



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Michele Tiraboschi

Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 29/2005



© Michele Tiraboschi 2005
Facoltà di Economia – Università di Modena e Reggio Emilia
tiraboschi@unimo.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?

Michele Tiraboschi
Università di Modena e Reggio Emilia

1. Posizione del problema.....	2
2. La separazione del lavoro dalla impresa: un fenomeno di modernità?	8
3. Esternalizzazione delle relazioni di lavoro e innovazione organizzativa nella nuova economia	11
4. <i>Segue</i> : esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano in una prospettiva di competitività di sistema	17
5. Il nuovo quadro regolatorio delle esternalizzazioni: dalla contrapposizione «centro - periferia» alla logica della «integrazione contrattuale».....	23
6. Verso un nuovo diritto delle risorse umane.....	34

1. Posizione del problema

E' stato giustamente osservato – sin dai primi commenti “a caldo” del decreto legislativo n. 276 del 2003, ora modificato e integrato dal decreto legislativo n. 251 del 2004 ⁽¹⁾ – che la disciplina dei fenomeni interpositori e della esternalizzazione delle relazioni di lavoro costituisce una delle novità maggiori della riforma Biagi del mercato del lavoro ⁽²⁾.

Tale considerazione, invero, è talvolta calata in un quadro valutativo fortemente critico di questo specifico segmento della riforma – contenuto nei Titoli III e IV del decreto – e delle molteplici innovazioni normative ad essa connesse ⁽³⁾. E' stato infatti sostenuto che le nuove disposizioni in materia di somministrazione di lavoro, appalto, distacco e trasferimento di azienda hanno come unico obiettivo quello di incrementare le già pur considerevoli possibilità di segmentazione dei processi produttivi e di scorporo aziendale ⁽⁴⁾, «alla ricerca di più vantaggiosi (e leciti), per l'impresa, livelli di scambio tra lavoro e trattamento economico-normativo» ⁽⁵⁾.

Anche la dottrina più sensibile alle esigenze di una profonda revisione della disciplina in materia di esternalizzazioni non ha talora esitato a parlare – sia pure dando per scontate talune inevitabili approssimazioni ⁽⁶⁾ – di un modello di organizzazione del sistema produttivo di impronta inequivocabilmente neo-liberista. Un modello certamente attenuato, rispetto a quello proprio del «liberismo statunitense, e in qualche modo consapevole della tradizione garantista

⁽¹⁾ Vedilo in *www.csmb.unimo.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

⁽²⁾ Cfr., per tutti, P.A. REBAUDENGO, *La separazione del lavoro dall'impresa: alcune significative novità*, in *LD*, 2004, qui 172, e anche S. MAGRINI, P. PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, in G. FERRARO, *Sviluppo e occupazione nel mercato globale*, Giuffrè, Milano, 2004, qui 189.

⁽³⁾ Sul nuovo regime giuridico dei fenomeni interpositori cfr., per una bibliografia ragionata e per taluni percorsi di lettura, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 415-419.

⁽⁴⁾ Il tema della segmentazione dei processi produttivi è stato recentemente affrontato, nella lettura italiana e in una prospettiva di analisi economica del diritto, da L. CORAZZA, *“Contractual integration” e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova, 2005, e ivi ampi riferimenti bibliografici.

⁽⁵⁾ Così, nel quadro di una approfondita disamina della nuova disciplina scaturita con il d.lgs. n. 276/2003, P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, qui 92. Nella stessa prospettiva cfr. V. SPEZIALE, *Somministrazione di lavoro*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, spec. 277-279, e F. SCARPELLI, *Appalto*, ivi, qui 437.

⁽⁶⁾ Così, testualmente, R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *RIDL*, 2004, I, qui 539.

del diritto del lavoro italiano», ma pur sempre finalizzato a smantellare i preesistenti vincoli giuridici al decentramento e all'appalto così da salvaguardare, una volta circoscritta l'area dell'illecito ai «soli processi guidati da logiche puramente fraudolente e anti *labour*», le scelte organizzative ma anche le convenienze economiche dell'imprenditore ⁽⁷⁾.

Non può pertanto sorprendere che il nuovo regime giuridico dei fenomeni interpositori e delle esternalizzazioni sia stato così da taluno inteso – e rappresentato – alla stregua di un micidiale detonatore, che potrebbe rivelarsi capace di innescare, in breve tempo, sequenze devastanti di frantumazione della compagine organizzativa dell'azienda. Ad essere premiate – e dunque incentivate – dal legislatore della riforma sarebbero fundamentalmente logiche gestionali motivate nient'altro che da una corsa al ribasso dei trattamenti economici e normativi del lavoro dipendente ⁽⁸⁾, e non invece i tanto auspicati processi di modernizzazione dell'apparato produttivo del nostro Paese ⁽⁹⁾. Quei processi di specializzazione e innovazione organizzativa che, almeno secondo le intenzioni manifestate dal legislatore nella relazione tecnica di accompagnamento del decreto legislativo n. 276 del 2003 ⁽¹⁰⁾, avrebbero per contro dovuto contribuire ad allontanare, una volta per tutte, lo spettro della speculazione parassitaria sui risultati del lavoro altrui che da sempre aleggia sui fenomeni interpositori.

In questa prospettiva – che, è bene anticipare subito, non risulta allo stato suffragata da alcun dato scientifico e oggettivo ⁽¹¹⁾ – e

⁽⁷⁾ Ancora R. DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit.*, qui 531.

⁽⁸⁾ Cfr. P. CHIECO, *op. loc. ult. cit.*, cui *adde* U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, in *LD*, 2004, spec. 39-38, e L. MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, 2004, 11.

⁽⁹⁾ Tra quanti, in dottrina, sollecitavano una revisione del quadro legale sulle esternalizzazioni, nell'auspicio di una moderna normativa adeguata a sostenere i nuovi modelli di produzione e organizzazione del lavoro, cfr., in particolare, M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi: un giurista progettuale*, Giuffrè, Milano, 2003, 141 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 9 ss.; P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss. e 361 ss.

⁽¹⁰⁾ Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*. Di specializzazione e sostegno alla innovazione dei processi produttivi e di organizzazione del lavoro parla, a più riprese, anche il *Libro Bianco* sul mercato del lavoro dell'ottobre 2001 anche questo reperibile alla stessa voce.

⁽¹¹⁾ Come si è cercato di sostenere sin dai primi giorni di vita del d.lgs. n. 276/2003 (cfr. M. TIRABOSCHI, *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana ADAPT – Fondazione "Marco Biagi", n. 2, Giuffrè, Milano, 2004, 3-30), e come dovrebbe

portando alle estreme conseguenze siffatte considerazioni, sino al punto di rasentare il paradosso, non è poi neppure mancato chi è persino giunto a dubitare della reale utilità, per il sistema produttivo e le aziende, del nuovo quadro legale delle esternalizzazioni delle relazioni di lavoro. E' stato infatti sostenuto, anche da quanti hanno criticato la riforma Biagi per un (presunto) eccesso di flessibilità e liberalizzazione del mercato del lavoro, che il decreto legislativo n. 276 del 2003 finirebbe per mortificare, da questo specifico punto di vista, non solo le istanze di tutela del lavoro e le logiche della solidarietà collettiva ma, prima ancora, le esigenze di competitività del sistema e di efficienza organizzativa e gestionale delle stesse imprese ⁽¹²⁾.

Ne risulta un quadro complessivo dalle fosche tinte. Un quadro in cui, al pari di lavoratori e organizzazioni sindacali, anche datori di lavoro, direttori del personale e dirigenti aziendali dovrebbero risultare letteralmente spiazzati da una riforma inutile, prima ancora che tecnicamente male apprestata ⁽¹³⁾.

A sostegno di questa linea di pensiero si richiamano, per un verso, gli esorbitanti costi di «quello che il decreto attuativo della legge 30 chiama, con un termine dal vago sentore medico, somministrazione di lavoro» ⁽¹⁴⁾ e, per altro verso, si enfatizza un presunto «caos organizzativo e gestionale (che deriverebbe) dalla compresenza nello stesso spazio lavorativo, sia quello di una fabbrica o di un palazzo uffici, di lavoratori inquadrati da dozzine di contratti di lavoro differenti» tra cui vanno annoverati appunto «i cosiddetti terzisti, che entrano all'interno dei suoi impianti e uffici per lavorare a fianco a fianco dei dipendenti dell'impresa motrice» ⁽¹⁵⁾.

Alla retorica, invero stantia e largamente smentita dalla ricerca storica e giuridica ⁽¹⁶⁾, di quanti intravedono nelle moderne agenzie di

essere logico anche solo in base a parametri e considerazioni di buon senso, un giudizio attendibile sugli effetti pratici della riforma sarà possibile solo dopo una prima fase di sperimentazione delle innovazioni in essa contenute.

⁽¹²⁾ In questo senso cfr. P. ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 166.

⁽¹³⁾ Insiste ossessivamente sulla fattura delle norme, tanto da farne il vero e unico *leit motiv* delle proprie valutazioni critiche sulla riforma, M. PEDRAZZOLI, *La correzione della c.d. riforma Biagi*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro – Inserto sulla correzione d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, VII.

⁽¹⁴⁾ Così L. GALLINO, *Il lavoro atipico che fa male alle aziende*, in *La Repubblica*, 5 giugno 2004. Nella dottrina giuslavoristica cfr., sulla stessa linea di pensiero, M. LAMBERTI, *Ragionando di esternalizzazioni: la prestazione di lavoro nei contesti multidatoriali*, in G. FERRARO, *op. cit.*, qui 405.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁾ Ma ciò nonostante ancora fortemente radicata nel nostro Paese. E' sufficiente ricordare, a questo proposito, i lavori parlamentari che hanno accompagnato l'iter di approvazione

somministrazione dei *nouveaux marchands d'hommes* – e, per l'occasione, rispolverano incautamente e con buona dose di cinismo l'immagine, legata a fenomeni del tutto differenti, della mercificazione del lavoro di marxiana memoria ⁽¹⁷⁾ – si è dunque progressivamente affiancato un più sottile e penetrante filone critico che, nella sua espressione più grezza, pare tuttavia pregiudizialmente finalizzato a nient'altro che a depotenziare gli effetti della riforma. Non più però sul terreno del conflitto e della dialettica intersindacale ⁽¹⁸⁾ ovvero della pregiudiziale ideologica e di politica del diritto ⁽¹⁹⁾ ma, ancora prima, sulla base di semplici – quanto grossolane e approssimative – valutazioni di razionalità economica che dovrebbero mettere in guardia le imprese circa l'effettiva utilità e i vantaggi, per l'organizzazione aziendale, di una legislazione del lavoro che pure non si esita a etichettare, invero non senza qualche evidente contraddizione, come ultraliberista e mercantilista ⁽²⁰⁾.

Interagire con centinaia di persone che, oltre a far capo a decine di aziende diverse, sono anche titolari di dozzine di contratti di lavoro differenti – è stato infatti scritto da chi, molto probabilmente, conosce unicamente i metodi di produzione e organizzazione del lavoro propri della vecchia fabbrica fordista ⁽²¹⁾ – «significa aver a che fare con

della l. n. 30/2003, da cui è poi scaturito il d.lgs. n. 276/2003, per accorgersi di come la somministrazione di lavoro venga ancora oggi da taluno semplicisticamente assimilata al caporalato e allo sfruttamento a fini speculativi del lavoro altrui. I lavori parlamentari sono reperibili all'indirizzo internet www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*. Il dato non è nuovo e analoghe manifestazioni critiche si erano registrate nel corso della approvazione della l. n. 196/1997.

⁽¹⁷⁾ Cfr. K. MARX, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, I, Einaudi, Torino, 1954 ma 1867, qui 172, con riferimento a quei «rapaci parassiti (che) s'infiltrano fra il datore di lavoro vero e proprio e l'operaio». Sia consentito rinviare, sul punto, alla analisi storico-giuridica condotta in chiave comparata nel mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, spec. Cap. III, e ivi gli opportuni riferimenti bibliografici.

⁽¹⁸⁾ La situazione di conflitto che ha accompagnato l'iter di approvazione della riforma Biagi del mercato del lavoro è puntualmente descritta da M.R. IORIO, *Riforma Biagi e conflitto*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 731-745.

⁽¹⁹⁾ Per questi profili cfr. M. DEL CONTE, *Il ruolo della contrattazione collettiva e l'impatto sulle relazioni industriali*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 635-649.

⁽²⁰⁾ Così, tra i tanti, G. GHEZZI, *Introduzione*, in P. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *Lavoro: ritorno al passato – Critica del Libro Bianco e della legge delega al Governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, Ediesse, Roma, 2002, 10. Più recentemente, cfr. la *Premessa dei curatori*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, ES, Napoli, 2004, qui 8.

⁽²¹⁾ Sulla connessione tra processi di esternalizzazione e declino di quella fabbrica fordista che realizza «all the functions required to manufacture their products» cfr. *infra* il § 3 e, sin d'ora, A. SUPLOT, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in*

un'infinita varietà di interessi e di atteggiamenti, con conflitti interpersonali e intergruppo, con processi legati all'ininterrotto confronto tra il proprio trattamento retributivo e quello del vicino. In tale situazione, governare l'organizzazione d'impresa ed i processi produttivi diventa un impegno che perfino Sisifo rifiuterebbe, trovando preferibile il suo»⁽²²⁾.

Difficile dunque, se non impossibile, per datori di lavoro e dirigenti gestire le risorse umane e materiali di una impresa che cambia così radicalmente – e magicamente, si direbbe – per semplice imposizione legislativa. Una impresa che solo ora, in virtù di una legislazione finalizzata unicamente a incentivare la massima «volatilità del personale occupato», e non certo in ragione di processi economici e sociali pure da tempo in atto (ma v. *infra*, § 3), perderebbe così, e definitivamente, la sua innata identità di «maestosa costruzione saldamente radicata al suolo» per trasformarsi in una sorta di «enorme voliera»⁽²³⁾. Altrettanto difficile – si aggiunge – diventa anche perseguire gli obiettivi della crescita, della produttività e della competitività del nostro apparato produttivo, che pure – si è costretti a riconoscere – «non possono ragionevolmente prescindere da apporti specialistici, da parte di imprese fornitrici o appaltatrici altamente qualificate, al ciclo produttivo dell'impresa-madre o committente»⁽²⁴⁾.

Il decreto legislativo n. 276 del 2003, avallerebbe dunque, almeno secondo una parte degli osservatori e commentatori della riforma Biagi, un disegno di politica economica e del diritto di basso profilo perché rivolto unicamente alla drastica riduzione dei costi del lavoro. E questo attraverso strumenti e accorgimenti i quali consentano cioè «di peggiorare la condizione economico-normativa della manodopera, di rendere difficile, mediante la frantumazione, materiale o giuridica, degli ambiti lavorativi, l'aggregazione di interessi collettivi contrapposti, e di deresponsabilizzare, altresì, gli imprenditori tanto nei confronti dei singoli lavoratori quanto nei confronti delle loro organizzazioni sindacali»⁽²⁵⁾.

Europe – A report prepared for the European Commission, Oxford University Press, Oxford, 2001.

⁽²²⁾ Così: L. GALLINO, *Il lavoro atipico che fa male alle aziende*, cit., e già ID., *Se tre milioni vi sembrano pochi*, Einaudi, Torino, 1998.

⁽²³⁾ Così: U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, qui 35 e anche 37, ove aggiunge che la volatilità del personale sconfinava, in caso di somministrazione, con l'invisibilità, in quanto i lavoratori in missione non sono computati nell'organico dell'impresa utilizzatrice. Vero è, peraltro, che detti lavoratori risultano già computati nell'organico della agenzia di somministrazione di lavoro ragione per cui non si comprende la necessità del doppio computo. In questi stessi termini si era del resto già espressa la l. n. 196/1997.

⁽²⁴⁾ Così: P. ALLEVA, *op. cit.*, 166. Cfr. altresì, U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, spec. 74-79, cui *adde* M. LAMBERTI, *op. cit.*, qui 404.

⁽²⁵⁾ Ancora P. ALLEVA, *op. loc. ult. cit.*

Depurato dalla sua marcata connotazione ideologica e caricaturale, che ne fa perdere il tratto insieme più raffinato e potenzialmente innovativo sul versante della critica del diritto, il summenzionato filone interpretativo pare invero assumere una importanza non secondaria nello studio del nuovo regime giuridico delle esternalizzazioni del lavoro. E questo non solo perché le rilevazioni dell'Istat ⁽²⁶⁾ – così come le più recenti indagini dell'Isfol ⁽²⁷⁾, del Cnel ⁽²⁸⁾ e del Centro Studi di Confindustria ⁽²⁹⁾ – nel registrare, a oltre un anno dalla entrata in vigore del decreto legislativo n. 276 del 2003, un incremento della occupazione stabile e di qualità e una riduzione del lavoro sommerso sconfessano alla radice la critica che fa leva sulla destrutturazione del mercato del lavoro e, con essa, la retorica della precarizzazione del lavoro ⁽³⁰⁾.

Vero è, semmai, che le recenti riforme del mercato del lavoro, a partire dal pacchetto Treu del 1997, hanno contribuito a contenere e governare quelle insidiose forme di flessibilità non normata e sindacalmente non tutelata che, nel confronto comparato, fanno del diritto del lavoro italiano – che pure rimane sulla carta uno dei più rigidi ⁽³¹⁾ – uno dei più ineffettivi e deregolamentati sul piano della prassi applicativa. Questo è almeno quanto testimoniano le impressionanti stime del lavoro nero e irregolare che, con circa 4 milioni di lavoratori non dichiarati, fanno registrare tassi due/tre volte superiori alla media degli altri Paesi ⁽³²⁾.

⁽²⁶⁾ Le rilevazioni trimestrali dell'Istat sulla forza-lavoro del 2004 segnalano infatti che negli ultimi mesi sono stati creati circa 250 mila posti di lavoro permanenti a tempo indeterminato, mentre è diminuito di ben 110 mila unità il numero di lavoratori temporanei. In tema cfr. P. GARIBALDI, *L'occupazione cresce ancora*, in *La voce.Info*, 30 marzo 2004. Le più recenti rilevazioni trimestrali dell'Istat sulle forze lavoro sono reperibili in www.csmb.unimo.it Boll. *Adapt*.

⁽²⁷⁾ ISFOL, *Rapporto 2004*, Roma, novembre 2004.

⁽²⁸⁾ CNEL, *Rapporto sul mercato del lavoro 2003*, Roma, luglio 2004.

⁽²⁹⁾ CONFINDUSTRIA, *La trasformazione industriale in Europa – Previsioni macroeconomiche*, a cura del Centro Studi, Roma, dicembre 2004, n. 2, qui 86-88.

⁽³⁰⁾ Per questo profilo cfr. la puntuale analisi di E. REYNERI, *Qualità del lavoro e flessibilità sostenibile, in 1983-2003: la politica locale del lavoro in provincia di Trento compie vent'anni*, in *OrienteLavoro*, 2004, n. 1, suppl., 111-118 (vedilo anche in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*).

⁽³¹⁾ Per un confronto comparato cfr., se vuoi, il mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., 144- 204.

⁽³²⁾ Cfr. ISTAT, *La misura dell'occupazione non regolare nelle stime di contabilità nazionale: un'analisi a livello nazionale, regionale e retrospettiva a partire dal 1980*, Roma, dicembre 2004, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro irregolare*. Per una ampia documentazione sul fenomeno del lavoro sommerso in Italia e nel confronto comparato si veda il sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali <http://emersione.welfare.gov.it/IES/home.asp> e ivi preziose indicazioni bibliografiche e rapporti di ricerca comunitari, nazionali e locali.

Piuttosto, coglie precisamente nel segno chi, pur giudicando la scelta almeno in parte temeraria, proprio alla luce della assai articolata composizione economica e sociale del Paese, afferma ora che con la riforma Biagi la tutela del lavoro, inteso come patrimonio dell'impresa, «è lasciata assai più all'imprenditore che non, come avveniva in passato, alla norma, compiendo cioè una duplice scommessa: una sugli imprenditori e una sull'aumento di potere contrattuale dei lavoratori»⁽³³⁾.

Come dire che le imprese hanno ora, indubbiamente, un contesto giuridico di riferimento propizio alla innovazione organizzativa e all'investimento in capitale umano. Anche se poi si dubita in merito alla reale capacità di direttori del personale e dirigenti aziendali di innescare processi di modernizzazione che pure appaiono così necessari per vincere la sfida competitiva imposta dalla globalizzazione dei mercati.

2. La separazione del lavoro dalla impresa: un fenomeno di modernità?

Chi voglia oggi ricostruire con serenità di giudizio il nuovo quadro legale dei rapporti interpositori non può in effetti non confrontarsi con questa originale quanto suggestiva linea di pensiero, particolarmente apprezzabile anche perché contribuisce a sgombrare il terreno da valutazioni grossolane quanto preconcepite sulle reali finalità e sui presunti effetti destrutturanti del decreto legislativo n. 276 del 2003, rispetto alle dinamiche del nostro mercato del lavoro⁽³⁴⁾.

Secondo questa prospettiva di analisi il legislatore della riforma avrebbe invero dimostrato, meglio che in passato⁽³⁵⁾, di conoscere i problemi pratici di organizzazione aziendale e gestione del personale⁽³⁶⁾,

⁽³³⁾ Così, lucidamente, P.A. REBAUDENGO, *op. cit.*, 171. Nella stessa prospettiva cfr. altresì A. RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale – Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. Cap. III, sez. II.

⁽³⁴⁾ Si attarda ancora su questo profilo A. PERULLI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, qui spec. XIII-XIV, con sottili disquisizioni sulle intenzioni dichiarate e sugli intenti reali del legislatore, quando invece, a oltre un anno dalla entrata in vigore della riforma, sarebbe stato sicuramente più interessante valutarne i primi esiti applicativi (v. i dati richiamati *supra* alle note 25, 26, 27, 28), in modo da suffragare con elementi fattuali e oggettivi quelle che, altrimenti, risultano essere mere petizioni di principio facilmente ribaltabili anche solo in una mera logica dialettica di critica e rovesciamento.

⁽³⁵⁾ Così, letteralmente, P.A. REBAUDENGO, *op. cit.*, 182.

⁽³⁶⁾ Il che non sorprende, visto che la riforma è stata oggetto di un serrato confronto con le parti sociali e gli operatori economici, alla ricerca di soluzioni aderenti, più che a logiche di mera razionalità giuridica, ai reali problemi presenti nella prassi applicativa. Cfr., sul punto, V. D'ORONZO, *La riforma del mercato del lavoro tra concertazione e dialogo sociale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 747-771, e ivi anche le

con buona pace di quanti ancora oggi ritengono che il diritto debba risultare impermeabile ai processi normativi reali ⁽³⁷⁾. Non a caso la riforma Biagi è particolarmente apprezzata da quanti rifuggono da una concezione del diritto come sapere dogmatico e tecnico fine a sé stesso ⁽³⁸⁾: un sapere patrimonio di pochi adepti, incuranti del suo grado di effettività ed esigibilità – oggi davvero troppo basso per rispondere realisticamente alla finalità, pure spesso enfaticamente sbandierata dai critici della riforma, di tutela del lavoratore in carne e ossa ⁽³⁹⁾ – e che spesso alimenta, nella inaccessibilità/complexità del dato legale, quello che Pietro Ichino ha giustamente definito il grande *business* del diritto del lavoro ⁽⁴⁰⁾.

Tuttavia – e qui sta l'osservazione critica a prima vista più penetrante e meglio argomentata – è stato avanzato il dubbio che lo stesso legislatore abbia colpevolmente sottovalutato le conseguenze relative «ad una soluzione un po' sbrigativa» ⁽⁴¹⁾ dei principali problemi giuridici legati alla organizzazione del lavoro. Il rischio è quello di finire per adottare, in questo modo, un impianto normativo complessivamente «più orientato a superare le criticità operative e gestionali, auspicabilmente con esiti positivi per aziende e lavoratori, che a modernizzare il diritto del lavoro nell'ottica della valorizzazione delle risorse umane. Attività che naturalmente resta interamente compito e di interesse delle imprese» ⁽⁴²⁾.

testimonianze delle parti sociali, largamente favorevoli alla riforma, raccolte nella Parte II, Sez. (C), *La riforma del mercato del lavoro tra concertazione e dialogo sociale: la posizione del governo e il giudizio delle parti sociali*.

⁽³⁷⁾ In questa prospettiva cfr., da ultimo, A. PERULLI, *Introduzione*, cit., qui spec. XIII-XIV, che accusa il legislatore di scarsa dimestichezza con il sistema, le sue regole e le sue compatibilità, dimenticando tuttavia come la realtà del nostro mercato del lavoro, caratterizzato da elevatissimi tassi di lavoro nero e irregolare, abbia invero sino a oggi dimostrato esattamente il contrario e cioè la scarsa dimestichezza del legislatore non tanto con il «sistema» ma piuttosto la realtà concreta e i fenomeni economici e sociali che intende regolare.

⁽³⁸⁾ Non così, invece, M. PEDRAZZOLI, *La correzione della c.d. riforma Biagi*, cit., che crede nella idoneità di un diritto immobile e coerente con mere logiche di sistema a governare una realtà dinamica e in continuo movimento.

⁽³⁹⁾ Sui rapporti tra riforma Biagi ed effettività del diritto del lavoro cfr. quanto ho cercato di argomentare nel mio *Riorganizzazione dei servizi ispettivi e riforma del mercato del lavoro*, in C.L. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Collana ADAPT – Fondazione "Marco Biagi", n. 4, Giuffrè, Milano, 2004, spec.15-18.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato – Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, spec.164-166.

⁽⁴¹⁾ P.A. REBAUDENGO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴²⁾ Ancora P.A. REBAUDENGO, *op. loc. ult. cit.*

Il regime giuridico delle esternalizzazioni faciliterebbe indiscutibilmente, in altri termini, i fenomeni di circolazione dell'azienda e anche la possibilità di procedere a un utilizzo strutturale, all'interno di una compagine d'impresa sempre più frantumata, di personale dipendente da altri operatori economici, vuoi in regime di appalto vuoi in regime di somministrazione o distacco ⁽⁴³⁾. Vengono infatti definitivamente superate quelle situazioni di «obsolescenza» dell'ordinamento giuridico del lavoro italiano – come le definiva Marco Biagi ⁽⁴⁴⁾ – che per lungo tempo, in virtù di normative non pensate per favorirle, o anche solo per governarle, hanno trasformato gli innegabili vantaggi delle esternalizzazioni «in un rischio e quindi in un vincolo».

Ma al tempo stesso, proprio per come congegnato, il nuovo dato normativo rischierebbe di dare luogo a un reciproco impoverimento tanto dei prestatori di lavoro che delle stesse imprese. E questo si verificherebbe, almeno in una ottica di medio-lungo periodo, per la semplice ragione che l'imprenditore che si avvale di lavoratori per il tramite di relazioni giuridiche di natura commerciale con altre imprese, e non attraverso il tradizionale contratto di lavoro dipendente di cui all'articolo 2094 c.c., non ha alcun interesse a investire sul loro sviluppo professionale e cioè a individuare adeguati percorsi formativi e piani di carriera, così da tener nel debito conto il loro potenziale di crescita, attuando spostamenti anche orizzontali per arricchirne le competenze, a stimolare la loro partecipazione ai processi di cambiamento ovvero ai sistemi di qualità aziendale. Verrebbero depotenziati, in altre parole, quei meccanismi gestionali e motivazionali che soli consentono «di creare "appartenenza", "cultura d'impresa", partecipazione» ⁽⁴⁵⁾.

Ad essere sottoposto a serrata critica dalla parte più raffinata e acuta di questo filone interpretativo è dunque l'assioma che ha sin qui sostenuto e reso attraenti, e non solo agli occhi delle imprese, i processi di esternalizzazione. E cioè il loro essere espressione della modernità.

⁽⁴³⁾ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 ecc.*, cit.

⁽⁴⁴⁾ Cfr., M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *op. cit.*, qui 271. Per questo A. «tante sono le difficoltà, così molteplici paiono i rischi di ordine legale, che la valenza strategica dell'*outsourcing* può in alcuni casi vacillare».

⁽⁴⁵⁾ Così: P.A. REBAUDENGO, *op. loc. ult. cit.*, cui adde A. MARCHETTI, *I limiti della flessibilità*, in R. PEDERSINI (a cura di), *Oltre la flessibilità – Impresa e lavoro fra nuovi mercati e trasformazioni sociali*, Edizioni Lavoro, Roma, 2004, 183-204, e V. SPEZIALE, *op. cit.*, 284. Nella letteratura internazionale, sostanzialmente nello stesso senso, cfr. D.H. AUTOR, *Outsourcing at Will: The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment Outsourcing*, in *Journal of Labor Economic*, 2003, qui 9 (vedilo parzialmente tradotto in italiano in *RIDL*, 2004, I, 459-483).

Una modernità intesa come innovazione organizzativa e gestionale legata all'impiego del fattore lavoro ⁽⁴⁶⁾.

E' proprio questo, a ben vedere, il vero terreno di verifica della bontà o meno del nuovo regime delle esternalizzazioni introdotto dal decreto legislativo n. 276 del 2003, tanto sul versante delle tecniche di tutela del lavoro quanto su quello del recupero di competitività ed efficienza organizzativa del nostro sistema produttivo ⁽⁴⁷⁾.

3. Esternalizzazione delle relazioni di lavoro e innovazione organizzativa nella nuova economia

La questione su cui oggi occorre riflettere seriamente, senza pregiudizi e logiche di appartenenza, è dunque la relazione che intercorre, in una logica di competitività di sistema, tra strategie di esternalizzazione delle relazioni di lavoro e politiche di valorizzazione del capitale umano.

Poca o nessuna attenzione merita invece, con riferimento alla disciplina giuridica della somministrazione di lavoro altrui, quella che abbiamo poc'anzi definito la retorica della mercificazione del lavoro. Una retorica che, per quanto ancora radicata in alcuni circoli accademici e ambienti sindacali, è stata sconfitta dalla storia – come ben testimonia, attraverso la posizione assunta dalla Organizzazione Internazionale del lavoro ⁽⁴⁸⁾, l'evoluzione delle fonti internazionali in materia – e, nel nostro Paese, dagli articoli 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196. Legge con cui, buoni ultimi in Europa, si è provveduto a riconoscere la legittimità, a certe condizioni ed entro determinati limiti di legge e contratto collettivo ⁽⁴⁹⁾, del ricorso alla fornitura di lavoro altrui.

Vero è peraltro che i primi anni di attuazione della legge n. 196 del 1997, hanno abbondantemente dimostrato come il legislatore abbia saputo discernere con ragionevolezza – e secondo un impianto normativo e concettuale confermato per i profili che qui rilevano dal decreto legislativo n. 276 del 2003 ⁽⁵⁰⁾ – tra ipotesi fraudolente o parassitarie di

⁽⁴⁶⁾ Cfr., sul punto, M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., spec. 284-285.

⁽⁴⁷⁾ In questa prospettiva cfr. i contributi raccolti in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il regime giuridico delle esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione di lavoro, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2005 (in corso di pubblicazione).

⁽⁴⁸⁾ Si veda, in particolare, E. SALSI, *Pubblico e privato nella gestione del collocamento: la convenzione OIL n. 181/97*, in *DRI*, 1998, n. 2, 161-167.

⁽⁴⁹⁾ Cfr., al riguardo, i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro – Commento alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, Giuffrè, Milano, 1997.

⁽⁵⁰⁾ Concordano, su questo punto, P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro – Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004, qui 242, nota 15; M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione*,

interposizione nei rapporti di lavoro e servizi professionali e altamente qualificati particolarmente importanti per la riattivazione del mercato del lavoro ⁽⁵¹⁾. Quei servizi che, nel creare occasioni aggiuntive di lavoro regolare e di qualità, si rivelano utili sia per il mercato sia per gli stessi lavoratori che, al termine della missione, vedono infatti aumentare sensibilmente le opportunità di inserimento stabile nel mondo del lavoro.

Non va infatti trascurata la circostanza che, secondo una recente ricerca curata per il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ⁽⁵²⁾, «un lavoratore avviato ad una missione di lavoro interinale può ragionevolmente attendersi che la sua probabilità di conseguire una occupazione permanente circa un anno e mezzo dopo la missione stessa raddoppi, rispetto al caso di non avviamento, passando approssimativamente dal 14% al 28%». Inoltre, «a circa il 51% dei lavoratori interinali viene prospettata la possibilità di essere assunti direttamente dall'impresa utilizzatrice al termine della missione. Per il 32% di tali soggetti, questa prospettiva diventa realtà. Tuttavia, anche il 20% di coloro ai quali nessuna assunzione è stata prospettata risulta poi assunto dall'impresa utilizzatrice».

Così come è anche vero che, in molte circostanze, e ancor di più nel caso della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, lo stesso prestatore di lavoro potrebbe ritenere preferibile una collocazione presso il fornitore – spesso una grande multinazionale del settore – piuttosto che alle dipendenze dell'utilizzatore, tanto in termini di trattamenti economici e normativi quanto in prospettiva di una continuità occupazionale e formazione continua ⁽⁵³⁾. Considerazione questa che spiega perché il legislatore abbia incentivato – all'articolo 23, commi 8 e 9, del decreto

comando, appalto, trasferimento d'azienda, Ipsoa, Milano, 2004, qui 15; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, qui § 1; S. MAGRINI, P. PIZZUTI, *op. cit.*, qui 191. *Contra*: V. SPEZIALE, *op. cit.*, 278. Per un tentativo di dimostrare la sostanziale coincidenza tra l'impianto normativo e concettuale della l. n. 196/1997 e il d.lgs. n. 276/2003 cfr., se vuoi, il mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 205-229.

⁽⁵¹⁾ Secondo l'auspicio contenuto nella parte III (*politiche del lavoro*) del protocollo «Giugni» del 1993 sul costo del lavoro che per primo ha aperto la strada della legittimazione sociale della fornitura di lavoro altrui nel nostro Paese (vedilo in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Concertazione*). Tale aspetto è ora bene evidenziato, tra gli altri, da A. ACCORNERO, *Rappresentanza e nuovi lavori*, in *DRI*, 2005, n. 1, spec. § 1, secondo cui «l'interinale si segnala in Italia per le norme serie, i costi certi, il rapporto tutelato, la buona intermediazione, e per le possibilità di prova, di reiterazione e di assunzione che offre ai lavoratori e agli imprenditori».

⁽⁵²⁾ Cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia – Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Ed. Plus, Università di Pavia, 2003, qui 57-59, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Somministrazione*.

⁽⁵³⁾ Questo aspetto è bene evidenziato da P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., 229.

legislativo n. 276 del 2003 – la fidelizzazione dei lavoratori da parte delle agenzie di somministrazione ammettendo a questo fine, nel contratto di fornitura, clausole dirette a limitare la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della missione. E questo non solo in caso di lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato ma anche, in presenza di una adeguata indennità corrisposta al lavoratore, con contratto a tempo determinato⁽⁵⁴⁾.

Le ricerche empiriche indicano in ogni caso che, dal punto di vista delle imprese, in ciascuna fornitura di lavoro altrui s'intrecciano di fatto, anche al di là delle indicazioni contenute nella legge, esigenze di flessibilità occupazionale e funzioni di selezione del personale nell'ottica dell'investimento in capitale umano. Là dove, per contro, l'applicazione della regola di parità di trattamento tra lavoratori inviati in missione e lavoratori direttamente assunti dalla impresa utilizzatrice⁽⁵⁵⁾ conferma inequivocabilmente – sul piano logico prima ancora che sistematico – che il ricavo netto della agenzia di somministrazione di manodopera non si fonda su un lucro parassitario determinato dalla mercificazione del lavoro e cioè dalla mera differenza tra quanto percepito dall'impresa cliente per il costo del lavoro e quanto corrisposto al lavoratore.

L'utile ricavato dalla impresa di somministrazione, in questi casi, si giustifica piuttosto come profitto in ragione della assunzione di un rischio tipico d'impresa⁽⁵⁶⁾ in quanto l'agenzia di somministrazione è costretta a offrire sul mercato un servizio – di ricerca, selezione, formazione del lavoratore e di gestione amministrativa del rapporto di lavoro – che, dal punto di vista del prezzo della singola prestazione lavorativa, comporta un costo superiore rispetto a quello che sopporterebbe l'impresa utilizzatrice se dovesse assumere direttamente il lavoratore⁽⁵⁷⁾. Circostanza questa che rende priva di attendibilità la tesi di quanti vedono nello *staff-leasing* e nella somministrazione di lavoro a termine resa da agenzie a ciò espressamente autorizzate dall'ordinamento, in presenza e previa verifica di rigorosi requisiti giuridici e finanziari, espressione di una politica gestionale volta alla mercificazione e precarizzazione del lavoro.

Vero è, semmai, che proprio il maggior costo di fatto sostenuto dalle imprese utilizzatrici che si rivolgono alle agenzie di somministrazione,

⁽⁵⁴⁾ Cfr. il mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui, 209.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. l'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003. In dottrina cfr. A. NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2003, 278-284.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., sul punto, P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui spec. 226-229.

⁽⁵⁷⁾ Sul "costo" della somministrazione cfr. T. TREU, *Riforma Biagi e nuove regole del mercato del lavoro*, in G. FERRARO, *op. cit.*, qui 169. Per un approfondimento di questo profilo rinvio al mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., spec. 246-250.

unitamente alla circostanza che non tutte le responsabilità tipiche di chi utilizza una prestazione lavorativa vengono meno ⁽⁵⁸⁾, dovrebbe indurre a ricorrere alla somministrazione di lavoro – anche in assenza di vincoli legali e divieti anacronistici, come bene dimostra il caso degli Stati Uniti ⁽⁵⁹⁾ – unicamente in presenza di cause oggettive e reali (*infra*, § 5) e non certo in funzione di semplicistiche strategie aziendali di riduzione del costo lavoro. Quelle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive, anche inerenti alla ordinaria attività dell'utilizzatore, che, nell'impianto del decreto legislativo n. 276 del 2003, sono ora chiamate a governare con maggior effettività – grazie anche a un rinnovato sistema sanzionatorio ⁽⁶⁰⁾ – i processi di esternalizzazione e/o internalizzazione del lavoro altrui ⁽⁶¹⁾.

Come efficacemente rilevato già nel celebre *Rapporto Supiot* del 1998 sulle trasformazioni del lavoro e il futuro del diritto del lavoro in Europa ⁽⁶²⁾, la tendenza a ridurre i costi e a rendere più flessibile l'impiego della forza-lavoro ha certamente giocato un importante ruolo e può contribuire a spiegare l'esternalizzazione di funzioni e competenze che richiedono *skill* limitati (pulizia, giardinaggio, facchinaggio, manutenzione di impianti, *catering*, servizi di trasporto, ecc.). Ma chi conosce la più recente evoluzione dei modi di produrre e organizzare il

⁽⁵⁸⁾ Vero è, piuttosto, che la disciplina della somministrazione di lavoro dà luogo a una forma di co-impiego caratterizzata per una distribuzione programmatica – e largamente tipizzata dal legislatore, dei rischi e delle responsabilità contrattuali legate all'impiego di forza-lavoro eterodiretta. Per questo profilo, delineato nel mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., qui spec. 318-345, sulla scorta della esperienza degli Stati Uniti cfr. ora L. CORAZZA, *Il modello statunitense dello "Staff leasing e la somministrazione di manodopera": qualche appunto in prospettiva di una riforma*, in *q. Rivista*, 2002, n. 4, 553-564.

⁽⁵⁹⁾ Il caso americano mostra in effetti che, anche in assenza di una disciplina vincolistica come la nostra, il ricorso allo *staff-leasing* e alla somministrazione di lavoro rimane limitato a prestazioni specialistiche e di nicchia ovvero a prestazioni *labour intensive* che consentono lo sfruttamento di economie di scala e di un certo *know how* organizzativo e gestionale, non superando di molto il 2% della forza-lavoro. Cfr. il rapporto 2004 dell'American Staffing Association, *Staffing Industry's Positive Role in U.S. Economy* reperibile all'indirizzo internet www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Esternalizzazioni*.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. ora, con specifico riferimento ai profili sanzionatori di carattere civile, la circ. Min. lav. n. 7/2005, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 7, e in dottrina, con riferimento in particolare ai profili di rilevanza penale, P. RAUSEI, *La somministrazione abusiva di lavoratori illecitamente utilizzati*, in *DPL*, 2005, n. 7, 409 - 418.

⁽⁶¹⁾ Per approfondimenti cfr., se vuoi, il mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 205-229 e anche P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro – Inserto sulla correzione d.lgs. 6 ottobre 2004*, n. 251, cit.

⁽⁶²⁾ *Transformation of Labour and the Future of Labour Law in Europe – Final Report*, 1998, qui 17, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Statuto dei lavori*. Cfr. ora A. SUPIOT, *op. cit.*, qui 18.

lavoro sa bene che l'esternalizzazione di funzioni che richiedono competenze professionali più elevate è il risultato di due diversi fattori: «da un lato il progresso tecnologico (segnatamente il ruolo delle nuove tecnologie nell'ambito della informazione e delle telecomunicazioni), che ha simultaneamente innalzato il livello delle competenze richieste per certe funzioni e incoraggiato il ricorso all'*outsourcing*; dall'altro lato, l'evoluzione delle tecniche contrattuali, che oggi offrono ai clienti una giusta e migliore conoscenza dei loro fornitori, eliminando i rischi inerenti alle esternalizzazioni di fasi cruciali del ciclo produttivo (in particolare standard di qualità e certificazioni di conformità ISO 9000)»⁽⁶³⁾.

E anche recenti studi empirici condotti per conto dell'*European Monitoring Centre on Change* della Fondazione Europea di Dublino per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro⁽⁶⁴⁾ confermano come sia largamente fuorviante la considerazione – pure largamente diffusa anche nel nostro Paese, come indicano i contributi citati nel paragrafo 1 – che i fenomeni di esternalizzazione del lavoro siano guidati esclusivamente dalla ricerca di un minor costo del lavoro ovvero dalla finalità di aggiramento fraudolento delle tutele del lavoro dipendente.

La realtà è decisamente più complessa e diversi elementi, non necessariamente legati al costo del lavoro e alla competizione tra i diversi sistemi regolativi del lavoro dipendente, concorrono a spiegare un fenomeno tanto complesso quanto caratteristico dei nuovi processi di organizzazione del lavoro⁽⁶⁵⁾.

La nuova economia è, in effetti, il prodotto della combinazione degli incrementi di capitale tecnologico, capitale umano e capitale organizzativo⁽⁶⁶⁾. L'innovazione richiede peraltro che l'investimento in tecnologie possa dare un adeguato ritorno grazie a risorse umane competenti e adattabili e a modelli organizzativi idonei a valorizzarne

⁽⁶³⁾ A. SUPLOT, *op. loc. ult. cit.* Cfr. altresì K. PURCELL, J. PURCELL, *In-sourcing, out-sourcing e lavoro temporaneo*, in *DRI*, 1998, n. 3, 343-356.

⁽⁶⁴⁾ Cfr., in particolare, lo studio curato da U. HUWS, S. DAHLMANN, J. FLECKER, *Outsourcing of ICT and related services in the EU*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2004 (vedilo in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Esternalizzazioni*).

⁽⁶⁵⁾ Così, espressamente, il direttore della Fondazione di Dublino, nella prefazione allo studio condotto da U. HUWS, S. DAHLMANN, J. FLECKER, *op. cit.* Nella letteratura italiana, per una critica alla tesi che vede semplicisticamente il decentramento produttivo come il risultato della competizione (al ribasso) tra sistemi regolativi del lavoro subordinato, cfr. L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, *cit.*, spec. 82-93. *Contra*, ma senza fornire elementi al riguardo, M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, *cit.*, qui 12.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. il rapporto presentato alla Commissione Europea a cura di T. Alasoini su *Challenges of Work Organization Development in the Knowledge-Based Economy*, September 2001, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (Organizzazione del)*.

tutte le potenzialità⁽⁶⁷⁾. In particolare, le tecnologie del calcolo e della comunicazione hanno determinato il superamento del modello "verticale" e quindi del ciclo produttivo integrato ove tutti i lavoratori svolgevano mansioni rigidamente e gerarchicamente predeterminate e, pur operando in ambiti diversi – di diretta produzione o di indiretto servizio ad essa –, dipendevano dallo stesso datore di lavoro. La rivoluzione digitale ha indotto la possibilità che società diverse operino in rete tra di loro – e secondo una fitta trama di relazioni contrattuali normalmente stabili e standardizzate⁽⁶⁸⁾ – favorendo la specializzazione e l'interdipendenza di ciascuna di esse⁽⁶⁹⁾.

Risulta così economicamente razionale per ciascun operatore economico concentrarsi sul proprio *core business* aziendale ed approvvigionarsi da soggetti terzi – spesso dotati un prezioso *know how* immateriale ed organizzativo – non soltanto per la logistica, il *facility management*, l'amministrazione, la selezione e gestione del personale, i sistemi informativi, la commercializzazione dei prodotti, ma, più recentemente, anche per funzioni centrali e altamente specialistiche prossime al cuore del processo produttivo aziendale.

Ciò è particolarmente vero per le piccole e medie imprese, rispetto alle quali la logica di rete e il ricorso al *know how* organizzativo e gestionale di imprese specializzate risulta sempre più decisivo per sopravvivere, nel medio e lungo periodo, in un contesto economico e sociale in continua evoluzione⁽⁷⁰⁾. E lo è ancor di più in Paesi come il

(67) Il nesso tra nuova organizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano è nitidamente tracciato nel *Libro verde* della Commissione Europea su *Partnership for a New Organizations of Work*, document drawn up on the basis of COM(97)128 final, in *Bulletin of European Union*, 1997, n. 4, suppl., vedilo ora in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (Organizzazione del)* ma vedi già il *Libro Bianco* su *Crescita, competitività e occupazione – Documento in attuazione della COM(93) 700 final* (in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Statuto dei lavori*).

(68) Ancora A. SUPLOT, *op. loc. ult. cit.*

(69) Cfr. M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, Blackwell, London, 1996, cui adde, più recentemente, T. ALASOINI (ed.), *Challenges of Work Organization Development in the Knowledge-Based Economy*, cit. Nella letteratura italiana cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni ecc.*, cit., spec. 9-13 e P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui spec. 218-224.

(70) Cfr. lo studio realizzato per la Commissione Europea da R. ENNALS, *The Existing Policy Framework to Promote Modernisation of Work: Its Weaknesses*, october 2002, qui spec. 8, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (Organizzazione del)*, cui adde per i dati relativi al fenomeno della cooperazione fra imprese nel contesto di imprese di piccole e medie dimensioni, *Observatory of European SMEs 2003, No. 8 - Highlights from the 2003 Observatory*, Luxembourg, 2004, 25-26, vedilo all'indirizzo internet www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Impresa*.

nostro, dove è la particolare struttura del sistema produttivo ⁽⁷¹⁾ – e non certo il nuovo quadro legale introdotto dalla riforma Biagi – che rende decisamente problematico, soprattutto nell’area delle nuove tecnologie, l’investimento in risorse umane alimentando, mediante l’economia informale e il lavoro irregolare, quella che giustamente è stata definita la via bassa allo sviluppo ⁽⁷²⁾.

Tutti i cambiamenti qui sommariamente descritti hanno, evidentemente, un forte impatto non solo sul funzionamento dei sistemi di relazioni industriali nazionali ma, prima ancora, sulla qualità della occupazione e sui metodi di organizzazione del lavoro ⁽⁷³⁾. Un lavoro che diventa caratterizzato non solo da maggiore creatività, intraprendenza e specializzazione – corrispondenti ad una maggiore esigenza di servizio in ogni ambito –, ma anche dalla inesorabile distribuzione dei rapporti di lavoro in capo alle diverse società.

L’*outsourcing* diventa, in questa prospettiva, il modo ordinario con cui le attività produttive – di beni come di servizi – si relazionano secondo economie di scala e un nesso di reciproca convenienza (orizzontale) in luogo del precedente rapporto gerarchico (verticale) che univa le diverse funzioni. Là dove il superamento del rigido modello della impresa fordista induce le imprese a consolidare quelle relazioni contrattuali, sia con i propri dipendenti sia con la rete di aziende con cui operano sul mercato, che consentono la creazione di maggior valore aggiunto ⁽⁷⁴⁾.

4. *Segue*: esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano in una prospettiva di competitività di sistema

In realtà i Paesi dell’Europa continentale, e l’Italia in particolare, hanno frapposto ostacoli culturali e organizzativi ai processi di

⁽⁷¹⁾ Non si deve dimenticare che, secondo le più recenti stime, le piccole e medie imprese italiane occupano più dell’80% della forza lavoro complessiva mentre, ad esempio, per Francia e Germania la proporzione è circa del 65% e nel Regno Unito scende a 60% (cfr. i dati riportati nella tabella *Table 1.2: Enterprises Europe 19, 2003, occupied persons in Observatory of European SMEs 2003, No. 8 - Highlights from the 2003 Observatory*, cit., 38).

⁽⁷²⁾ Cfr. il rapporto dell’European Work & Technology Consortium su *Work Organisation, Competitiveness, Employment: the European Approach*, CE-V/8-98-001-EN-C, 1998.

⁽⁷³⁾ Cfr., tra gli altri, i contributi raccolti in M.B. BLAIR, T.A. KOCHAN (ed.), *The New Relationship. Human Capital in the American Corporation*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2000.

⁽⁷⁴⁾ *Human Resources – Outsourcing in Europe*, ADP Dossier, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Esternalizzazioni*, qui 9. Cfr. altresì U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., spec. 74-79.

cambiamento in atto ⁽⁷⁵⁾, spesso rinunciando, anche per la mancanza di istituzioni appropriate ⁽⁷⁶⁾ e di una logica cooperativa nel funzionamento del sistema di relazioni industriali ⁽⁷⁷⁾, ad assumersi scomode responsabilità. E ora, nel contesto di una evidente ripresa della economia globale, crescono ben al di sotto delle loro potenzialità. Essi sono nel mezzo di una tenaglia competitiva che li oppone – sempre più debolmente – alle dinamiche economie asiatiche, da un lato, e alle innovative società anglosassoni, dall'altro. Tanto che, per le asfittiche economie europeo-continentali, la principale sfida che si pone oggi, come giustamente è stato notato, non pare tanto quella legata alla contrapposizione spesso fine a se stessa tra via alta e via bassa alla innovazione, «ma piuttosto tra innovazione di qualsivoglia tipo ovvero nessuna innovazione affatto» ⁽⁷⁸⁾.

Agevolare chi affida l'innovazione della propria azienda a grandi gruppi e professionisti nel campo delle risorse umane, come nel caso dei nuovi soggetti polifunzionali denominati dal legislatore «agenzie del lavoro» ⁽⁷⁹⁾, non significa dunque impoverire la dotazione di capitale umano delle nostre imprese e optare per una via bassa dello sviluppo. E' questa, semmai, una strategia che può consentire di incidere significativamente e, in forma strutturale, su alcune delle principali patologie del nostro sistema produttivo: «innanzitutto, disporre di aggiornamenti tecnologici continui, poi ridurre i costi grazie ad una maggiore produttività e a processi gestionali più agili e migliorare la qualità dei servizi. In altre parole, diventare più competitivi» ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁵⁾ Ampia analisi in COMMISSIONE EUROPEA, *New Forms of Work Organisation – The obstacle to Wider Diffusion*, october 2002, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (Organizzazione del)*.

⁽⁷⁶⁾ E' quanto giustamente rileva R. ENNALS, *The Existing Policy Framework to Promote Modernisation of Work: Its Weaknesses*, cit., qui 6-7 e anche 5, dove sottolinea come la stessa Commissione Europea abbia in parte sopravvalutato la capacità delle parti sociali di offrire risposte immediate all'invito (cfr. il già citato *Libro verde su Partnership for a New Organisations of Work*) di assumersi precise responsabilità sul versante della modernizzazione della organizzazione del lavoro.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. THE EUROPEAN WORK ORGANISATION NETWORK, *New Forms of Work Organisation – The benefits and Impact on Performance*, april 2001, qui 2, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro (organizzazione del)*.

⁽⁷⁸⁾ Così: T. ALASOINI, *Challenges of Work Organization Development in the Knowledge-Based Economy*, cit., qui 8.

⁽⁷⁹⁾ Sulla configurazione delle agenzie del lavoro nell'ambito del d.lgs. n. 276/2003 cfr. P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Collana ADAPT – Fondazione "Marco Biagi", n. 5, Giuffrè, Milano, 2005, spec. Parte I, sez. (B).

⁽⁸⁰⁾ Così, efficacemente, E. CISNETTO, *Outsourcing e innovazione per combattere il declino*, in *Il Messaggero*, 11 luglio 2004.

Ciò può essere vero anche là dove l'esternalizzazione avvenga mediante il trasferimento di un ramo di azienda. Non solo perché, come giustamente notato ⁽⁸¹⁾, il trasferimento dei lavoratori in una azienda che fornisce servizi specialistici può migliorare le loro carriere, nel senso di «offrire loro l'opportunità di riqualificazione professionale e dunque garantire una occupazione più soddisfacente di quella che avrebbero svolto nella impresa d'origine». L'esternalizzazione, *sub specie* di trasferimento d'azienda, può anche svolgere un ruolo importante di salvaguardia dei livelli occupazionali e della qualità del lavoro: «l'alleggerimento dell'organico dell'azienda può produrre quell'incremento di efficienza e competitività che raggiunge la finalità di consolidare le posizioni lavorative di quanti sono rimasti. Nel contempo, la costituzione di una nuova società, fondata potenzialmente su margini più ampi di flessibilità nella gestione del personale (sempre che non si tratti di unità di piccole o piccolissime dimensioni), può rappresentare un'importante strumento di salvataggio di posizioni lavorative sovente a rischio» ⁽⁸²⁾. E lo stesso dicasi per l'istituto del distacco ⁽⁸³⁾ che, specie all'interno dei gruppi di impresa, soddisfa una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo.

Vero è peraltro che le tecniche di impiego del lavoro altrui, comunemente – e genericamente – identificate mediante l'utilizzo della ampia quanto ambigua locuzione «esternalizzazione del lavoro», sempre meno frequentemente si risolvono in una deresponsabilizzazione nella gestione del personale.

La somministrazione di lavoro presuppone, in particolare, il sorgere di una obbligazione negoziale complessa, funzionale ad una ripartizione contrattuale dei rischi, dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità connesse all'utilizzo di forza-lavoro dipendente ⁽⁸⁴⁾: ripartizione che, per

⁽⁸¹⁾ Cfr. K. PURCELL, J. PURCELL, *op. cit.*, 351.

⁽⁸²⁾ Così, meglio di noi, M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., spec. 274. Sui profili positivi, anche in termini di qualità e incremento della occupazione, che possono derivare dalla circolazione delle imprese in termini di capitale umano, cfr. anche R.S. SCHULER, S.E. JACKSON, *Human Resource Management in Context*, in R. BLANPAIN (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, 2004, spec. 112-116.

⁽⁸³⁾ Cfr. C. BIZZARRO, M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *DRI*, 2004, 360-378.

⁽⁸⁴⁾ A questa costruzione giuridica corrisponde del resto – parallelamente alla crisi la figura unitaria di datore di lavoro – l'evoluzione del concetto stesso di impresa definita ora non più semplicemente come proprietà di strumenti e capitali, ma come «luogo di ripartizione dei rischi»: cfr. E. RULLANI, *Dai gruppi alle reti: le istituzioni dell'anomalia*, in P. ZANELLI (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, F. Angeli, Milano, 1991, 131-149, cui *adde* L. CORAZZA, «Contractual integration» e rapporti di lavoro, cit.

un verso, è rigorosamente predeterminata dal legislatore attraverso una serie di limiti inderogabili alla autonomia privata (imputazione dell'obbligo di sicurezza; adempimenti retributivi, contributivi e previdenziali; esercizio del potere direttivo e del potere disciplinare; assunzione della responsabilità civile per il fatto del lavoratore; ecc.) e che, per l'altro verso, nel silenzio della legge, viene concordata dalle parti stesse fermo restando il limite della parità di trattamento tra lavoratori temporanei e lavoratori stabili dell'impresa utilizzatrice⁽⁸⁵⁾ e il rispetto dei principi generali dell'ordinamento in tema di ordine pubblico economico.

Rispetto ai tradizionali rapporti di lavoro subordinato, nella somministrazione di lavoro la posizione giuridica complessiva del lavoratore rimane sostanzialmente impregiudicata, tanto sul lato attivo che su quello passivo del rapporto obbligatorio⁽⁸⁶⁾, limitandosi il prestatore a svolgere «la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore»⁽⁸⁷⁾; là dove, invece, la posizione giuridica del datore di lavoro, pur rimanendo anch'essa immutata se considerata nella sua globalità, risulta distribuita tra due diversi soggetti – l'agenzia di somministrazione e l'impresa utilizzatrice – dando luogo ad una dualità di datori di lavoro rispetto a un rapporto obbligatorio unitario.

Nell'ottica della valorizzazione del capitale umano non si può poi neppure trascurare la circostanza che, nella somministrazione di lavoro, il lavoratore beneficia di cospicue risorse – destinate ai fondi bilaterali di cui all'articolo 12 del decreto legislativo n. 276 del 2003⁽⁸⁸⁾ – finalizzate a promuovere percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale, anche in funzione di continuità di occasioni di impiego e, nel caso di assunzione con contratto a tempo indeterminato, a sostegno del reddito

⁽⁸⁵⁾ Al pari della l. n. 196/1997, il d.lgs. n. 276/2003 nulla dispone, per esempio, in tema di malattia, gravidanza e puerperio, infortunio, impossibilità sopravvenuta, caso fortuito e in generale altri eventi che possono dare luogo alla interruzione della missione. In questi casi sarà allora il regolamento negoziale individuale o, più plausibilmente, la contrattazione collettiva, a disporre, nei limiti della parità di trattamento, circa la distribuzione dei rischi e delle relative responsabilità.

⁽⁸⁶⁾ Nel senso che la ripartizione di rischi e responsabilità può avvenire soltanto tra agenzia di lavoro temporaneo e impresa utilizzatrice, mentre è preclusa una traslazione dei rischi e delle responsabilità tipiche del datore di lavoro sul lavoratore temporaneo.

⁽⁸⁷⁾ Art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.

⁽⁸⁸⁾ Con riferimento all'attuazione ad opera delle parti sociali dell'articolo 12 del d.lgs. n. 276/2003, cfr. gli accordi del 2 febbraio 2005 per *l'Attuazione dell'art. 12 del d. Lgs. 10 Settembre 2003, n. 276*, e l'*Accordo quadro per l'attuazione dell'art. 12, commi 2 e 3 del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vedili all'indirizzo internet, www.csmb.unimo.it, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 4, e a commento G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro: accordo sui fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in *GLav*, 2005, n. 8, 10-13, cui *adde*, in generale, G. BOCCHIERI, *Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 607-613.

in caso di fine lavori⁽⁸⁹⁾, nonché in favore di iniziative dirette a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti.

I lavoratori coinvolti in questa forma di vera e propria internalizzazione del lavoro risultano, dunque, decisamente più tutelati che in caso di mero appalto di servizi⁽⁹⁰⁾. Soltanto in un senso molto ampio e generico – e comunque in termini per nulla conformi a quanto si verifica nella maggior parte dei rapporti di lavoro c.d. atipici – si può pertanto ritenere che lo schema della somministrazione di lavoro consenta di accollare *anche* ai lavoratori una parte del rischio di impresa e precisamente quel «rischio intrinseco in ogni manovra espansiva dell'organico realizzata attraverso contratti di lavoro standard a tempo indeterminato»⁽⁹¹⁾.

Quantomeno nella configurazione assunta nell'ordinamento italiano, lo schema della somministrazione di lavoro non conduce dunque a una pura e semplice traslazione dei rischi, degli obblighi e delle responsabilità che sono propri del lavoro dipendente in capo a soggetti diversi dall'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa, comportando molto più semplicemente una nuova strutturazione di quelle determinate posizioni soggettive che, alla stregua dei principi dell'ordinamento, legittimano l'appropriazione del «risultato» prodotto dal lavoro altrui.

Con la somministrazione di lavoro si realizza, in altri termini, una duplicazione del creditore della prestazione lavorativa; ciò che consente di accostare la fornitura di prestazioni di lavoro altrui allo schema del c.d. contratto bimembre caratterizzato, come noto, dalla circostanza che «la posizione giuridica di uno dei contraenti è scomposta ed è distribuita tra due soggetti»⁽⁹²⁾.

Pienamente confermata – in analogia a quanto elaborato dalla giurisprudenza americana⁽⁹³⁾ – è la costruzione del rapporto trilatero in termini di «co-impiego» o «*co-employment*»⁽⁹⁴⁾.

⁽⁸⁹⁾ Il concetto di «fine lavori» è opportunamente precisato nella circ. Min. lav. n. 7/2005.

⁽⁹⁰⁾ In questo senso, con specifico riguardo anche ai profili della trasparenza nell'imputazione dei rapporti di lavoro e, più in generale, al ruolo delle Agenzie di somministrazione, cfr. anche P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui 237.

⁽⁹¹⁾ In questo senso v. M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, qui 543.

⁽⁹²⁾ Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, vol. XXI, vol. I, 1968, qui 644, che tuttavia prospetta una figura alquanto rigida di contratto bimembre, nel senso che uno dei due soggetti assume tutti i diritti; l'altro tutti gli obblighi.

⁽⁹³⁾ Il rapporto di *co-employment* è definito, negli Stati Uniti, come «una relazione tra due o più datori di lavoro in cui ognuno ha per legge diritti e doveri attuali o potenziali rispetto allo

Quanto detto spiega perché, nella letteratura internazionale sia invalsa la distinzione concettuale, sicuramente più aderente alla realtà del fenomeno, tra *out-sourcing* e *in-sourcing*, per differenziare, rispettivamente, il ricorso a servizi offerti in regime di appalto o subappalto dall'uso di *staff* d'agenzia che opera sotto le direttive e nell'interesse dell'utilizzatore⁽⁹⁵⁾. Così come sempre più frequenti, nella prassi, sono poi quelle forme di *co-sourcing*, *net-sourcing*, *selective-sourcing*, *multi-sourcing*, *back-sourcing*, *co-specialisation/value added outsourcing*⁽⁹⁶⁾ che concorrono ad alimentare, già sul piano dei rapporti intersubiettivi di carattere privato prima ancora che in relazione alla ripartizione di rischi, obblighi e responsabilità imposta da un dato ordinamento giuridico, vere e proprie ipotesi di co-impiego a tutto vantaggio del prestatore di lavoro.

Come dimostrano del resto i mercati più evoluti e maturi⁽⁹⁷⁾ è dunque evidente, nei processi di *out-sourcing* e di *in-sourcing*, un trend verso l'accumulazione di forza-lavoro altamente qualificata e adattabile che, sempre più frequentemente, viene utilizzata per ricoprire ruoli strategici nella integrazione contrattuale e relazionale tra reti di imprese⁽⁹⁸⁾. A conferma del fatto che, come già rilevato dalla Commissione

stesso lavoratore o gruppo di lavoratori». Così E.A. LENZ, *Co-Employment-A Review of Customer Liability Issues in the Staffing Services Industry*, in *Labor Lawyer*, 1994, 195-216. In tema cfr., tra i tanti, J. LINDER, *The Joint Employment Doctrine: Clarifying Legislative – Judicial Confusion*, in *Hamline Journal of Public Policy*, 1989, 321-330; S.F. COOPER, *The Expanding Use of the Contingent Workforce in the American Economy: New Opportunities and Dangers for Employers*, in *Employee Relations Law Journal*, 1995, 525; W.V. SIEBERT, N.D. WEBBER, *Joint Employer, Single Employer, and Alter Ego*, in *Labor Lawyer*, Fall 1987, 880-883. Ampii riferimenti giurisprudenziali sono in J.G. AXELROD, *Who's the Boss? Employee Leasing and the Joint Employer Relationship*, in *Labor Lawyer*, 1987, spec. 857-871.

⁽⁹⁴⁾ Secondo un modello teorico-ricostruttivo della fattispecie già prospettato, con riferimento alla l. n. 196/1997, nel mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., spec. Cap. IV. Uno spunto anche in M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, 50, e ora, in termini adesivi, anche P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 296-297.

⁽⁹⁵⁾ Così, K. PURCELL, J. PURCELL, *op. ult. cit.*, qui, 350 e 351. Sulla scorta di questa opzione terminologica cfr. ora, nella letteratura italiana, R. ROMEI, *Cessione di ramo di azienda e appalti*, in *DLRI*, 1999, qui 329-330, che propone un utilizzo meno circoscritto del termine *in-sourcing*, identificando giustamente nella internalizzazione ogni processo «attraverso il quale i beni, i servizi e le attività esternalizzate sono nuovamente acquisiti dall'impresa originaria», cui *adde* ora anche G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione*, Jovene, Napoli, 2004, qui 63-76.

⁽⁹⁶⁾ Ampia casistica in J. MILLAR, *Outsourcing Practices in Europe*, Star Project, Issue n. 27, July 2002, qui 12 (vedilo anche in www.csmb.unimo.it, indirizzo A-Z, voce *Esternalizzazioni*).

⁽⁹⁷⁾ Cfr. J. MILLAR, *op. cit.*, 28-29, 35.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. U. HUWS, S. DAHLMANN, J. FLECKER, *op. cit.*, 3-4, 17-18.

Europea nel *Libro Verde* del 1997 sulla *partnership* per una nuova organizzazione del lavoro ⁽⁹⁹⁾, i nuovi modelli di organizzazione del lavoro enfatizzano la qualità dell'apporto umano al processo produttivo facendo così della persona del lavoratore il vero valore aggiunto che esalta le logiche di rete e il coordinamento contrattuale tra le imprese ⁽¹⁰⁰⁾.

5. Il nuovo quadro regolatorio delle esternalizzazioni: dalla contrapposizione «centro – periferia» alla logica della «integrazione contrattuale»

I recenti cambiamenti, che hanno investito i modi di produrre e organizzare il lavoro, nell'evidenziare nuove strategie di gestione del personale, giustificavano pertanto non solo una radicale revisione, sul piano della elaborazione scientifica, del celebre quanto stereotipato modello – teorizzato nella letteratura internazionale da Atkinson ⁽¹⁰¹⁾ – che contrappone semplicisticamente i *core* ai *peripheral employee* ⁽¹⁰²⁾, ma anche e soprattutto un adeguamento del quadro legale di riferimento. Questo soprattutto con riferimento a un Paese come il nostro, dove i processi di esternalizzazione risultavano governati – come noto ⁽¹⁰³⁾ – da una disciplina tanto rigida sul piano formale quanto largamente ineffettiva nella prassi applicativa. Con la conseguenza di alimentare fenomeni *sui generis* e selvaggi di esternalizzazione ⁽¹⁰⁴⁾, attraverso un massiccio, quanto spesso abusivo, ricorso ad appalti di servizi ma anche a contratti

⁽⁹⁹⁾ Commissione Europea su *Partnership for a New Organisations of Work*, cit.

⁽¹⁰⁰⁾ In dottrina, per i dovuti approfondimenti, cfr. L. GOLZIO, *L'evoluzione dei modelli organizzativi d'impresa*, che segue in questo fascicolo, e L. CAMPIGLIO, *I modelli di riforma del mercato del lavoro richiesti dalla competitività economica*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 395-402.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. J. ATKINSON, *Manpower Strategies for Flexible Organisations*, in *PM*, 1984, 28-31. Cfr. altresì J. ATKINSON, *Flexibility, uncertainty and manpower management*, Institute of Manpower Studies, University of Sussex, Brighton, 1985, e J. ATKINSON, N. MEAGER, *New Forms of Work Organisation*, IMS Report 121, IMS, 1986.

⁽¹⁰²⁾ Nella letteratura internazionale, tra i primi a suggerire il superamento, o comunque una profonda revisione, del modello «centro – periferia», cfr. K. PURCELL, J. PURCELL, *op. cit.*, 344. Nella dottrina italiana insiste sul punto A. RUSSO, *op. cit.*, qui 260-264.

⁽¹⁰³⁾ Cfr., per tutti, P. ICHINO, *Spazi attuali e prospettive del leasing di manodopera*, in *RIDL*, 1992, III, 119 ss., cui adde Id., *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, Relazione introduttiva e replica conclusiva alle Giornate di studio Aidlass di Trento del 4-5 giugno 1999, ora in AA.Vv., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 3 ss. e 361 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Ho cercato di argomentare questa considerazione già nel mio *Il lavoro temporaneo in Italia*, in *DRl*, 1992, n. 1. Sui rischi di una esternalizzazione di cattiva qualità, in assenza di una evoluzione del quadro legale di riferimento, si è espressa anche la Commissione Europea nel *Libro Bianco su Crescita, competitività e occupazione*, cit., qui Cap. 9.2.

di lavoro non dipendente come nel caso delle collaborazioni coordinate e continuative che hanno finito con il rappresentare una forma individualizzata ed estrema di *outsourcing* con grave danno per la dotazione di capitale umano del nostro Paese ⁽¹⁰⁵⁾.

E nella impostazione classica «centro – periferia» si poneva, a ben vedere, la stessa legge n. 196 del 1997, con cui pure si apriva la prima breccia al rigido divieto di somministrazione di prestazioni di lavoro altrui ⁽¹⁰⁶⁾.

La fornitura di lavoro era infatti ammessa unicamente – stante il disposto dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 196 del 1997 – per il soddisfacimento di «esigenze di carattere temporaneo» e, dunque, solo per casi eccezionali individuati dalla legge o dalla contrattazione collettiva. Una previsione questa che, in uno con il divieto di somministrazione per la esecuzione di mansioni di esiguo contenuto professionale, finiva con il consentire l'emersione e regolarizzazione di una minima parte dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro connessi ai fenomeni di esternalizzazione del lavoro. Tanto a indurre una attenta dottrina a segnalare l'ipocrisia del lavoro interinale all'italiana e cioè di «un nuovo istituto assolutamente inutile per come regolato. La verità nuda e cruda è che si tratta di un mero doppione del contratto a termine, contrabbandato come un nuovo importante strumento di flessibilità» ⁽¹⁰⁷⁾.

A trionfare nell'impianto della legge n. 196 del 1997 era, in effetti, la vecchia impostazione rigida della norma inderogabile astratta «coniugata al controllo successivo del giudice, che tanti guasti ha provocato alla certezza del diritto e alla programmazione delle imprese proprio in tema di contratto a termine» ⁽¹⁰⁸⁾. Ma non solo. In questa prospettiva il prestatore di lavoro temporaneo, per quanto ampiamente tutelato da una legislazione tra le più rigide e garantiste d'Europa ⁽¹⁰⁹⁾, finiva con l'essere inevitabilmente collocato nell'area del lavoro precario ⁽¹¹⁰⁾ – e questo anche nell'ipotesi in cui fosse stato assunto a tempo indeterminato da una grande multinazionale del settore, in linea con

⁽¹⁰⁵⁾ Il tema è affrontato, in una logica di sistema, in M. SACCONI, P. REBOANI, M. TIRABOSCHI, *La società attiva – Manifesto per nuove sicurezze*, Marsilio, Venezia, 2004.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr., per tutti, P. ICHINO, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel «muro» del divieto di interposizione*, in *DLRI*, 1997, qui 502-503 e 514.

⁽¹⁰⁷⁾ Così A. VALLEBONA, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel «muro» del divieto di interposizione*, in *ADL*, 1997, 135-136.

⁽¹⁰⁸⁾ Ancora A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 137-138.

⁽¹⁰⁹⁾ Per un quadro comparato cfr. il mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., Cap. V.

⁽¹¹⁰⁾ In questa prospettiva cfr., per tutti, A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 96.

l'archetipo centrale del diritto del lavoro – tanto da giustificare, sul piano della rappresentanza sindacale ⁽¹¹¹⁾, una grossolana quanto indebita assimilazione alla figura del collaboratore coordinato e continuativo ⁽¹¹²⁾. E questo nonostante il nostro Paese, caratterizzato per una esperienza di sindacalismo c.d. orizzontale ⁽¹¹³⁾, non risultasse spiazzato dai segnali di sgretolamento della fabbrica fordista al pari di quelle Nazioni che hanno invece conosciuto unicamente o prevalentemente un sindacalismo di tipo verticale ⁽¹¹⁴⁾.

L'impostazione accolta dal decreto legislativo n. 276 del 2003, supera, da questo specifico punto di vista, il modello «centro – periferia», rispetto al quale la fornitura di lavoro era appunto vista come forma di lavoro precaria e marginale e, come tale, da ammettere in casi eccezionali. La somministrazione diventa ora motore centrale – in presenza di ragioni tecniche, organizzative o produttive – dei processi di esternalizzazione/internalizzazione del lavoro nell'ottica della specializzazione produttiva e della organizzazione del lavoro a rete propria della nuova economia.

Nella prospettiva della economia della organizzazione le imprese italiane hanno oggi maggiori opportunità di rivolgersi legalmente ai mercati esterni del lavoro, di modo che le loro concrete strategie organizzative dipenderanno non esclusivamente da valutazioni legate al costo del lavoro, quanto piuttosto ai c.d. costi di transazione ovvero il costo di uso associato a ciascun tipo di contratto di lavoro considerato ⁽¹¹⁵⁾.

Alla luce dei variabili costi di transazione presenti in ciascuna azienda e in ciascun settore produttivo – e cioè i costi di decisione o di esperienza, i costi di controllo (ovvero della gestione del contratto e della relazione di lavoro) e i costi di cambiamento (indotti dal passare da una

⁽¹¹¹⁾ Si vedano gli statuti di Nidil, Alai, Cpo che peraltro aggregano, assieme ai collaboratori e ai lavoratori in somministrazione, anche i lavoratori socialmente utili.

⁽¹¹²⁾ Sui profili della rappresentanza dei lavoratori «atipici» cfr. in generale i contributi raccolti nella sezione Ricerche: *Promozione della occupazione e nuovi lavori: i riflessi sulle relazioni industriali e la questione della rappresentanza*, in *q. Rivista*, 2005, n. 1, e ivi con particolare riferimento alla scelta compiuta dalle organizzazioni sindacali di rappresentare insieme lavoratori temporanei, collaboratori coordinati e continuativi le considerazioni di A. ACCORNERO, *Nuovi lavori e rappresentanza*, cit., § 3.

⁽¹¹³⁾ T. TREU, *L'organizzazione sindacale, I, I soggetti*, Giuffrè, Milano, 1967; L. MENGONI, *Il regime giuridico delle organizzazioni professionali nei Paesi Membri della CECA*, Lussemburgo, 1966.

⁽¹¹⁴⁾ Rileva questo profilo A. SUPLOT, *op. cit.*, qui 17.

⁽¹¹⁵⁾ O.E. WILLIAMSON, *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*, Free Press, New York, 1975, cui adde L. GOLZIO, *op. cit.*, qui § 5.

tipologia di contratto ad un'altra)⁽¹¹⁶⁾ – la somministrazione di lavoro non può dunque essere più semplicisticamente equiparata a una ipotesi di lavoro a tempo determinato. Essa, piuttosto, rappresenta nell'impianto del decreto legislativo n. 276 del 2003 una ipotesi di specializzazione organizzativa e gestionale che opera sì sul versante della flessibilità occupazionale ma anche, se non soprattutto, su quello della modernizzazione dell'apparato produttivo mediante modelli di integrazione contrattuale tra imprese coordinati da operatori polifunzionali e altamente qualificati, quali sono appunto le nuove agenzie del lavoro⁽¹¹⁷⁾.

E' in questa prospettiva che si spiega, in primo luogo, l'introduzione della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (c.d. *staff-leasing*)⁽¹¹⁸⁾. Il decreto legislativo n. 276 del 2003, nel tentativo di strutturare e regolarizzare prestazioni di lavoro che, come detto, sono oggi svolte in forme alquanto discutibili e prive di garanzie sostanziali per i lavoratori, tipizza una serie di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo che, in concorrenza rispetto all'attuale regime degli appalti di servizi e alle collaborazioni coordinate e continuative, consentono *ex lege*, senza cioè ulteriori specificazioni, la somministrazione a tempo indeterminato. Si tratta di servizi specialistici che possono essere svolti con maggiore efficacia, e sfruttando economie di scala, là dove resi da soggetti in possesso dei requisiti tecnici e professionali richiesti dalla legge: servizi di pulizia, custodia, portineria; servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci; gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato; costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano più fasi successive di lavorazione; l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa.

⁽¹¹⁶⁾ In tema cfr. A. RUGIADINI, *L'efficienza delle scelte manageriali fra organizzazione e mercato*, in R.C.D. NACAMULLI, A. RUGIADINI (a cura di), *Organizzazione e mercato*, Il Mulino, Bologna, 1985.

⁽¹¹⁷⁾ Questo profilo è analizzato diffusamente in S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 127-168.

⁽¹¹⁸⁾ Sullo schema dello *staff-leasing* cfr. G. MAUTONE, *Fornitura di manodopera a tempo indeterminato: lo staff leasing negli Stati Uniti*, in *DRI*, 1999, n. 1, cui *adde*, più recentemente, L. CORAZZA, *Il modello statunitense dello StaffLeasing e la somministrazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego ecc.*, cit.

A queste ragioni se ne aggiungono altre particolarmente innovative a sostegno del sistema produttivo e della innovazione organizzativa delle imprese e, cioè, attività specialistiche di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale; servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati; attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale, gestione di *call-center*, nonché tutte le attività connesse alla fase di avvio di una nuova attività nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali.

Queste attività potranno essere svolte tanto da agenzie di somministrazione di tipo generalista che, limitatamente a ciascuna singola attività, da agenzie di tipo specialistico. Rispetto al regime degli appalti di servizi, l'indubbio maggiore costo dei servizi offerti dalle agenzie di somministrazione (a cui si applicano, tra le altre cose, sia la trattenuta del 4 per cento sui trattamenti retributivi sia la regola della parità di trattamento) sarà probabilmente bilanciato dalla qualità del servizio offerto che, in molti casi, verrà ad assumere profili di elevatissima professionalità i quali potranno essere soddisfatti solo attraverso forza-lavoro particolarmente qualificata e formata (anche attraverso il già ricordato fondo per la formazione di cui all'articolo 12 del decreto). Né può essere trascurata la circostanza che le agenzie di somministrazione di lavoro risultano anche esentate dagli oneri procedurali per i licenziamenti collettivi. Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, esclude inoltre la computabilità del personale avviato dal somministratore presso l'utilizzatore dal computo nell'organico di quest'ultimo, «ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto»⁽¹¹⁹⁾.

Anche sul piano normativo il ricorso alla somministrazione di lavoro viene dunque incentivato in alternativa all'appalto di servizi. Ma sembra davvero paradossale individuare nello *staff-leasing* «uno strumento che assomma numerosi caratteri di precarizzazione dell'esperienza lavorativa»⁽¹²⁰⁾ quando il prestatore di lavoro, in questi casi, oltre a essere garantito dalla duplicità del datore di lavoro, risulta il più delle

⁽¹¹⁹⁾ Art. 22, comma 5, d.lgs. n. 276/2003. Per un bilanciamento di costi e benefici nel ricorso alla somministrazione di lavoro rispetto agli appalti di servizi cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit. qui par. 4.

⁽¹²⁰⁾ Così invece M. LAMBERTI, *op. cit.*, 408.

volte assunto con un contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato.

Accanto alla tipizzazione *ex lege* si rinvia poi alla contrattazione collettiva, nazionale o territoriale, il compito di individuare, anche in relazione ad attività non marginali del ciclo produttivo dell'utilizzatore, ulteriori ipotesi di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. Si affida dunque al controllo sociale l'espansione dell'istituto al di fuori di attività che già oggi sono oggetto di ampia esternalizzazione tramite lo strumento – sicuramente meno garantista per il lavoratore – degli appalti di servizi ⁽¹²¹⁾.

Come si vede, eccetto che per le ipotesi di localizzazione di nuove attività nelle aree Obiettivo 1 e di gestione con regolari rapporti di lavoro subordinato dei *call-center*, non sarà possibile, come pure paventato da più parti (c'è chi ha impropriamente parlato di "scatole cinesi"), destrutturare e svuotare le aziende affidandole integralmente a lavoratori in affitto ⁽¹²²⁾. La somministrazione a tempo indeterminato sarà infatti possibile solo per ipotesi marginali e normalmente già appaltate all'esterno; al di là di queste ipotesi, il ricorso allo *staff-leasing* sarà invece possibile unicamente nei casi previsti dalla contrattazione collettiva (anche in questo caso, come avviene per tutto il decreto, con la riserva della abilitazione alla tipizzazione di nuove ipotesi ai soli sindacati comparativamente più rappresentativi).

Ben altra cosa, dunque, da quella che taluno ha ritenuto nient'altro che una «versione esasperata del lavoro temporaneo di cui al pacchetto Treu» ⁽¹²³⁾. Vero è, piuttosto, che il nuovo regime – nel fornire un quadro unitario dei fenomeni interpositori ⁽¹²⁴⁾ – rappresenta ora non solo una opportunità per le imprese, rispetto alle logiche della esternalizzazione, ma anche un significativo innalzamento delle tutele dei lavoratori che, come accennato, svolgono ora gran parte di queste attività attraverso semplici appalti di servizi o, peggio contratti di collaborazione coordinata e continuativa, privi di significativa regolazione ⁽¹²⁵⁾ ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²¹⁾ Sul punto cfr., da ultima, L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2004, 269-270.

⁽¹²²⁾ Così, per tutti, O. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *op. cit.*, 124.

⁽¹²³⁾ Così: M. LAMBERTI, *op. cit.*, qui 407.

⁽¹²⁴⁾ Giudicano come opportuna la scelta di delineare un testo unico della somministrazione di lavoro P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, qui 261, e anche F. BANO, *La somministrazione di lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, qui 13-14.

⁽¹²⁵⁾ In termini analoghi cfr. S. MAGRINI, P. PIZZUTI, *op. cit.*, 192.

⁽¹²⁶⁾ Emblematico, da questo punto di vista, il ricorso ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa per la gestione dei *call center*. Tra le più recenti prassi applicative

In realtà, proprio nel ritenere la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato – che normalmente garantisce maggiori stabilità e tutele al lavoratore in carne e ossa – una «una forma molto più pericolosa del già noto lavoro temporaneo»⁽¹²⁷⁾, si comprende come la dottrina e parte del movimento sindacale abbiano sin qui tollerato la legalizzazione della fattispecie solo a condizione di immaginarne una sua collocazione nell'alveo del lavoro precario e atipico, come tale da limitare drasticamente e ammettere in casi puramente eccezionali. Palesando tuttavia, in questo modo, una oggettiva incapacità culturale, prima ancora che progettuale, di immaginare nuovi modelli organizzativi e gestionali idonei a innalzare le tutele di un lavoratore in carne e ossa che, per motivi ideologici ed esigenze di sistema legate alla presunta necessità di una coincidenza tra datore di lavoro e utilizzatore effettivo della prestazione di lavoro⁽¹²⁸⁾, si vuole a tutti i costi relegare in contesti normativi meno tutelati e gratificanti.

Sul piano della tecnica normativa altrettanto più importante è, da questo punto di vista, anche l'innovazione introdotta sul versante della fornitura a tempo termine, là dove si precisa che «la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore». Disposizione con cui si affida, in modo elastico, alle libere scelte datoriali, e conseguentemente alla dialettica intersindacale, la determinazione delle opzioni relative alla concreta organizzazione del lavoro in funzione delle caratteristiche e delle dimensioni aziendali, del *know-how* organizzativo e gestionale, del tipo di settore produttivo e, in generale, delle molteplici condizioni di contesto che richiedono alle imprese un continuo adattamento al mercato secondo la nota *life cycle theory*⁽¹²⁹⁾. Il tutto nella convinzione che, nella nuova economia, non può essere il legislatore a determinare in astratto, una

si segnalano i seguenti contratti aziendali, indotti dalla riforma Biagi, volti a innalzare le tutele dei lavoratori addetti ai *call center*: l'accordo del 24 maggio 2004 tra le categorie delle telecomunicazioni e Telecom (Atesia) sui contratti di lavoro flessibile (vedilo all'indirizzo internet, www.csmb.unimo.it, in *Boll. Adapt*, 2004, n. 19) e, precedentemente, l'accordo del 3 marzo 2004 per la regolamentazione delle collaborazioni coordinate e continuative tra i sindacati del commercio di Cgil, Cisl e Uil e l'Assocallcenter (vedilo all'indirizzo internet, www.csmb.unimo.it, in *Boll. Adapt*, 2004, n. 7).

⁽¹²⁷⁾ Così, per tutti, O. BONARDI, *op. cit.*, qui 124.

⁽¹²⁸⁾ Sulla debolezza della tesi che vuole la necessaria coincidenza tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione di lavoro, quale principio immanente alla nozione legale di lavoro subordinato, cfr. P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, cit., 24 e già L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Note sul "lavoro intermittente tramite agenzia"*, in *DRI*, 1992, 80-82.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. R.S. SCHULER, S.E. JACKSON, *op. cit.*, qui 127.

volta per tutte e secondo meticolose tipizzazioni legali, i modelli organizzativi del lavoro ⁽¹³⁰⁾.

E' sempre in questa prospettiva che si spiega perché, in secondo luogo, nell'impianto del decreto legislativo n. 276 del 2003 l'elemento della temporaneità della esigenza aziendale ⁽¹³¹⁾ perde valore di tratto caratterizzante, essendo ora la somministrazione a termine riferibile a ragioni oggettive relative anche «all'ordinaria attività dell'utilizzatore» ⁽¹³²⁾.

Vero è che, come dovrebbe oramai essere chiaro a questo punto, cambia sostanzialmente la finalità dell'istituto in ragione del fatto che, analogamente a quanto già avvenuto con riferimento al contratto di lavoro a termine, viene meno il requisito della temporaneità della prestazione (il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo di cui all'articolo 1, comma 1, legge n. 196 del 1997) come condizione per il ricorso alla somministrazione a termine ⁽¹³³⁾. In altri termini, e coerentemente a quanto avvenuto con in materia di assunzioni a tempo determinato *ex* articolo 1, decreto legislativo n. 368 del 2001 ⁽¹³⁴⁾, il nostro ordinamento si orienta nuovamente verso l'originaria ispirazione antifraudolenta della disciplina del lavoro temporaneo ⁽¹³⁵⁾, escludendo ogni opzione verso la pura e semplice rigidità nell'impiego della forza-lavoro. Là dove le degenerazioni interpretative della legge n. 1369 del 1960, volte a imporre vincoli e condizionamenti nella gestione flessibile della forza-lavoro, avevano finito con l'introdurre nell'ordinamento un

⁽¹³⁰⁾ Cfr., sul punto P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui 241, secondo cui non si può stabilire in astratto quale sia – tra i vecchi modelli di *vertical company* e i nuovi modelli di impresa integrata – il migliore.

⁽¹³¹⁾ Elemento di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 196/1997. Sul punto cfr. i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro, Commentario alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, cit.

⁽¹³²⁾ Art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003.

⁽¹³³⁾ Tanto che – come già rilevato nel mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit, qui 213, non pare più corretto parlare di fornitura o somministrazione di *lavoro temporaneo* ma, semmai, di fornitura o somministrazione temporanea, e cioè a termine, di lavoro.

⁽¹³⁴⁾ Sul punto, per i necessari approfondimenti, che non possono essere sviluppati in questa sede, cfr. M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, cit. Conferma il venir meno del requisito della temporaneità della prestazione rispetto alla apposizione del termine la recente circ. Min. lav. n. 42/2002, (reperibile all'indirizzo internet, www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Lavoro a termine*).

⁽¹³⁵⁾ Sulla originaria funzione antifraudolenta della normativa sul lavoro temporaneo cfr. G. GIUGNI, *Intervento*, in AA.VV., *Il lavoro a termine*, Atti delle giornate di studio di Sorrento 14-15 aprile 1978, Giuffrè, Milano, 1979, 125 e, con specifico riferimento alla somministrazione di manodopera, A. CESSARI, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *DL*, 1961, I, 128 ss.

divieto rigido e di carattere oggettivo, in quanto prescindeva da un intento fraudolento o simulatorio delle parti (¹³⁶).

E la stessa delega contenuta nella legge delega n. 30 del 2003, del resto, che orienta il legislatore delegato verso una ispirazione antifraudolenta della nuova disciplina, in funzione dell'obiettivo di vietare – e reprimere, mediante la nuova figura della somministrazione fraudolenta di cui all'articolo 28 del decreto legislativo n. 276 del 2003 – ipotesi di intermediazione o interposizione nei rapporti di lavoro volte a ledere i diritti dei lavoratori. Ciò su cui dunque incide il decreto, in perfetta coerenza con quanto prevede la proposta europea di regolazione della fornitura di lavoro altrui (¹³⁷), è invece la soppressione di tutte quelle norme finalizzate esclusivamente all'obiettivo di irrigidire in sé l'uso della manodopera, anche là dove non esistano istanze di tutela del lavoro. L'articolo 4 della proposta di direttiva europea è infatti perentorio nell'affermare che restrizioni e proibizioni alla fornitura di lavoro sono ammissibili unicamente se basate su motivi di interesse generale e, in particolare, su esigenze di tutela dei lavoratori e che, pertanto, è compito degli Stati membri eliminare ogni restrizione o proibizione che non trova una siffatta giustificazione.

Circostanza questa che spiega perché ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, del decreto legislativo n. 276 del 2003, che consentono la somministrazione di lavoro, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore». Come non può il legislatore stabilire, in astratto, come si organizza una impresa così neppure il giudice può intervenire nel merito di legittime scelte aziendali e dovrà pertanto indirizzare la sua azione verso il controllo su situazioni abusive e fraudolente.

(¹³⁶) Isolata, in dottrina, era infatti rimasta la posizione di A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1959, che individuava nella frode l'elemento costitutivo della fattispecie illecita. Sul punto, per una puntuale rassegna dei prevalenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr., per tutti, F. BANO, *La somministrazione di lavoro*, cit., qui 3-5.

(¹³⁷) Vedila in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Somministrazione*, e per un commento cfr. M. COLUCCI, *Verso una regolamentazione europea della somministrazione di lavoro temporaneo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 171-180, cui adde i contributi e i materiali raccolti in R. BLANPAIN, R. GRAHAM (eds.), *Temporary Agencies Work and the Information Society*, in *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 2004, n. 50, ed in particolare R. BLANPAIN, *EU legislation on temporary work*, 249 -275.

Altrettanto importante, in questa prospettiva, è infine l'intervento sul regime degli appalti di servizi (¹³⁸). Stando alla lettera dell'articolo 29 del decreto legislativo n. 276 del 2003, ai fini della applicazione delle norme in materia di somministrazione, «il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del c.c., 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». E ciò coerentemente a quanto statuito all'articolo 20, comma 2, là dove si precisa che «per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore».

L'impostazione accolta nel decreto legislativo n. 276 del 2003 non comporta, come pure sostenuto (¹³⁹), una indebita alterazione del quadro regolatorio previgente. Il legislatore delegato si limita semmai a consolidare – e generalizzare – taluni orientamenti giurisprudenziali (¹⁴⁰) con cui si era già cercato, nella prassi applicativa, di aggiornare la lettura del dato legale al mutato contesto economico e produttivo (¹⁴¹). La Corte di cassazione era infatti giunta da tempo a considerarsi leciti gli appalti di opere e servizi che, pur espletabili con mere prestazioni di manodopera, si configurano come un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore (¹⁴²).

Vero è, alla luce del nuovo dato legale, che per non incorrere in una ipotesi di interposizione vietata, occorrerà pur sempre, a conferma della genuinità dell'appalto, la presenza dei due elementi caratterizzanti della fattispecie: l'organizzazione dei mezzi necessari – mezzi che, è bene

(¹³⁸) Per un primo commento cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro – Inserto sulla correzione d.lgs. 6 ottobre 2004*, n. 251, 15-19.

(¹³⁹) Cfr. con specifico riguardo proprio alla giurisprudenza evolutiva in materia di divieto di interposizione di lavoro P. ALLEVA, *op. cit.*, qui 170 -174.

(¹⁴⁰) Su cui cfr., da ultimo e per tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, cit., 45-46, e ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(¹⁴¹) Così P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui 264.

(¹⁴²) In dottrina cfr., recentemente, L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 269-271 e, soprattutto, L. CALCATERRA, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione ecc.*, cit., 127-181.

precisare ⁽¹⁴³⁾, possono anche essere immateriali – e la gestione dell'appalto a proprio rischio.

Particolarmente utile per dare maggiore certezza ai processi di esternalizzazione potrebbe essere, in questa prospettiva, l'assistenza fornita dalle sedi di certificazione. Anche perché, ai sensi dell'articolo 84 del decreto legislativo n. 276 del 2003, gli operatori economici potrebbero presto avvalersi di codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore ⁽¹⁴⁴⁾.

L'abrogazione della legge n. 1369 del 1960, e dei relativi divieti in materia di intermediazione nei rapporti di lavoro contenuti nella legge n. 264 del 1949, non comporta in ogni caso il venir meno del regime sanzionatorio – civilistico e penalistico – previsto per i casi di violazione della disciplina della mediazione privata nei rapporti di lavoro. A sostegno della effettività del nuovo quadro legale sono anzi previste specifiche sanzioni penali per le ipotesi di esercizio abusivo di intermediazione privata nonché un regime sanzionatorio più incisivo nel caso di sfruttamento del lavoro minorile ⁽¹⁴⁵⁾.

Vero è che, rispetto alla disciplina previgente viene superato il principio dell'uniformità di trattamento economico e normativo tra dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore nel caso di appalti «interni» ⁽¹⁴⁶⁾. Ma come noto, si trattava di una previsione formalistica tanto largamente inapplicata nella prassi degli affari, quanto anacronistica rispetto alla evoluzione dei modi di produrre e organizzare il lavoro ⁽¹⁴⁷⁾. Maggiormente efficace, e rispondente a un nuovo equilibrio tra esigenze del sistema produttivo e istanze di tutela del lavoro, pare piuttosto il vincolo di solidarietà tra committente e appaltatore, già previsto dalla legge n. 1369 del 1960, per i trattamenti retributivi e contributivi dovuti al lavoratore in tutti i casi di appalto ⁽¹⁴⁸⁾. Una regola semplice, ma che

⁽¹⁴³⁾ In dottrina, da ultimo, R. DEL PUNTA, *Articolo 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione. Somministrazione di manodopera, comando*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 69-70.

⁽¹⁴⁴⁾ Sul punto cfr. L. CACCIAPAGLIA, *La certificazione dell'appalto*, in G. PERONE, A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 283-290.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. *supra* la nota 59.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. F. SCARPELLI, *Appalto*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, qui 436.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione ecc.*, cit., qui 17.

⁽¹⁴⁸⁾ Tale principio, previsto inizialmente dal d.lgs. n. 276/2003 per i soli appalti di servizi, è stato esteso a tutti gli appalti dall'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 251/2004, «salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative».

ha una valenza pratica assai importante, e non solo al fine di garantire una maggiore tutela dei lavoratori coinvolti in processi di esternalizzazione. A ben vedere, infatti, la piena corresponsabilizzazione del committente rispetto ai trattamenti retributivi e contributivi del lavoratore non potrà che indirizzare la scelta di chi intenda appaltare opere o servizi verso imprese solide e altamente qualificate. E questo, evidentemente, a tutto vantaggio dei processi di specializzazione dell'apparato produttivo del nostro Paese.

6. Verso un nuovo diritto delle risorse umane.

La sfida aperta dalla riforma Biagi non è certo di poco conto, soprattutto sul versante della gestione delle risorse umane e del corretto funzionamento del mercato del lavoro. E' stato puntualmente osservato, a questo proposito, che ad operatori economici e del diritto è ora richiesto un vero e proprio salto di consapevolezza e di cultura nello svolgimento dei loro compiti: solo in questo modo sarà infatti possibile «comprendere le dinamiche messe in moto dalla nuova legge e (...) applicarne i contenuti in modo coerente ed equilibrato con l'intento di migliorare il funzionamento dei mercati del lavoro, interni ed esterni»⁽¹⁴⁹⁾.

Le innovazioni al quadro previgente sono indubbiamente molteplici e tutte di notevole portata sia sul piano teorico che su quello pratico-operativo. E questo, come visto, soprattutto per quanto attiene al nuovo regime delle esternalizzazioni del lavoro. Per ridare effettività – e credibilità – al diritto del lavoro la scelta del legislatore è stata quella di affidare a chi sta in azienda un quadro di regole duttili e concretamente esigibili, la cui concreta implementazione è rimessa al responsabile della gestione del personale, in funzione di ragioni tecniche, organizzative o produttive, e nel rispetto della normale dialettica sindacale. Aumenta così la possibilità per le imprese di ricorrere legittimamente al mercato esterno e, conseguentemente, di ripensare in profondità i modelli organizzativi del lavoro nella convinzione – propria anche delle istituzioni comunitarie⁽¹⁵⁰⁾ – che solo governando il cambiamento in atto è

⁽¹⁴⁹⁾ Così: T. TREU, *Riforma Biagi e nuove regole del mercato del lavoro*, cit., qui 169, che poi precisa: «questo obiettivo dovrebbe essere comune a tutti, al di là delle riserve e critiche di rito manifestate nei confronti delle scelte legislative». In questo senso cfr. anche il mio *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, cit., 3-30.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Anticipating and Managing Change: a Dynamic Approach to the Social Aspects of Corporate Restructuring*, 2002, qui 2, in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce Lavoro (Organizzazione del).

possibile mantenere e sviluppare il capitale umano di un determinato sistema produttivo.

Da questo punto di vista – come ha riconosciuto Tiziano Treu ⁽¹⁵¹⁾ – «lo *shock* prodotto dalla nuova normativa può essere una occasione utile per rinnovare gli strumenti tradizionali di gestione delle risorse umane». Ciò che è certo è che si registra un profondo cambiamento nella concezione del diritto del lavoro e delle tecniche di tutele del lavoro che da sempre lo caratterizzano.

La Legge Biagi ci consegna infatti un vero e proprio diritto delle risorse umane che vede nelle regole del lavoro non più un arido *corpus* normativo, patrimonio di pochi adepti, ma piuttosto uno strumento al servizio dei lavoratori e delle imprese in linea con la più recente evoluzione dei modi di lavorare e produrre che fanno del fattore personale il centro della sfida della competitività. Nella convinzione che solo governando i processi normativi reali – e non mediante vincoli e divieti insostenibili, che poi alimentano pratiche *contra legem* – si garantisce concretamente la qualità del lavoro e l'investimento nella persona come fattore competitivo e dunque capitale dell'impresa ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵¹⁾ Così: T. TREU, *Riforma Biagi e nuove regole del mercato del lavoro*, cit., 156.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. A. RUSSO, *op. cit.*, qui 262.