

ANNO LXXVIII

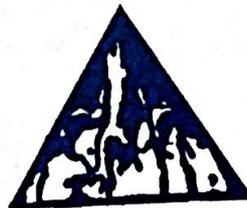
MAGGIO - AGOSTO 2004

IL DIRITTO DELLAVORO

Scritti in memoria
di

SALVATORE HERNANDEZ

M

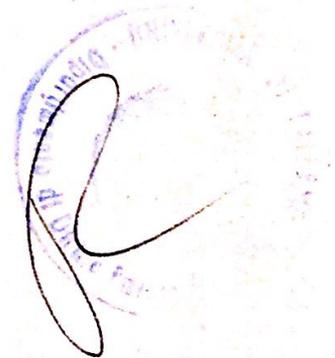


ROMA

FONDAZIONE DIRITTO DEL LAVORO

L. A. MIGLIORANZI

MMIV



LA DEROGABILITÀ ASSISTITA NEL D.LGS. N. 276/2003

ALESSANDRO BELLAVISTA

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. “Derogabilità assistita” e d.lgs. n. 276. - 3. La “derogabilità assistita” come modello generale. - 4. La “derogabilità assistita” nel lavoro a progetto.

i. Premessa.

Tra i primi commentatori dei d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 è sorto il dubbio se il legislatore delegato abbia introdotto, nel sistema giuslavoristico italiano, il modello della cosiddetta “derogabilità assistita”, o della “volontà assistita”, o dell’autonomia individuale assistita: cioè della possibilità, per le parti di un rapporto di lavoro in fase di stipulazione, di derogare alla disciplina protettiva legale (e di conseguenza anche derivante dal contratto collettivo), introducendo una regolamentazione frutto del libero esercizio dell’autonomia individuale, purché sia “assistita” secondo adeguate modalità (1) In questa prospettiva,

v’è chi sostiene che l’unica condizione affinché possa essere operata la deroga *ab origine* della disciplina legale (e del contratto collettivo), sarebbe costituita dal fatto che ciò debba avvenire mediante la procedura di certificazione, regolata dallo stesso decreto, in modo tale che la suddetta procedura assicuri adeguata assistenza alla parte più debole e possa essere garantita la genuinità dell’espressione della volontà di questa (2). Qualora si condividesse ta-

n. 276 del 2003 del modello della “derogabilità assistita” di A. VALLEBONA, *Introduzione alla riforma dei lavori*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 907 s., che, com’è noto, è stato un fautore dell’opportunità di estendere il suddetto modello dalla sfera della disposizione dei diritti “alla fase della regolazione del rapporto”: cfr. ID., *Norme inderogabili certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, 1992, I, p. 480. Sul tema cfr. R. VOZA, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *Giom.dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 603 ss.

(2) In termini ampi l’opinione riportata nel testo è sostenuta da E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, Napoli, 2004, p. 277 ss.

(1) È indicativa al riguardo la chiara presa di posizione in senso negativo rispetto alla presenza nel d.lgs.

le risultato ermeneutico, il sistema giuslavoristico italiano avrebbe subito una profonda modifica.

Com'è noto, infatti, la normativa protettiva lavoristica è tendenzialmente inderogabile, da parte dell'autonomia privata individuale (se non in senso più favorevole per il lavoratore) (3), con conseguente nullità *ex art.* 1418 c.c. di ogni pattuizione destinata a modificare la disciplina imperativa ovvero ad abdicare a diritti futuri; mentre, in base all'art. 2113 c.c., solo i diritti già maturati o acquisiti, e quindi già entrati nel patrimonio, possono essere oggetto di atti di disposizione del lavoratore (4). Ma a questo proposito opera un regime giuridico speciale: gli atti dispositivi dei diritti già acquisiti sono, alla stregua del comma 1 dell'art. 2113 c.c., invalidi e precisamente annullabili, nei termini previsti dal comma 2 del medesimo enunciato. Tuttavia, essi possono essere validi, e perciò non impugnabili, se posti in essere nelle sedi previste dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. La spiegazione della sottrazione al regime generale dell'invalidità, di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 2113 c.c., degli atti dispositivi compiuti nelle particolari sedi individuate dall'ultimo comma dell'enunciato, sta nel fatto che qui la presenza e l'assistenza di un terzo soggetto sarebbe in grado di eliminare lo stato di soggezione del lavoratore e costui potrebbe liberamente manifestare la propria volontà dispositiva (5).

(3) Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 48; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *IL rapporto di Lavoro*, 3° ed., Bologna, 1995, p. 374; G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del Lavoratore*, Milano, 1990, p. 19 ss.; G. FERRARO, *IL rapporto di lavoro*, Torino, 2004, p. 271.

(4) Cfr. G. PERA, *Le rinunce e le transazioni*, cit., p. 34; M. MAGNANI, voce *Disposizione dei diritti*, in *Digesto IV, Disc. priv. Sez. comm.*, vol. V, 1990, p. 60 ss.

(5) Per tutti cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *IL rapporto di lavoro subordinato*, 5° ed., Torino, 2003, p. 426 ss.; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2004, p. 413 ss.; G. PE-

2. "Derogabilità assistita" e d.lgs. n. 276.

Il sistema consolidato, fondato sul paradigma della norma inderogabile (6) *in peius*, sembra che sia stato scosso dalle disposizioni del d.lgs. n. 276 del 2003 "che hanno attribuito alla certificazione una funzione di convalida delle scelte derogatorie *in peius* della volontà individuale (cosiddetta derogabilità assistita)" (7). Secondo questa opinione, la certificazione quale strumento di "derogabilità assistita" troverebbe applicazione per tutte le tipologie o modelli di contratto di lavoro, cosiddetti atipici, regolati dal decreto: lavoro intermittente o a chiamata, lavoro ripartito, lavoro a tempo parziale, lavoro a progetto, associazione in partecipazione (8).

Alla base di questa tesi è collocato l'art. 81 del decreto. La disposizione stabilisce che "le sedi di certificazione di cui all'art. 75 svolgono anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali, sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro". Mettendo l'accento sulle ultime parole contenute nell'enunciato, si desume che "il ricorso al meccanismo dell'autonomia individuale assistita — sul paradigma dell'art. 2113 c.c. — è qui evidente". E si aggiunge che "è altrettanto evidente come l'assistenza sia qui prevista non già — come in quel modello — per la formazione di negozi dispositivi dei di-

RA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 30 ss.; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, p. 435 ss.

(6) Da ultimo cfr. M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 509 ss.

(7) E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 278.

(8) E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 278.

ritti acquisiti (come sono tipicamente le rinunzie e le transazioni) ma per la formazione e la modificazione del regolamento contrattuale nel suo divenire”. Ancora, si osserva che “in verità la norma sembra combinare l’assistenza alla qualificazione del rapporto con l’assistenza alla disposizione dei diritti del lavoratore derivanti dal contratto certificato (del resto l’art. 82 ha espressamente previsto la possibilità della conferma in sede di certificazione delle rinunzie e transazioni di cui d’art. 2113 c.c. equiparando gli organi di certificazione a quelli preposti alla conciliazione stragiudiziale)”. Sicché, “vi è dunque la possibilità che in forza del combinato disposto degli artt. 81 e 82 nella sede di certificazione le parti sottoscrivano un contratto non solo con clausole dismissive dei diritti acquisiti (ad esempio in una precedente fase dello stesso rapporto o in un precedente rapporto) ma altresì con clausole derogatrici della disciplina legale e quindi impeditivo dell’acquisizione dei diritti”. E si afferma che “l’assistenza alle parti diviene quindi strumento per la disposizione delle tutele (o, come si suol dire, dei diritti futuri) secondo il meccanismo dell’autonomia privata assistita” (9).

A sostegno di tale tesi si richiama anche il comma 4 dell’art. 78 del d.lgs. n. 276 del 2003. La disposizione sancisce che “entro sei mesi dalla entrata in vigore del presente decreto legislativo, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali adotta con proprio decreto codici di buone pratiche per l’individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi”. Il secondo periodo dell’enunciato aggiunge che “tali codici recepiscono, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativa-

mente più rappresentative sul piano nazionale”. E si osserva che “dal comma 4 si ricava che l’adozione a livello ministeriale dei codici di buone pratiche... è finalizzata ad individuare, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi, le clausole indisponibili in sede di certificazione”. Sicché, la disposizione permette di attribuire alla procedura di certificazione una peculiare funzione oltre a quella indiscussa di accertamento e controllo della qualificazione del contratto, su cui in questa sede non è il caso di soffermarsi. In particolare, la suddetta peculiare funzione sarebbe di tipo “promozionale dell’intervento della contrattazione collettiva in favore del lavoratore e, nello stesso tempo, di disposizione o selezione delle tutele nell’area dei cosiddetti rapporti atipici”. Così, lo “scopo dei codici di buone pratiche... è la individuazione dei trattamenti economici e normativi indisponibili in sede di certificazione”. Quindi, “ai codici compete cioè la selezione dei diritti indisponibili e la individuazione delle norme inderogabili cui i primi sono geneticamente collegati” (10).

In sostanza, si conclude che “sotto l’impulso degli accordi interconfederali e per il tramite dei codici, i rapporti atipici vengono collocati nell’area della tutela inderogabile anche se in regime di piena flessibilità (si può dire inderogabilità flessibile o derogabilità assistita)” (11). Quest’opinione, di cui s’è ritenuto opportuno riportare gli argomenti principali, esprime indubbiamente una finalità razionale. Infatti, essa ritiene che, per i rapporti di lavoro subordinato legificati dal decreto (e cioè a chiamata, ripartito, a tempo parziale) “i codici potranno avere una funzione, oltre che di accertamento della qualificazione, di attenuazione delle tutele tipiche sia generali del lavoro subordinato sia specifiche del rapporto”. E

(9) Tutte le citazioni sono di E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 285 s.

(10) Anche qui le citazioni sono di E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 286 s.

(11) E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 288.

“inversamente i codici avranno una funzione protettiva al rialzo, per il lavoro autonomo a progetto e ancor più per l’associazione in partecipazione mediante prestazione di lavoro”: sicché, “per questi contratti, nei quali la tutela tipica è ridotta o addirittura inesistente, le clausole indisponibili inserite in sede di certificazione avranno lo scopo di assicurare — il più delle volte — mediante l’estensione o quanto meno l’adattamento dei trattamenti tipici del lavoro subordinato, una tutela minima altrimenti non prevista” (12).

Tuttavia, per quanto autorevole e finemente argomentata, la suddetta tesi non può essere condivisa. Ci si potrebbe sbarazzare della questione in termini rapidi osservando che né nella legge delega n. 30 del 2003 né nel decreto attuativo n. 276 del 2003 si trova alcuna chiara traccia della volontà del legislatore delegante e delegato di introdurre la tecnica della cosiddetta “derogabilità assistita”. L’opinione assolutamente prevalente s’è infatti espressa nel senso di ritenere che nella legge delega n. 30 del 2003 non vi sia alcuna disposizione in grado di legittimare il legislatore delegato ad introdurre forme di “derogabilità assistita” e che la certificazione sia stata consentita solo in ordine al momento qualificatorio del contratto. A questo proposito, è possibile quindi rinviare agli argomenti, già da altri chiaramente esposti, che supportano tale conclusione e che sembrano incontrovertibili (13).

Comunque, mettendo da parte il profilo di conformità alla legge delega, è opportuno prendere in considerazione direttamente il d.lgs. n. 276 del 2003. Anche perché, ovviamente, chi prende posizione a favore della pre-

senza nel decreto del modello della “derogabilità assistita”, deve logicamente presupporre che tale innovazione sia stata consentita dalla legge delega. Sicché, sulla base delle già citate disposizioni del d.lgs. n. 276 del 2003, è stato appunto sostenuto (dall’opinione poc’anzi esposta) che il decreto utilizzerebbe, tramite la procedura di certificazione, il modello della “derogabilità assistita”, quale tecnica regolativa delle tipologie di contratto da esso disciplinate. E, in questa visione, la “derogabilità assistita” riguarderebbe appunto tutte le tipologie contrattuali toccate dal decreto. A questo riguardo va detto che tale tesi appare, al momento, del tutto isolata in dottrina. Va segnalato che trova maggiore (ma sempre circoscritto) consenso un altro orientamento secondo cui sarebbe stata inserita nel decreto “una forma di volontà derogatoria assistita in sede di certificazione”, ma “relativamente al solo, benché assai rilevante, ambito del lavoro a progetto” (14). Gli argomenti apportati a sostegno di entrambe le tesi sono alquanto differenti. Pertanto, è opportuno affrontare la prima, di cui si sono già messi in luce i passaggi fondamentali, per poi occuparsi della seconda.

3. La “derogabilità assistita” come modello generale.

La tesi più ampia, per la quale la certificazione avrebbe anche la funzione di permettere l’inserimento nel contratto di clausole derogatrici della disciplina protettiva legale (e del contratto collettivo) e quindi di impedire *ab origine* l’acquisizione dei diritti, si fonda soprattutto sull’art. 81. Tuttavia, non pare che da esso risulti “evidente” che l’assistenza svolta dalle sedi di certificazione si possa risolvere in forme di “derogabilità assistita”. La dispo-

(12) E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 288.

(13) Cfr. M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 376 ss.; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, ivi, p. 275 ss.; M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori atipici” e la sua tenuta giuridica*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 114.

(14) L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 23/2003, p. 9.

zione invece sembra affermare che le “funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali” delle sedi di certificazione possono concernere o il momento qualificatorio oppure anche la convalida delle rinunzie e transazioni di cui all’art. 2113 che altrimenti sarebbero invalide alla stregua delle regole di quest’ultima disposizione. Infatti, l’art. 81 parla sì di “disponibilità dei diritti”. Ma, secondo l’opinione consolidata, il diritto è disponibile una volta che sia entrato nel patrimonio del lavoratore; mentre è radicalmente nulla qualsiasi stipulazione che interviene nel momento genetico del diritto derivante da norma inderogabile, impedendone il nascere (15). Insomma, proprio per distinguere i due momenti il linguaggio giuridico lavoristico s’è astenuto nel tenere ferma la distinzione tra negozio in deroga e negozio dispositivo. Il primo interviene “in un momento anteriore alla maturazione del diritto” e riguarda il caso in cui le parti operino una deroga alla norma imperativa, comportando una “modifica per il futuro del regolamento del rapporto”. Mentre il secondo, proprio in quanto atto di disposizione del diritto, presuppone l’esistenza attuale del medesimo nel patrimonio di chi lo pone in essere. In altri termini, “vi è una chiara distinzione, sul concettuale, tra la deroga alla norma imperativa (tendente ad impedire la realizzazione dell’assetto di interessi voluto dalla norma attraverso l’attribuzione del diritto) e la disposizione del diritto una volta che questo sia sorto” (16).

Altra autorevole dottrina ha espressamente negato la possibilità di fondare sull’art. 81 del d.lgs. n. 276 del 2003 il riconoscimento

(15) Cfr. Cass. 13 luglio 1998, n. 6857, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 439; Cass. 13 marzo 1992, n. 3093, in *Mass. giur. lav.*, 1992, p. 179; Cass. 8 luglio 1988, n. 4529, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1036.

(16) M. MAGNANI, voce *Disposizione dei diritti*, cit., p. 60, e ivi le altre citazioni poc’anzi riportate. Così, G. PÉRA, *Le rinunce e le transazioni*, cit., p. 34; M. NOVELLA, *Considerazioni*, cit., p. 521.

della “derogabilità assistita”. Infatti, si osserva che “è congruo, dunque, interpretare quel riferimento” — cioè quello che l’art. 81 fa alla “disponibilità dei diritti” — “come obbligo di indicare alle parti, tra l’altro, quali dei diritti nascenti dal contratto siano disponibili e quali no nonché l’invalidità di una clausola del contratto proposto per la certificazione se con essa si dispone di un diritto derivante da norma inderogabile di legge o di contratto collettivo”. Sicché, “sarebbe, invece, del tutto incongruo ricavare da questo esile riferimento che la certificazione renderebbe disponibili diritti che altrimenti non lo sarebbero” (17). Però, va precisato che, secondo questa dottrina, l’espressione “diritti disponibili” sembra che vada letta come sinonimo di “norme derogabili”: cioè, essa pare attribuire alle commissioni di certificazione il solo compito di contribuire a segnalare alle parti le clausole legali e contrattuali che — in quanto di per sé derogabili, a seguito della qualificazione operata dalle fonti che le prevedono — possono appunto essere modificate per adattare il programma negoziale e specifiche esigenze dei contraenti.

Ad ogni modo, se il legislatore avesse voluto prevedere una forma di vera e propria “derogabilità assistita”, avrebbe dovuto usare una formula diversa, come: per esempio, deroga alla disciplina legale e contrattuale, modifiche della regolamentazione normativa e così via. Invece, il riferimento alla “disponibilità dei diritti”, contenuto nell’art. 81 si spiega con il fatto che l’enunciato è immediatamente seguito dall’art. 82: il quale appunto equipara le specifiche sedi di certificazione ivi indicate agli organi in grado, alla stregua dell’ultimo comma dell’art. 2113 c.c., di disinnescare il regime di invalidità delle rinunzie e transazioni riguardanti i diritti del lavoratore derivanti da

(17) M.G. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro e diritti (dopo il d.lgs. n. 276 del 2003)*, a cura di P. CURZIO, Bari, 2004, p. 425.

norme inderogabili. Così, l'art. 81 del decreto sarebbe una disposizione che, più che attribuire specifiche funzioni alle sedi di certificazione, si limita a precisare i vari compiti di esse nell'ambito delle competenze già delineate dalle altre disposizioni del capo I del titolo VIII del medesimo decreto. Ed esaminando i singoli enunciati, tra le competenze delle sedi di certificazione non pare proprio emergere quella di consentire percorsi di "derogabilità assistita".

In altri termini, e in via conclusiva, secondo la tesi dominante, nel sistema lavoristico italiano, il diritto derivante da norma inderogabile è disponibile quando sia già acquisito. La regolazione delle modalità di disposizione di tale diritto è contenuta nell'art. 2113 c.c. Posto che siffatto diritto è disponibile nei termini e alle condizioni dell'art. 2113 c.c., ciò significa che l'indisponibilità del diritto originato da norma inderogabile non è assoluta, bensì solo relativa, o limitata ovvero condizionata, come risulta dall'art. 2113 c.c. (18). Pertanto, l'art. 81 del decreto, che appunto precede l'art. 82 il quale riguarda le rinunzie e le transazioni di cui all'art. 2113 c.c., nel momento in cui parla di "disponibilità dei diritti" si collega inevitabilmente alla fattispecie prevista dall'art. 82: la quale, proprio grazie al richiamo dell'art. 2113 c.c., disegna le forme attraverso le quali il lavoratore può disporre di un diritto, già acquisito, attribuito dalla norma inderogabile.

(18) Per tutti cfr. G. PERA, *Le rinunce e le transazioni*, cit., p. 43; M. MAGNANI, voce *Disposizione dei diritti*, cit., p. 60 s.; M. NOVELLA, *Considerazioni*, cit., p. 533; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, 3° ed., Torino, 2002, p. 599 s.; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 437; G. FERRARO, voce *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, voi. XXVII, 1991, p. 2 ss.; ID., *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 279 ss. Cfr. anche C. CESTER, voce *Rinunzie e transazioni*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1989, p. 990 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit.

Se si accoglie questa lettura, è agevole l'esegesi del comma 4 dell'art. 78 del d.lgs. n. 276 del 2003. Si è affermato che, in base all'enunciato, "attraverso il meccanismo delle clausole indisponibili, i codici autorizzano, limitatamente al contratto certificato e combinandosi con l'assistenza erogata a livello individuale dalle commissioni di certificazione, la derogabilità assistita dei trattamenti economici e normativi previsti dalla legge o dai contratti collettivi applicabili al di fuori della certificazione e, in assenza dei codici di buone pratiche, anche ai rapporti atipici" (19). Anzitutto, va detto che appare un po' troppo forzato attribuire ai codici un compito così rilevante come quello prefigurato dalla tesi in esame. Anche perché va sottolineato che la predisposizione dei codici da parte della contrattazione collettiva non è affatto imposta dal decreto. Infatti, la disposizione stabilisce che il codice è elaborato dall'autorità amministrativa la quale dovrebbe recepire le indicazioni della contrattazione collettiva solo "ove esistono". Stante la volontarietà dell'attivazione del meccanismo contrattuale, sul piano pratico è improbabile che le organizzazioni datoriali accettino di partecipare ad una contrattazione creatrice di diritti per i soggetti finora carenti di tutele (come i lavoratori a progetto o gli associati in partecipazione), senza una valida contropartita. È illusorio pensare che, rispetto a questi ultimi soggetti, i codici possano svolgere una "funzione protettiva al rialzo". Il rischio concreto è che le organizzazioni dei lavoratori si trovino costrette a partecipare a trattative in cui si discute solo di come attenuare ed elidere i diritti dei lavoratori. Se il legislatore avesse veramente voluto attribuire alla contrattazione collettiva un potere normativo in materia, avrebbe dovuto fare dipendere l'attivazione dei nuovi moduli contrattuali dalla preesistenza dei suddetti codici.

(19) E. GHERA, *La certificazione*, cit., p. 288.

ci: così, le organizzazioni datoriali avrebbero avuto un incentivo a partecipare alle trattative per l'elaborazione delle indicazioni da riversare nei codici, e le associazioni dei lavoratori avrebbero avuto la possibilità di chiedere ed ottenere l'inserzione di tutele altrimenti non previste, in cambio del loro consenso alla stipulazione dell'accordo.

Poi, appare dubbio che il legislatore abbia aperto la porta alla "derogabilità assistita", con una modalità così tortuosa. In effetti, se fosse così, la disposizione porrebbe il problema se sia consentito, nell'attuale sistema, al legislatore (invece di prendere esplicita posizione sul punto) affidare ad un organo diverso dall'autorità giudiziaria (e quindi all'autorità amministrativa) il compito di individuare "le clausole indisponibili" in sede di certificazione del rapporto. Considerato che la partecipazione della contrattazione collettiva alla predisposizione dei codici è solo eventuale, ma che in realtà il potere di adottarli spetta al solo Ministero del lavoro, accadrebbe che, di fatto, un soggetto terzo, non formalmente dotato di potestà legislativa, avrebbe il potere di incidere sulla disciplina legale e contrattuale relativa ai rapporti certificabili. A tal punto che con un atto regolamentare si potrebbero modificare le leggi e i contratti collettivi. Un tale spostamento di potere legislativo dalle sedi costituzionalmente competenti avrebbe perciò richiesto un intervento esplicito che non è rinvenibile né nel decreto delegato né nella legge delega n. 30 del 2003. Ma se fosse così sorgerebbero indiscutibili profili di illegittimità costituzionale. Questo perché, da un lato, si darebbe d'autorità amministrativa il potere di mutare, con un tocco di bacchetta magica, la natura delle norme legislative lavoristiche da inderogabili a derogabili, con violazione delle disposizioni della Carta fondamentale in tema di attribuzione del potere legislativo; dall'altro, si permetterebbe al potere esecutivo di incidere, in modo arbitrario, sullo spazio di azio-

ne della libertà sindacale e di contrattazione collettiva (20).

Peraltro, sembra sostenibile che il comma 4 dell'art. 78 si riferisca solo alle previsioni dei contratti collettivi. Depone a favore di questa soluzione, l'uso da parte del legislatore dell'espressione "clausole indisponibili . . . con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi". Invero, la combinazione delle parole "clausole" e "trattamenti economici e normativi" induce a concludere che il legislatore abbia preso in considerazione le sole disposizioni dei contratti collettivi.

Comunque, al di là di questa restrizione del campo di applicazione dell'enunciato, esso va letto in modo coerente con le funzioni attribuite alla certificazione dal legislatore del decreto. In questa prospettiva, esclusa l'introduzione del modello della "derogabilità assistita", sembra logico ritenere che i codici avrebbero una funzione meramente ricognitiva. Infatti, a ben vedere, l'unica interpretazione della disposizione, che la rende compatibile con l'attuale sistema, è quella che ne riduce la portata al livello della creazione di un meccanismo procedurale tale da contribuire alla diffusione della trasparenza del regolamento contrattuale e quindi ad effettuare una ricognizione delle clausole, o più correttamente delle norme (legali e contrattuali), del tutto inderogabili *ex ante* e di quelle che — invece, proprio perché ritenute modificabili dalla fonte che le prevede, e perciò di per sé derogabili — possono costituire oggetto di variazione consensuale nel momento in cui le parti contraenti chiedono la certificazione del contratto e quindi utilizzano tale meccanismo nella sua indiscussa funzione deflattiva e cioè di chiarificazione delle rispettive volontà negoziali. Oppure, a volere essere ancora più rigorosi, l'espressione "clausole indisponibili" di cui al

(20) Così, cfr. M.G. GAROFALO, *La certificazione*, cit., p. 425.

comma 4 dell'art. 78 del decreto, può essere letta nel senso di ritenere che il codice di buone pratiche abbia la facoltà di individuare quelle clausole legali e contrattuali che attribuiscono diritti indisponibili al lavoratore, in quanto aventi la natura di norme inderogabili. Con ciò presupponendo che la indisponibilità dei suddetti diritti non è assoluta, bensì solo relativa alla stregua dell'art. 2113 c.c.

4. La "derogabilità assistita" nel lavoro a progetto.

Beninteso, l'inesistenza nel d.lgs. n. 276 del 2003 del modello della "derogabilità assistita" trova conferma nell'esame dell'altra tesi cui s'è fatto poc'anzi riferimento. Questa segue un percorso argomentativo del tutto differente rispetto alla prima e fa leva soprattutto su una lettura di una disposizione del decreto (non condivisa dalla prima) che, in apparenza, sembrerebbe propendere a favore della soluzione qui contestata in modo più deciso della prima tesi: la quale, come s'è visto, si fonda su argomenti alquanto controvertibili.

L'enunciato che viene in rilievo a questo proposito è l'art. 68: il quale prevede che "i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo", e cioè i diritti del collaboratore a progetto, "possono essere oggetto di rinunzie o transazioni in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo V del presente decreto legislativo". Il richiamo al meccanismo di certificazione avviene con riferimento al "Titolo V del presente decreto legislativo", incorrendo in un mero errore materiale, in quanto la disciplina delle procedure di certificazione è contenuta nel Titolo VIII del suddetto decreto; errore che potrà essere sanato con il varo dei decreti correttivi previsti dall'art. 7 della l. n. 30 del 2003.

La non cristallina formulazione della disposizione ha fatto sorgere il dubbio se essa consenta la derogabilità *a priori* dei diritti del

collaboratore a progetto, con l'assistenza degli organi certificativi, al momento della certificazione iniziale della natura del contratto stipulato tra le parti.

Comunque, sembra preferibile aderire all'opinione prevalente che ritiene che le rinunzie e transazioni previste dalla disposizione possono riguardare solo i diritti già maturati (e quindi entrati nel patrimonio) e non i diritti non ancora sorti, vale a dire la disciplina iniziale del rapporto. Si tratterebbe cioè di un'ipotesi di disponibilità dei diritti e non di vera e propria derogabilità *ex ante* delle disposizioni legali al momento della costituzione del rapporto (21). Pertanto, in questa prospettiva, la disposizione produce il limitato effetto normativo di aggiungere altre sedi, rispetto a quelle indicate dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., laddove il lavoratore a progetto possa validamente manifestare la sua volontà transattiva e abdicativa rispetto ai diritti già acquisiti. In altre parole, l'enunciato introduce un'ulteriore forma di assistenza (oltre quelle di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.) della volontà dispositiva del collaboratore a progetto in grado di sottrarre al generale regime d'invalidità le relative rinunzie e transazioni riguardanti i diritti derivanti da norme inderogabili. Sicché, l'art. 68 contribuisce ad attribuire alle disposizioni di tutela del lavoratore a progetto (salvo le eccezioni espressamente stabilite) natura di norme inderogabili *in peius*,

(21) Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 25/2003, p. 23; P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in Riv. giur. lav., 2003, I, p. 919; M.G. GAROFALO, *La certificazione, cit.*, p. 425 ss.; V. PINTO, *Le "collaborazioni coordinate e continuative" e il lavoro a progetto*, in *Lavoro e diritti*, cit., p. 334; M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 27/2004, p. 12; A. PIZZO FERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusiva ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *www.dirittodellavoro.it.*, 2004, p. 12.

prevedendo l'applicabilità delle regole dell'art. 2113 c.c., con la conseguente indisponibilità relativa dei diritti del collaboratore a progetto (22).

In effetti, altra parte della dottrina si limita a ventilare, con molta prudenza (oppure con preoccupazione), la possibilità che la disposizione abbia una portata realmente innovativa e realizzi una forma di derogabilità preventiva (seppure "assistita") della disciplina legale del rapporto (23); ed è isolato chi, pur nel quadro di una suggestiva argomentazione, sostiene decisamente che, in questo caso, la certificazione possa permettere di derogare in via preventiva all'applicabilità delle discipline legali di tutela del lavoratore a progetto (24). Secondo quest'ultima tesi, il legislatore avrebbe costruito la disciplina di tutela del collaboratore a progetto non mediante la tecnica tradizionale dell'inderogabilità *in peius* (ovvero unilaterale (25)), bensì con la diversa tecnica della "derogabilità assistita" (oppure dell'inderogabilità solo relativa), e quindi consentendo la deroga della normativa di tutela da parte dell'autonomia individuale, se manifestata in forma debitamente assistita: e cioè, davanti a soggetti terzi, come le commissioni di certificazione, garanti della libera e genuina espressione del consenso del collaboratore a progetto.

Tuttavia, a favore della tesi qui condivisa (secondo cui in sede di certificazione si possa rinunciare o transigere solo con riferimento ai

diritti già maturati) sono utilizzabili pregnanti argomenti. In primo luogo, la lettera della disposizione parla di "rinunzie o transazioni": e tali parole, a meno che non vi siano evidenti elementi in senso contrario, andrebbero utilizzate secondo il significato tradizionalmente acquisito. Poi, se il legislatore avesse voluto introdurre il modello della "derogabilità assistita", o della volontà individuale assistita, per fissare la disciplina iniziale del rapporto, si sarebbe espresso in termini più chiari. Ciò in ragione del fatto che una così radicale innovazione implicherebbe un pronunciamento esplicito (26).

Invero, la disposizione sembra proprio, da un lato, dipanare ogni dubbio sulla riferibilità del regime di cui all'art. 2113 c.c. al lavoro a progetto (27); dall'altro, limitarsi ad affermare che le tradizionali rinunzie e transazioni di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. (enunciato che appunto riguarda pure i collaboratori a progetto) possono avvenire anche mediante la procedura di certificazione e presso le sedi di certificazione previste dal presente decreto. Mentre la disposizione generale di cui all'art. 82 del decreto prevede che le rinunzie e transazioni di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. si possono effettuare, tramite la procedura di certificazione, solo presso gli enti bilaterali. Sicché, l'art. 68 avrebbe la caratteristica sia di creare nuovi organi abilitati a garantire la genuinità del consenso del lavoratore, manifestato in sede transattiva, sulla base dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. (28), sia di fissare un momento di collegamento con la disposizione generale di cui all'art. 82 dello stesso decreto, e perciò ribadirebbe la competenza delle sedi autorizzate a certificare, dal-

(22) Cfr. A. PIZZO FERRATO, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 12.

(23) Cfr. A. MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in *Speciale di Guida al lavoro*, 2004, p. 12; M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, 2003, n. 9, p. 823; L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *www.unicz.it*, 2004, p. 8 ss.

(24) L. NOGLER, *La certificazione*, cit., p. 414.

(25) Cfr. M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 414.

(26) Così, M.G. GAROFALO, *La certificazione*, cit., p. 426.

(27) Cfr. A. PIZZO FERRATO, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 12.

(28) Cfr. V. PINTO, *Le "collaborazioni coordinate e continuative"*, cit., p. 334.

lo stesso art. 82 del decreto, le tradizionali rinunce e transazioni di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. Pertanto, l'art. 68 avrebbe un suo autonomo significato nei confronti dell'art. 82; senza bisogno di ingegnarsi per trovare quello qui non condiviso, sulla base del debole argomento che altrimenti non si spiegherebbe la presenza del medesimo art. 68 e si realizzerebbe una sovrapposizione tra le due disposizioni (29).

A sostegno della lettura qui sostenuta, s'è anche cercato di identificare la peculiarità dell'art. 68 nell'operare con riferimento "a rapporti di lavoro già in essere, di cui si prospetta la riconduzione al progetto ovvero ad uno degli schemi del lavoro dipendente" e quindi la norma consente di "sanare, in sede di certificazione del contratto, eventuali situazioni grigie o di palese irregolarità che, in mancanza di questa possibilità, potrebbero altrimenti degradare nel lavoro nero vero e proprio per la diffidenza del committente a regolarizzare (con un atto percepito soggettivamente alla stregua di una sorta di auto-denuncia) rapporti di lavoro dipendente mascherati dietro l'etichetta della collaborazione coordinata e continuativa" (30). In questa prospettiva, la disposizione avrebbe una funzione sanante di irregolarità pregresse e pertanto si riferirebbe, secondo la consolidata tradizione, alle rinunzie e transazioni in ordine a diritti già maturati. Tuttavia, quanto a questa tesi, va svolta qualche osservazione. Infatti, l'art. 68 si riferisce ai diritti del collaboratore a progetto. E quindi sembra che la disposizione riguardi soprattutto l'ipotesi in cui, a seguito dello svolgimento di un rapporto di lavoro a progetto, debba sorgere una controversia da risolvere con il relativo mec-

canismo transattivo. Mentre il caso considerato dalla tesi appena riportata pare concernere rapporti di lavoro non a progetto e quindi rientranti, più Correttamente, nell'ambito dell'art. 82 del decreto. Al limite, la necessità di un'apposita previsione in tema di rinunzie e transazioni in sede di certificazione, accanto a quella generale di cui all'art. 82 del decreto, si può spiegare con la circostanza che il legislatore ha sentito il bisogno di chiarire che le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c., svolte mediante la procedura di certificazione, possono riguardare anche la fase transitoria in cui le collaborazioni coordinate e continuative andranno ricondotte entro il nuovo schema del lavoro a progetto: e quindi è stato previsto, sebbene non ve ne fosse del tutto bisogno, un particolare meccanismo di accompagnamento che governa le rinunzie e transazioni riguardanti rapporti che passano dall'area della collaborazione coordinata e continuativa pura e semplice al vero e proprio lavoro a progetto.

È possibile anche una soluzione più semplice: in un capo dedicato in particolare alla nuova figura del lavoro a progetto, il legislatore, per esigenze sistematiche, ha cercato di dare l'impressione di fornire una disciplina il più completa possibile. Da qui un'apposita disposizione sulle rinunzie e transazioni in sede di certificazione che va letta in modo coordinato con la regola generale di cui all'art. 82 del decreto. In dottrina, per giustificare la mancanza di sovrapposizione tra l'art. 68 e l'art. 82 del decreto, s'è sostenuto che la prima norma consentirebbe di effettuare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c. presso tutte le sedi di certificazione, mentre l'art. 82 si limiterebbe ad attribuire la relativa competenza ai soli enti bilaterali (31). Tuttavia, tale soluzione appare in contrasto con l'art. 5,

(29) Cfr. M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 12; L. NOGLER, *La certificazione*, cit., p. 54.

(30) M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili ricostruttivi*, in *Speciale di Guida al lavoro*, 2004, p. 26.

(31) Cfr. A. PIZZO FERRATO, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 12.

comma i, lett. g), della legge delega n. 30 del 2003 che incardina tale competenza solo presso gli enti bilaterali (32). Sicché, è più logico ritenere che l'art. 68 si arresta a prevedere la possibilità delle rinunzie e transazioni nelle sedi di certificazione, mentre l'art. 82 individua esattamente l'organo di certificazione al riguardo competente (33).

Inoltre, se la disciplina legale potesse essere inizialmente derogata, non avrebbe alcun senso la qualificazione dei diritti riconosciuti al collaboratore come "tutele fondamentali", da parte sia dell'art. 4, comma i, lett. c), n. 4, della legge delega n. 30 del 2003, sia della relazione di accompagnamento al decreto (34): se, infatti, la "tutela" è ritenuta "fondamentale", essa dovrebbe assumere, secondo l'opinione consolidata, il carattere dell'inderogabilità e se ne dovrebbe ammettere solo la parziale disponibilità *ex post*. Certo, l'idea di "(tutele fondamentali)" non implica "necessariamente la via dell'inderogabilità assoluta, ma semmai quella dell'effettività delle tutele stesse" (35). Ma è pure vero che proprio il carattere dell'inderogabilità *in peius* della norma protettiva permette di assicurare l'effettività della tutela della parte più debole del rapporto (36). E perciò, in mancanza della esplicita previsione di altri validi strumenti atti a garantire un adeguato livello di effettività delle tutele, bisogna riconoscere che il legislatore abbia percorso la strada più tradizionale: ammettendo, nell'art. 68, la sola disponibilità dei diritti già acquisiti.

(32) Cfr. L. DE ANGELIS, *La morte apparente*, cit., p. 8.

(33) Così, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 26.

(34) Cfr. M.G. GAROFALO, *La certificazione*, cit., p. 427.

(35) L. NOGLER, *La certificazione*, cit., p. 55.

(36) Cfr., per tutti, E. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 426 ss.; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 413 ss.

D'altra parte, il capo I del Titolo VII del d.lgs. n. 276 del 2003 dedicato al lavoro a progetto contiene diverse disposizioni che affermano la derogabilità della rispettiva disciplina solo in modo più favorevole al lavoratore a progetto, e perciò indirettamente ne affermano l'inderogabilità *in peius* (art. 61, comma 4; art. 66, comma 2; art. 66, comma 3). Peraltro, il legislatore si è espressamente pronunciato quando ha voluto prevedere la derogabilità della disposizione legale in modo meno favorevole per il collaboratore (art. 64, comma 1; art. 67, comma 2). Sicché, tutto questo apparato normativo — che realizza un determinato equilibrio tra i diversi interessi delle parti del rapporto — non avrebbe alcun senso se si accettasse l'idea che esso possa essere *ab origine* posto nel nulla in sede di certificazione iniziale del rapporto (37). Insomma, sarebbe un legislatore assai confuso quello che prima sembra ricorrere alla tecnica dell'inderogabilità *in peius* e poi improvvisamente apre spazi al differente modello della "derogabilità assistita" o della volontà assistita. Laddove, infatti, il legislatore ha scelto di adottare la soluzione di permettere alle parti contrattuali di derogare alla disciplina legale nella fase di costituzione del rapporto, l'ha fatto con estrema chiarezza. Si pensi alla l. 9 dicembre 1998, n. 431, in materia di disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo: qui, infatti, la possibilità di deroga alla disciplina di base è formulata con l'uso dell'espressione inequivocabile "in alternativa". E infine, non va trascurato che proprio l'interpretazione dell'art. 68 nel senso qui sostenuto è stata accolta anche da chi, in tempi non sospetti, ha fortemente caldeggiato l'opportunità di introdurre, anche nell'ambito del diritto del lavoro, il modello del-

(37) Cfr. M.G. GAROFALO, *La certificazione*, cit., p. 426; A. PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 11.

la “derogabilità assistita”, o della volontà assistita, e quindi la possibilità di predisporre meccanismi tali da consentire pattuizioni individuali (effettuate dal lato del lavoratore con il sostegno di un soggetto terzo) in deroga alla disciplina legale del rapporto di lavoro (38). Di conseguenza, è vero che “ciò che rileva è il significato operativo della disposizione e cioè le *regolae iuris* ricavate dall’interprete” (39). Ma appunto, nei confronti di un enunciato normativo che non brilla per lucidità espositiva, all’interprete è sempre richiesta una ragionevole dose di prudenza, tenendo conto della necessità di integrare nel sistema dogmatico la regola di decisione suggerita (40).

Beninteso, concludendo uno dei suoi ultimi scritti, Salvatore Hernandez osservava che “in sostanza, sia l’inderogabilità delle norme, sia il contenuto precettivo delle stesse, essendo entrambi strumenti per realizzare la tutela compensativa, che costituisce il principio cardine della materia, possono essere variamente disponibili dal legislatore, senza che una flessione quantitativa — o anche qualitativa — delle norme inderogabili, o l’abrogazione di norme contenutistiche creatrici di diritti dei lavoratori, possa essere in sé considerata come una minaccia al diritto del lavoro e al suo futuro”. Ma al tempo stesso avvertiva che “la variazione delle tecniche di intervento non può, d’altra parte, sovvertire i delicati equilibri ad oggi raggiunti tra promozione dell’impre-

sa e sostegno compensativo del lavoratore se non per trovarne altri sostanzialmente equivalenti” (41). Ciò significa che la tecnica della “derogabilità assistita” non può essere considerata “aprioristicamente regressiva” (42). Ma lo diventa quando non sia accompagnata da presidi e garanzie in grado di evitare che essa si risolva in una mera attenuazione delle tutele esistenti per i lavoratori senza adeguate contropartite. Paradossalmente, se si ammettesse la presenza del modello della “derogabilità assistita” nel d.lgs. n. 276 del 2003 si consentirebbe una destrutturazione del diritto del lavoro più intensa (43) di quella, a parere di molti, progettata dal noto Libro Bianco, che pur cercava di creare un sistema di contrappesi (44), seppure ampiamente criticabili (45). Se si concorda con quanto s’è qui cercato di argomentare si dovrebbe concludere che nel d.lgs. n. 276 del 2003 non vi sia alcuna traccia della “derogabilità assistita”. E tale soluzione non esprime una visione contraria alla necessità di una modernizzazione del diritto del lavoro, ma anzi ne ribadisce l’importanza, limitandosi a ricordare che, in questo campo, ogni intervento normativo incide sull’effettività dei principi costituzionali di tutela delle persone che lavorano (46).

(38) A. VALLEBONA, *Introduzione alla riforma dei lavori*, cit., p. 907.

(39) L. NOGLER, *La certificazione*, cit., p. 54.

(40) Cfr. L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna; 1985, p. 51 ss. e 94 ss.

(41) S. HERNANDEZ, *Una rilettura dell’inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro, in Il futuro del diritto del lavoro: dall’inderogabilità alla destrutturazione*, in *Dir. lav.*, Quaderno n. 8, 2003, p. 26.

(42) M. NOVELLA, *Considerazioni*, cit., p. 545.

(43) Cfr. M.G. GAROFALO, *La certificazione*, cit., p. 425.

(44) Cfr. M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione*, cit., p. 114.

(45) Cfr. L. DE ANGELIS, *La morte apparente*, cit., p. 9; V. SPEZIALE, *La certificazione*, cit., p. 276 ss.; E CARINCI, *Dal Libro Bianco alla legge delega*, in *Dir. prat. lav.*, 2002, p. 727 ss.; V. PINTO, B. VOZA, *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 483.

(46) Cfr. F. CARINCI, *Dal Libro Bianco*, cit., p. 731.