeterminato. Nella sequenza saranno visibili due annotazioni: una corrispondente al contratto di apprendistato; l'altra riferita al contratto di lavoro ordinario. La prassi non rivela comportamenti diversi da questo. Non c'è – o almeno non dovrebbe esserci – la possibilità di tenere aperta l'annotazione di un contratto iniziato come apprendistato che continua come un normale contratto di lavoro.

Ancora più evidente è l'impossibilità di cessare l'apprendistato con prosecuzione del rapporto prima del compimento dei sedici anni di età dell'apprendista. E in ragione di ciò sussistono apprendistati che durano un anno e coinvolgono apprendisti di 14 anni, che non potevano, salvo gravi violazioni

dell'ordinamento, essere inseriti nel mercato del lavoro per mancanza dell'età minima di accesso al lavoro.

E se l'apprendista rimane incinta? La gravidanza avrebbe l'effetto di estendere i limiti temporali del contratto di apprendistato?

La risposta pare essere negativa visto l'insieme delle particolarità finora illustrate. In merito a tale questione, è importante notare che questa lettura è da tempo predominante nell'ambito dell'attività ispettiva del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale. Ai sensi della Nota Tecnica n. 70/2013/DMSC/SIT del 15 marzo 2013 (Segreteria dell'Ispettorato del Lavoro, Ministero del Lavoro), non si potrebbe parlare di stabilità in grado di prolungare la durata del contratto di apprendistato vista la sua specialità che ha per oggetto la formazione professionale dell'apprendista. Secondo il citato organismo ministeriale, il datore di lavoro non può essere obbligato a sottoscrivere quello che, di fatto, sarebbe un nuovo contratto con regime giuridico diverso dall'apprendistato e con oggetto diverso (lavoro produttivo anziché formazione professionale).

La gravidanza dell'apprendista, quindi, non genererà altro che l'effetto di impedire il recesso del datore di lavoro durante il periodo di gestazione, purché entro i termini di durata del contratto di apprendistato. Per l'apprendista, infatti, non si avrà alcun effetto speciale o migliorativo, perché, indipendentemente dal fatto che sia incinta o meno, non potrà mai subire il recesso del datore di lavoro per la natura stessa del contratto di apprendistato, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

Nonostante le argomentazioni di cui sopra, il Supremo Tribunale del Lavoro (TST) nel febbraio 2019, nel fascicolo con il numero TST-RR-1000596-76.2017.5.02.0264, ha riconosciuto la garanzia della stabilità all'apprendista rimasta incinta in prossimità del giorno in cui avrebbe terminato il suo contratto di apprendistato. La sentenza non ha tenuto conto delle particolarità previste dalla legge per il contratto di apprendistato, né ha affrontato le situazioni descritte in questo paragrafo, ma, relativamente alla fattispecie di causa, si è limitata ad affermare che «la lavoratrice gestante ha diritto alla stabilità provvisoria prevista dall'art. 10, II, b, delle Disposizioni costituzionali transitorie, anche in caso di assunzione con contratto a tempo determinato» e che «il contratto di apprendistato è stato stipulato a tempo determinato».

Nel novembre 2019, tuttavia, il TST, compiendo una vera svolta nella sua giurisprudenza, ha accolto, con forza vincolante, una tesi nel procedimento di assunzione di competenza (IAC) – 5639-31.2013.5.12.0051, stabilendo che «è inapplicabile al regime di lavoro temporaneo, disciplinato dalla Legge n. 6019/74, la garanzia di stabilità provvisoria della lavoratrice gestante, prevista dall'art. 10, II, b, della legge sulle disposizioni costituzionali transitorie». Ora, se si afferma che la garanzia di stabilità è inapplicabile alle fattispecie di lavoro temporaneo, perché non c'è aspettativa di continuità, lo stesso ragionamento va

utilizzato – a maggior ragione – per il contratto di apprendistato i cui limiti di durata non possono eccedere la finalità formativa.

Al dibattito si aggiunge la posizione assunta in materia dal Supremo Tribunale Federale (STF). Seppur in maniera incidentale, l'Alta Corte brasiliana ha affrontato la questione e ha assunto una posizione forte sulla questione quando, in data 10 ottobre 2018, nella causa principale RE 629053, nella quale si discuteva, alla luce dell'art. 10, II, b, dell'ADCT, se la mancata conoscenza da parte del datore di lavoro della gravidanza della lavoratrice escludesse, o meno, il diritto all'indennità derivante dalla stabilità provvisoria, ha formulato la tesi secondo cui «l'incidenza della stabilità prevista dall'art. 10, Inc. II, dell'ADCT, richiede solo che la gravidanza sia precedente al licenziamento senza giusta causa». Pertanto, se l'apprendista incinta vede cessato il suo contratto di lavoro per la maturazione del termine finale o il raggiungimento delle finalità contrattuali, non potrà affermare di essere stata licenziata, poiché, in questo caso, non sussiste altro che l'estinzione naturale del contratto e non il suo scioglimento per recesso del datore di lavoro.

7. Cessazione del contratto di apprendistato

Il contratto di apprendistato, come ogni contratto di lavoro nell'ordinamento giuridico brasiliano, sottopone il datore di lavoro al rispetto delle regole contenute nell'art. 477 del CLT. In tal senso è richiesto anche il rispetto del termine per la formalizzazione del recesso e per il pagamento della conseguente indennità a seconda della causa di cessazione del contratto.

7.1. Fattispecie di cessazione del contratto

Il contratto di apprendistato, come previsto dall'art. 433 del CLT, scade al momento del termine finale di durata o al raggiungimento della maggiore età dell'apprendista, ai sensi dei §§ 3 e 5 dell'art. 428 del CLT. I limiti di tempo e di età, tuttavia, non si applicano agli studenti con disabilità.

Esiste anche la possibilità di risoluzione anticipata del contratto per:

I – Prestazioni insufficienti o inadeguate dell'apprendista, ad eccezione dell'apprendista con disabilità quando privato degli strumenti di accesso, delle tecnologie di assistenza e del supporto necessario per lo svolgimento delle proprie attività. Occorre precisare che la riserva relativa all'apprendista con disabilità è una giusta previsione introdotta dalla l. n. 13146/2015. Infatti, non è possibile imputare all'apprendista disabile la colpa di prestazioni insufficienti o inadeguate quando il datore di lavoro non garantisce le modalità di accesso, le tecnologie di assistenza e, ove previste, di supporto per l'esecuzione dei propri compiti;

II – Colpa disciplinare grave, intesa come una qualsiasi delle ipotesi contemplate dall'art. 482 del CLT o nelle altre poche disposizioni di legge che

definiscono specifiche situazioni di grave inadempimento dei lavoratori ai fini dello scioglimento del contratto;

III – Assenza ingiustificata dalla scuola che comporti la perdita dell'anno scolastico con dichiarazione dell'istituto di istruzione. Si precisa che la perdita dell'anno scolastico per ragioni di rendimento (dovuta ai voti bassi) non giustifica la risoluzione del contratto di apprendistato, ma solo la perdita dell'anno scolastico per assenza, ancorché ingiustificata, dalla scuola. Questa situazione che autorizza la risoluzione contrattuale si applica, ovviamente, solo agli apprendisti che non hanno completato la scuola superiore (vedi § 1 dell'art. 428 del CLT)¹²;

IV – Richiesta dell'apprendista. In questo caso particolare, non troveranno applicazione, per espresso divieto contenuto nel § 2 dell'art. 433 del CLT, le disposizioni dell'art. 480 del medesimo testo unico, e l'apprendista dimissionario non sarà tenuto a corrispondere alcuna indennità al datore di lavoro per i danni derivanti dalla scelta di recedere dal rapporto. Si segnala inoltre che, essendo possibili le dimissioni da parte dell'apprendista, deve ammettersi, per coerenza, anche la possibilità che il contratto si estingua per licenziamento.

Occorre altresì precisare che, nei casi di estinzione o scioglimento del contratto di apprendistato, il datore di lavoro è tenuto ad assumere un nuovo apprendista, pena la violazione di quanto previsto dall'art. 429 del CLT.

7.2. Inapplicabilità del recesso datoriale

Si precisa che, in termini di legge, non vi è spazio per la manifestazione di recesso per iniziativa del datore di lavoro. Il datore di lavoro non può licenziare l'apprendista senza motivazione, anche corrispondendo la relativa indennità; il che equivale ad un regime di stabilità nei limiti della durata contrattuale. Si veda, in senso lato, il divieto di applicazione delle disposizioni degli artt. 479 e 480 del CLT, ai sensi del § 2 dell'art. 433 del medesimo testo unico.

8. Come si svolge l'apprendistato nel settore pubblico?

Per l'importanza dell'apprendistato come politica pubblica, il CLT, fin dal suo testo originario, iniziò ad imporre, in nome della funzione sociale delle imprese, l'obbligo di assumere apprendisti. Così, come già visto, si è instaurato un obbligo di assunzione, cioè un'ingerenza nella stessa volontà di contrarre, affinché le imprese – ad eccezione di quelle espressamente escluse da tale obbligo ai sensi di legge – non potessero rifiutarsi di rispettare la previsione normativa dell'assunzione di apprendisti, osservando, ovviamente, l'impersonalità dell'atto.

12 § 1 La validità del contratto di apprendistato presuppone l'annotazione nella Tessera del Lavoro e della Previdenza Sociale, l'iscrizione e la frequenza dell'apprendista alla scuola, *se non ha terminato la scuola superiore*, e l'iscrizione ad un programma di apprendistato svolto sotto la guida di un ente abilitato alla formazione tecnico-professionale metodica (Testo risultante dalla l. n. 11788, del 25-9-2008, *DOU*, 26-9-2008) (corsivo dell'A.).

Ma che dire del settore pubblico? Anche tale settore è obbligato ad assumere apprendisti?

Si tratta di una questione di delicata applicazione in Brasile, date le caratteristiche delle assunzioni in ambito pubblico sottoposte alle regole del concorso pubblico. Nonostante ciò, il decreto n. 11061 del 4 maggio 2022, malgrado le critiche ricevute, relativizzava il rigoroso principio di legalità ammettendo che l'assunzione dell'apprendista da parte di società pubbliche e società di capitali misti potesse avvenire (i) direttamente, attraverso un processo di selezione attraverso pubblico avviso; ovvero (ii) indirettamente, attraverso l'intermediazione di soggetti abilitati alla formazione metodica tecnico-professionale.

Il sistema di assunzione degli apprendisti da parte di organi ed enti della pubblica amministrazione diretta, autarchica e fondazioni, tuttavia, non è stato ancora attuato. Secondo l'unico comma dell'art. 58 del decreto n. 9579 del 2018, aggiornato dal decreto n. 11061, del 2022, si applicherà in materia una specifica disciplina non ancora emanata.

9. Conclusioni

Il contratto di apprendistato è stato inizialmente introdotto nell'ordinamento giuridico brasiliano con una duplice finalità, in quanto mirava sia a garantire la preparazione necessaria per svolgere un mestiere, sia ad allontanare i giovani dal rischio di soccombere al cosiddetto "ozio ignorante". C'era, quindi, un pregiudizio caritatevole, sebbene non fosse trascurata la finalità di inserire i giovani nel processo di collegamento dell'apprendimento teorico con la vita pratica.

Questa prospettiva, tuttavia, è stata rafforzata dalla prospettiva industriale accolta dalle autorità statali in Brasile dal 1930. L'esigenza di sviluppo aveva richiesto la formazione di cittadini in grado di agire nei più diversi settori dell'economia, inizialmente nell'attività industriale, ma, dallo sviluppo di questo settore, anche in attività commerciali, urbane o rurali. Così, in nome della funzione sociale delle imprese, l'apprendistato è emerso come un dovere del settore privato, sotto la guida dello Stato.

Il contratto di apprendistato si è presentato alla società brasiliana, quindi, come un modello flessibile, che ha consentito l'interrelazione tra le figure del contratto di lavoro, che mira al sostegno personale e familiare, e il patto di insegnamento o contratto di istruzione.

Nell'ordinamento giuridico brasiliano, il contratto di apprendistato è un *contratto di lavoro speciale*, stipulato per iscritto e a tempo determinato, attraverso il quale il datore di lavoro offre non solo l'opportunità di lavorare, ma principalmente l'accesso ad una formazione tecnico-professionale metodica, compatibile con proprio sviluppo fisico, morale e psicologico.

In caso di mancato rispetto delle varie particolarità e prescrizioni normative imposte dalla disciplina, il contratto di apprendistato sarà convertito in un

normale contratto di lavoro subordinato. Questo effetto di annullamento, tuttavia, non è l'unico da considerare, poiché il coinvolgimento dell'apprendista in una situazione che non gli garantisce l'apprendimento, ma il mero sfruttamento della sua forza lavoro, sarà motivo legale sufficiente a garantire conseguenze risarcitorie in suo favore, consentendogli di invocare in giudizio non solo l'invalidità del contratto di apprendistato, ma, in particolare, il risarcimento delle violazioni del proprio patrimonio immateriale, stante il danno subito alla propria identità di persona in via di sviluppo.

Il mancato rispetto della legge sull'apprendistato rispetto ad una pluralità di apprendisti comporterà, oltre all'applicazione delle sanzioni amministrative previste dall'art. 434 CLT, il possibile rischio da parte del trasgressore di azioni civili pubbliche, di solito esperite dai sindacati e dal Pubblico Ministero del Lavoro, e di ingiunzioni e istanze di condanna al risarcimento di danni morali collettivi.

Infine, l'obbligo di assumere apprendisti gode di particolare tutela nell'ordinamento brasiliano, visto il coinvolgimento di bambini, adolescenti e giovani che, ai sensi dell'art. 227 della Costituzione, ha priorità assoluta. A livello di legislazione ordinaria, infatti, è vietato limitare o ridurre l'apprendistato mediante la contrattazione collettiva, ai sensi dell'art. 611-B, XXIV, del CLT, tenuto conto che l'imposizione dell'apprendistato è, in sostanza, veicolo di progresso sociale e di molte opportunità che il lavoro e l'educazione, in modo congiunto, possono apportare allo sviluppo socioeconomico e alla formazione della cittadinanza.

Lavoro temporaneo ed esternalizzato¹

Thereza Christina Nabas

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. L'ambito di applicazione della legge n. 6019/74. – 2.1. L'ADPF n. 324 e il RI 958252. – 3. Il contratto di lavoro temporaneo. – 4. Il contratto di lavoro terziarizzato. – 5. Conclusioni.

1. Note introduttive

Prima di esaminare la disciplina dei contratti di lavoro temporanei ed esternalizzati, occorre preliminarmente descrivere il modo con cui il legislatore brasiliano ha affrontato la materia e le relative implicazioni per i rapporti di lavoro.

È necessario anzitutto chiarire che il Brasile non ha un Codice del lavoro, ma un Testo unico approvato nel 1943 (di seguito, con il suo acronimo, CLT) che disciplina il rapporto di lavoro subordinato definendo due tipologie di contratti di lavoro, che sono, a tempo determinato e indeterminato². Nel 2017 è stata avviata un'importante riforma del lavoro che ha inserito nel testo dell'art. 443 del CLT il riferimento alla prestazione di lavoro intermittente, sovrapponendo così l'indicazione della durata del contratto alla definizione del suo oggetto³.

Il contratto di lavoro è un negozio giuridico per il quale si richiedono determinati requisiti di stipulazione e validità, che sono stabiliti dal codice civile e che devono essere interpretati con le regole specifiche riguardanti i contratti di lavoro; 2) la forma prescritta dalla legge; 3) liceità dell'oggetto che deve essere anche possibile, determinato o determinabile. Il contratto di lavoro è uno strumento con il quale il lavoratore e il datore di lavoro assumono, verbalmente o per iscritto, obblighi, diritti, doveri e oneri, al fine di raggiungere un determinato oggetto inerente al rapporto di lavoro.

Dal momento della trattativa preliminare fino al momento della cessazione, i contratti vengono stipulati e producono tra le parti contraenti effetti diversi

1 Questo scritto riproduce in parte il capitolo V - Outsourcing e lavoro temporaneo del volume pubblicato con L. MARTINEZ, L. PEREIRA, R. MIZIARA, *Leis Trabalhistas Comentadas*, Ed. RT, San Paulo, 2018.

2 Art. 443 - Il contratto individuale di lavoro può essere stipulato tacitamente o espressamente, verbalmente o per iscritto e a tempo determinato o indeterminato.

3 Art. 443. Il contratto individuale di lavoro può essere stipulato tacitamente o espressamente, verbalmente o per iscritto, e a tempo determinato o indeterminato, ovvero per la prestazione di lavoro intermittente.

che, nel rapporto tradizionale, si manifestano tra chi assume, cioè il datore di lavoro, e colui che si subordina alla relazione e cede la propria forza lavoro, cioè il lavoratore.

Una seconda importante osservazione è che il contratto di lavoro, prima del 1943, era disciplinato dal Codice Civile del 1916 nella forma del contratto di prestazione di servizi, mentre, a partire dalla sua disciplina specifica, hanno convissuto nell'ordinamento nazionale due grandi tipologie contrattuali le cui oggetto è il lavoro: (i) il contratto di lavoro subordinato, disciplinato dal Testo unico del lavoro e soggetto ad un'ampia e rigida tutela; (ii) il contratto di prestazione di servizi che costituisce una modalità di lavoro autonomo ed è disciplinato dal codice civile, con preponderanza del principio dell'autonomia individuale.

Come ho già affermato:

Il CLT non definisce cosa sia il contratto di lavoro e la nozione dell'art. 442 è assolutamente incoerente, in quanto dispone che il contratto individuale di lavoro è il patto tacito o espresso corrispondente ad un rapporto di lavoro. Sussiste un grave errore tecnico dal momento che dire che un contratto è un rapporto giuridico è quanto meno ridondante. Ogni rapporto contrattuale genera un vincolo obbligatorio che deriva dalla manifestazione dell'incontro delle volontà, anche se tale rapporto non garantisce l'uguaglianza tra le parti. Ciò che dà vita all'atto è il contratto e non l'accordo o l'incontro delle volontà. Pertanto, il concetto espresso dal legislatore non chiarisce nulla. Da qui la necessità di utilizzare gli elementi caratterizzanti del contratto subordinato degli artt. 2 e 3 del CLT per individuare le caratteristiche del rapporto di lavoro subordinato disciplinato dal CLT.⁴

Nelle riforme del CLT intervenute nel corso del tempo e, in particolare, quella del 2017, il legislatore si è preoccupato solo di affermare che il rapporto di lavoro autonomo, anche se sottoscritto con esclusività e continuità, eliminerebbe la natura subordinata del contratto senza preoccuparsi delle ulteriori tipologie contrattuali. In tal modo, l'ambito di applicazione del CLT è rimasto limitato ai rapporti di lavoro subordinato e cioè al rapporto tra lavoratore subordinato e il datore di lavoro, a tempo indeterminato o determinato e il cui orario di lavoro può essere stabilito a tempo pieno o parziale. Non sono state considerate le relazioni atipiche e le nuove forme di organizzazione aziendale, con il completo silenzio del legislatore sulle situazioni che derivano, ad esempio, dai processi produttivi e dal lavoro con uso di tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

In questa logica, il contratto di lavoro temporaneo, la cui struttura si distacca dal tradizionale rapporto giuridico tra lavoratore e datore di lavoro, finì per essere regolato da una legge speciale nel 1974 e, dopo innumerevoli discussioni e una lunga elaborazione giurisprudenziale e dibattiti dottrinali, il legislatore ha scelto

4 T. C. NAHAS, *O Novo Direito do Trabalho- Institutos Fundamentais*, RT Editora, San Paolo, 2017, p. 203.

di accogliere una modifica di questa legge che ritengo catastrofica, introducendo nella stessa le regole in materia di imprese di prestazioni di servizi (di seguito, con il suo acronimo, EPS), provocando in questo modo notevoli confusioni concettuali tra la terziarizzazione e le imprese di lavoro temporaneo (di seguito, con la sua acronimo, ETT)⁵.

2. L'ambito di applicazione della legge n. 6019/74

Occorre fare riferimento all'evoluzione storica della ragion d'essere della legge n. 6019/1974 il cui scopo era quello di regolamentare il lavoro interinale rappresentando una delle porte che si aprirono al definitivo decentramento della produzione e della prestazione dei servizi.

Entrato in vigore nel 1943, il CLT si occupava del rapporto diretto tra il lavoratore (subordinato) e il datore di lavoro, non lasciando spazio all'eventuale prestazione di servizi tramite un soggetto estraneo a tale rapporto bilaterale, fatta salva la norma introdotta dall'art. 455 CLT, in cui il legislatore ammette la possibilità di interposta assunzione del lavoratore, anche se non lo dice esplicitamente. Si segnala che con tale disposizione il legislatore ha previsto un'ipotesi di responsabilità solidale tra l'imprenditore principale e il subappaltatore nei casi di inadempimento di quest'ultimo nei confronti dei lavoratori da esso assunti, non avendo cura però di stabilire i contorni dell'istituto, ma limitandosi a stabilire una regola di responsabilità solidale in caso di appalto per i relativi lavoro⁶.

Questa scelta legislativa può essere giustificata dal momento storico, reso possibile dalla coincidenza di alcuni fattori, tra cui la fine della seconda guerra mondiale, che ha generato un clima favorevole alla crescita economica nazionale che ha potuto beneficiare della «riduzione delle importazioni imposta dal conflitto, della crescita dell'industrializzazione e della diversificazione della produzione agricola. Tra le industrie di base che furono create ci sono la Fábrica Nacional de Motores e la Companhia Siderúrgica Nacional. Importanti iniziative vengono prese anche nei settori dei trasporti e dell'energia, con l'apertura di strade, l'ampliamento dei porti e la realizzazione di centrali idroelettriche»⁷.

5 Il contratto a tempo determinato è regolato dalla l. n. 6019 del 1° marzo 1974, che ha subito una importante modifica con la l. n. 13429/2017 del 31 marzo 2017 e, in data 14 luglio 2017, una nuova modifica con l'approvazione della l. n. 13467/2017, la stessa che ha introdotto importanti cambiamenti nel CLT.

6 Art. 455, CLT: Nei contratti di subappalto, il subappaltatore risponde delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro che stipula; tuttavia i dipendenti hanno diritto di rivalersi contro l'appaltante principale per l'inadempimento degli obblighi del primo.

7 Portale della Camera legislativa: *decennio di 40*, disponibile all'indirizzo <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/visitantes/panorama-das-decadas/decada-de-40#:~:text=Na%20d%C3%A9cada%20de%2040%2C%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20increases,de%20people%20%2864%25%20do%20total%29%20vivendo%20no%20field.,> accesso il 21/04/2022.

Questo entusiasmo e questo sviluppo economico che stava vivendo il Brasile giustificavano certamente la previsione di un provvedimento in materia di disciplina del contratto di lavoro subordinato nella legislazione speciale, che si occupava di prevedere una norma per i casi in cui, specialmente in materia di edilizia civile, l'attività economica e commerciale potrebbero essere ripartite tra diversi fornitori di servizi.

Così è che l'art. 455 CLT prevedeva solo una possibilità di deroga alla regola della contrattazione bilaterale in caso di autorizzazione del subappalto, al punto da preparare il terreno per l'introduzione della disciplina del contratto temporaneo⁸.

Gli aspetti politici ed economici avvenuti negli anni '70 hanno favorito l'approvazione della l. n. 6019/74, emanata in un momento in cui era necessario aumentare l'inserimento dei lavoratori nel mercato, perché, pur con l'alto prodotto interno lordo raggiunto all'epoca, persisteva la disuguaglianza sociale, che portò, nel 1983, alla pubblicazione della l. n. 7102/1983, che si occupò di consentire il decentramento della forza lavoro in modo definitivo e non più temporaneo, come previsto dal l. n. 6019/1974.

È importante tenere presente che la legge n. 6019/74 prevedeva la possibilità di decentrare la forza lavoro solo temporaneamente, cioè per far fronte alla straordinaria necessità di servizi o sostituzione di personale regolare⁹.

Con la forte presenza del regime neoliberalista nella società brasiliana degli anni '80, fu approvata la l. n. 8987/1995 che autorizzava l'esternalizzazione in materia di concessione di servizi pubblici. In seguito, la l. n. 9742/1997 ha consentito l'interposizione di manodopera alle imprese di telecomunicazioni e, più recentemente, la l. n. 14133 del 4 gennaio 2021 che si occupa degli appalti dei servizi pubblici, rompendo definitivamente con la contrattazione bilaterale e diretta attraverso il concorso pubblico, ha ammesso in forma ampia e generale l'appalto di servizi di qualunque natura mediante interposizione di manodopera (artt. 45-50 l. n. 14133/2021)

La l. n. 6019/74, dalla sua origine e fino alla modifica subita dalla legge n. 13429/2017, si è occupata delle imprese di lavoro interinale, cioè di quelle attività che consistono nel reclutare manodopera per cederla ad un'altra società, denominata come utilizzatore di servizi, sempre con l'obiettivo specifico, che è quello di soddisfare una straordinaria esigenza di servizi o sostituzione di personale regolare.

8 Va considerato che negli anni '40 la popolazione brasiliana cresceva del 46% nelle città, nonostante il paese chiudesse il decennio con un carattere prettamente rurale per l'alto numero di popolazione che viveva ancora nelle campagne.

9 Testo originale dell'art. 2 della l. 6019/1974: «Il lavoro interinale è quello prestato da una persona fisica in favore di un'impresa, per far fronte all'esigenza transitoria di sostituzione del suo personale regolare e permanente o all'aumento straordinario di servizi».

La l. n. 13429/2017 ha introdotto una profonda modifica nella formulazione originaria di tale legge in materia di contratti di lavoro temporaneo, prevedendo una diversa modalità ovvero la possibilità di erogare servizi assolutamente decentrati e prescindendo dalla durata dell'esigenza di sostituzione del dipendente dell'utilizzatore o dell'aumento straordinario dell'attività produttiva. Fu il colpo fatale alle opinioni contrarie all'ammissibilità dell'esternalizzazione e alle limitazioni introdotte dal Precedente n. 331 del Tribunale Superiore del Lavoro (di seguito, con il suo acronimo, TST)¹⁰. L'opzione legislativa era quella di ammet-

10 Precedente 331/TST - 21/12/1993 - Locazione di manodopera. Esternalizzazione. Contratto per servizi. Legalità. Responsabilità sussidiaria dell'appaltatore. Revisione del precedente 256/TST. Legge 6019/1974. CF/88, art. 37, II. Legge 7.102/1983. Legge 8.666/1993, art. 71. Decreto-legge 200/1967, art. 10 subempretada § 7. Legge 5.645/1970, art. 3, unico comma (Punti I, III, IV e VI. Incostituzionalità dichiarata dall'STF. Sentenza RE/STF - Tema 725/STF).

«I - (Incostituzionalità dichiarata dal STF. Sentenza RE/STF - Topic 725 /STF) Precedenti: «I - L'assunzione di lavoratori da parte di una società intermediaria è illecita, dovendosi instaurare il vincolo direttamente con l'utilizzatore, salvo il caso di lavoro interinale (Legge 6.019/1974). Precedenza mantenuta dalla Plenaria del TST (Ris. 121, del 28.10.2003) II - L'assunzione irregolare di un lavoratore, per il tramite di una società intermediaria, non genera rapporto di lavoro con enti della pubblica amministrazione diretti, indiretti o fondazionali (CF /88, art. 37, II). III - (Incostituzionalità dichiarata dalla STF. Sentenza RE/STF - Tema 725 /STF). Premessa: «III - L'appalto dei servizi di vigilanza (Legge 7.102, del 20.06.1983), dei servizi di conservazione e pulizia, nonché i servizi specialistici legati all'attività secondaria del contraente, non costituisce rapporto di lavoro con l'appaltante, fintanto che non c'è personalità e subordinazione diretta. IV - (Incostituzionalità dichiarata dalla STF. Sentenza RE/STF - Topic 725 /STF). Premessa: «IV - L'inadempimento delle obbligazioni del datore di lavoro implica la responsabilità sussidiaria dell'utilizzatore del servizio rispetto a detti obblighi, purché questi abbia partecipato al rapporto processuale e sia ricompreso anche nel titolo esecutivo giudiziale». Capo IV con la dicitura data dalla Ris. 174, del 24/05/2011 - DJe 27, 30 e 31/05/2011. Disposizione precedente (dalla Delibera 96 del 09/11/2000, Dj 18/092000): «IV - L'inadempimento delle obbligazioni di lavoro, da parte del datore di lavoro, implica la responsabilità sussidiaria dell'utilizzatore del servizio rispetto a tali obbligazioni, anche ove trattasi di organi di amministrazione diretta, autarchie, fondazioni pubbliche, società pubbliche e società di capitali misti, purché abbiano partecipato al rapporto processuale e siano ricompresi anche nel titolo esecutivo giudiziale (Legge 8.666/1993, art. 71)». Dicitura precedente (originale): «IV - L'inadempimento, da parte del datore di lavoro, implica la responsabilità sussidiaria dell'utilizzatore del servizio rispetto a tali obbligazioni, purché questi abbia partecipato al rapporto processuale e sia ricompreso anche nel titolo esecutivo giudiziale (Ris. 23/93 - DJU del 21/12/93). V - Gli enti che fanno parte della pubblica amministrazione diretta ed indiretta sono responsabili in via sussidiaria, alle medesime condizioni di cui al punto iv, se la loro condotta colposa si configura nell'adempimento degli obblighi di cui alla Legge 21.06.1993 8.666, in particolare nella verifica dell'adempimento degli obblighi contrattuali e dello status giuridico del prestatore di servizi come datore di lavoro. La suddetta responsabilità non deriva dalla mera violazione delle obbligazioni lavorative assunte dalla società regolarmente contrattata. Paragrafo V aggiunto da Ris. 174, del 24/05/2011 - DJe 27, 30 e 31/05/2011. I - (Dichiarata incostituzionale dalla STF. Sentenza RE/STF - Topic 725 /STF) Dicitura precedente: «VI - La responsabilità sussidiaria dell'utilizzatore del servizio copre tutte le somme derivanti dalla condanna riferita al periodo della prestazione di lavoro». Voce VI aggiunto dalla Ris. 174, del 24/05/2011 - DJe 27, 30 e

tere la possibilità di assumere un lavoratore da parte di una società interposta, indipendentemente dalla situazione giuridica verificata.

Il contratto di lavoro temporaneo non deve essere confuso con l'esternalizzazione o il decentramento del lavoro nella sua nozione più ampia, sebbene sia una delle forme di decentramento del lavoro. Il Decreto Regolamentare n. 73841, del 13 marzo 1974, rafforzando il contenuto della l. n. 6019/74, ha sottolineato che il lavoro interinale è quello prestato da un individuo ad un'impresa, per far fronte all'esigenza transitoria di sostituzione di personale regolare e permanente o alla crescita straordinaria di richieste. Questo obiettivo della legge non è cambiato con la novella di quella legge introdotta con la l. n. 13429/2017. Pertanto, il contratto di lavoro temporaneo che violi tali limiti sarà nullo di diritto per non conformità alla legge.

Gli ETT hanno un regime di funzionamento determinato dalla legge e, per essere considerati regolari, devono attenersi alle disposizioni dettate dal legislatore. È importante sottolineare che i contratti di lavoro temporaneo non possono essere confusi con il decentramento produttivo o l'esternalizzazione. Come ho già affermato,

Va tenuto presente, prima di ogni altra considerazione, che il modo di assumere manodopera esterna o semplicemente di decentrare l'attività produttiva non si limita alla ben nota tipologia del lavoro esternalizzato e al contratto temporaneo che siamo abituati ad esaminare. In altre parole, il decentramento dell'attività produttiva va oltre l'interposizione di manodopera, raggiungendo, in termini attuali, il centro stesso dell'attività produttiva.¹¹

Le leggi n. 13429/2017 e n. 13467/2017 hanno introdotto nuovi articoli nella legge sul lavoro temporaneo (ETI) e ampliato l'ambito della sua applicazione per ricomprendere anche i rapporti di lavoro instaurati tra i lavoratori delle imprese fornitrici di servizi (EPS) e gli utilizzatori del lavoro offerto attraverso di esse (subappalto di manodopera nel suo senso più ampio). Pertanto, nonostante il riferimento normativo sia all'applicazione della l. n. 6.019/74 (contratto di lavoro temporaneo), l'ambito di applicazione è rimasto più ampio per comprendere altre tipologie di decentramento del lavoro, andando anche oltre l'esternalizzazione stessa. Tale materia era stata interpretata alla luce del Precedente 331 del TST, unico riferimento fino ad allora per disciplinare l'esternalizzazione del lavoro.

La questione fu così controversa da pervenire al Supremo tribunale Federale (di seguito STF), il quale, attraverso l'Azione Dichiaratoria di Precetto Fondamentale (di seguito, con la sua sigla, ADPF) e il Ricorso Straordinario (di

31/05/2011. (*Le osservazioni e le note relative a questo Precedente sono pubblicate sul sito web: LegJur, disponibile in Precedent N° 331/TST - LEGJUR, accesso il 23/04/2022).

11 T.C. NAHAS, *Direito do trabalho: Institutos fundamentais*, Ed. RT, San Paolo, 2017, p. 38.

seguito, con la sua sigla, RE), decise, in via definitiva, che non vi era alcun impedimento nell'ordinamento brasiliano rispetto ai contratti di lavoro terziarizzati o, semplicemente, al decentramento dei contratti di lavoro.

2.1. L'ADPF n. 324 e il RI 958252

Il 23 agosto 2018 la STF ha giudicato l'ADPF n° 324 e il RE con efficacia generale n. 958252. Entrambi hanno affrontato la questione relativa alla legalità dell'esternalizzazione e al contenuto del precedente n. 331 del TST. La prima era stata richiesta per intervenire sull'insieme di decisioni contraddittorie e restrittive in materia di esternalizzazione adottate dai tribunali del Lavoro sulla base del precedente n. 331 del TST, dal quale è derivata un aumento del contenzioso in materia che ha generato incertezza giuridica. Il secondo si riferiva al ricorso avverso la decisione del Tribunale Regionale del Lavoro (di seguito, con l'acronimo, TRT) di Minas Gerais, che aveva stabilito che l'esternalizzazione delle attività di rimboscamento e dei servizi connessi forniti da una società la cui attività era la produzione di cellulosa, violava il precedente n. 331 del TST, che non consente l'esternalizzazione dell'attività principale.

In particolare, è stata discussa la limitazione imposta dalla giurisprudenza del lavoro che escludeva la possibilità di esternalizzare l'attività principale e la compatibilità di tale giurisprudenza restrittiva con la Costituzione federale (di seguito, CF). Pertanto, il fulcro centrale del giudizio è stata l'essenza dell'istituto, non solo in relazione alla riduzione dei costi di produzione che la terziarizzazione dell'attività consente, ma anche ai vantaggi competitivi che può presentare nel contesto dell'economia globalizzata e nell'attuale struttura e organizzazione aziendale.

Si tenga presente che in entrambi i casi trattati dal STF si è verificata l'ingenerza di diverse Associazioni e del Pubblico Ministero nella condizione di *amicus curiae* che si sono posizionate con importanti argomentazioni a favore e contro le tesi in esame, con un forte dibattito democratico sociale in materia.

Tra le varie argomentazioni utilizzate vi era anche il fatto che il precedente criticato dal TST era intervenuto in un momento storicamente antecedente alle leggi n. 13429 e n. 13467 del 2017, che hanno modificato il contenuto della legge n. 6019/1974 e che l'ADPF e il RE erano riferite quindi ad un momento antecedente a queste modifiche. Pertanto, la questione temporale, in teoria, avrebbe evitato che la questione fosse esaminata nell'ottica della normativa vigente. È stato altresì sostenuto che, di conseguenza, qualsiasi alterazione nella interpretazione del precedente n. 331 avrebbe inciso sulle controversie per le quali sotto la sua validità era stata prodotta la cosa giudicata nel corso degli anni, generando così maggiore incertezza. La Procura ha ritenuto¹² che prima della Costituzione Federale del 1988 il diritto del lavoro non fosse menzionato come

12 La Procura è la denominazione utilizzata per indicare l'organo del Pubblico Ministero, il quale agisce come supervisore della legge o come avvocato in cause che hanno interesse pubblico collettivo.

diritto umano nell'ordinamento nazionale e che l'intento della costruzione giurisprudenziale nelle sue varie voci era proprio quello di attribuire tale natura al diritto del lavoro.

Dopo un'analisi esauriente della materia alla luce dei nuovi scenari economici e commerciali generati dalla rivoluzione digitale, l'STF ha ritenuto che il diritto non possa rinunciare a riconoscere i fatti economici e sociali. La sentenza si pronuncia nei seguenti termini:

Terziarizzare significa trasferire parte dell'attività di una impresa ad un'altra impresa, per ragioni di costo, efficienza, specializzazione o altri interessi imprenditoriali. Così, una fase dell'attività produttiva di un'impresa – denominata impresa appaltante – viene ora svolta da un'altra azienda – denominata fornitore di servizi o appaltatore.¹³

E, per non produrre maggiore incertezza giuridica, è stato deciso che il periodo in cui si è formato il precedente deve essere rispettato in modo che ciò che ha prodotto effetti durante la vigente del Precedente 331 non possa essere intaccato dalla decisione del Supremo Tribunale Federale.

Quest'ultimo, quindi, ha risolto la questione del diritto intertemporale applicando il principio di irretroattività del diritto, ovvero le nuove norme che trattano del cd. terziarizzazione si applicano solo ai nuovi contratti o rapporti che si instaurano nella vigenza della nuova legge, ponendo fine alle discussioni sulla possibilità di esternalizzare attività produttive di qualsiasi natura e per qualsiasi scopo; fatto, questo, che supporterà la formulazione della legge in vigore dal 2021 in materia di appalti¹⁴, così come di tutti gli altri contratti della filiera produttiva che aumentano costantemente anche in materia di servizi digitali¹⁵.

13 STF: ADPF 324 E RE958252, Luiz Roberto Barroso, Relatore, Notes for Oral Vote, disponibile su art20180823-04.pdf (migalhas.com.br), accesso il 4/10/2022

14 La legge n. 14133 del 1/4/2021 consente un ampio decentramento dei servizi pubblici con un certo vincolo in materia di responsabilità del potere pubblico per i contratti sottoscritti. La legge ha già prodotto alcuni effetti controversi al punto da aver generato la formazione del movimento sindacale dei dipendenti pubblici del potere giudiziario federale, che si è schierato contro la proposta del gestore del tribunale regionale di San Paolo che proponeva l'esternalizzazione dei dattilografi in udienza, ovvero dei dipendenti pubblici preposti all'organizzazione e alla gestione di tutti gli atti amministrativi delle sessioni dei tribunali di primo grado (SINTRAJUD: news *Sindicato repudia Sérgio Pinto Martins por defesa de terceirizar funções de servidores no TRT-2* (19/4/2022), disponibile all'indirizzo <https://www.sintrajud.org.br/sindicato-repudia-sergio-pinto-martins-por-defesa-de-terceirizar-funcoes-de-servidores-no-trt-2-2/> accesso il 19/4/2022)

15 Come rilevato dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (di seguito il suo acronimo, ILO o ILO in inglese) i modelli di produzione e servizio sono in continua evoluzione e solo con politiche pubbliche finalizzate al lavoro dignitoso che la precarietà e le disuguaglianze possono essere ridotte. Il rapporto sulle catene del valore pubblicato nel bel mezzo della pandemia evidenzia che: «Le imprese di diverse dimensioni, dalle micro e piccole e medie imprese alle grandi multinazionali, sono sempre più interconnesse e sono sempre più

Un'altra osservazione interessante è che il termine terziarizzazione sembra essere stato quello utilizzato nel ricorso. Ho sempre ritenuto che il termine sia piuttosto ristretto e non si adatti a tutte le nuove forme contrattuali che si ampliano ogni giorno di più, ma questa sembra essere stata la terminologia che prevarrà per tutti i fenomeni che implicano il decentramento della produzione o dei servizi.

Il STF è andato oltre, riconoscendo la libertà degli agenti economici di organizzarsi liberamente, utilizzando l'interpretazione di cui all'art. 173 della Costituzione federale che si occupa della libertà economica e di tutti i suoi aspetti e limiti. Ciò che comporta la violazione dei diritti del lavoro, sociali ed economici è l'esercizio abusivo dell'uso del diritto e non determinati tipi di negozi giuridici ammessi dalla legge. Gli appaltanti devono guidare le loro azioni e sottoscrivere il contratto nel rispetto delle norme di legge che regolano la materia e queste regole sono approvate in conformità con la Costituzione e nel rispetto dei diritti fondamentali.

Il ministro Roberto Barroso¹⁶, relatore del voto in entrambi i processi, ritiene che la Costituzione non imponga un modello produttivo e che non spetti all'interprete limitare la libertà economica. Inoltre, l'orientamento principale del STF nei casi di esternalizzazione è che l'attività principale non può essere frammentata, ma solo quella intermedia. Questa è, infatti, la base di tutte le discussioni che hanno guidato i vari progetti di legge in materia. Ritengo, infatti,

interdipendenti, e lo stesso accade con i posti di lavoro e con i relativi redditi. Le catene del valore sono espressione di una frammentazione senza precedenti dei processi produttivi in un'economia mondiale connessa. Le attività che compongono una catena del valore sono suddivise tra più aziende, a volte incluse all'interno di un'unica grande azienda. Queste attività possono essere svolte all'interno di un singolo paese o distribuite in più paesi. Ogni anello della catena aggiunge valore, oltre che margini di profitto, al prodotto o servizio che viene consegnato/fornito al consumatore. Da lì il nome di catena del valore. Le catene del valore possono esistere a livello locale, nazionale, regionale o globale, ma sono tutte influenzate in varia misura dai cosiddetti megatrend dell'economia mondiale. Nel caso delle economie in via di sviluppo, ciò potrebbe rappresentare sia un'opportunità che una minaccia. Alcune di queste tendenze, come la digitalizzazione, daranno alle economie africane l'opportunità di "saltare le tappe" e passare direttamente all'uso di tecnologie più trasformative, allo stesso modo in cui molti consumatori in Africa sono passati dal non avere un telefono all'averne uno, evitando il passaggio dall'uso di telefoni fissi. Allo stesso tempo, altri fattori esogeni, come gli impatti climatici e geopolitici, a cui molti paesi sono particolarmente vulnerabili, potrebbero rappresentare una minaccia per la resilienza delle catene del valore nel medio e lungo termine e i megatrend come "il Futuro del Lavoro" (Future of Work), interessando tutte le aziende e le reti di produzione. Nel breve periodo, sono stati individuati importanti fattori della produzione, commercio e distribuzione mondiale, quali: (...) la frammentazione della filiera, soprattutto a seguito degli effetti della pandemia di COVID-19» (ILO: *Desarrollo de cadenas de valor para el trabajo decente – un enfoque sistémico para crear más y mejores empleos* (gennaio 2021), 3a ed., disponibile all'indirizzo [wcms_766133.pdf](https://www.wcms_766133.pdf) (ilo.org), accesso il 4/11/2022).

16 STF: sentenza ADPF 324 E RE958252, Luiz Roberto Barroso.

dal mio punto di vista, che in termini legislativi abbiamo avuto un dibattito non conforme all'obiettivo della ricerca del lavoro dignitoso e con tutte le evoluzioni tecnologiche e imprenditoriali, che ha portato ad una visibile alterazione della disciplina sul lavoro temporaneo in una prospettiva che non ha consentito alcuna possibilità di adottare una normativa effettivamente inclusiva e protettiva in materia di fornitura di servizi (EPS).

I contratti in materia di consumo¹⁷ prevedono la responsabilità solidale tra tutti i segmenti della produzione o del servizio, mentre l'attribuzione di responsabilità ai vari anelli della filiera nei rapporti di lavoro è meramente sussidiaria, consentendo spesso la riduzione dei diritti. C'era così tanta preoccupazione su quale doveva essere l'attività principale o quella strumentale che il dibattito ha trascurato la questione della protezione effettiva dei diritti minimi dei lavoratori.

La pronuncia del STF sulla legittimità delle pratiche di esternalizzazione ha compiuto una digressione storica sul diritto del lavoro dalla prima rivoluzione industriale iniziata con la macchina a vapore, fino ad arrivare al XXI secolo per arrivare all'ambiente di lavoro della c.d. quarta rivoluzione industriale che ha come fattori di sviluppo l'automazione e il cui inizio coincide con la terza divisione storica della c.d. rivoluzione scientifica negli anni '40. Tutto questo per giustificare la riorganizzazione delle imprese e l'impossibilità di adeguare l'attuale diritto del lavoro che risale al modello fordista dell'inizio del secolo scorso e che già aveva sofferto il suo primo contraccolpo con la frammentazione della forza lavoro del modello di produzione Toyota¹⁸.

17 Arte. 7, Codice del Consumo (CDC): I diritti previsti dal presente codice non escludono altri derivanti da trattati o convenzioni internazionali di cui il Brasile è firmatario, dalla normativa nazionale ordinaria, da regolamenti emanati dalle autorità amministrative competenti, nonché da quelle derivanti dai principi generali di diritto, analogia, consuetudine ed equità.

Paragrafo unico. In caso di lesione commessa da più soggetti, tutti saranno solidalmente responsabili per la riparazione dei danni previsti dalle norme del consumo.

18 Concentrandomi su questo tema, ho riflettuto sul fatto che «da globalizzazione ha intensificato la delocalizzazione delle imprese al punto da provocare un profondo cambiamento nelle strutture delle organizzazioni (pubbliche e private) e nei loro modelli, che rivendicano adattamenti culturali e richieste variabili». «L'azienda si trova oggi, in un numero elevato di casi, svincolata da una base territoriale, decidendo la propria localizzazione in base ai relativi costi di produzione nei diversi paesi. Gli Stati hanno dovuto assumersi dei rischi finanziari che hanno portato a seri problemi e l'intervento avvenuto in occasione della crisi ha provocato una rottura con i dogmi del neoliberismo. Hanno affermato che il neoliberismo era giunto alla fine, prima dell'inizio della crisi del 2008. Secondo gli stessi, i mercati non potevano continuare ad adottare pratiche per distruggere i diritti sociali, come, ad esempio, la liberalizzazione, la deregolamentazione e la privatizzazione. Di conseguenza, è stata proposto il compimento di sforzi con l'obiettivo di creare una nuova alleanza per realizzare uno sviluppo sostenibile. Tuttavia, non è stato proposto altrettanto per molti altri fattori ugualmente derivanti dalla crisi, come la disoccupazione, lo sviluppo negativo degli investimenti, l'impoverimento dei lavoratori e di parte della classe media, il peggioramento della condizione dei lavoratori con bassi salari, giornate di lavoro più lunghe e pressioni per una maggiore produttività» (T.C. NAHAS, *Notas sobre la regulación del trabajo en el contexto económico*, in *Revista*

È importante notare che il tema del decentramento produttivo in Brasile continua ad essere esaminato utilizzando la terziarizzazione come terminologia principale. Come tutte le forme di frammentazione dell'attività pubblica e privata, è soltanto in realtà una delle alternative per ridurre i costi e la concorrenza tra imprese nello scenario globalizzato; fatto, questo, che viene considerato nella decisione del STF che si è pronunciato sull'ampiezza della produzione e del servizio decentralizzato. In particolare, attraverso l'esternalizzazione, è possibile concentrarsi sul modello di produzione o attività in generale, consentendo, da un lato, la sostituzione di prodotti e servizi con una certa flessibilità, efficienza e rapidità nonché la riduzione del prezzo finale al consumatore e permettendo, dall'altro, di aumentare la disponibilità di manodopera sia di lavoro personale sia attraverso piccoli produttori, incrementando le attività delle piccole e medie imprese. Tutto ciò facilita il commercio e la competitività delle imprese nazionali nello scenario internazionale e nazionale.

Uno dei punti più importanti considerati nella sentenza è stato quello relativo alla precarietà della forza lavoro. Non è la c.d. terziarizzazione che, di per sé, determina la precarietà della situazione del lavoratore, ma ci sono altri fattori che hanno un impatto molto significativo sull'alterazione del modello contrattuale, e che hanno a che fare con il cambiamento, già menzionato, del modello produttivo. È vero che nella maggior parte dei paesi del mondo, secondo i dati della stessa ILO¹⁹, la normativa lavoristica ruota attorno al contratto di lavoro tipico mentre il decentramento della forza lavoro ha contribuito molto all'emersione delle c.d. forme contrattuali atipiche.

Tuttavia, sussiste una diffusione dei contratti atipici che è andata crescendo a causa delle nuove forme di organizzazione aziendale e degli impatti della tecnologia in tutti gli angoli del mondo. L'intermediazione dei lavoratori da parte di imprese che svolgono attività di interposizione o intermediazione ha contribuito all'alto tasso di precarietà dei rapporti di lavoro. Da qui il CISE-93, uno degli strumenti più completi in termini di classificazione della condizione lavorativa, ha cercato di classificare in modo completo tutte le tipologie di rapporto di

de Derecho Social y Empresa, 2020, 7, n° 13, Ed. Sagardoy Business & Law School, in <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7570916>, accesso il 10/4/2022)

19 ILO, *Los contratos permanente permiten aumentar la productividad* (2016): «Le aziende ricorrono sempre più al lavoro temporaneo in tutto il mondo. Secondo un nuovo rapporto dell'ILO, molti lavoratori con "occupazione standard" hanno uno stipendio più basso e una protezione sociale più bassa, alternando spesso periodi di lavoro temporaneo e disoccupazione. Tuttavia, alcune aziende hanno riscontrato che la sicurezza dei propri lavoratori attraverso contratti a tempo indeterminato può offrire loro un ampio vantaggio competitivo» (notizia disponibile in www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/video/video-news-releases/WCMS_534990/lang-es/index.htm, consultato il 22/4/2022). E, ILO, *el empleo atípico: una característica del mundo del trabajo contemporáneo* (2016), disponibile su https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_534127/lang-es/index.htm, consultato il 22/04/2022).

lavoro, indipendentemente dal fatto che si tratti di un rapporto diretto o indiretto. La preoccupazione dell'ILO è quella di individuare quanti più modelli contrattuali possibili, proprio nell'ottica di adottare misure a tutela dei lavoratori e consentire una maggiore inclusione. Occorre pertanto considerare anche quelle che vengono chiamate zone grigie, cioè i falsi lavoratori autonomi, ad esempio, una situazione che si osservava già dal 1958, quando la classificazione era curata dall'ONU²⁰.

Non si può dire che chiunque ricorra a pratiche di esternalizzazione delle proprie attività miri alla precarietà della forza lavoro o alla violazione di diritti. La decisione aziendale va ben oltre la fallacia di questa argomentazione e ha a che fare con il modus operandi di ciascuna azienda, mentre sussistono altri fattori all'origine della precarietà che dipende anche da altre cause, di carattere culturale, economico e sociale, così come dall'esistenza (o meno) di politiche pubbliche nazionali per combattere la disuguaglianza e la povertà²¹.

L'argomento della precarietà, in questo contesto e come riportato, diventa più retorico che sostanziale rispetto al rapporto di lavoro. Il problema della precarietà del rapporto di lavoro può verificarsi o meno all'interno di un rapporto esternalizzato. Il problema della precarietà e della vulnerabilità dei diritti del lavoro in Brasile richiederebbe un'analisi molto più approfondita che non rientra in questo studio, meritando un apposito approfondimento della questione. Tuttavia, quello che va sottolineato è che la frammentazione della forza lavoro contribuirà sicuramente alla disaggregazione dei movimenti collettivi, mentre al contempo vanno formandosi movimenti di segno diverso come, ad esempio, lo sciopero dei lavoratori delle piattaforme digitali che sono privi di associazioni sindacali pur trattandosi di una tipologia di lavoro tra le più precarie nel mondo del lavoro²².

La ricerca della certezza del diritto è stato uno dei principali fattori per risolvere la questione una volta per tutte. Il dibattito sull'individuazione dell'attività principale o essenziale ha messo in discussione concetti assolutamente soggettivi, causando una grande incertezza giuridica che non è ammissibile. Uno degli esempi citati nella sentenza è stato proprio il caso delle società di *call center* che forniscono servizi di telefonia per i quali il TST ha riconosciuto il diretto legame tra l'azienda che riceve in prestito la manodopera e i lavoratori terziarizzati. La posizione assunta dal TST ha finito per causare, come osservato

20 ILO: Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE) (2021), in www.ilo.org/public/spanish/bureau/stat/class/icse.htm, accesso il 4/9/2022.

21 Carta Capital: Brasil é um dos piores países do mundo para o trabalhador (09/4/2022), notizia disponibile in www.cartacapital.com.br/opiniaofrente-ampla/brasil-e-um-dos-piores-paises-do-mundo-para-o-trabalhador/, accesso il 09/4/2022.

22 Facebook: Greve dos Entregadores em Sao Paulo – ao vivo (01/07/2020), disponibile in www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=3215558791821375, accesso il 04/09/2022

nella votazione, maggiore disoccupazione e incertezza giuridica, poiché la legge non vieta in alcun modo le organizzazioni di impresa né l'esistenza di società esternalizzate. L'importante è che le leggi sul lavoro, la Costituzione federale e la CLT siano rispettate.

La liceità dell'appalto rientra nei limiti imposti all'attività, ovvero nel rispetto della forma giuridica dei negozi giuridici regolati dalla legge, ovvero quelli che sono disegnati dalla legge stessa qui commentati: obbligo di controllo, forma contrattuale e modello di impresa. Se le imprese appaltatrici non rispettano gli obblighi, quella che riceve la prestazione risponderà in modo sussidiario, il che non significa che si configura necessariamente un rapporto di lavoro diretto tra la società appaltante (l'azienda che riceve la prestazione) e il lavoratore dipendente, ma piuttosto responsabilità sussidiaria tra le imprese che ricevono e forniscono la manodopera, istituto tutelato dalla normativa nazionale.

Prevaleva, quindi, nella decisione la prospettiva che i limiti all'esternalizzazione poste dalla restrittiva giurisprudenza lavoristica violano il diritto alla libera impresa, alla libera concorrenza e alla certezza del diritto, oltre a non avere supporto legale, violando il principio di libertà economica sancito dalla Costituzione Federale.

La sentenza afferma inoltre che i casi disciplinati dalle leggi n. 13429 e n. 13467 del 2017, che hanno modificato la legge n. 6019/74 qui commentata, prevalgono solo dopo la loro entrata in vigore leggi e non prima; il che lascia inalterata la conclusione che ciò che è stato applicato in ragione del Precedente n. 331 non è stato revocato e segue quindi la stessa linea interpretativa.

Infine, sebbene chi scrive non sia d'accordo con l'uso del termine terziarizzazione per riferirsi all'argomento in questione, posto che ci troviamo di fronte all'esternalizzazione produttiva che costituisce il grado massimo di decentramento così come già illustrato in precedenza, è certo che alla base del voto dei giudici sotteso alla decisione vi era proprio il senso con cui va affrontata la questione: una terziarizzazione ben disciplinata è molto meglio del non riconoscimento o della limitazione dell'istituto.

Non si può voler remare contro una tendenza globale, i cui contorni dipendono da modelli imprenditoriali diversi e ristrutturati, soprattutto nello spazio virtuale in cui le aziende si collocano ogni giorno sempre più, spinte dalle piattaforme digitali e dalla concorrenza sfrenata e spesso sleale tra diverse parti del mondo. Se continuiamo a guardare al diritto del lavoro del passato per cercare di risolvere le questioni del diritto del lavoro di questo secolo e del futuro, corriamo il rischio di non proteggere il lavoratore, rendendone ulteriormente precaria la posizione attraverso un discorso di pseudo-tutela. La Costituzione Federale non impone un preciso modello di produzione e in nessun momento stabilisce come dovrebbe essere la struttura aziendale.

In sintesi, ciò che ha prevalso nel giudizio sul merito della discussione è stato che: (i) la terziarizzazione non lede i diritti dei lavoratori e limitarla violerebbe

il principio della libera concorrenza; (ii) di per sé la terziarizzazione non produce precarietà del lavoro, violazione della dignità del lavoratore o del sistema previdenziale, bensì l'esercizio abusivo di questo istituto; (iii) per evitare tale esercizio abusivo, le norme costituzionali a tutela dei lavoratori devono essere rese compatibili con l'istituto, lasciando all'appaltante la verifica dell'idoneità dell'appaltatore e la responsabilità sussidiaria per gli obblighi di quest'ultimo; (iv) la dichiarazione di responsabilità sussidiaria presuppone la sua partecipazione al rapporto processuale; (v) anche con il sopravvenienza delle leggi del 2017, non vi è stato il superamento della sintesi 331 del TST; (vi) la terziarizzazione è lecita per qualunque attività principale o strumentale e non configura un rapporto di lavoro tra appaltante e lavoratore; (viii) la terziarizzazione che rispetti le norme di legge sarà considerata attività lecita, non potendosi ammettere una riconfigurazione del rapporto di lavoro mediante atto giudiziario che sia contrario a quanto inizialmente sottoscritto dalle parti.

3. Il contratto di lavoro temporaneo

Il contratto di lavoro temporaneo ha caratteristiche molto ben definite nella l. n. 6019/74 il cui mancato rispetto può comportare la nullità dell'atto giuridico.

Il lavoro temporaneo è quello prestato da una persona fisica a beneficio di un'impresa che presta servizi di natura pubblica o privata. L'oggetto contrattuale è determinato e l'assunzione con contratto di lavoro temporaneo può avvenire solo fintantoché l'impresa che riceve la prestazione necessita: (i) di far fronte alla sostituzione temporanea di personale a tempo indeterminato, quale, ad esempio, la sostituzione di un lavoratore in ferie; (ii) la società utilizzatrice necessita di integrare la propria forza lavoro a causa di una crescita della domanda, come nel caso dell'aumento delle vendite durante le vacanze di Natale.

I lavoratori temporanei non possono essere assunti per sostituire i lavoratori in sciopero, situazione che violerebbe indiscutibilmente la libertà e il diritto di associazione sindacale. Sono ammesse alcune eccezioni per casi particolari, come, ad esempio, quando il Tribunale stabilisce un limite alla garanzia minima della prestazione dei servizi ospedalieri e i lavoratori non rispettano la decisione resa. In questi casi sarà possibile ricevere prestazioni di lavoro temporaneo²³.

23 Questa interpretazione deriva dal fatto che l'ordinamento ammette la limitazione della libertà di associazione sindacale solo in casi eccezionali. Si veda, ad esempio, sulla garanzia dei servizi essenziali come deciso dal Comitato ILO sulla libertà sindacale, i seguenti paragrafi: 617 Il rispetto dell'obbligo di garantire un servizio minimo di attività di trasporto con metropolitana per soddisfare i bisogni minimi dell'utenza locale non è contrario ai principi della libertà sindacale; 620. In considerazione della particolare situazione dei servizi ferroviari del Paese, una sospensione totale e prolungata può portare a una situazione di grave urgenza nazionale che può costituire una minaccia per il benessere della popolazione e, in determinate circostanze, giustificare un intervento finalizzato a garantire un servizio minimo. 622. Nei servizi postali si può prevedere il mantenimento di un servizio minimo. 623. È

La regola principale è contenuta nell'art. 2, § 1 della citata legge, che, nel comma successivo, ha chiarito cosa deve intendersi con l'espressione "rispondere alla domanda di servizi", stabilendo in questo modo il principio di transitorietà dell'esigenza che deve necessariamente caratterizzare il ricorso al lavoro temporaneo dell'impresa utilizzatrice, ovvero (i) fattori imprevedibili; (ii) fattori prevedibili, ma che hanno natura intermittente, periodica o stagionale, cioè quelle situazioni che sono note in anticipo, ma che non hanno una durata variabile nel tempo.

È importante tenere presente che solo un'azienda il cui oggetto sociale è costituito dalla fornitura di lavoro temporaneo, può svolgere tale attività. Tanto che il legislatore vincola la liceità del contratto alla forma prevista dalla legge. Pertanto, il legislatore ha insistito sull'obbligo di formalizzare l'attività attraverso una persona giuridica specializzata, stabilendo altresì alcune regole minimi in merito ai requisiti per la formazione e la validità del contratto. Si precisa che il riferimento alla società, e la necessaria costituzione di una persona giuridica per svolgere l'attività di fornitura di lavoro temporaneo, esclude qualunque altro tipo di configurazione. Cioè, non è consentito ad una persona fisica l'esercizio dell'attività di fornitura di lavoro temporaneo. Il testo della l. n. 13429/2017 si occupa anche di abrogare l'art. 3 del Regolamento che aveva ammesso la possibilità che l'attività di fornitura di lavoro temporaneo fosse svolta indistintamente da una persona fisica o giuridica. Ricordando che il Codice Civile del 2002 ha adottato la teoria dell'impresa come «attività organizzata professionalmente per la produzione o la circolazione di beni o servizi. Il suo oggetto, quindi, è l'impresa»²⁴.

Quello che si può dedurre dalla legge è che la manodopera può essere fornita solo a un terzo ove il fornitore di servizi sia una persona giuridica di diritto privato che si dedica a questo e che i lavoratori assunti da questa azienda possono stipulare con la stessa un contratto a tempo indeterminato.

Quello che succede in pratica, e che, dal mio punto di vista, è un'incongruenza giuridica, è che la maggior parte delle società di lavoro temporaneo finisce per assumere lavoratori a tempo determinato ed esclusivamente legati al contratto stipulato con l'azienda utilizzatrice della manodopera, con la conseguenza che il contratto è a tempo determinato tanto con il lavoratore che presta l'attività quanto con l'impresa che riceve la prestazione. Il rapporto triangolare instaurato tra la persona giuridica che fornisce lavoro temporaneo e il lavoratore dovrebbe essere invece a tempo indeterminato; mentre è la fornitura di lavoro,

ammissibile l'imposizione di servizi minimi, come nel settore della raccolta di rifiuti (ILO: *La Libertad sindical – Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Derecho de Huelga, Capítulo 10* (2006), 5ª edizione rivista, disponibile su www.ilo.org/global/docs/WCMS_090634/lang-es/index.htm, accesso 4/11/2022.

24 M.E. FINKELSTEIN, *Manual de Direito Empresarial*, San Paolo, ed. Atlante, Ed. Atlas, 2016, 8a ed., p. 11.

ovvero il contratto di natura commerciale tra l'utilizzatore e il fornitore, che dovrebbe essere a tempo determinato nei termini stabiliti dalla legge.

Si scopre allora che la legge n. 13249/2017 ha introdotto una norma ingannevole che determina un'assoluta incoerenza tra il tipo di attività necessaria e la condizione della forza lavoro che l'impresa di fornitura di lavoro temporaneo. Ovvero, se l'istituto del lavoro temporaneo deve avere come obiettivo sociale l'offerta di lavoro, vi sarebbe coerenza ove i lavoratori di cui dispone fossero assunti a tempo indeterminato.

La riforma del 2017 ha però eliminato questa possibilità, anche se questa avrebbe potuto essere l'intenzione dell'imprenditore, avendo previsto che lo svolgimento della prestazione di lavoro temporaneo nei confronti della stessa impresa non può eccedere la durata di centottanta giorni, consecutivi o non, con possibilità di proroga fino a novanta giorni, consecutivi o meno, oltre il termine stabilito dal § 1 dell'art. 10 ove continui a sussistere l'esigenza iniziale che ha giustificato il ricorso al lavoro temporaneo (art. 10, §§ 1 e 2). E il legislatore è andato anche oltre, vietando che il lavoratore sia assunto con patto di prova (art. 10, § 4) e vietando altresì che lo stesso utilizzatore possa ricevere la prestazione dallo stesso lavoratore prima del decorso di novanta giorni dalla conclusione della prestazione anteriore, generando così un'apparente preoccupazione con questa modalità contrattuale quando in realtà risulta essere una tipologia contrattuale del tutto precaria da qualsiasi punto di vista la si voglia intendere.

In breve, il legislatore ha reso il rapporto a tempo determinato per tutte e tre le parti contraenti, sottraendo all'impresa fornitrice di lavoro temporaneo ogni possibilità di instaurare rapporti stabili con i lavoratori che assumerà per l'invio presso l'utilizzatore. E va oltre, quando rende illecita la scelta dell'impresa utilizzatrice che voglia avere un certo numero di lavoratori a tempo indeterminato per svolgere la sua attività principale, eliminando in maniera ingiustificata qualunque possibilità di rendere meno precario questa relazione contrattuale.

Il mancato rispetto delle norme della legge sul lavoro temporaneo comporterà l'instaurazione di un rapporto di lavoro diretto tra il lavoratore e l'impresa utilizzatrice, in quanto costituisce una presunta situazione di frode e di cessione illecita di prestazioni. Il fatto che l'art. 21 del decreto n. 73841/1974 preveda che l'impresa di lavoro temporaneo debba indicare la condizione di temporaneità della prestazione, non significa che il contratto di lavoro debba essere a tempo determinato. Definisce solo il quadro dell'istituto e la sua reale condizione. Come si vede, sussiste una pressione da parte del legislatore affinché questo tipo di contratto non possa mai essere meno precario o possa garantire al lavoratore, anche se la società di lavoro temporaneo lo desidera, condizioni o diritti migliori.

Un altro punto degno di nota è la questione relativa all'inquadramento sindacale di questi lavoratori. È già noto che il Brasile non sostiene la piena libertà sindacale, stabilendo che la rappresentatività sia misurata in base alla categoria

legale definita dal legislatore e all'area geografica del comune in cui ha sede l'azienda presso la quale il lavoratore presta la propria attività. Nell'ambito del lavoro temporaneo, tale norma ha già provocato diversi problemi alla rappresentatività di tali lavoratori e – permettetemi di esprimere un parere – una violazione del principio della piena libertà sindacale ai sensi della Convenzione n. 87 dell'ILO²⁵.

Il legislatore, con la legge n. 6019/74 ha cercato di risolvere le incongruenze attraverso il dettato dell'art. 3, riconoscendo che l'impresa di lavoro temporaneo si inquadra nell'ambito delle attività e delle professioni di cui all'art. 577 del CLT. Pertanto, per la particolarità del rapporto triangolare, dovrebbe concludersi che anche il lavoratore temporaneo sia inquadrato in tale differenziata categoria. Sembra che questa fosse l'intenzione dell'art. 40 del decreto n. 73841/1074 quando ha previsto che, su proposta della Commissione di Inquadramento Sindacale del Dipartimento nazionale del lavoro, il Ministro del lavoro e della previdenza sociale includerà le imprese di lavoro temporaneo e i relativi lavoratori nelle categorie già previste o introdurrà apposite categorie nell'ambito delle attività e delle professioni di cui all'art. 577 del CLT. Questa formulazione del decreto aveva un carattere programmatico che, si può dire, è ormai consolidato nell'ambito della riforma attuata nella l. n. 6019/74.

Nella prospettiva dell'intento legislativo di ammettere il ricorso al lavoro temporaneo per qualunque attività principale o strumentale, la l. n. 13429/2017 si è preoccupata di ammettere esplicitamente e in modo illimitato la stipulazione dei contratti commerciali di fornitura di lavoro temporaneo per entrambi i tipi di attività per le quali è ammesso il ricorso a queste prestazioni (art. 9, § 3).

Inoltre, in qualità di lavoratore subordinato, il lavoratore temporaneo godrà di tutti i diritti che sono garantiti a tutti i lavoratori previsti dall'art. 7 della Costituzione Federale e quelli garantiti dal CLT (art. 12). In caso di violazione dei diritti previsti dalla legislazione lavoristica da parte del datore di lavoro, l'azienda utilizzatrice sarà responsabile in via sussidiaria per gli obblighi contratti (art. 10, § 7). Una volta rispettate le regole formali stabilite dalla legge, in nessun caso il lavoratore temporaneo potrà pretendere l'instaurazione di un rapporto diretto con il datore di lavoro, cosa che può verificarsi solo in caso di frode contrattuale (art. 9, CLT). Qualora la società utilizzatrice sia interessata ad assumere direttamente il lavoratore temporaneo, l'impresa fornitrice in nessun caso potrà impedire o vietare tale assunzione (art.11)

25 Per uno studio più completo sull'argomento in Brasile v. A. AGRA BELMONTE, L. MARTINEZ, T.C. NAHAS (a cura di), *Liberdade Sindical: uma proposta para o Brasil*, Lacier, San Paolo, 2021.

4. Il contratto di lavoro terziarizzato

Solo nel 2017 il legislatore ha introdotto una disciplina in materia di lavoro terziarizzato. La disciplina dell'istituto della terziarizzazione nella legge in materia di ETT porta due conclusioni: (i) la difficoltà di legiferare sulla materia nello scenario politico nazionale, le cui discussioni sono diventate evidenti nel dibattito sull'intervento da parte del STF come già qui evidenziato; (ii) è emersa la possibilità di applicare le regole previste per le imprese di lavoro temporaneo ai contratti di cessione di manodopera decentralizzata in quanto compatibili.

Il miracolo economico brasiliano avvenuto negli anni '70 che ha permesso al Brasile di ricevere ingenti investimenti esteri e l'adozione di idee liberali nel governo del 1989 dopo la caduta della dittatura militare che ha dato priorità allo sviluppo economico, hanno reso possibile il cambiamento nel modello di impresa e delle reti di produzione, contribuendo così all'incremento delle attività esternalizzate.

Con l'apertura verso il mercato estero la situazione non ha smesso di crescere e il contesto per tali imprese si è rivelato sempre più interessante dal punto di vista economico.

Con la riforma del 2017 e la disciplina legislativa in materia, le imprese di prestazioni di servizi (EPS) sono divenute un'entità giuridica costituita per lo svolgimento di qualsiasi attività a favore di un terzo, sia di carattere principale che accessoria, di affidamento di manodopera o di realizzazione di risultati. L'attività principale è la stessa attività propria o principale dell'impresa appaltante che contratta la prestazione di servizi o il risultato finale. Il legislatore non ha definito cosa si intende per attività principale, trattandosi di un dato non rilevante ai fini della stipulazione del contratto: le persone giuridiche di natura pubblica e/o privata (art. 5-A) possono rivolgersi a un'impresa di prestazione di servizi (EPS) sia per lo svolgimento dell'attività principale, ausiliaria o secondaria. La questione della responsabilità tra le aziende che partecipano al processo produttivo o al servizio nei confronti del lavoratore è risolta dalla regola della sussidiarietà: il responsabile principale e diretto sarà sempre l'impresa di prestazione di servizi (EPS) che assume il lavoratore subordinato, mentre l'impresa che riceve la prestazione sarà responsabile in via sussidiaria per gli eventuali inadempimenti della prima. Questa disciplina ha condotto evidentemente alla proliferazione delle società multiservizi²⁶.

L'EPS sarà responsabile dell'assunzione, della direzione e della remunerazione dei lavoratori coinvolti nell'attività pattuita. I lavori possono essere eseguiti all'interno o all'esterno dell'impresa appaltante; i lavoratori possono prestare il servizio attraverso un contratto subordinato o autonomo, in qualsiasi modalità e in qualsiasi segmento della linea di produzione.

26 Un'azienda multiservizi è, in breve, quella che fornisce qualsiasi tipo di servizio e risultato che si desidera contrattare.

L'impresa, per poter funzionare, deve possedere una capacità economica compatibile con lo svolgimento dell'attività che si propone di svolgere.

Il lavoratore assunto dall'EPS può essere autonomo o subordinato e il subappalto è ammesso in diverse forme e in qualsiasi momento della filiera produttiva o del servizio. La legge è flessibile e l'unica regola è che per la costituzione dell'EPS siano rispettati i seguenti requisiti: (i) la registrazione della persona giuridica presso il CNPJ (*Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas* – Registro Nazionale delle Persone Giuridiche); (ii) iscrizione alla Camera di Commercio (*Junta Comercial*); (iii) un capitale sociale compatibile con il numero dei dipendenti, rispettando i seguenti parametri: a) società fino a dieci dipendenti – capitale minimo di R\$ 10.000,00; b) aziende con più di dieci e fino a venti dipendenti – capitale minimo di R\$ 25.000; c) aziende con più di venti e fino a cinquanta dipendenti – capitale minimo di R\$ 45.000,00; d) aziende con più di cinquanta e fino a cento dipendenti – capitale minimo di R\$ 100.000,00; e) aziende con più di cento dipendenti – capitale minimo di R\$ 250.000,00. Il legislatore ha stabilito un capitale sociale minimo per evitare di discutere di cosa si possa intendere per capitale sociale compatibile con il numero dei dipendenti (art. 4B). Se l'intento della legge era quello di tutelare i crediti dei lavoratori, il legislatore avrebbe dovuto concentrarsi sui beni aziendali e non sul capitale sociale dell'impresa, oltre al fatto che la materia dovrebbe essere adeguatamente disciplinata dal diritto commerciale, e non nel travagliato contesto della legge ETT la cui applicazione interessa il diritto del lavoro e non il diritto commerciale.

I lavoratori assunti in forma subordinata avranno i contratti regolati dal CLT garantendo il minimo costituzionale (art. 7) e nei termini dell'art. 4°C. Sembra che la garanzia di tale norma fosse finalizzata alla prestazione di servizi svolta all'interno dell'impresa appaltante. Tuttavia, non vi è alcun impedimento che tali regole siano estese ad altre realtà, come, ad esempio, i lavoratori subappaltati nella filiera e che non prestano servizi direttamente nell'ambiente dell'azienda appaltante. Ciò che il legislatore ha voluto è cercare di ridurre questa disparità di condizioni di lavoro tra le diverse tipologie di lavoratori, garantendo diritti minimi.

Al lavoratore esternalizzato devono essere garantiti: (a) gli stessi pasti che ricevono i dipendenti dell'appaltante, quando offerti in mense ubicate all'interno o all'esterno del suo ambiente organizzato; (b) il diritto di usufruire dei servizi di trasporto che l'appaltante fornisce ai propri lavoratori diretti alle stesse condizioni stabilite per i propri lavoratori; (c) le cure mediche o ambulatoriali disponibili nei locali dell'appaltante o in un altro luogo da esso designato; (d) un'adeguata formazione, fornita dall'appaltatore, quando richiesto dall'attività, alle stesse condizioni stabilite dall'appaltante per i suoi dipendenti diretti; (e) l'accesso alle stesse condizioni igienico-sanitarie, alle misure di tutela della salute e sicurezza sul lavoro e alle strutture adeguate per lo svolgimento della

prestazione che l'appaltante garantisce ai lavoratori con i quali instaura direttamente un contratto di lavoro.

Nonostante questa apparente tutela, il legislatore è stato perverso con la disciplina dell'art. 4-C §§ 1 e 2: nel § 1 ha disposto che la garanzia di uguaglianza salariale tra lavoratori terziarizzati e dipendenti dell'impresa appaltante costituisce un'opzione nei rapporti tra le imprese, norma che sembra violare la parità garantita nella Costituzione Federale e nella Carta interamericana dei diritti umani (di seguito con l'acronimo IACHR); il §2 costituisce un'autorizzazione legislativa nei casi di assunzione del 20% o più della forza lavoro dell'impresa appaltante che impone in questi casi di fornire un ambiente distinto per l'alimentazione e l'assistenza ambulatoriale dei lavoratori terziarizzati. Le due regole rendono evidente la disuguaglianza creata dal legislatore e l'istituzione di categorie distinte di lavoratori in una disposizione legislativa perversa e discutibile.

Tuttavia, oltre a queste regole, il legislatore definisce due situazioni in cui la frode è presunta e si instaura il rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa appaltante: (i) se i titolari della società di fornitura di servizi hanno prestato qualche tipo di attività in favore dell'appaltante nei 18 mesi precedenti la stipulazione del contratto. Il termine deve essere conteggiato calcolando il giorno di cessazione del rapporto di lavoro, subordinato o meno, e il giorno della stipula del contratto tra la società di fornitura di servizi e l'appaltante (art. 5-C); (ii) se il lavoratore è stato licenziato dalla società appaltante, non può essere assunto dalla società di fornitura di servizi nei 18 mesi successivi alla cessazione del contratto con la prima impresa (art. 5-D).

5. Conclusioni

È vero che in Brasile mancava una legislazione sul decentramento produttivo ed, evidentemente, le regole in materia di fornitura di lavoro temporaneo non potevano essere applicate alla fornitura di servizi semplicemente perché entrambe le modalità ammettono l'assunzione di lavoratori da parte di una società interposta. Il nostro Paese è privo di una normativa adeguata che possa effettivamente consentire l'inserimento dei lavoratori in qualsiasi tipo di rapporto contrattuale tra imprese. Le modifiche apportate alla legge n. 6019/74 erano chiaramente volte a porre fine ai dibattiti sulla fattibilità o meno dell'assunzione di manodopera da parte di una società interposta lungo tutto il ciclo produttivo e di servizi e sulla ripartizione delle responsabilità tra imprese appaltatrici e appaltanti. Anche in caso di fallimento dell'impresa fornitrice di servizi (EPS), il legislatore ha mantenuto la discriminazione tra lavoratori (art.16), sicché in caso di fallimento dell'impresa di lavoro temporaneo (ETT), l'impresa utilizzatrice sarà solidamente responsabile per i debiti retributivi e previdenziali, ma non per i crediti derivanti dal rapporto tra il lavoratore e il datore di lavoro, con la conseguenza che il creditore dovrà insinuarsi al passivo per recuperare le somme a lui

dovute. In mancanza di fallimento dell'impresa di lavoro temporaneo, invece, la responsabilità per i crediti del lavoratore temporaneo sarà sempre sussidiaria, ma solo per il periodo in cui l'impresa utilizzatrice ha ricevuto la prestazione.

Nel caso delle imprese fornitrici di servizi, l'appaltante risponde in via sussidiaria per i crediti di lavoro e previdenziali in qualsiasi situazione e anche se la stessa (che riceve la prestazione) ha dichiarato fallimento.

Per quanto riguarda l'uguaglianza tra i lavoratori, il lavoro decente e la regolamentazione del subappalto a tutti i livelli contrattuali, la legge si poneva al di sotto del minimo auspicato, rendendo possibile una maggiore precarietà nell'occupazione dei lavoratori. Sussiste invece un'apposita regolazione per le istituzioni finanziarie e bancarie, per le quali gli appalti di servizi sono ancora regolati dalla legge n. 7102/83, che all'epoca costituiva il riferimento normativo che rendeva possibile l'interposizione nello svolgimento delle attività principali di banche e istituzioni finanziarie.

Infine, una norma che eventualmente ostacolerà soluzioni adeguate è quella dell'art. 17, che vieta l'assunzione di lavoratori stranieri a titolo temporaneo. La legge n. 13445/2017 ha disciplinato la situazione degli stranieri nel Paese e il progresso tecnologico e l'abbattimento delle barriere nel mondo virtuale dovrebbero far riflettere sulla fattibilità dell'applicazione di tale norma. Il contesto sociale potrebbe non uniformarsi alla legge recentemente riformata senza alcuna considerazione per gli aspetti fondamentali dei rapporti sociali ed economici che potrebbero promuovere efficacemente lo sviluppo sostenibile del Paese.

Pertanto, sebbene le norme su EPS ed ETT siano relativamente recenti, è certo che non sono riuscite a fornire un'adeguata protezione nei relativi rapporti di lavoro, così come non hanno garantito alcuna previsione che potesse regolare il lavoro tramite le tecnologie della comunicazione e informazione; il che solleverà ulteriori dubbi e l'impossibilità di garantire quanto sancito dalla pronuncia del STF: inclusione sociale, sviluppo economico e certezza del diritto.

Il lavoro nelle piattaforme digitali

Alexandre Agra Belmonte

SOMMARIO: 1. Le prime due Rivoluzioni Industriali e Industria 3.0. – 2. Gli effetti dell'Industria 4.0. – 3. Il lavoro nelle piattaforme digitali. – 3.1. Natura giuridica delle imprese di trasporto tramite applicazioni ed effetti. – 3.2. Natura giuridica del legame dei lavoratori con l'impresa richiedente. – 4. Conclusioni.

1. Le prime due Rivoluzioni Industriali e Industria 3.0

È convenzionale chiamare rivoluzioni industriali le transizioni verso nuovi processi di produzione provocati dalle dirompenti trasformazioni sociali ed economiche che ne derivano.

Le prime due rivoluzioni industriali hanno avuto un impatto sul sistema politico, sul regime economico e sui costumi sociali. La prima, avvenuta tra la metà del Settecento e la metà dell'Ottocento, portò alla nascita delle fabbriche, alla sostituzione di schiavi e animali con macchine e all'inizio dell'esodo rurale verso le città. La seconda, praticamente un'estensione della prima, ha condotto nel corso del tempo, all'uso dell'elettricità, del petrolio e della scienza nella produzione. Tali fattori hanno provocato impatti progressivi e significativi sulla produzione, distribuzione e commercio, eliminando il mercato artigianale e favorendo definitivamente la concentrazione della popolazione nelle città a scapito delle campagne.

Tuttavia, fu la seconda rivoluzione industriale, collocata tra la metà dell'Ottocento e l'inizio del Novecento e ambientata in un sistema liberale nella prima fase del capitalismo, che permise, per il modo di produzione dell'epoca, il raggruppamento di grandi contingenti di lavoratori nelle fabbriche o negli edifici. E questo fatto è stato, tra l'altro, di fondamentale importanza nella formazione del diritto del lavoro.

Infatti, gli abusi nello sfruttamento del lavoro in un contesto di eccessiva offerta e conseguente riduzione della remunerazione a causa delle leggi di mercato; la mancanza di prospettive di miglioramento della vita per le discriminazioni e l'impossibilità di accedere all'acquisizione di mezzi produttivi; l'ambiente di lavoro privo di investimenti in salute e sicurezza; la consapevolezza di migliaia di lavoratori sulla somiglianza delle terribili condizioni di vita derivanti dalla professione o dal lavoro in comune; e la forza delle coalizioni nell'arresto della

produzione e nella richiesta di migliori condizioni di lavoro, portarono a successivi scioperi e lotte operaie contro gli imprenditori e contro l'inerzia dello Stato.

L'astensione dello Stato dalla regolamentazione delle attività economiche e sociali non solo ha impedito ingerenze nella regolamentazione del lavoro, ma, al contrario, ha generato il suo intervento contro i conflitti derivanti dall'insoddisfazione dei lavoratori per l'assoluta precarietà.

Gli sconvolgimenti sociali derivanti da questo ambiente di lavoro ostile, denominato *Questione Sociale*, che proliferarono nei paesi europei e negli Stati Uniti d'America, si placarono solo alla fine della Prima guerra mondiale nel 1919. Ma diversi fattori contribuirono, principalmente durante tutto il secolo XIX, perché ciò avvenisse: l'ambiente precario e il trattamento del lavoro come merce; il Manifesto Comunista del 1848, scritto da Marx ed Engels, per sensibilizzare sullo sfruttamento dei lavoratori attraverso le lotte urbane; l'Enciclica *Rerum Novarum* di Papa Leone XIII del 1891, in cui la Chiesa adottò idee redistributive in una lettera aperta ai vescovi sulla condizione dei lavoratori; la rivoluzione russa del 1917, che instaurò il comunismo in quel paese; e, infine, nello stesso anno 1917, l'arrivo delle idee socialiste nella parte meridionale del Nord America, attraverso il costituzionalismo sociale del Messico.

Indubbiamente, tali fatti servirono da carburante per la richiesta di riforme sociali, preoccupando molto gli Stati Uniti d'America, il paese del presidente Woodrow Wilson, che a due anni dalla Rivoluzione russa e dal costituzionalismo messicano emerse come mediatore della fine della prima grande guerra, proponendo la creazione di un organismo internazionale tripartito per la tutela del lavoro.

Pertanto, astraendo il romanticismo delle conquiste, la lotta per migliori condizioni di lavoro ha avuto come principale motivazione di pacificazione l'obiettivo politico ed economico di produrre senza il rischio che le convulsioni derivanti dai conflitti sociali rappresentavano per il sistema liberale in Europa e negli USA e per la prima fase del regime economico capitalistico.

In questa prospettiva, è possibile pensare alla creazione dell'ILO come a un patto sociale di natura utilitaristica internazionale: oltre a consentire il miglioramento delle condizioni sociali del lavoratore, la concessione della protezione sociale in blocco aveva lo scopo di mantenere la pace interna nei paesi colpiti da agitazioni e servire anche come strumento per livellare il costo produttivo aggregato dei diritti sociali tra gli Stati membri partecipanti, al fine di evitare una concorrenza sleale.

In ogni caso, la creazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro attraverso il Trattato di Versailles¹, ha condotto alla regolamentazione dei diritti minimi attraverso norme internazionali adattate dai Paesi contraenti, finalizzate

1 Il Trattato di pace tra i paesi alleati e associati e il Brasile da una parte e la Germania dall'altra, firmato a Versailles il 28 giugno 1919, fu promulgato in Brasile durante il governo di Epitácio Pessoa con Decreto n. 13990 del 12 gennaio 1920.

a garantire pari opportunità e la libertà di lavoro con finalità di miglioramento delle condizioni di vita legate al lavoro subordinato e nella ricerca della lotta alla disuguaglianza sociale².

Il periodo che va dal 1919 alla fine della Seconda guerra mondiale, vide l'attuazione, da parte dei paesi aderenti, di norme di tutela del lavoro nel mondo capitalista e la costruzione del diritto del lavoro come branca autonoma con principi specifici.

In Brasile, principalmente dal 1930 in poi, durante l'“Estado Novo”, queste norme furono gradualmente adottate a livello nazionale. Era un periodo storico in cui il Paese intendeva industrializzare e scongiurare il rischio di sconvolgimenti interni, e la regolazione dei rapporti di lavoro individuali e collettivi costituiva un'esigenza pressante.

Le conseguenze del nuovo conflitto mondiale riaffermarono la necessità di proteggere la dignità della persona attraverso la garanzia di uno Stato sociale interventista, ovvero uno Stato regolatore, conosciuto come Stato sociale o Stato del benessere sociale (*Welfare State*) che in modo efficiente e utilitaristico potesse garantire i diritti fondamentali di cittadinanza, anche attraverso l'erogazione di prestazioni³.

Fu in questo ambiente, alla ricerca di un capitalismo sociale, che, attraverso compensazioni normative volte al raggiungimento di una reale uguaglianza per il miglioramento delle condizioni di vita dei lavoratori e la riduzione delle disuguaglianze sociali, che nel pieno della Seconda Guerra Mondiale fu promulgato, nel 1943, il Testo unico delle leggi sul lavoro (CLT), per la regolamentazione dei rapporti di lavoro in Brasile.

L'obiettivo dell'allora presidente Getúlio Vargas, nel raccogliere, aggiornare e sistematizzare le norme di protezione del lavoro era quello di rafforzare il superamento dei conflitti interni che si erano verificati nel secolo precedente nei paesi europei.

A livello individuale, rispetto al Codice Liberale del Commercio del 1850 e al Codice Civile del 1916, il CLT ha condotto, sulla base del Codice Civile italiano del 1942, all'introduzione delle allora moderne concezioni dell'impresa, alla despersonalizzazione, successione, responsabilità oggettiva e tutela del meno favorito nei rapporti giuridici.

A livello collettivo, nonostante l'innovazione rappresentata dalle controversie collettive per la risoluzione di conflitti di massa, come la contrattazione collettiva economica e giuridica e le azioni esecutive, fu introdotto il modello fascista di controllo statale dei sindacati.

2 Sulla storia e gli obiettivi dell'Organizzazione internazionale del lavoro v. <https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm> Accesso il 11/10/2022.

3 T. SANTOS, *Do Terror à Esperança. Ideias e Letras*, SP, São Paulo, 2004, p.156. J.M. KEYNES, *A Teoria Geral do Emprego, do juro e da moeda. Inflação e deflação*, trad. di M. R. da Cruz, Nova Cultural, San Paolo, 1985.

In ogni caso, il Testo unico delle leggi sul lavoro intendeva contribuire, con norme individuali e collettive, alla riduzione delle disuguaglianze sociali, ed ebbe un discreto successo durante il periodo di vigenza dello Stato del Benessere Sociale.

Questo quadro è rimasto stabile fino agli anni '70, in un mondo produttivo in crescita, che faceva affidamento sull'indispensabilità del lavoro umano per la produzione, e sui diritti fondamentali dei lavoratori adeguati all'economia e agli obiettivi sociali dello Stato, in ciò che convenzionalmente veniva chiamato capitalismo sociale.

Tuttavia, le difficoltà incontrate nel raggiungimento degli obiettivi dello Stato del Benessere Sociale, la stagnazione economica degli Stati capitalisti, la conseguente disoccupazione e inflazione e il loro aggravarsi con la crisi petrolifera, il combustibile fossile da cui l'industria dipendeva per la produzione e per i settori automobilistico, marittimo e traffico aereo, culminarono in una recessione globale, crolli di società e aumenti dei prezzi⁴.

L'arretramento dei poteri di investimento e regolatori dello Stato, la privatizzazione delle attività e la sostituzione di tali poteri con regolamenti derivanti dai Consigli privati hanno finito per decretare la fine dello Stato del Benessere Sociale per inaugurare una terza fase del capitalismo, legato al neoliberalismo, caratterizzato da uno Stato forte, ma con un'economia libera finanziata dal credito.

Va notato, tuttavia, che già dal XIX secolo Stati Uniti, Germania, Francia, Italia, Giappone e Regno Unito hanno investito molto in tecnologia, cosa che ha permesso loro, di fronte a questo scenario avverso, di concentrare gli sforzi sulla microtecnologia, sulla fibra ottica, sulla rete e i sistemi flessibili di organizzazione mondiale della produzione e del lavoro, inaugurando la terza Rivoluzione Industriale.

I detentori di tecnologia diffondono le multinazionali, principalmente nel terzo mondo, privo della produzione di un proprio *know-how* creativo e queste hanno imposto le proprie regole agli Stati nazionali: per abbassare i costi di produzione hanno investito nella robotizzazione nelle industrie, nell'automazione di gran parte del settore dei servizi e nel decentramento produttivo attraverso la globalizzazione e l'esternalizzazione.

Il Brasile e altri paesi del terzo mondo, culturalmente impreparati, hanno dovuto avviare il processo di industrializzazione con la tecnologia straniera delle multinazionali che vi si erano insediate, e investire nell'esportazione di materie prime.

La Terza Rivoluzione Industriale ha portato, tra le altre innovazioni derivanti dalla tecnologia, alla robotizzazione nelle industrie, al decentramento dell'ambiente produttivo, agli accessi elettronici negli edifici residenziali e commerciali,

4 C. STOFFAÈS, *A Crise da Economia Mundial*, trad. di M. Serras Pereira e J. Faria, Dom Quixote, Lisboa, 1991, p. 64.

alla rete mondiale, computer e notebook che registrano, copiano e distribuiscono file elaborati o eseguibili sulla rete, telefoni cellulari e tablet, che consentono la mobilità; programmi per la modifica di libri elettronici disponibili su Internet per la commercializzazione e la vendita di prodotti e servizi attraverso la rete; macchine che stampano, scansionano e persino trasformano foto in testo; programmi che consentono, via internet, l'invio di file, messaggi e comunicazioni a distanza *off-line* o *on-line* in tempo reale; biblioteche online che consentono l'accesso da remoto a titoli e informazioni; e applicazioni che sostituiscono o si aggiungono a dizionari ed enciclopedie.

Solo così ci si rende conto della dimensione della quantità di professioni divenute obsolete, e di quelle cui si è ridotto il fabbisogno di lavoratori per le diverse attività e la trasformazione che queste nuove tecnologie hanno prodotto negli usi sociali.

D'altra parte, sono emerse nuove professioni, come quelle legate alla creazione di *hardware* e *software*.

Infine, la ricerca di soluzioni produttive alternative con minori costi aziendali e un nuovo modello di azione statale ha portato a grandi trasformazioni, che insieme hanno dato origine a un nuovo ambiente definito come "società postindustriale" e successivamente, negli anni '80, come "società della conoscenza", caratterizzata da informazione, comunicazione e globalizzazione⁵.

L'impatto causato dalla terza rivoluzione industriale ha portato alla flessibilizzazione delle condizioni di lavoro non solo nel primo mondo, ma anche nei paesi del terzo mondo, incluso il Brasile.

Nel 1988 la Costituzione Federale⁶ ha consentito l'aumento dell'orario di lavoro, la riduzione del salario attraverso la contrattazione collettiva e ha posto fine alla stabilità per anzianità di servizio.

La caduta del muro di Berlino nel 1989 ha portato alla consapevolezza che il comunismo non sarebbe sopravvissuto e che il capitalismo avrebbe acquisito un carattere più radicale, come è successo in realtà.

Nel 1998 la legge n. 9601 ha introdotto il contratto speciale di lavoro a tempo determinato, senza le limitazioni di cui agli artt. 443, 451, 479 e 480 del CLT e con un importo ridotto dell'accantonamento del fondo di garanzia per tempo di servizio (FGTS), oltre al banco delle ore.

Nel 2001 è stata resa possibile la sospensione del contratto per la qualificazione del lavoratore e il contratto a tempo parziale (Misura Provvisoria n. 2164-41 del 2001)⁷.

5 I. KOVÁCS (a cura di), 2. *Transformações do contexto socioeconómico, Temas Atuais da Sociedade do Trabalho e da Empresa*, Almedina, Lisbona, 2014, p. 99.

6 BRASILE, Costituzione della Repubblica Federale del 1988, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

7 Brasile, Misura Provvisoria n. 2164-41, del 24/08/2001. In www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2164-41.htm Accesso il 11/10/2022.

Nonostante tutta questa rivoluzione, il Brasile si è solo adattato ad essa, poiché ha continuato a non investire in modo adeguato, inclusivo ed efficiente in istruzione, scienza e tecnologia, concentrando gli sforzi principalmente sull'esportazione di materie prime e sull'esportazione di prodotti fabbricati con la tecnologia straniera delle multinazionali. Basti pensare che dal 1988 il Brasile non è nemmeno riuscito a regolamentare la protezione dall'automazione prevista dalla Costituzione federale, che nel tempo ha privato migliaia di lavoratori del loro sostentamento e della possibilità di ricollocazione.

2. Gli effetti dell'Industria 4.0

La ruota gira e non appena il mondo ha assimilato la Rivoluzione 3.0, le conquiste scientifiche hanno continuato a seguire il loro corso, incidendo progressivamente sul modo di produzione, sull'economia, sui costumi sociali e sui rapporti di lavoro.

Poi sono arrivate le applicazioni che consentono operazioni bancarie e finanziarie, eliminando un'infinità di sportelli bancari e innumerevoli posti di lavoro; reti di relazioni sociali, che incidono sui costumi sociali; applicazioni che consentono la prenotazione online di hotel, ristoranti, spettacoli e intrattenimento in qualsiasi parte del mondo, eliminando intermediari come le agenzie di viaggio; algoritmi che elaborano informazioni, le ricercano in database programmati per la consultazione e le individuano in tempo reale, oltre ad accertarne tendenze e gusti; l'intelligenza artificiale che impara in modo ampio a prendere decisioni secondo il ragionamento automatizzato; la sostituzione della rete fisica con il wi-fi, che collega i dispositivi da remoto, senza bisogno di cavi o installatori; tecnologie 4 e 5G, che accelerano notevolmente i collegamenti a distanza, eliminando la necessità di spostarsi e consentendo la realizzazione a distanza di numerose attività. Google ha sostituito dizionari, enciclopedie e atlanti, iniziando a conservare la memoria dell'umanità. Internet, gps e waze hanno sostituito le mappe, portano automaticamente le persone in qualsiasi punto del globo terrestre. I traduttori virtuali trasformano ciò che viene scritto o parlato nella lingua prescelta.

Il livello di sofisticatezza, funzionalità e praticità ha raggiunto un punto tale che gli smartphone non solo hanno sostituito i telefoni fissi, ma hanno anche app che svolgono tutte le operazioni sopra menzionate e rispondono a molte altre esigenze quotidiane. La vita di ogni persona è sui cellulari: rubriche e impegni, conti bancari, registrazione, risorse umane, CNH, tessera vaccinale, scambio messaggi, carte di credito online, linea, pixel.

Contratti, atti e altri documenti vengono firmati digitalmente e diversi accordi vengono stabiliti a distanza, in tempo reale o meno.

La flessibilità del processo produttivo è addirittura avanzata fino alla multifunzionalità del lavoratore. Gli istituti bancari stanno attualmente adottando il

modello del contante al minuto. L'impiegato di banca è assunto non per una specifica funzione, ma per il contestuale esercizio di tutti gli incarichi bancari, a rotazione, per i quali è remunerato, come per il premio speciale per l'esercizio della funzione di cassiere, solo in relazione all'orario giornaliero dedicato il compito.

Le lezioni a distanza in tempo reale sono diventate realtà, sostituendo le lezioni in presenza o coesistenti con quelle precedentemente registrate, con non pochi corsi internazionali, compresi master e dottorati che si svolgono a distanza, anche tramite commissioni d'esame a distanza.

La pandemia di Covid-19 ha semplicemente accelerato e diffuso in breve tempo l'implementazione di mezzi di comunicazione a distanza efficienti e diffusi.

Se il trasporto con i droni è oggi una realtà, la realizzazione del teletrasporto della materia è solo una questione di tempo, che influenzerà ancora di più il modo in cui conosciamo lo spostamento, il costo corrispondente e la necessità di autisti, macchinisti ed equipaggio.

Così come il lavoro sul campo è automatizzato, gran parte dell'edilizia civile, leggera o pesante, utilizza macchine e altre soluzioni tecnologiche che non richiedono parte del lavoro umano.

Le informazioni legali e contabili passo dopo passo, così come i programmi per prendere contatti, calcoli, progetti e compilare moduli che prima non avrebbero fatto a meno di professionisti qualificati o presenza fisica, sono ora una realtà.

Tutto questo basta per dimostrare, da un lato, il risparmio di tempo e di spostamento, ma, dall'altro, l'eliminazione dello spazio fisico e dei lavoratori, in quantità o qualità, che hanno lavorato o lavorato in prima persona per rendere possibili questi compiti.

Di conseguenza, il mondo sta ora vivendo nella sua quasi pienezza gli effetti della quarta Rivoluzione Industriale, segnata da una tecnologia in grado di sostituire, in tutto o in parte, il lavoro umano con l'automazione in vari settori produttivi; rinunciare alla presenza fisica del lavoratore in un esercizio commerciale; fare a meno del datore di lavoro stesso nella distribuzione del lavoro, sostituito da una piattaforma digitale gestita da un algoritmo; e utilizzare, nell'organizzazione dell'attività imprenditoriale, le attrezzature degli stessi lavoratori, senza la necessità di investire in tali mezzi operativi. La rivoluzione 4.0 riduce, sopprime, flessibilizza o reinventa le forme tradizionali di lavoro in vari campi dell'attività umana, nonostante abbia il potenziale per aprire il campo a nuovi tipi di organizzazione del lavoro, nuove occupazioni e nuove opportunità.

Si assiste ad un aumento graduale della popolazione; la velocità delle ultime due rivoluzioni industriali, una in continuità con l'altra; il decentramento della produzione, con crescente isolamento del lavoratore; il frenetico ritmo temporale e spaziale del lavoro; l'instabilità del lavoro; e il nuovo modello di

sfruttamento del lavoro, con la domanda derivante da una piattaforma digitale, senza un'iniziale interazione umana, ha portato il mondo e in particolare i paesi in via di sviluppo a un bivio sulla direzione della regolamentazione del lavoro.

In effetti, le difficoltà incontrate dagli stati neoliberalisti nel raggiungere il successo in politiche provvisorie efficienti per l'inclusione educativa e nel generare opportunità di fronte agli effetti delle nuove tecnologie; la finanziarizzazione dell'economia, compresa la protezione statale delle attività economiche; la percezione del lavoro come costo operativo di fronte alla concorrenza nazionale e internazionale per prodotti e servizi sempre più economici; e la graduale sostituzione dell'essere umano con la macchina, senza la corrispondente remunerazione alla stessa velocità, ha creato nel XXI secolo uno scenario di esclusione, disuguaglianza sociale, sconforto e crescente miseria, simile a quello di fine Ottocento e l'inizio del XX secolo⁸.

Come se non bastasse, così come la crisi petrolifera del 1973 aveva fornito alternative e tecnologie che hanno cambiato il modo di produzione e la pandemia, tra gli altri effetti, ha anticipato l'implementazione e la massificazione dell'uso dei mezzi tecnologici nelle relazioni a distanza, l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia si tradurrà in una riprogettazione del potere nel confronto tra i paesi NATO⁹, da un lato, e Russia e Cina, dall'altro, con influenza sull'economia mondiale, oltre ad anticipare l'implementazione di energia pulita per sostituire gas e petrolio (la Germania, ad esempio, dipende per il 49% dal gas russo). Tali fattori produrranno inevitabilmente riflessi nel modo produttivo e nei rapporti di lavoro.

Le conseguenze negative derivanti dal nuovo modello di sfruttamento del lavoro, nel quale il piacere del lavoro diventa raro, le molestie si intensificano e prevale l'instabilità, hanno portato a un aumento dell'incidenza di malattie come la sindrome di burnout, la depressione, i disturbi cognitivi, il disturbo da stress post-traumatico, la nevralgia, l'alcolismo, nevrosi professionali e suicidi. L'aumento delle malattie professionali e della spesa sociale annuale per le prestazioni è un ritratto della crisi che stiamo attraversando.

L'ammirabile nuovo mondo è arrivato, ma solo per pochi, portando a ulteriori sconvolgimenti e all'inesorabile controllo dell'umanità. E con esso, oltre al principio di non regresso rispetto al livello di civiltà raggiunto, vengono messi alla prova anche i principi fondamentali su cui sono state costruite le basi della regolamentazione del lavoro: la tutela dei lavoratori; la continuità del contratto di lavoro; la nullità delle modifiche dannose; e lo sciopero come mezzo per chiedere migliori condizioni di lavoro.

8 H. BRAVERMAN, *Trabalho e Capital Monopolista – A Degradação do Trabalho no Século XX*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1977.

9 L'Organizzazione del Trattato del Nord Atlantico (NATO) è un organismo sovranazionale che mira a garantire la sicurezza dei suoi paesi membri attraverso azioni specifiche.

Nello specifico con riguardo al lavoro è aumentata la precarietà; la divisione del lavoro è progredita verso la frammentazione aziendale nel processo produttivo stesso e nell'orario di lavoro disponibile. I contratti a tempo indeterminato e a tempo pieno hanno lasciato il posto a contratti di breve durata, part-time e intermittenti. Il lavoro autonomo, le collaborazioni e i microimprenditori reclamano protezione. Il telelavoro e il lavoro terziarizzato hanno trasferito il lavoratore al di fuori del processo produttivo centralizzato. I sindacati, sia per l'automazione, sia per l'ambiente ormai frammentato, sia per difficoltà di comunicare con i lavoratori e, in Brasile, nel convincerli a partecipare alla vita sindacale (disprezzata fino all'abolizione del contributo obbligatorio) non riescono più a mobilitare i lavoratori nelle azioni di rivendicazione.

Consigliamo al lettore di guardare il documentario del 2019 "American Factory", diretto da Steven Bognar, mostrato in Brasile su Netflix. È ambientato nell'industria del vetro automobilistico di un magnate cinese, installata in Ohio, USA, in una vecchia fabbrica della General Motors, poi abbandonata per più di dieci anni, in cui molti lavoratori locali vengono ricollocati e assunti nella nuova industria.

Il film mette a confronto il modo di produzione dei lavoratori americani nella fabbrica negli Stati Uniti, che accumula perdite, e dei lavoratori cinesi nella fabbrica in Cina, che realizza un profitto.

Infine, dopo aver osteggiato la sindacalizzazione, licenziato i lavoratori considerati improduttivi o che avanzavano rivendicazioni e introdotto macchine per sostituire gli esseri umani in alcuni settori, la fabbrica negli Stati Uniti inizia a realizzare un profitto.

Questo è il mondo del lavoro attuale: il controllo di innumerevoli attività produttive non più come impresa familiare o di soci, ma sotto il comando di magnati degli investimenti, che controllano per lo più società o conglomerati. Fiat, Peugeot-Citroen e Chrysler non hanno il controllo di se stesse come aziende: sono controllate da investitori che non hanno contatti con i lavoratori, ma con i consigli di amministrazione che amministrano le aziende al solo scopo di lucro.

Se la paura in passato era la flessibilità, la paura attuale è la deregolamentazione in grado di portare a chiedersi se il diritto del lavoro sia finito, debba essere cambiato o debba essere reinventato. Attualmente ci si trova in questo dilemma, in cui principi come la protezione, la non regressione e l'accesso alla giustizia sono stati allentati.

Informatica, networking, robotica, comunicazioni, piattaforme digitali, intelligenza artificiale e il controllo delle aziende da parte di un ristretto numero di investitori hanno trasformato il mondo e il lavoro in modo tale che i tradizionali strumenti di protezione rispetto all'automazione sono diventati obsoleti. Al punto che, fino ad oggi, il Brasile non è riuscito a regolamentare minimamente questo diritto previsto dalla Costituzione Federale del 1988 rispetto alle diverse fasi delle nuove tecnologie.

La riforma brasiliana del lavoro del 2017, che ha cercato di rendere più flessibili le condizioni di lavoro individuali e collettive, ha ridotto gli obblighi delle aziende, ha introdotto nuove tipologie di contratti di lavoro, tra cui il telelavoro e il lavoro intermittente, ha liberalizzato la completa esternalizzazione e rafforzato la contrattazione collettiva, ma tutto ciò si è rivelato inutile di fronte alle nuove e crescenti tecnologie, alle richieste del mercato e all'esigenza di protezione dei lavoratori.

La pandemia da Covid-19 ha mostrato la necessità di una grande concentrazione di lavoratori intellettuali nell'ambiente lavorativo fisico. Senza la necessità dei disagi del pendolarismo, che comportano tempo, pazienza e rischio, possono essere svolti da remoto e attraverso il telelavoro riunioni, lezioni, progetti e conferenze. E ha anche mostrato che, dopo la pandemia, il lavoro a distanza può essere svolto anche fuori dal domicilio del lavoratore, in modalità mobile o nei telecentri e anche tramite cellulare.

Il divieto durante la pandemia del lavoro in presenza ha anche rivelato la possibilità di esercitare a distanza la funzione giurisdizionale. Il ritorno alle attività in presenza non eliminerà più il lavoro da remoto per udienze e processi, accorciando le distanze e riducendo le spese e i tempi. E allo stesso modo analoghi effetti si verificheranno per le altre funzioni del potere statale.

Dinanzi alla positiva esperienza del lavoro a distanza, la l. 2 settembre 2022 n. 14442¹⁰, novellando l'art.75-B del CLT¹¹, ha cessato di limitare questa modalità di svolgimento della prestazione al lavoro da casa, ammettendo il telelavoro nel telecentro, in forma mobile o nomade. Restano fuori dall'art. 75-B, CLT, solo il lavoro esterno non svolto con le tecnologie del lavoro a distanza e le operazioni di telemarketing, in quanto destinatari di una propria regolazione (allegato II della NR-17)¹².

Inoltre, la citata legge ha previsto il telelavoro per fasi e obiettivi che in questa modalità esclude il lavoratore dal regime dell'orario di lavoro (art.75-B, §3, CLT), salvo, ovviamente, i casi di frode.

Tuttavia, la legge n. 14442/2022, come il legislatore riformatore del 2017 (che con la legge 13467/2017¹³ ha introdotto il telelavoro nel CLT), doveva introdurre regole chiare per contrastare il rischio di carichi di lavoro eccessivi e della connessione permanente, nonché regole obbligatorie per l'assegnazione

10 Brasile, Legge n. 14.442, del 2 settembre 2022, in in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.442-de-2-de-setembro-de-2022-427260638, accesso il 11/10/2022.

11 Brasile. Decreto-legge n. 5452, del 1 maggio 1943 (Testo unico delle leggi sul lavoro), in www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm, accesso il 11/10/2022.

12 Brasile. Allegato II della NR 17 (Lavoro in Teleservice/telemarketing), in www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-health-at-work/regulatory-norms/nr-17-annex-ii-teleatendimento-update-2021.pdf Consultato il 11/10/2022.

13 Brasile, Legge n. 13.467, del 13/07/2017, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm

di apparecchiature operative per telelavoro e l'addebito del costo della connessione al datore di lavoro. Il lavoratore è stato lasciato a sé stesso nella trattativa individuale con il datore di lavoro circa la consegna e il costo delle attrezzature per il telelavoro (art.75-D, del CLT).

Tuttavia, il telelavoro, oltre ad essere limitato al lavoro intellettuale, non consentirà al lavoratore brasiliano di accedere alle altre tecnologie che lo escluderanno gradualmente dal mercato del lavoro. E ancora meno il lavoro intermittente. E se queste sono le soluzioni legislative per affrontare la sfida delle nuove tecnologie, è come cercare di fermare uno tsunami con le mani.

Pertanto, abbiamo bisogno di normative e politiche pubbliche che concretizzino, con sicurezza e accesso alle opportunità in questo nuovo ambiente, le possibilità che le nuove tecnologie offrono.

3. Il lavoro nelle piattaforme digitali

Le dinamiche della società digitale non consentono più sguardi nostalgici attraverso lo specchio retrovisore della storia. Ma se non serve come parametro per le innumerevoli e incerte sfide che il futuro ci impone, perché trasformazioni significative richiedono soluzioni contemporanee adeguate ai nuovi tempi, il passato almeno serve, nell'osservazione comparata dei contesti storici, per verificare quali errori non devono essere ripetuti. Errori che in una società di massa hanno un impatto su un'infinità di persone e possono generare effetti perversi.

Mentre siamo perplessi e inattivi di fronte agli effetti delle nuove tecnologie nell'ambiente di lavoro, si sta già costruendo un nuovo mondo, dove appare il metaverso, che consiste in un lavoro svolto in immersione in una realtà virtuale, parallela a quella reale, con effetti sociali, economici e sociali propri di sistemi giuridici ancora largamente sconosciuti alla maggior parte della società. Come si svilupperanno le relazioni di lavoro in questo mondo virtuale, dove possiamo essere avatar invece di noi stessi?

Ciò che si osserva è l'assenza sia di politiche pubbliche sociali per la qualificazione e inclusione dei lavoratori, soprattutto di quelli meno qualificati, indispensabili per avere la speranza di un lavoro dignitoso in un mondo sempre più digitale, sia di politiche economiche (industriali) che stimolano e riaccendono i settori di attività (industria manifatturiera) con un maggiore valore aggiunto della produzione, poiché questi settori richiedono manodopera più qualificata e meglio pagata.

In questo mondo che cambia, emerge l'organizzazione del lavoro, gestita attraverso un modello di business realizzato da applicazioni o piattaforme digitali. Gli imprenditori che non hanno hotel, flotte automobilistiche, merchandising o ristoranti, si dedicano all'offerta di alloggi in Brasile o all'estero tramite app; trasporto di persone o cose; e per facilitare l'acquisizione e la distribuzione dei beni. Un segno dei tempi, in cui l'informatica, la rete e l'intelligenza artificiale

consentono, in modo organizzato ed efficiente, di captare offerte o richieste in varie parti del globo, di mettere a disposizione del pubblico prodotti e servizi altrui attraverso un prezzo competitivo.

I titolari del trattamento di queste applicazioni svolgono la loro attività attraverso applicazioni digitali *online*, addebitando il prezzo di intermediazione al cliente, che può essere il produttore, il commerciante, il fornitore di servizi o il consumatore.

In relazione a queste piattaforme digitali, ci interessa l'attività organizzata attraverso applicazioni pensate per connettere i passeggeri con gli autisti e i consumatori con i corrieri che utilizzano i propri mezzi privati per lavoro. Cioè, per il trasporto di passeggeri e il *delivery*.

Le applicazioni hanno interfacce distinte e complementari: nel caso del trasporto passeggeri, l'interfaccia tra il conducente e l'azienda e tra l'azienda e l'utente. E nel caso del *delivery*, oltre all'interfaccia dell'autista, motociclista o ciclista con l'azienda e tra l'azienda e il consumatore, c'è anche il collegamento tra l'azienda e il commerciante.

Si tratta, infine, di un'attività che caratterizza una nuova forma di intermediazione del lavoro, utilizzando un sistema realizzato con l'ausilio delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in cui i veicoli dei lavoratori stessi rendono fruibile il servizio.

Tuttavia, il trasporto di persone e merci attraverso un'azienda che opera tramite app solleva notevoli questioni lavoristiche dal momento che i lavoratori coinvolti in queste attività sono socialmente privi di protezione rispetto alla regolamentazione del loro lavoro. Sono considerati lavoratori autonomi o MEI (microimprenditore individuale), a seconda dei casi. Ma nessuno di questi modelli si adatta alle caratteristiche specifiche del lavoro prestato.

Le aziende che operano tramite app, controllate da investitori e sparse in tutto il mondo, in ogni Paese esercitano una forte *lobby* per offrire un servizio sicuro e di qualità, a un prezzo accessibile che non sarebbero in grado di mantenere se dovessero concedere diritti sociali ai lavoratori.

Il film "You Weren't Here" (nome originale *Sorry We Missed You*), del regista Ken Loach, è ambientato intorno a una famiglia della classe operaia che vive a Newcastle. Un ex operaio edile di nome Rick, sedotto dalla promessa di avere un'attività in proprio e dall'aspettativa dei guadagni generati dal lavoro per prestazione, acquista un furgone e finisce per diventare un autista in *franchising* per una società di corriere espresso.

Nel colloquio di ammissione in azienda vengono forniti manuali di amministrazione del lavoro e spiegazioni sul *franchising*, sull'assenza del datore di lavoro e sull'autonomia retributiva.

Anche la moglie di Rick, una badante per anziani, è una lavoratrice autonoma, che svolge servizi a domicilio a chiamata.

Il film racconta le difficoltà quotidiane della coppia, tra le altre quelle legate all'educazione dei due figli, a fronte delle pressioni legate al lavoro precario.

Infine, la faticosa natura del lavoro informale, con orari di lavoro fino a quattordici ore, con un ritmo accelerato dagli algoritmi, senza nemmeno il tempo per Rick di andare in bagno e di dedicarsi alla famiglia, culmina in consegne che in un dato momento non è in grado di effettuare o di realizzare in tempo; la preferenza per un altro franchisee per le consegne, invece, viste le difficoltà operative vissute da Rick, gli sottrae guadagni e opportunità all'interno dell'azienda, finendo, in pratica, per diventarne debitore a fronte delle sanzioni dovute all'azienda per il ritardo delle consegne che generano conseguenze drastiche sulla vita familiare e sul sostentamento della coppia.

Il film si interroga sugli effetti dell'imprenditorialità neoliberista, che in un ritorno al XIX secolo si occupa dell'opera che va sotto il nome pomposo di *gig economy* (o economia freelance) come merce o *commodity*, aggirando la protezione del lavoro.

Va notato che uno dei modelli preferiti ai fini della regolamentazione di questo tipo di lavoro di consegna in Brasile è la microimprenditorialità ed è quanto che accade con gli autisti che lavorano utilizzando piattaforme digitali e quindi simili al franchising del film di Loach.

La riforma del lavoro brasiliana del 2017 ha semplicemente aggirato il lavoro fornito tramite app o piattaforme digitali, lasciandolo in balia delle pratiche di mercato.

Infatti, la consegna di merci o il trasporto di persone da parte di società di applicazione si pongono al di fuori della specifica normativa lavoristica.

Per quanto riguarda le società di gestione delle app per trasporto passeggeri, queste piattaforme, controllate da investitori, hanno iniziato la loro attività in un modello in cui i lavoratori erano liberi di fornire servizi anche nel tempo libero, collegandosi secondo le proprie disponibilità. Alcuni hanno persino noleggiato auto per lavorare in questo modello nei fine settimana e altri hanno utilizzato più di un'app.

Gli autisti assunti erano lavoratori temporaneamente o definitivamente esclusi dal mercato, lavoratori non qualificati o lavoratori che intendevano integrare il proprio reddito nel tempo libero.

Questi lavoratori hanno consentito alle piattaforme di conoscere il mercato, i percorsi, il tipo di consumatore e le richieste.

A partire da qui le piattaforme hanno gradualmente introdotto l'intelligenza artificiale per il controllo indiretto della fornitura di servizi per attività e consegne, fissando obiettivi ed esclusioni per mancato raggiungimento degli obiettivi. L'algoritmo accelera il ritmo di lavoro e consente di assegnare priorità ai lavoratori più produttivi, interrompendo la distribuzione democratica delle opportunità di lavoro. Per non parlare del fatto che le aziende si avvalgono di lavoratori che utilizzano mezzi propri, e che quindi sono direttamente responsabili della

realizzazione del servizio nel traffico, assumendosi i costi della sicurezza e della manutenzione dei mezzi.

La contropartita è la partecipazione al prezzo praticato (fissato dalle imprese) e alcuni benefici che non si avvicinano alla tutela legale concessa ai lavoratori dipendenti. Sono esclusi dall'orario di lavoro, dai riposi settimanali, dalle ferie, dalla protezione sociale per malattie e infortuni sul lavoro e dal diritto alla sindacalizzazione.

Nel caso dei motociclisti del *delivery*, che, come gli autisti per passeggeri, hanno bisogno di raggiungere obiettivi e sfrecciare tra le auto nel traffico caotico delle grandi città, c'è ancora un altro fattore da considerare: il lavoro è ad alto rischio.

3.1. Natura giuridica delle imprese di trasporto tramite applicazioni ed effetti

Le compagnie di consegna e trasporto passeggeri tramite app sono ovviamente vettori. Il loro scopo è fornire il trasporto, indipendentemente dalla mancanza di uno stabilimento fisico e dal fatto che agiscono da intermediari attraverso conducenti, motociclisti o ciclisti che dispongono di veicoli propri.

I servizi di trasporto di persone e cose forniti da queste società, che stabiliscono regole per il raggiungimento del loro scopo essenziale, richiedono manodopera esterna, in presenza, attraverso un collegamento virtuale, con un collegamento al mercato locale nella prestazione.

Di conseguenza, in quanto organizzatori di tale trasporto, sono direttamente responsabili nei confronti dei consumatori, in quanto prestatori di servizi (art. 3, *caput* e §2, del CDC¹⁴), e per gli atti degli agenti di cui si avvalgono (art. 932, II, codice civile)¹⁵.

Relativamente al trasporto di passeggeri, salvo cause di forza maggiore, la società risponde dei danni arrecati alle persone trasportate ed ai loro bagagli, ivi comprese le disfunzioni del servizio, essendo nulle le clausole di esclusione della responsabilità (art.734, *caput*, codice civile).

Inoltre, la responsabilità contrattuale del vettore per un incidente con il passeggero non scompare per colpa di un terzo, nei confronti del quale ha azione di regresso (art.735 c/c 932, II, codice civile).

Per quanto riguarda il trasporto delle merci, l'impresa è direttamente responsabile nei confronti del consumatore, e non del mandatario preposto alla prestazione del servizio, nei confronti del quale esercita azione di regresso (art. 932, II, c.c.).

14 Brasile, Codice di difesa dei consumatori.

15 Brasile, Codice Civile, in www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406_compilada.htm

3.2. Natura giuridica del rapporto dei lavoratori con l'impresa richiedente

Qual è la natura giuridica del rapporto dei lavoratori automobilisti, motociclisti o ciclisti con gli organizzatori del lavoro tramite app: si tratta di lavoratori dipendenti, autonomi tradizionali, autonomi dipendenti o collaboratori o imprenditori individuali?

In Brasile, al momento questo tipo di lavoro è incluso nella *gig economy* (“economia freelance”), senza una regolamentazione specifica. E in altri paesi?

La Corte Suprema di Spagna ha stabilito che il rapporto esistente tra il corriere e la società Glovo (una piattaforma di consegna in bicicletta) costituisce un rapporto di lavoro.

La Corte Suprema della Pennsylvania, ad esempio, ha già stabilito che gli autisti Uber non sono lavoratori autonomi.

In California, il Congresso ha promulgato una legge che riconosce un rapporto di lavoro tra conducenti e imprese.

Nel New Jersey, un tribunale ha condannato Uber al pagamento di milioni di euro per tasse non pagate, considerando gli autisti come dipendenti.

In Francia, un organo di vertice della magistratura ha riconosciuto un rapporto di lavoro tra i conducenti e Uber sul presupposto che non spetta ai lavoratori individuare la propria clientela o fissare i prezzi delle corse.

Nel Regno Unito, dopo una sentenza della Corte Suprema secondo cui l'autista di Uber è un lavoratore intermedio tra le categorie dei dipendenti e dei lavoratori autonomi, Uber ha concesso ai suoi conducenti britannici un salario minimo, ferie pagate e accesso a un fondo pensione.

In Giappone, le compagnie di consegna e trasporto passeggeri garantiscono ai lavoratori un'assicurazione contro gli infortuni di 13.000 dollari USA.

In Germania, la Corte superiore del lavoro ha da tempo definito il lavoro su piattaforma come di natura lavorativa¹⁶.

Per le imprese che gestiscono le piattaforme, i veicoli utilizzati da conducenti, motociclisti e ciclisti appartengono agli stessi lavoratori, che in teoria possono organizzare la propria attività, controllare essi stessi la prestazione dei servizi, rifiutare le chiamate e persino rispondere a più di un'applicazione (o impresa di piattaforma digitale), sicché le aziende, partecipando solo ai risultati del lavoro fornito, sostengono che il riconoscimento del rapporto di lavoro, oltre ad essere inconferente, renderebbe questa attività più costosa e impraticabile in Brasile.

Per altri, invece, questi lavoratori svolgono la prestazione a richiesta in base alle regole stabilite dalle stesse aziende, come il prezzo stabilito per il servizio, che dipende dalla distanza, tempo ed offerta, e in quanto costantemente tracciati dal GPS, la loro localizzazione è utilizzata per connettersi con la clientela

16 Questi dati possono essere consultati su www.brasildefato.com.br/2021/05/01/motorista-de-aplicativo-entenda-decisoes-de-5-paises-que-comecam-a-garantir-direitos, nonché su www.conjur.com.br/2020-set-26/mundo-vem-regulando-relacao-entre-trabalhador-plataformas

dell'azienda e misurare il tempo di trasporto, sicché dopo ogni viaggio, l'autista o il corriere viene valutato in merito allo svolgimento del servizio reso, registrando i dati relativi a ciascun lavoratore che consentono di misurare la produttività in ragione del tempo tra risposta e realizzazione del servizio che può essere così misurato con la possibilità per l'algoritmo di privilegiare nelle chiamate i più attivi ed escludere coloro che non producono entro i tempi previsti dalle imprese, ed esercitare il controllo tipico della prestazione di lavoro subordinato.

Infine, vi sono quanti ritengono che questi lavoratori operino nell'ambito di un rapporto che mescola elementi di subordinazione con elementi di autonomia, in una vera e propria parasubordinazione, che dovrebbe prevedere, come in altri paesi, diritti minimi, in proporzione inferiore a quella dei lavoratori dipendenti, ma con una protezione che scongiuri gli abusi, attribuisca il giusto valore sociale al lavoro svolto e ne garantisca la dignità (Teoria delle Sfere di Protezione).

Il fatto innegabile è che i rimedi palliativi che le aziende presentano come diritti per questi lavoratori comportano una effettiva assenza di tutela e la mancanza di protezione genera abusi come orari di lavoro eccessivi, esclusione per mancato raggiungimento degli obiettivi, oppure obiettivi sempre più impegnativi, la mancata regolamentazione dei periodi di riposo o ferie, l'assenza di protezione contro le malattie professionali e gli infortuni, l'esclusione del diritto sindacale, l'esposizione al traffico e i rischi per la sicurezza nelle grandi metropoli. E il lavoro per prestazione, subordinato a obiettivi e condizioni senza regolamentazione legale, rende schiavi.

Benché l'opzione non sia quella di disciplinare tale lavoro come rapporto di lavoro, che certamente influenzerebbe il prezzo del servizio, orientando l'attività, nel caso di trasporto passeggeri, verso un tipo differenziato di taxi e trasporto e nel caso di consegne di beni verso il trasferimento del costo a carico del consumatore che beneficia della comodità del servizio, è parimenti evidente che questi conducenti, motociclisti e ciclisti non sono imprenditori, tanto meno tipici autonomi e non possono essere trattati in questo modo.

Se la caratterizzazione come lavoro autonomo dipendente o intermediario (para-subordinato, come nel Regno Unito) è generalmente adottata in base al fatto che l'organizzazione del lavoro e i prezzi praticati sono definiti dall'applicazione che ripartisce l'importo pagato tra l'impresa e i lavoratori, che conservano una ragionevole autonomia, sarà comunque necessario tutelarli in coerenza con la loro condizione di parasubordinati, con una regolamentazione minima che dia loro dignità e sicurezza: un livello salariale minimo e massimo carico di lavoro, anche se flessibile; periodi di riposo o di ferie; protezione sociale; divieto di esclusione dalle chiamate per assenza dovuta a malattia; accesso ai meccanismi di distribuzione delle chiamate gestiti dall'algoritmo; e diritto alla sindacalizzazione.

4. Conclusioni

È innegabile che il modo di produrre, la forma di organizzazione delle imprese e dei rapporti di lavoro hanno subito cambiamenti significativi, che portano a interrogarsi sulla natura dei numerosi rapporti di lavoro e sul tipo di tutela appropriato.

Tuttavia, è altresì innegabile come anche i concetti di dignità e valore sociale del lavoro si siano evoluti e che la storia, nei vari contesti in cui si sono svolti fatti e circostanze, offre lezioni che non possono essere dimenticate.

L'applicazione del vecchio al nuovo è caratteristico dell'essere umano, che è caratterizzato dalla contraddizione: allo stesso tempo in cui vuole trasformare il mondo, vuole anche aggrapparsi a soluzioni già consolidate.

Come ricordato all'inizio di questo capitolo, il lavoro trattato come merce non ha funzionato nel XIX secolo e ha generato sconvolgimenti sociali che sono ristagnati solo all'inizio del XX secolo. Insistere sul ritorno a un trattamento che non ha funzionato per aggirare l'incapacità di inclusione può avere un impatto sulla pace sociale e non è un'opzione ragionevole.

Come ricordato anche nella retrospettiva storica, la garanzia della dignità della persona umana è stato il risultato più latente degli orrori della Seconda guerra mondiale e il periodo che va dal 1945 agli anni '70 è stato quello della crescita della pace sociale, con il lavoro in dialogo con l'economia. È stato sicuramente quello che ha prodotto i migliori risultati nella distribuzione del reddito.

Le nuove tecnologie e gli impatti delle Rivoluzioni 3.0 e 4.0 sull'economia, i costumi sociali e l'occupabilità non hanno eguali nella storia. Ma è necessario porre un freno al neoliberismo, che sta causando troppa concentrazione del reddito in uno strato molto ristretto della popolazione mondiale, contro una disuguaglianza sociale senza precedenti, con esclusione e miseria crescenti. Il lavoro precario, freelance o *gig economy*, richiede allo stesso tempo di essere ridotto per generare opportunità di stabilità e qualità delle occupazioni, e di essere regolato in modo adeguato ai nuovi tempi.

Indubbiamente, le applicazioni hanno offerto opportunità di lavoro a un numero enorme di lavoratori disoccupati, oltre a creare migliori opportunità di lavoro per molti altri, rispetto alle vecchie occupazioni. Si tratta ora di regolamentare i lavori precari, inseriti nella *gig economy* o economia *freelance*.

Di fronte alle prospettive assolutamente avverse alla valorizzazione dell'essere umano e del lavoro dignitoso come forma di realizzazione materiale e spirituale, risalta l'idea di uno Stato che dirige le politiche pubbliche (con interazione nelle attività sociali, economiche, educative e fiscali) in modo da far convergere con gli interessi di tutti gli attori sociali, in questo caso imprese, lavoratori e società civile. Uno Stato impegnato nello sviluppo economico che attua i diritti sociali e promuove politiche pubbliche di inclusione e investimento nei confronti dei suoi cittadini, compatibili con la realtà sociale. Uno Stato in grado

di conciliare, come proposto dall'art. 170 della Costituzione Federale, il fattore economico con la dignità della persona umana e il valore sociale del lavoro per realizzare la giustizia sociale.

È giunto, infatti, il momento di riconoscere il valore sociale del lavoro estenuante svolto da conducenti, motociclisti e ciclisti delle piattaforme digitali e dare a questi lavoratori la dignità che meritano, qualunque sia la scelta che sarà compiuta, e cioè per il riconoscimento del rapporto di lavoro con applicazione della relativa disciplina, o, al contrario, senza tale riconoscimento ma con l'applicazione di una tutela proporzionale e adeguata alla parasubordinazione se fosse questa l'opzione prescelta dalla società o della giurisprudenza. Diversamente, ove la scelta fosse quella di qualificare questi lavoratori come microimprenditori individuali (MEI) oppure quella di non prevedere un livello salariale minimo, un limite massimo di carico di lavoro, anche se flessibile, i periodi definiti di riposo o di ferie, la protezione sociale, il divieto di licenziamento o di sviamento della clientela per assenze dovute a malattia, il diritto alla sindacalizzazione, la conseguenza certamente sarà quella di non riconoscere a questi lavoratori l'importanza che hanno assunto all'interno della società che ne utilizza i servizi e che dovrebbe garantire loro la solidarietà necessaria alla garanzia dei diritti fondamentali.

Telelavoro

Guilherme Guimarães Ludwig

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Aspetti concettuali del telelavoro nel Testo Unico del Lavoro. – 3. Il telelavoro nella legge n. 13467/2017 (Riforma del Lavoro). – 4. Diritto emergenziale sul telelavoro nella pandemia (Misure Provvisorie n. 927/2020, 1046/2021 e 1109/2022). – 5. Recenti modifiche del Provvedimento n. 1108/2022. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Il mondo si sta attualmente muovendo verso una nuova conformazione del mercato del lavoro, che è sotto una forte influenza delle nuove tecnologie, con il potenziale di generare simultaneamente disoccupazione e riallocazione del lavoro in mercati precedentemente consolidati, agevolando, al contempo, la domanda di nuovi beni e servizi e la creazione di nuove imprese e professioni. Questo fenomeno ha sollecitato l'attenzione degli studiosi del mondo del lavoro, non solo per l'entità delle trasformazioni che ne derivano, ma anche per il potenziale impatto sulla precarietà dei rapporti di lavoro.

Il telelavoro, quindi, reso possibile dai mezzi telematici di comunicazione, è una diretta conseguenza dell'impatto del crescente processo di informatizzazione sul sistema produttivo e sui rapporti di lavoro.

È possibile percepire, tuttavia, in tempi più recenti, un enorme salto tecnologico prodotto da questa rivoluzione digitale responsabile di un ambiente ancora più favorevole all'espansione di questo lavoro a distanza, ora fortemente accelerato dall'epidemia da Covid-19 e dalla conseguente necessità di isolamento sociale.

Questo capitolo si propone di svolgere una breve analisi critica sull'evoluzione della disciplina giuridica del telelavoro in Brasile, che può essere scandita sostanzialmente dal testo originario del Testo unico delle leggi sul lavoro e dal successivo avvento delle l. n. 12551/2011 e 13467/2017, con la recente modifica introdotto dalla Misura Provvisoria n. 1108/2022.

L'analisi si occuperà anche della normativa di emergenza in materia, contenuta nelle Misure Provvisorie n. 927/2020, 1046/2021 e 1109/2022, tutti collocati nel contesto della pandemia di Covid-19 come una delle principali strategie per fronteggiare lo stato di calamità pubblica nel mercato del lavoro.

2. Aspetti concettuali del telelavoro nel Testo Unico del Lavoro

Il lavoro svolto presso il domicilio del lavoratore è sempre stato presente nel Testo Unico del Lavoro (CLT), in quanto il suo art. 6, nella sua formulazione originaria, indicava che non vi era distinzione tra tale tipologia di lavoro e quella svolta presso la sede del datore di lavoro, purché caratterizzato da un rapporto di lavoro subordinato. L'art. 83 del medesimo Testo Unico, a sua volta, già lo definiva esattamente in funzione della sua collocazione spaziale, come quella svolta presso l'abitazione del lavoratore o nell'officina di famiglia.

Come si vede, quindi, il luogo in cui viene eseguita la prestazione non è mai stato un elemento caratterizzante del rapporto di lavoro nel diritto brasiliano. Per quanto riguarda la sua collocazione nello spazio, il lavoro può sempre essere svolto sia nei locali del datore di lavoro che all'esterno di esso. A titolo esemplificativo, l'art. 62 del CLT si riferisce espressamente al lavoratore esterno, sottraendolo all'ambito di applicazione del capo specifico in materia di durata della prestazione. Parimenti, la l. n. 3207/57 – che disciplina l'attività dei venditori, viaggiatori o piazzisti – prevede che l'attività di tali dipendenti sarà regolata dai dettami di tale legge speciale, ferme restando le norme del CLT in quanto applicabili.

In verità, la configurazione della condizione del lavoratore tiene conto della confluenza dei quattro elementi fondamentali di cui all'art. 3 del CLT: personalità, non eventualità, subordinazione giuridica e onerosità, che saranno ora esaminate in maniera sommaria, non avendo questo scritto lo scopo di analizzare compiutamente o approfondire l'ampia discussione in ordine a tali requisiti.

La personalità si riferisce all'obbligo di stipulare il contratto di lavoro con una persona fisica in ragione dell'*intuitu personae* del lavoratore. Da un lato, non è lecito attribuire la qualità di lavoratore dipendente ad una persona giuridica e non è consentita la sostituzione del dipendente con terzi nell'ambito del rapporto contrattuale.

La non-eventualità, di regola, significa che vi è una regolarità nell'erogazione della prestazione, distinguendosi da quanto sia collocato in un determinato momento o episodico. Non è richiesta qui una continuità quotidiana del lavoro e neppure una frequenza in determinati giorni, ma una costanza nel tempo che porti davanti al datore di lavoro un ampio senso di permanenza dell'inserimento del lavoratore nell'esercizio della sua funzione e delle sue attività.

L'onerosità implica la necessità di un corrispettivo a carico del datore di lavoro, differenziando così questa tipologia di contratto dall'esercizio del volontariato. Il lavoratore percepisce, per i servizi resi, un compenso, di natura alimentare, che presumibilmente servirà a garantire il sostentamento proprio e della propria famiglia.

Infine, la subordinazione giuridica, riferita dall'art. 3 del CLT al requisito della "dipendenza", è lo stato in cui si trova il lavoratore dipendente nel rapporto contrattuale, quale conseguenza giuridica dell'esercizio da parte del datore

di lavoro del potere direttivo nell'ambito dell'attività organizzata, di quello di controllo e disciplinare come prerogative a lui conferite dalla circostanza di assumersi, per legge, i rischi dell'attività economica.

Nel contenuto delle norme del CLT, in tal modo, il contratto di lavoro non è mai stato e non poteva essere refrattario alla circostanza del lavoro svolto, in tutto o in parte, in un ambiente esterno. Il potere direttivo del datore di lavoro può essere esercitato indipendentemente dal luogo in cui i servizi sono prestati, essendo sufficiente che il comando e il relativo controllo del suo adempimento possano arrivare effettivamente al prestatore di servizi, concretizzando uno stato di subordinazione. In definitiva, se i quattro elementi sopra citati sono presenti contemporaneamente nella fattispecie concreta – sia in virtù delle espresse disposizioni del contratto formale, sia in ragione dell'applicazione del principio del primato della realtà –, il rapporto contrattuale sarà qualificato come rapporto lavoro subordinato, indipendentemente dal fatto che l'attività sia svolta o meno presso la sede del datore di lavoro.

Nel 2011 la legge n. 12551 ha modificato l'art. 6 del CLT, rendendo inizialmente esplicito che questa stessa logica riferita al lavoro svolto presso il domicilio del lavoratore si applicava in senso lato anche all'eventuale lavoro a distanza. Questa legge, tuttavia, è andata anche oltre. Inserendo un nuovo unico comma nel testo della norma, ha chiarito ancora una volta espressamente che la subordinazione giuridica del dipendente può avvenire anche per via telematica ed informatizzata.

Sebbene il CLT si adatti al modello della legislazione moderna, adottando la tecnica delle norme a trama aperta che ne permette l'aggiornamento per via interpretativa alle dinamiche del contesto sociale (comprese le trasformazioni tecnologiche) senza necessariamente alterarne il testo, è utile nondimeno riportare il testo della norma che estende esplicitamente le modalità di esercizio del potere direttivo, risolvendo così qualunque dubbio eventualmente derivante dalla sua formulazione letterale:

Art. 6°. Non vi è distinzione tra il lavoro svolto presso la sede del datore di lavoro, quello svolto presso il domicilio del lavoratore e quello svolto a distanza, purché siano caratterizzati dai requisiti del rapporto di lavoro.

Paragrafo unico. I mezzi telematici ed informatici di comando, controllo e vigilanza equivalgono, ai fini della subordinazione giuridica, ai mezzi personali e diretti di comando, controllo e vigilanza dell'opera altrui.

Pur non menzionandolo esplicitamente, il comma aggiunto nel 2011 all'art. 6 del CLT è specificamente destinato al telelavoro, una delle modalità del lavoro a distanza. La parola “tele” deriva dal greco e si riferisce all'idea stessa di distanza. Come abbiamo già sostenuto in un altro lavoro, con Andrea Barbosa Mariani da Silveira Ludwig, nonostante questa radice etimologica, il telelavoro non comprende tecnicamente tutte le tipologie di lavoro a distanza. La delimitazione

spaziale non basta. È inoltre necessario che il lavoro sia svolto mediante l'uso specifico delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che devono interagire sulle modalità organizzative della prestazione come criterio principale. La questione della delimitazione concettuale del telelavoro, quindi, non implica interrogarsi propriamente su “cosa si fa”, ma piuttosto sul “dove e come si fa”. In altre parole, non corrisponde ad una professione, ma ad un modo specifico di organizzazione del lavoro svolto a distanza¹.

Nella dottrina brasiliana Luciano Martinez definisce il telelavoro come «un concetto di organizzazione del lavoro attraverso il quale il prestatore di lavoro è fisicamente assente dalla sede del datore di lavoro, ma virtualmente presente, per via telematica, nella costruzione degli obiettivi contrattuali dell'impresa»². Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto sottolineano inoltre che «è urgente che la dimensione virtuale prevalga davvero sulla dimensione presenziale»³. Se si confronta, quindi, con le classiche forme di svolgimento della prestazione nella sede dell'impresa, la forte virtualizzazione della presenza del datore di lavoro è ciò che costituisce la principale differenza, qualunque sia il luogo geograficamente distante in cui egli si trova.

La citata modifica legislativa del 2011 è stata, quindi, la prima mossa del legislatore brasiliano nella direzione del riconoscimento specifico del fenomeno del telelavoro. È in tale logica che si muovono le precise considerazioni di Rodolfo Pamplona Filho e Leandro Fernandez, secondo i quali «sebbene non vi fosse alcun dettaglio nella normativa circa la dinamica contrattuale, l'orientamento era inequivocabile in merito alla sottomissione alle stesse regole che si applicavano in relazione agli altri lavoratori»⁴. Sussistevano già le regole applicabili al telelavoro: esattamente le stesse riferite in generale ai lavoratori dipendenti.

L'introduzione di una disciplina davvero specifica è avvenuta successivamente, con la cosiddetta “Riforma del lavoro”, contenuta nella l. n. 13467/2017, che, tra le tante altre novità del CLT, ha introdotto la disciplina del telelavoro nei nuovi artt. 62, III e da 75-A a 75-E.

1 G. GUIMARÃES LUDWIG, A. BARBOSA MARIANI DA SILVEIRA LUDWIG, *O teletrabalho e os aspectos evolutivos e precarizantes das novas tecnologias*, in A. PRESAS ROCHA, E. RIBEIRO SAKAKI LEAL, M. CARVALHO SAMPAIO OLIVEIRA (a cura di), *Direito do trabalho e tecnologia: aspectos materiais e processuais*, Escola Judicial TRT-5, Salvador, 2022, p. 70-71.

2 L. MARTINEZ, *Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada*, LTr, San Paolo, 2018, p. 88.

3 A.U. DE SOUZA JÚNIOR, F. COELHO DE SOUZA, N. MARANHÃO, P. TEIXEIRA DE AZEVEDO NETO, *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017*, Riddel, San Paolo, 2017, p. 103.

4 R. PAMPLONA FILHO, L. FERNANDEZ, *Tecnologia da informação e as relações de trabalho no Brasil: o teletrabalho na Lei nº 13.467/17*, in *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – Bahia*, 2021, n.17, Salvador, AMATRA5, p. 204.

3. Il telelavoro nella legge n. 13467/2017 (Riforma del Lavoro)

La l. n. 13467/2017 ha introdotto, nell'ambito del CLT, le regole in materia di telelavoro, che verranno analizzate in questo paragrafo.

Tuttavia, durante la redazione di questo scritto, è entrata in vigore la Misura Provvisoria n. 1108 del 25 marzo 2022, che ha modificato la stessa disciplina del CLT. In virtù dell'art. 62 della Costituzione Federale, il Presidente della Repubblica, nel verificare la rilevanza e l'urgenza della materia, può adottare questo tipo di norma eccezionale, con forza di legge, e deve sottoporla immediatamente al Congresso Nazionale.

Ne derivano tre possibilità: a) la misura provvisoria in questione può essere convertita in legge, esattamente secondo il testo originario della Presidenza della Repubblica; b) essere convertita in legge, con le modifiche promosse dal Congresso Nazionale; ovvero c) può non essere convertita in legge, perdendo di efficacia dalla sua pubblicazione, dovendo il Congresso Nazionale disciplinare, con decreto legislativo, i rapporti giuridici che ne derivano.

Pertanto, vista l'attuale incertezza sulla regolamentazione della materia in Brasile, abbiamo scelto di mantenere qui la discussione intorno alle regole originali relative al telelavoro, secondo la legge n. 13467/2017, aggiungendo a fine articolo una sezione specifica per trattare solo le novità introdotte dal Provvedimento n. 1108/2022 redatto dal Presidente della Repubblica.

Introdotto dalla l. n. 13467/2017, l'art. 75-B del CLT definisce il telelavoro come la prestazione svolta prevalentemente al di fuori dei locali del datore di lavoro attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Nella parte finale del testo, tuttavia, la norma precisa che tali tecnologie "per loro natura" non devono costituire lavoro esterno. Quest'ultima indicazione non ha molto senso, in quanto i mezzi telematici e informatici non costituiscono il lavoro in sé, ma semplici strumenti per la sua realizzazione. Inoltre, quando il CLT fa riferimento al lavoro esterno, si tratta di qualsiasi lavoro svolto al di fuori della sede del datore di lavoro, compreso lo stesso telelavoro, che altro non è che una forma di lavoro esterno.

Ciononostante, la distinzione in parola sembra volutamente collegata alla contestuale inclusione di un ulteriore elemento previsto nell'art. 62 del CLT, che definisce le ipotesi di esclusione delle regole contenute nel capitolo sull'orario di lavoro. Ciò significa, in pratica, l'esclusione delle regole relative al pagamento delle ore di straordinario, del lavoro notturno, nonché della concessione delle pause infragiornaliere e settimanali, oltre agli altri diritti, con un impatto diretto la salute e la sicurezza dei telelavoratori.

Così, oltre alle originarie ipotesi di "dipendenti che svolgono un'attività esterna incompatibile con la determinazione dell'orario di lavoro" e di "posizioni dirigenziali", vi è ora l'espressa aggiunta dei telelavoratori alla lista delle deroghe

alle suddette tutele, ma senza alcun riferimento esplicito all'incompatibilità della prestazione con il controllo della durata della giornata lavoratore. Vale a dire che le condizioni concrete che consentono l'effettiva verifica degli orari sono irrilevanti per l'enunciato normativo.

È da dir, tuttavia, che la Costituzione federale garantisce ai lavoratori in generale la «durata normale del lavoro non superiore alle otto ore giornaliere e quarantaquattro settimanali» e «una retribuzione per le prestazioni di lavoro straordinario pari almeno al cinquanta per cento superiore a quella del lavoro normale» (artt. 7, XIII e XVI). Pertanto, al fine di interpretare l'art. 62, III, CLT in maniera conforme al testo costituzionale non rimane che confermare anche in questo caso il presupposto fattuale della incompatibilità della prestazione con la fissazione di un orario di lavoro secondo una rigorosa eguaglianza con qualsiasi altro lavoratore esterno.

Secondo Sandro Nahmias Melo, sebbene il concetto di telelavoro sia indissolubilmente legato alla modalità del lavoro a distanza e all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, «non può avere i suoi contorni stratificati, ingessati, né implica una mancanza di controllo presunto della giornata lavorativa da parte del datore di lavoro».

Se non bastasse l'argomentazione costituzionale, non è diversa la lettura della norma che deriva dall'interpretazione sistemica del CLT. Basta rileggere il già citato art. 6 ove dispone che «non si distingue il lavoro svolto nello stabilimento del datore di lavoro, quello svolto presso il domicilio del lavoratore e quello svolto a distanza». Non vi è quindi alcun motivo pratico o tecnico che giustifichi un trattamento discriminatorio a danno dei telelavoratori ove le circostanze concrete consentano pienamente al datore di lavoro di controllare la durata della prestazione.

In questo senso, argomentando anche dalla Convenzione americana sui diritti umani in materia di diritti economici, sociali e culturali, la Dichiarazione n. 71 approvata alla 2a Sessione sul diritto sostanziale e procedurale del lavoro sottolinea che:

71. Telelavoro: straordinari. Le ore straordinarie sono dovute in regime di telelavoro, garantito in ogni caso il diritto al riposo settimanale retribuito. Interpretazione dell'art. 62, III e l'unico comma dell'art. 6 del TUF ai sensi dell'art. 7, XIII e XV della Costituzione della Repubblica, articolo 7, "e", "g" e "h" del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione americana sui diritti umani nell'area dei diritti economici, sociali e culturali ("Protocollo di San Salvador"), emanato con Decreto 3321 del 30 dicembre 1999 e Raccomandazione ILO 116.⁵

5 ANAMATRA, *Reforma trabalhista: enunciados aprovados – 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) – XIX Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho CONAMAT (2018)*. Brasília, 2018. in www.anamatra.org.br. Accesso em: 30 mar. 2022.

Procedendo con l'analisi della disciplina, occorre altresì sottolineare la previsione contenuta nel paragrafo unico dell'art. 75-B, il quale dispone che il regime di telelavoro non viene meno in caso di «intervento presso i locali del datore di lavoro per lo svolgimento di specifiche attività che richiedono la presenza del lavoratore». Questa indicazione merita alcune precisazioni.

Infatti, la permanenza del regime di telelavoro dipenderà dall'intensità e dalla frequenza con cui si verifica tale presenza. Ove non si tratti di un evento occasionale o episodico, il telelavoro potrà costituire nient'altro che una semplice estensione del lavoro svolto in presenza nello stabilimento del datore di lavoro. In proposito, secondo Carlos Eduardo Oliveira Dias, Guilherme Guimarães Feliciano, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva e Manoel Carlos Toledo Filho,

la presenza circostanziale del dipendente nell'impresa, di per sé, non snatura il regime del telelavoro. Pertanto, a *contrario sensu*, se tale presenza assume un carattere intenso o quotidiano, ci sarà l'inevitabile errata applicazione di questo regime.⁶

Trattandosi di condizione particolare, proprio perché il lavoro avviene mediante l'utilizzo di mezzi telematici ed informatizzati, il testo dell'art. 75-C del CLT precisa che la prestazione in forma di telelavoro deve essere espressamente inserita nel nuovo contratto di lavoro stipulato dalle parti, specificando le attività che devono essere svolte dal lavoratore. Per Denise Fincato il requisito esplicito della forma scritta si giustifica

per la quantità di elementi che devono essere disciplinati in maniera inequivocabile dalle parti, (...). Nell'accordo, le attività che saranno svolte dal dipendente in regime di telelavoro devono essere regolate nel modo più accurato possibile.⁷

È possibile, tuttavia, che il contratto sia stato inizialmente stipulato per la prestazione in presenza e che si desideri in seguito modificarlo per adottare il regime del telelavoro. O il contrario. È certo, tuttavia, che in ragione del principio di tutela del contraente debole – fondamento del diritto del lavoro – opera la regola della conservazione, nel corso del contratto, della clausola contrattuale più favorevole al lavoratore.

In questa logica il CLT prescrive che, nel contratto di lavoro, la modifica è lecita solo se e quando realizzata «di comune accordo, e, in ogni caso, purché non comporti, direttamente o indirettamente, un pregiudizio per il lavoratore, a pena di nullità della clausola contraria a tale garanzia (art. 468)». Questa previsione nasce dalla consapevolezza della disparità di forza contrattuale nel rapporto di

6 C.E. OLIVEIRA DIAS, G. GUIMARÃES FELICIANO, J.A. RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA, M.C. TOLEDO FILHO, *Comentários à lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*, LTr, São Paulo, 2018, p. 58.

7 D. FINCATO, *Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira*, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, 2019, n.75, v.8, Curitiba, p. 66.

lavoro che potrebbe indurre il lavoratore a subire la pressione del datore di lavoro per accettare eventualmente modifiche del contratto a proprio svantaggio; motivo per cui l'ordinamento sancisce la nullità delle modifiche peggiorative.

In caso di modifica in telelavoro di un contratto già vigente, la legge considera lecita la modifica in linea di principio ma richiede il mutuo consenso informato per la modifica contrattuale, ai sensi del primo paragrafo dell'art. 75-C.

Nel paragrafo successivo è regolata l'ipotesi inversa e cioè il passaggio dal regime del telelavoro al lavoro in presenza. È una formulazione che richiede un particolare attenzione ai fini della sua interpretazione. La norma stabilisce che la modifica può essere effettuata «per determinazione del datore di lavoro, garantendo un periodo minimo transitorio di quindici giorni, con la corrispondente trascrizione come modifica contrattuale». Pertanto, nonostante il riferimento iniziale alla determinazione unilaterale del datore di lavoro, l'indicazione successiva relativa alla “modifica contrattuale” implica che vi sia effettivamente l'acquiescenza del lavoratore.

Pertanto, in entrambi le ipotesi, il lavoratore può resistere alla modifica unilaterale del regime contrattuale già in essere: la bilateralità costituisce un requisito legale del patto accessorio.

Ciò significa, però, da un altro punto di vista, che la l. n. 13467/2017 ha perso l'occasione di prevedere il diritto di ogni lavoratore alla conversione del rapporto in telelavoro ove tale regime risulti dall'effettivo svolgimento della prestazione. Una siffatta regola risulterebbe maggiormente in linea con la funzione di tutela del CLT e con il principio lavoristico dell'applicazione della norma più favorevole al lavoratore che dovrebbe costituire anche un criterio guida per l'attività legislativa, sebbene in questo caso ciò non sia avvenuto.

Qualora il lavoratore, invece, sottoscriva in qualsiasi senso la modifica contrattuale sancendone così la consensualità, resta da chiedersi se tale cambio di regime possa ancora essere riconosciuto nullo ove pregiudizievole per il lavoratore. In una necessaria prospettiva di interpretazione sistematica delle norme lavoristiche che tenga conto del principio del *favor* per il lavoratore e della regola generale contenuta nel citato art. 468 del CLT, si può dedurre che l'art. 75-C comporta la mera presunzione *juris tantum* di assenza di pregiudizio, lasciando al telelavoratore la prova del contrario in base alle circostanze della fattispecie concreta.

Per quanto riguarda la responsabilità dei costi degli strumenti e della struttura del telelavoro, la l. n. 13467/2017 ha perso l'occasione per stabilire in modo chiaro ed espresso su chi gravano i relativi obblighi. Si è limitata a prescrivere che, nel contratto scritto, saranno pattuite le regole riguardanti

la responsabilità per l'acquisizione, manutenzione o fornitura delle apparecchiature tecnologiche e delle infrastrutture necessarie e adeguate alla prestazione del lavoro da remoto, nonché il rimborso delle spese sostenute dal dipendente (art. 75 -D);

il che non definisce nulla in termini pratici.

È vero che, nel telelavoro, i mezzi telematici e informatici sono strumenti imprescindibili e necessari per la realizzazione stessa della prestazione, così come il macchinario si configura, ad esempio, per il lavoratore che opera in presenza all'interno dell'impresa. Assumendo i rischi dell'attività economica, anche ai sensi della vigente normativa del lavoro (CLT, art. 2), il datore di lavoro assume ovviamente anche i relativi obblighi (acquisto, manutenzione e fornitura delle attrezzature), così come nel caso di rimborso delle spese sostenute dal dipendente durante e in ragione dello svolgimento della prestazione. Non c'è alcuna differenza.

Nella stessa logica interpretativa, occorre osservare che l'unico paragrafo di questa nuova disposizione precisa: «le utilità di cui al caput del presente articolo non costituiscono retribuzione del lavoratore dipendente». Sebbene il dispositivo sia realmente superfluo, dal momento che l'art. 458, comma 2, del CLT, già prescrive che le attrezzature e gli accessori forniti ed utilizzati sul luogo di lavoro per lo svolgimento della prestazione non hanno natura retributiva, il fatto stesso di riaffermare il carattere indennitario e non retributivo di queste voci rafforza indirettamente la responsabilità del datore di lavoro. In sintesi, al datore di lavoro spetta di garantire al telelavoratore la fornitura, l'installazione, la manutenzione e il pagamento di tutte le spese relative agli strumenti telematici e informatici per lo svolgimento della prestazione. Questa lettura è avvalorata dalla Dichiarazione n. 70 approvata alla 2a Giornata di Diritto del Lavoro Sostanziale e Procedurale, nei seguenti termini:

70. Telelavoro: finanziamento attrezzature. Il contratto di lavoro deve prevedere la struttura e la forma di rimborso delle spese di telelavoro, ma non può trasferirne i costi al dipendente, che devono essere esclusivamente a carico del datore di lavoro. Interpretazione sistematica degli articoli 75-D e 2 CLT alla luce degli articoli 1, IV, 5, XXII e 170 della Costituzione della Repubblica e dell'articolo 21 della Convenzione 155 dell'ILO.⁸

La legge n. 13467/2017 ha omesso di imporre espressamente al datore di lavoro l'obbligo di fornire adeguata formazione al lavoratore per l'uso degli strumenti telematici e informatici. Se consideriamo l'utilità ai fini dello svolgimento della prestazione, tuttavia, anche le spese per la formazione sull'uso delle apparecchiature devono essere a carico del datore di lavoro, il quale deve naturalmente rispondere degli eventuali danni derivanti da abusi in caso di formazione inesistente o anche insufficiente. D'altra parte, per la stessa ragione riguardante la loro funzione, dal momento in cui vengono fornite le attrezzature e le strutture per il telelavoro il lavoratore non deve utilizzarle per finalità

8 ANAMATRA, *op. cit.*

diverse da quella a cui sono destinate, pena la responsabilità dei danni e svalutazione degli strumenti.

In merito alla tutela della salute e alla sicurezza dei telelavoratori, la l. n. 13467/2017 ha solo stabilito che è dovere del datore di lavoro «istruire i dipendenti, in forma espressa ed ampia, sulle precauzioni da adottare per evitare il rischio di malattie e infortuni sul lavoro (art. 75-E)». Dall'altro lato, una volta affermato tale obbligo datoriale, la legge riconosce, al paragrafo unico della stessa norma, il corrispondente obbligo del lavoratore di «assumere la responsabilità relativa all'impegno di osservare le indicazioni fornite dal datore di lavoro».

Si tratta, ancora una volta, di un'aggiunta normativa non necessaria, dal momento che dal 1977 il dispositivo dell'art. 157, II del CLT impone già ad ogni datore di lavoro l'obbligo di «istruire i dipendenti, mediante ordini di lavoro, sulle precauzioni da adottare per evitare gli infortuni sul lavoro o le malattie professionali», mentre l'art. 158 stabilisce che il lavoratore è tenuto ad «osservare le norme in materia di sicurezza e medicina del lavoro, ivi comprese le indicazioni di cui al paragrafo II dell'articolo precedente». Si rammenta, al riguardo, che il CLT qualifica come inadempimento del lavoratore il rifiuto ingiustificato «di osservare le istruzioni impartite dal datore di lavoro (art. 158, unico comma)». Sussistendo una previsione riferita all'ipotesi generale, la stessa vale evidentemente anche per l'inosservanza previste dalla norma particolare.

Infatti, l'unica novità in materia introdotta dalla l. n. 13467/2017 è, al contrario, nel senso di tutelare il datore di lavoro, richiedendo al lavoratore una condotta responsabile. Pur destinata ad aggiornare la normativa lavoristica, la logica del nuovo dispositivo sembra regredire sul piano della evoluzione della responsabilità civile del datore di lavoro, stabilendo unicamente, in ultima analisi, i presupposti della colpa dello stesso lavoratore in caso di infortunio sul lavoro per sua imprudenza, negligenza o imperizia.

Ciò, tuttavia, non esclude la responsabilità del datore di lavoro di garantire la salubrità delle condizioni di lavoro. In questo senso, è anche importante evidenziare la Dichiarazione n. 72 approvata nella 2a Sessione di Diritto del lavoro sostanziale e procedurale:

72. Telelavoro: responsabilità civile del datore di lavoro per danni. Mera sottoscrizione, da parte del lavoratore, di una dichiarazione di responsabilità con cui si impegna ad osservare le istruzioni fornite dal datore di lavoro, previste dall'art. 75-E, unico comma, del CLT, che non esonera il datore di lavoro da ogni responsabilità per i danni derivanti dai rischi derivanti dall'ambiente di telelavoro. Applicazione dell'art. 7, XXII della Costituzione c/c art. 927, unico comma, del codice civile.⁹

⁹ ANAMATRA, *op. cit.*

Per quanto riguarda l'ambiente di lavoro, il datore di lavoro ha un ruolo molto più complesso e proattivo, fondato sul dovere essenziale di preservare la salute e integrità fisica del lavoratore, dovendo adottare tutte le misure e precauzioni necessarie a tale fine in forza del principio di prevenzione e nel rispetto della normativa specifica. Ogni dipendente, compreso il telelavoratore, ha diritto a un ambiente di lavoro equilibrato, sicuro e salubre, che deve essere garantito dal datore di lavoro, nel rispetto dei propri obblighi di sicurezza e controllo. Questo è quanto si evince anche dalla Dichiarazione n. 83 approvata al 2° Workshop sul diritto del lavoro sostanziale e procedurale:

83. Telelavoro: controllo del lavoro e rischi ambientali. Il regime del telelavoro non esonera il datore di lavoro dall'adeguamento dell'ambiente di lavoro alle regole di NR-7 (PCMSO), NR-9 (PPRA) e dell'articolo 58, § 1, della legge 8.213/91 (LTCAT), né di vigilare sull'ambiente di lavoro, compresa la formazione. requisito degli articoli da 16 a 19 della Convenzione ILO 155.¹⁰

Fatta eccezione per il dovere di istruzione, la norma tace su queste specifiche responsabilità del datore di lavoro di mantenere un ambiente sano di telelavoro.

Non affronta il dovere, ad esempio, di evitare l'isolamento dei telelavoratori, possibile causa di malattia nel lavoro a distanza. Una volta isolato, questo dipendente può essere privato del potenziale aggregante positivo che il lavoro esercita sugli individui nella società in funzione del mantenimento della loro salute mentale e psichica. Dall'altro lato, la norma impedisce il pieno riconoscimento del diritto alla disconnessione, non chiarendo i confini tra lavoro e residenza e aumentando il rischio di esaurimento fisico e mentale, soprattutto se combinato con orari di lavoro faticosi.

A tale proposito, Fernanda Marders e Bárbara Michele Morais Kunde riconoscono il riposo come l'espressione più tipica del diritto alla disconnessione, avvertendo che «quando si parla di telelavoro, è noto che la disconnessione diventa un po' più complessa, poiché la tecnologia finisce per condizionare la vita del lavoratore, aumentando la sua dedizione al lavoro, spesso senza accorgersene»¹¹. Dinanzi a ciò, la pertinente lezione di Célio Pereira Oliveira Neto, per il quale «devono essere rispettati i limiti imposti dall'ordinamento e devono essere rispettate l'autodeterminazione e la libertà del lavoratore nel godimento del riposo e del tempo libero, che devono essere effettivi nel telelavoro»¹².

10 *Idem*.

11 F. MARDERS, B.M. MORAIS KUNDE, *O direito à desconexão no teletrabalho como concretização do princípio da igualdade na sociedade contemporânea*, in L. DE MELLO REZENDE CONALGO, J.E. DE RESENDE CHAVES JR., M. MARTÍN PINO ESTRADA, (coord.), *Teletrabalho*. São Paulo, LTr, 2017, p. 132.

12 C. PEREIRA OLIVEIRA NETO, *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*, LTr, São Paulo, 2018, p. 124.

Parimenti, la l. n. 13467 non dispone nulla in merito al diritto dei telelavoratori alla privacy nella propria abitazione, dovendo essergli garantite anche condizioni strutturali che impediscano l'intromissione nell'ambiente e nella vita familiare. Nella legge del 2017 non viene neppure affrontato il tema rilevante della rappresentanza sindacale, che coinvolge specifiche problematiche, quali, a titolo esemplificativo, l'individuazione dell'ambito territoriale in cui si svolge l'azione sindacale, elemento fondamentale per stabilire l'inquadramento ai fini sindacali del telelavoratore.

Come si vede, dunque, nonostante la rilevanza del tema dell'ambiente in cui si svolgono le nuove forme di relazioni di lavoro nel contesto della rivoluzione digitale, la disciplina del telelavoro prevista dalla l. n. 13467/2017 non risolve alcune importanti lacune, soprattutto in materia di tutela del telelavoratore, sia per l'inesistenza di norme specifiche su determinati aspetti, sia per la ridondanza contenutistica di quelle esistenti rispetto ai precetti generali del CLT. In ogni caso, occorre interpretare e applicare le nuove disposizioni nel rispetto della Costituzione e dei principi generali del diritto del lavoro.

4. Diritto emergenziale sul telelavoro nella pandemia (Misure provvisorie n. 927/2020, 1046/2021 e 1109/2022)

Parallelamente alla disciplina del CLT e nello specifico contesto di intervento del legislatore dinanzi allo stato di calamità pubblica riconosciuta dal d.lgs. n. 6/2020, e all'emergenza sanitaria internazionale conseguente all'epidemia da coronavirus (Covid-19), è stata inizialmente introdotto la Misura Provvisoria n. 927/2020.

Questa normativa di emergenza ha condotto all'introduzione di complesso di misure che miravano a contemperare le contrapposte esigenze provocate dalla necessità dell'isolamento sociale sulla base di due premesse: in primo luogo, la necessità di mantenere i posti di lavoro e i diritti del lavoro; in secondo luogo, la necessità di assicurare la produzione e l'erogazione dei servizi, garantendo la sopravvivenza delle imprese.

Secondo la motivazione della Misura Provvisoria, il telelavoro doveva essere adottato per due ragioni. Da un lato, l'urgenza di isolare i dipendenti nelle proprie abitazioni, che ha imposto la necessità di adottare, su larga scala, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per garantire la conservazione dell'erogazione della prestazione. Dall'altro, il telelavoro si configurava, nelle attività possibili e con i mezzi necessari, come la forma di lavoro più idonea durante lo stato di emergenza, permettendo lo svolgimento della prestazione presso il domicilio del lavoratore.

In generale, le principali differenze del telelavoro previste dagli artt. 4 e 5 della Misura Provvisoria n. 927 rispetto alla normativa ordinaria del CLT, rispecchiano proprio questo stato di emergenza.

L'art. 4 della Misura Provvisoria esordisce equiparando concetti diversi nella misura in cui, per l'espletamento delle proprie finalità normative emergenziali, equipara il telelavoro, il lavoro da remoto e il lavoro a distanza: tutti corrispondenti alla «prestazione di lavoro svolta prevalentemente o totalmente al di fuori dei locali del datore di lavoro, con l'utilizzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione che, per loro natura, non costituiscono lavoro esterno». La norma provvisoria, quindi, non identifica il lavoro da remoto o a distanza che non siano dipendenti da mezzi telematici e informatici.

Dall'altro lato, consente al datore di lavoro, a sua discrezione, di modificare il regime di lavoro in presenza in telelavoro e di determinare il ritorno al regime di lavoro in presenza, senza accordo individuale o collettivo e senza previa registrazione della modifica nel contratto di lavoro, richiedendo solo che il dipendente sia avvisato, per iscritto o mezzo elettronico, entro 48 ore.

Non è possibile parlare di nullità della modifica proprio in ragione dell'eccezionale contesto pandemico, in quanto «pur trattandosi di una modifica unilaterale, l'allontanamento del lavoratore dall'ambiente di lavoro, nell'ambito della prevenzione del rischio di contagio e della diffusione del virus, costituisce una misura ampiamente favorevole al lavoratore anche come misura a tutela della sua salute e sicurezza»¹³. Si configura un trattamento analogo a quello generale previsto dal CLT che consente il trasferimento del lavoratore in caso di chiusura dell'unità produttiva in cui svolge la prestazione (art. 469, comma 2), sebbene il contesto pandemico si riferisca ad una misura di carattere provvisorio della impossibilità di funzionamento dei locali dell'impresa.

La disposizione stabilisce, inoltre, un termine massimo di 30 giorni dalla modifica del regime di lavoro entro il quale devono essere pattuite nel contratto le regole relative alla responsabilità per l'acquisto, la manutenzione o la fornitura di apparecchiature e strumenti, potendosi sul punto sollevare la stessa critica precedentemente formulata in merito alla disciplina ordinaria del CLT. Concordando con Homero Batista circa il timore per la definizione di tale incombenza, «ovviamente gli strumenti dell'attività nell'ambito del contratto di lavoro subordinato competono al datore di lavoro, e qualsiasi tentativo di condivisione dei costi o dei rischi è inopportuno»¹⁴.

13 G. GUIMARÃES LUDWIG, *Medidas trabalhistas emergenciais no estado de calamidade pública: uma análise constitucional e sistemática das Medidas Provisórias 927, 936, 944, 945 e 946/2020*, in <https://andf.org.br/publicacoes/medidas-trabalhistas-emergenciais-no-estado-de-calamidade-publica-uma-analise-constitucional-e-sistemica-das-medidas-provisorias-927-936-944-945-e-946-2020/>. Accesso il: 30 mar. 2022

14 H. BATISTA, *Legislação trabalhista em tempos de pandemia: comentários às Medidas Provisórias 927 e 936*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2020, p. 32.

È altresì previsto che, qualora il lavoratore ne sia sprovvisto, il datore di lavoro possa fornire le attrezzature in comodato e sostenere il costo della struttura, senza configurare una retribuzione corrispettiva, in quanto strumenti necessari all'esecuzione della prestazione. Ove non siano forniti in comodato gli strumenti di lavoro, tuttavia, ci saranno gravi conseguenze giuridiche per il datore di lavoro: «il periodo della normale giornata lavorativa sarà computato come tempo di lavoro a disposizione del datore di lavoro».

Si noti che, in un altro punto, la normativa emergenziale presenta un'apparente contraddizione, poiché, pur riconoscendo l'applicabilità anche dell'art. 62, III, afferma, al contempo, che il tempo di utilizzo degli applicativi e dei programmi di comunicazione al di fuori del normale orario di lavoro del lavoratore non costituisce tempo di disponibilità, di reperibilità o di preavviso, se non previsto dal contratto individuale o collettivo. Se è possibile misurare i tempi di utilizzo di tali mezzi telematici e informatici al di fuori dell'ambiente di lavoro, di conseguenza non vi è alcuna difficoltà a misurare il contrario, rafforzando, quindi, l'obbligo di pagamento degli straordinari.

Infine, la normativa emergenziale estende la possibilità di adottare il telelavoro e il lavoro a distanza agli apprendisti e anche ai tirocinanti. Quanto ai primi – che stipulano un contratto speciale di lavoro con il datore di lavoro – occorre osservare l'effettiva compatibilità con la formazione tecnico-professionale di cui all'art. 428 del CLT. È necessario cioè verificare se esista la possibilità che tale formazione avvenga per via telematica. Quanto ai tirocinanti – il cui rapporto con il concedente del tirocinio non genera un rapporto di lavoro e come tale non sarebbe tecnicamente adeguato accostarlo al telelavoro –, si può solo dire che l'apprendimento delle competenze può avvenire anche attraverso gli stessi mezzi informatici.

A causa della mancata conversione in legge, la Misura Provvisoria n. 927 ha avuto una vigenza limitata dal 22 marzo al 19 luglio 2020, con cessazione sancita dall'Atto Dichiarativo n. 92 del 2020 del Presidente del Congresso Nazionale. In seguito, la Misura Provvisoria n. 1046 ha riproposto la stessa disciplina emergenziale sul telelavoro, con vigenza limitata al periodo compreso dal 27 aprile al 7 settembre 2021, con cessazione sancita dall'Atto Dichiarativo n. 61 del 2021 del Presidente del Consiglio del Congresso Nazionale. Il 25 marzo 2022, infine, è stata pubblicata la Misura Provvisoria n. 1109, che replica ancora una volta le regole emergenziali del telelavoro, con successiva trasmissione al Congresso Nazionale per la conversione in legge.

5. Recenti modifiche del Provvedimento n. 1108/2022

Come già accennato, in fase di redazione del presente lavoro è stato pubblicato il Provvedimento n. 1108 del 25 marzo 2022, che ha parzialmente modificato la disciplina del telelavoro, originariamente prevista dalla l. n. 13467/2017.

Questa norma eccezionale ha forza di legge (art. 62 della Costituzione Federale) e deve essere immediatamente sottoposta dal Presidente della Repubblica al Congresso Nazionale, per la conversione in legge, quando le relative previsioni possono essere o meno confermate. Se, invece, non viene convertito in legge entro sessanta giorni (prorogabile per un pari periodo), perde di efficacia dalla data di pubblicazione, e spetta al Parlamento disciplinare i rapporti giuridici sorti durante il periodo di validità.

È inizialmente possibile interrogarsi sulla costituzionalità formale di tale Misura Provvisoria dal momento che la sua emanazione, in linea di principio, non sembra giustificata dalla necessaria urgenza. Si noti che non si tratta di una norma che disciplina la situazione eccezionale della pandemia, modificando con effetto immediato norme di carattere permanente, pur senza la necessaria e auspicabile valutazione del processo legislativo in Parlamento che avverrà, in tal caso, soltanto *a posteriori*.

Quanto al rischio di un'eventuale mancata conversione in legge, basti considerare il recente esempio, in ambito lavoristico, della Misura Provvisoria n. 905 dell'11 novembre 2019, che ha creato il cosiddetto “Contratto di Lavoro Giallo Verde”, una tipologia contrattuale finalizzata alla creazione di nuovi posti di lavoro per le persone di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni, norma la cui vigenza è scaduta il 18 agosto 2020. Da qui, ancora una volta, l'importanza che l'iniziativa della Presidenza della Repubblica si manifesti ora attraverso un diverso di legge seguendo la procedura ordinaria nelle due Camere del Parlamento e senza il rischio di successivi passaggi normativi a danno della sicurezza giuridica dei lavoratori e delle imprese.

La presente Misura Provvisoria modifica sostanzialmente gli artt. 62, 75-B e 75-C, oltre ad aggiungere l'art. 75-F nel testo del CLT.

Nella modifica dell'art. 75-B, comprensiva dell'aggiunta di alcuni commi, la norma eccezionale configura il lavoro a distanza come sinonimo di telelavoro – come facevano le norme emergenziali –, identificando anche il primo con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, restringendone di conseguenza la portata. Amplia inoltre il concetto di telelavoro per ricomprendere le fattispecie “ibride”: quelle in cui tale utilizzo non è neppure preponderante o dove può esserci anche una presenza abituale presso la sede del datore di lavoro per lo svolgimento di specifiche attività. Esclude, tuttavia, dalla nozione il lavoro degli operatori di telemarketing o teleservizi, le cui ipotesi sono inequivocabilmente ricondotte al telelavoro.

Pertanto, a partire dalla Misura Provvisoria n. 1108/2022, affinché sia applicabile la disciplina CLT del telelavoro, è sufficiente che una parte (seppur minore) dell'attività del lavoratore sia svolta al di fuori dai locali del datore di lavoro, con modalità telematiche ed informatizzate, salvo che in casi di telemarketing/teleservizio.

La disposizione provvisoria favorisce anche una rilevante trasformazione normativa, passando a distinguere la disciplina del telelavoro in base alla modalità di remunerazione stipulata, legando in maniera inedita la regola contrattuale ai drastici riflessi diretti sulla giornata lavorativa. In questo senso, se il telelavoratore ha la retribuzione calcolata per obiettivi o mansione, viene automaticamente inquadrato nella nuova ipotesi dell'art. 62, III. In questa prima analisi, tra l'altro, utilizziamo le stesse argomentazioni precedenti in merito all'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione del 2017. In altre parole, il punto essenziale sarà anche quello di chiedersi se esista o meno la possibilità di controllare la giornata lavorativa: se il controllo è possibile, non c'è modo di negare il diritto costituzionale al pagamento degli straordinari e degli altri vantaggi legati alla giornata lavorativa.

Tuttavia, al contrario, il dispositivo produce una conseguenza davvero insolita, perché, se il dipendente ha la sua retribuzione calcolata per unità di tempo, ma non c'è modo di monitorare efficacemente la giornata lavorativa, non viene indicato quali criteri oggettivi dovrebbero essere adottati per quantificare le eventuali ore di lavoro straordinario. Ricordiamo, infatti, che è proprio questa concreta impossibilità di misurazione che impone di valutare la compatibilità costituzionale dei paragrafi I e III dell'art. 62 del CLT. Ad una prima analisi, la soluzione dell'*impasse* può essere eventualmente raggiunta stabilendo in via preventiva, ad esempio, un limite agli straordinari attraverso la contrattazione collettiva.

In un altro passaggio, la Misura Provvisoria n. 1108 introduce nel CLT la regola emergenziale della pandemia sopra analizzata per cui il tempo di utilizzo delle attrezzature al di fuori della normale giornata lavorativa del lavoratore non costituisce tempo a disposizione del datore di lavoro, né tantomeno rientrano nel regime di disponibilità e reperibilità, salvo che ciò sia previsto dal contratto individuale o da una norma collettiva. Parimenti, la norma intende autorizzare stabilmente l'adozione del regime di telelavoro o lavoro remoto per stagisti e apprendisti, dovendosi qui ribadire le stesse critiche già mosse alle Misure Provvisorie n. 927/2020, 1046/2021 e 1109/2020.

La norma garantisce inoltre che il contratto individuale possa disporre degli orari e mezzi di comunicazione tra lavoratore e datore di lavoro, purché siano assicurati i periodi di riposo legale. In linea di principio, una tale disposizione non sembra aggiungere nulla alla disciplina del contratto di lavoro, dal momento che una simile pattuizione è sempre stata ammessa nello spazio consentito all'autonomia privata per volontà delle parti, purché sia rispettato il contenuto minimo dei diritti. Tuttavia, stante la possibilità di disapplicare le norme in materia di durata del lavoro del CLT, si può ritenere che la modifica rafforzi l'eventuale possibilità di stabilire comunque la durata della giornata lavorativa, anche ove la retribuzione sia determinata in ragione degli obiettivi o risultati,

nonostante la mancanza di una effettiva possibilità di controllo da parte del datore di lavoro.

Quale efficace innovazione di rilievo nella disciplina, un altro dispositivo risolve la questione relativa all'ambito territoriale della categoria professionale dei telelavoratori, indipendentemente dal luogo in cui sono installati i mezzi telematici e informatici. Viene così espressamente riconosciuta l'applicazione della norma collettiva corrispondente al luogo in cui si trova il lavoratore, che evidentemente definisce, in quanto presupposto, l'inquadramento sindacale dei telelavoratori.

Con riguardo sempre alle sfide riguardanti la regolazione del telelavoro nella sua dimensione spaziale, un altro nuovo dispositivo affronta in modo specifico la questione del lavoratore assunto in Brasile che sceglie di svolgere il telelavoro al di fuori del territorio nazionale. Al riguardo, si applica una logica analoga a quella contenuta nella l. n. 7064/82 che regola la situazione dei lavoratori assunti o trasferiti per prestare servizi all'estero, ovvero l'applicazione della disciplina brasiliana. È stata eliminata, tuttavia, la condizione fondamentale secondo la quale la legge brasiliana trova applicazione soltanto ove più favorevole al lavoratore rispetto alla normativa straniera. In ogni caso, poiché la nuova norma fa espresso riferimento alla «scelta del lavoratore», appare chiara la possibilità di applicare la norma generale contenuta nella l. n. 7064/82 nell'ipotesi inversa di scelta del datore di lavoro, con l'eventuale intervento della legislazione straniera più vantaggiosa in termini di tutela del lavoro.

Anche nel caso in cui il dipendente scelga di svolgere il telelavoro o il lavoro da remoto al di fuori della sede prevista dal contratto, all'interno del Brasile o meno, la nuova norma prevede che sarà lui a farsi carico delle spese derivanti dal ritorno al lavoro in presenza, salvo diverso accordo delle parti. Pur trattandosi di una scelta dei lavoratori, sussiste, in linea di principio, una evidente contraddizione con l'art. 2 del CLT nella parte in cui definisce datore di lavoro come colui che si assume i rischi dell'attività economica, compresi, ovviamente, i costi relativi alla struttura necessaria allo svolgimento della prestazione.

Infine, la Misura Provvisoria n. 1108/2020 introduce la regola di tutela che riconosce priorità nell'assegnazione di posti vacanti per le attività che possono essere svolte mediante telelavoro o il lavoro da remoto in due situazioni: a) ai dipendenti con disabilità; e b) ai dipendenti con figli o figli minori in affidamento giudiziale fino a quattro anni di età.

Vale la pena notare che, in base ad un'interpretazione conforme al principio costituzionale di uguaglianza, entrambe le previsioni si applicano indipendentemente dal genere del lavoratore, sebbene solo la seconda si riferisca a «lavoratori e lavoratrici». D'altra parte, considerato nel suo insieme, il dispositivo sembra presentare una limitazione ingiustificata rispetto al principio di eguaglianza nei confronti dei genitori di persone con disabilità, il cui bisogno di cure speciali è spesso indipendente dal limite di età. È necessario, pertanto, che anche a questi

ultimi sia riconosciuta un'analogia priorità nell'accesso al telelavoro o lavoro da remoto.

6. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra, si può concludere che:

1. Il telelavoro non esaurisce tecnicamente tutte le tipologie di lavoro a distanza, posto che il primo si identifica non soltanto per la collocazione spaziale della prestazione ma anche per l'uso specifico delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione attraverso le quali la prestazione interagisce con l'organizzazione produttiva. La questione dell'identificazione del telelavoro implica, quindi, che ci si interroghi propriamente non tanto sul "cosa si fa", ma piuttosto sul "dove e come si fa". Non corrisponde a una tipologia di attività, ma a un modo particolare di organizzare il lavoro svolto a distanza.

2. Nonostante la rilevanza del tema delle nuove modalità di lavoro generate dalla rivoluzione digitale, la disciplina del telelavoro derivante dalla l. n. 13467/2017 ha lasciato aperte importanti lacune, soprattutto per quanto riguarda la tutela dei telelavoratori, sia per l'inesistenza di regole specifiche su determinati aspetti, sia per la ridondanza dei contenuti esistenti rispetto alle regole generali del CLT. Occorre anche interpretare e applicare le nuove disposizioni nel rispetto della Costituzione e dei principi generali del diritto del lavoro.

3. Durante la pandemia il telelavoro si è rivelato uno strumento adeguato per due ragioni: da un lato, l'urgenza dell'isolamento dei dipendenti, che ha imposto la necessità di adottare, su larga scala, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per garantire la continuazione dei servizi; dall'altro, nelle attività possibili e con i mezzi necessari, il telelavoro ha costituito la forma di lavoro più idonea nello stato di emergenza, consentendo lo svolgimento dell'attività lavorativa presso il domicilio del lavoratore.

4. La Misura Provvisoria n. 1108/2020, pur senza aver seguito il normale iter legislativo, promuove rilevanti novità nella disciplina del telelavoro introdotta con la l. n. 13467/2017, rimodellando il concetto stesso di telelavoro, che assuma una certa autonomia in ragione del requisito della prevalenza della prestazione a distanza, e delle diverse tipologie di retribuzione (giornaliera o per obiettivi e risultati) che possono influenzare il regime corrispondente alla durata della giornata lavorativa.

Lavoro e politiche pubbliche in Amazzonia¹

Georgenor de Sousa Franco Filho

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Politiche pubbliche in Brasile. – 2.1. Lavoro e sviluppo economico in Amazzonia. – 3. Controllo giudiziario delle politiche pubbliche di tutela del lavoro in Amazzonia. – 4. Conclusione.

1. Introduzione

In questo contributo si intende mettere in relazione la protezione del lavoro tradizionale in Amazzonia con l'attuazione delle politiche pubbliche, sia in forma preventiva, sia attraverso l'educazione e il controllo o la punizione giudiziaria dei trasgressori, i quali – come si vedrà – con la presenza dello Stato tendono a limitare la propria attività di sfruttamento dei lavoratori.

La protezione del lavoro, nonostante i cambiamenti legali avvenuti negli ultimi anni, sia in Brasile che nel resto del mondo, è uno degli aspetti più rilevanti dell'azione statale. A sua volta, questa azione è stata fortemente discussa nel dibattito dottrinale, solitamente ricondotto al tema delle politiche pubbliche. Di conseguenza, il legame tra l'attuazione delle politiche pubbliche e il lavoro costituisce un tema rilevante.

L'Amazzonia brasiliana, oggi come nel corso della sua storia, è il luogo di una grande diversità di tipi di lavoro, tipi che in molti casi sono direttamente correlati allo specifico ambiente naturale, ecosistema o tipo di risorse naturali sfruttate, date le basi stesse dell'economia della regione che spesso ne definiscono le attività lavorativa come quelle dei pescatori, estrattori, cercatori d'oro o pietre preziose, braccianti agricoli, raccoglitori di molluschi, raccoglitori di gomma, agricoltori che convivono fino a confondersi con i lavoratori salariati rurali o urbani con rapporto di lavoro formalizzato in termini legali. Non è raro che lo stesso individuo si muova tra queste categorie. Queste categorie di lavoro si trovano apparentemente in una zona grigia rispetto al controllo statale a causa della loro complessità e delle dimensioni dell'Amazzonia. Queste sono le tipologie che definiremo tradizionali.

1 Vorrei esprimere la mia gratitudine e apprezzamento alla mia allieva e studentessa del Master in Diritti fondamentali presso l'Università dell'Amazzonia (UNAMA), Professoressa e avvocatessa Roberta Dantas de Sousa, titolare della borsa di studio CAPES, senza la cui collaborazione effettiva, dedicata e competente questo studio non sarebbe stato completato.

In questa prospettiva, è rilevante per la presente analisi tracciare inizialmente le linee principali del dibattito sulle politiche pubbliche per la tutela del lavoro per poi valutarne le modalità di attuazione rispetto alla questione del lavoro tradizionale in Amazzonia.

Con questo obiettivo l'analisi si basa su un'ampia indagine bibliografica in materia di attuazione delle politiche pubbliche, oggetto della prima parte, e su uno studio della bibliografia in materia di sviluppo economico dell'Amazzonia, che ne individua le tipologie del lavoro e il relativo utilizzo, con riguardo altresì al tema della formazione e controllo, tema della seconda parte. La terza e ultima parte dello studio presenta una ricerca giurisprudenziale che raccoglie casi in cui questi tipi di lavoro sono stati oggetto di controversia in giudizio.

Nella parte conclusiva si sottolinea come, a causa della fragile attuazione delle politiche educative e di controllo e delle difficoltà di accesso alla giustizia, i lavoratori tradizionali non siano tutelati risultando inefficace da questo versante il ruolo dello Stato.

2. Politiche pubbliche in Brasile

Lo Stato brasiliano riconosce espressamente nel testo costituzionale la previsione di obiettivi fondamentali, diritti e doveri individuali e collettivi, protezione dei diritti sociali, conservazione della sovranità, ricerca di soluzioni pacifiche ai conflitti attraverso l'armonizzazione interna e internazionale delle relazioni. Tali dispositivi caratterizzano il Brasile come uno Stato democratico che cerca di attuare valori come sicurezza, benessere, sviluppo economico e sociale, garanzia di uguaglianza, libertà e giustizia.

È chiaro, tuttavia, che l'attuazione di tali disposizioni richiede un intervento controllato dello Stato, con la partecipazione della società civile, che, attraverso un programma pianificato e multidisciplinare, sia in grado di contemperare interessi complessi e divergenti per il raggiungimento degli obiettivi consacrati nel testo costituzionale.

Pertanto, questo intervento statale ha un obiettivo che per Badin sarebbe²:

«la discussione sui fini ultimi dell'azione statale è senza dubbio una parte essenziale della costruzione democratica e comunicativa dell'interesse pubblico, dal suo livello più astratto (assistenzialismo o rawlsianismo) a quello pratico (costruire una scuola o asfaltare le strade?)»

Si aggiunge che tale fine, a prescindere dallo specifico interesse da soddisfare, deve essere guidato dalle disposizioni costituzionali ed essere attuato dallo stesso Stato, al fine di realizzare gli obiettivi fondamentali indicati nella Costituzione, i quali assumendo anche valore interpretativo possono essere concretizzati soltanto attraverso l'uso dello strumento denominato delle politiche pubbliche.

2 A. S. BADIN, *Controle das Políticas Públicas*, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 93.

Il tema può sembrare, a prima vista, direttamente connesso a questioni sociali o politiche, ma è da dire che il testo costituzionale, positivizzando i principi, ha attribuito ad essi anche la normatività, rendendoli esecutivi e quindi soggetti al controllo giurisdizionale, indipendentemente dal fatto che l'azione statale richiesta sia omissiva o commissiva, positiva o negativa. L'azione dello Stato assume un ruolo protagonista sul piano della rilevanza giuridica, che ruota attorno al controllo della sua azione, che logicamente si svolge attraverso l'azione giudiziaria.

Proprio per questa discussione è necessario mettere in luce alcuni concetti in materia di politiche pubbliche.

Felipe de Melo Fonte³ propone come definizione di politica pubblica: «un insieme di atti e fatti giuridici che mirano al raggiungimento di obiettivi statali da parte della Pubblica Amministrazione». Tale nozione, quando ricomprende il termine *fatto giuridico*, solleva dubbi sulla possibilità che un fatto naturale o umano possa generare effetti in ambito giuridico. Tuttavia, nel contesto della pandemia causata dal Covid-19 (Sars-Cov2), si è riscontrato che anche un fatto naturale è in grado di generare effetti che non solo influenzano ma trasformano radicalmente l'azione dello Stato.

Per Fábio Konder Comparato⁴, le politiche pubbliche sarebbero «un insieme organizzato di norme e atti volti al raggiungimento di un obiettivo determinato», chiarendo che *gli atti* sono distinti dalle *norme*, potendo un *atto* essere incompatibile con le disposizioni costituzionali che vincolano l'azione dello Stato, senza che vi sia incostituzionalità in quanto atti e non norme, sebbene questa posizione sia stata criticata proprio per agevolare la possibilità di controllo costituzionale delle politiche pubbliche⁵.

Per Barcellos⁶ le politiche pubbliche comportano il riconoscimento della capacità della

Pubblica Amministrazione di eseguire gli ordini generali contenuti nell'ordinamento giuridico e, per questo, spetta ad essa attuare le azioni e i programmi delle più diverse tipologie, garantire l'erogazione dei servizi, ecc... Questo insieme di attività può essere definito in termini di politiche pubbliche.

È possibile percepire l'esistenza di una certa complementarità tra i concetti qui richiamati e, senza discutere i meccanismi di definizione/scelta delle politiche

3 F. DE M. FONTES, *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*, Saraiva, São Paulo, 2015, 2ª ed., p. 130.

4 F. K. COMPARATO, *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, in *Revista dos Tribunais* n.º 77, 1997, p. 320.

5 <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6006336/100050802727180011-mg-1000508027271-8-001-1/inteiro-teor-12142272?ref=amp>

6 A. P. DE BARCELLOS, *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, in *Revista de Direito Administrativo* 2005, v. 240, p. 239.

pubbliche da adottare, sembra necessario individuare gli elementi che ne supportano l'attuazione, e a tale fine l'elaborazione di Felipe de Melo Fontes⁷ individua nel bilancio, pianificazione e discrezionalità amministrativa i tre elementi portanti dell'attuazione delle politiche pubbliche.

Partendo da un'interpretazione sistematica delle disposizioni degli artt. 3 e 6 del Testo Costituzionale del 1988, e dalla discussione volta a individuare un concetto di politica pubblica come strumento di effettività dell'azione statale, si può ammettere che è attraverso l'utilizzazione di questo strumento che lo Stato potrà sviluppare la tutela del lavoro tradizionale in Amazzonia, come mezzo per realizzare un diritto sociale fondamentale.

È chiaro che nel corso dei decenni abbiamo avuto numerosi tentativi da parte dello Stato di tutelare il lavoro in Amazzonia, sebbene il ricco dibattito sul concetto di politiche pubbliche e sul loro collegamento con il concetto di legalità presenti nuovi elementi che individuano una lacuna in materia di effettività della protezione del lavoro in Amazzonia.

Come è noto, i diritti e le garanzie fondamentali sono riconosciuti nel titolo II della Costituzione del 1988, mentre i diritti sociali sono indicati in un apposito Capo all'interno del titolo II. Risulta così che il lavoro costituisce un diritto sociale in quanto espressamente indicato nell'art. 6 della Costituzione del 1988. In quest'ottica, Ingo Sarlet⁸ lo considera come

un diritto di prestazione (e quindi è in gioco proprio la dimensione positiva, che non esclude anche un contenuto negativo) che ha come oggetto principale il comportamento positivo dello Stato (o dei soggetti cui la norma è rivolta) consistente in una prestazione di natura fattuale.

Nella presente analisi, il tema di interesse è la tutela del lavoro attraverso l'attuazione delle politiche pubbliche che ne assicurino lo sviluppo, indipendentemente dalle specifiche opzioni di politica legislativa adottata, fermo restando il rispetto delle esigenze sociali e delle condizioni ambientali locali.

2.1. Lavoro e sviluppo economico in Amazzonia

Il lento progresso dell'umanità ha fatto sì che, nel corso dei secoli, i processi di trasformazione delle società abbiano dato origine a diverse forme di Stato. Così si può parlare, oggigiorno, di Stato Antico (greco e romano), secondo Meirelles⁹, Feudalesimo e Capitalismo, secondo Habermas¹⁰, fino a giungere alla definizione di Stato che conosciamo oggi – che è già accademicamente

7 F. DE M. FONTES, *op. cit.*, p.77.

8 I. W. SARLET, *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, 6ª ed., p. 212.

9 W. MEIRELLES, *Políticas Públicas e Sustentabilidade na Amazônia*, Editora Valer, Manaus, 2012, p. 97.

10 J. HABERMAS, *Para a reconstrução do materialismo histórico*, Editora Unesp, São Paulo, 2016, p. 208.

dibattuto nel senso che viviamo nel periodo della post-modernità, secondo Souza¹¹ *apud* Sarup – nel quale è diventato preminente stabilire regole minime che garantiscano agli uomini una convivenza più o meno pacifica.

Secondo Castro¹²,

la storia dell'America Latina e del Brasile si iscrive nello sfruttamento intensivo delle risorse naturali; nel tempo le loro economie sono state sostenute dall'estrazione di risorse e dalla loro esportazione, e quanto più ricche sono di risorse del suolo e del sottosuolo, tanto più attratte sono state da questo tipo di attività altamente perniciose e di sacrificio della natura.

Anche secondo Castro¹³ questo processo di colonizzazione attraverso le attività estrattive ha sviluppato disuguaglianze sociali, in parte dovute al fatto che il prodotto estrattivo non è destinato al consumo o al mercato interno.

Loureiro¹⁴, nell'affrontare l'argomento, sottolinea che l'occupazione e l'uso delle terre amazzoniche furono sviluppate da popolazioni tradizionali che utilizzavano strumenti rustici per ottenere prodotti per l'autoconsumo e per il mercato nell'ambito di una relazione libera: piantavano i loro orti, dalla foresta alle attività estrattive vegetali e alla caccia, pescavano pesci dai fiumi, vendendo le eccedenze e proprio per questo i rapporti di lavoro erano meno strutturati e salariati. Lo stesso Autore aggiunge che «la principale forza trainante delle attività produttive che vi si svolgevano è stata, come in altre aree amazzoniche, la forza umana». Tuttavia, si è assistito in seguito ad un'implementazione delle politiche incentrate sul capitale e poco interessate alla protezione del lavoro.

Non è possibile ignorare che, in Brasile, sul piano costituzionale, è stato solo con la Carta fondamentale del 1988, nel suo Titolo II, che la tutela del lavoro come diritto fondamentale è stata espressamente riconosciuta. Tuttavia, nonostante la previsione di una disposizione costituzionale, vi è in realtà, soprattutto nell'ultimo decennio, una sconsiderata azione statale nell'attuazione delle politiche pubbliche a tutela del lavoro in Amazonia che, anziché cercare di garantire l'attuazione e l'universalizzazione dei diritti, anticipa l'implementazione attraverso l'azione statale delle idee neoliberistiche in Brasile, tanto che Liberati¹⁵ rileva:

L'ideologia neoliberista ha portato, di conseguenza, nella società brasiliana, ad una

11 E. M. DE SOUZA, *Pós-modernidade nos estudos organizacionais: equívocos, antagonismos e dilemas. Cadernos EBAPE.BR* [online]. 2012, v. 10, n. 2 [Acessado 4 junho 2021], pp. 270-283. em: <<https://doi.org/10.1590/S1679-39512012000200003>>. Epub 17 Jul 2012. ISSN 1679-3951. <https://doi.org/10.1590/S1679-39512012000200003>.

12 E. M. R. CASTRO, *Territórios em Transformação na Amazônia- saberes, rupturas e resistências*, NAEA, Belém, 2017, p. 26.

13 E. M. R. CASTRO, *op. cit.*, p. 26.

14 V. R. LOUREIRO, *Amazônia: estado, homem, natureza*, Cultural Brasil, Belém, 2014, 104.

15 W. D. LIBERATI, *Políticas públicas no Estado Constitucional*, Atlas, São Paulo, 2013, p. 105.

triste e lunga storia di dipendenza e subordinazione al capitale internazionale. Il risultato di ciò si riflette direttamente nell'esercizio dei diritti sociali per l'assenza di politiche pubbliche e si esprime nell'intensificarsi delle disuguaglianze sociali, nella deregolamentazione dei diritti fondamentali, in particolare del diritto al lavoro, e nell'aggravarsi della povertà, dell'esclusione e della violenza.

Roberto Santos¹⁶, già nel 1995, individuava una crisi derivante da numerose problematiche legate all'Amazzonia. Il defunto giurista ed economista brasiliano ha scritto:

cambiamenti troppo rapidi nel modo di vivere, nei valori e in tutti i diversi tipi di relazioni sociali, a partire dalla fine degli anni Sessanta, deprimono o cristallizzano i bassi standard di esistenza degli abitanti, degradando la natura e suscitando nel resto del paese e nel resto del mondo una fondata paura del disastro.

Ed è proprio questa preoccupazione che spiega la costante necessità di dibattere sulla tutela del lavoro in Amazzonia, in quanto è stata, ed è tuttora, oggetto di numerosi studi, alcuni riguardanti le attività lavorative in sé, altri relativi alle tipologie di lavoro e ai loro rapporti con l'ecosistema e le popolazioni tradizionali, altri ancora analizzano sociologicamente le trasformazioni che hanno portato il lavoro tradizionale a subire un forte pregiudizio a causa degli interventi conseguenti al processo di colonizzazione fino ai giorni nostri e agli effetti del lavoro tradizionale sull'ambiente.

Quando Santos¹⁷ indica le modalità e le condizioni del produttore primario in Amazzonia, affermando che (...) oltre ai tradizionali rapporti di produzione esistenti – come l'“aviamento”¹⁸ – se ne sono formati altri nel periodo recente, include nell'elenco i produttori diretti del settore primario, indios e non indios,

16 R. A. O. SANTOS, W. PAUL (org), *Amazônia Perante o Direito Problemas Ambientais e Trabalhista*, UFPA, Belém, 1995, p. 2 e 3.

17 R. A. DE O. SANTOS, *Relações de trabalho na Amazônia rural*, em *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, 1997, Campinas, SP, n. 9, p. 22-34. Acesso em 27 de maio de 2021 <https://hdl.handle.net/20.500.12178/114790>.

18 Secondo R. SANTOS, *O desenvolvimento da Amazônia e seus reflexos sobre as relações de trabalho: campesinato e conflito*, em *Revista do TRT da 8ª Região em homenagem a Roberto Araújo de Oliveira Santos*, Belém, 2012, n. 89, v. 45, p. 227-233, «(...) è un sistema creditizio informale, attraverso il quale un individuo, detto “aviados”, o un'impresa, chiamata “aviadora”, cede al produttore beni di consumo e alcuni pochi beni di produzione, a volte per poco denaro, in modo che il produttore utilizzi questi beni per tutto il periodo di semina o di attesa del raccolto (quando la produzione dipende dal periodo di semina). L'“aviador” registra, a debito del produttore, il valore delle quantità offerta e alla fine del raccolto riceve dal produttore il valore non in denaro ma in beni di produzione estrattiva o agricola. E come gli “aviadores” piccoli e medi acquistavano dal produttore, così anche gli “aviadores” medi e piccoli acquistavano dalle grandi imprese “aviadoras”, pagando i loro debiti con la produzione estrattiva e agricola. Infine, queste grandi aziende “aviadoras” portavano la produzione estrattiva e agricola sul mercato internazionale o nazionale, ricevendo beni di consumo e di produzione in cambio di un pagamento al tasso di cambio del giorno».

attribuendo loro le seguenti attività quando esercitano la condizione di produttori diretti: estrattore *aviado*, piccolo produttore agricolo, cercatore, salariato, e per gli indios, oltre a questi, si riferisce anche a coloro che si trovano in condizioni tribali nelle aziende agricole, collettive, etc., ed anche nelle condizioni di datori di lavoro. È interessante notare che tali attività non rientrano nei tratti tipici della definizione di rapporto di lavoro della legislazione brasiliana del CLT del 1943, ma, ciò non dimeno, una volta invocato in giudizio il riconoscimento di tale rapporto, spetterà al giudice del lavoro decidere, ai sensi dell'art. 5, XXXV, Cost., per il quale «la legge non può escludere l'intervento del potere giudiziario, né ledere o minacciare il relativo diritto».

Franco Filho¹⁹ afferma che sussistono elementi che rendono difficile la tutela del lavoro tradizionale amazzonico, soprattutto per contrastare l'attività nota come *aviamento*, ovvero: «le difficoltà di accesso, pochi ispettori, scarse risorse e la realtà amazzonica conosciuta da pochi e sconosciuta dai più che si presenta solo come una critica alla nostra realtà (...)». Lo stesso Autore rileva altresì come in circa vent'anni di attività i gruppi mobili del vecchio Ministero del Lavoro hanno liberato quasi cinquantamila persone, fatto che corrobora l'affermazione dell'importanza di attuare politiche pubbliche come garanzia di tutela del lavoro tradizionale in Amazzonia, e sottolinea inoltre l'importanza del ruolo delle società internazionali nell'attuazione delle norme dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), in particolare di quelle ratificate dal Brasile nella lotta contro il lavoro tradizionale in Amazzonia, in particolare l'«aviamento», come si evince dai contenuti dell'Agenda Nazionale per il Lavoro Dignitoso redatta nel maggio 2006.

Pertanto, l'azione preventiva statale si rivela efficace quando viene attuata, motivo per cui indicheremo due politiche pubbliche efficaci.

La prima politica pubblica sarebbe l'istruzione in quanto posta alla base dello sviluppo umano da molti punti di vista e per questo motivo costituisce anche un fondamento della protezione del lavoro. Sul piano della conoscenza, può consentire alla persona di evolversi garantendogli la qualificazione necessaria per lo svolgimento della prestazione lavorativa, mentre, dal punto di vista della tutela del lavoro, l'istruzione può garantire le conoscenze necessarie alla rivendicazione dell'esercizio dei propri diritti, indicando quindi il percorso da intraprendere per rendere effettivi quei diritti.

In questa stessa prospettiva, Meirelles²⁰ *apud* Morin, chiarisce che «l'educazione contribuisce all'autoformazione della persona in termini di condizione umana, di vita e di rafforzamento della cittadinanza». Sempre Meirelles²¹ *apud* Freire, afferma che nelle zone rurali:

19 G. DE SOUSA FRANCO FILHO, *Trabalho Decente na Pan-Amazônia: O caso do Aviamiento*, in *Revista Conceito Trabalhista, Sindical & Previdenciário*, 2021, Anno V, n. 53, p. 7-13.

20 W. MEIRELLES, *op. cit.*, p. 212.

21 W. MEIRELLES, *loc. ult. cit.*

«si sconsigliano modelli didattici organizzati in compartimenti stagni che servono solo a preparare l'ingresso nella fase successiva. Per quanto riguarda i loro studi e le loro esperienze nelle comunità: (...) al fine di garantire la scolarizzazione di base a tutti i bambini e giovani in età scolare, l'istruzione ricevuta deve costituire un processo formativo completo. Il suo obiettivo non può essere quello di preparare i giovani affinché possano superare l'esame accademico necessariamente selettivo, ma piuttosto di preparare gli studenti nel miglior modo possibile al tipo di vita che la maggior parte di loro condurrà nelle comunità rurali (...) non si tratta di fornire un'istruzione inferiore a quella attuale, ma diversa, in quanto il suo obiettivo è sviluppare le proprie conoscenze, qualifiche e valori che consentano allo studente di inserirsi nella sua comunità e contribuire al suo miglioramento permanente».

La seconda politica pubblica sarebbe quella del controllo che, secondo la Convenzione n. 81 dell'OIL, emanato in Brasile con il decreto n. 41721/19, si dovrebbe attuare ispezionando le condizioni di lavoro e la tutela dei lavoratori nell'esercizio dell'attività lavorativa, ma affinché ciò funzioni in modo efficiente sarebbe indispensabile che un numero sufficiente di ispettori sia in grado di consentirne l'efficace esercizio della funzione; il che non è quello che accade secondo il rapporto n. 25/2010 a causa della necessità di più ispettori del lavoro in Brasile. Un'analisi sul livello di violazione della normativa del lavoro svolta nell'ambito della cooperazione tecnica tra l'PIPEA e il SINAT rileva al punto 4.4 che il numero delle violazioni del lavoro diminuisce quanto maggiore è il numero degli ispettori tributari che intervengono e lo studio indica inoltre che a quella data (2010) in Brasile si registrava un deficit di 5250 ispettori del lavoro, mentre cresceva il numero di lavoratori e imprese. Vedremo dopo.

Negli ultimi vent'anni il numero degli ispettori del lavoro è rimasto pressoché costante, aggirandosi intorno ai tremila ispettori. Allo stesso tempo, secondo l'indagine campionaria nazionale sulle famiglie (Pnad/IBGE), il numero di lavoratori occupati in Brasile è passato da 52 milioni nel 1990 a 73,9 milioni nel 2009. Il numero di dipendenti con un contratto formale, il tradizionale ambito di ispezione del lavoro, è passato da 22,4 milioni a 34,4 milioni nello stesso periodo. Sussiste, quindi, una discrepanza tra la stagnazione del numero degli ispettori e l'ampliamento del loro oggetto (lavoratori occupati). Tale discrepanza diventa evidente se si tiene conto delle modalità tradizionali di svolgimento delle attività ispettive del lavoro: i) ispezioni individuali e isolate, casuali o a seguito di denunce, all'interno di un territorio determinato, e; ii) realizzazione esclusivamente sulla base di determinati parametri quantitativi (in base al modello della remunerazione variabile).

Dall'analisi che precede, risulta che l'attività ispettiva pubblica non è stata efficacemente utilizzata, stante l'offerta precaria del servizio rispetto al contingente di ispettori necessaria al suo effettivo svolgimento.

Così, una volta verificata l'insufficienza/mancanza delle suddette politiche pubbliche, a prescindere dai fattori che ne determinano l'inefficienza, rimane da considerare il ruolo nella tutela del lavoro amazzonico del potere giudiziario.

3. Controllo giudiziario delle politiche pubbliche di tutela del lavoro in Amazonia

La rilevanza della discussione ruota attorno ai limiti del controllo giudiziario delle politiche pubbliche. È solo l'applicazione della legge in linea con la Costituzione? O ci sarebbero effettivamente due posizioni dicotomiche, da un lato, la giudizializzazione della politica e, dall'altro, l'attivismo giudiziario?

Senza addentrarci, per il momento, nelle polemiche in materia, è di fondamentale importanza ricordare, secondo Grinover e Watanabe²², che il sistema costituzionale brasiliano affonda le sue radici nel sistema nordamericano, ma ciononostante in Brasile prima della Costituzione del 1988 i tribunali nazionali ritenevano di non interferire nel merito degli atti amministrativi²³, avendo la l. n. 4717/65, Legge di azione popolare, inaugurato questa possibilità, mentre dal 1801 il giudice Marshall negli Stati Uniti ha sancito questa possibilità di controllo di costituzionalità, affermando il primato della Costituzione che dovrebbe essere misurata in relazione alla legge, e questa interpretazione è stata applicata al famoso caso Madison *versus* Marbury.

È con la promulgazione della Costituzione del 1988, che, al suo art. 3, ha consacrato obiettivi fondamentali della Repubblica Federativa del Brasile, che, secondo Grinover e Watanabe²⁴, si impone allo Stato di rendere effettivo il raggiungimento degli obiettivi fondamentali. Nello stesso senso, Moreira Netto²⁵, il quale afferma che

il ruolo della Magistratura, collocata tra i poteri dello Stato, non avrebbe ragione di essere se non fosse per il miglioramento dell'efficacia delle garanzie dei Diritti Fondamentali, che è la vera base degli ordinamenti giuridici dei popoli civili.

In questo stesso modo di intendere Brum²⁶ *apud* Barzotto, afferma che: «(...) poiché nel Diritto moderno, esso (il Diritto) regola la propria produzione, deve considerarsi valida ogni norma prodotta secondo l'ordinamento», e quindi sostiene che la Magistratura possa esercitare il proprio controllo sulle politiche

22 A. P. GRINOVER, K. WATANABE, *O controle Jurisdiccional de Políticas Públicas*, Forense, 2013, p. 112.

23 RMS n. 15.959/MT, sesto Collegio, giudicato il 07.03.2006.

24 A. P. GRINOVER, K. WATANABE, *op. cit.*, p. 127.

25 D. F. MOREIRA NETO, *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado*, Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 1999, p. 104.

26 G. VALLE BRUM, *Uma Teoria para a Controle Judicial de política Pública*, *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2014, p. 87.

pubbliche per verificarne la compatibilità con gli obiettivi fondamentali previsti dal Testo Costituzionale, specialmente nei casi espressamente collegati a norme e principi fondamentali della *Lex Mater*, quali la garanzia della tutela del lavoro, diritto fondamentale, intrinsecamente connesso alla dignità della persona umana.

4. Conclusione

È evidente che ci sono gruppi sociali in competizione che operano in Amazzonia: grandi proprietari terrieri, piccoli agricoltori, coloni senza proprietà terriera, fittavoli, lavoratori rurali, estrattori (es. raccoglitori di gomma, raccoglitori di açaí), cercatori, indios, società minerarie, industriali e commerciali, del settore energetico, i quali, al di là del modello tradizionalmente noto come “*aviamento*”, che costituisce la massima espressione dello sfruttamento del lavoro in Amazzonia, finiscono per generare per la maggior parte, una violenza strutturale amplificata dalla precarietà della presenza dello Stato, dell’attuazione di efficaci politiche pubbliche di tutela del lavoro, del controllo ispettivo di tali rapporti, e di un’efficace azione della magistratura, non solo in senso punitivo, ma soprattutto esercitando il proprio ruolo nell’attuazione della principi enunciati nel testo costituzionale.

Notizie sugli Autori

ILARIO ALVINO, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Roma "La Sapienza", Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

ANDRÉ ARAÚJO MOLINA, Professore Ordinario della Scuola Superiore della Magistratura del Lavoro del Mato Grosso, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

ALEXANDRE DE SOUZA AGRA BELMONTE, Professore dell'Istituto Superiore di Educazione di Brasília, Presidente Onorario dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

GEORGENOR DE SOUZA FRANCO FILHO, Professore Ordinario di Diritto Internazionale e Diritto del Lavoro nell'Università dell'Amazzonia, Presidente Onorario dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

LUCIANO DOREA MARTINEZ CARREIRO, Professore Associato di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale nell'Università Federale di Bahia, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

MAURIZIO FALSONE, Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università Ca' Foscari di Venezia, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

GABRIELE FRANZA, Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Macerata, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

YONE FREDIANI, già Professoressa Ordinaria di Diritto del Lavoro della Fundação Armando Álvares Penteado, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, Professore Associato di Diritto del Lavoro e Sicurezza Sociale nell'Università di San Paolo, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG, Professore Diritto e Processo del Lavoro nell'Università dello Stato di Bahia, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

LUCIO IMBERTI, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Bergamo, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

ALESSANDRA INGRAO, Professoressa Aggregata di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Macerata, Socia dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

FABIOLA LAMBERTI, Professoressa Aggregata di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Roma Tre, Socia dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

ALBERTO LEVI, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

GIUSEPPE LUDOVICO, Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

FRANCESCA MARINELLI, Professoressa Associata di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano, Socia dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

THEREZA CHRISTINA NAHAS, Professoressa Collaboratrice dell'Universitat Oberta de Catalunya, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

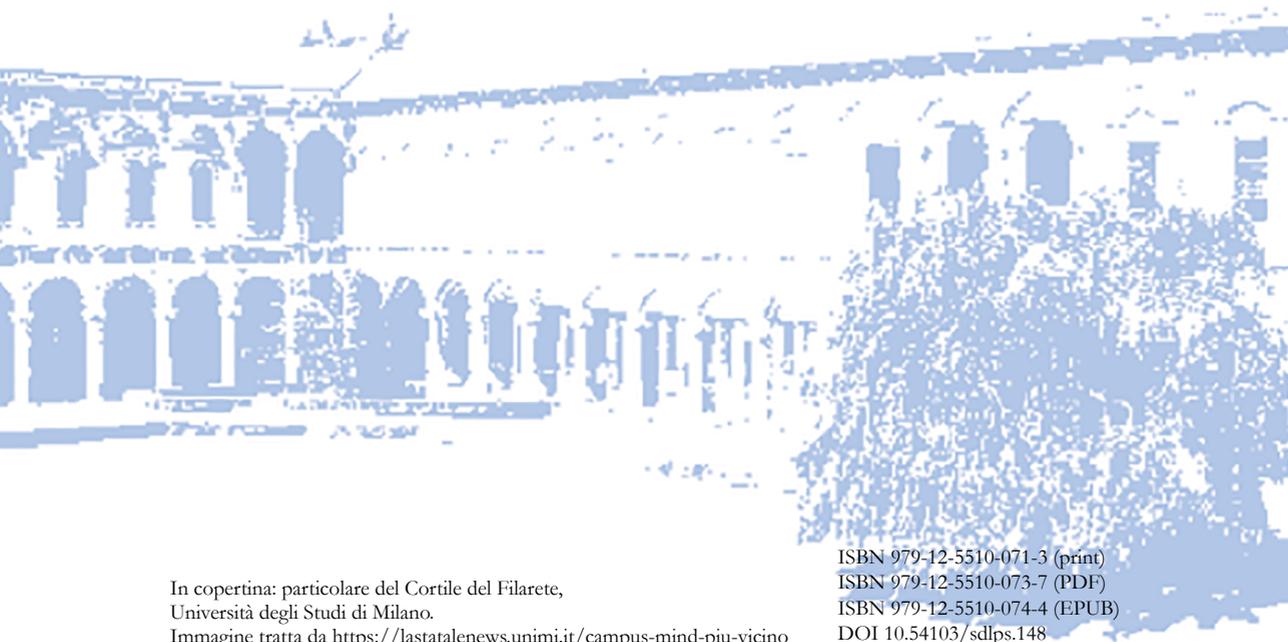
GIUSEPPE PELLACANI, Professore Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

MICHELE SQUEGLIA, Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale

CAROLINA TUPINAMBÀ, Professoressa Aggregata di Processo del Lavoro e Pratica Lavorista nell'Università Statale di Rio de Janeiro, Membro dell'Accademia Brasiliana di Diritto del Lavoro

I contratti di lavoro flessibile costituiscono un elemento comune ai diversi ordinamenti giuridici e rispondono all'esigenza di adeguare i processi produttivi alle fluttuazioni dei mercati. Alle tradizionali tipologie di contratti di lavoro flessibile si sono aggiunte di recente altre forme di flessibilità che derivano dalle tecnologie digitali e da modelli organizzativi d'impresa che sfuggono alle tradizionali coordinate spazio-temporali della prestazione.

Il volume intende offrire un'approfondita disamina, attraverso contributi di eminenti studiosi di entrambi i Paesi, delle discipline dei contratti di lavoro flessibile vigenti in Italia e in Brasile che se, da un lato, si caratterizzano per numerosi elementi di divergenza, dall'altro, evidenziano importanti punti di convergenza.



In copertina: particolare del Cortile del Filarete,
Università degli Studi di Milano.
Immagine tratta da <https://lastatalenews.unimi.it/campus-mind-piu-vicino>

ISBN 979-12-5510-071-3 (print)
ISBN 979-12-5510-073-7 (PDF)
ISBN 979-12-5510-074-4 (EPUB)
DOI 10.54103/sdlps.148