

## A chi giova la flessibilità del rapporto di lavoro?

**Autore:** Viceconte Massimo

**In:** Diritto del lavoro

### Nozione di flessibilità

Di flessibilità del lavoro si può parlare in più sensi: ad es. flessibilità dell'orario di lavoro, attraverso la distribuzione plurisettimanale dello stesso, attraverso l'utilizzo dello straordinario, attraverso le banche delle ore, etc. ma anche di flessibilità del "tipo" del contratto di lavoro (contratto a tempo determinato, lavoro a progetto etc). Si può parlare anche di nuove flessibilità, quale, così la vogliamo chiamare, la flessibilità del soggetto, che viene intesa come sostituzione dei vecchi concetti di mestiere con il nuovo concetto di <occupabilità, un termine meraviglioso-tratto da employability, la capacità di esser utili a sé e agli altri nel mercato del lavoro> (v. pag. 54 de "Il racconto del lavoro nel lavoro che cambia" atti del convegno LUISS del 27 gennaio 2011); così si può parlare di una regolamentazione flessibile del lavoro applicabile a più situazioni, v. M. Sacconi ne "Il sole 24 ore" del 19 maggio 2011 "Lavoro più moderno aziende più competitive": "I nuovi paradigmi della crescita e della occupazione, indotti dal cambiamento epocale, rendono ancor più urgente oggi l'esigenza di accelerare il percorso riformatore. L'Italia ha bisogno di impiegare compiutamente il proprio capitale umano... di alzare la produttività e la remunerazione del lavoro, di incoraggiare l'innovazione tecnologica e organizzativa dell'impresa. Il definitivo abbandono del pregiudizio ideologico sul lavoro coincide inesorabilmente con l'ancor più rapido passaggio ad un regime regolatorio semplice, flessibile, adatto alle diverse condizioni di luogo, di impresa, di lavoro, dalle aree depresse, ai settori saturi, alle aziende in crisi, ai rapporti precari fino ai loro opposti".

Ma noi ci limiteremo a trattare in questa sede della sola "flessibilità tipologica" esaminandola in tutti i suoi aspetti

### La prima fase della ricostruzione del paese: le origini del fenomeno

Negli ultimi quarant'anni, da quando il paese, con la ripresa economica e il c.d. boom economico nel secondo dopoguerra ( da metà degli anni '50 agli anni '60) è decollato industrialmente, trasferendo masse di lavoratori dall'agricoltura tradizionale all'industria manifatturiera, è stato centrale il tema della flessibilità del lavoro.

L'aumento dei redditi e quindi dei consumi fungevano da stimolo alle imprese per un aumento della produzione.

Si trattava di considerare se tale aumento della produzione sarebbe stato stabile o frutto di mera contingenza. Sotto questo profilo il contratto a tempo determinato (lo strumento principe di tale fenomeno espansivo) consentiva ,per così dire, di non fare un passo più lungo della gamba.

Quando poi la produzione, appunto con il c.d. boom economico, prese un abbrivo consistente, si rese necessario disciplinare il fenomeno.

### **La vicenda complessiva delle flessibilità: excursus storico**

La vicenda della flessibilità del lavoro rispecchia le diverse fasi di sviluppo nella storia degli ultimi decenni del nostro paese.

Basterebbe, a parer nostro, seguire le vicende dei contratti flessibili per avere sotto gli occhi le vicende politiche ed economiche dell'Italia.

Si potrebbe tracciare una curva (ascendente o discendente a seconda da che prospettiva la si vuol guardare) per seguire le trasformazioni del nostro mercato (tout court) e l'avvicinarsi di formazioni

governative connotate da differenti valori.

Alla base della curva c'è senz'altro la prima legislazione del dopoguerra (liberista: in un mercato in espansione post-bellica), al vertice della curva, gli anni '60-'70, subentra una legislazione vincolistica (nella prospettiva delle grandi ristrutturazioni degli anni '80 e '90 indotte anche dalle trasformazioni tecnologiche e organizzative), e quindi la discesa verso la nuova liberalizzazione culminata con la Legge 28 febbraio 1987 n. 56, Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro, perpetuata successivamente col Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (la ricezione della direttiva europea 1999/70/CE) che si presentò sub specie di repressione dell'abuso ma che in realtà confermò le posizioni liberiste raggiunte nel nostro paese con ampio uso del contratto a termine<sup>1</sup>.

Di fatto la flessibilità si affermava viepiù (il che conferma che la realtà economica precede sempre il diritto) con l'uso massiccio di uno strumento non codificato (salvo il richiamo di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.), quello della collaborazione coordinata e continuativa (rapporto di lavoro autonomo, c.d. parasubordinato) di cui le aziende si servivano per un uso spregiudicato della flessibilità.

Si era nel frattempo affermato un nuovo potente strumento giuridico di flessibilità introdotto dall'art. 61 Decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276: il c.d. lavoro a progetto che, se contenuto nel suo giusto alveo, non poteva non avere una sua importante utilità. Ma, anche in questo caso introdotto sub specie di strumento repressivo dell'abuso dei contratti di collaborazione su visti, impiegati per eludere le tutele del lavoro subordinato, il suo uso distorto in qualche modo servì alla legittimazione dell'elusione, trovando tale istituto fondamento nella presenza di un requisito incerto e vago quale quello riconducibile a un progetto specifico (o programma di lavoro o fasi di esso) la cui individuazione era, in pratica, lasciata - in definitiva - alla valutazione del datore di lavoro.

## **L'approccio e il metodo**

Ci piace affrontare il problema con gli strumenti messi a disposizione dalla c.d. “teoria degli interessi”, il cui principale rappresentante fu, come noto Philipp Heck. Come si ricorderà “la giurisprudenza degli interessi considera il diritto... quale tutela di interessi. Ciò vuol dire che i comandi legislativi non sono soltanto destinati a delimitare interessi, ma sono essi stessi prodotto di interessi... Le leggi sono le risultanti degli interessi di carattere materiale, nazionale, religioso ed etico, che in ogni comunità giuridica si affrontano e lottano per essere riconosciuti.” E ancora ritiene scopo finale della giurisprudenza “l’appagamento dei bisogni della vita, dei desideri e delle tendenze appetitive esistenti nella comunità giuridica, sia materiali che ideali.” Tale teoria attribuisce il nome di “interessi” a questi desideri e tendenze appetitive (Vedi Kurt Larenz Storia del metodo nella Scienza giuridica, Giuffrè 1966, pagg. 67 e 68).

Ora questi interessi a volte si contrappongono, per cui soddisfarne uno può significare sacrificarne un altro. Ma a volte non si presentano in totale contrapposizione. Può succedere che vi sia convergenza di interessi per cui la norma può soddisfare, per certi aspetti, un interesse e per altri aspetti un diverso interesse, non totalmente confliggente col primo. Per cui riportandoci al tema introdotto dobbiamo considerare che favorire la flessibilità può da un lato soddisfare l’esigenza del datore di lavoro di non accrescere definitivamente l’organico aziendale e, contemporaneamente, di non perdere le opportunità di mercato che si presentano come eventi straordinari e, dall’altro lato, può giovare al lavoratore che, in assenza di tale strumento -il contratto a tempo determinato- perderebbe l’opportunità di lavorare per un periodo sia pure limitato, acquisire esperienza, dimostrare capacità in vista di un potenziale futuro rapporto di lavoro stabile.

Ad un livello più alto vengono soddisfatti i principi costituzionali della libertà di iniziativa economica di cui all’art.41 Cost. e il diritto al lavoro di cui all’art.4 Cost.

Occorre tuttavia affrontare il problema connesso della distorsione di questi principi attraverso l’utilizzo fraudolento di tale strumento e di tutti gli altri strumenti di flessibilità che l’ordinamento giuridico mette a disposizione degli operatori.

## **Cattiva e buona occupazione**

La nuova grande crisi ancora in atto impone una volta di più di ripensare la flessibilità, e a tal fine riteniamo opportuno analizzarne brevemente lo stato dell'arte.

È necessario premettere che non è l'istituto giuridico in sé e per sé che è buono o cattivo, ma è il modo con cui si usa che ne determina la validità o meno; ne consegue che la flessibilità non necessita di nuovi strumenti giuridici ma, più semplicemente, di nuove e più virtuose regole di condotta.

I faldoni delle cancellerie giudiziarie abbondano di azioni di lavoratori che rivendicano la natura "subordinata" o "indeterminata" del loro rapporto di lavoro.

Allo stato del nostro ordinamento la flessibilità "cattiva", o precarietà del rapporto di lavoro, di fatto viene "attuata" attraverso un utilizzo distorto di alcuni contratti tipici: il contratto a tempo determinato, il lavoro a progetto, l'associazione in partecipazione (art. 2549 c.c.), il lavoro in cooperativa, il lavoro autonomo con partita IVA (art. 2222 c.c.).

Invero, dovrebbe piuttosto dirsi che la precarietà viene attuata attraverso comportamenti non corrispondenti alla forma giuridica tipizzata, in quanto in effetti lo scopo "ufficiale" (causa del negozio giuridico) di tali contratti è del tutto legittimo. Così lo scopo dell'associazione in partecipazione è quello di incentivare il collaboratore autonomo attraverso la partecipazione agli utili, lo scopo del lavoro a progetto è quello di realizzare il progetto specifico che il datore vuole perseguire, lo scopo del lavoro in cooperativa è quello propriamente mutualistico, lo scopo del contratto a termine è quello di eseguire la prestazione lavorativa per le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo per le quali è stato stipulato.

Deve dirsi come viene accertato dalla magistratura l'abuso.

Nel caso del lavoro a progetto si accerta che nessun progetto compare nel relativo contratto o, quanto meno, compare uno "pseudo-progetto" (che può essere del tutto generico o coincidere colla ordinaria attività del datore di lavoro); nel caso del contratto a termine manca la temporaneità della prestazione anche se la "migliore" dottrina<sup>2</sup> afferma l'esistenza di una "temporaneità non temporanea". Nei casi dell'associazione in partecipazione, del socio lavoratore in cooperativa o nel lavoro autonomo con partita Iva (ad es. i c.d. cottimisti )<sup>3</sup>, è la presenza degli indici di subordinazione che tradisce l'abuso. Lo "spezzettamento" artificioso del lavoro, coordinato dall'originario appaltatore, fa fortemente dubitare sulla effettiva natura del rapporto.

Ma, invero, anche nei primi due casi, come già detto, concorre e a volte è risolutivo l'accertamento delle modalità di svolgimento del lavoro che contiene in toto o prevalentemente i requisiti della subordinazione.

Tra tali indici il principale, per non dire quello unico essenziale e di per sé sufficiente, è l'assoggettamento al potere direttivo del datore di lavoro.

V'è anche un importante filone giurisprudenziale che parla anche di "principio di effettività" del diritto del lavoro.

Ma dobbiamo a questo punto notare che non è così semplice e lineare il discorso della subordinazione con riferimento alla distinzione con le tipologie di rapporto di lavoro autonomo confinanti. E ciò a seconda che si aderisca a quella corrente dottrinale che utilizza il c.d. metodo sussuntivo o, piuttosto a quella che utilizza il metodo tipologico<sup>4</sup>.

Possiamo esemplificare tali difficoltà attraverso il confronto tra lo schema del rapporto di lavoro subordinato e lo schema dell'associazione in partecipazione.

Tale ultimo contratto prevede (art. 2549 c.c.) che l'associato dia un "determinato apporto". Ammesso dalla dottrina che tale "apporto" possa consistere in una prestazione lavorativa, si pone il problema irrisolto di "quale possa essere tale apporto-prestazione". Nella casistica giudiziaria troviamo diverse fattispecie (ad es. commessa o gerente di negozio). Ma esaminiamo i suoi elementi tipici: la partecipazione dell'associato riguarda "[gli utili dell]l'impresa" (art. 2549 c.c.), quindi l'impresa nella sua totalità; ed inoltre viene stabilito che "la gestione dell'impresa ... spetta all'associante" (art. 2552 c.c.) che quindi, deduciamo, darà le necessarie direttive a tutto campo mentre la mancata manifestazione del potere direttivo e disciplinare nel corso del rapporto non può considerarsi di per sé come prova dell'autonomia del lavoratore (v., ad es., Cass. 21/1/2009, n. 1536).

Qui vediamo l'inadeguatezza financo del metodo sussuntivo per delimitare i confini dei due istituti: la semplice subordinazione del rapporto di lavoro subordinato, non è sufficiente a distinguere nettamente le due fattispecie.

Occorre quindi rifarsi, sia pure in via sussidiaria, ad altri elementi.

Da un lato, ad es., la fissazione di un orario di lavoro, le modalità dei pagamenti, l'utilizzo dei mezzi aziendali, etc. ma soprattutto l'assunzione di un rischio d'impresa, assente nel lavoratore subordinato, presente, quanto meno, sub specie - non di partecipazione alle perdite, che può non esservi (artt. 2553 e 2554 c.c.) - ma di assenza di utili legati all'andamento dell'impresa<sup>5</sup>.

Si comprenderà quindi la difficoltà del magistrato che deve qualificare il rapporto.

L'accorto legislatore, conscio della incertezza, voluta o non voluta della materia, ha introdotto a monte uno strumento che dovrebbe prevenire il contenzioso: la certificazione, prevista dall'art 75 del Decreto legislativo n. 276/2003, secondo la procedura stabilita dal titolo VIII del predetto D.Lgs., ossia l'accertamento, attraverso l'esame delle clausole presenti nel contratto della natura di quel rapporto che si vuole stipulare.

Le parti del contratto di lavoro presentano una istanza scritta comune. La commissione emette l'atto di certificazione. Dopo di che si pone ancora il problema dei comportamenti successivi. Contro la certificazione, per erronea qualificazione, oppure per la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione sono previsti appositi rimedi.

L'ancora più accorto legislatore ha introdotto strumenti di conciliazione preventiva e arbitrato. Più precisamente la Legge 4 novembre 2010, n. 183 (G.U. 9-11-2010, n. 262 - S.O. n.243), c.d. "Collegato lavoro", all' art. 30 prevede un ampio strumentario di arbitrati e conciliazioni:

- nel corso o al termine del tentativo di conciliazione (previsto dall'art. 410 c.p.c. novellato);
  
- secondo la previsione della contrattazione collettiva; un arbitrato autonomo davanti al collegio di conciliazione e arbitrato irrituale (art. 412 quater c.p.c. novellato);
  
- davanti alle camere arbitrali, emanazione degli organi di certificazione.



La clausola compromissoria, poi, a pena di nullità, deve essere a sua volta certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 dagli organi di certificazione di cui all'articolo 76 del medesimo Decreto legislativo, e successive modificazioni. Le commissioni di certificazione accertano la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le controversie che dovessero insorgere in relazione al rapporto di lavoro (art. 31, comma 10). La clausola compromissoria non può riguardare controversie relative alla sola risoluzione del contratto di lavoro.

Sembrerebbe un vero e proprio "blindamento". Tutte tali procedure infatti avrebbero uno scopo fortemente deflativo del contenzioso.

Si dimentica però l'ineguaglianza delle parti.

Da un lato v'è un soggetto che ha bisogno di lavoro (bisogno più o meno forte a secondo delle condizioni del mercato ) e, dall'altro chi, pur avendo bisogno della prestazione del lavoratore ha davanti a sé un'offerta molto ampia di manodopera.

C'è quindi un possibile altro scenario: due soggetti, consapevoli, che si accordano per fare figurare un certo tipo di contratto con l'intenzione di porne in essere un altro. Ci troveremmo nella fattispecie della simulazione di un contratto con la dissimulazione di un altro.

Si potrebbe fare ricorso anche alla teoria del contratto in frode alla legge, quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (art. 1344 c.c.)<sup>6</sup>, o alla teoria dei motivi (nel caso illeciti, art. 1345 c.c.): se invero la causa è quella tipica, il datore verrà motivato da altra causa, nel senso che utilizzerà sub specie di lavoratore autonomo un lavoratore subordinato con lo scopo (motivo) di contenere i costi e non appesantire un organico che se sovradimensionato potrebbe mettere in difficoltà l'intera impresa.

Gli strumenti sanzionatori contenuti nell'ordinamento sono chiaramente individuati: per quanto riguarda il contratto a termine nella nullità parziale con conseguente conversione, secondo la prevalente giurisprudenza, del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato<sup>7</sup>; per quanto riguarda il lavoro a progetto entra in gioco la presunzione di cui all'art. 69 D.Lgs. n. 279/2003, secondo la quale i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa senza l'individuazione di uno specifico progetto etc., ai sensi dell'art. 61, comma 1, "sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto" (salvo stabilire la natura di tal presunzione, se assoluta o relativa).

Per quanto riguarda gli altri contratti flessibili, la carenza dei requisiti propri del contratto nell'associazione in partecipazione e nel lavoro cooperativo, e la contestuale presenza degli elementi tipici della subordinazione, comporta la nullità degli stessi e, per il principio di conservazione dei negozi giuridici, l'individuazione nel rapporto di un rapporto diverso da quello formalizzato, con conseguente applicazione delle norme imperative.

Ma, domandiamoci, infine, per qual motivo la flessibilità "cattiva" del lavoro ha preso tanto piede. La flessibilità in sé e per sé, come su abbiamo già evidenziato, non può dirsi cattiva ma anzi può costituire un'opportunità per entrambe le parti del rapporto. Ma a prescindere da comportamenti tenuti da soggetti intrinsecamente portati a violare la legge (che a parer nostro sono marginali), possiamo trovare la causa di tale fenomeno, non nelle alte retribuzioni che nel nostro paese sono tra le più basse d'Europa, ma certamente nell'eccessivo carico fiscale (inteso come carico tributario e anche previdenziale: c.d. "cuneo fiscale") del rapporto di lavoro subordinato rispetto alle altre forme di contratti su indicati.

## **Verso la buona occupazione ?**

A questo punto non possiamo non citare le importanti modifiche introdotte nel sistema dalla Riforma del mercato del lavoro attuata dal governo Monti, riforma travagliata e già contestata.

L'autorevole quotidiano Il Sole 24 Ore, commenta "Un dedalo di regole di difficile gestione" pag. 19 dell'edizione del 28 giugno 2012.

La riforma si è articolata in due provvedimenti legislativi: il primo, il più importante e completo, Legge n. 92/ 2012, e il secondo, Legge n. 134/2012, articoli 26-bis e 48-bis, di conversione del Decreto legge n. 83/2012, semplicemente correttiva di alcuni limitati aspetti.

In primis ricordiamo che all'art. 1 è contenuta, tra le disposizioni generali, quella che contiene l'obiettivo di "(ridistribuire) in modo più equo le tutele degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell'ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali".

Circa il contratto a tempo determinato, la novità più importante è rappresentata dalla introduzione di un contratto a termine e di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 della durata di un anno "acausale", ossia senza specificare alcuna delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che sono previste dal Decreto legislativo n. 368/2001 per giustificare la temporaneità della durata. Ci pare questo uno strumento di forte flessibilità che se, da un lato, può indurre il datore di lavoro ad assunzioni, dall'altro tiene il lavoratore in uno stato di prolungata incertezza.

Per quanto riguarda il contratto di collaborazione coordinata e continuativa a progetto notiamo che dalla nozione viene espunto il c.d. "programma di lavoro o fase di esso" che poteva giustificare, secondo il legislatore precedente, la stipulazione di un contratto a progetto. Ciò ci pare positivo considerata la "fumosità" di tale concetto. Inoltre, accogliendo orientamenti giurisprudenziali, la riforma dispone che i progetti posti a fondamento del contratto non possono consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente. Infine è stata introdotta una presunzione secondo la quale sono considerati rapporti di lavoro subordinato sin dalla data di costituzione del rapporto, nel caso in cui l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell'impresa committente, fatte salve le prestazioni di elevata professionalità. In definitiva per quanto riguarda questo istituto ci sembra che si sia fatta più chiarezza rispetto alla precedente normativa.

Altro importante aspetto trattato dalla riforma riguarda i titolari di partita Iva.

La riforma prevede che le prestazioni lavorative rese da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto sono considerate, salvo che sia fornita prova contraria da parte del committente, rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, qualora ricorrano almeno due dei seguenti presupposti:

a) che la collaborazione con il medesimo committente abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi;

b) che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi;

c) che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente.

Tale presunzione non opera qualora la prestazione lavorativa presenti i seguenti requisiti:

a) sia connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività;

b) sia svolta da soggetto titolare di un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 1, comma 3, della Legge 2 agosto 1990, n. 233.

È questa norma generale applicabile a varie fattispecie che necessita a parer nostro di maggiori chiarimenti, se ad esempio riguarda lavoratori artigiani (tra cui i c.d. cottimisti).

Infine la riforma interviene sulla associazione in partecipazione. All'articolo 2549 del codice civile aggiunge un nuovo comma che pone un limite numerico a tali contratti: “qualora l'apporto dell'associato consista anche in una prestazione di lavoro, il numero degli associati impegnati in una medesima attività non può essere superiore a tre, indipendentemente dal numero degli associanti, con l'unica eccezione nel caso in cui gli associati siano legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo. In caso di violazione del divieto di cui al presente comma, il rapporto con tutti gli associati il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato.”. Dispone inoltre che i rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro instaurati o attuati senza che vi sia stata un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 del codice civile, si presumono, salva prova contraria, rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Non si chiarisce se applicabile nel caso in cui manchino del tutto gli utili. La predetta presunzione si applica, altresì, qualora l'apporto di lavoro dell'associato non presenti i requisiti di cui all'articolo 69-bis, comma 2, lettera a), del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, introdotto dal comma 26 dell'articolo 1 (ossia che la collaborazione-associazione - con il medesimo committente-associante - abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi). Dalla norma sono esclusi i contratti già certificati.

## **Considerazioni**

In questo breve saggio ci siamo proposti di esaminare il problema della flessibilità sotto il profilo della certezza dei confini fra flessibilità buona e flessibilità cattiva e non sotto altri punti di vista altrettanto importanti quali quello di migliorare le condizioni di lavoro del lavoratore o dell'impatto sull'aumento della occupazione conseguente alla maggior facilità o convenienza di assunzione da parte del datore di lavoro.

Ebbene, ci pare di dovere dire che nonostante lo sforzo del legislatore realizzato attraverso lo strumento

delle presunzioni semplici e/o assolute e l'introduzione di limiti numerici e vincoli di varia natura per le condizioni di assunzioni, probabilmente, tali istituti continueranno ad essere elusi nello stesso modo con cui venivano elusi nel passato in quanto in fondo il problema della flessibilità buona o cattiva, come detto, non è un problema che attiene alla natura dell'istituto, ma è un problema che discende dal modo come questo istituto viene utilizzato in forza del principio di effettività che è fondamentale nell'ordinamento del lavoro e che porta a dare maggior importanza ai comportamenti delle parti piuttosto che al nomen juris dato al contratto e alle clausole formalmente inserite in esse, pur in presenza di certificazione.

Si prenda ad esempio il tema delle c.d. partite Iva: vengono introdotte due presunzioni, una assoluta che esclude la collaborazione coordinata e continuativa per alcuni soggetti qualificati, e l'altra relativa nella ricorrenza di determinati requisiti (ad es. lettera c), comma 26, art. 1) che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente. Soprattutto in quest'ultimo caso il confine tra il mero coordinamento dell'attività del prestatore il e il suo inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro apparirà spesso labile.

E allora ..... se i confini saranno più certi .... lasciamo all'operatore e soprattutto alla Magistratura ...l'ardua sentenza.

1 È chiaro che le varie fasi succedutesi non sono nettamente staccate le une delle altre ma si accavallano con sfumature, così come avviene, mi si perdoni il paragone, nelle fasi storiche della grande storia, dove le epoche si intrecciano l'una coll'altra e l'una va assottigliandosi e restringendosi e la subentrante si accresce gradatamente.

2 Nannipieri, La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale, in Riv. it. dir. lav.,

2006, 327.

3 Il ccnl di settore prevede: «È altresì vietato il ricorso a prestazioni di lavoratori autonomi, per l'esecuzione nel cantiere di lavorazioni edili ed affini, qualora i lavoratori medesimi siano organizzati in gruppi costituiti al fine di eludere le norme sul lavoro subordinato oppure sul divieto di interposizione nel lavoro a cottimo ovvero di intermediazione nelle prestazioni di lavoro.».

4 Sul punto vedi Biagi, Istituzioni di diritto del lavoro, Milano, 2001, 82 e ss.: «In questa prospettiva l'opera di qualificazione viene realizzata non mediante il classico sillogismo - proprio del c.d. metodo sussuntivo, che impone per l'imputazione di determinati effetti giuridici una perfetta identità tra fattispecie concreta e tipo legale del lavoro subordinato - ma più semplicemente mediante un giudizio di non contraddizione o sufficiente conformità rispetto al modello sociale prevalente di lavoratore subordinato, a cui il legislatore si è ispirato per elaborare sia la nozione di lavoro subordinato sia la relativa disciplina tipica. La dottrina parla, in questi casi, di metodo tipologico..... Svalutato il momento della interpretazione, la qualificazione del contratto viene dunque operata con riferimento alle effettive modalità di svolgimento della prestazione. Non sempre tuttavia, le operazioni giurisprudenziali di qualificazione dei rapporti di lavoro possono essere ricondotte al metodo tipologico. Invero, il più delle volte il ricorso a indici sussidiari e criteri indiziari ha valore puramente strumentale - su un piano essenzialmente probatorio - alla ricerca della sussistenza del vincolo di subordinazione che viene considerato alla stregua dell'unico elemento decisivo ai fini della qualificazione della fattispecie concreta. Al di là delle apparenze, e di massime tralaticie che possono ingenerare equivoci circa l'esatta individuazione del metodo di qualificazione prescelto dal giudice, nella maggior parte dei casi la nostra giurisprudenza opera infatti secondo il classico metodo sussuntivo, e cioè sforzandosi di realizzare un giudizio di identità o piena conformità del caso concreto non al tipo sociale del lavoro dipendente, ma al modello astratto tipizzato dal legislatore e cioè al tipo legale dell'art. 2094 cod. civ. È proprio in questo che il metodo tipologico differisce dal metodo sussuntivo classico. Anche chi cerca di realizzare un giudizio di piena identità tra fattispecie astratta e fattispecie concreta si trova costretto, nei casi dubbi e

di confine tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, a ricorrere a elementi sussidiari e indiziari. Tuttavia, in questo caso, la valutazione di questi elementi non è mai fine a sé stessa, e cioè funzionale a un giudizio di mera prevalenza degli elementi del lavoro autonomo rispetto a quelli del lavoro dipendente o viceversa, ma opera su un piano diverso, in quanto diretto a ricostruire sul versante probatorio la sussistenza o meno dell'unico elemento decisivo che è poi quello della subordinazione. Il metodo sussuntivo, in altri termini, non si limita a una mera operazione di qualificazione di una fattispecie concreta, ma presuppone una attenta opera di interpretazione della fattispecie contrattuale volta a ricostruire le premesse del sillogismo giuridico. Tipico esempio di questo modo di procedere è la seguente massima giurisprudenziale: "L'elemento decisivo, ai fini della distinzione del rapporto di lavoro subordinato da quello autonomo, è costituito dalla subordinazione e cioè da quel particolare vincolo di natura personale che comporta l'assoggettamento del prestatore di lavoro al potere direttivo del datore di lavoro con conseguente limitazione della sua libertà, mentre altri elementi-quali la collaborazione, l'assenza di rischio economico, la natura dell'oggetto della prestazione, la continuità di questa, la forma della retribuzione e l'osservanza di un orario - possono avere una portata soltanto sussidiaria e non già decisiva ai fini della distinzione suddetta".».

5 Tra le tante Cass., Sez. Lav., 26 gennaio 2010, n 1584, in Rep. Giur. lav., Banca dati: "In tema di distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili dell'impresa, la riconducibilità del rapporto all'uno o all'altro degli schemi predetti esige un'indagine del giudice di merito volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che, mentre il primo implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa, il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive e istruzioni al cointeressato, con assoggettamento al potere gerarchico e disciplinare della persona o dell'organo che assume le scelte di fondo dell'organizzazione dell'azienda."; Cass., Sez. Lav., 27 gennaio 2011, n. 1954, in Guida al lav., 2011, 16: "Non costituiscono elementi caratterizzanti del contratto, nemmeno la partecipazione alle perdite - in quanto l'art. 2554 c.c. comma 1, espressamente prevede una forma particolare di cointeressenza nella quale vi è la possibilità che le parti escludano l'associato dalla partecipazione alle perdite e l'art. 2553 c.c., consente alle parti di



convenire in misura diversa la partecipazione dell'associato agli utili dalla partecipazione alle perdite, senza peraltro affermare la necessità di una partecipazione alle perdite - né la circostanza che la partecipazione possa essere commisurata al ricavo dell'impresa anziché agli utili netti, in quanto l'art. 2553 c.c. consente alle parti di determinare la quantità della partecipazione dell'associato agli utili.”.

6 Ricordiamo in merito che l’art. 2, comma2, Legge 18 aprile 1962, n. 230, prevedeva esplicitamente che “il contratto si considera egualmente a tempo indeterminato ..... in ogni caso, quando si tratti di assunzioni successive a termine intese a eludere le disposizioni della presente legge.”.

7 Cass., Sez. lav., 21 maggio 2008, n. 12985 Pres. Mattone - Est. Nobile - Poste Italiane c. Sa. Or., in Mass. giur. lav., 2008, 8/9, 638:

Contratto di lavoro a tempo determinato - Ingiustificatezza del primo isolato contratto - Nullità del termine - Effetto legale tacito di conservazione del contratto a tempo indeterminato - Sussistenza.

“L'ingiustificatezza del termine apposto al primo isolato contratto di lavoro tra le parti determina la nullità del termine medesimo, e l'effetto legale di conservazione del contratto a tempo indeterminato pur nel silenzio della legge in proposito.”.

<https://www.diritto.it/a-chi-giova-la-flessibilita-del-rapporto-di-lavoro/>